



NOVA  
UNIVERZA

**DIGNITAS**

**Revija za človekove pravice**

**Slovenian journal of human rights**

**ISSN 1408-9653**

Obvezno sojenje kot nujen element prava

Mario Kresić

**Article information:**

To cite this document:

Kresić, M. (2018). Obvezno sojenje kot nujen element prava, Dignitas, št. 55/56, str. 237-259.

Permanent link to this document:

<https://doi.org/10.31601/dgnt/55/56-12>

Created on: 07. 12. 2018

To copy this document: [publishing@nova-uni.si](mailto:publishing@nova-uni.si)

**For Authors:**

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

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



© Nova univerza, 2018



NOVA  
UNIVERZA

FAKULTETA ZA SLOVENSKE  
IN MEDNARODNE ŠTUDIJE



NOVA  
UNIVERZA

EVROPSKA PRAVNA  
FAKULTETA



NOVA  
UNIVERZA

FAKULTETA ZA DRŽAVNE  
IN EVROPSKE ŠTUDIJE

---

# Obvezatno pravosuđenje kot nužan element prava

---

*Mario Krešić<sup>1</sup>*

---

## 1. Uvod

U objašnjenju fenomena prava, teorija prava se usmjerila na razmatranje nacionalnog prava, a samo usputno referirala na međunarodno pravo. Pri tom je koncept pravosuđenja i sudova često zanemaren.<sup>2</sup> S obzirom da su međunarodni odnosi specifični, postavlja se pitanje nije li opis prava koji je izvorno oblikovan za nacionalno pravo možda u svom opisu obuhvatio nešto što nije primjenjivo za međunarodno pravo. S druge strane postavlja se pitanje jeli moguće primijeniti koncepte nastale na temelju opisa nacionalnog prava i na međunarodno pravo, odnosno postoji li neki minimalni zajednički sadržaj za oba fenomena, to jest radi li se o istom fenomenu. Ovo istraživanje polazi od intuitivne pretpostavke da je upravo pravosuđenje taj minimalni koncept kojim se može objasniti pravo općenito. S obzirom na to, dobra polazna osnova za istraživanje se može pronaći u konceptualnom okviru nastalom od teoretičara prava koji smatraju da je pravo institucionalni fenomen. Unutar tog okvira posebno je korisno ispitati teoretske postavke koje ističu posebnu, a neke i presudnu ulogu pravosuđenja za pravo.<sup>3</sup> Najcjelovitije objašnjenje centralnog mjesta pravosuđenja za pravo pružio je Joseph Raz kroz svoju teoriju sustava. Raz je pri tom izgradio svoj teoretski model na temeljima znanstvenih uvida nekih drugih autora, a posebno na podlozi onih pravnih filozofa za koje tvrdi da pripadaju posebnom teoretskom pravcu karakterističnom

---

<sup>1</sup> Pravni fakultet u Zagrebu, Evropska pravna fakulteta v Novi Gorici, Mariokresic3@gmail.com.

<sup>2</sup> "Neobično je koliko malo ima o sudovima u konceptualnim ocjenjivanjima prava prezentiranim u modernoj pozitivističkoj jurisprudenciji." Waldron, Jeremy, „The Rule of Law and the Importance of Procedure”, u „Getting to the Rule of Law“, ur. Fleming, James E., str.12.

<sup>3</sup> Suprotno ovakvom teoretsku pristupu ostali bi oni teoretski pokušaji koji smatraju da za pojam prava nisu potrebne nikakve institucije.

---

po isticanju „primjene prava“<sup>4</sup> kao ključa za shvaćanje pravnog fenomena. Uvidi ovih autora svakako zaslužuju kritičku analizu u traženju krojena ideje o važnosti koncepta pravosuđenja za pravo. Pravosuđenje se koristilo kao važan koncept, ne samo za rješavanje sustavno-teoretskih pitanja u užem smislu, već i za analizu prava kao psihosocijalnog fenomena te za istraživanje vrijednosnih aspekata prava. Pri daljnjem istraživanju koncepta pravosuđenja polazimo od dvije postavke od kojih je jedna metodološka, a druga sadržajna. Prva postavka tvrdi da je za potpuno razumijevanje koncepta pravosuđenja potrebno obuhvatiti sva tri navedena aspekta poimanja pravosuđenja. Pri tom se ne tvrdi da pojedini autori koriste isključivo jedan aspekt. Zaista pojedini autori iako pretežito promatraju kroz jednu prizmu, u svojim teoretskim razmatranjima često uključuje i ostale aspekte. Međutim bilo bi korisno snimiti jasniju sliku o znanstvenim zagonetkama specifičnim za svaki pojedini kut gledanja i zatim sagledati sliku o pravosuđenju u cjelini<sup>5</sup>. Druga postavka se odnosi na nužnost jednog obilježja pravosuđenja za pravo, koje u dosadašnjim radovima nije posebno isticano. Razlozi za takav propust mogu potjecati iz različitih stavova prema tom obilježju: ili teoretičari nisu uopće smatrali takvo obilježje bitnim za pravo ili su ga prešutno podrazumijevali. Radi se o obvezatnosti pravosuđenja. Dok se za nacionalno pravo uopće ne postavlja pitanje mora li sadržavati pravosuđenje s obilježjem obvezatnosti, u međunarodnom pravu ovo je pitanje ostalo otvoreno u pravno-teorijskim i političkim raspravama<sup>6</sup>. Uvodno odmah postavljamo i radnu definiciju kojom se može odrediti stanje prava u kojem je pravosuđenje obvezatno. Obvezatnost pravosuđenja znači da u normativnom sustavu,

<sup>4</sup>Raz je ukazao na zajedništvo nekih autora vezano za pristup pitanju oko identiteta pravnog sustava. U ovu grupu je svrstao Hollanda, Graya, Salmonda, Holmesa, Llewellyna, Harta i samog sebe. „...što nam je svima zajedničko jest naglasak na organima primjene prava u našem kriteriju identiteta pravnog sustava.“ Raz, Joseph, „The Authority of Law“, Oxford University Press, New York, 1979, str. 89. Svakako da bi se u grupu teoretičara koji su istakli različite aspekte pravosuđenja kao bitne elemente prava mogli svrstati i neki drugi autori, primjerice Ross.

<sup>5</sup>Ovakvo promišljanje je na tragu integralne teorije prava. Pregled bitnih obilježja ove teorije može se pronaći u - Visković, Nikola, „Teorija države i prava“, CDO Birotehnika, Zagreb, 2006. Prema Viskoviću „teoretičari integralisti vide u pravu jedan poseban društveni proces gdje su objektivne (biološke, ekonomske, spolne i dr.) osnove međuljudskih odnosa, vrijednosni stavovi i normativna svijest do te mjere međuovisni da nijedan od tih sastojaka ne može biti spoznat, a ni praktički ovladan, ako se izdvoji od drugih... Pristaše integralnog shvaćanja prava ističu činjenicu, koja je nesumnjivo takva, da se dogmatski, normativistički i sociološki pozitivisti najviše griješili zanemarivanjem vrijednosnog aspekta prava.“ (Ibid., str. 112)

<sup>6</sup>Pravno-teorijske rasprave su važne za praktična pitanja. Kako je to istako Raz: „Jurisprudencija nastoji unaprijediti naše razumijevanje prava, i na jedan ili drugi način, koliko god iz daljine ili neizravno, unaprijedeno razumijevanje prava je povezano s učinkom na djelovanje prava i pomoći pravnim praktičarima.“ (Raz, op.cit. bilj. 3, str. 82). Ovdje možemo dodati da razumijevanje prava ima jednak utjecaj na političke rasprave o institucionalno uređenju društva.

društvu i zajednici (ovisno o aspektu gledanja) postoji a) ovlaštenje svakog subjekta sustava, pojedine osobe u društvu, odnosno člana zajednice da pokrene proces pravosuđenja uvijek kad želi na takav način riješiti spor s drugim subjektom, pojedincem odnosno članom zajednice ili b) ovlaštenje određenog posebnog organa koji iz pozicije sustava, društva i zajednice može pokrenuti proces pravosuđenja kad za to postoji normom definiran interes. Naravno, uvjet je ispunjen ako postoje oba rješenja, dakle i pojedinačno ovlaštenje i poseban organ za pokretanje postupka.

## 2. Normativno-sustavni način gledanja na pravosuđenje

Pravo i pravosuđenje mogu se razmatrati kroz prizmu sustava normi. Ovakav model promatranja dijeli određene zajedničke postavke s teorijom sustava općenito. Kao i svaki sustav, pravni sustav sadrži određene elemente međusobno povezane u cjelinu i proizvodi određene rezultate kroz definirane procese sustava (output), sukladno zadanim ulaznim podacima (input). Elementi pravnog sustava su norme: s jedne strane norme koje predstavljaju opće standarde za ponašanje subjekata sustava i s druge strane norme koje definiraju procese za proizvodnju rezultata sustava. Prva vrsta normi naziva se u teoriji „primarnim normama“, „normama ponašanja“ dok se druga vrsta normi naziva sekundarnim normama, „normama nadležnosti ili procesa“<sup>7</sup> koje zajedno čine cjelinu prava<sup>8</sup>. Sekundarne norme u sustavu čine pravni sustav institucionalnim za razliku od nekih normativnih sustava koji to nisu upravo zato jer sadrže samo primane norme<sup>9</sup>. Rezultat koji proizvodi sustav su: nove opće norme kao standardi ponašanja nastale kroz proces stvaranja prava i pojedinačne norme za ponašanje u konkretnim slučajevima nastale kroz proces primjene prava referirajući se na opće standarde ponašanja („sadržaj prava“).

<sup>7</sup> Hart koristi nazive „primarne“ i „sekundarne“ norme. Ross koristi nazive „norme ponašanja“ i „norme nadležnosti i procesa“. Zanimljivo, za međunarodno pravo, Ross radi detaljniju razdiobu na: preliminarna pravila sposobnosti za prava i obveze, „centralna pravila međuodnosa“, sekundarna pravila koja se odnose na kršenje prava i odgovornost i tercijalna pravila za rješavanje sporova i utvrđivanje odgovornosti.

<sup>8</sup> Pravo je prema Hartu jedinstvo primarnih i sekundarnih normi. Sekundarne norme su: norma prepoznavanja, norma promjene i norma pravosuđenja. Hart, „The Concept of Law“, Oxford University Press, New York, 1994. 81.

<sup>9</sup> Prema Hartu, međunarodno pravo nije pravni sustav zato jer mu nedostaju sekundarne norme promjene i pravosuđenja, te pravilo prepoznavanja sekundarnih normi koje specificira „izvore“ prava i osigurava opće pravilo za identifikaciju svojih pravila. (Ibid., str. 214.)

Pri stvaranju i primjeni prava važne su norme koje određuju kriterije za utvrđivanje trenutnog sadržaja prava<sup>10</sup>. S obzirom da stvaranje prava logički prethodi njegovoj primjeni, može se reći da je krajnji rezultat prava njegova primjena kroz pojedinačne norme. Pri tom, sama produkcija novih normi, sama po sebi ne govori ništa o tome da je pravo primijenjeno u stvarnosti.

## 2.1. Egzistencija pravnog sustava

Pitanje egzistencije pravnog sustava, prema Razu se odnosi na dva pitanja: 1) postoji li pravni sustav u nekom društvu, odnosno 2) ako postoji više pravnih sustava koji od njih egzistira?<sup>11</sup> U nastavku se bavimo prvim pitanjem, i to na temelju Razovog prvog načina definiranja egzistencije sustava kroz traženje odgovora na pitanje: je li neki normativni sustav u društvu pravni sustav. Ovakav pristup definiranja egzistencije, zapravo se može prepoznati kod niza autora za koje možemo reći da dijele slijedeće uvide. Kao prvo, uvid da postoji razlika u konceptu između, s jedne strane pred-pravnih, neformalnih, necentraliziranih i s druge strane pravnih, formaliziranih, institucionaliziranih sustava<sup>12</sup>. Drugo, njihova analiza prava na neki način pretpostavlja neku vrstu normativnosti u društvu<sup>13</sup>. Iz ovoga, intuitivno proizlazi zaključak za koji Raz smatra da je široko prihvaćen u teoriji prava, kako je osnovna pretpostavka postojanja pravnog sustava njegova institucionalnost.<sup>14</sup> Međutim ako i postoji suglasnost oko pitanja institucionalnosti, mogu se postaviti nova pitanja: mora li nužno kako to smatra Raz, biti riječ o centraliziranim organima ili je dovoljno da se radi o formaliziranim procesima i drugo koji su organi ili procesi nužni za pravni sustav? Nadalje, Raz navodi da je kriterij učinkovitosti često spominjan kriterij za postojanje prava. Sam Raz smatra ovaj kriterij sekundarnim iz dva razloga: a) on ne govori ništa o biti prava b)

<sup>10</sup> Hart smatra da postoji jedna norma prepoznavanja, dok Raz smatra da je moguće da postoji više normi prepoznavanja.

<sup>11</sup> Raz, Joseph „The Concept of a Legal System, Oxford University Press, New York, 1970, str. 205.

<sup>12</sup> Hart radi razliku predpravnog i pravnog sustav; MacCormick između formaliziranih i neformalnih sustava; Kelsen između centraliziranih i necentraliziranih sustava.

<sup>13</sup> Hart pretpostavlja da je razvijenom pravu prethodilo neko primitivno društvo koje je imalo primarne norme ponašanja. Normativni karakter prema MacCormicku se odnosi na aspekt korištenja normi u pravu, što znači sposobnost ljudi da koordiniraju aktivnosti kroz zajednički prihvaćene norme. MacCormick, Neil, „Institutions of Law“, Oxford University Press, New York, 2007, str. 20.

<sup>14</sup> „Općenito je prihvaćeno (i od mnogih prirodnih pravnika također) da sustav normi nije pravni sustav osim ako ne postavi institucije presuđivanja odgovornih za reguliranje sporova koji se javljaju kod primjene normi sustava.“ (Raz, op. cit. (bilj. 3), str. 43)

pravna teorija može malo toga reći o ovom kriteriju<sup>15</sup>. Može se pomisliti kako je za odgovor na pitanje egzistencije sustava (u smislu jeli neki normativni sustav pravni sustav), dovoljno utvrditi kako postoji opća privrženost pravnom sustavu. Međutim Raz uviđa da je kriterij privrženosti subjekata pravu (opće prihvaćenosti prava) preopćenit i sam ga je pokušao konkretizirati kroz zahtjevnu listu tema o kojima istraživač mora voditi računa kad ispituje koliko se subjekti sustava pridržavaju prava. Ovdje se mogu postaviti daljnja pitanja. Izlazi li testiranje tako široko shvaćene učinkovitosti iz opsega teorije sustava? Jeli zahtjev za učinkovitosti u smislu opće prihvaćenosti pravila ponašanja uopće potreban da bi se zadovoljio kriterij egzistencije pravnog sustava ili se može razmotriti neki drugi koncept učinkovitosti kojim bi se moglo odgovoriti na pitanje egzistenciju pravnog sustava unutar teorije sustava?

Prema MacCormickovom primjeru, ljudi koji čekaju u redu primjerice za ukrcaj na trajekt, vjerojatno će sami postupati prema nekim normama, primjerice da stanu jedan iza drugog, iako takva norma nigdje nije eksplicitno regulirana<sup>16</sup>. Ono što se čini bitnim u MacCormickovom primjeru jest da nijedan pojedinac ne može nametati bilo kojoj drugoj osobi koja stoji u redu svoje vlastito viđenje kako bi taj red trebao izgledati. Ali u takvom neformaliziranom sustavu normi, može se pojaviti pitanje jeli osoba koja je zaobišla ljude ispred sebe, zapravo prekršila normu. Ukoliko ne postoji formalizirani proces za autoritativno utvrđivanje povrede normi sustava može li se govoriti o pravu u nekoj grupi ljudi? Same konvencije o ponašanju još uvijek ne daju pojedincu pravo da drugom pojedincu nametne viđenje za koje on misli da je ispravno. Samo spontano i sporadično negodovanje nekih osoba koje stoje u redu, još uvijek ne znači nužno da je netko doista prekršio normu ponašanja.<sup>17</sup> Reakcija na neko ponašanje, kojoj nije prethodila od grupe priznata odluka o pravima i dužnostima u konkretnom slučaju, još uvijek može biti slučaj pukog nasilja. Čak ako se i radi o samopomoći ona bi trebala biti naknadno potvrđena takvom

<sup>15</sup> Ibid. str.42.

<sup>16</sup> MacCormick opisuje praksu čekanja u redu kao „interpretativnu praksu“, a red „interpretativnim konceptom“. (MacCormick, op. cit. (bilj. 12), str. 15)

<sup>17</sup> Kelsen je istako razliku između monopola zajednice nad nekom funkcijom i centralizacije. Zajednica primjerice ima monopol nad prisilom kad je ovlastila nekog općom normom da provodi prisilu. Tako smatra Kelsen, zajednica ima monopol nad prisilom kad je pravnim načelom dopustio samopomoć u primitivnom društvu. Pri tom zajednica ne mora imati i centralizirani organ da provodi prisilu. Kelsen, Hans, „Peace Through Law“, The Lawbook Exchange, New Jersey, 2008., str. 4.

odlukom grupe. Slijedeći **Kelsena**<sup>18</sup>, moglo bi se reći da za postojanje prava ne mora nužno postojati **centralizirani organ koji bi o tome odlučivao**. Moguće je zamisliti situaciju u kojoj cijela grupa vrši ulogu suca kad dođe do prijave kršenja norme. Međutim i tada mora postojati norma iz koje je vidljivo da samo cijela grupa zajedno ima isključivo ovlaštenje donositi odluke o tome jeli došlo do kršenja norme i takva norma o donošenju odluke o ispravnosti nečijeg ponašanja mora biti opće prihvaćena. Tek tada odluka postaje „institucionalna činjenica“<sup>19</sup> koja može proizvesti normativne učinke. Nadalje, moguće je zamisliti situaciju u kojoj članovi grupe prihvaćaju kako će u slučaju navodnog kršenja norme, suprotstavljene strane izabrati treću osobu ovlašćujući takvog arbitra da utvrdi jeli došlo do kršenja norme. U oba slučaja, nužno je da svi sudionici procesa pravosuđenja donose odluku na temelju normativnih razloga priznatih kao pravo, objektivno promatrajući situaciju na način kao da će se sve buduće takve situacije rješavati na jednak način. Na ovaj način nastaje „zahtjev pravnog sustava“ (da se poslužimo Razovom terminologijom) da u krajnjem slučaju odluči što je pravo u konkretnom slučaju.

Međutim postavlja se pitanje jeli za pravni sustav dovoljno da postoji „sud“ (kao institucionalizirani proces), a da se pokretanje postupka pravosuđenja učini ovisnim o pristanku obje strane u sporu – i one koja tvrdi da je pravo povrijeđeno (to može biti i cijela grupa osim onog subjekta koji smatra da pravo nije povrijeđeno) i one koja tvrdi da pravo nije povrijeđeno ili da se uopće ne radi o pravnom pitanju? Može se čak pretpostaviti i da je sustavom zabranjeno bilo kakvo fizičko nasilje ili rat među subjektima. Ovakvo bi normativno rješenje ostavilo mogućnost da se spor ostavi u stanju „statusa quo“ prema kojem nijedna strana ne može polagati „pravo“ (subjektivno) da poduzme bilo kakvu radnju, odnosno da proizvede bilo kakav pravni učinak sve dok se obje strane ne odluče zajednički obratiti „sudu“. Ovo ne mora biti problem ukoliko obje strane žele takvo stanje neriješenosti spora, a grupa takvo stanje dopušta. Problem nastaje ako takvo stanje grupa ne želi, odnosno ukoliko takvo stanje ne želi strana koja zahtjeva pravo jer bi to značilo sljedeće: a) normativni sustav dopušta su-

<sup>18</sup>Kelsen, Hans, „Problem suverenosti i teorija međunarodnog prava, prilog jednoj čistoj teoriji prava“, Službeni list SCG, Beograd, 2003. str. 226.

<sup>19</sup>Ovdje se koristimo MacCormickovim pojmom „institucionalne činjenice“ koji koriste i neki drugi autori kao na primjer O. Weinberger.

bjektu koji krši opći standard da može sam onemogućiti utvrđivanje takvog stanja kao ne-pravnog; b) normativni sustav dopušta da jedan subjekt u pravnom sustavu može nametati svoje vlastite norme konkretnog ponašanja suprotno općim standardima ponašanja u grupi; c) jedan subjekt u sustavu može onemogućavati primjenu prava. Poseban problem koji prelazi okvir razmatranja o kriterijima egzistencije sustava jest situacija u kojoj bi grupa bila protiv pokretanja institucionalnog postupka utvrđivanja prava i dužnosti unatoč tome što takvo pokretanje postupka traži subjekt koji zahtjeva pravo.

Dakle, za egzistenciju pravnog sustava nije dovoljno da u sustavu postoji „sud“ (kao proces) kao jedini legitimni način utvrđenja prava i dužnosti u sustavu. Jednako je važno da postoji mogućnost da svaka osoba koja primjerice čeka u redu a čiji je interes mogućim kršenjem norme povrijeđen, može pokrenuti postupak utvrđenja kršenja normi ili da postoji institucionalni mehanizam pokretanja postupka u ime cijele grupe. U suprotnom normativni sustav podrazumijeva praksu ponašanja, a grupa takvu praksu svjesno prihvaća, kojom dolazi do stvarnog kršenja zajedničkih normi **za koje ne postoji nikakva institucionalna mogućnost** da se utvrde kao institucionalna činjenica kršenja norme. Pravni sustav mora osigurati mogućnost za utvrđivanje svake potencijalne protupravnosti. Stanje normativnog sustava u kojem postoji norma koja omogućava pokretanje postupka pravosuđenja može se nazvati **„formalnom učinkovitosti sustava“** zato jer upućuje na **mogućnost** sustavnog utvrđivanja prava i dužnosti. **„Materijalna učinkovitost“** koja bi se odnosila na stvarno pridržavanje i korištenje normi od strane subjekata čak nije ni nužna da bi se tvrdilo kako je neki normativni sustav pravni. Ukoliko postoji stalno nepridržavanje normi od svih, a nijedan pojedinac nikad namjerno nije iskoristio sustavnu mogućnost da se takve situacije formalno utvrde kao protupravne, onda još uvijek možemo tvrditi da taj sustav egzistira kao pravni. Isto tako može se reći da opći standardi i dalje postoje u smislu sustavne valjanosti. Naime sudionici su, namjernim nepokretanjem postupka pravosuđenja, sami prihvatili da takva praksa drugačijeg ponašanja postoji i kroz običaj se možda pretvara u pravnu normu. Primjerice države koje prihvaćaju nadležnost zajedničkog suda za svoje sporove, mogu doista nikad ne pokrenuti postupak pred sudom iako smatraju da je došlo do povreda prava. Na taj način države, ne pokretanjem



postupka, zapravo prihvaćaju neprimjenu prava iz vlastitih interesa ili zato što možda žele promijeniti pravo. S druge strane iako je moguće da se postojeće pravne norme nisu nikad primijenile u odnosima između država to ne znači da one ne postoje u „sustavnom smislu valjanosti“<sup>20</sup>. Budući da se samo pravosuđenjem može utvrditi pravo onda se do tog trenutka ne može znati što su doista norme sustava<sup>21</sup>. Nužno je međutim da osobe koje provode pravosuđenje, donose odluke ne samo pridržavajući se prava već prihvaćajući pravo. Takav nužni uvjet je sadržan u normi prema kojoj osobe koje sude moraju odrediti sadržaj prava prema kriteriju identifikacije sadržaja prava. Iako se može pretpostaviti, kao što je to napravio Salmond, da je bit pravosuđenja u određivanju normativne situacije, a tek sekundarno u primjeni općih standarda, i sud koji bi sudio samo „prema pravdi“ prirodno bi iz praktičnih razloga težio - ukoliko se radi o stalnoj funkciji - svoje odluke utemeljiti na općim standardima. Prema Salmondu takva se transformacija „pravosuđenja o pravdi“ prema „pravosuđenju sukladno pravu“ događa jer ova druga vrsta postupka omogućuje uniformnost i sigurnost, isključuje sudske diskrecije, osigurava veću učinkovitost u primjeni kroz javnu svijest i izbjegavanje pogrešaka kod odlučivanja pojedinaca.<sup>22</sup> Samo tada se može reći da se pravo sastoji od pravila prepoznatih i primijenjenih od sudova.<sup>23</sup>

**Kriterij identifikacije sadržaja pravnog sustava** istaknut je od Harta kao posebno važan element kriterija egzistencije pravnog

<sup>20</sup> Ova tezu, Raz je formulirao na sljedeći način, „Štoviše, čak i ako su zanemareni od policije, čak i ako se ne pokreće progon za njihovo kršenje (ako su D-zakoni), i ako se zainteresirane strane ne pozivaju na njih pred organima primjene, oni su još uvijek valjani zakoni, pod pretpostavkom da će ih, ako se pojave pred primarnim organima u službi izvršavanja njihovih ovlasti, oni primijeniti i postupiti prema njima.“ „Zbog toga što pripadaju u sustav okarakteriziran sa organiziranom primjenom zakona od specijalno imenovanih organa, čak i zakoni koji su široko neuvaženi i zanemareni jesu zakoni dok god su priznati od tih organa.“ Raz, op. cit. (bilj.10), str. 201. i 202.

<sup>21</sup> „... pravni sustav sadrži sve, i samo sve, zakone prepoznate od primarnih organa primjene prava koje on institucionalizira.“ (Ibid., str. 192)

<sup>22</sup> Salmond, John, „Jurisprudence“, Sweet&Maxwell, London, 1930. Salmond objašnjava ove razloge na sljedeći način. Prvo, korištenje načela prava od strane sudova je važno za jedinstvenost i sigurnost pravosuđenja. Ovo omogućava subjektima da znaju unaprijed odluku do koje će sudovi doći. „Obično je više važno da pravilo bude određeno, sigurno, poznato i stalno, nego da treba biti idealno pravedno.“ (Ibid. str. 39) Drugi razlog za pravosuđenje u skladu s pravilima je isključivanje sudske diskrecije. Uskladjivanjem sa javno objavljenim načelima, pravosuđenje se zaštićuje od ometajućih utjecaja nepriličnih motiva na strani sudaca. Treći razlog se odnosi na učinkovitost presuda. Salmond ističe važnost pravosuđenja u skladu s pravom, zato jer kad sudac donosi odluke prema fiksnim i poznatim načelima, „javna savjest“ može biti dovedena do razine izvršenja presuda i održavanja načela. Četvrti razlog je da pravo služi zaštiti pravosuđenja od grešaka individualne prosudbe. Lakše je sudaču ponuditi pravosudno rješenje kad je sudac vođen „iskustvom i mudrošću svijeta općenito, a koje je zabilježeno pravom“. S druge strane Salmond je istakao nedostatke pravnog sustava: njegovu rigidnost, konzervativizam, formalizam i kompleksnost. (Ibid. str. 42 - 49)

<sup>23</sup> „pravo se sastoji od pravila prepoznatih i primijenjenih od sudova.“ (Ibid., str. 39)

sustava. Prema njemu pravni sustav postoji kad: a) pored općeg pridržavanja primarnih pravila koja su valjana prema krajnjem kriteriju valjanosti<sup>24</sup>, postoji u pravnom sustavu b) „prihvaćanje sekundarnih pravila kao zajedničkih javnih standarda službenog ponašanja od strane njegovih službenika.“<sup>25</sup> Među sekundarnim pravilima Hart, pored pravila prepoznavanja i pravila promjene, svrstava i pravilo pravosuđenja. Navedena definicija navodi na sljedeće: 1) sva tri sekundarna pravila – pravosuđenja, promjene prava i prepoznavanja prava - moraju postojati da bi se moglo govoriti o egzistenciji pravnog sustava; 2) subjekti se moraju općenito pridržavati primarnih normi; 3) službenici, dakle službenici javnog stvaranja i primjene prava, moraju prihvatiti norme kojima se određuje na koji se način pravo stvara, na koji se način primjenjuje i na koji se način utvrđuje njegov sadržaj. Međutim, postavlja se pitanje da li praksa svih službenika i privatnih osoba ima jednaku važnost za određenje što je sadržaj prava? Sam Hart na pojedinim mjestima, kad se referira na službenike, navodi izričito suce.<sup>26</sup> Bez obzira na moguće interpretacije Harta, kao što to na primjer radi Raz, činjenica jest da njegov kriterij egzistencije pravnog sustava u oba dijela definicije, sadrži kriterij za identifikaciju valjanih standarda ponašanja. Kad Hart govori o „općem pridržavanju“ pravila ponašanja, onda govori o pridržavanju onih pravila koja su valjana prema kriteriju valjanosti kojeg oblikuje sam sustav. Isto tako, kad govori o „prihvaćanju“ sekundarnih pravila, onda to uključuje i „prihvaćanje“ kriterija valjanosti. Prema tome kriterij egzistencije pravnog sustava je nužno vezan za kriterij identifikacije sadržaja prava. Pri tom je upitno može li kriterij identifikacije sadržaja postojati odvojeno od pravosuđenja. Jer kao što i Hart primjećuje, postoji razlika u korištenju pravila prepoznavanje od strane sudova i njegovog korištenja od drugih: „jer kad sudovi dođu do partikularnog zaključka na temelju toga da je specifično pravilo identificirano kao pravo, što oni kažu ima poseban autoritativan status.“<sup>27</sup> Ako je točno da je kriterij identifikacije sadržaja vezan uz pravosuđenje, onda je pravosuđenje nužan element i po toj osnovi. S druge strane se „norma promjene“ ne čini

<sup>24</sup> Hart, op. cit. (bilj. 7), str. 116. Prvi dio Hartovog kriterija glasi: „ona pravila ponašanja koja su valjana prema krajnjem kriteriju sustava o valjanosti moraju biti općenito poštivana.“

<sup>25</sup> Ibid. str. 116.

<sup>26</sup> Primjerice kad objašnjava situaciju patologije pravnog sustava, Hart govori o procjepu između ne poštivanja privatnog dijel društva s jedne strane i s druge strane „kriterija valjanosti kojeg koriste sudovi.“ Ibid. str. 118.

<sup>27</sup> Ibid. str. 102.

nužnim elementom, ako se uzme u obzir da statičnost u društvu ne mora biti problem za postojanje pravnog sustava. Isto tako, budući da pravosuđenje barem ponekad stvara pravo, onda se „norma promjene“ može primjenjivati praksom pravosuđenja.

U Hartovoj definiciji postoji element učinkovitosti sustava u smislu da je prakticiran od stanovništva i od službenika, samo na različit način – za prve je dovoljno samo da se pridržavaju normi, pri čemu je nebitno da li oni doista i prihvaćaju pravo, dok je za službenike nužno da prihvaćaju pravo u svojoj službenoj praksi, dakle da normativnim situacijama pristupaju iz aspekta prava. Svakako da je za pravni sustav nužno da osobe ovlaštene na proces pravosuđenja prihvaćaju pravo. Zbog toga definicija egzistencije pravnog sustava svakako mora sadržavati da takve osobe donose odluke na temelju kriterija o identifikaciji sadržaja prava. Međutim može se učiniti preširokim dio koji se odnosi na nužnost općenitog pridržavanja normi koje su valjane u pravnom sustavu. Naime, minimalni sadržaj testa egzistencije pravnog sustava, nakon što je uvedeno i opće prihvaćeno pravosuđenje svakako bi trebao obuhvatiti da subjekti sustava smatraju obveznim odluke pravosudnog tijela. To je dovoljno da bi se moglo tvrditi kako „privatni sektor“ prihvaća „službeni sektor“.

Sljedeći Hartov kriterij, ali pokušavajući ga preoblikovati sukladno tezi o centralnom mjestu pravosuđenja, minimalni kriterij za egzistenciju pravnog sustava mogao bi se predstaviti na način da postoje sljedeće norme u sustavu normi, koje su opće prihvaćene:

1) Norme kojima se omogućuju procesi a) konačnog utvrđivanja svake pojedinačne normativne situacije b) sukladno kriteriju identifikacije sadržaja pravnog sustava (institucionaliziranost procesa pravosuđenja)

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

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

Iz pozicije teorije sustava ključno je odrediti sadržaj sustava normi koji je nužan i dovoljan da bi ga se moglo opisati kao pravni sustav, a predloženi kriterij upućuje da su to: norme kojima se institucionalizira pravosuđenje, daje mu se autoritet i čini ga se

obvezatnim. U odnosu na „međunarodno pravo“, ovakva definicije je manje zahtjevna u usporedbi sa zahtjevima iz Hartove definicije koja bi se mogla shvatiti kao da u stvaranju „svjetske države“ vidi minimum da bi se međunarodno pravo moglo smatrati pravom. Socijalna teza učinkovitosti je sada u predloženoj definiciji minimalnog kriterija egzistencije pravnog sustava, svedena na opće prihvaćanje navedenih „ustavnih“ normi pravosuđenja, za koje nije potrebno psiho-socijalno testiranje dok god se može ustanoviti da su ove norme na snazi. Iz pozicije sustava, za odgovor na pitanje jesu li navedene „ustavne“ norme o pravosuđenju na snazi, dovoljno je ustvrditi da su norme prihvaćene ili u nekom aktu koji se općenito priznaje kao pristanak subjekata ili samim običajnim ponašanjem subjekata. Iz ovog kriterija egzistencije slijedi i definicija pravosuđenja kao procesa kojim se utvrđuje prava i dužnosti u pojedinačnoj normativnoj situaciji sukladno kriteriju identifikacije sadržaja pravnog sustava. Pri tom ono ima dva bitna obilježja: obvezatnost odluka i obvezatnost postupka.<sup>28</sup>

## 2.2. Procesi stvaranja i primjene prava

Promatramo li pravo kao sustav, onda svakako treba razmotriti koje su specifične funkcije unutar ovog sustava. Većina autora sve funkcije svodi na dva temeljna procesa: proces stvaranja i proces primjene prava. Pri tom se kod primjene prava, kako je to obrazložio Raz, mogu razlikovati funkcije izvršavanja prava kao fizičke radnje kojim se ne donose norme, i funkcije primarne primjene prava kao procesa kojim se donose norme (pojedinačne) za njegovo izvršavanje. Raz je istaknuo da u pravu ne moraju nužno postojati centralizirani organi stvaranja<sup>29</sup> i izvršavanja prava<sup>30</sup>, ali da

<sup>28</sup> Hart definira pravosuđenje kao „sekundarna pravila koja ovlašćuju pojedince da donese autoritativna određenja o pitanju je li, u pojedinačnom slučaju, primarno pravilo prekršeno.“ (Ibid., str. 96)

<sup>29</sup> „...iako su institucije stvaranja prava od najvećeg značenja u modernim društvima, gdje se pravo shvaća kao rezultat namjernih ljudskih odluka o tome kako društvo treba izgledati, one su imale minornu ulogu ili nisu uopće postojale u primitivnim društvima, u kojima su se zakoni shvaćali kao neizmjenjivi i u kojima su se mijenjali sporom evolucijom običaja. Organi primjene prava su, s druge strane stalno obilježje prava u svakoj vrsti društva i njihovo postojanje treba biti promatrano kao definirajuća osobina prava.“ (Raz, op. cit. (bilj. 3), str. 88)

<sup>30</sup> Raz je objasnio da „institucije izvršavanja prava“ nisu nužni element za identifikaciju pravnog sustava na sljedeći način: „Može postojati normativni sustav koji dijeli sve karakteristike pravnog sustava i da nema nikakav mehanizam primjene prava. Jednim kad je presuda donesena ona je ostavljena stranama u sporu. U takvim sustavima pojedinac nije ovlašten koristiti silu kako bi osigurao prava kako god želi. On je obavezan ići na sud i dobiti autoritativnu izjavu o svojim pravima. Ali jednom kad je u posjedu takve odluke on je ovlašten primijeniti je koristeći razumnu silu i može biti ovlašten da autorizira ostale da koriste silu u njegovo ime i za njegove svrhe. Takav sustav je jasno pravni sustav.“ Raz, Joseph, „Practical Reasons and Norms“, Oxford University Press, 1999., str. 134.

nužno moraju postojati centralizirani organi primarne primjene prava.<sup>31</sup> Iako se možemo složiti da, iz aspekta sustava prava, procesi pravosuđenja jesu nužan element sustava dok ostale funkcije nisu<sup>32</sup>, sporna je tvrdnja, kao što smo prethodno pokazali, da primarni organi moraju nužno biti javni i centralizirani. Nadalje, jasno je da se, kao što je primijetio i Hart, opće norme ne mogu same automatski provoditi u konkretnim slučajevima.<sup>33</sup> S druge strane, čini se nespornim priznati kako su sudovi u određenim povijesnim razdobljima sami stvarali pravo, a danas bez obzira radi li se o kontinentalnom ili anglosaksonskom pravu sudovi ujednačavajući svoju praksu zapravo donose određene opće standarde. Zanimljivo je da iako u međunarodnom pravu, presude nisu priznate kao izvor prava, Međunarodni sud koristi u svojim presudama ne samo svoju praksu nego i praksu drugih sudova. Isto tako presude Europskog suda za ljudska prava i Suda Europske Unije često služe kao „presedani“ u praksi ovih sudova i nacionalnih sudova.

### **2.3. Bitna obilježja prava: objektivnost, autonomija, konačnost i kompletnost**

Kada govorimo o tome što je pravo (subjektivno pravo i pravne obveze) u nekoj normativnoj situaciji, primjerice u sporu između dvije države oko razgraničenja, onda logično pokušavamo tvrditi da je naša ocjena objektivna u smislu da bi trebala vrijediti za bilo koje druge države koje bi se mogle naći u takvoj normativnoj situaciji. Za državu koja bi tvrdila da se njezina tvrdnja mora prihvatiti samo zato jer je to pravično s obzirom na njezinu specifičnu prošlost ili konkretne interese (primjerice pravo na životni prostor

<sup>31</sup> Raz je postavio pravosuđenje u centar definicije pravnog sustava. Kod pregleda razloga koji bi se mogli navesti u prilog ovakvoj teoretskoj poziciji Raz navodi tri razloga: 1) zakonodavac nije postojao oduvijek dok primarni organ jest. Stvaranje prava može nastati i običajem; 2) jedini način da se utvrdi koji su organi i postupci stvaranja prava jest da se odredi koji su izvori priznati od sudova. Zbog toga jedino sudovi mogu objasniti što je njihov kriterij za određivanje sadržaja prava; 3) u konfliktu pravno-stvaralačkog i pravno-primjenjivačkog organa, prosudbe ovih drugih su one koje utječu na subjekte prava. Oni imaju krajnji autoritet reći što je pravo. (Raz, op. cit. (bilj. 3), str.88)

<sup>32</sup> Slično kao Raz, i Kelsen nagoviješta primarnu važnost pravosuđenja kad kaže: „Ne smije se previdjeti važna činjenica da u krajnjoj analizi pravo nije što zakonodavac više ili manje jasno navodi ili što pravilo običaja više ili manje jasno implicira. Pravo je ono što sudovi na kraju odluče.“ Kelsen, Hans, *International Peace - By Court or Government*, u *The American Journal of Sociology* Vol.46. (1941.),str. 575. Zatim puno jasnije potvrđuje da ne može biti „zakonodavca bez suca, čak iako može biti suca bez zakonodavca“ Kelsen Hans, „Peace Through Law“, *The Lawbook Exchange, Ltd.*, New Jersey 2008. str. 21.

<sup>33</sup> 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. (Hart, op. cit. (bilj. 7), str. 128.)

zbog nepravde u prošlosti), ne nastojeći opravdavati svoje tvrdnje temeljem objektivnih standarda zajedničkih za sve države, ne bi se moglo reći da svoje tvrdnje temelji na pravu. Nadalje, države u sporu koje se pozivaju na pravo, neće svoje argumente temeljiti na ekonomskim, političkim, religijskim, moralnim, povijesnim ili bilo kojim drugim razlozima koji u sustavu prava nisu priznati standardima relevantnim za odlučivanje. Dakle obilježje prava jest da ima svoju autonomiju u smisli da se mora moći odrediti koji su razlozi pravno opravdani a koji nisu.

Nadalje, kad govorimo o pravu, onda smatramo da postoji konačan odgovor na pitanje što je pravo u nekoj normativnoj situaciji. Znanstvena ocjena o tome što je pravo u nekoj konkretnoj situaciji može ponuditi više mogućih rješenja uvjetujući ih određenim mogućim shvaćanjima o standardima ponašanja i različitim ocjenama o postojanju relevantnih činjenica. Međutim funkcionalno pravo ne može ostati na prijedlozima mogućih rješenja znanstvenika, već mora kao sustav moći donijeti odluku.<sup>34</sup> Pravo kao sustav mora moći odgovoriti na svako pitanje o normativnoj situaciji u bilo kojem danom trenutku kad se odluka mora donijeti, a s obzirom na analizu činjenica i standarda koji prema toj analizi vrijede u tom danom trenutku. Odgovor sustava da za neku situaciju u nekom danom trenutku nema pravnog odgovora (*non liquet*), što znači da se odbilo utvrditi standard ponašanja, izaziva ozbiljnu sumnju u pravni karakter sustava.<sup>35</sup> Naime kao što je istako Raz, ako pravo postoji onda je ono najviši sustav normi u odnosu na sve druge moguće sustave normi i prema tome zahtjeva da regulira ili može regulirati sve vrste konkretnih odnosa.<sup>36</sup> Ako nema pravnog odgovora, dakle objektivnog odgovora iz kojeg se može odrediti da li se nešto može, mora ili ne smije iz aspekta općih standarda prava, onda priznavanjem takve nekompletnosti sustava, pravni sustav svojom odlukom poziva same subjekte da na druge načine (političkom borbom) razriješe što će u budućnosti postati pravo. Ukoliko rezultat takvog načina rješavanja spora bude kaos i raspad sustava, to bi značilo da je pravni sustav svojom odlukom da odbije djelovati ukinuo samog

<sup>34</sup> „Bitan dio funkcija prava u društvu je da se označi točka na kojoj privatni pogled članova društva, ili utjecajnih sekcija ili moćnih grupa u njemu, prestaju biti njihov privatni pogled i postaje (to jest zahtijevaju da jesu) pogled obvezujući za sve članove bez obzira na njihovo neslaganje s njima.“ (Raz, op. cit. (bilj. 3), str. 50)

<sup>35</sup> O „prazninama u pravu“ i logičkoj kompletnosti pravnog sustava vidi kod Kelsen, Hans, „Čista teorija prava“ Gutenbergova Galaksija, Beograd 2000. str. 195.

<sup>36</sup> Raz, op. cit. (bilj.3). str. 116.

sebe. Naravno kaos bi mogao nastati i zbog donesene odluke kojom je odredio što je pravo, ali takav kaos onda ne bi proizašao iz odluke prava nego zbog nepoštivanja prava.

S obzirom da je pravosuđenje po svojoj definiciji jedini autoritet koji donosi konačne odluke o pravu na temelju prava, teško bi se moglo govoriti o objektivnosti<sup>37</sup>, autonomnosti<sup>38</sup>, konačnosti<sup>39</sup> i kompletnosti<sup>40</sup> prava bez pravosuđenja.

### 3. Psiho-socijalni aspekti gledanja na pravosuđenje

Psiho-socijalnim aspektom poimanja prava i pravosuđenje, može se smatrati teoretski pristup proučavanja pravnog fenomena kroz osjećaje i motive pojedinaca koji sudjeluju tom istom pravnom fenomenu. Pravo se pokušava spoznati kao realna pojava, a ne kao nešto što postoji u metafizičkom svijetu ili samo u knjigama ili zakonima. Tako na primjer Ross ističe: „Prema realističkom razmatranju, pravo je socio-psihološki odnos motiva koji pokreću radnje i radnji koje opet stvaraju motive.“<sup>41</sup> Jedno od osnovnih pitanja ovog pristupa jest pitanje učinkovitosti prava uz koje se vezuje i pitanje važenja prava<sup>42</sup> Prethodno smo vidjeli da se iz teorije sustava može reći što je pravo u smislu formalne valjanosti normi bez obzira da li se one koriste od strane pojedinaca i sudova, sve

<sup>37</sup> Raz tako ističe važnost pravosuđenja za objektivnost prava na sljedeći način: „Uvođenje primarnih organa nije jednostavno dodatak normativnom sustavu. Njihovim uvođenjem se radikalno transformira sustav dodajući mu cijelu jednu novu dimenziju, onu dimenziju autoritativne evaluacije ponašanja. Naravno ljudi također evaluiraju ponašanje na temelju normi drugih vrsta normativnog sustava, ali samo institucionalizirani sustavi osiguravaju primarne organe čija je funkcija evaluirati ponašanje na temelju normi sustava. Tako možemo govoriti o evaluaciji iz pogleda sustava (iz pravnog pogleda, itd.), podrazumijevajući pod ovim evaluaciju na temelju onih standarda koje se primarni organi sustava obvezni primijeniti“. (Raz, op. cit. (bilj. 29), str. 142)

<sup>38</sup> Uz Razovu tezu o uvođenju „pravnog pogleda“ u sustav kad se uvede pravosuđenje, vezana je daljnja teza o uvođenju autonomnosti u sustav kad se uvede pravosuđenje: „... institucionalizirani sustav se sastoji od niza pravila od kojih neki uspostavljaju primarne organe i pravila u skladu s kojima su primarni organi obvezni postupati isključujući sve druge konfliktne razloge“ (Ibid., str. 142)

<sup>39</sup> Obilježje konačnosti prava, nastaje uvođenjem pravosuđenja zato jer odluke pravosuđenja obvezuju i bez obzira jesu li odluke zapravo pogrešne (res judicata). Na ovo upućuje Raz kad o primarnim organima kaže da su to institucije „čije su odluke obvezujuće čak i kad su pogrešne“, (Ibid., str. 142)

<sup>41</sup> McCormick spominje važnosti kvaliteta odluka pravnih agencija za koje se može zaključiti da su vezane uz obilježja prava. Prema njemu odluke pravnih agencija su autoritativno zaključne, heteronome i temeljene na međupersonalnoj moći. (McCormick, op. cit. (bilj.12), str. 254.) Iako nije razvidno da se McCormick ovdje referira isključivo na pravosuđenje, može se zaključiti da su to obilježja onih institucija koje imaju zadnju riječ o pravu, što su zapravo sudovi.

<sup>40</sup> O ulozi sudova kod rješavanja „nereguliranih sporova“ vidi kod Raz, op. cit. (bilj. 3). str. 172.

<sup>41</sup> Ross Alf, „A Textbook of International Law“, Clark, New Jersey“, 2006, str. 47.

<sup>42</sup> Olivecrona je usmjeren na psihološke procese koji uzrokuju da se pravni subjekti ponašaju u skladu s pravom i tako čine da se pravo doživljava kao činjenica.

dok postoji mogućnost da ih sud na zahtjev primjeni (formalna učinkovitost). Međutim moguće je govoriti i učinkovitosti prava s obzirom na ono što se događa u stvarnom životu (materijalna učinkovitost).

### **Pravosuđenje i pravna svijest.**

Najprije se može ispitati učinkovitost prava iz aspekta „korisnika prava“ dakle što pojedinci u društvu doživljaju kao pravo. Ekstremnije varijante će tvrditi da je pravo samo ono što pojedinci psihološki osjećaju da je pravo. Ross odbacuje ovakvo definiranje prava jer nikakva Gallupova anketa subjektivnog osjećaja pojedinaca ili pravnih stručnjaka prema pravu ne može dati odgovor na to što je zaista pravo.<sup>43</sup> Nadalje od pojedinca se ne očekuje da usvajaju pravo u smislu da svakodnevno svoje ponašanje tumače kroz pravne argumente. Dovoljno je da postoji određena razina svijest da se pravo treba poštovati. U tom smislu važna je Rossova razlika između materijalne i formalne (institucionalne) pravne svijesti. Za pravo je dovoljno da među pojedincima postoji **formalna pravna svijest** u smislu da: „pravo je pravo i prava se treba držati“<sup>44</sup>. Međutim ovdje se može odmah postaviti pitanje može li postojati formalna pravna svijest bez prihvaćanja autoriteta pravosuđenja? Za nacionalno pravo, Ross smatra da je po definiciji institucionalno i pri tom daje središnje mjesto pravosuđenju. Međutim, za međunarodno pravo Ross daje donekle dvoznačnu definiciju jer s jedne strane ukazuje na nedostatke „međunarodnog prava“ zbog toga jer nema pravosuđenje<sup>45</sup>, a s druge strane ukazuje na to kako ga sudionici ipak osjećaju pravom. Prema Rosu, ono ima izvedeni karakter prava jer osjećaj o njegovoj obvezatnosti proizlazi iz maksima koje su pojedinci usvojili iz nacionalnog prava.<sup>46</sup> Ipak postavlja se pitanje može li se takav osjećaj „treba poštovati međunarodno pravo“ koje se u krajnjem slučaju ipak može svesti na neko Gallupovo istraživanje o tome što sudionici misle o pravu, smatrati dovoljnim za koncept prava. Ne radi li se na kraju krajeva u ovom slučaju ipak samo o konvencionalnoj moralnosti? Opće prihvaćanje autoriteta obvezatnog pravosuđenja s druge strane, daje sasvim dru-

<sup>43</sup> Ross, „Alf, On Law and Justice“, The Lawbook Exchange Ltd., New Jersey, 2004, str. 72.

<sup>44</sup>Ibid., str. 55.

<sup>45</sup>Ross op. cit. (bilj. 40), str. 54 i str. 56.

<sup>46</sup>Ibid. str. 54.



gu dimenziju važnosti formalne pravne svijesti. Ovdje se radi o prihvaćanju odluka pravosuđenja bez obzira na to što pojedinci mislili o takvim odlukama u materijalnom smislu. Sada „treba poštivati pravo“ nije samo načelan stav koji se može parcijalno modificirati uvijek kad ne odgovara našem pojedinačnom osjećaju da nešto nije pravo. Sada „treba poštivati pravo“ znači da se osjećamo obveznim poštivati pravo uvijek kad se pravosuđenjem odluči što je pravo, bez obzira što ono možda ne odgovara našem pojedinačnom osjećaju.

„**Materijalna pravna svijest**“ kod „korisnika normi“ se odnosi na osjećaj odobravanja ili neodobravanja pojedinih pravnih normi ponašanja<sup>47</sup>, odnosno na njihovo shvaćanje kakvo bi pravo trebalo biti. Materijalna pravna svijest je važna, s jedne strane za održanje formalne pravne svijesti, a s druge strane za veću učinkovitost u pridržavanju prava. Iako pravni jezik nije nešto što pojedinci osviješteno koriste svaki dan, ipak je nužno da se taj jezik donekle, pa makar i minimalno, internalizira. Što je jezik šire i u većoj mjeri internaliziran to će ponašanje biti više usklađeno s pravom, dakle učinkovitije.<sup>48</sup> Pravosuđenje ima veliku ulogu za oblikovanje, održavanje i mijenjanje „materijalne pravne svijesti“ jer odluke pravosuđenja, kako to navodi Olivecrona utječu na internalizaciju prava na poseban način: a) odluke pravosuđenja se prihvaćaju, poput putokaza, kao važan motiv za mijenjanje ponašanja; b) ponašanje ljudi je motivirano pretpostavljanjem o tome što će sud reći.<sup>49</sup> Odluke pravosuđenja o tome što je pravo

<sup>47</sup> Ross, op.cit (bilj. 42), str. 56. i 351-377.

<sup>48</sup> Olivecrona, Karl, „Law as Fact“, Stevens&Sons, London, 1971. Olivecrona je usmjeren na psihološke procese koji uzrokuju da se pravni subjekti ponašaju u skladu s pravom i tako čine da se pravo doživljava kao činjenica.

<sup>49</sup> O važnosti internalizacije standarda za pravo i uloji pravosuđenja u tom procesu pisao je Olivecrona. Korištenje pravnog jezika u društvu je instrument društvene kontrole. Za učinkovitost prava je važno da ljudi koriste pravni jezik u skladu sa reguliranim obrascima i da su ideje o posljedicama pridodane riječima pravnog jezika kad se očekuje da se koriste prema tim obrascima. (Ibid., str. 246). „Da bi služio kao instrument društvene kontrole, pravni jezik jest, i mora biti reguliran i ponavljan jezik. Prazne riječi mogu funkcionirati kao putokazi samo ako su na neki način »autoritativno« uspostavljani kao takvi i korišteni u skladu s nekim pravilima.“ (Ibid., str. 246) Koja je uloga pravosuđenja u procesu internalizacije pravnog jezika? Olivecrona pronalazi prirodnim da se mnoge razlike u mišljenju javljaju prilikom primjene pravnog jezika na stvarne situacije kad se pokušavaju pripisati prava, dužnosti i pravne kvalitete. Neki sporovi će se riješiti između strana temeljem njihovih nesavršenih ideja o pravu i njihove relativne snage, neki će se uputiti pravnicima na mišljenje i pregovaranje u ime strana u sporu, a neki će slučajevi biti poslani sudovima. Za Olivecronu su sudovi »krajnji autoriteti za odlučivanje o ispravnom pripisivanju prava, dužnosti i pravnih kvaliteta.« (Ibid., str. 260) Za Sudove se smatra da posjeduju moralni autoritet za ovu ulogu. »Postojanje i redovno funkcioniranje takvih autoriteta pripada pozadini našeg pravnog jezika.« (Ibid., str. 260) Može se reći da je pravosuđenje važan mehanizam za internalizaciju pravnog jezika gdje presude služe kao informacija za konkretno objašnjenje obrasca ponašanja, te kao mehanizam psihološkog pritiska na subjekte da internaliziraju norme i prije nego slučaj dospije na sud.

u konkretnim slučajevima, primjerice da je protupravno nekog diskriminirati kod odabira kandidata za posao, utječu na internalizaciju takvih standarda u svijesti pojedinaca. Odluke međunarodnih sudova o tome da predsjednici država mogu odgovarati za ratni zločin na temelju šire interpretacije odgovornosti, svakako utječu na buduće ponašanje državnika u ratnim sukobima čije odluke u konačnici mogu spasiti živote ljudi. Promatrajući ulogu pravosuđenja u internalizaciji prava, pokazuje se da više nije dovoljno da u društvu postoji bilo kakvo pravosuđenje i bilo kakav postupak za iniciranje pravosuđenja. Sad se pokazuje da je centralizacija postupka pravosuđenja na način da ga provodi jedan specijalizirani organ, nužna za učinkovitost prava u smislu stvarnog upravljanja ponašanja. Kad bi sve države ili pojedinci u društvu, ili one države i pojedinci koji su u sporu oko prava, glasovanjem odlučivale o tome što je pravo u svakom pojedinom slučaju onda bi postupak donošenja presuda kojim bi se utjecalo na materijalnu pravnu svijest bio otežan i često onemogućen. Odluka o tome što je pravo u konkretnom slučaju zaista se ne može provoditi na temelju Gallupove ankete, ali ni temeljem većinskog odlučivanja o pravu ili temeljem suglasnosti strana u sporu. Isto vrijedi i za pokretanje pravosudnih postupka, kao preduvjeta za donošenje presuda kojim se utječu na stanje materijalne pravne svijesti.

### 3.1. Pravosuđenje i materijalna učinkovitost prava

Nastavno na razmatranje o materijalnoj pravnoj svijesti u smislu što je pravo u svijesti ljudi, jednako je važan, i zapravo vrlo aktualan, Rossov uvid o važnosti pravosuđenja za **materijalnu učinkovitost prava**, u smislu koliko se pravo koristi u životu<sup>50</sup> (bez obzira da li se pravo odobrava ili ne). Ovdje je naglasak na određivanju sadržaja prava, dok je kod pitanja materijalne svijesti naglasak bio na tome kako pravo utječe na svijest. Naime, ako sud ne donosi presude onda je teško znati što je doista pravo u stvarnom životu.<sup>51</sup> Kao što

<sup>50</sup> Ross definira da „pravo u akciji” u širem smislu uključuje radnje sudova i pravne radnje privatnih osoba u pravnim odnosima. Ali samo pravni fenomen u užem smislu (primjena prava od sudova) je odlučujući u određivanju valjanosti pravnih normi. “Učinkovitost koja uvjetuje valjanost normi može se prema tome vidjeti samo u sudskoj primjeni prava, a ne u “pravu u akciji” između privatnih osoba” (Ross, op. cit. (bilj. 42), str. 35).

<sup>51</sup> »Ako netko pita što je valjano pravo u danom slučaju, u sadašnjem trenutku on nesumnjivo želi znati kako bi se trenutni spor riješio kad bi podnesen sudu.« (Ibid., str. 40)

kaže Ross, sudske odluke su puls pravnog života.<sup>52</sup> Zaista, iz pogleda korisnika prava vrlo su nam važne odluke suda da bismo znali što je pravo, u smislu da prilagođavamo svoje ponašanje onim normama za koje su donesene ili očekujemo da bi mogle biti donesene od suda<sup>53</sup>. Problem može nastati ako se takve odluke ne donose. Naravno, moguće je da se sudski postupci ne pokreću zbog toga što nema društvene potrebe za takvim postupcima, ali i tada ostaje upitno što je doista pravo prema kojima pojedinci mogu usmjeravati svoje ponašanje (bez obzira da li mu daju pristanak ili ne)<sup>54</sup>. Puno teži je slučaj ako se sudski postupci ne pokreću zato jer policija ili državno odvjetništvo ne procesuiraju slučajeve za koje bi se trebao pokrenuti postupak pravosuđenja. S obzirom na to da državno odvjetništvo ima ovlast pokrenuti određene postupke kad je povrijeđeno pravo, onda neučinkovitost ovog organa može dovesti u pitanje primjenu prava tamo gdje doista postoji potreba da se konkretizira regulacija nekih društvenih odnosa. Zbog toga je, iz aspekta materijalne učinkovitosti, važno da ukoliko postoje treći organi koji pokreću postupke u ime društva (državno odvjetništvo i sl.), budu ispunjene dodatne pretpostavke (kao što su na primjer pravni, politički i materijalni uvjeti rada) nužne da taj organ o kojem ovisi iniciranje postupka pravosuđenja, može učinkovito obavljati svoju funkciju. Isti problem neučinkovitosti pokretanja postupka može nastati ukoliko pojedinci ne mogu pokretati postupke zbog financijskih troškova postupka. Kao preduvjet za ispunjenje navedenih materijalnih pretpostavki učinkovitosti jest naravno odgovarajuće normativno rješenje kojim se regulira ovlaštenje na pokretanje postupka (norma o obvezatnosti pravosuđenja). Učinkovitost u ovom smislu zahtjeva da se na pokretanje postupka ovlasti što veći broj subjekata. U slučajevima gdje je na pokretanje postupka ovlašten poseban organ, posebno u društvima gdje je to jedina mogućnost, potrebno je da postoji kontrola zainteresiranih subjekata nad odlukama o iniciranju postupka od strane tog organa, te da taj organ temelji svoju odluku

<sup>52</sup> "Za realistički pogled valjanost prava je u krajnjem slučaju manifestacija određenih socio-psiholoških činjenica. Za podrijetlo i razvoj ovih, ipak, redovito "provođenje" od strane sudova ima presudnu važnost. Kad klijent pita svog odvjetnika što je "pravo" u određenoj situaciji, praktična važnost ovog pitanja je kako će pravni postupci, ako bude iniciran, biti presuđeni od strane sudova... Sudska odluka je puls pravnog života, i ovdje analiza pravnih izvora dolazi u igru." (Ross, op.cit. (bilj 40), str. 80)

<sup>53</sup> »Ako netko pita što je valjano pravo u danom slučaju, u sadašnjem trenutku on nesumnjivo želi znati kako bi se trenutni spor riješio kad bi podnesen sudu.« (Ross, op.cit. (bilj 42), str. 40)

<sup>54</sup> »Nema razlike da li se ljudi pridržavaju ili učestalo ignoriraju zabrane. Ova indiferentnost je paradoksa da što je više pravilo učinkovito u izvasudskom pravnom životu, to je teže ustvrditi posjeduje li pravilo valjanost, jer sudovi imaju toliko manje mogućnosti da manifestiraju njihovu reakciju.« (Ibid., str. 36)

o pokretanju postupka na pravu. U međunarodnom pravu postoje isti izazovi, ako ne i veći. Učinkovitost Europske komisije, koja uz same države (naravno i pojedince) može pokretati postupke pravosuđenja, uz procese dogovaranja i mirenja koji mogu prethoditi iniciranju postupka, svakako je utjecala na razinu usvajanja europskih pravnih standarda u ponašanju država i pojedinaca. S druge strane teškoće oko pokretanja postupka pred Međunarodnim sudom pred kojim, osim u određenim ograničenim slučajevima, jedna strana ne može pokrenuti postupak bez suglasnosti suprotne strane dovodi u pitanje učinkovitost međunarodnog prava. Vrijedno je ovdje spomenuti i pravnu regulaciju za traženje pravnog mišljenja Međunarodnog suda prema kojoj samo određena tijela mogu zatražiti mišljenje Suda, a među njima je i Opća skupština UN-a. Uspjeh neke države da pridobije naklonost drugih država u Općoj skupštini UN-a da većinskim glasanjem u Skupštini odluče pokrenuti postupak traženja pravnog mišljenja od Međunarodnog suda, zasigurno ovisi o mnogim „ne-pravnim uvjetima.“

#### 4. Vrijednosni aspekt gledanja na pravosuđenje

U središtu ovog pristupa je promatranje pravosuđenja kao procesa kojim se štite određene javne vrijednosti za članove zajednice i samu zajednicu. Fiss pod pravosuđenjem smatra proces pridavanja „pravih značenja našim javnim vrijednostima kroz provođenje i time održavanje integriteta postojećih javnih normi ili donošenjem novih normi.“<sup>55</sup> Budući da se radi o javnim vrijednostima, pitanja o procesu i organizaciji pravosuđenja, te legitimitetu i društvenoj ulozi pravosuđenja dolaze u prvi plan. Sad se jasno pokazuje potreba, kako je istako Fiss, da u zajednici postoji pravosuđenje koje provodi javno tijelo, te da se zajednica ne može zasnovati isključivo na privatnim arbitražama.<sup>56</sup> Sudac kao javni

<sup>55</sup> Fiss, Owen M. "The Social and Political Foundations of Adjudication", *Law and Human Behavior*, Vol. 6, No. 2, 1982., str. 62. Ovo je, prema Fissu, najvidljivije u ustavnim sudovima, ali također postoji u većini građanskih i kaznenih sudenja.

<sup>56</sup> Za Fissa, sudovi štite prava pojedinaca kao dio svoje suverene moći, i oni imaju pravo i dužnost da rade tako. Društvena logika sudova je da: "suveren šalje svoje službenike diljem svog područja da govore pravo i da gledaju jeli se poštuje. (Ibid., str. 29) Sporovi samo oko činjenica i interpretacije standarda a ne o vrijednostima, jesu „privatni sporovi“ koji se trebaju rješavati arbitražom a ne pred sudovima. Za razliku od privatni sporova, Fiss vidi u sucima javne službenike, plaćene iz javnih fondova, odabrani ne od stranaka već od javnosti ili njezinih predstavnika i „autorizirani od političkih autoriteta da primjenjuju i stvaraju rasprostranjene društvene norme i možda da restrukturiraju institucije.“ (Ibid., str. 29)

službenik koji daje značenje javnim vrijednostima mora voditi računa o tome kako se njegove presude reflektiraju na vrijednosti u zajednici. Pri tom, za razliku od Raza koji je smatrao da pravosuđenje može provoditi bilo koji organ (na primjer policija), iz pozicije gledanja na zaštitu prava pojedinca može se reći da pravosuđenje moraju provoditi samo sudovi, odnosno da se mora osigurati sudski nadzor nad odlučivanjem o pravima i obvezama. Iako „politička“ prava prema Dworkinu, koja on više ne vezuje uz normativna prava i obveze na temelju izvora prava, postoje prije pravosuđenja, čini se ipak da ne bi mogla postojati bez pravosuđenja. Dworkin je svojom teorijom ukazao da je pravosuđenje nezamjenjivo kod odlučivanja o „političkim“ pravima pojedinaca jer se ono zasniva na argumentima „načela“ bez obzira koliko takve argumenti mogli biti suprotni argumentima „politike“ prema kojima bi suprotna odluka recimo bila u interesu većeg broja drugih članova zajednice.<sup>57</sup> S druge strane Posner je ispravno ukazao i na mogućnost da sud donosi odluke koristeći i policy argumente kojima se vodi računa o zajednici<sup>58</sup>. Fiss je ukazao koliko odluke suda mogu biti presudne za restrukturiranje odnosa u zajednici.<sup>59</sup> Kennedy slično, samo s drugačijim naglaskom, ukazuje na grupne ideološke interese i ulogu suda za očuvanje ili mijenjanje odnosa snaga među njima.<sup>60</sup> Sve ovo ukazuje na to koliko je važno da u zajednici postoji

<sup>57</sup> Dworkin navodi da je argument na temelju načela fokusiran na neki interes predstavljen od subjekt kao njegovo pravo koje je takvog karaktera da čini irelevantnim sve argumente na temelju politika. To je moralno razmatranje neovisno o ciljevima i može biti ograničeno samo drugim pravima, a ne ciljevima politika. Dworkin, Ronald, „Law’s Empire“, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1997.; Dworkin, Ronald, „Taking Rights Seriously“, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1997.

<sup>58</sup> Posner, Richard A., „The Problems of Jurisprudence“, Harvard University Press, London, 2001. Posner je razvio pragmatični pristup konceptu pravosuđenja koji uključuje instrumentalni koncept prava, prava u službi ljudskih potreba. (Ibid., str. 29.) Sudac stvara odluke prema vlastitoj viziji dobrog društva. Njegov zadatak je da dođe do najrazumnijeg rezultata u danim okolnostima – koje uključuje iako nisu ograničene na činjenice slučaja, pravne doktrine, presedane i takve vrijednosti vladavine prava kao što je stare decisis.“ (Ibid., str. 130) U ovoj poziciji stvaratelja politika, sudac može uzeti u obzir različite metodološke opcije na primjer sudski aktivizam ili sudsko samooograničenje. „Sudac je u teškim slučajevima više donositelj politika nego konvencionalni pravnik i unutar njegove domene slobode diskrecije može biti neograničen koliko i zakonodavac.“ (Ibid., str. 131)

<sup>59</sup> Za Fissa, pravosuđenje s elementima strukturne reforme „nije fokusirano na specifične incidente ili transakcije“ već više na uvjete društvenog života.“ (Fiss, op. cit. (bilj. 54), str. 18). Ono ne gleda da ispravi prošle protupravnosti, već kako da promjeni strukturu društva u budućnosti i rekonstruira društvenu realnost. (Ibid., str. 2) Fokus je na društvenim uvjetima koje prijetu važnim ustavnim vrijednostima i na organizacijskoj dinamici koja stvara i podržava te uvjete. Žrtva u strukturalnim tužbama nije pojedinac, već grupa. Legitimitet za ovu vrstu pravosuđenja ne ovisi o suglasnosti ljudi (Fullerova teza), već prije na kompetentnosti i posebnom doprinosu koje ono čine za kvalitetu društvenog života.

pravosuđenje te da nije dovoljno da pravosuđenje bude samo obvezatno, već se dodatno nameće moralni zahtjev da se zajednica brine o odgovarajućem „pristupu pravosuđenju“ i njegovoj učinkovitosti u zaštiti prava pojedinaca. Sada se već može govoriti o „političkom“ pravu pojedinca na pravosuđenje. Nadalje, vezano za obvezatnost pravosuđenja, iz ovog pristupa proizlazi posebna osjetljivost i briga da se nad pojedincem ne smije vršiti nikakva ne-pravna prisila niti od drugih pojedinaca, ali niti od same zajednice. Kad obvezatnost pravosuđenja ne bi postojala niti u jednom od dva moguća oblika, onda bi zajednica dopustila ne-pravnu prisilu od prekršitelja vrijednosti u zajednici prema oštećenom pojedincu koji ima „političko“ pravo da se u zajednici zaštite njegova, od prekršitelja ugrožena prava. Nadalje, iz aspekta „političkih“ prava pojedinca, nužnim se pokazuje normativno rješenje prema kojem pojedinci imaju uvijek pravo i sami pokrenuti postupak (pravo na javno pravosuđenje). Poseban je problem ako bi zajednica, kroz svoj organ pokretanja postupka, bila u normativnoj ili stvarnoj mogućnosti da ne dopusti pravosuđenje unatoč tome što tako traži pojedinac koji zahtjeva zaštitu prava. Ukoliko pretpostavimo da je doista povrijeđeno neko „političko“ pravo to bi značilo da je normativni sustav dopustio nametanje ne-pravne prisile zajednice prema pojedincu, što je iz vrijednosnog aspekta još opasniji oblik ne-pravne prisile od one koju vrši pojedinac prema pojedincu.

Drugi važan element pravosuđenja na koji ukazuje vrijednosni aspekt, odnosi se na Fullerovu internu moralnost pravosuđenja<sup>61</sup>. Prema njemu je bit pravosuđenja u tome da se stranama omogući poseban oblik participacije koji ne postoji u drugim načinima od-

<sup>60</sup> Kennedy, Duncan, „A Critique of Adjudication“, Harvard University Press, London, 1997. Za Kennedyja je pravosuđenje forum za ideologiju sa „masivnim dugoročnim utjecajem na sadržaj formalnog prava.“ (Ibid., str. 70) „Pravosuđenje radi promjenu u svijetu izvan samog spora pred sudom. Suci su stvaratelji prava, na isti način na koji vidimo zakonodavce i administrativne dužnosnike kao stvaratelje prava.“ (Ibid., str. 268) Kennedy razmatra pravosuđenje kao instrument ideoloških projekata. Iako suci prezentiraju svoje odluke kao nužno potrebne bez obzira na ideologije, Kennedy smatra njihova rješenja kao izvanjski motiviran ideološki rad na razvijanju pojedinog rješenja. Kennedy ima distributivan pristup prema pravosuđenju koji „započinje od činjenice ideologiziranih grupnih konflikata i propituje kako oni utječu na pravne institucije.“ (Ibid., str. 66) Pravosuđenje (Kennedy je usmjeren na prizivne sudove) proizvode formalno pravo koje utječe na ideologizirane grupne konflikte. (Ibid., str. 67) Slično kao kod Fissa, kad ova grupa konflikata postane tužba, tužitelj i tuženik su predstavnici grupa. Fokus takvih pravosuđenja je na određenom pravilu koje je utjecalo na način kako je spor evoluirao i koji je „stalna struktura grupnih konflikata.“ (Ibid., str. 41). Prema Kennedyju pravna pravila koja strukturiraju natjecanje između grupa su pozadina koja se uzima kao zadana. Različite kritike pravosuđenja temelje svoje ciljeve na pridavanju značaja ovim pozadinskim pravilima. Ova vrsta kritike se također, prema Kennedyju, primjenjuje i na međunarodno pravo.

<sup>61</sup> Fuller, Lon L., „Moralnost prava, Podgorica, 1999.

lučivanja. Ovaj oblik participacije, za razliku od primjerice izbora za parlamentarne zastupnike, sastoji se u tome da svaka strana ima pravo iznijeti svoje argumente na temelju kojih će se donijeti odluka<sup>62</sup>. Dok Raz nije smatrao da su pravila o tome kako proces treba izgledati uopće bitna za pravosuđenje, Fuller ispravno upućuje na važnost procesne strane pravosuđenja, na temelju koje, smatra on, slijede i neke procesno-organizacijske posljedice recimo da sud mora biti nepristran. Vezano uz temu obvezatnost pravosuđenja, ukoliko se Fullera shvati na način da govori o pravima članova zajednice na pravedan proces pravosuđenja kao specifičan i nužan oblik odlučivanja u zajednici u kojoj vlada pravo, onda nužno slijedi da se takav mora osigurati u zajednici i da on mora biti obvezatan.

Prigovor koji bi se mogao uputiti ovakvoj tezi jest da ovakav vrijednosni pristup nije primjenjiv na zajednice država. Ukoliko su takve primjedbe točne, onda pravosuđenje u međunarodnoj zajednici možda može biti isključivo „privatno“ i neobvezatno. Ovdje ćemo spomenuti samo dvije postavke koje su relevantne kod procjene oprečnih stavova o ovom pitanju. Prvo da je ovo pitanje povezano s pitanjem o postojanju dovoljno konzistentnog sustava vrijednosti u zajednici da bi pravosuđenje moglo funkcionirati, prije svega vrijednosti obuhvaćene u konceptu „vladavine prava“. Drugo da odgovor ne može biti generalan, već da ovisi o analizi vrijednosnog utemeljenja svake konkretne zajednice država.

---

<sup>62</sup> Fuller, Lon L., „The Forms and Limits of Adjudication“, Harvard Law Review, Vol. 92, No 2. Fuller vidi pravosuđenje, primarno kao posebnu proceduralnu metodu za reguliranje odnosa između članova društva u sporu. Ono je kreirano da služi primarno članovima društva i sekundarno da osigurava društveni poredak koji može biti ugrožen zbog spora. (Ibid., str. 357) Kao posebna metoda društvenog uređivanja, pravosuđenje će regulirati buduće ponašanje strana u sporu kao i ponašanja svih drugih članova društva koji se vidi kao potencijalni sudionici sudskog postupka. Prema Fulleru, postoje različiti načini donošenja odluka o društvenim odnosima: pravosuđenje, ugovori, izbori i drugi. Svaki od ovih modela ima poseban karakterističan način na koji ljudi sudjeluju u procesu odlučivanja. Bitna karakteristika pravosuđenja je: specifično sudjelovanje strana kroz prezentiranje dokaza i argumenata s ciljem da se dobije slučaj. Rezultat ove karakteristike je da sudac mora biti nepristran i da sudske odluke moraju biti utemeljene na prezentiranim argumentima i dokazima i na taj način racionalne. Pravosuđenje osigurava formalni i institucionalni način za izražavanje utjecaja na razumno razlaganje u ljudskim odnosima. Zbog toga je ovaj proces više racionalan nego bilo koji drugi model donošenja odluke. (Ibid., str. 367) Možemo reći da je Fullera, pravosuđenje donosi odluke legitimno zato jer je unutarnja moralnost pravosuđenja zasnovana na sudjelovanju strana u racionalnom procesu donošenja odluke. Iako je ovo samo jedan od mogućih načina interakcije između strana, možemo zaključiti da je, s obzirom na svoju prirodu, neizbježno sredstvo društvenog uređivanja u svakom organiziranom društvu i da članovi takve organizacije moraju imati pravo na rješavanje sporova kroz pravosuđenje.

## 5. Zaključno

Sva tri pristupa upućuju na nužnost obvezatnog pravosuđenja za pravo pri čemu se, obzirom na različita pitanja s kojima se svaki od pristupa bavi, pokazuju neki drugi aspekti obvezatnog pravosuđenja.<sup>63</sup> Samo integralnim pristupom uvažavajući uvide sva tri pogleda, može se spoznati koncept pravosuđenja kao procesa kojim se utvrđuju prava i dužnosti u normativnim situacijama, postiže učinkovitost ponašanja u društvu i štite vrijednosti u zajednici. Iako nijedan od pristupa nije posebno isticao obilježje obvezatnosti kod pravosuđenja, podrobnija analiza uvida koji proizlaze iz svakog od pristupa upućuju na to da pravosuđenje mora biti obvezatno. S obzirom na ovu tvrdnu može se zaključiti da onda i međunarodno pravosuđenje u međunarodnom pravu mora biti obvezatno, iako je standard u međunarodnoj zajednici upravo suprotan. Ovaj konflikt između konceptualnog i stvarnog može se razriješiti samo na dva načina: ili koncept pravosuđenja treba nanovo restrukturirati da bi ga se prilagodilo stvarnosti ili se stvarnost može objasniti na način da ukaže na razloge zbog čega obvezatno pravosuđenje ne postoji u svom izvornom obliku. Kod drugog pristupa korisno je krenuti od onih teorija koje smatraju da bi obvezatno međunarodno pravosuđenje trebalo postojati. Pokušaj da se znanstveno opravda zahtjev za uvođenjem obvezatnog međunarodnog pravosuđenja pružili su svaki sa svoje strane, a ipak u jedinstvu nekih temeljnih postavki koje se mogu iznaći analizom njihovih djela, Kelsen i njegov student Lauterpacht. Analizom održivosti postavki ove teorije o obvezatnom međunarodnom pravosuđenju bit će moguće dobiti jasniju sliku o mogućoj primjenjivosti ovog koncepta u međunarodnoj zajednici odnosno u pojedinoj zajednici država kao što je europska.

<sup>63</sup> Tako je Waldron dobro primijetio da su Hartove i Razove definicije pravosuđenja usmjerene na rezultat koji proizvode, ali potpuno zanemaruju procesnu stranu pravosuđenja. S druge strane on, ukazujući na Fullera, ističe i procesnu stranu u smislu kako proces mora izgledati, ali i tko može provoditi pravosuđenje. Waldron, Jeremy, „The Rule of Law and the Importance of Procedure, u „Getting to the Rule of Law“, ed. Fleming, James E., str.12. i 13. Ovakav uvid upravo je na tragu prve pretpostavke u ovom radu da se samo cjelovitim prikazom svih aspekata pravosuđenja, taj koncept može u potpunosti shvatiti. Pri tom je prirodno da različiti aspekti gledanja bacaju različito svjetlo na istraživani koncept i upravo zato je kod Raza i Harta naglasak na rezultatima pravosuđenja dok su izostavili procesnu stranu koja zapravo proizlazi iz vrijednosnog aspekta.