

Mario Krešić, dipl. pol. iur., asistent predavač
Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu

Pregledni znanstveni rad
UDK 340.111:341

PRIMJENA KANTOROWICZEVE I HARTOVE DEFINICIJE PRAVA NA MEĐUNARODNO PRAVO

Sažetak: U općoj teoriji prava postoji više nastojanja da se definira pravo. Među takvim pravnoteorijskim pokušajima, Kantorowicz i Hart su ponudili vrlo utjecajne definicije koje dijele zajedničko obilježje usmjerenosti na koncept pravosuđenja. S obzirom na to da se obje definicije čine prikladnim za različite normativne sustave, u ovom članku će se Kantorowiczovi i Hartovi uvidi ispitati na međunarodnom normativnom sustavu. Takav bi pokušaj mogao olakšati sistematizaciju međunarodnih normi i ukazati na mogućnosti daljnjeg razvoja međunarodnoga prava.

Ključne riječi: definicija prava, pravosuđenje, međunarodno pravo, sekundarne norme, presudivost

1. PROBLEM DEFINICIJE PRAVA S OBZIROM NA MEĐUNARODNO PRAVO

Opća teorija prava nastoji odrediti predmet proučavanja pravne znanosti pri čemu se javljaju pitanja svrhovitosti, metodologije i mogućnosti postavljanja definicije kojom bi se ostvario takav zadatak. Ova pitanja posebno dolaze do izražaja kad se prilikom rasprave o definiciji prava razmatra priroda međunarodnoga prava. Imajući u vidu međunarodno pravo kao poseban slučaj pravne pojavnosti, navest ćemo sljedeće probleme definicije prava.

1. Definicija prava može odrediti njegova bitna obilježja te na taj način može poslužiti za identifikaciju društvenih pojavnosti koje imaju sva obilježja navedena u definiciji. Kod nekih pojavnosti mogu izostati neka bitna obilježja zbog čega definicija prava ne bi bila primjenjiva. Međutim, može se dogoditi da se suprotno definiciji, takve pojavnosti ipak nazivaju pravom u svakodnevnom govoru. Primjer koji nam Hart navodi za ovakve granične slučajeve prava su primjerice primitivno pravo i međunarodno pravo.¹

¹ Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, Oxford University Press, New York, 1994. str. 15

2. Neke definicije, jednom kad bi bile općeprihvaćene, mogu imati praktične posljedice koje se u nekom trenutku mogu smatrati nepoželjnim u zajednici znanstvenika ili praktičara prava. Na ovaj problem ukazuje Kantorowicz kad navodi strah nekih znanstvenika da bi klasifikacija prava prema kojoj "međunarodno pravo" ne bi bilo pravo, izazvalo strahovite praktične posljedice posebno za praksu država te za pravnoteorijske i druge škole o pravu. "Kad bi se to dogodilo, smatraju neki, sve bi se slabosti međunarodnoga prava na kojima se temelji razlog za navedenu klasifikaciju doista potvrdile što bi još više dovelo do nesigurnosti u valjanost prava na kojoj počiva egzistencija naroda i civilizacije."²
3. Definicija prava uvijek ovisi o onome tko postavlja definiciju, pa je upitno za koga bi sve takva definicija trebala biti smislena. Na ovu relativnost definicije upozorio je Stone.³ Definicija prava može se postaviti iz pozicije znanstvenika, suca, pojedinca, stvaratelja prava, pravnog savjetnika, a za sve njih klasifikacija međunarodnog prava ne mora imati isto značenje. Primjerice, znanstvenik može klasificirati međunarodno pravo kao pravo, dok država izložena agresiji ili onemogućena da riješi svoj spor pred međunarodnim sudom ne mora imati isti stav.

Unatoč problemima i kritici kojoj su izloženi svi koji na ovaj ili onaj način pokušavaju definirati pravo, ipak, neki su autori predložili svoje definicije prava koje čine dio pravno-teorijske tradicije: Kelsen, Austin, Kantorowicz, Ross, Hart, Tamanaha i drugi. U ovom članku osvrnut ćemo se na Kantorowiczovu i Hartovu definiciju prava jer se zbog svoje usmjerenosti na pravosuđenje čine posebno pogodnim za široku primjenu na niz normativnih sustava. Nakon toga ćemo ukazati na koji način njihove definicije mogu biti korisne za međunarodno pravo.

2. SLIČNOSTI I RAZLIKE KANTOROWICZEVE I HARTOVE DEFINICIJE PRAVA

Prema Kantorowiczu, pravo je "cjelina društvenih pravila koja propisuju vanjsko ponašanje i koja se smatraju presudiva."⁴ Presudivost je karakteristika koju pravila moraju imati da bi se "smatrala prikladnima biti primijenjena od sudbenog organa u nekoj konačnoj proceduri."⁵

Prema Hartu pravni sustav postoji: a) ako osim općeg pridržavanja primarnih pravila, koja su valjana prema krajnjem kriteriju valjanosti⁶, postoji u pravnom sustavu b) prihvaćanje sekundarnih pravila "kao zajedničkih javnih standarda službenog ponašanja od njegovih službenika."⁷

² Kantorowicz, H., *The Definition of Law*, Cambridge University Press, Cambridge 1958., str.10.

³ Prema Stoneu, nije očigledno da bi se trebalo ograničiti samo na osobe koje su stvarno uključene u primjenu prava, ili na kvalificirane pravnike, ili na "pravno educirane". Kad bismo limitirali pravo na ono što smatraju pravom one osobe koje se profesionalno bave pravom, što bi to značilo? Stone se pita ne bi li smo tako osmislili izjavu o pravu koja je prihvatljiva onima koji se u određenom društvu ili društvima bave određenim aktivnostima za koje misle da imaju veze s pravom? I dalje je ovo definicija samo za određene svrhe. "Nije očividno da definicija, osjetljiva i značajna za suvremene pravnike, mora također imati smisla ili značenje za društvo općenito, ili za ostale posebne grupe - na primjer, društvene psihologe ili zakonodavce. Ova znakovitost za pravnike, prema tome, samo je jedno ispravno razmatranje u pokušaju da se definira pravo." Stone, J., *Legal System and Lawyers Reasoning*, Stanford University Press, Stanford, 1964., str. 178.

⁴ Kantorowicz, H., *op.cit.* (bilj. 2), str. 79.

⁵ *Ibid.*

⁶ Hart, H.L.A., *op.cit.* (bilj. 1), str. 116. Prvi dio Hartova kriterija glasi: "ona pravila ponašanja koja su valjana prema krajnjem kriteriju sustava o valjanosti moraju biti općenito poštivana."

⁷ *Ibid.* str. 116.

U sekundarna pravila Hart svrstava pravilo prepoznavanja, pravilo promjene i pravilo pravosuđenja.

Koje su sličnosti i razlike između Kantorowiczeve i Hartove definicije?

Obje definicije navode pravosuđenje kao element svoje definicije: Hart navodi normu pravosuđenja a Kantorowicz navodi sudbene organe. Prva moguća razlika mogla bi nastati s obzirom na odnos Hartove norme prepoznavanja i Kantorowiczovog koncepta "presudivosti norme" prema konceptu pravosuđenja. Druga moguća razlika u definicijama mogla bi nastati zbog toga što Hart navođenjem norme promjene kao jedne od sekundarnih normi i istovremenim povezivanjem definicije prava sa sekundarnim normama, zapravo definiciju prava povezuje s normom promjene. S druge strane kod Kantorowicza, norma promjene u smislu institucionaliziranog zakonodavca nije nužan element prava. Treća razlika između dvije definicije može nastati zbog toga što Hartova definicija zahtijeva da sustav normi bude praktično (materijalno) učinkovit, dok Kantorowiczova definicija ne postavlja takav zahtjev. Najprije ćemo se osvrnuti na svaku od potencijalnih razlika i ispitati koliko se one mogu ublažiti, a nakon toga ćemo se osvrnuti na sličnosti između definicija.

(1) Iako je kriterij identifikacije sadržaja prava nužan element Hartove definicije,⁸ postavlja se pitanje može li taj kriterij (pravilo prepoznavanja) uopće postojati odvojeno od pravila pravosuđenja. Izgleda da Hart podrazumijeva kako praksa svih službenika nije jednako relevantna za određenje sadržaja prava. Hart na pojedinim mjestima, kad se referira na službenike, navodi izričito suce.⁹ Također, razlikuje sudove i sve ostale (ostale službenike i građane) kad koriste pravilo prepoznavanja sadržaja prava: "jer kad sudovi dođu do partikularnog zaključka na osnovi da je specifično pravilo ispravno identificirano kao pravo, ono što oni kažu ima poseban autoritativan status."¹⁰

U Kantorowiczovoj definiciji prava, ne nalazimo izričito "normu prepoznavanja". Umjesto toga, on se koristi konceptom presudivosti koji definira kao obilježje pravila prema kojem ga se "smatra prikladnim da bi bio primijenjen od sudbenih organa u nekoj konačnoj proceduri."¹¹ Ono što je ovdje jasnije nego kod Hartove definicije jest da je pravo pojmom presudivosti izravno vezano uz pravosuđenje. Ono što je kod Kantorowiczeve definicije nejasnije u odnosu na Hartovu jest odgovor na pitanje: "Kako se može utvrditi ovo obilježje pravnog pravila 'biti prikladan za primjenu od sudskog organa' "? Odgovor se može potražiti na taj način da se prije svega zapitamo koga sve Kantorowicz navodi kao subjekte relevantne za pitanje "prikladnosti pravila"? On najprije definiciju prava usmjerava na sudske organe, a zatim proširuje značenje koncepta "sudski organ" na taj način da uključuje različite osobe i tijela u situacijama kad vrše sudsku funkciju. Međutim definicija se dalje širi na način da za presudivost nije samo bitno što sudski organi misle o tome već i što misle ostali "koji žele da se pravila primijene".¹² Zanimljivo je da Kantorowicz pri tom isključuje mišljenja pravnih i društvenih filozofa ističući da je za presudivost relevantno

8 Kad Hart govori o "općem pridržavanju" pravila ponašanja, onda govori o pridržavanju onih pravila koja su valjana prema kriteriju valjanosti što ga oblikuje sam sustav. Također, kad govori o "prihvaćanju" sekundarnih pravila, onda to uključuje i prihvaćanje kriterija valjanosti.

9 Primjerice, kad objašnjava situaciju patologije pravnog sustava, Hart govori o procjepu između nepoštivanja privatnog dijela društva s jedne strane i, s druge strane, "kriterija valjanosti koji koriste sudovi." Hart, H. L. A., *op. cit.* (bilj. 1) str. 118.

10 *Ibid.* str. 102.

11 Kantorowicz, H, *op. cit.*, (bilj. 2) str. 79.

12 *Ibid.* str. 73.

ono što se događa sa stvarnim pravom u konkretnom društvu.¹³ Prema navedenom, mogli bismo protumačiti Kantorowicza na način da suci na kraju odlučuju o tome koja su “pravila prikladna”, ali da cijelo društvo, odnosno društvena praksa (mišljenja građana, službenih organa, stručnjaka) utječe na to što će suci smatrati prikladnim. Ovakav zaključak dobiva potvrdu ako se pogleda Kantorowiczov stav da pravila ne moraju biti stvarno primijenjena da bi tek onda postala pravo, niti moraju biti formalno ozakonjena da bi bila pravo. Ovakav Kantorowiczov stav o vrlo širokom rasponu pravila koja mogu biti pravo još više ističe pitanje kriterija prema kojem će se testirati takvo obilježje pravila da ona budu pogodna primijeniti se na sudu. Istina, Kantorowicz navodi neke upute za prepoznavanje: pravila koja možda neće biti podvrgnuta sudskim postupcima još uvijek će biti pravo jer su “tako blisko povezana s pravilima nedvojbena pravnog karaktera da moraju biti, i doista uvijek jesu, tretirana zajedno s njima u istim knjigama, ili u istim zakonima, od istih pravnikâ, od istih pravnih metoda, i prema tome moraju se smatrati pravom”.¹⁴ Neka pravila *de lege ferenda*, kao što su nacrti zakona, također su pravo jer su “često predmet literature znanstvene vrijednosti i metodološki istog karaktera kao knjige prava koje je na snazi”.¹⁵ Ovakva određenja za testiranje pravnih pravila pogodnih za suđenje, koja nisu ni potpuna ni do kraja određiva, upućuju na to da se “test pogodnosti” traži u društvenoj praksi relevantnoj za pravo.

Prema tomu, razlika između Harta i Kantorowicza jest u tome što Hart navodi “normu prepoznavanja” koja se nalazi u sustavu normi kao kriterij identifikacije, dok Kantorowicz umjesto nje spominje test “prikladnosti biti primijenjen od sudskog organa” koji nije nužno do kraja određen sustavom normi, već proizlazi iz društva. Međutim, i Kantorowiczov model bi morao imati barem neke norme u sustavu koje bi omogućile testiranje pravog sadržaja prava.

(2) Ako kriterij za prepoznavanje prava shvatimo kao dio norme pravosuđenja, preostaje još vidjeti je li norma promjene nužan element Hartove definicije. Hartova “norma promjene” ne čini se nužnim elementom, uzme li se u obzir da statičnost u društvu ne mora biti problem za postojanje pravnog sustava.¹⁶ Budući da pravosuđenje barem ponekad stvara pravo, “norma promjene” primjenjuje se u praksi pravosuđenja.

(3) U Hartovoj definiciji prava postoji i element učinkovitosti sustava. Prema Hartu, da bi pravni sustav bio učinkovit, potrebno je da stanovništvo i službenici prakticiraju norme, ali na različite načine. Za prve je dovoljno samo da se pridržavaju normi, pri čemu je nebitno prihvaćaju li oni doista pravo. S druge strane, za službenike je nužno da prihvaćaju pravo u svojoj službenoj praksi, što znači da normativnim situacijama pristupaju iz aspekta prava. Čini se da Kantorowiczova definicija ne zahtijeva nužno da se pravnim sustavom smatraju samo oni sustavi koji su doista praktično učinkoviti. Kantorowicz se protivi ograničenju pojma prava samo na pravila koja su stvarno na snazi jer bi time iz sistematizacije pravne znanosti bili ispušteni neki pravni sustavi kao što je primjerice rimsko pravo.¹⁷

Promatramo li pravo samo kao sustav normi neovisno o tomu kako se on doista primjenjuje u praksi, onda se zahtjev da službenici, prije svega pravosuđenja, moraju prihvatiti pravo čini

13 “Neki pravni ili društveni filozofi mogu biti pod kušnjom da stave svoja vlastita mišljenja o prikladnosti pravila na mjesto prosudbi onih koji primjenjuju pravo.” *Ibid.*

14 *Ibid.* str. 72.

15 *Ibid.* str. 73.

16 Hart kao drugi nedostatak primitivnog društva navodi statičnost pravila koja će nastati zbog nedostatka “sekundarnog pravila promjene.” Hart, H.L.A. *op.cit.* (bilj. 1), str. 92. Međutim i dalje takav sustav može biti pravni sustav dok god ima normu pravosuđenja koja je nužna. Hart je jasan kada kaže da “svijet mehaničke jurisprudencije” u kojem bi se opći standardi mogli automatski koristiti, bez službenog usmjeravanja u specifičnim situacijama, nije moguć u stvarnom svijetu. *Ibid.*, str. 128.

17 Kantorowicz, H., *op.cit.* (bilj. 2), str. 16.

kao logičan zahtjev koji proizlazi iz norme da službenici moraju primjenjivati pravo prema testu identifikacije prava (kao kod Harta) ili testom presudivosti (kao kod Kantorowicza). Kriterij učinkovitosti koji bi zahtijevao opće pridržavanje normi valjanih u pravnom sustavu mogao bi suziti broj normativnih sustava koji bi se podveli pod definiciju prava iako gledajući iz normativno-sustavnog aspekta takvi sustavi sadrže sve nužne norme. Čini se ipak da bi za minimalni sadržaj testa egzistencije pravnog sustava u normativno-sustavnom smislu,¹⁸ bilo dovoljno da pravosuđenje bude uvedeno i općeprihvaćeno te da subjekti sustava smatraju obveznim za odluke donesene pravosuđenjem. To je dovoljno da bi se moglo tvrditi kako "privatni sektor" prihvaća "službeni sektor" pa pravni sustav ima mogućnost funkcionirati u stvarnom društvu.

Zajednički element i kod Kantorowicza i kod Harta jest pravosuđenje. Kantorowicz koncept sudskog organa shvaća u vrlo širokom i ne-tehničkom značenju¹⁹, na način da se pod taj pojam zapravo mogu podvesti svi pojedinci ili skupine pojedinaca koji donose odluku u nekom sudskom procesu.²⁰ Pod sudskim organom misli se na "osobu, koju onda možemo nazvati sucem (porotnik, prorok, arbitar itd.), ili "sud" sastavljen od dvije, tri ili čak stotine sudaca, kao što su plemensko ili nacionalno vijeće, areopag, parlament (djelujući u svojstvu suca)."²¹ Definicija omogućuje da se ovaj pojam odnosi i na zakonodavne, upravne i sudbene organe onda kad obavljaju pravosudnu funkciju. Budući da je koncept sudskog organa ovako široko shvaćen i sam po sebi ne mora imati neka posebna svojstva već se ona vezuju uz sudski postupak, Kantorowiczov koncept možemo izjednačiti s procesom pravosuđenja.²² Ono što je bitno za Kantorowicevo shvaćanje pravosuđenja jest da se mora raditi o konačnom postupku. Nadalje, u ovom postupku se utvrđuju pravila koja su presudiva, dakle primjenjiva, u sporu. Da bismo govorili o pravu kao cjelini normi mora postojati neki postupak pravosuđenja, što znači da takav postupak mora biti općeprihvaćen u društvu.

Hart definira pravosuđenje kao "sekundarna pravila koja ovlašćuju pojedince da donesu autoritativna određenja o pitanju je li u pojedinačnom slučaju primarno pravilo prekršeno."²³ Iz ove definicije je jasno da se ne mora nužno raditi o sudskom organu kako se shvaća u svakodnevnom govoru. Hartu je bitno da se u društvu priznaje autoritet takvim odlukama, te da se u postupku utvrđuje je li prekršeno neko od pravila ponašanja u društvu. Već smo naveli da se takav postupak provodi prema kriteriju identifikacije prava (norma prepoznavanja).

Ono što nije dovoljno naglašeno u obje definicije jest potreba da pravosuđenje bude obvezatno. Hart jest ukazao da za pravo nije dovoljno samo da postoji pravosuđenje već je potrebno da ono bude obvezatno (*compulsory adjudication*), međutim, nije podrobnije pojašnjavao što znači ova obvezatnost.²⁴ Kao pojašnjenje koncepta pravosuđenja smatramo bitnim istaknuti da obve-

18 Pravo se može promatrati iz tri aspekta: normativno-sustavnog, psihološko-sociološkog i aksiološkog. O navedenim aspektima i njihovoj primjeni na razmatranje koncepta pravosuđenja vidi Krešić, M., *Obvezatno pravosuđenje kao nužan element prava*, Dignitas, Ljubljana, 2012.

19 *Ibid.*, str. 80. Definicija omogućuje da se ovaj pojam odnosi i na zakonodavne, upravne i sudbene organe onda kad obavljaju pravosudnu funkciju. Prigovor koji se može uputiti Kantorowiczovoj definiciji prava jest neodređenost na koga se odnosi "pravosudni organ", koji je pojam centralan za samu definiciju.

20 Kantorowicz navodi državne suce, porotnike, starješine, poglavice, vračeve, svećenike, mudrace, proroke, vijeća plemenskih staraca, sportske suce, arbitre, crkvene sudove, sudove ljubavi, sudove časti, čak i vođe bandi.

21 *Ibid.*, str. 70.

22 *Ibid.*, str. 80.

23 Hart, H.L.A., *op.cit.* (bilj. 1), str. 96

24 Hart upozorava: kod pravljenja analogije između nacionalnih sudova i sadašnjeg Međunarodnog suda odnosno njegovog pret-hodnika, treba imati na umu da "nijedna država ne može biti dovedena pred ove međunarodne sudove bez njezine prethodne suglasnosti." Hart H.L.A., *op.cit.* (bilj. 1), str. 232. Isto tako Hart navodi: "dok nacionalni sudovi imaju obvezatnu nadležnost da

zatnost uključuje dvoje: da subjekti prihvaćaju obvezatnost (obvezujuću snagu) odluka i da postoji obvezatnost pokretanja postupka na zahtjev.

3. PRIMJENA DEFINICIJE PRAVA NA MEĐUNARODNO PRAVO

Slijedeći Kantorowiczovu definiciju prava²⁵ možemo prije svega reći da je međunarodno pravo skup normi koje se mogu smatrati presudivima pred sudbenim organom. Ovako postavljena definicija još ne ukazuje na specifičnost međunarodnih normi prema kojoj bi se one razlikovale od ostalih pravnih normi. Ova specifična razlika može se pokušati pronaći na dva načina:

(I) Prvi je način da se pronađe specifična razlika s obzirom na same norme. Kao i kod drugih grana prava, specifičnost međunarodnih normi je moguće pobliže odrediti s obzirom na specifične odnose koji se tim normama reguliraju. (1) Specifičnost ovih odnosa može se tražiti s obzirom na subjekte čiji se odnosi reguliraju pa bismo, poput Rossa, mogli reći da se kod međunarodnih normi radi o normama koje reguliraju odnose među državama kao "samoupravnim organizacijama".²⁶ (2) Specifičnost odnosa koje reguliraju međunarodne norme može se istaknuti i s obzirom na vrste odnosa koje reguliraju, primjerice, norme za priznanje država, sukcesiju i slično. (3) Specifičnost normi međunarodnog prava može se pronaći i s obzirom na način njihova nastanka: međunarodni običaji, međunarodni ugovori, načela međunarodnoga prava.²⁷

(II) Drugi način razlikovanja međunarodnih normi od drugih vrsta pravnih normi može se napraviti s obzirom na sudbeni organ pred kojim su norme međunarodnog prava presudive. Najprije treba istaknuti da se pojam sudbenog organa ovdje koristi u širem smislu, kao što to radi Kantorowicz²⁸ pa bi bilo prikladnije govoriti o sudbenoj funkciji ili procesu. Kod ovakvog kriterija lako se može odrediti da bi norme međunarodnog prava bile one norme koje su presudive pred međunarodnim sudbenim organom. Međutim, problem razlikovanja normi s obzirom na vrstu sudskih organa koji primjenjuju međunarodno pravo nastaje onda kad se smatra da i nacionalni sudovi mogu primjenjivati norme međunarodnoga prava.

Subordinativni modeli međunarodnoga prava pretpostavljaju nadređenost međunarodnoga pravnog sustava nacionalnim sustavima. U ovome modelu moraju postojati međunarodni sudovi, a nacionalni organi, ako primjenjuju međunarodne norme, moraju djelovati kao međunarodni organi i biti u krajnjem slučaju pod njihovim nadzorom. Međutim problem nastaje kod koordinativnih modela, prema kojima je primjena međunarodnog prava ovisna o samim državama. U jednoj verziji (blažeg) koordinativnog modela uopće se ne pretpostavljaju međunarodni sudovi, dok je u drugoj verziji (blažeg) modela moguće da uz nacionalne sudove postoje i međunarodni sudovi, ali koji nisu nadređeni nacionalnim organima. U obje ove verzije nacionalni bi organi

istraže ispravnost i pogrešnost korištenja samopomoći i da kazne pogrešno priklanjanje samopomoći, nijedan međunarodni sud nema istu nadležnost. *Ibid.*, str. 233.

25 Kantorowicz definira pravo kao "tijelo društvenih pravila koja propisuju vanjsko ponašanje i smatraju se presudivim." Kantorowicz, H., *op. cit.* (bilj. 2), str. 79.

26 Ross, A, *A Textbook of International Law*, Clark, New Jersey, 2006., str. 22.

27 Različiti autori kod traženja razlike između međunarodnog i nacionalnog prava isticali su neku od ovih specifičnosti međunarodnih pravila (subjekti, predmeti, izvori). Ross je smatrao da izvori nisu bitni za razlikovanje međunarodnog od nacionalnog prava, već da je temeljna razlika u tome što međunarodno pravo regulira odnose među državama, a onda je posebno klasificirao norme prema predmetima koji su specifični samo za državne odnose (primjerice, norme međusobnog odnošenja). Kelsen je, napadajući dualističku konstrukciju, odbacio tezu da se međunarodno pravo može razlikovati od nacionalnog prema objektu, subjektu ili izvoru prava. Kelsen, H., *Čista teorija prava*, Gutenbergova galaksija, Beograd, 2000., str. 120-131.

28 Kantorowicz, H., *op. cit.* (bilj. 2), str. 69.

kod primjene međunarodnih normi trebali djelovati kao da su međunarodni organi. U trećoj (isključivoj) verziji koordinativnog modela nacionalni sudovi primjenjuju međunarodno pravo kao tek jednu od grana svog nacionalnog prava.²⁹ Ako se žele obuhvatiti svi navedeni modeli, onda je potrebno definirati međunarodno pravo u širem smislu.

Međunarodno pravo u širem smislu bi se moglo definirati kao:

1. pravila presudiva pred međunarodnim sudovima (međunarodno pravo u užem smislu)
2. međunarodna pravila presudiva samo pred nacionalnim sudovima (međunarodno pravo kao grana nacionalnoga prava)

U prvom slučaju radi se o svim pravilima koja bi međunarodni sud smatrao presudivim pa nije nužno raditi razlikovanje normi međunarodnoga prava u odnosu na norme nacionalnoga prava. Međutim, s obzirom na vrstu odnosa za koje međunarodni sudovi utvrđuju prava i obveze možemo razlikovati dvije vrste pravila: a) međunarodna pravila za odnose među državama i b) međunarodna pravila za odnose unutar država, koje Ross naziva različitim nazivima iako odražavaju istu bit: međunarodno pravo upravljanja (administriranja), međunarodne norme suradnje za zaštitu zajedničkih interesa ili međunarodno pravo društvene koordinacije.³⁰

Ova je razlika temeljna zbog toga što pravosuđenje za odnose među državama mogu provoditi samo međunarodni sudovi, dok ostala međunarodna pravila mogu provoditi i ostali (nacionalni) sudovi koji onda djeluju kao međunarodni sudovi, ali u tom slučaju moraju biti podvrgnuti međunarodnom sudu koji ima konačnu riječ. Klasifikacija međunarodnih normi za odnose među državama može se dalje provesti prema predmetima reguliranja. Prema Rossu, ova sistematizacija može biti na sljedeći način: 1.) preliminarna pravila o pravnim sposobnostima država (npr. priznanje država, sukcesija, revolucije); 2.) pravila o razgraničenju teritorija i stanovništva (npr. granice na kopnu i moru, dvostruko državljanstvo, 3.) unutarnja i vanjska ovlaštenja država (npr. opća pravila vezana uz strance, pravila međusobnih odnosa država, organi međunarodnog odnosa, međunarodni ugovori); 5.) sekundarna pravila odgovornosti država; 6.) tercijarna pravila postupaka za rješavanje sporova. Međunarodno pravo društvene koordinacije obuhvaća suradnju država na zaštiti zajedničkih interesa među kojima Ross navodi: promet i komunikacije, međudržavnu trgovinu, zaštitu čovjeka i grupa (radnici, ropstvo, manjine), zdravlje i droge, zaštitu umjetničkog i industrijskog vlasništva, kulturnu i znanstvenu suradnju, te pravnu pomoć.³¹

Prije nego se osvrnemo na drugi slučaj zasebno ćemo istaknuti moguće načine primjene međunarodnoga prava od strane nacionalnih organa. Dakle, kad su međunarodna pravila presudiva i pred nacionalnim organima, moguće su dvije situacije: a) da se radi o pravilima koja su u krajnjem slučaju presudiva i pred međunarodnim sudom pa prema tome spadaju u međunarodno pravo u užem smislu; b) da se radi o pravilima koja su presudiva samo pred nacionalnim sudovima pa spadaju u međunarodno pravo kao granu nacionalnog prava. Međunarodna pravila koja su presudiva pred nacionalnim sudom (bez obzira na to radi li se o međunarodnom pravu u užem smislu ili o grani prava) mogu se razvrstati primjenom gore spomenutih kriterija: subjekti prava, predmet reguliranja ili izvor prava. Prema predmetu reguliranja radi se o pravilima suradnje na osiguranju zajedničkih interesa u pravilu na temelju međunarodnih ugovora, a radi regulira-

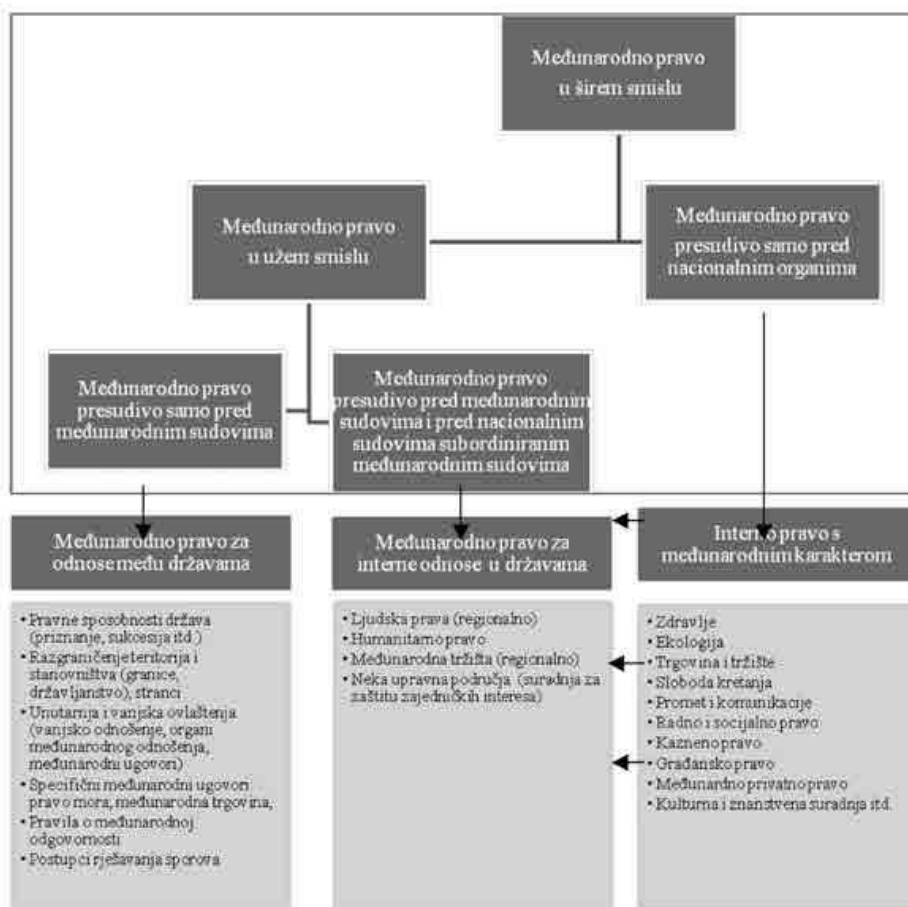
29 O subordinativnim i koordinativnim modelima vidi primjerice Lauterpacht, H., *The Function of Law in the International Community*, The Lawbook Exchange Ltd., New Jersey, 2000., str. 385-423.

30 Ross, A., *op. cit.* (bilj. 26), str. 76. i str. 96.-304.

31 *Ibid.*, str. 75-78.

nja odnosa između države i pojedinca/pravne osobe, odnosno između pojedinaca/pravnih osoba međusobno. Tako se, primjerice, može razlikovati međunarodno prometno pravo, međunarodno kazneno pravo, međunarodno trgovačko pravo itd. Specifično područje međunarodnog prava koje se primjenjuje pred nacionalnim organima je zaštita ljudskih prava u širem smislu.

Drugi slučaj koji smo naveli kao dio šire definicije međunarodnoga prava odnosi se na situaciju kad "međunarodne norme" primjenjuju samo nacionalni sudovi bez utjecaja međunarodnih sudova. Ovdje se radi o međunarodnim pravilima koja nacionalni sudovi identificiraju sukladno kriteriju prepoznavanja svoga nacionalnog sustava pa se radi o "međunarodnom pravu" kao grani nacionalnoga prava, jednako kao što postoje ostale grane nacionalnoga prava (ustavno, radno, socijalno itd.). Pritom istovremeno može postojati 206 nacionalnih "međunarodnih prava" upravo onoliko koliko danas postoji država, odnosno vrhovnih nacionalnih organa koji takve norme mogu primijeniti. U svakom od tih nacionalnih sustava moguće je da se u većini pravnih grana posebno izdvoje ona pravila koja imaju međunarodni karakter unutar takve grane prava zbog nekog od klasifikacijskih kriterija (predmet, subjekti, izvor) te se zbog toga nazivaju međunarodnim normama. Primjerice može se spomenuti međunarodno kazneno pravo nekog nacionalnog sustava koje nije podvrgnuto međunarodnom kaznenom sudu za razliku od međunarodnog prava koje je podvrgnuto međunarodnom kaznenom sudu. Posebna grana prava, koja je danas zastupljena u svim nacionalnim sustavima, međunarodno je privatno pravo koje se odnosi na norme za rješavanje konflikata s elementom inozemnosti.



Slika 1: Međunarodno pravo u širem i užem smislu

Međunarodno pravo kao jedan objektivan, autonoman i izvannacionalan sustav normi postoji samo u slučaju kad neki međunarodni organ u krajnjem slučaju odlučuje o presudivosti međunarodnih normi (međunarodno pravo u užem smislu). Prije svega ovdje bi se radilo o međunarodnim normama za regulaciju odnosa među državama za one države koje su prihvatile obvezatno međunarodno pravosuđenje za odnose među državama općenito (primjerice, nadležnost Međunarodnog suda) ili za pojedina pravna područja (sukcesija, granice, ugovorno pravo, pravo mora itd). Kao drugo, radilo bi se o međunarodnim normama nacionalnih sustava za one države koje su za njih prihvatile vrhovnu nadležnost nekoga međunarodnog suda (ljudska prava za države koje su prihvatile, primjerice Europski sud za ljudska prava; međunarodno humanitarno pravo za države koje su primjerice prihvatile međunarodni kazneni sud; europsko pravo zajedničkog tržišta, europsko pravo tržišnog natjecanja itd., za države koje su prihvatile sud Europske unije). Čini se da postoji trend prema kojem integracijski procesi među državama usmjerauju države na prihvaćanje međunarodnih sudova i tako pravna područja koja su prije bila pod isključivom nadležnosti nacionalnih sudova svrstavaju u "međunarodno pravo u užem smislu."

S obzirom na današnji razvoj međunarodnih odnosa, međunarodno pravo za reguliranje odnosa među državama moglo bi se potražiti u sljedećim slučajevima:

1. *Međunarodno pravo međunarodne zajednice za koje postoji obvezatno međunarodno pravosuđenje.* Ovo je izvorna ideja o objektivnom međunarodnom pravu čije potpuno ostvarenje zahtijeva da države samim članstvom u međunarodnoj zajednici (Ujedinjenim narodima) prihvate obvezatno pravosuđenje međunarodne organizacije, a time i realizaciju obvezatnosti međunarodnih normi.
2. *Međunarodno pravo međunarodnih režima općeg obvezatnog pravosuđenja.* Norme međunarodnog prava egzistiraju za odnose između onih država koje su dobrovoljno prihvatile obvezatno pravosuđenje međunarodnog organa za sve norme međunarodnog prava (opći režim). Za ostale države koje ne prihvaćaju međunarodni organ pravosuđenja, takve norme međunarodnog prava ne postoje kao pravo subordinativnog modela (objektivno, autonomno, izvan-nacionalno).
3. *Međunarodno pravo u režimima obvezatnog pravosuđenja za pojedina pravna područja.* Norme međunarodnog prava pojedinih pravnih područja (pravo mora, svjetsko trgovačko pravo, pravo međunarodnih ugovora itd.) vrijede samo za države koje su dobrovoljno prihvatile međunarodni organ obvezatnog pravosuđenja ovlašten primjenjivati takve norme.
4. *Regionalno pravo nadnacionalnih zajednica za koje postoji obvezatno međunarodno pravosuđenje općeg režima ili partikularnih režima za sva pravna područja.* Ova situacija može nastati kao rezultat drugog (opći režimi) i/ili trećeg (partikularni režimi prema područjima) slučaja za države određenoga geografskog područja. Pritom sami partikularni režimi imaju regionalni karakter među državama regije (primjerice, Europska unija vezano uz regionalno europsko tržište), dok je prihvaćanje općih režima koji vrijede za sve države relevantno za regionalni sustav samo s obzirom na one države koje pripadaju geografskom području regije. Ako su sva područja života podvrgnuta obvezatnom pravosuđenju, radi se o dovršenoj regionalnoj zajednici.³²

32 Ova se podjela djelomično oslanja na uvide o pojmovima pravnog režima, pravnog sustava i samoodrživog pravnog režima iznesenih u studiji Koskenniemi, M., "Fragmentation of International Law. Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law. Report of the Study Group of the International Law Commission", International Law Commission, A/CN.4/L.682, Geneva 2006. "Mnogi sustavi pravila, uz specijalna primarna pravila, sadrže također specijalna sekundarna pravila koja se odnose na odgovornost ili na rješavanje sporova. Iako su ove institucije ponekad nazivane "samoodržavajući" (self-contained),

4. PRIMJENA DEFINICIJE PRAVA NA MEĐUNARODNO PRAVOSUĐENJE MEĐUNARODNE ZAJEDNICE

Kao jedno od mogućih područja međunarodnoga prava u užem smislu, predložili smo “međunarodno pravo međunarodne zajednice za koje postoji obvezatno međunarodno pravosuđenje”. Kad je Hart ustvrdio da se međunarodno pravo ne može svrstati pod definiciju prava, onda je mislio upravo na ovu grupu međunarodnih pravnih normi.³³ Može li se u normativnom sustavu međunarodne zajednice ipak pronaći takav element međunarodnog pravosuđenja?

Slijedeći Hartov kriterij za egzistenciju pravnog sustava, ali pokušavajući ga preoblikovati sukladno tezi o centralnom mjestu pravosuđenja i tezi o formalnoj učinkovitosti sustava, minimalni kriterij za egzistenciju pravnog sustava mogao bi se predstaviti na sljedeći način. Sustav bi trebao sadržavati norme kojima se institucionalizira pravosuđenje, daje mu se autoritet i određuje se obvezatnost pokretanja postupka. Iz pozicije normativno-sustavnog pristupa kad se pravo razmatra kao sustav normi ključno je odrediti nužni i dovoljni sadržaj sustava normi da bi ga se moglo opisati kao pravni sustav. U odnosu na međunarodno pravo, ovakva modificirana definicija donekle olakšava situaciju u odnosu na zahtjeve iz Hartove definicije koji bi se mogli shvatiti kao zahtjevi za “svjetskom državom”.

Najprije ćemo predložiti da se ublaži Hartov zahtjev za učinkovitosti prava s obzirom na to da se u ovom članku zadržavamo na normativno-sustavnom aspektu promatranja. Hartova društvena teza učinkovitosti može se svesti na opće prihvaćanje navedenih “ustavnih” normi pravosuđenja za koje nije potrebno psiho-socijalno testiranje društva s obzirom na stavove o pravu dok god se može ustanoviti da su ove norme na snazi. U sferi promatranja prava kao sustava normi, faktičnost se može ograničiti na minimum: opću prihvaćenost temeljnih normi pravosuđenja. Za to je dovoljno ustvrditi da su norme prihvaćene u nekom aktu koji se općenito priznaje kao pristanak subjekata ili samim običajnim ponašanjem subjekata.

Ako prihvatimo ovaj prijedlog da je iz normativno-sustavnog aspekta dovoljno ustvrditi da su nužne norme sadržane u nekom aktu kojeg prihvaćaju sve države bit će dovoljno analizirati Povelju Ujedinjenih naroda da bismo identificirali one norme potencijalno relevantne za međunarodno pravosuđenje. Da bismo mogli ustvrditi postojanje obvezatnog pravosuđenja u nekoj zajednici, normativni sustav bi trebao sadržavati sljedeće općeprihvaćene norme:

one nikad nisu klinički izolirane od ostatka prava... Niti sociološki fenomen “regionalizma” znači pojavu izoliranih pravnih sustava na regionalnoj osnovi.“ *Ibid.* str. 114. U našem istraživanju pravni režim se odnosi na jedinstvo sekundarnih normi (norme pravosuđenja) i primarnih normi međunarodnog prava općenito ili primarnih normi pojedinih područja međunarodnog prava (“specijalni režimi”). Ovdje se pojam režim koristi kako bi se istakla njegova ne-potpunost u odnosu na cijeli pravni sustav. Ova nepotpunost pravnog režima proizlazi prije svega iz činjenice da se njegove sekundarne norme ne odnose na sve članove pravnog sustava međunarodne zajednice. Sekundarno nepotpunost režima nastaje i kad se ona ne odnosi sva pitanja društvenog života, već obuhvaća samo jedno područje života. Potpuni međunarodni pravni sustav bi postojao samo u prvom gore navedenom slučaju u kojem bi samo članstvo u međunarodnoj zajednici podrazumijevalo prihvaćanje sekundarne norme pravosuđenja. Četvrti gore navedeni sustav bi također činio potpuni pravni sustav u smislu da se odnosi na sve članove regionalne zajednice u svim područjima života. Samo u prvom i četvrtom slučaju koristimo naziv “pravni poredak” koji upućuje na kompletност regulacije odnosa između svih članova zajednice – globalne ili regionalne.

33 “Zaista se može argumentirati da, kao što ćemo vidjeti, međunarodnom pravu nedostaje ne samo sekundarne norme promjene i pravosuđenja koje osiguravaju zakonodavca i sudove, već također i ujedinjujuće pravilo prepoznavanja koje specificira izvore prava i osigurava opći kriterij za identificiranje ovih pravila.” Hart, H.L.A., *op.cit.* (bilj. 1), str. 214. Prema Hartu, međunarodna pravila “ne čine sustav već skup pravila, među kojima su pravila koja osiguravaju obvezujuću snagu ugovorima.” *Ibid.* str. 236. Hart primjećuje da se mnogo toga unaprjeđuje u odnosima među državama te da postoji mogućnost da se jednom uspostavi međunarodna norma prepoznavanja. “Možda je međunarodno pravo sada na razini tranzicije prema prihvaćanju ovog i drugih oblika koji bi ga strukturno učinili bližim državnim pravu.” *Ibid.*

Norme kojima se omogućuju procesi: a) konačnog utvrđivanja svake pojedinačne normative situacije; b) sukladno kriteriju identifikacije, sadržaja pravnog sustava (institucionaliziranost procesa pravosuđenja)

Norme kojima se određuje da su odluke donesene u procesu pravosuđenja obvezujuće za subjekte (autoritet presuđivanja)

Norme kojima se određuje pokretanje postupka pravosuđenja na zahtjev bilo kojeg subjekta sustava, čiji normativni status ovisi o rješavanju normative situacije ili na zahtjev organa koji je normom ovlašten pokrenuti postupak kad ocijeni da se radi o kršenju normi sustava (obvezatnost pravosuđenja).

Ako bi se pokazalo da Povelja Ujedinjenih naroda sadrži ovakve norme, to bi bilo dovoljno da se potvrdi kako današnji normativni sustav međunarodne zajednice odgovara modelu prava s obvezatnim pravosuđenjem. Ovo je minimalni sadržaj pravosuđenja u međunarodnom pravu, za koji nije potrebno da postoje drugi uvjeti kako bi se potvrdila njegova učinkovitost u stvarnom životu kako bi to zahtijevao psihološko-sociološki pristup ili kako bi se osigurala njegova provedba sukladno vrijednosnim načelima koji vrijede u nacionalnim zajednicama kako bi zahtijevao aksiološki pristup.

S obzirom na to da drugi element iz definicije zahtijeva prihvaćanje obvezatnosti odluka donesenih u pravosuđenju, bit će dovoljno u Povelji ispitati normativno uređenje onih organa Ujedinjenih naroda koja donose obvezatne (obvezujuće) odluke. Prije svega, radi se o Vijeću sigurnosti i Međunarodnom sudu. Opća skupština ne donosi obvezujuće odluke u formalnom smislu iako u teoriji postoje mišljenja da neke njezine odluke (rezolucije) mogu obvezivati.³⁴ S obzirom na to da se prema Povelji odredbe o radu Vijeća sigurnosti kod rješavanja sporova mogu primijeniti i na Opću skupštinu, onda će se djelovanje Opće skupštine obuhvatiti u dijelu koji se odnosi na Vijeće sigurnosti. Savjetodavna mišljenja Međunarodnog suda isto tako formalno ne obvezuju iako postoje teorijska mišljenja da ona ipak imaju obvezujuću snagu, te će se zbog toga zasebno obraditi.

4.1 RJEŠAVANJE SPOROVA PRED VIJEĆEM SIGURNOSTI I OPĆOM SKUPŠTINOM

Funkcija Vijeća sigurnosti³⁵ u postupku mirnog rješavanja sporova određena je glavom VI. Povelje UN-a. Vijeće može provoditi istragu, pružati dobre usluge te pod određenim uvjetima i samo djelovati kao tijelo mirenja. Pritom treba napomenuti da je uloga Vijeća sigurnosti prije u osiguravanju mira nego u mirnom rješavanju sporova³⁶, kao i da se pred Vijeće, u pravilu, iznose

34 "Neke rezolucije mogu imati neizravno obvezujući značaj za sve države svijeta ako potvrđuju načela općeg običajnog prava već na snazi, ili ako se načela potvrđena u njima naknadno transformiraju u to pravo." Degan, V.Đ., *Međunarodno pravo*, Školska knjiga, Rijeka, 2011., str. 437.

35 Vijeće sigurnosti je političko tijelo Ujedinjenih naroda i njegova uloga u mirnom rješavanju sporova prema prevladavajućoj doktrini međunarodnog prava ograničava se na diplomatska sredstva mirnog rješavanja sporova. Prikaz djelovanja Vijeća sigurnosti temelji se prije svega na izlaganju u izvještaju The David Davies Memorial Institute of International Studies, *The International Disputes: The Legal Aspects: Report of a Study Group of the David Davies Memorial Institute of International Studies*, London, 1972. u poglavlju "The United Nations as an Organ of Conciliation", str. 14-16.

36 U izvještaju "International Disputes: The Legal Aspects" autori ističu kako je primarna uloga Vijeća Lige naroda bila rješavanje sporova, dok je primjena sankcija za prekršitelje mira bila samo njegova sekundarna uloga. "U Ujedinjenim narodima naglasak je drugačiji: primarna je uloga Vijeća sigurnosti očuvanje mira i njegove ovlasti da provodi istrage iz članka 34. Povelje, usmjerene su prije na očuvanje mira nego na mirenje." *Ibid.*, str. 9.

samo najozbiljniji sporovi koji bi mogli ugroziti međunarodni mir i sigurnost. Sve što vrijedi za Vijeće sigurnosti analogno se primjenjuje i na Opću skupštinu, na temelju opće odredbe o njezinoj nadležnosti iz članka 10. Povelje.³⁷

Vijeće sigurnosti čine predstavnici 15 država od kojih je 5 stalnih država članica Vijeća. Svaki spor može se iznijeti pred Vijeće ako udovoljava sljedećim uvjetima iz članka 37. Povelje: a) spor mora biti takve prirode da bi mogao dovesti u opasnost održavanje međunarodnog mira i sigurnosti; b) strane nisu uspjele riješiti spor mirnim sredstvima. Što se tiče prvog uvjeta, spor svakako mora biti ozbiljnije prirode, ali su kriteriji o ozbiljnosti spora prilično neodređeni i takvima se može prikazati većina sporova u kojima postoji visoka razina napetosti u odnosima između država. Drugi uvjet nikako ne znači da strane moraju iscrpiti sve mogućnosti rješavanja sporova mirnim putem, već je dovoljno da su čak i površno korištena diplomatska sredstva³⁸. Ipak, Vijeće sigurnosti je prije rezervno nego primarno sredstvo rješavanja sporova, na što upućuje i izričaj članka 33. st. 1. u kojem se strane upućuje da u slučaju spora “prvo traže rješenje” pregovorima i drugim sredstvima. Nadležnost Vijeća u sporovima odnosi se prije svega na države članice UN-a, dok druge države nečlanice mogu iznijeti spor pred Vijeće, pod uvjetom prihvaćanja obveza o mirnom rješavanju sporova navedenih u Povelji.³⁹

Pred Vijeće sigurnosti spor mogu iznijeti strane spora, zajednički ili svaka strana za sebe. Ono što je karakteristično za Vijeće jest da, i bez pristanka strana, svaka treća članica UN-a može iznijeti spor pred Vijeće, a Vijeće i samo može staviti spor na dnevni red svoje sjednice.⁴⁰

U prethodnom postupku Vijeće najprije odlučuje o proceduralnom pitanju hoće li spor uopće razmatrati pred Vijećem, za što je potrebna većina od 9 glasova članica. Ako je spor stavljen na dnevni red, strane spora ravnopravno sudjeluju u raspravama s ostalim članovima Vijeća, “ali nemaju pravo glasa, pa čak ni onda kad je neka strana spora ujedno i član Vijeća. Međutim, to vrijedi samo za predmete koji se smatraju sporovima, a ne za tzv. situacije.”⁴¹ Postupak pred Vijećem je u potpunosti prepušten diskrecijskoj ocjeni samog Vijeća. Pri rješavanju spora, Vijeće ima dvije mogućnosti: a) preporučiti prikladne postupke ili načine uređenja ili b) preporučiti uvjete rješenja koje smatra prikladnim (članak 37. st. 2. Povelje). Ova druga opcija moguća je samo: ako to zahtijevaju sve strane u sporu ili ako Vijeće procijeni kako postoje okolnosti da “nastavljanje spora može doista dovesti u opasnost održavanje međunarodnog mira i sigurnosti.” Ako Vijeće odluči “preporučiti uvjete rješenja” spora, ono može predložiti bilo koje rješenje koje smatra prikladnim i ne mora nužno svoj prijedlog zasnovati na međunarodnom pravu (rješavanje spora *ex aequo et bono*). Vijeće može provoditi i istrage te tražiti savjetodavno mišljenje od Međunarodnoga suda.

Formalno gledajući sve odluke koje Vijeće donosi u okviru glave VI. Povelje samo su preporuke bez obvezujuće snage. Ipak, članak 25. Povelje, koji propisuje da su sve članice UN-a suglasne da prihvate i izvršavaju odluke Vijeća sigurnosti u skladu s Poveljom, može se tumačiti i ekstenzivno na način da se odnosi i na same preporuke Vijeća, kako je to uradio Međunarodni sud u savjetodavnom mišljenju o Namibiji iz 1971. “Iz tog mišljenje Suda proizašlo bi da bi Vijeće sigurnosti moglo donositi odluke i u rješavanju sporova za njihove strane, i da bi na temelju član-

37 Opća skupština, zbog velikog broja članova ne bi mogla provoditi mirenje, ali zato može imenovati tijelo koje bi provodilo postupak mirenja.

38 The David Davies Memorial Institute of International Studies, *op.cit.* (bilj. 35), str. 14.

39 Čl. 35. st. 2. Povelje. *Povelja Ujedinjenih naroda*, Narodne novine Republike Hrvatske– međunarodni ugovori 16/1993.

40 Čl. 34., čl. 35. Povelje.

41 Andrassy, J., *Međunarodno pravo*, Školska knjiga, Zagreb, 1990., str. 530.

ka 25. one njih pravno obvezivale. Ali samo Vijeće sigurnosti još nije pridalo takav domašaj svojim rezolucijama iz te oblasti.”⁴²

Vijeće sigurnosti je u praksi predlagalo različite postupke rješavanja spora, od nastavka bilateralnih pregovora s obvezom obavještanja Vijeća o njihovu tijeku, preko korištenja dobrih usluga glavnog tajnika, do predlaganja da se spor povjeri Međunarodnom sudu. Za nadgledanje provedbe sporazuma uvedene su promatračke misije. Takvo olakšavanje pregovora može se označiti kao sredstvo “dobrih usluga”.

4.2 SAVJETODAVNO MIŠLJENJE MEĐUNARODNOGA SUDA

Međunarodni sud je, prema Povelji, glavni sudbeni organ, ali države nemaju obvezu prihvatiti njegovu nadležnost. Jedina mogućnost da Međunarodni sud djeluje na sve države članice bez obzira na to jesu li izričito prihvatile njegovu jurisdikciju jest institut savjetodavnih mišljenja. Države svojim članstvom u Organizaciji ujedinjenih naroda prihvaćaju mogućnost savjetodavnih mišljenja Suda. Savjetodavno mišljenje, prema članku 96. Povelje, mogu tražiti Vijeće sigurnosti i Opća skupština o svakom pravnom pitanju te druga tijela UN-a⁴³ i specijalizirane ustanove koje Opća skupština na to ovlasti, i to samo za pravna pitanja iz njihove nadležnosti. Međutim, države ne mogu samostalno tražiti savjetodavno mišljenje.

U teoriji još uvijek nije završena diskusija o obvezujućoj snazi savjetodavnih mišljenja. Prema nekim autorima savjetodavna mišljenja “su autoritativni iskazi onoga što u danoj oblasti jest međunarodno pravo na snazi. Države ili organizacije, koje se usklade s tim mišljenjem u vidno su boljemu položaju nego one koje ih odbace pod izlikom da nemaju pravnog značenja. Stoga se strana koja ih odbije poštovati izlaže opasnosti da počini međunarodno protupravno djelo koje povlači njezinu odgovornost prema međunarodnom pravu.”⁴⁴

4.3 PRIMJENA KRITERIJA O OBVEZATNOM PRAVOSUĐENJU NA SEKUN-DARNE NORME PRAVA UJEDINJENIH NARODA

Članstvo u Ujedinjenim narodima povlači za sobom normativnu obvezu država članica da prihvate obvezatnu nadležnost samo jednog tijela koje donosi formalno obvezujuće odluke - Vijeća sigurnosti. To znači da države, samim članstvom prihvaćaju pravo Vijeća sigurnosti da može konačno utvrditi normativnu situaciju, čime je formalno zadovoljen prvi, iz prethodno navedene definicije obvezatnog pravosuđenja, kriterij institucionaliziranosti procesa presuđivanja (kriterij 1a). Osnovna vrsta predmeta s kojima se bavi Vijeće sigurnosti jest: prijetnja miru ili kršenje mira. Teoretski bi se odlučivanje Vijeća sigurnosti moglo odnositi na svaki odnos između država jer su kriteriji nadležnosti dosta široko postavljeni - kao neuspjelo rješavanje spora drugim sredstvima i opasnost za međunarodni mir i sigurnost - tako da bi se pod takve kriterije mogao podvesti svaki spor. Drugo je pitanje stvarne prakse u postupanju Vijeća sigurnosti: postoji li tendencija da Vijeće sigurnosti djeluje samo u situacijama relevantnim za međunarodni mir i sigurnost, a ne u “redovnim sporovima”? Ozbiljan nedostatak koji se može utvrditi ispitiva-

42 Degan, V.Đ., *op.cit.* (bilj. 34), str. 749.

43 Ekonomsko i socijalno vijeće i Starateljsko vijeće koje je nekad imalo važnu ulogu

44 Degan, V.Đ., *op.cit.* (bilj. 34), str. 742.

njem koliko Vijeće sigurnosti zadovoljava kriterij institucionaliziranosti procesa pravosuđenja je u tome da Poveljom nije omogućeno "konačno" utvrđivanje svake normativne situacije jer postupak pred Vijećem, i kad je pokrenut, ne mora nužno završiti "konačnom odlukom".

U odnosu na drugi kriterij autoriteta pravosuđenja iz definicije o obvezatnom pravosuđenju, javlja se pitanje koje odluke Vijeća sigurnosti zaista obvezuju države? Postojanje obvezatnosti odluka Vijeća sigurnosti je jasna za slučajeve iz glave VII. (prijetnja miru ili kršenje mira), ali postoje dvojbe o tome odnosi li se obvezatnost i na "preporuke" iz glave VI. Povelje za rješavanje sporova. Drugi kriterij može biti zadovoljen samo ekstenzivno tumačenjem članka 25. Povelje na način da u normativnom smislu obvezuje države na sve odluke Vijeća, bez obzira na to kako se one nazivaju u formalnom smislu. U tom slučaju samo praksa Vijeća i država može pokazati koliko su preporuke obvezujuće za države.

Ako bi se i prihvatilo ovakvo ekstenzivno tumačenje, koje bi zadovoljilo drugi normativni kriterij obvezatnosti pravosuđenja (kriterij autoriteta pravosuđenja), još uvijek su upitna preostala dva normativna kriterija (1b i 3). Vezano uz način pokretanja postupka (kriterij 3: obvezatnost pravosuđenja) u normativnom je smislu raspon subjekata ovlaštenih Poveljom za pokretanje postupka dosta širok: bilo koja strana u sporu, bilo koja druga članica Organizacije, samo Vijeće sigurnosti. Iako je normativno širok raspon ovlaštenika na pokretanje postupka, ostaje upitno koliko je odluka Vijeća o takvoj prihvaćanju ili odbijanju takve inicijative normativno određiva. Normativni standard za procjenu Vijeća hoće li prihvatiti vlastitu nadležnost da odlučuje o sporu ili situaciji određen je na sljedeći način: da strane nisu uspjele riješiti spor mirnim sredstvima te da je spor takve prirode da bi mogao dovesti u opasnost održavanje mira i sigurnosti. Diskrecijska ocjena pokretanja postupka, o čemu odlučuje samo Vijeće, nije ograničena zaštitom vrijednosti pojedinca i zajednice.

Vezano uz drugi dio prvog kriterija institucionaliziranosti procesa pravosuđenja (kriterij 1b), Poveljom nije jasno određeno da se preporuke Vijeća sigurnosti moraju nužno zasnivati na pravu, iako Vijeće može diskrecijski odlučiti da svoje preporuke donese i na temelju prava. Poveljom je načelno određeno da Vijeće uzima u obzir da bi stranke u pravilu morale pravne sporove iznijeti pred Međunarodni sud. Budući da ne postoji normativna obveza da Vijeće sigurnosti odlučuje sukladno kriteriju identifikacije sadržaja pravnog sustava, ne radi se o pravosuđenju u punom značenju ovog pojma. Ovaj normativni nedostatak može se nadoknaditi samo na način da međunarodni sud u praksi donosi odluke samo na temelju prava.

Prema tome, iako Vijeće sigurnosti ne djeluje kao pravi sudski organ, Povelja sadrži dovoljno elemenata koji Vijeću omogućuju da djeluje kao kvazisudbeni organ. Koliko će se takvo kvazipravosuđenje približiti pravom pravosuđenju ovisi o praksi Vijeća sigurnosti. Pri tom je važno istaći da kad bi Vijeće u praksi i zadovoljilo normativne kriterije obvezatnog pravosuđenja i dalje ostaje upitan vrijednosni aspekt pravičnosti procesa i psihološko-sociološki aspekt učinkovitosti procesa.

Za razliku od Vijeća sigurnosti, Međunarodni je sud uspostavljen Poveljom kao glavno sudbeno tijelo. Na razini Organizacije ujedinjenih naroda "obvezatno pravosuđenje" bi zasigurno postojalo da su se Poveljom države članice obvezale da prihvate obvezatnu nadležnost ovog tijela samim članstvom u Organizaciji. Međutim, iako to nije slučaj, važan element u sustavu predstavljaju savjetodavna mišljenja Međunarodnog suda koja su primjenjiva na sve države. Dva su prigovora zbog čega se takva funkcija ne može pripisati međunarodnom pravosuđenju: pokretanje postupka (kriterij 3: obvezatnost pravosuđenja) i obvezatnost odluke (kriterij 2: autoritet pravosuđenja). Što se tiče prvog prigovora, činjenica jest da države u sporu ne mogu pokrenuti postu-

pak, ali to može napraviti, među ostalim Opća skupština. S obzirom na to da, dakle, Opća skupština, i to kao tijelo u kojem su zastupljeni svi članovi Organizacije, ima mogućnost pokrenuti postupak traženja savjetodavnog mišljenja za svako pitanje kad ocijeni da se radi o kršenju normi sustava, onda bi se moglo tumačiti da je zadovoljen treći normativni kriterij obvezatnog pravosuđenja. Drugo je pitanje je li način pokretanja postupka od strane Opće skupštine zadovoljava kriterije iz vrijednosnog i psiho-socijalnog aspekta promatranja pravosuđenja.

U odnosu na drugi prigovor (kriterij 2: autoritet pravosuđenja), iako se radi o savjetodavnim mišljenjima, njihovo pravno značenje ovisi o prihvaćenosti ovih mišljenja od samih država i međunarodne zajednice u praksi. U prilog takvoj praksi kojom bi se zadovoljio drugi kriteriji idu ona tumačenja Povelje koja smatraju da savjetodavna mišljenja ipak imaju obvezujuću snagu. Dakle, zbog normativnih nedorečenosti i savjetodavna mišljenja Međunarodnog suda bi bilo točnije opisati kao kvazisudbeni proces koje se može u praksi približiti pravom pravosuđenju.

5. ZAKLJUČAK

Na početku smo naveli neke prigovore koji se mogu uputiti gotovo svakom pokušaju definiranja prava. Kao prvi mogući prigovor naveli smo razliku između definicije i svakodnevnog govora. Definicije prava koje nastaju u pravnoj znanosti zaista ne moraju odgovarati primjeni ovog pojma u svakodnevnom govoru. Međutim definicije prava nemaju primarni cilj strogo odražavati konvencionalnu uporabu jezika. Svrha definicije može biti da se olakša klasifikaciju normativnih sustava i njihova sistematizacija. Pri tom je uvijek izazov na koji način odrediti sadržaj definicije koji bi obuhvatio što više relevantnih normativnih sustava.

Kantorowiczova definicija se čini dovoljno obuhvatna da uključi niz normativnih sustava, što je posljedica njegove pragmatične svrhe koju je imao kod postavljanja definicije. Naime Kantorowicz je svoju definiciju oblikovao kao predgovor za nikad dovršen znanstveni projekt izrade Oxfordove povijesti pravne znanosti. Međutim Kantorowicz nikad nije pojasnio kakav je odnos njegove definicije prema međunarodnom pravu. S obzirom na to da je od 1939. godine kad je objavljena Kantorowiceva "Definicija prava", međunarodna zajednica zabilježila određene promjene svakako je izazovno pokušati nanovo aktualizirati njegova razmišljanja u ovom normativnom području. U ovom članku je korištenjem Kantorowiczeve definicije prava nadopunjenom Rossovom prikazom međunarodnog normativnog sustava predložena moguća sistematizaciju i pojašnjena područja proučavanja međunarodnog prava s obzirom na pravosuđenje. S druge strane Hart je jasno doveo u pitanje pravni karakter međunarodnoga prava pri čemu je jedan od njegovih argumenata za takav stav upravo nedostatak obvezatnog pravosuđenja u međunarodnom normativnom sustavu. U ovom članku se pokušalo ublažiti Hartove zahtjeve iz njegove definicije prava tražeći minimum kriterija da bi se neki sustav mogao smatrati pravnim. Gledajući samo iz normativno-sustavnog aspekta ovi kriteriji se mogu svesti na kriterije za postojanje obvezatnog pravosuđenja. Promatrajući isključivo normativni međunarodni sustav, može se primijetiti da se norme o Vijeću sigurnosti i Međunarodnom sudu prilikom pružanja savjetodavnog mišljenja mogu protumačiti na način da sadrže elemente koncepta obvezatnog pravosuđenja. Naravno preostaje detaljnije analizirati kako se ovakvo tumačenje može ili možda već koristi u praksi međunarodne zajednice. Zbog toga bi procese pred ovim organima bilo bolje opisati kao kvazisudbene procese.

Kao odgovor na drugi prigovor da su neke definicije neprihvatljive jer su suprotne uspostavljenoj praksi, može se navesti argument da definicije prava upravo trebaju poslužiti za jasnije uvide o potencijalnim nedostacima u stvarnoj praksi i uvide o razlozima zbog čega stvarne zajednice funkcioniraju na jedan ili drugi način. Definicija prava može biti koristan alat za konzistentno obrazloženje reformi usmjerenih na ispravljanje nedostataka. Naposljetku vezano za treći prigovor, zaista je istina da definicija vrlo teško može zadovoljiti sve skupine koji su na ovaj ili onaj način u dodiru s predmetom takve definicije. Međutim to još uvijek nije razloga da se ne predlažu nove definicije i međusobno ne sučeljavaju. Pri tom je moguće da će neke od definicija prava izdržati test provjerljivosti i biti održive upravo zato jer su oblikovane integralno uzimajući u obzir različite aspekte gledanja na isti predmet proučavanja.

LITERATURA

1. Publikacije i članci:
2. Andrassy, J., Međunarodno pravo, Školska knjiga, Zagreb, 1990.
3. Degan, V.Đ., Međunarodno pravo, Školska knjiga, Rijeka, 2011.
4. Hart, H. L. A., The Concept of Law, Oxford University Press, New York, 1994.
5. Kantorowicz, H., The Definition of Law, Cambridge University Press, Cambridge, 1958.
6. Kelsen, H., Čista teorija prava, Gutenbergova galaksija, Beograd, 2000.
7. Koskenniemi, M., "Fragmentation of International Law. Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law. Report of the Study Group of the International Law Commission", International Law Commission, A/CN.4/L.682, Geneva, 2006.
8. Krešić, M., Obvezatno pravosuđenje kao nužan element prava, Dignitas, Ljubljana, 2012.
9. Lauterpacht, H., The Function of Law in the International Community, The Lawbook Exchange Ltd., New Jersey, 2000.
10. Ross, A, A Textbook of International Law, Clark, New Jersey, 2006.
11. Stone, J., Legal System and Lawyers Reasoning, Stanford University Press, Stanford, 1964.
12. The David Davies Memorial Institute of International Studies, The International Disputes: The Legal Aspects: Report of a Study Group of the David Davies Memorial Institute of International Studies, London, 1972.

PRAVNI IZVORI:

1. Povelja Ujedinjenih naroda, Narodne novine Republike Hrvatske– međunarodni ugovori 16/1993.

Mario Krešić, LL.B., Assistant Lecturer, Faculty of Law in Zagreb

IMPLEMENTING KANTOROWICZ'S AND HART'S DEFINITION OF LAW IN THE INTERNATIONAL LAW

Summary

Within the general theory of law several attempts have been made to define the law. Among such jurisprudential attempts, Kantoworwicz and Hart offered quite influential definitions with a shared characteristic of focusing on the concept of adjudication. Considering that both definitions seem suitable for different normative systems, in this article the applicability of Kantorowicz and Hart`s insights will be examined within the international normative system. Such an attempt could facilitate the systematization of the international norms and indicate the possibilities for further development of the international law.

Key words: Definition of law, trial, international law, secondary norms, judiciality

Mario Krešić, dipl. Iur., Vortragender Assistent, Fakultät für Rechtswissenschaften der Universität Zagreb

ANWENDUNG DER DEFINITION VON KANTOROWICZ UND HART AUF DAS VÖLKERRECHT

Zusammenfassung

In der allgemeinen Rechtstheorie gibt es mehrere Versuche des Definierens des Rechts. Unter solchen rechtstheoretischen Versuchen werden diejenigen von Kantorowicz und Hart hervorgehoben. Sie haben sehr einflussvolle Definitionen gegeben, deren gemeinsames Merkmal die Orientierung auf das Konzept der Rechtsprechung ist. Mit Rücksicht auf die Tatsache, dass beide Definitionen als für verschiedene Normsysteme geeignet scheinen, werden in dieser Arbeit die Einsichten von Kantorowicz und Hart auf dem völkerrechtlichen normativen System überprüft. Ein solcher Versuch könnte die Systematisierung von internationalen Normen erleichtern und auf die Möglichkeiten einer weiteren Entwicklung des Völkerrechts hinweisen.

Schlagwörter: Die Definition des Rechts, die Rechtsprechung, das Völkerrecht, sekundäre Normen, die Urteilsfähigkeit