

*Драгутин Аврамовић*  
*Београд*

## **„ОМЕКШАВАЊЕМ ПРАВА“ КА МЕЂУНАРОДНОЈ ВЛАДАВИНИ ПРАВА?**

### **Сажетак**

С обзиром на еластичност концепта владавине права као феномена са „отвореним крајем“, поред проблема који се јављају при њеној примени у унутрашњем праву, аутор анализира консеквенце њеног измештања из националног у међународни контекст. Како је владавина права, исто као и правна држава, појам с двогубом природом – формално, али и материјално начело, у савремену англоамеричку терминологију продиру два нова термина. Појам *thick* (дебео, пун) *rule of law* подразумева моралне и вредносне елементе, тако да се владавина права доживљава као сама срж праведног друштва, везујући се за идеју слободе и демократије, дакле, има супстанцијални карактер. Други појам, одређен придевом *thin* (тачак, мршав) *rule of law*, је више окренут формалним и инструменталним аспектима владавине права. Та подела представља основу за теоријско уобличење и оправдање идеје међународне владавине права као појма и система флексибилнијег од просто схваћеног принципа на коме почива унутрашње право. Мада се појам међународне владавине права данас узима као датост, чији се садржај подразумева, аутор указује на спор око тога да ли он уопште постоји у међународном праву, имајући у виду његове особености, а нарочито специфичности у погледу извора права, непостојање класичних механизма санкционисања, укупну „инфраструктуру“ глобалног права, односно стару дилему да ли је међународно право уопште „право“, тј. уверење да оно нема све атрибуте права, а пре свега пуну правну обавезност. Аутор наглашава да ширење „меког права“ (*soft law*), које се све чешће користи у међународном праву, постаје велики изазов за владавину права, а нарочито за начело законитости као њен суштински елемент. Иако се „меко

право“ састоји од правних норми које немају формално обавезујући карактер, оно врши снажан утицај на политику и унутрашње законодавство појединих држава, уз латентно настојање да се трансформише у „тврдо право“ (*hard law*). На тај начин „меко право“ оставља велики простор за дискреционо поступање и политичке утицаје, а истовремено настоји да задобије и формално обавезујући карактер, долазећи у неизбежан сукоб са начелом легалитета.

Кључне речи: *Soft Law*, Међународна владавина права, Начело законитости, *Thick Rule of Law*, *Thin Rule of Law*.

## НЕОДРЕЂЕНОСТ ПОЈМА МЕЂУНАРОДНЕ ВЛАДАВИНЕ ПРАВА

Структура појма владавине права подразумева постојање како правних, тако и политичких елемената, али у последње време све више стиче и економску димензију, поготово у међународном контексту.<sup>1)</sup> Тако, на пример, Светска банка доноси своје редовне извештаје под називом *Doing Business*, у којима даје инструкције и сигнале инвеститорима, с обзиром на то како процене ниво остваривања владавине права у појединим земљама; познати институт *Freedom House*, у својим извештајима *Freedom in the World*, квантитативно одређује степен заступљености владавине права; *Transparency International* индексира и рангира земље према својој специфичној методологији на основу које „мери“ владавину права у

- 1) Часопис *The Economist* од 13. марта 2008. у изванредном чланку „Order in the Jungle“ између осталог наводи да „ниједан политички идеал није постигао толику глобалну посвећеност као владавина права“. Милијарде долара су уложене у *rule of law* пројекте, а само Светска банка у овом тренутку спроводи такав пројекат у вредности од 450 милиона долара ([http://www.economist.com/displaystory.cfm?story\\_id=10849115](http://www.economist.com/displaystory.cfm?story_id=10849115)). Из овог текста се јасно види колико су снажно у савременом схватању владавине права присутни политички и економски аспекти. Код наших аутора занимљив текст о економским аспектима владавине права у Србији, видети: B. Begović, D. Hiber, „EU Democratic Rule of Law Promotion: The Case of Serbia“, *Working Paper, Center on Democracy*. Веома је занимљиво запажање да су „два најчешћа контекста у којима се појављује реторика владавине права економски развој и ванредно стање“, као и да се „ширење владавине права широм глобуса често поставља као предуслов за економску помоћ, пре свега због тога што се тако обезбеђују иностране инвестиције“, видети више B. A. Meyler, „Economic Emergency and the Rule of Law“, **Cornell Law Faculty Publications, 2006**, Paper 68, [http://scholarship.law.cornell.edu/lsrcp\\_papers/68](http://scholarship.law.cornell.edu/lsrcp_papers/68). О историјској укоренјености владавине права као инструмента за промовисање економског развоја, S. Chesterman, „An International Rule of Law?“, **New York University Public Law and Legal Theory Working Papers, 2008**, Paper 08–11, <http://ssrn.com/abstract=1081738> (*American Journal of Comparative Law*, Vol. 56, 2008, 2). О проблемима у разумевању владавине права, нарочито у светлости економске помоћи, видети T. Carothers, *Promoting the Rule of Law Abroad: The Problem of Knowledge*, Carnegie Endowment for International Peace, Washington DC, 2006; D. R. Andrews, „International Rule of Law Symposium: Introductory Essay“, *Berkeley Journal of International Law*, Vol. 25, 2007, 1.

свету, итд. На тај начин овај појам, поред свог квалитативног одређења, добија и извесне квантитативне атрибуте (уколико је уопште могуће квантификовати овакав институт), који свакако зависе од примењене методологије мерења. Наравно, уз све то, са политичке тачке гледишта, владавина права може служити и као средство оправдавања различитих идеолошких циљева и интереса, па и као средство легитимизације сваког облика политичког поретка.<sup>2)</sup> Као што појам демократије може примити у себе разне садржаје, тако да може подразумевати позитиван, али и мањкав облик владавине, тако се и под велом владавине права могу крити различити идеолошки концепти и замке. То, дакако, увелико представља опште место и утолико се у литератури одавно указује на опасности од апсолутизовања ових учења у (унутрашњем) праву, поготово имајући у виду само њихове формалне аспекте. Увођењем „мерења“ владавине права на међународном нивоу, њена економска и политичка димензија све више добијају на значају, али упоредо са тим латентно расту и могућности да се њима манипулише.

Проблем се увећава последњих деценија, када се у контексту глобалних промена и наговештаја универзализације света, па и права, упоредо са размишљањима о светској држави и пост-националном окружењу, рађа мисао (али и пракса) о сходној примени принципа владавине права на међународном нивоу. Ова тема се додатно компликује због нијанси у дефинисању самих појмова правне државе (као првенствено континенталног појма) и владавине права (као изворно англосаксонске творевине).<sup>3)</sup> Оно око чега нема много разилажења је чињеница да како правна држава, тако и владавина права, не представљају само формално, већ првенствено материјално начело, које, дакле, испуњава захтеве легалности, али и легитимности. У савремену англосаксонску терминологију, баш на том фону, све више улазе два необична назива, који рефлектују различита виђења владавине права – *thick* (више супстанцијална) и *thin* (више формална) *rule of law*. Први појам, који се означава придевом *thick* (густ, дебео), подразумева у основи Хајеково (*Hayek*) виђење владавине права и правне државе и укључује моралне и вредносне елементе, тако да се владавина права доживљава као сама срж праведног друштва, везујући се за идеју слободе и демо-

2) „То води ка критици и изругивању владавине права, која се третира као само политички феномен, у коме се рефлектује једна особена филозофија владања. Али, то је тачно само у смислу да сваки систем права мора имати сопствене стандарде за просуђивање питања злоупотребе дискреционе власти“, H.W.R. Wade, *Administrative law*, Oxford University Press, New York, 1982, p. 23.

3) Видети ближе: Д. Аврамовић, „Владавина права и правна држава – истост или различитост?, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 2010, 3.

кратије. Други појам, одређен придевом *thin* (танак, мршав), је више окренут формалним и инструменталним аспектима владавине права, где демократија и морал нису толико важни, него заштита имовинских права и ефикасно правосуђе, а основни циљ права је да се обезбеди друштвена стабилност. Право мора бити јавно, конзистентно, јасно и прихваћено од већине народа, а владавина права нека врста универзалног начела у чијем постољу лежи начело легалитета.<sup>4)</sup> То је тачка која представља неку врсту пролегомена за теоријско уобличење и оправдање идеје међународне владавине права као појма и система флексибилнијег од просто схваћеног принципа на коме почива унутрашње право.<sup>5)</sup> Али, уколико се могу и на нивоу унутрашњег права оправдавати и заговарати два (а у будућности можда и више) типова владавине права, онда се такав приступ утолико пре може примењивати на односе у међународној заједници, а поменуте врлине би се могле претворити у мане.

Наиме, појам владавине права у целини, пре свега сагледаван у равни унутрашњег права, како на теоријском, тако још више на практичном нивоу, постаје све теже ухватљив, флексибилан, амбеоидан, стално добијајући нову, некад и не сасвим кохерентну и конзистентну форму и садржину. И зато прилично уверљиво делује став Рајнера Грота (*Rainer Grote*) са Макс-Планк Института, да владавина права припада категорији концепата са „отвореним крајем“, који су подложни сталним расправама.<sup>6)</sup> То се поготово односи на тзв. међународну владавину права. У унутрашњем праву принцип владавине права има колико-толико оперативну правну утемељеност у позитивном праву, као и прилично адекватну институционалну заштиту појединих елемената који чине њену суштину и граде укупну идеју, па се може успоставити и релативна сагласност око тога који су њени најважнији чиниоци.<sup>7)</sup> И поред тога што се у игру уводе нови појмови као што су *thick* и *thin rule of law*, ипак би се могло рећи да је класична теорија о владавини права још увек доминантна, мада је новим глобалистичким раз-

4) О томе видети: Д. Аврамовић, „Један нови поглед на владавину права“, *Правни живот*, 2009, 14.

5) Тако J. Waldron, „The Rule of International Law“, *Harvard Journal of Law and Public Policy*, Vol. 30, 2006, 1, стр. 16 и даље.

6) The rule of law „belongs to the category of open-ended concepts which are subject to permanent debate“, [http://www.economist.com/displaystory.cfm?story\\_id=10849115](http://www.economist.com/displaystory.cfm?story_id=10849115).

7) У неким америчким институцијама које финансирају пројекте владавине права, као и у бројним научним и *think-tank* институцијама, развија се методологија која на релативно егзактан начин покушава да прати колики се успех постиже у развијању владавине права у појединим земљама. Тако се, према једној од њих, посматра чак 60 индикатора помоћу којих се надгледа и „мери“ развијеност владавине права.

војем ипак донекле дотакнута, растегнута, ако не и разблажена, нападнута и уздрмана.

Дакле, јасно је да се у таквим околностима модел владавине права још више мора компликовати када се премести на терен међународног права. На реторичком нивоу, владавина права је већ постала опште место у скоро свим међународним документима, декларацијама, резолуцијама, председничким саопштењима, условима за инвестирање међународних финансијских организација, итд. Међународна владавина права се узима као нешто дато, као појам који се самоподразумева, који је незаобилазан, који је услов свих услова. Ипак, крајње је деликатно, барем теоријски, питање у којој мери владавина права уопште може постојати у међународном праву с обзиром на његове особености, нарочито имајући у виду специфичности у погледу извора права, непостојање класичних механизма санкционисања, укупну „инфраструктуру“ глобалног права, односно стару дилему да ли је међународно право уопште „право“, тј. уверење да оно нема све атрибуте права, а пре свега пуну правну обавезност.<sup>8)</sup> То представља још увек до краја неразрешено, а у основи концептуално питање филозофије међународног права и његовог идентитета.<sup>9)</sup> Мада су одговори на те дилеме данас много мекши, инспирирани крупним променама које су се десиле последњих деценија,<sup>10)</sup> остаје отворено питање како се све то рефлектује на идеју међународне владавине права као врховног принципа на коме се заснива ово „непостојеће“ право. Шта више, јавили су се и гласови, који су изазвали приличну нелагоду, а и реакције, код „међународних правника“, да је међународно право

8) У нашој литератури видети: Р. Лукић, *Увод у право*, Научна књига, Београд, 1961, стр. 392, а међу светским великанима који су постављали ово питање се нарочито истичу Х. Харт, *Појам права*, ЦИД, Подгорица-Цетиње, 1994, стр. 256-282; Н. Kelsen, *Principles of International Law*, Rinehart, New York, 1952. Али, дискусије о поменутој дилеми нису остале теоријска тема прошлости, него се воде све до данас, видети нарочито: J. F. Murphy, *The United States and the Rule of Law in International Affairs*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, p. 12.

9) Видети: S. Besson, J. Tasioulas, *Philosophy of International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 7. Ова књига, у којој су окупљени најпрестижнији савремени аутори који се баве кључним питањима филозофије, морала и теорије међународног права (од самих уредника овог зборника радова, до Џозефа Раза, Вила Кимлике, Џемса Грифина и многих других), у основи настоји да истакне политичку и моралну заснованост међународног права и његових институција, као и да одбрани идеју да је међународно право ипак право.

10) О тој дилеми у контексту међународне владавине права и: L. N. Sadat, „An American Vision for Global Justice: Taking the Rule of (International) Law Seriously“, *Washington University Global Studies Law Review*, 2005, 4, p. 332 и даље. Ту ауторка указује на један вид фрустрације у САД због недовољне ефикасности међународног права и његове стерилности, јер не даје „обавезујуће“ резултате. Ипак, указује да се после формирања ЕУ као наднационалне организације са сопственом легислативом, увођењем великог броја различитих међународних судова, чије пресуде имају одређени степен обавезности, таква слика међународног права радикално мења.

нелегално, тачније – да му недостаје легалитет,<sup>11)</sup> а да не помињемо чињеницу да у одређеним случајевима међународно право може да обавезује и оне субјекте који се нису сагласили са неким нормама или су им изричито противречили, што све чини нормативност (а тиме и легалитет) међународног права прилично релативним. Но, знатно више од општих питања карактера међународног права, проблематизује се тема како се на том терену примењује начело владавине права које је само по себи тако флуидно, па је отуд вероватно неопходно нешто другачије одређивање елемената који конституишу сам појам тзв. међународне владавине права. Јер, при постојећем стању, Шевалије (*Chevallier*) сматра да су међународна правна држава и владавина права мит, за чије је евентуално остваривање неопходна радикална трансформација међународне заједнице.<sup>12)</sup>

Честерман (*Chesterman*) разликује три могућа значења међународне владавине права. Прво подразумева примену принципа владавине права на односе између држава и других субјеката међународног права. Друго укључује идеју привилеговања међународног права у односу на унутрашње, тако што се, на пример, уводи примат пактова о људским правима над домаћим правним уређењем. Треће је „глобална владавина права“, која би означавала ширење нормативног режима који се тиче појединаца и то директно, без посредовања постојећих националних институција, дакле као некакво глобално, светско право.<sup>13)</sup> У првом, најчешћем значењу, међународна владавина права би требало да представља начело које гарантује ослонац на право, уместо на арбитражну силу у међународним односима, које би требало да замени насилно решавање проблема решавањем кроз право, и као таква је давно препозната.<sup>14)</sup>

Ипак, већ из поменутих могућих тумачења није сасвим јасно шта се све под овим појмом може подразумевати (а листа Честерманових опција свакако није ни потпуна ни коначна, док знак питања

11) A. Buchanan, „From Nurnberg to Kosovo: The Morality of Illegal International Law“, *Ethics*, Vol. 111, 2001, 4, p. 673–680.

12) J. Chevallier, „État de droit et relations internationales“, *Annuaire Français des relations internationales*, 2006, p. 8: „L'Etat de droit international apparaît dès lors, en l'état actuel des rapports internationaux, comme un simple 'mythe': sa réalisation supposerait une transformation radicale de la société internationale, par la mise en cause de la souveraineté des Etats et l'apparition d'une véritable autorité au niveau mondial.“

13) S. Chesterman, „An International Rule of Law?“, p. 32. Видети и: B. Z. Tamanaha, *On the Rule of Law: History, Politics, Theory*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, p. 127–136.

14) W. W. Bishop, „The International Rule of Law“, *Michigan Law Review*, 1961, 51, p. 553.

на крају назива његовог чланка сугерише дилему да ли међународна владавина права уопште постоји). Отуда, интернационализација владавине права представља још увек прилично контроверзну тему. Али, и поред тога, овај принцип је постављен на пиједестал кључних вредности и у односима међу државама у међународно-правном поретку. У класичној теорији међународног права обично се сматра да се владавина права може обезбедити једино кроз систем чврсто етаблиране међународне одговорности. Међутим, у том контексту појам међународне одговорности се обично разумева у његовом ужем значењу, које имплицира да је јасно утврђено који су акти државе у сагласности са међународним правом, а који га нарушавају. Другим речима, појам међународне одговорности представља правни стандард који може попримати различите облике и који се може тумачити на различите начине. Путоказ у одређеној мери поставља савремена политиколошка терминологија, која подразумева да такав тип одговорности укључује и одговорност држава према онима који због њеног кршења трпе штету. Но, у пракси се институт међународне одговорности веома ограничено примењује у контексту остваривања владавине права на интернационалном нивоу. Један од главних разлога овог ограничења лежи у природи операционализације механизма међународне заштите, који у великој мери зависе од тренутног односа снага у међународној заједници. То поготово може бити случај када су у питању растегљиви појмови попут владавине права, а нарочито имајући у виду њено оптерећење вредносним садржајем.

## ИНСТИТУЦИОНАЛИЗОВАЊЕ МЕЂУНАРОДНЕ ВЛАДАВИНЕ ПРАВА

С обзиром на то да је доктрина правне државе, као и доктрина владавине права настала као продукт државе либерализма, са јасно израженим индивидуалистичким приступом (одбрана појединца од државне самовоље), питање да ли је могуће то начело подићи на наднационални ниво и на који начин то остварити, заиста је још увек отворено за дискусију, додуше у нешто мањој мери од онога које се односи на питање могућности стварања светске државе. У том циљу оформљен је значајан број институција и међународних организација које се баве промовисањем идеје и изучавањем владавине права на међународном плану. Поменимо само, примера ради, *International Network to Promote the Rule of Law (INPROL)*, *The International Rule of Law Center*, *The Hague Institute for the In-*

*ternationalisation of Law, Centre for Global Development*. Ипак, на теоријском нивоу, остало је много тога недореченог.

У међународном миљеу ово схватање се по правилу прихвата као априорна и самоподразумевајућа дезидерата, односно као принцип који израста из националног права, а да иза тога често не следи детаљнија разрада операционалних модела заштите. Речју, владавина права у међународним односима постаје незаобилазна реторичка фигура, али не и много више од тога. Без обзира на чињеницу што је теоријски појам владавине права релативно довољно одређен, он се у политичком речнику често користи као мантра, чије се значење подразумева. То се поготово огледа у међународном праву, где се владавина права, шта год се под њом подразумевало, отворено намеће и постаје „хегемонијски вектор“ у међународним односима. Отуд се јавио критички правац размишљања који је међу првима снажно афирмисао Коскениеми (*Koskenniemi*), да је идеал међународне владавине права заснован на контрадикторним премисама, пре свега на његовој нераскидивој вези са међународном политиком, а исти аутор је у вези с тим међу првима проговорио и о фрагментацији међународног права.<sup>15)</sup> Без много резерви се тврдило и да су владавина права, с једне, и мондијализација, с друге стране, инкомпатибилни.<sup>16)</sup> Ипак, убрзо су почели да стижу одговори на те дилеме, мање песимистичног усмерења, према којима међународно право, упркос евидентној индетерминисаности и неконзистентности, има своје објективно постојање и као такво може служити као основа за међународну владавину права.<sup>17)</sup> На тим основама је интернационализовање владавине права легитимизовано и стекло самосталну динамику, афирмишући се и у бројним међународним документима и многим организацијама које су настале ради њеног спровођења у живот.

Тако, до скоро важећи текст Уговора о Европској Унији у чл. 6 ст. 1 наводи да се ЕУ заснива на принципима слободе, демократије, поштовања људских права и основних слобода, као и влада-

15) M. Koskenniemi, *From Apology to Utopia; the Structure of International Legal Argument*, Lakimieslton Kustannus, Helsinki, 1989, XV (Cambridge University Press, Cambridge, 2005); исти, „Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties“, *Leiden Journal of International Law*, 2002, 15, p. 553–579. У нашој литератури, од новијих радова видети више: Б. Ракић, „Фрагментација међународног права и европско право – на Западу нешто ново“, *Анали Правног факултета у Београду*, 2009, 1, стр. 122–147.

16) D. Mockle, (dir.), *Mondialisation et Etat de droit*, Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 8 у уводу овог зборника радова са симпозијума у Монреалу посвећеног поменутој теми, експлицитно указује на „incompatibilité entre Etat de droit et mondialisation“, што представља, мање-више, лајтмотив целе књиге.

17) D. Georgiev, „Politics or Rule of Law: Deconstruction and Legitimacy in International Law“, *European Journal of International Law*, 1993, 4, p. 1–14.

вине права, који су заједнички државама чланицама.<sup>18)</sup> Исто тако, након измена Уговора о Европској Унији које предвиђа Лисабонски уговор потписан у децембру 2007. године, на сличан начин се, само сада у чл. 2, који је насловљен „Вредности Уније“, начелно предвиђа владавина права као један од темељних принципа ове наднационалне организације.<sup>19)</sup>

На 61. заседању Генералне скупштине Уједињених нација од 18. децембра 2006. године, као тачка 80. дневног реда, усвојена је Резолуција 61/39 о владавини права на националном и међународном нивоу (*The rule of law at the national and international levels*). Из ње се нешто потпуније може сагледати нови оквир међународне владавине права, чији је значај наглашен већ и у самом називу Резолуције. У преамбули Резолуције се реafirмише посвећеност циљевима и принципима Повеље УН и међународног права, истиче да су људска права, владавина права и демократија повезани и да припадају универзалним и недељивим централним вредностима УН. Трећи став преамбуле је нарочито експлицитан: „Реafirмишући даље потребу за универзалним прихватањем и применом владавине права и на националном и на међународном нивоу и њену пуну посвећеност међународном поретку који је заснован на владавини права и међународном праву, који су заједно са принципом правде, суштински за мирну коегзистенцију и сарадњу између држава.“ Четврти став преамбуле нескривено заступа становиште да постоји узрочно последична веза између владавине права и економског раста,<sup>20)</sup> док завршни став преамбуле указује на значај промовисања и поштовања владавине права на националном и међународном нивоу, која треба да руководи активности УН и држава чланица. У складу са захтевом из Резолуције на 62. заседању Генералне скупштине УН стављено је на дневни ред питање вла-

18) Article 6:

1. The Union is founded on the principles of liberty, democracy, respect for human rights and fundamental freedoms, and the rule of law, principles which are common to the Member States.

19) Члан 2:

„Унија је утемељена на вредностима поштовања људског достојанства, слободе, демократије, једнакости, владавине права и поштовања људских права, укључујући и права припадника мањина. Ове вредности су заједничке државама чланицама у друштву које одликује плурализам, недискриминација, толеранција, правда, солидарност и једнакост између жена и мушкараца“, видети: Д. Симић, А. Фира, *Институционални оквир Европске уније након Лисабонског уговора*, Факултет за услужни бизнис, Сремска Каменица, 2008, стр. 29.

- 20) „Уверени да је унапређивање владавине права на националном и међународном нивоу од суштинског значаја за остваривање одрживог економског раста, одрживог развоја, елиминисање сиромаштва и глади, заштиту свих људских права и основних слобода, уважавање чињенице да колективна сигурност зависи од ефективне сарадње, у складу са Повељом и међународним правом, ради спречавања међународних претњи.“

давине права на националном и међународном нивоу, о коме ће се изјашњавати државе чланице и сваке године разматрати „једну или две подтеме“. На овом заседању указано је на потребу прецизног дефинисања појма „међународне владавине права“. У настојању да се конкретизују „подтеме“ које би биле од значаја за афирмацију овог принципа, наведени су, између осталог, имплементација међународних обавеза у доброј вери, улога међународних судова у мирном решавању спорова и надзору над одговарајућим одредбама у уговорима, итд.

Међународни акти који прокламују начело владавине права уопште, по својој природи, а поготово у односу на ово питање, имају у основи декларативни карактер, истичући овај принцип као кључну вредност на којој се и темеље. С друге стране, на унутрашњем плану, после уставних прокламација, поједини елементи који чине појам владавине права кроз акте мање правне снаге добијају своју конкретну садржину и механизме заштите, тако да граде релативно дефинисану физиономију. Док се у међународном праву може видети само силуета, у унутрашњем она добија своју пунију индивидуалност.

Ипак, међународна владавина права није више само прокламовани принцип, већ лагано почиње да се конкретизује у појединим областима. Тако, Бернхард Цангл (*Bernhard Zangl*) истиче да постепено израста један нови облик нешто одређеније међународне владавине права, поготово у појединим областима: међународне трговине, безбедности, радног права, заштите човекове околине. „Међународна владавина права постаје комплементарна владавини права у модерним државама... Од 17. века владавина права се афирмисала као доминантан правни принцип у *оквиру* модерних држава, док је у односима *међу* модерним државама суверенитет био централни правни принцип. Први принцип одражава унутрашњу хијерархију државе над друштвом, док други институционализује анархичност у оквиру међународне заједнице. Правно гледано, оба принципа су суштинска за идентитет модерне државе. Али, као принципи, владавина права и суверенитет могу бити веома контрадикторни. Док владавина права захтева да држава поштује домаће право, суверенитет даје право државама да се понашају арбитрерно, по својој дискрецији у међународном праву. Уколико, због тога, треба да израста супстанцијална међународна владавина права која би била комплементарна унутрашњој владавини права,

то би подразумевало суштинску трансформацију модерне државе.<sup>21)</sup> Па, ипак, аутор показује да је такав процес започео.

## ВЛАДАВИНА „МЕКОГ“ ПРАВА

Поред несумњиве преваге коју добијају класични међународни правни извори и инструменти над унутрашњим правом, као и њиховог снажног утицаја на домаће право кроз процесе хармонизације, у последње време све више у употребу улази и додатни механизам интернационализације, односно унификације права на међународном нивоу, тзв. *soft law*. Ради се о инструменту који практично представља нови извор права, мада он нема класичне, јасно дефинисане одлике извора права, ни у формалном, па ни у материјалном смислу, и на особен начин представља супротност међународним императивним нормама, онемо што се обично зове *jus cogens*. Док се за *jus cogens* још може тврдити да испуњава неке основне опште нормативне стандарде, поготово у погледу начела легалитета, дотле то постаје веома спорно када је у питању *soft law*.

*Soft law* чине правила или, још боље, препоруке и формално необавезујуће норме, које не настају кроз уобичајене, прописане процедуре које се користе за доношење правних норми. Ипак та правила, и поред тога, врше снажан утицај како на (пре свега унутрашње) законодавство, тако и на јавно мњење.<sup>22)</sup> Њих доносе међународне организације различитог нивоа, значаја и профила, али без обзира на тако неодређени круг доносилаца, та правила често регулишу веома деликатне области живота и озбиљно утичу, или барем претендују да утичу, на правне системе и понашање законодаваца, на појединце, организације и саме државе. Наиме, основна особина „меког права“ је да има тенденцију прерастања у класично, *hard law*, и да често представља први корак на том путу. То се

21) B. Zangl, „Is there an emerging international rule of law?“, *European Review*, 2005, 13, p. 73–91.

22) Ово је у извесној мери парафразирана дефиниција коју дају J. E. Gersen, E. A. Posner, „Soft Law“, *Public Law and Legal Theory Working Paper*, No. 213, The University of Chicago Law School, <http://www.law.uchicago.edu/academics/publiclaw/index.html>. J. F. Murphy, *op. cit.*, p. 34 показује колико су велике несугласице у погледу дефинисања појма *soft law*, због чега иде тако далеко да га сматра за оксиморон, неспојиви апсурд. Јер, или је нешто право, што подразумева обавезност, или нешто није право, па је онда необавезно. Иначе, дефиниција за *soft* и *hard law* има скоро онолико колико и аутора који су о њиховом односу писали, али преовлађује „бинарни“ приступ који као критеријум узима постојање или непостојање обавезности. О овоме видети више чланак у једном од најбољих зборника на ову тему D. Shelton, „Introduction: „Law, Non-Law and the Problem of 'Soft Law'“, *Commitment and Compliance: The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System* (ed. D. Shelton), Oxford University Press, Oxford, 2000, p. 4.

поготово дешава приликом нормирања неких осетљивих области у којима из различитих разлога (најчешће политичких, психолошких, социјалних, тактичких, итд.), „тврдо право“ још увек не би имало праву шансу или би изазвало озбиљне отпоре. Решење које би требало да се кроз њега „провуче“ тешко би могло да буде озакоњено у одговарајућој парламентарној или другој процедури, а још мање да буде искрено друштвено прихваћено као адекватно уређење одређеног спорног питања, у смислу Хартовог (*Hart*) правила признавања, као у унутрашњем праву.<sup>23)</sup> У таквим случајевима у помоћ прискаче „меко право“. Тако *soft law* често представља једну врсту логистичке припреме за некакво будуће законодавство и за пресељење жељених, упућујућих, инструктивних норми, у сектор формално обавезујућих. Поред дефиниција које, скоро без изузетка, истичу необавезност као основну особину *soft law*, има и оних који више инсистирају на томе да су *soft law* обавезе створене с очекивањем да ће оне произвести индиректне правне ефекте кроз друге (обавезујуће) изворе, било на међународном или унутрашњем нивоу.<sup>24)</sup> Но, и у том случају, елемент обавезности или необавезности у дефинисању овог појма је неизбежан.

О „меком праву“ се све више говори и пише, јер се, поготово у међународној заједници, оно све чешће употребљава.<sup>25)</sup> То је и разумљиво, јер је *soft law* згодан инструмент, с обзиром на то да је ефективнији од међународног обичаја, за који је потребно време да се устали и стекне правну обавезност или од међународних уговора, за чије је усаглашавање обично потребно много дуготрајног труда са неизвесним крајњим исходом, поготово у погледу њихове ратификације. Осим тога, *soft law* оставља државама шири дискрециони простор, а погодно је и за лансирање различитих политич-

23) Видети: G. Dajović, „The Rule of Recognition and the Written Constitution“, *Annals of the Faculty of Law in Belgrade*, 2010, 3, p. 248–264.

24) T. Meyer, „Soft Law as Delegation“, *Fordham International Law Journal*, 2009, 32, p. 890 (доступно и на <http://ssrn.com/abstract=1214422>). Аутор је не само професор права на Универзитету у Џорџији, него и стручњак за нуклеарне претње и глобално право, те очигледно настоји да дефинише *soft law* из угла прагматичног професионалца. Међутим, ни његова дефиниција, коликогод се трудио, ипак није могла да избегне елемент обавезности. Шта више, веома га наглашава: „Меке правне обавезе су оне међународне обавезе које су, иако саме по себи нису правно обавезујуће, створене са очекивањем да ће изазвати некакав индиректни правни ефекат, кроз одговарајуће обавезујуће норме, било међународног или унутрашњег права.“

25) Као што Фукујама препоручује да се политички и економски утицај пре свега треба да врши кроз „меку силу“ (*soft power*), под којом подразумева давање примера, едукацију, давање експертских савета и финансијску помоћ (F. Fukuyama, *America at the Crossroads - democracy, power, and the neoconservative legacy*, Yale University Press, New Haven–London, 2006, p. 186), тако и *soft law* постаје један од омиљених механизма за различите врсте вишеслојних утицаја.

ких и идеолошких пуњења. Већ то довољно објашњава због чега се литература о особинама, дилемама, разликама и интеракцији „тврдог“ и „меког“ права веома умножила, у покушају да се овај феномен боље осветли из различитих углова, па и теоријског. Јављају се и покушаји класификовања различитих праваца размишљања о „меком праву“, као што су позитивистички, рационалистички и конструктивистички.<sup>26)</sup> Позитивистички оријентисани аутори јасно указују на то да „меко право“ у суштини није право, јер је правно необавезујуће, Марфи (*Murphy*) би рекао да је оно оксиморон,<sup>27)</sup> да обавезе које из њега проистичу нису ни „меке“ ни „тврде“, јер оне уопште нису право.<sup>28)</sup> Многи од њих додатно истичу да се ипак оно не сме занемарити, јер се може користити као одскочна даска за „тврдо“, класично право, те да на тај начин не-право може да прераста у право. Рационалисти, мање критички расположени, тврде да државе могу бирати између инструмената једног и другог „права“, зависно од нивоа спремности да промовишу одређено решење. Они су уверени да и „меко“ и „тврдо“ право могу бити од користи државама у зависности од прилика, тако да ни једно од њих није супериорно само по себи, те да без проблема могу упоредо функционисати.<sup>29)</sup> Као аргумент у корист „меког права“ често наводе и чињеницу да оно „мање кошта“ и мање угрожава државни суверенитет. Конструктивисти, најзад, истичу да је „меко право“ веома погодан механизам за усклађивање односа међу државама

26) Поменути класификацију ставова нуде G. Shaffer, M. A. Pollack, „How Hard and Soft Law Interact in International Regulatory Governance: Alternatives, Complements and Antagonists“, *Society of International Economic Law Online Proceedings Working Paper*, No. 45/2008, p. 2, доступно на <http://www.ssrn.com/link/SIEL-Inaugural-Conference.html>. Ови аутори спадају међу оне који релативизују превише оптимистички поглед на идилични однос *hard* и *soft law* и на очекиване користи које пружају „меки“ механизми, указујући на могуће дубље слојеве неслагања оних који креирају *soft law*, закључујући да је интеракција између *hard* и *soft law* могућа само под одређеним условима, који у основи зависе од односа снага главних светских фактора, p. 52–53.

27) Међу овим ауторима истиче се и A. D'Amato, „International Soft Law, Hard Law, and Coherence“, *Northwestern Public Research Paper*, 2008, No. 08–01, доступно на <http://ssrn.com/abstract=1103915>; J. F. Murphy, *op. cit.*, p. 34. Ту спада и J. Klabbers, „The Redundancy of Soft Law“, *Nordic Journal of International Law*, 1986, 65, p. 181, који истиче да право не може бити мање или више обавезујуће („law can't be more or less binding“), као и многи други заговорници бинарног, или/или дефинисања.

28) P. Weil, „Toward Relative Normativity in International Law“, *American Journal of International Law*, 1983, 77, p. 413: „these obligations are neither soft law nor hard law: they are simply not law at all“. Опомена о „релативној нормативности“ међународног права коју је Проспер Вејл у том тексту изрекао пре толико година, данас је добила на актуелности, пошто је снажно потврђена у пракси.

29) Гузман тврди да се државе из разлога рационалности опредељују за *soft law*, A. Guzman, „The Design of International Agreements“, *The European Journal of International Law*, Vol. 16, 2005, 4, p. 591. О разлозима због којих *soft law* обично добија предност, видети и: A. T. Guzman, T. L. Meyer, „International Soft Law“, *Journal of Legal Analysis*, Vol. 2, 2010, 1, p. 171.

и да може битно олакшавати тај важан процес и циљ. За њих је главни критеријум питање ефикасности ових инструмената, а не да ли су формално обавезујући или не и истичу да у одређеним околностима *soft law* може постићи боље резултате у примени него *hard law*, уз подсезање да је скоро целокупно међународно право на одређени начин „меко“.<sup>30)</sup> При том нарочито истичу околност да је *soft law* једини правни инструмент који невладин сектор има на располагању, као и да „меко право“ може послужити као катализатор приликом промена у односима међународног и унутрашњег права. Из тих бројних елаборирања *soft law* дефиниција, произлази и занимљива, у основи тачна категоризација три основне функције „меког права“: као пред-право (*pre-law function*), када *soft law* представља припрему за *hard law*, као додатно право (*law-plus function*), када се *soft law* користи да допуњава или тумачи *hard law*, и као пара-право (*para-law function*), када *soft law* надомешћује непостојеће *hard law*,<sup>31)</sup> уз уобичајену потку да су ова два права комплементарна и да њихова интеракција у основи даје позитивне исходе.

Како Герсен и Познер (*Gersen, Posner*) с правом истичу, *soft law* постаје свеprisутно – од економије и међународног права, до уставног или управног права на националном нивоу. Ипак, нарочито је међународно право његово омиљено станиште, иако се постепено све више увлачи и у унутрашње право.<sup>32)</sup> Област онога што се може назвати *soft law* представљају не само Универзална Декларација о људским правима или Резолуције Уједињених нација, које наводе као пример Герсен и Познер, него све шири круг препорука, протокола, а поготово упутстава или водича (*guidelines*), које најчешће доносе бројне међународне организације, у областима у којима је непогодно, политички преагресивно или очигледно нереално, да се неки циљ постигне кроз класичне, „тврде“ изворе права. *Soft law* норме се нарочито радо користе у Европској унији, поготово од када је у моду ушао тзв. „отворени начин координације“ (*ОМС – open method of coordination*, на пример, у области запошљавања, друштвене инклузије, имиграционе политике, азиаланата, ЛГБТ популације, екологије, образовања, итд.). Наравно,

30) K. W. Abbott, S. Duncan, „Hard and Soft Law in International Governance“, *International Organization*, Vol. 54, 2000, 3, p. 421.

31) A. Peters, I. Pagotto, „Soft Law as a New Mode of Governance: A Legal Perspective“, New-Gov Project No. CIT1-CT-2004-506392, доступно на <http://ssrn.com/abstract=1668531>, 35.

32) Већ сам наслов једног од најпознатијих радова о раширености *soft law* у области уставног права САД, говори довољно јасно о његовом карактеру и значају за унутрашње право, видети: E. A. Young, „The Constitution Outside the Constitution“, *Yale Law Journal*, Vol. 408, 2007, 117.

то за собом повлачи и низ озбиљних практичних и теоријских кон-секвенци и дилема.<sup>33)</sup>

## НАЧЕЛО ЛЕГАЛИТЕТА I/S. ВЛАДАВИНА „МЕКОГ ПРАВА“

На основу до сада реченог, стекао би се утисак да је *soft law* један заиста веома користан инструмент, који уноси потребну динамику и флексибилност у (међународно) право и који омогућава хитрије нормативно реаговање од класичних извора права. Али, на путу ка позитивној оцени „меког права“ испречила се једна велика недаћа, а то је изазов принципа легалитета, па утолико и шире – његове компатибилности са правном државом и владавином права. Дилеме, дакако, не би било када би избор при опцији *soft law* или легалитет (владавина права) могао бити искључив. На једној страни стоје предности које тако изазовно нуде *soft law* механизми уз све своје мане, а на другој опасности које они носе у односу на фундаменталне правне принципе. Да ли је међу њима могућа коегзистенција? По коју цену, и под којим условима?

Предности које нуди „мeko право“ су очигледне и јасно је да је из прагматичних разлога тешко одрећи га се, поготово у условима брзих промена које карактеришу савремени свет. Оно је ту да прискочи у помоћ када постоји потреба за ефикасним и *ad hoc* интервенцијама, оно отвара могућност лакшег деловања у више поступних корака јер се лакше мења, оно је флексибилније (*flexible governance style*), динамичније, рефлексивније, консензуално – и које све епитете *soft law* није добило у расправама о његовим предностима. Оно врши мањи притисак на суверенитет, оставља приличан обим слободе државама у погледу његовог прихватања, а, поврх свега, оно би требало да представља одраз квалитетнијих односа у међународној заједници, који се заснивају на сарадњи, коегзистенцији (само још недостају атрибути „активној, мирољубивој“), демократији, моралу, правди и другим великим начелима

33) M. Dawson, „Soft Law and the Rule of Law in the European Union: Revision or Redundancy?“, *EUI Working Papers RSCAS*, 2009, 24, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, доступно на <http://ssrn.com/abstract=1415003>; D. Trubek, L. Trubek, „Hard and Soft Law in the Construction of Social Europe: The Role of the OMC“, *European Law Journal*, Vol. 11, 2005, 3, p. 356-361; L. Senden, *Soft Law in European Community Law*, Hart, Portland, 2004; G. Falkner et al., *Complying with Europe: EU harmonisation and soft law in the member states*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, са обиљем примера како функционишу и какве ефекте остварују поједине препоруке и директиве ЕУ у различитим државама чланицама.

и неспорним политичким вредностима.<sup>34)</sup> Најзад, као једна од главних предности у међународним односима најчешће се истиче његова формална необавезност, из које у основи произлази већина наведених погодности које „меко право“ носи са собом (нарочито могућност његовог једностраног напуштања), чиме се начелно, посредно или непосредно, у нуклеусу одбијају приговори да оно нарушава принцип легалитета: напосто, то није обавезујуће право и ко не жели, не мора га примењивати.

Додуше, проблем је ипак знатно комплекснији: *soft law* је у том погледу „пола риба, пола девојка“, златник са две различите стране, идеја са двоструком природом, јер оно у најмању руку представља „квази-право“. Наиме, формална необавезност не значи увек и суштинску необавезност: морални притисак, указивање, опомена, прекор, „прозивка“ и срамоћење („*naming and shaming*“), очекивање, условљавање, па и претња, додељивање или ускраћивање помоћи и сви они ванправни инструменти санкционисања који прате непоштовање обичајних или моралних норми, у међународним односима делују са још већом силином и итекако утичу на понашање субјеката којима су упућене. Уосталом, контрола над друштвом се од вајкада остваривала не само кроз инструменте правног регулисања, него и помоћу алтернативних механизма уређења друштвених односа који нису за собом повлачили непосредну правну обавезност, а који су се често показивали моћнијим и од самог права. Тиме се, само у још израженијем облику, враћамо на стари Хартов општи проблем легалитета међународног права, које, према његовом мишљењу, по форми, иако не и по садржини, подсећа на једноставне режиме првобитног обичајног права. Уколико постоји већи степен кохезије једне заједнице, утолико ће се *soft law* у њој лакше установљавати и примењивати. Има мишљења да је, управо због тога, постојање *soft law* у ЕУ прихватљивије него у глобалној међународној заједници – због већег степена политичког, друштвеног и културног слагања и лакшег консензуса. Отуд и став да је његово постојање знак не примитивног, већ насупротив томе, зрелог и снажног друштва, у коме није неопходно да све односе регулише право.<sup>35)</sup>

*Soft law* је лакмусов папир за *hard law*, за сагледавање аргумената *pro et contra* и прихватљивости појединих контроверзних

34) Међу најзначајнијим новијим заговорницима *soft law* као извора права у теорији међународног права је свакако и Саманта Бесон, која указује управо на такву, пожељну моралну и политичку заснованост „меког права“, S. Besson, „Theorizing the Sources of International Law“, *Philosophy of International Law* (ed. S. Besson, J. Tasioulas), Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 163.

35) A. Peters, I. Pagotto, *op.cit.*, p. 29.

решења кроз мање болан експеримент *in vivo*; оно је тест њихове пријемчивости и оправданости, али и релативно безбедан оглед, јер је од њега по потреби лакше одустати и напустити га, без оног степена ризика који са собом носи друштвена и политичка одговорност за промашаје и решења у „тврдом праву“. У односу на међународне уговоре и друге изворе права, помоћу *soft law* приступа лакше се долази до норме: с обзиром на то да су у питању *ad hoc* и необавезујуће регуле, избегава се вето појединих учесника, због чега се иначе процедура међународног нормирања може оtezати у недоглед. Имајући све то у виду, *soft law* се показује као демократски и напредан метод нормирања, који представља веома отворен концепт, код кога знатно лакше долазе до изражаја различита вредносна пуњења и циљеви, попут демократије, људских права, екологије, итд., која нису спорна у зрелом и демократском систему.

Али, на тој тачки се увелико долази до друге стране медаље, због чега *soft law* један аутор назива смоквиним листом за силу. „Стварањем несигурности, *soft law* концепт доприноси дробљењу целокупног правног система. Када се једном политички или морални обзири увуку у право, оно губи своју релативну аутономију од политике или морала, и тако постаје ништа више до смоквин лист за силу... Другим речима: уколико не инсистирамо на томе да се право може стварати само кроз процедуре које су саме створене да би регулисале настанак права, норме које би из тога произишле, без обзира на то колико су племенито замишљене, увек ће остати сумњиве... морамо инсистирати на одређеном степену формализма, јер је управо формализам тај који нас штити од арбитрерности силе.“<sup>36)</sup> Или, речима Дине Шелтон (*Dinah Shelton*), ауторке и уреднице једне од водећих новијих књига о овој теми, *soft law* уопште и није право, него политика.<sup>37)</sup>

Тако у најоштријем и најсажетијем облику гласи оптужба против *soft law*. Опасности које оно доноси првенствено, дакле, произлази из дисперзије нормативног ауторитета, још већег замаљивања истинског изворишта правне норме него што је то слу-

36) J. Klabbers, „The Undesirability of Soft Law“, *Nordic Journal of International Law*, 1998, 67, p. 381–391.

37) D. L. Shelton, „Soft Law“, *The George Washington University Law School Public Law and Legal Theory Working Paper*, No. 322, p. 1, доступно на <http://ssrn.com/abstract=1003387>; поред већ поменуте књиге D. Shelton, *Commitment and Compliance* (2000), овде ваља указати и на њен веома инструктиван прилог, у коме излаже два могућа приступа појму *soft law*: „бинарни“ (норме су обавезујуће или необавезујуће, што искључује *soft law* као логичку контрадикцију) и „континуум“ приступ (који подразумева могућност степеновања нормативности, што дозвољава утемељење „меког права“), видети: D. Shelton, „International Law and ‘Relative Normativity’“, *International Law* (ed. M. Evans), Oxford University Press, Oxford, 2003, p. 167.

чај код „класичне“ међународне владавине права која се остварује кроз устаљене механизме међународних уговора и декларација (за које је већ толико пута речено да су бременита оптерећењима) и могућег идеолошког и интересног пуњења. Већи степен деперсонализације творца правне норме води ка већем волунтаризму, па и могућој склоности ка експериментисању приликом нормирања, као и промовисању партикуларних политичких, економских и других интереса. А деперсонализовање оних који креирају *soft law* добрим делом их ослобађа од одговорности за могуће исходе. За нормирање у унутрашњем праву политичку одговорност снесе, у крајњој линији, чланови парламента и партије на власти, док је за *soft law* одговорна релативно имагинарна међународна заједница. Из тих разлога, оно лако може одиграти улогу Тројанског коња у промовисању партикуларних политичких и идеолошких циљева одређених међународних субјеката, који се тестирају кроз *soft law* – па, речено неакадемским речником, ако прође – прође.

Осим тога, деловање, односно стављање у изглед једног облика дифузних санкција које могу произлазити из „меког права“, иако је оно начелно необавезно, нарочито је присутно када су у питању међународни субјекти неједнаке фактичке политичке снаге и степена рањивости. Неку препоруку коју једна чланица ЕУ не мора безусловно да примењује, земља кандидат за пријем ће по свој прилици прихватити, јер се то од ње то очекује или се чак тиме и непосредно условљава. И не само то. Чак и у окриљу ЕУ један број земаља здушно прихвата и спроводи *soft law* норме, док их неке друге због унутрашњих разлога и политичких интереса неадекватно примењују, а треће их свесно занемарују.<sup>38)</sup> Све то, дакако, води ка озбиљним недостацима на терену правне сигурности, па и у погледу принципа једнакости и низа других неспорних вредности које представљају темељ владавине права. Трагајући за објашњењем због чега се *soft law* користи тако радо и тако често, један аутор без много устегања примењује да *soft* правне норме могу лакше одговорити (једностраним) потребама појединих држава или једне групе држава,<sup>39)</sup> али и тренутно преовлађујућим вредносним изборима који су, треба ли то посебно истицати, променљиви. Утолико *soft law* може, знатно лакше и прикривеније него „тврдо право“, представљати механизам инструментализације појединачних интереса, а не идеалистички замишљен плод консензуса једног хармоничног

38) G. Falkner *et al.*, *op. cit.*, p. 201 и даље. Аутори ове три врсте понашања држава чланица ЕУ у односу на *soft law* дефинишу као *a world of law observance, a world of domestic politics* и, најзад, *a world of neglect*, p. 321.

39) T. Meyer, *op. cit.*, p. 893.

и зрелог тоталитета. *Soft law* постаје не само предворје за неку будућу „тврду“, „праву“ правну норму, него све више може постајати и њен супститут.

Велики изазов представља и тенденција „очвршћавања“ меког права, ако не баш експлицитним преузимањем у обавезујућим међународним документима, оно макар постепеним прерастањем у обичај. У најзаоштренијем облику феномен „очвршћавања“ меког права се манифестује приликом његовог пресељења из међународног у унутрашње правне системе, где *soft law* препоруке (у основи са консензуалним политичким извориштем који остварују најмоћнији актери на међународној сцени, на различитим нивоима и локацијама) непосредно упливишу класична, тврда, законска нормативна решења унутрашњег права и од необавезујућих међународних, постају обавезујуће унутрашње норме.<sup>40)</sup> На тај начин *soft law* може стећи и формални легалитет (на унутрашњем нивоу), мада га у суштини никада није имало у својој колевци – на међународном плану. Наравно, тешко да је уопште потребно истицати до које мере је тако замишљен механизам могућег „очвршћавања“ меког права даје ветар у леђа процесима правне глобализације, са свим његовим предностима и манама, али и релативизовању принципа легалитета.

Због тога би, у крајњој линији, шире коришћење *soft law* водило ка озбиљнијој потреби да се реформулише принцип легалитета, јер оно уноси извешан степен нормативне флексибилности, па – зашто не рећи без много околишења – и извешан степен могућег нормативног волунтаризма. Ово утолико пре јер, с обзиром на њихов необавезујући карактер, *soft law* норме измичу сваком облику контроле уставности и законитости. Утолико се кроз њих у одређеној мери начелно отвара простор за прилично неконтролисано измештање права на терен политике, економије, па и науке, односно измештање процеса креирање норми у бирократско-технократско-експертске кругове који немају демократски потврђен легитимитет.<sup>41)</sup> У покушајима да се помире *soft law* и принцип легалитета, јављају се гласови да је потребно развијати нове концепције легалитета, с обзиром на његова ограничења у пост-на-

40) На сличном су фону и размишљања D. Shelton, „Soft Law“, p. 2.

41) Занимљиво је да је тога у доброј мери свестан и Европски парламент, који прилично јасно заузима став према ОМС и „меком праву“ у једној својој резолуцији из 2007. године, у којој без много устезања указује да је то „правно дубиозна“ тенденција која функционише без довољно парламентарног учешћа, и због које може доћи до конфузије и несигурности у области у којој би јасноћа и правна извесност требало да имају превагу, видети: *European Parliament Resolution on the institutional and legal implications of the use of soft law instruments*, No. 2007/2028 (INI), Point N.

ционалном окружењу, која ће обезбедити потребан баланс између динамизма и стабилности. „Ако се међународно право не уклапа у појам права како се оно дефинише у унутрашњем праву, то не мора бити проблем легалитета (само) међународног права, већ (такође) проблем самих критеријума и, утолико, постојеће правне теорије“<sup>42)</sup> вели Твининг (*Twining*) говорећи о међународном праву уопште, што се *mutatis mutandis* још више односи на *soft law*. Један други аутор томе додаје да се легалитет не штити разводом између права и друштвеног окружења и потреба, него покушајима да се зависност права од националног и функционалног контекста у коме ће се примењивати, користи у смислу јачања респонзивних и легитимних облика доношења одлука у будућности.<sup>43)</sup> Дакле, легитимитет испред легалитета.

Све је то прилично опасно за владавину права, која је већ сама по себи прилично рањива, а то поготово постаје када се опасности умножавају њеним издизањем на међународни ниво. С друге стране, *soft law* је реалност од које се не може побећи, и која ће по свој прилици даље ширити своје домете, све више прерастајући у сурогат класичног права (*hard law*) и која несумњиво има извесне предности, због којих га државе и прихватају.<sup>44)</sup> Али, стално упозоравајуће теоријско преиспитивање колико је у међународном контексту угрожено начело легалитета, а колико је могућа његова компатибилност са *soft law*, до које је мере *soft law* у конфликту са начелом владавине права, представља један од важних задатака теорије права, уколико уопште неко још увек верује да се Познерова (*Posner*) скоро пророчанска мисао о „опadaњу права као аутономне дисциплине“ може релативизовати.<sup>45)</sup> *Soft law* и „омекшавање права“, у својој целокупности – почев од спорности његовог материјалног извора до начина његове примене и његових последица – представља важан ексер у ковчегу класичног начела легалитета, какво је оно било већим делом XX века (што не значи да и оно само уопште не треба да се прилагођава новим условима). С друге стране, скоро је немогуће, а и нецелисходно, сасвим се одрећи предности које може доносити *soft law*, наравно све у зависности од начина његовог коришћења, што се у крајњој линији своди на нео-

42) W. Twining, *Globalization and Legal Theory*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, p. 50. Видети и: D. Georgiev, *op. cit.*, p. 1–14.

43) M. Dawson, *op. cit.*, p. 15–16.

44) A. T. Guzman, T. L. Meyer, *op. cit.*, p. 171 наводе четири главна разлога због којих државе користе *soft law*, мада би та листа могла бити знатно дужа.

45) R. Posner, „The Decline of Law as an Autonomous Discipline“, *Harvard Law Review*, 1986, 100, p. 761.

пходност да се у сваком поједином случају валоризују оправданост и користи увођења *soft law* норми у одређену област регулисања. Све у свему, другим речима, и овај феномен би морао подлегати неком облику *costs and benefits* анализе, која у основи представља не само прагматично питање на нивоу појединих случајева, него поприма и општији, теоријски значај.

Због тога је један од нових изазова ХХI века свакако теоријско репозиционирање начела легалитета у односу на међународно право, јер правна теорија мора да узме у обзир нову правну реалност да унутрашњи поредак није више самодовољан нити изолован од међународног (поготово имајући у виду и *soft law*), те да питање легалитета сагледава на холистички и интегративан начин. Приликом таквог редефинисања принцип (међународне) владавине права мора бити један од кључних беоцуга, јер је и сам појам правне државе доживео последњих деценија преображај, селећи се из првенствено правног, у политички дискурс.<sup>46)</sup>

Као неизбежни угрожавајући фактор међународне владавине права, као и владавине права у унутрашњем праву, појављује се економско, политичко и друга вредносна оптерећења, због чега је „опадање права као аутономне дисциплине“ у међународном контексту још више присутно. У том окружењу, *soft law* се појављује као једна од најизраженијих опасности у односу на принцип легалитета и владавину права, као и на друге његове суштинске градивне елементе – нарочито, могућим нарушавањем принципа једнакости, а још више правне сигурности, пре свега због неуједначеног степена нормативности. Опасност је утолико већа, јер *soft law* норме, у начелу, формално не нарушавају те основне принципе (с обзиром на то да су формално необавезујуће), али изазивају ефекте као да то јесу (и то *erga omnes*!), а да уз све то не постоје познати механизми њиховог ограничавања и контроле, којима је подвргнуто „тврдо“ право. Упоредо с тим, остварује се преливање опасности које носи међународна владавина права на владавину права у унутрашњем праву. Али, све то истовремено мора представљати стимуланс за промене и нова теоријска промишљања како да се разреши супротстављеност „меког права“ и начела легалитета, јер би било неупутно због оваквих, додуше веома озбиљних ограничења, сасвим се одрећи предности које нуди *soft law*.

46) То је једна од основних теза у изванредној књизи J. Chevallier, *L'Etat de droit*, Montchrestien, Paris, 2003.

## Dragutin Avramovic

### BY „SOFTENING THE LAW“ TOWARDS INTERNATIONAL RULE OF LAW?

#### Summary

In this paper the author analyses possibility of elevating the rule of law concept to international level. Considering its flexibility and the fact that it is an open ended phenomenon, the rule of law becomes more and more disputable, especially when it is displaced from national to international context. Although the term of international rule of law is usually taken for granted, it is arguable if rule of law could even exist in international law environment, regarding the lack of standard sanction mechanisms, overall infrastructure of global law, belief that the international law does not have full legal obligation and specificity of its legal sources. The author emphasizes that spreading of soft law concept, which is most commonly used in international law, becomes true challenge for rule of law, especially for the principle of legality. Although soft law consists of formally not binding legal norms, it has very strong impact on national governments and general public. Main characteristic of soft law, like flexible governance style, is tendency to its transformation into hard law. That way soft law leaves space for discretion and political influence, and in the same time tends to become formally obliging.

Key words: *Soft Law, International Rule of Law, The Principle of Legality, Thick Rule of Law, Thin Rule of Law.*

#### ЛИТЕРАТУРА

- Abbott, W. K., Duncan, S., „Hard and Soft Law in International Governance“, *International Organization*, Vol. 54, 2000, 3.
- D’Amato, A., „International Soft Law, Hard Law, and Coherence“, *Northwestern Public Research Paper*, 2008, No. 08–01, доступно на <http://ssrn.com/abstract=1103915>;
- Andrews, R. D., „International Rule of Law Symposium: Introductory Essay“, *Berkeley Journal of International Law*, Vol. 25, 2007, 1.
- Аврамовић, Д., „Један нови поглед на владавину права“, *Правни живот*, 2009, 14.
- Аврамовић, Д., „Владавина права и правна држава – истост или различитост?, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 2010, 3.
- Begović, B., Hiber, D., „EU Democratic Rule of Law Promotion: The Case of Serbia“, *Working Paper, Center on Democracy*.

- Besson, S., „Theorizing the Sources of International Law“, *Philosophy of International Law* (ed. Besson, S., Tasioulas, J.), Oxford University Press, Oxford, 2010.
- Besson, S., Tasioulas, J., *Philosophy of International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2010.
- Bishop, W. W., „The International Rule of Law“, *Michigan Law Review*, 1961, 51.
- Buchanan, A., „From Nurnberg to Kosovo: The Morality of Illegal International Law“, *Ethics*, Vol. 111, 2001, 4.
- Carothers, T., *Promoting the Rule of Law Abroad: The Problem of Knowledge*, Carnegie Endowment for International Peace, Washington DC, 2006.
- Chesterman, S., „An International Rule of Law?“, *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*, 2008, Paper 08–11, <http://ssrn.com/abstract=1081738> (*American Journal of Comparative Law*, Vol. 56, 2008, 2).
- Chevallier, J., „État de droit et relations internationales“, *Annuaire Français des relations internationales*, 2006.
- Chevallier, J., *L'Etat de droit*, Montchrestien, Paris, 2003.
- Dajović, G., „The Rule of Recognition and the Written Constitution“, *Annals of the Faculty of Law in Belgrade*, 2010, 3.
- Dawson, M., „Soft Law and the Rule of Law in the European Union: Revision or Redundancy?“, *EUI Working Papers RSCAS*, 2009, 24, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, доступно на <http://ssrn.com/abstract=1415003>.
- Falkner, G. et al., *Complying with Europe: EU harmonisation and soft law in the member states*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005.
- Fukuyama, F., *America at the Crossroads - democracy, power, and the neoconservative legacy*, Yale University Press, New Haven–London, 2006.
- Gersen, E. J., Posner, A. E., „Soft Law“, *Public Law and Legal Theory Working Paper*, No. 213, The University of Chicago Law School, <http://www.law.uchicago.edu/academics/publiclaw/index.html>.
- Georgiev, D., „Politics or Rule of Law: Deconstruction and Legitimacy in International Law“, *European Journal of International Law*, 1993, 4.
- Guzman, A., „The Design of International Agreements“, *The European Journal of International Law*, Vol. 16, 2005, 4.
- Guzman, T. A., Meyer, L. T., „International Soft Law“, *Journal of Legal Analysis*, Vol. 2, 2010, 1.
- Харт, Х., *Појам права*, ЦИД, Подгорица-Цетиње, 1994.
- Kelsen, H., *Principles of International Law*, Rinehart, New York, 1952.
- Klabbers, J., „The Redundancy of Soft Law“, *Nordic Journal of International Law*, 1986, 65.
- Klabbers, J., „The Undesirability of Soft Law“, *Nordic Journal of International Law*, 1998, 67.
- Koskenniemi, M., „Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties“, *Leiden Journal of International Law*, 2002, 15.
- Koskenniemi, M., *From Apology to Utopia; the Structure of International Legal Argument*, Lakimieslito Kustannus, Helsinki, 1989.
- Лукић, Р., *Увод у право*, Научна књига, Београд, 1961.
- Meyer, T., „Soft Law as Delegation“, *Fordham International Law Journal*, 2009, 32, (доступно и на <http://ssrn.com/abstract=1214422>).

- Meyler, A. B., „Economic Emergency and the Rule of Law“, *Cornell Law Faculty Publications*, 2006, Paper 68, [http://scholarship.law.cornell.edu/lrsp\\_papers/68](http://scholarship.law.cornell.edu/lrsp_papers/68).
- Mockle, D. (dir.), *Mondialisation et Etat de droit*, Bruylant, Bruxelles, 2002.
- Murphy, F. J., *The United States and the Rule of Law in International Affairs*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004.
- Peters, A., Pagotto, I., „Soft Law as a New Mode of Governance: A Legal Perspective“, *NewGov Project* No. CIT1-CT-2004-506392, доступно на <http://ssrn.com/abstract=1668531>.
- Posner, R., „The Decline of Law as an Autonomous Discipline“, *Harvard Law Review*, 1986, 100.
- Ракић, Б., „Фрагментација међународног права и европско право – на Западу нешто ново“, *Анали Правног факултета у Београду*, 2009, 1.
- Sadat, N. L., „An American Vision for Global Justice: Taking the Rule of (International) Law Seriously“, *Washington University Global Studies Law Review*, 2005, 4.
- Senden, L., *Soft Law in European Community Law*, Hart, Portland, 2004.
- Shaffer, G., Pollack, A. M., „How Hard and Soft Law Interact in International Regulatory Governance: Alternatives, Complements and Antagonists“, *Society of International Economic Law Online Proceedings Working Paper*, No. 45/2008, доступно на <http://www.ssrn.com/link/SIEL-Inaugural-Conference.html>.
- Shelton, L. D., „Soft Law“, *The George Washington University Law School Public Law and Legal Theory Working Paper*, No. 322, доступно на <http://ssrn.com/abstract=1003387>;
- Shelton, D., „International Law and ‘Relative Normativity’“, *International Law* (ed. Evans, M.), Oxford University Press, Oxford, 2003.
- Shelton, D., „Introduction: Law, Non-Law and the Problem of ‘Soft Law’“, *Commitment and Compliance: The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System* (ed. Shelton, D.), Oxford University Press, Oxford, 2000.
- Симовић, Д., Фира, А., *Институционални оквир Европске уније након Лисабонског уговора*, Факултет за услужни бизнис, Сремска Каменица, 2008.
- Tamanaha, Z. B., *On the Rule of Law: History, Politics, Theory*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004.
- Trubek, D., Trubek, L., „Hard and Soft Law in the Construction of Social Europe: The Role of the OMC“, *European Law Journal*, Vol. 11, 2005, 3.
- Twining, W., *Globalization and Legal Theory*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000.
- Wade, H.W.R., *Administrative law*, Oxford University Press, New York, 1982.
- Waldron, J., „The Rule of International Law“, *Harvard Journal of Law and Public Policy*, Vol. 30, 2006, 1.
- Weil, P., „Toward Relative Normativity in International Law“, *American Journal of International Law*, 1983, 77.
- Young, A. E., „The Constitution Outside the Constitution“, *Yale Law Journal*, Vol. 408, 2007, 117.
- Zangl, B., „Is there an emerging international rule of law?“, *European Review*, 2005, 13.

## Resume

Considering that rule of law is an open-ended phenomenon, along with problems arising out of its application in national legal system, the author analyses multiplied consequences in elevating rule of law concept to international level. Likewise a continental concept of legal state (*Rechtstaat*), rule of law is a flexible and double faceted notion – being a principle with its formal and substantial elements. Therefore two new terms appear in contemporary angloamerican terminology attempting to achieve more precise definition. The notion of *thick rule of law* takes into account its moral and value components, positing rule of law as a very core of a just society, being connected to liberty and democracy, having consequently a substantial character. The second notion, defined as *thin rule of law*, is more formally oriented towards technical and procedural aspects of rule of law. That division is taken as a ground for theoretical shaping and understanding international rule of law, a bit differently than its perception in national law.

Although very notion „international rule of law“ is usually taken for granted, it is arguable if rule of law could even exist in international law environment, regarding the lack of standard sanction mechanisms, overall infrastructure of global law, belief that the international law does not have full legal obligation and specificity of its legal sources. The author therefore points to the role of „soft law“ concept, which is in expansion, being used to overcome those objections. Its wide and extensive use in international law becomes true challenge for rule of law, especially for the principle of legality. The author admits that soft law has some advantages, as it is less formal, very flexible, easier and less costly to negotiate, provides greater elasticity for states, offers more opportunity to regulate some sensitive issues, etc. However, although soft law consists of formally not binding legal norms, it has very strong impact to national governments and politics, and particularly to national legislations. Along with it, main characteristic of soft law, similarly to flexible governance style, is tendency to its transformation into hard law. Using different less formal instruments like recommendations, protocols, guidelines. etc. in defining norms, soft law leaves space for discretion and political influence, providing for a variety of informal international sanctions that work quite well, starting with easy forms of expectations, warnings, „naming and shaming“, ending with a more open pressure by conditioning, taming, refusing (or granting) financial and other forms of aid, etc. - in a word, using many extra-legal mighty instruments to enforce a soft law norm. In the same time it tends not only to be transformed into „hard law“, but to become its substitute. This is why soft law becomes an important new challenge

for international rule of law, particularly for the principle of legality as one of its basic features and stable normative expectations. Dispersion of normative authority leaves a wide space for (often well hidden) particular political and ideological goals and influences. Therefore, the legal theory is obliged to find a middle path how to solve the problem of legality, not simply by refusing soft law as an instrument, as it may evidently be useful.

---

\* Овај рад је примљен 23. маја 2011. године а прихваћен за штампу на састанку Редакције 20. јуна 2011. године.