

Izlaganje sa znanstvenog skupa
UDK 340.11/12:341:342

Ustavnost i demokracija u današnjoj međunarodnoj zajednici

IVAN PADJEN*

Sažetak

Polazeći od uvida da je teorija prava ili jurisprudencija zaokupljena, s jedne strane, s međunarodnim pravom, a s druge, ustavnim razvojem, članak: raščlanjuje neka istaknuta poimanja ustavnosti i demokracije u međunarodnoj zajednici i unutarnjim pravnim porecima; formulira novi skup kriterija za raščlanjivanje ustavnosti i demokracije u međunarodnom pravu; te izvodi da Lasswellova i McDouglova policy oriented jurisprudencija nudi najbolje objašnjenje ustavnosti u međunarodnoj zajednici, dočim pogledi Lea Brilmayer o samoodređenju naroda sadrže ključ za razumijevanje demokracije u međunarodnoj zajednici.

PRAVNOTEORIJSKO TUMAČENJE BUERGENTHALOVA SNA**

1.1. Georg Haverkate svoju knjigu *Gubici izvjesnosti u pravnim mišljenju*, u kojoj ispituje granice kritike ideologije u analizi pravne metodike, započinje tvrdnjom da je teorija prava uvijek i teorija ustava.¹ Iako Haverkate tu tvrdnju izričito ne obrazlaže, ona je — vjerujem — u skladu s intuicijama većine pravnika. Dovoljno je prisjetiti se tri vrste teorije prava koje su, uz to što su opće teorije prava, prvenstveno teorije ustava (a ne, recimo, teorije građanskog prava). To su nekadašnja marksističko-lenjinistička (točnije staljinistička) teorija države i prava,² Kelsenova

* Ivan Padjen, docent Fakulteta političkih znanosti u Zagrebu na predmetu Osnove prava, Teorijsko-politički odsjek.

** Rad je izrađen u okviru projekta »Vladavina prava«. Ranija verzija rada iznesena je na znanstvenom skupu »Demokratisches Ideal und geschichtliche Erfahrung; die Bilanz am Ende des 20. Jahrhunderts«, održanom od 15. do 17. listopada 1992. u organizaciji Fakulteta političkih znanosti u Zagrebu, Odsjeka za političke znanosti Sveučilišta u Mannheimu i Goethe Instituta u Zagrebu.

¹ Georg Haverkate, *Gewissheitsverluste im juristischen Denken* (Berlin W.: Duncker und Humboldt, 1977), na str. 5.

² Vidi nar.: *Teorija gosudarstva i prava* (Moskva: AN SSSR, 1949); *Marksistsko-leninskaja obščaja teorija gosudarstva i prava: Osnovnye instituty i ponjatija* (Moskva: Iuridičeskaja literatura, 1970).

čista teorija prava³ i današnja američka teorija prava, primjerice ona Ronalda Dworkina.⁴

1.2. Izraz *teorija prava* ima, dakako, brojna značenja.⁵ No, iako neka od tih značenja impliciraju da je teorija prava opća znanost o pravu koja se emancipirala od filozofije ili pak da je teorija prava posebna vrsta pravne znanosti, teško bi bilo dokazati da je teorija prava doista odvojena od filozofije prava, tj. discipline koja istražuje temelj prava, napose njegov nadpozitivan moralni temelj.⁶ Ako je, dakle, teorija prava neodvojiva od filozofije prava, valja se upitati može li danas vladajuća filozofija prava, tj. danas vladajući način promišljanja transpozitivnog temelja prava, biti i zadovoljavajućom teorijom, odnosno filozofijom ustava?

To pitanje može se činiti kao poziv na još jednu svjetonazorsku diobu pravnih pozitivista i jusnaturalista. Njegova svrha jest da izazove podjelu, no mnogo jednostavniju i — nadam se — plodniju. Naime, to pitanje temelji se na dvije pretpostavke. Prva, čiji meritum neću ponovno obrazlagati, jest da ustav nije moguće pojmiti bez teorije i filozofije prava.⁷ Druga pretpostavka krije se u izreci britanskog pravnika Hollanda da je međunarodno pravo »točka u kojoj filozofija prava iščezava«.⁸ Potonju pretpostavku ću obrazložiti u idućem odjeljku.

NACIONALNE FILOZOFIJE I INTERNACIONALNO PRAVO

2.1. Postoji dobar razlog za tvrdnju da je pitanje o odnosu, s jedne strane, čudorednosti ili univerzalnog morala, ili barem konvencionalnog ili relativnog morala,⁹

³ Vidi nar. Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, tr. (New York: Russel and Russel, 1961) te mjesto koje ustavno pravo, ali i međunarodno pravo, zauzima u Kelsenovim radovima i radovima drugih vodećih pripadnika bečkog ogranka čiste teorije prava u reprezentativnoj i opsežnoj zbirci njihovih radova H. Kletsatsky, R. Marcic und H. Schambek, Hrsg., *Die Wiener rechtstheoretische Schule* (Wien: Europa Verlag, 1968).

⁴ Vidi nar.: Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, New Impression (London: Duckworth, 1978); Isti, *Law's Empire* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1986).

⁵ Vidi nar. preglede reprezentativnih stajališta o značenju tog izraza: Günther Jahr und Werner Maihofer, Hrsg., *Rechtstheorie: Beiträge zur Grundlagendiskussion* (Frankfurt a. M.: Klostermann, 1972); Hans Albert u. a., Hrsg., »Rechtstheorie als Grundlagenwissenschaft der Rechtswissenschaft«, u *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Bd. 2 (1972); Roland Dubischar, *Einführung in die Rechtstheorie* (Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1983); Mark van Hoecke, *What Is Legal Theory?* (Leuven: Acco, 1985).

⁶ Tako i A. Kaufman, »Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtsdogmatik«, u Arthur Kaufmann und Winfried Hassemer, Hrsg., *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart* (Heidelberg: Müller, 1977), na str. 9 i d.

⁷ Vidi načelne razloge u: I. Padjen, »Pravne pretpostavke znanosti o modernim društvima«, *Naše teme*, god. 32 (1988), str. 1875; isti, »Sudačka nezavisnost, pravno rasuđivanje i pravno obrazovanje«, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* (1992), u tisku.

⁸ Thomas E. Holland, *The Elements of Jurisprudence*, 13th ed. (Oxford: Clarendon, 1924), na str. 392.

⁹ Oslanjam se na Höffeovo razlikovanje čudorednosti kao zahtjeva na neograničenu ispravnost ljudske prakse, odnosno zahtjeva da ona bude dobra naprosto, i konvencionalnog

te, s druge strane, međunarodnog prava središnje pitanje današnje filozofije prava. Taj razlog sažeto glasi ovako: pitanje o odnosu prava i morala središnje je pitanje filozofije prava; ono je, barem tendencijski, upravljeno na istraživanje odnosa prava i univerzalnog morala, tj. morala koji važi za sve ljude na svim prostorima u sva vremena; po istom obrascu to je pitanje upravljeno na istraživanje univerzalnog morala i univerzalnog prava, tj. prava koje važi za sve ljude na svim prostorima u sva vremena; međunarodno pravo je najbliže onome što bismo mogli držati univerzalnim pravom — ono se, doduše, brzo mijenja u vremenu, no nesumnjivo je da danas važi ne samo za sve države nego — nakon suđenja vodama nacističke Njemačke u Nürnbergu — i za svakog pojedinca; dakle, pitanje o odnosu univerzalnog — ili barem konvencionalnog morala i međunarodnog prava jest središnje pitanje današnje filozofije prava.

2.2. Ne treba ovdje dalje izvoditi ono što bi moralo biti notornim, a to je da je međunarodno pravo sve prije nego privilegirani predmet današnje filozofije (a i od nje ogoljene teorije) prava. Samo pitanje o odnosu međunarodnog prava i morala danas je logički čudno. Ono je čudno na, otprilike, onaj način na koji je čudno onoga koji kaže da je kazališna predstava koju je vidio bila dobra, pitati je li mu se predstava svidjela. S tom razlikom što se već u samom pitanju o odnosu međunarodnog prava i morala podrazumijeva da je međunarodno pravo, u najboljem slučaju, projekcija moralnih shvaćanja neke od svjetskih sila.¹⁰ Zbog tog razloga, za današnju filozofiju prava vrijedi ono što je američki sudac Međunarodnog suda Richard Baxter kazao za svoju disciplinu: »internacionalno pravo je najnacionalističnije od svih prava«.¹¹

2.3. Zaključak koji iz toga slijedi jest da današnja filozofija (a i teorija) prava, zato što se nije u stanju baviti svojim središnjim pitanjem, tj. odnosom međunarodnog prava i morala, ne može biti ni zadovoljavajućom teorijom ustava. A ako je točna pretpostavka da teoriju ustava nije moguće razviti bez filozofije, odnosno teorije prava, slijedi da danas ne možemo imati ni zadovoljavajuću teoriju ustava. Pogotovo ne možemo imati teoriju koja bi mogla objasniti glavni dio problema ovog izlaganja, tj. ustavnost u međunarodnoj zajednici.

morala kao obveza koje stvarno postoje u nekoj društvenoj skupini, a čije važenje i djelotvornost ne ovise o nekoj javnoj vlasti koje je polazište analize odnosa morala i prava. Vidi O. Höffe, »Recht und Moral: ein kantischer Problemaufriss«, u. R. Bubner, K. Cramer, und R. Wiehl, Hrsg., *Recht und Moral* (Göttingen: Vandenhoeck und Ruprecht, 1979), na str. 7—8, te isti, »Moral und Recht: eine philosophische Perspektive«, u O. Höffe, G. Kadelbach und G. Plumpe, Hrsg., *Praktische Philosophie / Ethik*, Bd. 2 (Frankfurt a. M.: Fischer Taschenbuch, 1984), na str. 51.

¹⁰ Vidi pobliže izvod u Ivan Padjen, *(Ne)čudorednost (međunarodnog) prava* (Rijeka: ICR, 1988), nar. na str. 14—15 i 123—124.

¹¹ R. B. Baxter, »The Present State of the Science of International Law in the United States«, u M. Cardozo, *The Practical State of Teaching and Research in International Law* (n. p.: American Society of International Law, 1977), na str. 3.

USTAVNOST I DEMOKRACIJA: OPĆA NAČELA PRAVA PRIZNATA OD CIVILIZIRANIH NACIJA?

3. Dakako, izloženi zaključak je pretjeran, već zbog toga što sadrži pogreške u izvodenju. Iako profesori filozofije i teorije prava koji su još usredotočeni na svoje nacionalne pravne poretke teško mogu opravdati nazive kojima naslovljuju svoje discipline, nedostatke tih disciplina dobrim dijelom nadoknađuju filozofi politike i ustavni pravnici. Oni, i bez posebne nakane, idu tako daleko da formuliraju opća načela ustavnog prava priznata od civiliziranih nacija, koja već jesu ili bi mogla postati izvorom međunarodnog prava u smislu čl. 38., st. 1., tč. c Statuta Međunarodnog suda.¹² A da je taj posao, koji je sve donedavna izgledao pravno relevantnim samo za rješavanje problema unutrašnjeg javnog prava, posljednjih nekoliko godina doista postao osnovom za nastanak novih načela međunarodnog prava, pokazuju uvjeti poštovanja demokratskih i drugih ustavnih načela koje je Evropska zajednica postavila novonastalim državama u Istočnoj Evropi i Sovjetskom Savezu, napose na području Jugoslavije, zato da bi te države dobile međunarodno priznanje.¹³

Cjelovito istraživanje ustavnosti i demokracije u današnjoj međunarodnoj zajednici nesumnjivo bi trebalo uzeti u obzir načine, one netom spomenute, ali i druge, na koje načela ustavnosti i demokracije nastala u jednom krugu država postaju dijelom međunarodnog prava te kao načela tog ranga utječu na razvoj ustavnosti i demokracije u svim državama. No, to nije glavni problem ovog članka. Mnogo važniji je problem uspostavljanja ustavnosti i demokracije u sâmoj međunarodnoj zajednici, tj. u zajednici država u kojoj se izgradio današnji sustav pravila međunarodnog prava.¹⁴ Taj je problem važniji već zbog toga što nije osobito vjerojatno da

¹² »Taj izvor... čine takva pravna načela koja se nisu izgradila u međunarodnoj praksi, nego u unutrašnjim pravnim porecima; no ako se radi o takvim pravnim načelima koja zaista odražavaju zajedničko pravno shvaćanje civiliziranih naroda uopće, tada takva načela, pod pretpostavkom da su primjenjiva i u odnosima između subjekata međunarodnog prava, predstavljaju poseban izvor toga prava«. Vladimir Ibler, *Rječnik međunarodnog javnog prava* (Zagreb: Informator, 1972), na str. 194. Poblize o tom izvoru međunarodnog prava, te njegovu odnosu spram općih načela međunarodnog prava nastalih u međunarodnoj praksi, vidi u H. Mosler, »General Principles of Law«, u R. Bernhardt, ed., *Encyclopedia of Public International Law*, Instalment 1 (1981), str. 89.

¹³ Vidi nar.: »Deklaracija o 'smjernicama za priznavanje novih država u istočnoj Evropi i Sovjetskom Savezu'« (16. XII. 1991); »Deklaracija o Jugoslaviji« (16. XII. 1991); »Procedura rada Arbitražne komisije o Jugoslaviji« (dokument upućen republikama koje su do 23. XII 1991. godine izrazile namjeru da ih priznaju zemlje članice Europske zajednice); »Upitnik — zahtjev za priznavanjem« — sve u A. Milardović, ur., *Dokumenti o državnosti Republike Hrvatske* (Zagreb: Alinea, 1992), na str. 136—143.

¹⁴ Oslanjam se ovdje na poimanje međunarodne zajednice koje zastupa Juraj Andrassy, *Međunarodno pravo*, 5. izd. (Zagreb: Školska knjiga, 1971), na str. 4—5. Ibler (*bilj. 12*), na str. 145, drži da je izraz međunarodna zajednica, koji je često upotrebljavan, nedovoljno jasan i određen, a uz to protučinjenično implicira da sve države imaju neke osnovne zajedničke interese. Ibler stoga za ono što Andrassy naziva međunarodnom zajednicom upotrebljava naziv međunarodnopravna zajednica (vidi *isto* na str. 156). Polazeći od pretpostavke da svako

je načela ustavnosti i demokracije moguće provesti u svim državama, ako ona — pogotovo načela ustavnosti — nisu donekle primijenjena u samoj međunarodnoj zajednici.

BUERGENTHALOV SAN: SVJETSKA REVOLUCIJA LJUDSKIH PRAVA

4.1. Carl Friedrich je još prije trideset godina u svoj knjizi *Transcendentna pravodnost*, te nešto kasnije u članku »Ustavi i ustavnost« u *Međunarodnoj enciklopediji društvenih znanosti*, uočio da se donošenjem Opće deklaracije o ljudskim pravima dogodio bitan pomak u razvoju ustavnosti. No, istovremeno je primijetio da za daljnji razvoj ustavnosti u međunarodnoj zajednici ne postoje politički uvjeti. Političke prepreke našao je, dakako, u totalitarizmu i podjeli svijeta u dva bloka.¹⁵

4.2. Na preispitivanje Friedrichove ocjene navelo me Nathan Sharansky predavanje o stanju ljudskih prava koje je Thomas Buergenthal, jedan od vodećih pisaca o ljudskim pravima¹⁶ i sudac *Inter-Američkog* suda za ljudska prava, održao na Sveučilištu McGill, u prosincu 1989, pod naslovom »Svjetska revolucija ljudskih prava«. Predavanje je započeo, otprilike, sljedećim riječima:

»Zamislite da sam prije nepune dvije godine kazao svom psihoanalitičaru da me progoni neobičan san: naime, sanjam da je Pinochetova diktatura u Čileu oborena, da je Južna Afrika na putu da ukine apartheid, da je Berlinski zid srušen, te da je, štoviše, srušen komunizam u Srednjoj i Istočnoj Evropi; u svijetu je procvjetala demokracija utemeljena na poštovanju ljudskih prava. I zamislite da mi je moj analitičar 1987. na to odgovorio: Vaš san je samo točno predviđanje događaja koji će se zbiti u idućih nekoliko godina.«

Prof. Buergenthal je na to nastavio retoričkim pitanjem: »Što biste bili učinili da ste se našli na mom mjestu?« Buergenthalov odgovor bio je: »Jamačno, promijenili biste analitičara.«

pravo, pa tako i međunarodno, doista počiva na nekim osnovnim zajedničkim interesima svojih subjekata, priklanjam se Andrassyjevu terminu. Vidi više o njegovu značenju u: Helga Hernes, *Concepts of Community in Modern Theories of International Law* (Johns Hopkins University, Ph. D. Dissertation, 1970); Julius Stone, *Visions of World Order: Between State Power and Human Justice* (Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 1984). Vidi o razvoju međunarodne zajednice H. Bull and Adam Watson, eds., *The Expansion of International Society* (Oxford: Clarendon Press, 1984).

¹⁵ Carl J. Friedrich, *Transcendent Justice* (Durham, N. C.: Duke University Press, 1964), na str. 116 i dr., te isti, »Constitutions and Constitutionalism«, u *International Encyclopedia of the Social Sciences*, vol. 3 (1968), na str. 325—326.

¹⁶ Vidi npr.: A. Buergenthal, ed., *Human Rights, International Law and the Helsinki Accord* (Montclair, N. Y.: Allanheld Osman / Universe Books, 1977); Thomas A. Buergenthal, Robert Norris, and Dinah Shelton-Kehl, *Protecting Human Rights in the Americas* (Strasbourg: Engel, 1982); Thomas A. Buergenthal, *International Human Rights in a Nutshell* (St. Paul, Minn.: West Publ. Co., 1988).

4.3. Onima koji već imaju vlastiti odgovor na Buergenthalovo pitanje, dužan sam ispriku da se neposredan poticaj za ovaj rad javio nakon što je za njega izrađena osnova i po njoj završeno istraživanje. Taj poticaj, koji je, među ostalim, odgodio skup na kojemu je nacrt rada izložen, jest, dakako, rat na području nekadašnje Jugoslavije. Ipak, vjerujem da taj poticaj i drugi slični događaji protekle dvije-tri godine ne čine trivijalnim središnji problem rada, nego ga, naprotiv, čine još važnijim. Sâm problem se, pak, možda najprimjerenije može izraziti pitanjem: treba li Thomas Buergenthal promijeniti psihoanalitičara?

PRISTUP USTAVNOSTI I DEMOKRACIJI U MEĐUNARODNOJ ZAJEDNICI

5.1. Iako sam štovatelj Lasswellove i McDougalove teorije međunarodnog prava, koja se dijelom temelji na psihoanalizi (vidi više o tome pod točkom 11), nemam kvalifikacije potrebne za to da makar pokušam razriješiti Buergenthalovu dilemu tumačenjima iz arsenala psihoanalitičke jurisprudencije. No, nadam se da mogu naznačiti elemente običnog pravnoteorijskog tumačenja Buergenthalova sna.

Pokušat ću dovesti čitatelja do toga da može procijeniti je li Buergenthalovo viđenje razvoja ljudskih prava i demokracije iz 1989. takvo da se može opravdati razvojem ustavnosti i demokracije u današnjoj međunarodnoj zajednici. Pritom ću se kretati na razini koju sam sugerirao u prvoj rečenici ovog teksta, tj. na razini teorije prava. Teoriju prava je u ovom slučaju najlakše shvatiti kao ispitivanje uvjeta mogućnosti ustavnosti i demokracije u današnjoj međunarodnoj zajednici. No, iako takvo definiranje zadatka zvuči kantovski, uvjeti su o kojima je ovdje riječ načelâ izvedena iz pravne prakse, i to prvenstveno ona koja su već izveli ili uočili kvalificirani istraživači prava (utoliko je teorija prava metadisciplina, koja »parazitira« na pozitivnopravnim disciplinama, drugim znanostima i filozofiji.¹⁷ Jesu li ti uvjeti zadovoljeni u ovom slučaju, mogu, i opet, odrediti prvenstveno drugi istraživači prava (koji mogu naći i to da su načela koja formuliraju teoretičari prava besmislica).

5.2. Polazeći od tako određenog zadatka, u idućim dijelovima ovog teksta prikazat ću neka istaknuta shvaćanja ustavnosti (u točki 6) i demokracije (pod 7) u današnjoj međunarodnoj zajednici; ispitat ću neka reprezentativna shvaćanja ustava i ustavnosti u nacionalnim državama (pod 8) u svrhu formuliranja primjerenijih kriterija za istraživanje ustavnosti u međunarodnoj zajednici (pod 9); upozoriti na bitno različite — anglo-američke i evropske — pristupe odnosu ustavnosti i demokracije i njihove moguće projekcije u međunarodnim odnosima (pod 10); pokazat ću plodnost McDougalove i Lasswellove *policy oriented jurisprudence* za istraživanje ustavnosti u međunarodnoj zajednici (pod 11); te ću napokon sugerirati da je ključ za razumijevanje osnova demokracije i ustavnosti u međunarodnoj zajednici interpretacija samoodređenja naroda koju je dala Lea Brilmayer (pod 12).

¹⁷ Za teoriju prava kao meta-teoriju zalažu se npr.: J.-M. Priester, »Rechtstheorie als analytische Wissenschaftstheorie«, u *Jahr (bilj. 5)*, str. 13; Hoecke (*bilj. 5*).

POVELJA UJEDINJENIH NACIJA: UGOVOR ILI USTAV?

6.1. Alf Ross, jedan od posljednjih filozofa prava koji je bio više zaokupljen međunarodnim pravom, još je davne 1950. godine objavio knjigu *Ustav Ujedinjenih nacija*.¹⁸ U knjizi je, primjereno njezinu naslovu, dotaknuo pitanje je li Povelja Ujedinjenih nacija ugovor ili ustav. Zanimljivo je da je odmah nakon tog pitanja dodao: »To pitanje teško da ima bilo kakvu praktičnu važnost.«¹⁹ U svom odgovoru naveo je da sve ovisi o tome kako shvaćamo odnos ugovora i ustava. Naveo je dva moguća pristupa problemu.

Prvi pristup²⁰ je zaokupljen temeljem važenja Povelje. Onaj tko slijedi taj pristup, pita važi li Povelja po načelu po kojemu važe ugovori ili po načelu po kojemu važe zakoni. Odgovor na takvo pitanje je jasan: Povelja važi kao ugovor, no načelo *pacta sunt servanda* — koje je temelj važenja svakog ugovora — nije ugovornog podrijetla. Uz to, Povelja sadrži neke odredbe koje su sastavljene s nakanom da važe i za države koje nisu stranke Povelje kao ugovora. Tako čl. 2. st. 6. Povelje određuje da će Organizacija poduzeti mjere zato da i države koje nisu članice Organizacije djeluju u skladu s načelima Povelje u mjeri u kojoj je to nužno za održanje međunarodnog mira i sigurnosti. Članak 103. Povelje određuje da će u slučaju sukoba obveza iz Povelje i obveza iz drugih ugovora obveze iz Povelje imati veću pravnu snagu.

Drugi pristup pitanju je li Povelja ugovor ili ustav²¹ zaokupljen je problemom je li Povelju, bez obzira na to koji je njezin izvorni temelj važenja, moguće mijenjati suglasnošću svih stranaka Povelje, na način na koji se mijenjaju ugovori, ili većinom glasova stranaka Povelje, na način na koji se uobičajeno mijenjaju ustavi i zakoni. Rješenje problema nalazi se u čl. 108. Povelje, koji određuje da se Povelja mijenja suglasnošću dvije trećine stranaka Povelje, tj. članica Ujedinjenih nacija.

6.2. Od 1950, kad je Ross napisao svoju knjigu o ustavu Ujedinjenih nacija, do danas napisano je veoma malo posebnih rasprava o pitanju je li Povelja Ujedinjenih nacija ugovor ili ustav. Zanimljivo je da de Arechagino djelo *Ustavno pravo Ujedinjenih nacija* uopće ne dolazi do tog pitanja.²² U novije je vrijeme tim problemom vjerojatno najviše bio zaokupljen kanadski pravnik Ronald Macdonald.²³ No, njegovo istraživanje je ograničeno na probleme koje je postavio Ross.

6.3. Rossovo i njemu bliska stajališta kriju, međutim, dva nedostatka: istovremeno su i previše i premalo zahtjevna za iznalaženje i ocjenjivanje ustavnosti u

¹⁸ Alf Ross, *Constitution of the United Nations: An Analysis of Structure and Function* (New York: Rinehart and Co., 1950).

¹⁹ *Isto*, na str. 30.

²⁰ Dalje *isto*, na str. 31 i d.

²¹ Dalje *isto*, na str. 35 i d.

²² Eduardo Jimenez de Arechaga, *Derecho Constitucional de las Naciones Unidas* (Madrid: Escuela de funcionarios internacionales, 1958).

²³ Vidi nar.: R. St. J. Macdonald, »The United Nations Charter: Constitution of Contract?«, u R. St. J. Macdonald and D. M. Johnston, eds., *The Structure and Process of International Law: Essays in Legal Philosophy, Doctrine and Theory* (Dordrecht: Nijhoff, 1986), str. 889; R. St. J. Macdonald, »Reflections on the Charter of the United Nations«, u J. Jekewitz

međunarodnoj zajednici. Previše po tome što olako mogu navesti na zaključak da je ustavnost u Organizaciji ujedinjenih nacija istovremeno i ustavnost međunarodne zajednice. Iako za takvo stajalište postoje dobri razlozi (vidljivi već u Rossovoj analizi Povelje, a pogotovo u razvoju OUN kao temeljne univerzalne međunarodne organizacije), bilo bi krajnje nesmotreno previdjeti činjenicu da Ujedinjene nacije nisu svjetska država, već savez (gotovo svih) država svijeta s ograničenom nadležnošću i odgovarajućom organizacijom (vidi više pod 11.2). Rossovo i njemu bliska stajališta su, istovremeno, premalo zahtjevna po tome što svode ustav Ujedinjenih nacija na obvezatnost Povelje UN za države, a zanemaruju druge značajke današnjih ustava (vidi pod 9).

Valja stoga postaviti novo pitanje o ustavnosti u međunarodnoj zajednici: Ne više: je li Povelja UN ugovor ili ustav?, već: što bi to moglo sačinjavati ustav međunarodne zajednice. Tako preformulirano, pitanje prestaje biti predmetom akademske dokolice te otvara raspravu o mogućem i poželjnom razvoju međunarodnog prava, međunarodnih odnosa, ali i samih Ujedinjenih nacija.

UNIVERZALNA PUČKA SKUPŠTINA VS. UJEDINJENE NACIJE

7. Dosada najzanimljivijim prinosom uspostavljanju demokracije u samoj međunarodnoj zajednici vjerojatno je članak iz 1973. naslovljen »Međunarodno pravo i društvo u godini 2000«, čiji su autori već spomenuti Ronald Macdonald i dvoje njegovih kanadskih kolega, Gerald Morris i Douglas Johnston.²⁴

Kanadski pravници su u tom tekstu predvidjeli, među ostalim, porast populizma te njegov izraz u novoj koaliciji globalnih razmjera.²⁵ Naime, predvidjeli su da će nastati koalicija antietatističkih, antibirokratskih, antitehnologijskih, ekologijskih i manjinskih grupa, koja će dobiti podršku antikapitalističkih i antiimperijalističkih grupa u zemljama u razvoju. Nastanak te velike koalicije pratit će rastuća kritika Ujedinjenih nacija kao birokratizirane, prekomputerizirane, majoritetske organizacije zaokupljene rastom. Napokon će se nasuprot Općoj skupštini Ujedinjenih nacija pojaviti »Univerzalna pučka skupština«, u kojoj će se nalaziti »pučki delegati« iz većeg dijela svijeta.

Vizija kanadskih međunarodnih pravnika iz 1973. godine ne nameće toliko pitanje o njezinu ostvarenju. Ona se već počela realizirati osamdesetih godina naglim porastom međunarodnih nevladinih organizacija, uključujući i takve kao što je Helsinški parlament građana. No, od 1973. do danas dogodili su se tako dramatični preokreti da je 1992. mnogo teže upuštati se u predviđanje događaja koji će se zbiti na početku trećeg milenija nego što je to bilo pred dvadeset godina. Pitanje koje

u. a., Hrsg., *Des Menschenrecht zwischen Freiheit und Verantwortung: Festschrift für Josef Patsch zum 75. Geburtstag* (Berlin W.: Duncker und Humblot, 1989), str. 29. Vidi i literaturu na koju Macdonald upućuje u navedenim člancima.

²⁴ R. St. J. Macdonald, G. L. Morris and D. M. Johnston, »International Law and Society in the Year 2000«, *The Canadian Bar Review*, vol. 51 (1973), str. 316.

²⁵ Isto, 321 i d.

nameće tekst kanadskih internacionalista jest, slično onom o ustavu, što bi to uopće mogla biti demokracija u međunarodnoj zajednici.

NACIONALNI KRITERIJI ZA INTERNACIONALNU USTAVNOST?

8. U odgovoru na pitanje što bi moglo sačinjavati ustav međunarodne zajednice, treba prije svega ispitati neka na ovom prostoru uobičajena poimanja, na koja sam se već pozvao na samom početku ovog izlaganja, naime, staljinistička, Kelsenova, i američka. Ona dobrim dijelom reprezentiraju ne samo teorijska i ideologijska stajališta koja su bila najutjecajnija u ovom stoljeću nego i tri u ovom stoljeću dominantne političke snage: (sovjetsku) Rusiju, (kontinentalnu) Evropu,²⁶ te angloamerički svijet.

8.1. Staljinistička teorija države i prava čini se najslabijim kandidatom za objašnjavanje ustava u međunarodnoj zajednici, jer ta teorija ne razlikuje ustavno od državnog prava.²⁷ Stoga bi, prema staljinističkom shvaćanju, ustav u međunarodnoj zajednici mogao biti uspostavljen samo kao pravni oblik komunističke *civitas maxima*.²⁸ Koliko god je takvo shvaćanje neplodno, njegova je vrijednost ipak u tome da pokazuje slabost nekih karakteristično američkih teorija, koje ustav vide samo kao instrument ograničavanja državne vlasti (vidi dolje 8.3).

8.2. Prema Kelsenovoj teoriji, ustav (točnije prvi ustav nekog pravnog poretka) jest onaj akt volje koji sadrži dopuštenje ili ovlaštenje za donošenje drugih pravnih

²⁶ Postoje barem dva *prima facie* razloga zbog kojih je Kelsenova teorija reprezentativna za čitavo evropsko shvaćanje prava i ustava. Prvo, Kelsen je — usprkos nastojanjima da to ne bude — teoretičar zakona. Njegova metoda, upravljena prvenstveno na izvođenje općih pojmova o pravu te ustanovljavanje logičkih i semantičkih odnosa između takvih općih pojmova na temelju čitanja pisanog autoritativnog pravnog materijala koji sam sadrži opće pojmove, zadovoljava spoznajne interese u prvom redu kontinentalnih univerzitetski obrazovanih pravnika, koji su sami obrazovani na pretpostavci da je obuhvatni zakon — izvorno Justinijanova kodifikacija, zatim kodeks kanonskog prava, napokon građanski i krivični zakon te pisani ustav francuskog tipa — temelj svog pozitivnog prava. Drugo, Kelsenov svjetonazor, vidljiv u konstrukciji njegove teorije prava, rijetko je uspjela sinteza tri i danas dominantne struje evropske politike. Kelsen, iako deklarirani pravni pozitivist, pravo poima na način na koji su ga poimali filozofi prirodnog prava, napose oni kršćanski, Toma Akvinski i Suarez (vidi C. S. Nino, »Some Confusions around Kelsen's Concept of Validity«, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Bd. 54 (1978), str. 357). Kelsenovo nastojanje da očisti pravnu znanost od svih moralnih, odnosno etičkih iskaza najlakše je shvatljivo kao izraz liberalnog nastojanja da se postigne, tamo gdje je to moguće, objektivno znanje i tako se suzi prostor za svjetonazorsku prisilu i netrpeljivost. Napokon, Kelsenovo shvaćanje države te njegova kritika marksizma interpretirana je i kao izraz njegovih socijaldemokratskih opredjeljenja (od Zdravka Grebe, *Marks i Kelzen* (Sarajevo: Svjetlost, 1979), na str. 22 i d.).

²⁷ Izričito u autointerpretaciji: V. M. Tschchikvadze and S. L. Zivs, »The System of Socialist Law), u R. David, ed., *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. 2, ch. 2. (1974), na str. 120—121.

²⁸ Vidi o tome Elliot R. Goodman, *The Soviet Design for a World State* (New York: Columbia University Press, 1968).

akata, a sâm se ne temelji na ovlaštenju sadržanom u nekom drugom aktu volje.²⁹ Vrijednost je Kelsenove teorije u tome što naslućuje da se ustav sastoji od procesa odlučivanja, a ne od dokumenata kao što je to Povelja Ujedinjenih nacija, koji su proizvod procesa odlučivanja. No, Kelsenova teorija ima dva krupna nedostatka, koja je čine slabom osnovom za teoriju ustava. Prvo, Kelsenova teorija po svojoj unutarnjoj logici dolazi do toga da je temeljna norma međunarodnog prava norma da se države trebaju ponašati onako kako su se uobičajeno ponašale.³⁰ No, Kelsen nije razvio teoriju običaja i, strogo gledano, nije je u okviru čiste teorije prava ni mogao razviti, pa je i to jedan od razloga zbog kojega nije uspio artikulirati uvid da su ustav — a i čitavo pravo — procesi odlučivanja, a ne statička struktura normi izvedena iz nekog osnovnog pisanog dokumenta.³¹ Drugo, u Kelsenovoj su teoriji ljudska prava, odnosno temeljna građanska prava — koja su bitno obilježje današnje ustavnosti — rezidualna kategorija, dijelom već zato što Kelsen, kao pravni pozitivist, ne priznaje da postoje subjektivna prava koja prethode objektivnom pozitivnom pravu, odnosno koja su od njega nezavisna. Stoga ni Kelsenova teorija nije osnova koja bi nas mogla dovesti dalje u razumijevanju ustava međunarodne zajednice od Rossove analize iz 1950.

8.3. Najnovija generacija američkih teorija suprotstavlja ustavno pravo ne samo ostalim dijelovima državnog prava nego i dijelu onoga što se uobičajeno drži ustavnim pravom u najvećem dijelu Evrope, a dobrim dijelom i u SAD.³² Tako Jon Elster u uvodu nedavnog zbornika *Ustavnost i demokracija* konstatira da se ustavnost odnosi na ograničenja većinskih odluka; točnije, na ograničenja koja su u određenom smislu samo-nametnuta.³³ Ustavnost se, dakle, shvaća kao sustav za zaštitu prava pojedinaca i manjinskih skupina protiv demokracije.

To shvaćanje, prema kojemu ustavnost ne obuhvaća ni redovite procese vladanja, pa čak ni demokracije, preusko je barem za prava u kojima još nije do kraja uspostavljena djelotvorna vlast, kakvo je ne samo međunarodno, nego i najveći broj unutarnjih prava manje razvijenih zemalja; a u svakom slučaju, takvo je shvaćanje preusko za prava u kojima se tek uspostavlja demokracija. Možda je najslabija strana tog shvaćanja da iz ustavnosti šutke isključuje odlučivanje parlamenata te izvršnih i upravnih organa, a nekritično podrazumijeva da ona uključuje svo sudsko

²⁹ Vidi npr. Kelsen, *General (bilj. 3)*, na str. 124—125.

³⁰ Vidi *isto*, na str. 369.

³¹ Vidi razloge u Padjen (*bilj. 10*), na str. 18, bilj. 37.

³² Vidi nar. Carl J. Friedrich, *Constitutional Government and Democracy: Theory and Practice in Europe and America*, 4th ed. (Waltham, Mass.: Blaisdell Publ. Co., 1968), koji na str. 133 u definiciji ustava kaže: »Riječ 'ustav' ima, dakle, za modernu političku znanost vrlo osobito značenje, naime, određene organizacije vlasti. Shvaća se kao proces čija je funkcija ne samo ta da organizira, nego i ograničava.« No, valja uzeti u obzir da je u SAD-u vrlo rano prisutno i mnogo uže shvaćanje ustava, odnosno ustavnosti kao isključivo ograničenje političke vlasti. Vidi nar. Charles H. McIlwain, *Constitutionalism: Ancient and Modern*, rev. ed. (Ithaca, N. Y.: Cornell University Press, 1947), na str. 8 i d. o Paineovu shvaćanju da postoji bitna razlika između pučke vladavine i pučkog ustava.

³³ J. Elster, »Introduction«, u J. Elster and R. Slagstad, eds., *Constitutionalism and Democracy* (Cambridge: Cambridge University Press, 1988), na str. 2.

odlučivanje. No, nesumnjiva je vrijednost današnjih američkih teorija da nisu usredotočene na ustav bilo kao dokument bilo kao proces, nego na ustavnost, koja nije shvaćena kao puka sukladnost podustavnih pravnih akata te društvenih odnosa s ustavom, nego kao konstitucionalizam, tj. kao vrsta političkog uređenja u kojemu se putem ustava kao procesa promiču sasvim određene — liberalne — vrijednosti (vidi pobliže pod 10.1).

KRITERIJI ZA USTAVNOST U MEĐUNARODNOJ ZAJEDNICI

9. Gornja razmatranja sugeriraju da pojam ustava plodan za istraživanje ustavnosti u suvremenoj međunarodnoj zajednici treba na neki način objediniti relevantne kriterije ustavnosti različitih pravnih tradicija, no uglavnom time da se anglo-američki kriteriji — koji su danas najutjecajni i najvredniji — razblaže kontinentalno-evropskima.³⁴

Prvo, ustav treba pojmiti kao proces odlučivanja. Takvo poimanje implicira da pojam ustava u formalnom smislu, kao jednoga ili više dokumenata koji se uobičajeno nazivaju ustavom, ima veoma ograničenu analitičku vrijednost.³⁵

Drugo, iako je ustav proces, štoviše proces koji se često mijenja prešutno, odnosno običajem,³⁶ za ustav je bitno da je viši u odnosu na druge procese odlučivanja,³⁷ i to ne samo zakonske nego i sudske.³⁸ Zbog toga je za ustav važno da je »krut«, tj. da se teško i rijetko mijenja.³⁹

³⁴ Dobar uvid u orijentaciju američke i kontinentalne (prvenstveno njemačke) ustavne tradicije te na njihove sličnosti i razlike mogu dati zbirke teorijskih i historijskih rasprava: J. R. Pannock and J. W. Chapman, eds., *Constitutionalism* (New York: New York University Press, 1979); M. Friedrich, Hrsg., *Verfassung: Beiträge zur Verfassungstheorie* (Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1978).

³⁵ Suprotno Leslie Wolf-Phillips, *Comparative Constitutions* (London: Macmillan, 1972), koji, kako navodi na str. 8—9, istražuje baš ustave kao dokumente, odnosno teorije o njima.

³⁶ Vidi nar.: utjecajni osvrt R. Capitant, »La Coutume Constitutionnelle« (1929), repr. u *Revue du droit public*, no. 4 (1979), str. 959; te pregled teorijskih stajališta i argumenata o tom problemu, s kratkim poredbenopravnim osvrtom, J. J. Orozco Henriquez, *El Derecho Constitucional Consuetudinario* (Mexico: Universidad Nacional Autónoma de Mexico, 1983).

³⁷ Ideja o ustavu kao višem pravu ima barem dva izvora. Prvi je u kršćanskoj zaokupljenosti osobom, koja je napokon rezultirala u poimanju temeljnih subjektivnih prava kao prirodnih i funkciji ustava da ta prava pobliže odredi i zaštiti. Vidi Friedrich, *Transcendent (bilj. 15)*, na str. 16—17. Drugi je u sudskoj kontroli ustavnosti zakona, koja se prvi put javlja u engleskom *Bonham's case* 1610. godine, no datira u modernom obliku od američkog slučaja *Marbury v. Madison* iz 1803. godine. Vidi Allan R. Brewer-Carrias, *Judicial Review in Comparative Perspective* (Cambridge; Cambridge University Press, 1989), ch. 9, na str. 97 i 101.

³⁸ Problem je najizraženiji u SAD-u, gdje se uvrijedilo shvaćanje da je Ustav ono što kaže Vrhovni sud. Za kritiku tog shvaćanja vidi npr. S. Carter, »The Courts Are Not the Constitution«, *The Wall Street Journal* (February 7, 1989), str. A24.

³⁹ Krutim ustavom često se, no nedovoljno precizno, naziva ustav koji se mijenja po postupku zahtjevnijem od onoga za donošenje običnih zakona. No primjerenije je krutim ustavom nazivati ustav koji se rijetko mijenja. Tako Leslie-Wolf (*bilj. 35*), na str. 33—34.

Iako ustav i ustavnost obuhvaćaju samo do sada nabrojana četiri elementa ili značajke, valja voditi računa da pretpostavljaju djelotvornu upravnu organizaciju koja je u stanju provoditi ustav i pravo u cjelini. Napokon, samo se po sebi razumije da ustav i ustavnost pretpostavljaju postojanje građanskog društva, kao područje interakcije pojedinaca i grupa u koje politička vlast relativno malo intervenira, i to — u pravilu — samo određivanjem općih uvjeta tržišne utakmice, obrazovanja i sl.⁴⁸

DVA SHVAĆANJA ODNOSA USTAVNOSTI I DEMOKRACIJE

10.1. Netom izložen pojam ustava i ustavnosti sročjen je tako široko da bude osnovom i za istraživanje pojave demokracije u današnjoj međunarodnoj zajednici. No, treba uzeti u obzir da je taj pojam usredotočen na one aspekte ustava i ustavnosti koje rastući broj suvremenih država deklarativno prihvaća povodeći se u prvom redu za primjerom SAD-a, a da su već karakteristično evropska shvaćanja demokracije nespojiva s američkima te, zbog toga, i s američkim shvaćanjima ustava. Na taj problem jasno je uputila Lidija Basta. Citirat ću sažetak njezine analize:

Bit anglo-američkog ustavno-demokratskog razumijevanja, koje prevladava u anglo-američkoj tradiciji, može biti sažet na sljedeći način: ustav, kao temeljni zakon i temelj pozitivnog prava, te demokratski ustanovljena politička vlast imaju različite izvore važenja. Na taj način suveren je viđen kao ograničen — ustav *per se* konstituira ograničenu i slobodnu demokratsku vladavinu.

Tom tumačenju suprotstavljena je radikalno-demokratska teorija, povezana uglavnom s jakobinizmom. Ona ne razumije političku vlast kao imanentno ograničenu zato da bi se održale individualne slobode — najveća je vrlina pojedinca to da prevlada vlastitu privatnost zato da bi mogao postići status bića zajednice... Ustav je ovdje sveden na puku formu *volonté générale*.⁴⁹

10.2. Iako je razlika između navedenih shvaćanja odnosa ustavnosti i demokracije očita, nije posve jasno kako se ta shvaćanja artikuliraju u međunarodnoj zajednici. Na prvi pogled, trebalo bi očekivati da anglo-američki pristup pretpostavlja da je međunarodna zajednica u pravilu popravljiva, te da je stoga otvoren za šire priznavanje temeljnih prava pojedinaca unutar postojećih nacionalnih država, a zatvoren za priznavanje kolektivnih prava koja mogu dovesti do stvaranja novih država i time narušavanja temeljnih odnosa u samoj međunarodnoj zajednici. Nasuprot tome, od karakteristično evropskog pristupa trebalo bi očekivati da je načelno otvoreniji za priznavanje kolektivnih prava, i to prvenstveno onih koja su već priznata postojećim državama, ali i onih koja za sebe traže narodi koji nastoje ostvariti svoje samoodređenje u novim nacionalnim državama. Trebalo bi, dakle, očekivati da je

⁴⁸ Vidi nar. zbirku teorijskih rasprava Z. Pokrovac, ur., *Gradansko društvo i država* (Zagreb: Naprijed, 1991).

⁴⁹ L. Basta, »Ustav i demokratija«, u *Dva veka savremene ustavnosti* (Beograd: SANU, 1990), na str. 297.

karakteristično evropski pristup istovremeno zatvoren za reforme i otvoren za revolucije u međunarodnoj zajednici. No, iznesena očekivanja su, dakako, samo hipoteze koje bi valjalo podrobno istražiti, i to u mnogo širem kontekstu od onoga koji čine ustavno-političke teorije.⁵⁰

POLICY PRISTUP MEĐUNARODNOM PRAVU

11. Iako u današnjoj literaturi o međunarodnom pravu ne postoji gotov teorijski okvir koji bi razradio postavke izložene u točkama 9. i 10. te time omogućio istraživanje pojave ustavnosti — a pogotovo demokracije — u današnjoj međunarodnoj zajednici, vjerujem da najviše u tom pravcu obećava *policy oriented jurisprudence* koju su razradili pokojni Harold Lasswell, njegov još vrlo aktivan kolega Myres McDougal i njihovi nasljednici Michael Riesman i Andrew Willard s Yale Law School. Oni upravo završavaju veliku studiju *Svjetski ustavni proces autoritativne odluke: međunarodno pravo u obuhvatnom kontekstu zajednice*,⁵¹ čiji glavni pravac je vidljiv iz istoimene kraće studije koju su objavili još 1967,⁵² te iz brojnih drugih radova,⁵³ uključujući *Jurisprudenciju za slobodno društvo*, objavljenu, nakon dugogodišnjih priprema, 1992.⁵⁴

⁵⁰ O utjecaju američkog shvaćanja demokracije, ljudskih prava i morala na vanjsku politiku SAD-a postoje brojne studije. Vidi npr.: Richard Falk, *Human Rights and State Sovereignty* (New York: Holmes and Meier, 1981), ch. 2; David Larson, ed., *The Puritan Ethic in United States Foreign Policy* (Princeton: Van Nostrand, 1966), Usporedivih studija evropskih shvaćanja na vanjsku politiku evropskih država gotovo nema.

⁵¹ *The World Constitutive Process of Authoritative Decision: International Law in Comprehensive Community Context*.

⁵² M. S. McDougal, H. D. Lasswell, and W. M. Reisman, »The World Constitutive Process of Authoritative Decision«, *Journal of Legal Education*, vol. 19 (1967), str. 253, 403.; repr. u M. S. McDougal and W. M. Reisman, *International Law Essays* (Mineola, N. Y.: The Foundation Press, 1981), str. 191.

⁵³ Uglavnom potpun popis Lasswellovih radova sadrži R. Muth, M. M. Finley and M. F. Muth, comp., Harold D. Lasswell: *An Annotated Bibliography* (Dordrecht: Kluwer, 1989), koja već svojim opsegom (XII + 312 str. !!) svjedoči o Lasswellovu utjecaju na formiranje društvenih znanosti, napose političke znanosti, u SAD. Do sada najpotpuniji popis McDougalovih radova sadrži »Works by Myres S. McDougal«, u W. M. Reisman and B. H. Weston, eds., *Toward World Order and Human Dignity: Essays in Honor of Myres S. McDougal* (New York: The Free Press, 1978), str. 579—587. U nastavku istog popisa nalazi se i popis izabranih radova o McDougalu, na str. 587—591, te popis radova na koje je on utjecao, tj. radova drugih pripadnika *policy oriented jurisprudence*, na str. 591—593. Vjerojatno su najbolji cjeloviti pregledi McDougalove i Lasswellove teorije međunarodnog prava: Bent Rosenthal, *Étude de l'Oeuvre de Myres Smith McDougal en Matière de Droit International Public* (Paris: L. G. D. J., 1970); Frederick S. Tipson, *Consolidating World Public Order: The American Study of International Law and the Work of Harold D. Lasswell and Myres S. McDougal* (University of Virginia, Ph. D. Dissertation, 1977), u međuvremenu objavljeno kao knjiga.

⁵⁴ Harold D. Lasswell and Myres S. McDougal, *Jurisprudence for a Free Society: Studies in Law, Science and Policy*, 2. vols (Dordrecht: Kluwer, 1992).

11.1. Da bi se uočila plodnost *policy oriented jurisprudence* za istraživanje ustavnosti i demokracije u današnjoj međunarodnoj zajednici (ali i otklonile neke uvriježene predrasude o toj teoriji),⁵⁵ dovoljno je u ovom tekstu uputiti na zadatke koje su sebi postavili (i dobrim dijelom izvršili) Lasswell i McDougal u svojim istraživanjima međunarodnog prava, te koje preporučuju i drugim istraživačima prava i politike.⁵⁶

Prvi je zadatak istraživača da odredi svoje stajalište. Iako je taj zahtjev obojen pretpostavkama logičkog pozitivizma, Lasswellu i McDougalu je omogućio, prvo, to da analiziraju pravo u »funkcionalnim pojmovima o pravu« (kao što su to vrijednosti izvedene iz Sprangerovih *Oblika života*),⁵⁷ a ne u konvencionalnim pojmovima koji su definirani u pravnim aktima ili u ustaljenim pravničkim doktrinama (kao što su to pojam »subjektivnog prava« i sl.); a, drugo, to da izričito zauzmu stajalište za ocjenjivanje međunarodnog prava koje u njemu samom nije opće prihvaćeno (naprotiv, krajem pedesetih Lasswellovo i McDougalovo vrijednosno stajalište bilo je krajnje neobično). Drugi je zadatak istraživača da se identificira kao građanin svijeta, a ne neke uže zajednice, te da shodno tome promiče vrijednosti čitavog čovječanstva. Treći je zadatak da izričito postulira ciljeve razvoja prava, i to vrijednosti ljudskog dostojanstva ili slobodnog društva, koje uključuju zahtjeve da se stvara što više dobara i da ona budu u što većoj mjeri dostupna svakome, te prednost uvjeravanja nad prisilom. Četvrti je zadatak konceptualiziranje problema istraživanja u funkcionalnim pojmovima *policy oriented jurisprudence*, a peti ustanovljavanje trendova u odlučivanju, analiziranje čimbenika odlučivanja, projiciranje budućeg razvoja, te iznalaženje i ocjenjivanje alternativa.

Gotovo je suvišno pojašnjenje da ispunjavanje tako ambicioznih zadataka nije ni moguće ni potrebno u istraživanjima standardnih pravnih problema, čija je svrha da daju odgovore na pitanja o tome koje pravo važi u nekom konkretnom slučaju. No, isto je tako očito da je samo onome tko si postavlja tako velike zadatke moguće doći do odgovora na glavna pitanja koja sebi postavljaju McDougal i suradnici, a to su: razvija li se međunarodna zajednica u pravcu javnog poretka ljudskog dostojanstva?; što je moguće i potrebno učiniti u temeljnim procesima međunarodnog prava da bi se taj razvoj pospješio?

⁵⁵ Nar.: Knud Krakau, *Missionsbewusstsein und Völkerrechtsdoktrin in den Vereinigten Staaten von Amerika* (Frankfurt a. M.: Metzner, 1967), Kap. 15; O. Young, »International Law and Social Science: The Contributions of Myres S. McDougal«, *American Journal of International Law*, vol. 66 (1972), str. 60.

⁵⁶ Opsežan izvod zadataka sadržava najveći dio traktata o teoriji prava (*bilj. 54*). Sažeti prikaz zadataka i opširnu izvedbu sadrži, među ostalim, Myres S. McDougal, Harold D. Lasswell and Lung-chu Chen, *Human Rights and World Public Order: The Basic Policies of an International Law of Human Dignity* (New Haven: Yale University Press, 1980), na str. 82—93 i dr.

⁵⁷ Iako Lasswell nigdje ne otkriva bilo koji izvor svoje klasifikacije vrijednosti (*power, enlightenment, wealth, wellbeing, skill, affection, respect, rectitude*), ta klasifikacija se samo u jednom detalju (*wellbeing*) razlikuje od kriterija razlikovanja idealnih temeljnih tipova individualnosti u Eduard Spranger, *Lebensformen*, prev. kao *Oblici života* (Zagreb: Matica Hrvatska, 1942), odsjek II.

MEĐUNARODNA USTAVNOST U POLICY PERSPEKTIVI

11.2. Već do sada objavljeni radovi McDougala i suradnika omogućuju da se vidi mjesto koje ustavnost, u smislu određenom u točki 9, ima u *policy oriented jurisprudence* međunarodnog prava.

Prvo, ta teorija izričito shvaća čitavo pravo, pa jednako tako i ustav, kao proces; štovište, odbija shvaćanje prava kao sistema, odnosno poretka.⁵⁸ Takvo shvaćanje pretpostavlja razrađenu teoriju običaja, koja bi trebala biti cjelovito izložena u najavljenom traktatu o svjetskom ustavnom procesu.⁵⁹

Drugo, *policy oriented jurisprudence* nalazi da danas rastući broj pravila međunarodnog prava, napose onih o ljudskim pravima⁶⁰ te o zabrani agresije,⁶¹ ima značaj *jus cogens* tj. pravila koja države ne mogu promijeniti svojim sporazumima te čije neprimjenjivanje i zaobilazanje čini međunarodni delikt;⁶² dakle onu »krutost« koju u unutrašnjim pravima redovito imaju pravila sadržana u ustavima.

Treće, zanimljivost je *policy oriented jurisprudence* da je, iako se pojavila i dugo razvijala kao teorija zaokupljena prvenstveno međunarodnim pravom »slobodnog svijeta« (SAD i zapadnih saveznika) i njegovih odnosa s komunističkim blokom,⁶³ slijedeći svoju osnovnu vokaciju i prateći trendove razvoja gotovo u središte pozornosti stavila ljudska prava.⁶⁴

Policy oriented jurisprudence ne može, dakako, promijeniti činjenicu da je međunarodna zajednica organizirana kao bitno defektan poredak, dobrim dijelom zbog dugogodišnje blokovske podijeljenosti svijeta. Dovoljno je prisjetiti se činjenice da uloga Međunarodnog suda u rješavanju međunarodnih sporova među velikim državama čak i pada, poglavito zbog poteza SAD-a;⁶⁵ te da je Vijeće sigurnosti,

⁵⁸ Vidi poredbenu analizu Charles Sampford, *The Disorder of Law* (Oxford: Blackwell, 1989), na str. 132—134 i dr.

⁵⁹ Do sada je najvažniji doprinos *policy oriented jurisprudence* međunarodnog običajnog prava dao Venkata Raman, *Prescription of International Law by Customary Practice* (Yale University, J. S. D. Dissertation, 1967).

⁶⁰ McDougal, *Human Rights (bilj. 56)*, na str. 345—350 i dr. To stajalište potvrđuje i do sada najopsežnija studija problema, Lauri Hannikainen, *Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Law* (Helsinki: Finnish Lawyers Publ. Co., 1988), nar. zaključak na str. 717—723.

⁶¹ Vidi Myres S. McDougal and W. Michael Reisman, *International Law in Contemporary Perspective: Cases and Materials* (Mineola, N. Y.: The Foundation Press, 1981), na str. 966 i d., nar. McDougalova stajališta na str. 964—966 i 976—981.

⁶² Ibler (*bilj. 12*), na str. 113.

⁶³ Vidi nar. M. S. McDougal and A. Schlei, »The Hydrogen Bomb Tests in Perspective: Lawful Measures for Security«, u M. McDougal and Associates, *Studies in World Public Order* (New Haven: Yale University Press, 1960), str. 763.

⁶⁴ Vidi nar. McDougal, *Human Rights (bilj. 56)*.

⁶⁵ Vidi B. Cheng, »Flight from Justiciable to Autointerpretative Law: From Jay Treaty to Schultz Letter«, u *Liber Amicorum Ellie van Bogaert* (Antwerp: Kluwer, 1985), str. 3.

kao glavni organ Ujedinjenih nacija za održavanje mira i sigurnosti, zamišljeno da djeluje kao svjetski policajac (a ne zato da dijeli pravdu),⁶⁶ a i to samo onda kad se tome ne protivi neki od njegovih stalnih članova.⁶⁷

McDougal i suradnici su, međutim, već do sada pokazali izvanredan interes za istraživanje, i u tom istraživanju promicanje minimalnog svjetskog poretka,⁶⁸ s posebnim naglaskom na, s jedne strane, ulozu znanja,⁶⁹ a s druge, slobodi informiranja⁷⁰ u razvijanju međunarodnog prava i međunarodnih odnosa. Danas, kad je blokovska podjela svijeta nestala, kritični je test za *policy oriented jurisprudence* kako će McDougal u studiji *Svjetski ustavni proces autoritativne odluke* procijeniti mogućnost i ocijeniti potrebu da SAD — kao jedina svjetska velesila — jačaju ulogu Ujedinjenih nacija. Za nadati se je da je indikacija očekivane ocjene i procjene sadržana u McDougalovim ranim stajalištima da je Vijeće sigurnosti UN nadležno da odlučuje o meritornim pitanjima iz svoje nadležnosti i onda kad neki od njegovih stalnih članova ne prisustvuje sjednicama Vijeća.⁷¹ Za nadati se je, također, da je indikativan i McDougalov pozitivan odnos spram međunarodnih institucija za zaštitu ljudskih prava,⁷² te njegovo zalaganje da SAD također budu strankom međunarodnih konvencija o ljudskim pravima.⁷³

Napokon, možda je najveća odlika *policy oriented jurisprudence* što istražuje međunarodno pravo u njegovu širokom kontekstu, pa tako uočava nosivu ulogu koju u svjetskom ustavnom procesu autoritativne odluke imaju raznovrsni sudionici međunarodnih odnosa, napose međunarodne organizacije.⁷⁴ No, baš zbog toga što istražuje međunarodno pravo u njegovu širokom kontekstu, *policy oriented jurispru-*

⁶⁶ Vidi Ruth B. Russell, *A History of the United Nations Charter* (Washington, D. C.: Brookings Institution, 1958), na str. 599.

⁶⁷ O pravu veta stalnih članova Vijeća sigurnosti UN vidi J.-P. Cot et A. Pellet, dir., *La Charte des Nations Unies: Commentaire Article par Article* (Paris: Economica, 1985), komentar čl. 27, na str. 499—518.

⁶⁸ Vidi nar. Myres S. McDougal and Florentino Feliciano, *Law and Minimum World Public Order: The Legal Regulation of International Coercion* (New Haven: Yale University Press, 1961).

⁶⁹ Vidi nar. M. S. McDougal, H. D. Lasswell and W. M. Reisman, »The Intelligence Function and World Public Order«, *Temple Law Quarterly*, vol. 46 (1973), str. 365.

⁷⁰ B. S. Murty, *Propaganda and World Public Order: The Legal Regulation of the Ideological Instrument of Coercion* (New Haven: Yale University Press, 1968).

⁷¹ M. S. McDougal and R. N. Gardner, »The Veto the Charter: An Interpretation for Survival«, u *McDougal and Associates (bilj. 63)*, str. 718.

⁷² Vidi nar. McDougal, *Human Rights (bilj. 56)*, pt. 1, ch. 4.

⁷³ Vidi npr. M. S. McDougal and R. Arens, »The Genocide Convention and the Constitution«, *Vanderbilt Law Review*, vol. 3 (1950), str. 683.

⁷⁴ Vidi nar. M. S. McDougal, W. M. Reisman and A. W. Willard, »The World Community: Planetary Social Process«, *U. C. Davis Law Review*, vol. 21 (1988), str. 807. Šire o ulozu međunarodnih organizacija u rekonstituiranju međunarodne zajednice vidi u još uvijek aktualnoj studiji Evan Luard, *International Agencies: The Emerging Framework of Interdependence* (London: Macmillan, 1977).

dence ne može, u današnjoj situaciji, svesti ustav međunarodne zajednice na ustav Ujedinjenih nacija.

GRANICE DEMOKRACIJE U MEĐUNARODNOJ ZAJEDNICI

12. U točki 7. prenio sam futurističku viziju Univerzalne pučke skupštine, kao mogućeg puta uspostavljanja demokracije u međunarodnoj zajednici sutrašnjice. U točki 10. uputio sam na dva bitno različita shvaćanja odnosa ustavnosti i demokracije, te naznačio neke moguće implikacije tih shvaćanja za uspostavljanje tog odnosa u međunarodnoj zajednici. Pokušat ću sad odrediti u čemu bi se demokracija u međunarodnoj zajednici uopće mogla sastojati, koje su njezine granice, te u kakvu je odnosu konstituiranje demosa (puka) spram demokracije i ustavnosti u međunarodnoj zajednici. Tako ću, na kraju, doći i do ključa za tumačenje Buergethalova sna.

12.1. Ako se demokracijom drži način vladavine u kojoj se najviše odluke donose, neposredno ili posredno, poštovanjem načela »jedan čovjek — jedan glas«,⁷⁵ izgledi da se takav način vladavine uspostavi u međunarodnoj zajednici ovise o ispunjenju barem tri sljedeća uvjeta.

Prvi je uvjet da postoji neki nedvojben razlog za to da svaki čovjek ima jednako pravo u donošenju najviših odluka, odnosno u biranju predstavnika koji će donositi takve odluke. No, danas je teško naći neki transempirijski razlog za jednakost svih ljudi koji bi imao izgleda da bude široko prihvaćen.⁷⁶ Empirijski pak razlozi navode na to da je danas svaki čovjek *l'homme situé*: svaki je određen jedinstvenim sklopom svojih sposobnosti, znanja, privatnih prava, društvenih skupina kojima pripada itd.⁷⁷ Stoga svakom čovjeku treba omogućiti da uživa ustavnu jednakost s drugima ovisno o njegovoj individualnoj situaciji. Taj razvoj će, za nadati se je, jednog dana doći

⁷⁵ Navodim načelo koje mi izgleda elementarnim u svakoj zajednici koja želi imati demokraciju, iako je to načelo do te mjere trivijalno da se uglavnom ne spominje u teorijama demokracije (spominje se kao izraz načela jednakosti). O definicijama demokracije, te raznorodnim problemima koje one trebaju riješiti, vidi npr., David Held, *Models of Democracy* (Stanford: Stanford University Press, 1967), na str. 2—3 i d. No, pri tom valja voditi računa da izraz demokracija gotovo da izmiče bilo kakvoj definiciji. Tako i Arend Lijphart, *Democracies in Plural Societies* (New Haven: Yale University Press, 1977). O operacionalizacijama demokracije vidi Arend Lijphart, *Democracies* (New Haven: Yale University Press, 1984).

⁷⁶ Iako ustavnost ima religiozne korijene (vidi bilj. 37), danas se drži karakteristično liberalnim načinom vladanja. No, sâm liberalizam nije u stanju naći svoje moralno utemeljenje: ne može ga tražiti u vjerskim ili metafizičkim shvaćanjima (npr. osobe), jer bi se takvo utemeljivanje držalo izričito ne-liberalnim; ostale vrste utemeljenja završavaju u subjektivizmu, koji ne može opravdati ni sâm liberalizam. Tako James S. Fishkin, *Beyond Subjective Morality: Ethical Reasoning and Political Philosophy* (New Haven: Yale University Press, 1984), na str. 153—157.

⁷⁷ T. Koopmans, »Comparative Analysis and Evaluation«, u isti, ed., *Constitutional Protection of Equality* (Leyden: Sijthoff, 1975), na str. 216—217, slijedeći George Burdeaua, *Traité de Science Politique*, t. 6 (Paris, 1956), par. 8—13.

do točke u kojoj će razlike situacije prosječnog Švicarca, prosječnog Kineza i prosječnog Kenijca biti podnosivo velike, tako da će svakome od njih biti barem donekle smisljeno da uživa pravo glasa za nekakav svjetski parlament građana.

Drugi je uvjet da se u posrednoj demokraciji — a samo takva bi mogla biti moguća u međunarodnoj zajednici — primjenom načela »jedan čovjek — jedan glas« postiču približno oni rezultati koji bi se postigli u neposrednoj demokraciji.⁷⁸ No, iskustvo uči da s porastom broja glasača demokratski ustrojene zajednice raste i neprozirnost odnosa volje glasača i volje koja stoji iza prihvaćenih zakona. Čisti proporcionalni sustav u biranju pučkog predstavnitva pogoduje ne samo usitnjavanju političkih stranaka nego često i tome da male stranke postaju nezaobilaznim partnerom u koalicijskim vladama i time osjetljivo utjecajnijim činiteljima u donošenju odluka pučkog predstavnitva nego što to indicira broj glasova koje su dobile na izborima. Većinski izborni sustavi postiču, na mnogo izravniji način, suprotne učinke.⁷⁹

Treći je uvjet da budu uklonjeni načini donošenja najviših odluka koji su nespojivi s demokracijom. No, čitava se organizacija Ujedinjenih nacija temelji na hegemoniji stalnih članova Vijeća sigurnosti, koja se najbolje vidi u ulozi koju stalni članovi imaju u sustavu prinudnih mjera te u činjenici da se Povelja UN može promijeniti samo uz suglasnost svih pet stalnih članova.⁸⁰

SAMOODREĐENJE: UVJET USTAVNOSTI I DEMOKRACIJE

12.2. Iako ne vjerujem da je demokracija provedbom načela »jedan čovjek — jedan glas« u izboru glavnih organa međunarodne zajednice bilo moguća bilo poželjna u sagledivoj budućnosti, vjerujem da je uspostavljanje demokracije bitno obilježje današnje međunarodne zajednice. No, uspostavljanje demokracije zbiva se prvenstveno samoodređenjem naroda⁸¹ (a zatim slijedenjem primjera razvijenih demokracija, naznačenim u točki 3). Zbilo se najprije u dekolonizaciji Azije i Afrike.⁸² Sada se zbiva u raspadu višenacionalnih komunističkih zemalja u Srednjoj i Istočnoj Evropi.

⁷⁸ Tako i Hanna F. Pitkin, *The Concept of Representation* (Berkeley: University of California Press, 1967), na str. 86.

⁷⁹ Vidi o karakterističnim učincima razmjernih i većinskih izbornih sustava Dieter Nohlen, *Izborni pravo i stranački sustav*, prij. (Zagreb: Školska knjiga, 1992), pog. 5 i dr.

⁸⁰ Vidi poblje, Andrassy (*bilj. 15*), na str. 363—367.

⁸¹ Vidi npr.: Aurelian Cristescu, *The Right to Self-Determination: Historical and Current Developments on the Basis of United Nations Instruments* (New York: United Nations, 1981); Michela Pomerance, *Self-Determination in Law and Practice: The New Doctrine in the United Nations* (The Hague: Nijhoff, 1982).

⁸² Vidi npr. Stewart C. Easton, *The Rise and Fall of Western Colonialism* (New York: Praeger, 1964).

Samoodređenje naroda bitan je korak u uspostavljanju demokracije zbog toga što demokracija pretpostavlja postojanje puka, kao zajednice apstraktnih osoba, tj. osoba koje imaju načelno jednaka prava neovisno o svojim (fizičkim, etničkim i dr.) osobinama; te zajednice koja »omogućuje postavljanje i rješavanje problema na apstraktnoj razini«. ⁸³ S obzirom na to da takav puk nije u doglednoj budućnosti moguće uspostaviti na svjetskoj razini, preostaje samo to da se on uspostavlja na razini nacija, od kojih je svaka:

»u svom klasičnom određenju stabilna i posebna globalna zajednica, koja sebe konstituira kao politički suveren narod, i prema tome raspolaže teritorijem, zasebnom kulturom i autonomnim privrednim životom«. ⁸⁴

12.3. Samoodređenje naroda u naciju — što je prema citiranoj definiciji isto značno s državom (odnosno nacionalnom državom, od *nation state*) — bitno je ne samo za uspostavljanje demokracije nego, još više, za uspostavljanje ustavnosti u međunarodnoj zajednici. Prvo zbog toga što je samoodređenje naroda ispunjavanje skupnog (kolektivnog) prava njegovih pripadnika da žive zajedno i slobodno od vlasti drugih. ⁸⁵ Drugo zbog toga što se baš zbog ispunjenja tog skupnog prava stvaraju načelno bolji institucionalni uvjeti za zaštitu ljudskih prava, tj. međunarodno propisanih temeljnih prava, njezinih građana te za zastupanje i predstavljanje njihovih interesa u međunarodnoj zajednici.

Ne treba naširoko obrazlagati da je stvaranje novih nacionalnih država istovremeno i kontraproduktivno za uspostavljanje ustavnosti i demokracije u međunarodnoj zajednici. Jer, stvaranjem novih država produžava se stanje u kojemu se svaka država, kad god joj se to čini potrebnim, poziva na svoju unutarnju nadležnost izvan dometa drugih država pa i samih Ujedinjenih nacija, ⁸⁶ ili naprosto na svoju suverenost, ⁸⁷ te time otežava uspostavljanje i djelotvornog međunarodnog prava. No, postoje ipak brojni pokazatelji da je takvo pozivanje na suverenost, kad je riječ o onome što je najvažnije za ustavnost — a to je poštovanje ljudskih prava, postalo bitno otežano i prije »Revolucije ljudskih prava« koja je buknuła 1989, ⁸⁸ te da je suverenost nacionalnih država u tom najvažnijem elementu ustavnosti barem ozbiljno načeta.

⁸³ Ž. Puhovski, »Puk/narod«, u Ivan Prpić, Žarko Puhovski i Maja Uzelac, *Leksikon temeljnih pojmova politike* (Zagreb: Školska knjiga, 1990), na str. 82.

⁸⁴ Ž. Puhovski, »Nacija«, u Prpić (*bilj.* 83), na str. 83.

⁸⁵ Eschel Rhodie, *Discrimination in the Constitutions of the World: A Study of the Group Rights Problem* (Columbus: Brentwood, 1984), na str. 4 navodi da skupna prava povijesno prethode pravima pojedinaca, te nagađa da postoje gotovo osobni (ili čak freudijanski) razlozi zbog kojih istraživači ustava papagajski ponavljaju dogmu da subjektivna prava mogu pripadati samo pojedincima.

⁸⁶ Vidi Cot (*bilj.* 58), na str. 142—159 komentar čl. 2, st. 7.

⁸⁷ Vidi npr. argumente u W. J. Stankiewicz, ed., *In Defense of Sovereignty* (New York: Oxford, 1969).

⁸⁸ Vidi nar. Richard Falk, *Human Rights and State Sovereignty* (New York: Holmes and Meier, 1981).

Treće, ustav jamči određena subjektivna prava pojedinaca kao temeljna građanska, odnosno ljudska prava, tj. kao viša u odnosu na bilo koja prava ili obveze što nisu zajamčene ustavom.⁴⁰

Četvrto, ustav istovremeno određuje način vršenja vlasti (danas načelno demokratski) i kontrolu te vlasti. Pritom je za kontrolu vlasti te za zaštitu temeljnih građanskih, odnosno ljudskih prava presudno da je pravosuđe neovisno o zakonodavnom, te izvršnim i upravnim organima⁴¹ te da postoji sudska kontrola zakonitosti upravnih odluka;⁴² a već je postalo standardom suvremene pravne države da postoji i sudska kontrola ustavnosti zakona i podzakonskih akata.⁴³ Danas se sve više uviđa da je za kontrolu vlasti jednako tako važan slobodan protok informacija o vlasti, napose dostupnost pravnih akata (zakona i drugih propisa, sudskih presuda i važnijih upravnih odluka),⁴⁴ podataka o radu državnih organa,⁴⁵ zaštita privatnosti ali — u nužnoj mjeri — i otvorenost za javnost privatnih podataka,⁴⁶ te sloboda informiranja, napose nezavisnost javnih medija.⁴⁷

⁴⁰ Vidi nar. poredbene poglede: Felix Ermacora, *Menschenrechte in der sich wandelnden Welt*, 2 Bde. (Wien: Verlag der österreichischen Akademie der Wissenschaften, 1974—83); Daniel Kramer, *Comparative Civil Rights and Liberties*, (Washington, D. C.: University Press of America, 1982); *Menschenrechte in Ost und West* (Mainz: Hase und Köhler, 1989).

⁴¹ Vidi nar. poredbeni pregled S. Shetreet and J. Deschenes, eds., *Judicial Independence: The Contemporary Debate* (Dordrecht: Nijhoff, 1985).

⁴² Vidi nar. poredbene preglede. Peter Hänni, *Die Klage auf Vornahme einer Verwaltungshandlung* (Freiburg Schweiz: Universitätsverlag, 1988); H. B. Jacobini, *An Introduction to Comparative Administrative Law* (New York: Oceana, 1991); Zaim M. Nedjati and J. E. Trice, *English and Continental Systems of Administrative Law* (Amsterdam: North-Holland, 1978); Spyridon Flogaitis, *Administrative Law et Droit Administratif* (Paris: L. G. D. J., 1986).

⁴³ Vidi nar. poredbene preglede: Chester J. Antieau, *Adjudicating Constitutional Issues* (London: Oceana, 1985); Brewer-Carrias (bilj. 37); J. L. Waltman and K. M. Holland, eds., *The political Role of Courts in Modern Democracies* (New York: St. Martin's Press, 1988).

⁴⁴ Pravnicima u razvijenim zemljama uglavnom je samorazumljivo da su državni izvori prava dostupni, pa se stoga njihova dostupnost tretira prvenstveno kao tehnički ili komercijalni problem. No, nedostupnost prava, a pogotovo partijske regulacije koja je bila važnijom od prava, bila je temeljnom političkom preprekom uspostavljanju pravne države (a pogotovo ustavnosti) u komunističkim zemljama. To dramatično pokazuje osobno svjedočanstvo S. Zamashchikov, »The Dissemination of Decisions Within the Party«, u D. Loeber, ed., *Ruling Communist Parties and their Status under Law* (Dordrecht: Nijhoff, 1986), str. 53.

⁴⁵ Vidi nar. poredbene preglede: T. M. Franck and E. Weisband, eds., *Secrecy and Foreign Policy* (London: Oxford University Press, 1974); Itzhak Galnor, ed., *Government Secrecy in Democracies* (New York: Harper and Row, 1977); D. C. Rowat, eds., *Administrative Secrecy in Developed Countries* (New York: Columbia University Press, 1979).

⁴⁶ Vidi npr. Kim L. Scheppele, *Legal Secrets: Equality and Efficiency in the Common Law* (Chicago: The University of Chicago Press, 1988).

⁴⁷ Vidi nar. teorijske prinose problemu: Jürgen Wilke, Hrsg., *Pressefreiheit* (Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1984); J. Lichtenberg, ed., *Democracy and the Mass Media* (Cambridge: Cambridge University Press, 1990). Vidi i poredbeni pregled *Organisation von Rundfunk und Fernsehen in Rechtsvergleichender Sicht* (München, 1977).

SAMOODREĐENJE PUKA ILI PODREĐENJE NARODA?

12.4. Izloženo viđenje blagotvornosti samoodređenja naroda mora biti rijetko sumnjivo svakome tko je svjedok raspada Druge Jugoslavije i nastojanja naroda dominantnog u Trećoj da ostvari svoje samoodređenje njezinim protezanjem na sve dijelove bivše Druge u kojima taj narod obitava u iole većem broju. A pogotovo mora biti sumnjivo onome tko primjećuje kako i brojni djelatnici drugog naroda, koji je izašao iz Druge Jugoslavije i stvorio vlastitu državu, pokazuju sklonost da s narodom dominantnim u Trećoj — i to povodeći se za njegovom doktrinom samoodređenja naroda — dijeli teritorij treće države nastale iz Druge Jugoslavije.

Najgore je pri svemu tome da se čini kako se oba spomenuta naroda, a i onaj koji preteže u spomenutoj trećoj državi, mogu podjednako opravdano pozivati na odredbu čl. 1., tč. 2 (i gotovo istovjetnu odredbu čl. 55) Povelje Ujedinjenih nacija, koja u engleskom izvorniku kaže:

The Purposes of the United Nations are:

.....

2. To develop friendly relations among nations based on respect for the principle of equal rights and selfdetermination of peoples, ...

Jedino što ni jedan od spomenutih naroda, očito, ne može razborito tvrditi jest da mu je uspjelo da razvija prijateljske odnose s drugim narodima.

12.5. No, citirana odredba Povelje Ujedinjenih nacija, koja je bila i ostala glavnim pravnim osnovom za samoodređenje naroda,⁸⁹ ne pruža osnova za interpretaciju u ime koje se danas teži samoodređenju dominantnog naroda u Trećoj Jugoslaviji. Samoodrediti se ne može narod kao narod, već samo narod koji se konstituirao kao puk, u smislu navedenom u točki 12.2.

Ako se nije konstituirao kao puk, tada se ne radi o samoodređenju naroda, nego o tome da je netko bez mandata tog naroda podredio ne samo taj narod nego i svakog pojedinca koji ga sačinjava. Jer, ne postoji pravo naroda na samoodređenje radi samog naroda, baš kao što ne postoji i bilo koje drugo skupno pravo radi skupine kojoj pripada, nego radi ljudi koji čine narod. Ako se pak narod konstituirao kao puk, tad više nije narod u smislu etnosa, jer nužno uključuje sve koji s tim narodom obitavaju na istom teritoriju, bez obzira na njihovo etničko porijeklo, vjeroispovijest ili neke druge okolnosti.⁹⁰

U nekom pojedinom slučaju može biti spornim tko sve sačinjava puk nekog teritorija (jer mogu postojati opravdani razlozi zato da nedavni pridošlice, davno otišli i sl. budu isključeni). No, nema nikakve sumnje da pravno ne mogu biti isključeni starosjedioci koji su s teritorija istjerani samo zato što nisu pripadnici naroda koji bi htio biti jedinim činiteljem puka.

⁸⁹ Vidi Cot (*bilj.* 58), na str. 39—55, komentar čl. 1., st. 2.

⁹⁰ Ž. Puhovski (*bilj.* 83), na str. 82.

POVIJESNI NASLOV NA ZEMLJU KAO KLJUČ: SNA ILI MÔRE?

12.6. Iako izneseni argument bitno sužava prostor za zloupotrebe prava na samoodređenje naroda, ne rješava osnovno pitanje: koje su granice teritorija na kojemu se opravdano može konstituirati puk koji će se samo-odrediti u nacionalnu državu? Na to pitanje uvjerljiv odgovor daje Lea Brilmayer, kad argumentira da se u samoodređenju uvijek radi — prije svega — o sukobu prava na zemlju, a ne na samostalnost; te da je međunarodna zajednica do sada redovito priznavala pravo na zemlju onima koji su na njoj — točnije: na teritoriju — imali uvjerljiviji povijesni naslov.⁹¹ A to onda znači da pravo na samoodređenje pripada samo narodu na teritoriju koji već ima povijesno određene granice (a pogotovo na teritoriju na kojemu se već ustalila regionalna ili slična samouprava).

12.7. Posljednja napomena upućuje na ključ rješenja ne samo problema samoodređenja naroda nego i uspostavljanja ustavnosti i demokracije u današnjoj međunarodnoj zajednici, te ključ za tumačenje Buergenthalova sna. A taj ključ je reformulacija Buergenthalove dileme u oblik koji glasi: hoće li međunarodna zajednica sada, kad su se prvi put u povijesti stekli uvjeti za djelovanje Ujedinjenih nacija kao svjetske organizacije, ustrajati na dosadašnjem putu samoodređenja naroda, pa time i ustavnosti i demokracije, te na području Druge Jugoslavije priznati samoodređenje samo onih naroda koji su se ustavno i demokratski konstituirali, i to samo u granicama povijesnih teritorija Druge Jugoslavije; ili će od tog puta odustati i stvoriti presedan za legitimiranje genocida, agresije i anarhije neslučenih razmjera?

12.8. Dogodi li se potonje, Buergenthal će morati uzeti posve novog psihoanalitičara, koji će ga liječiti od noćnih mora što će mu ih izazvati slobodni svijet postkomunizma. Filozofi prava i politike te ustavni pravnici neće mu moći pomoći. No, mogli bi pomoći sretnijem ishodu dileme time da ne pothranjuju u političara zabludu da se o politici može misliti bez prava, te da se o samom pravu može misliti u nacionalnom ključu.

⁹¹ L. Brilmayer, »Secession and Self-Determination: A Territorial Interpretation«, *Yale Journal of International Law*, vol. 16 (1991), str. 177.

Ivan Padjen

CONSTITUTIONALISM AND DEMOCRACY IN CONTEMPORARY INTERNATIONAL COMMUNITY

Summary

Starting from the insight that jurisprudence or legal theory should be concerned primarily with, on the one hand, international law, and, on the other, constitutional developments, the paper analyzes some prominent conceptions of constitutionalism and democracy in international community and municipal legal orders; formulates a new set of criteria for the analysis of constitutionalism and democracy in international law; and argues that Lasswell and McDougal's policy oriented jurisprudence offers the best account of constitutionalism in international community, while Lea Brilmayer's views of self-determination provide a key to a proper understanding of democracy in international community.