

TABLE OF CONTENTS

ALAN UZELAC: Constitutional Order Without Human Rights, Human Rights Without Constitutional Order	1275
Dr. VITOMIR UNKOVIĆ: Human Right on Free Exercise of Religion	1287
KSENIJA TURKOVIĆ: Human Right on Healthy Environment	1296
JASMINKA HASANBEGOVIĆ, MSc: Rhetorics of Human Rights in (not) Rule of Law (Tracing Perelman)	1306
IVICA CRNIĆ: Liability of the State for Damages Caused By Injury of Human Rights and Judicial Practice	1312
JADRANKO CRNIĆ: Unimaginative Transitory Rules of Law and Human Rights	1327
MARIJA SALEČIĆ, MSc: Courts of Associated Labour as Initiators of the Constitutional Court's of Croatia Proceedings	1337
Dr. ARSEN BAČIĆ: On Amending of the Constitutions of Federal Units as an Active Source of Federalism	1348
Dr. PERO NASAKANDA: State in the Market Economy of the Yugoslav Socialist Society	1356
Dr. NIKŠA MILOŠEVIĆ: Selfmanagement and/or Participation of Workers in Administration of Enterprises	1366
IEWS — OPINIONS.	
PAVAO ČALA: Some Reflections on the Use of the Coat of Arms, The Bander and the Anthem	1379
COMMENTS AND REVIEWS	
Conference on the Civil Law in Practice (Tatjana Klepac)	1395
Scientific Conference on Human Rights and Their Protection (J. Garašić, I. Gliha, A. Korać, T. Klepac)	1418
Expert Discussion on Proposal of Reform of the Communal System in Zagreb (Dr. Stevan Lilić)	1436

Alan UZELAC*

USTAVNI POREDAK BEZ LJUDSKIH PRAVA,
LJUDSKA PRAVA BEZ USTAVNOG PORETKAUDK 342.4:342.7
izvorni
Ur: listopad 1989.

Može se tvrditi da je konfuzija koja vlada oko pojma, uloge i značenja ljudskih prava u tzv. socijalističkim zemljama proporcionalna jedino njihovoj sve većoj popularnosti i narastajućem interesu za njih u tim zemljama. Daleko od toga da su ljudska prava zanimljiva samo za socijalizam — no činjenica je da se trenutno njihovo pitanje nigdje drugdje ne pojavljuje s tolikom žestinom te da upravo odgovor na njega predstavlja svojevrsan civilizacijski test za čitav jedan epohalni poredak društvene interakcije kako prema unutra — prema vlastitim građanima, tako i na van — prema drugim članicama međunarodne zajednice.

U pravnoj literaturi socijalističkih zemalja — ako se uopće bavi ljudskim pravima — postoji (osim zajedničkog slaganja u prepisivanju pozitivnih propisa, kanonizirane marksističke literature te prigodnih izvadaka iz govora kurentnih političara) uglavnom jedinstvo samo u jednoj točki: *situs materiae* ljudskih prava nalazi se u domeni ustavnog prava. Pokazuje se, međutim, da je i ta kvalifikacija problematična u najmanje dva pogleda: prvo, zato što socijalistička pravna teorija nije dokraja raščistila ni sa samim pojmom ustava te drugo, zato što sistematsko mjesto ljudskih prava u sklopu ustavnog prava uglavnom ostaje sasvim neproblematizirano. U ovom tekstu pokušat ću naznačiti razloge takvog stanja te skicirati neke pretpostavke potrebne da bi se a) u sklopu nekog ustavnog poretka uopće moglo smisljeno govoriti o ljudskim pravima; b) da bi se, govoreći o ljudskim pravima, uopće moglo smisljeno pozivati na ustavni poredak. Kao ilustracije stanja u socijalističkim zemljama uzimat ću uglavnom primjere s jugoslavenskog područja, no smatram da njihova vrijednost nije samo usko lokalna te da mogu uspješno reprezentirati dileme karakteristične za većinu istočnih zemalja.

Ponajprije bih obrazložio tvrdnju da socijalistička pravna teorija nije dokraja raščistila s pojmom ustava. Kao što pokazuje iščitavanje udžbeničke literature — koja, uz zakonske tekstove, zasigurno predstavlja najprošireniju pravničku literaturu i osnova je za formiranje *communis opinio doctorum* pravničke profesije — u pravnoj literaturi konkuriraju otprilike istim intenzitetom dva suprotstavljena koncepta, koji se često zajedno pojavljuju čak i kod istih autora, koje bih nazvao *transistorijskom* i *demokratsko-liberalnom*

* Alan UZELAC, asistent Pravnog fakulteta u Rijeci

paradigmom ustava.¹ Prema prvom pojmu ustava, koji se dobro-uskladuje s uvriježenom egzegetičkom manirovom izlaganja pozitivnih propisa, ustavom se može nazvati obrazac organizacije vlasti u svakoj državi — pri čemu se državom podjednako smatraju tvorevine od starobabilonskog carstva do francuske republike. Za to poimanje nije bitno postoji li u nekoj državi formalno doneseni pravni akt koji se naziva ustavom, no ako takav pravni akt već postoji, pristalica tog poimanja najčešće neće slijediti svoj implicirani metodološki postulat, te prenuti u sociološko istraživanje realnog ustrojstva vlasti, već će prihvatiti taj akt kao preliminarni opis stvarnih odnosa, a teorijska pitanja svesti na čisto pitanje ustavne tehnologije: jesu li norme pisanog ustava s jedne strane koherentne, a s druge efikasne. U svakom slučaju pristalica transhistorijskog poimanja bit će oslobođen potrebe da ono što pronade ili pretpostavi kao realni ustroj vlasti usporedi s nekim idealnim tipom ustava i ustanovi da li ono što je pronašao ili pretpostavio uistinu zavređuje da bude nazvan ustavom. Nasuprot tom poimanju, demokratsko-liberalna paradigma zasniva se najčešće na povijesnoj činjenici donošenja prvih novovjekovnih ustava i njima prethodeće »borbe za ustav« locirane ponajviše u 18. i prvu polovicu 19. stoljeća. Prema demokratsko-liberalnoj paradigmati pojam ustava vremenski je i sadržajno bitno sužen. Prije svega, termin »ustav« bio bi tako neprimjenjiv na predmoderna društva, a poretku modernih država bili bi postavljeni neki osnovni uvjeti koje bi morao zadovoljiti želi li se nazvati »ustavnim poretkom«. Tako, npr. Đorđević² piše da »nema ustava, kao akta od političkog i pravnog značaja, ako on nije potvrdi i 'forma' određenih institucionalizovanih odnosa, naročito onih u vlasti i prema vlasti«, te da će se »istina, formalno, dokument koji rešava osnovna pitanja vlasti nazivati ustavom i u slučaju ako je potpuno deklarativan i fiktivan, ako predstavlja samo 'verbalnu maglu' iza koje se krije politički apsolutizam u svim svojim klasičnim i modernim formama«; tada, međutim, »nema 'javnog prava' i ustava je samo 'ustav'. No, budući da su socijalistički autori koji zastupaju demokratsko-liberalnu paradigmatu ustava (koju najčešće tako ne nazivaju) u realsocijalističkim zemljama najčešće prisiljeni da se kao i ostali, barem deklarativno, pridržavaju određenih postavki službene ideologije, tako uvjeti za razlučivanje ustava od »ustava« najčešće ostaju veoma neodređeni, a namjesto njih ponavljaju se fraze o ustavoborstvu kao o političkoj akciji tada još progresivno mlade građanske klase u borbi za vlastite interese, što je potom spekulativno dokinuto u idućem, višem stupnju, fazi tzv. »socijalističke demokracije«. Na taj način, usput se »spekulativno dokidaju« i tradicionalna ljudska prava, ili njihovo mjesto ostaje sasvim neodređeno.

Što se tiče mjesta ljudskih prava u sistematiki ustavnog prava, ona se najčešće navode na listi točaka koje opisuju »svojevrsan minimum standarda«³ sadržaja discipline ustavnog prava. Ta je lista od autora do autora »azličita, a indikativno je navesti neke njene primjere iz jugoslavenske poslijeratne teorije. Jedan od prvih i najutjecajnijih jugoslavenskih poslijeratnih

¹ Tako npr. Đorđević najprije navodi da se pod ustavom može podrazumijevati »realni poredak, zasnovan na odgovarajućim društvenim i političkim odnosima snaga, u funkciji određene svojinske strukture društva«, da bi malo kasnije ustvrdio da ustav mora odrediti »granice akcije i vlasti u odnosu na društvo, a naročito na izvesnu sferu koja garantuje integritet ličnosti čoveka i elementarna ljudska prava koja su ujedno i sredstva ograničenja vlasti«, u: Đorđević, J., *Ustavno pravo*, Beograd (Savremena administracija) 1989, str. 15; Perić pak tvrdi da »bez obzira kako je ustrojena, faktički promatrana, svaka država ima ustav«, da bi odmah nakon toga povezo pojam ustava uz »jačanje građanske klase i klasnu borbu onoga doba«, v. Perić, B., *Struktura prava*, Zagreb (PFZ) 1980, str. 12.

² Đorđević, *ibid.*

ustavotvornih autora, Stefanović⁴ navodi na tom spisku: a) načela državnog i društvenog uređenja; b) organizaciju glavnih državnih organa i odnose između njih i građana te c) osnovna prava i osnovne dužnosti građana. Kako su se mijenjali ustavi, tako kasnije autori⁵ prvu točku sa Stefanovićevog spiska zamjenjuju s »norme kojima se reguliraju osnovni društveno-ekonomski odnosi«, pa se tako i kasniji ustavnopravni udžbenici (što kod Stefanovića nije bio slučaj) pune za ustavno pravo inače sasvim neprikladnim političko-ekonomijskim razmatranjima. Naposljetku, kod nekih se pak autora⁶ ljudska prava pojavljuju tek kao jedna od dvanaestak točaka »minimalnog standarda sadržaja«, što je, s obzirom na realno stanje, možda i najiskrenija sistemalizacija.

Budući da se u socijalističkoj pravnoj literaturi ljudska prava tako i po važnosti i po intenzitetu elaboracije pojavljuju tek kao treći član niza ideologija (vlast) građani, nije čudno da se uvijek ponovo znade oživljavati jedna od izraženih teza ranoga komunističkog pokreta koja kaže da su ljudska prava već apsorbirana u nekoj od ranijih točaka: ideologiji (tj. komunističkom moralu), vodećoj ulozi partije odnosno »zajednici slobodnih proizvođača« ili vlasti (čitaj: »diktaturi proletarijata« ili »samoupravljanju radnih ljudi i građana«).⁷ Ne čudi također ni to da, u trenutku kad u socijalističkim zemljama iz raznih razloga dolazi do reaktualizacije ljudskih prava, pravnici dobrim dijelom ne znaju što bi s njima počeli, a pravni teoretičari moraju pronalaziti razne izlike za njihovo ponovno ubacivanje u diskusiju.⁸

Vratimo li se na ranije spomenute kontroverze o pojmu ustava, mogao bi se tako stvoriti privid da je (ako već nije drugdje, a onda barem u socijalizmu) moguće, pa čak i legitiman ustavni poredak u kojem se nigdje ne spominju ljudska prava, odnosno u kojem se ona nadomještaju nekim obrascem dužnosti.⁹ Je li to moguće? Nećemo se zadovoljiti odveć jednostavnim odgovorom da praksa civiliziranih zemalja to demantira. Prihvati li se, naime, teza da je razvijena teorija i praksa zaštite ljudskih prava nužan uvjet za svaki ustavni poredak, potrebno je pokazati neraskidivu unutarnju vezu koja postoji između ideje ustava i ideje ljudskih prava te objasniti zašto ta veza ne samo što nije na prvi pogled vidljiva već na momente — kao npr. u ranije navedenim slučajevima — može čak biti dovedena i u pitanje.

Da bi se, međutim, pokazalo zašto ustavni poredak ne može bez ljudskih prava, bit će potrebno pokazati zašto ljudska prava ne mogu bez ustavnog poretka — ukratko, bit će potrebno temeljitije rekonstruirati već spomenutu demokratsko-liberalnu paradigmatu ustava.

⁴ Stefanović, J., *Ustavno pravo*, Zagreb (Nakladni zavod Hrvatske) 1950., god., str. 9.

⁵ Vidi npr. Mratović, V., Filipović, N., Sokol, S., *Ustavno pravo i političke institucije*, Zagreb (PFZ) 1986, str. 15.

⁶ Vidi npr. Sruck, *ibid.*

⁷ Neke od najradikalnijih formulacija u tom smislu mogu se naći kod ranoga Lukacs, kod kojega se iz teze da je kriterij moralno ispravna i moralno pogrešna djelovanja individualna žrtva za opće ideje, mogu izvući (a i izvučene su) veoma pogubne konzekvencije po koncepciju ljudskih prava u socijalizmu. Usp. Lukacs, G., *Etika i politika*, Zagreb (Liber) 1972, str. 36, i d.

⁸ Tako vodeći istočnonjemački teoretičar i filozof prava Hermann Klenner mora, da bi objavio zbirku dokumenata o ljudskim pravima najprije pola knjige posvetiti kritici »buržoaskih sloboda«; usp. Klenner, H., *Studien über die Grundrechte. Mit Dokumentenanhang*, Berlin 1964.

⁹ U ustavima većine socijalističkih zemalja (uključujući i važeći jugoslavenski ustav) ne govori se tako o slobodama i pravima, već o slobodama, pravima i dužnostima čovjeka i građanina, čime dimenzija individualnih prava dobiva protutežu

Za opisivanje demokratsko-liberalne paradigme ustava bit će, međutim, potrebno rasvijetliti jedan širi problematski krug, koji uz pojam ljudskih prava obuhvaća neke pojmove koji se u posljednje vrijeme također sve češće pojavljuju u pravnim i političkim diskusijama u kontekstu reforme tzv. socijalističkih zemalja i socijalizma uopće; riječ je ponajprije o pojmovima *pravne države*, *»vladavine prava«*, *političkog pluralizma*, *podjele vlasti*, *proceduralne pravednosti*, *konstitucionalne demokracije* i *ugovorne legitimacije političkih poredaka*.¹⁰ Indikativno je pritom da u teorijskim radovima i, još više, u aktualnim političkim raspravama, prevladava pristup punktualnog obrađivanja tih pojmova; stječe se tako dojam da je riječ o izvjesnom skupu povijesno zasnovanih civilizacijskih tekovina iz kojega se proizvoljno može izabrati jedan ili više članova i iskoristiti ih u izgradnju željenog političkog sistema i ustavnog poretka. Tvrdim, međutim, ovo: 1) da je riječ o jedinstvenom problematskom horizontu, u kojem se pojedini pojmovi međusobno suodređuju, podržavaju i osmišljavaju, tako da nije moguće, primjerice konzistentno se zalagati za ljudska prava, a ne zalagati se za politički pluralizam, ili zastupati pravnu državu, a ne priznavati proceduralnu pravednost i ugovornu legitimaciju; 2) ne samo što tvorcima ustavnog poretka nije moguće uzeti samo neke iz navedenih paketa pojmova, nego moraju, žele li biti dosljedni, uzeti sve ili ništa već, čak štoviše, niti jedan se sustav društvene regulacije ne može u punom smislu nazvati ustavnim ako ne prihvati te pojmove u cijelosti kao mjerodavne za svoje utemeljenje, zajedno s pretpostavkama na kojima ti pojmovi počivaju. Drugim riječima, ne može se utvrditi da ima ustav država koja eksplicitno ili implicitno negira makar jedan s navedenog spiska pojmova na kojima počivaju moderne demokratske države, bez obzira na to ima li ta država akt koji se formalno naziva ustavom i kako taj akt po svome obliku, opsegu i sadržaju izgledao. To se najbolje očituje u tomu što se u takvim državama sve najvažnije političke odluke de facto donose mimo konstitucionalnim putovima te što pravo u tim državama — ukoliko se uopće može tvrditi da u tim državama postoji nešto poput prava — proporcionalno gubi svoju ulogu najvažnijeg regulatora društvenih konflikata te biva politički instrumentalizirano ili sasvim marginalizirano.¹¹

Bitnu jedinstvenost pojmovnog sklopa konstitutivnog za liberalno-demokratsku paradigmu ustava nije u teorijskom i praktičnom pogledu odveć teško dokazati. Također, nije odveć složeno ni uvjeriti se u komparativne prednosti liberalno-demokratskog poimanja ustava pred transhistorijskim poimanjem; isto tako se, naročito što se tiče ljudskih prava, može pokazati da jedino realizaciju ustava prema liberalno-demokratskoj paradigmi pruža ne samo mogućnost za ozbiljenje ljudskih prava već i kontekst u kojem ljudska prava uopće mogu postati predmetom racionalne diskusije. Postoje, međutim, raznovrsni razlozi za zamagljivanje bitne jedinstvenosti toga problemskog konteksta, zbog kojih je onda u socijalističkim zemljama (ali i šire) ponekad teško ustanoviti činjenicu da je koncepcija ljudskih prava, ustavnog poretka, ali i

¹⁰ I jugoslavenska stručna, a posebno dnevopolitička literatura obiluje u posljednje vrijeme razmatranjima o tim pojmovima. Vidi npr. Pađen, I., »Vladavina prava«, u: *Dometi* 22 (5/1989), str. 347—356; blok »Suvremena filozofija prava« u: *Filozofska istraživanja*, 19 i 20 (4 i 5/1986); blok »Legitimitet — kriza i problemi« u: *Gledišta* 25 (5—6 i 7—10/1984); Križan, M., »Modernizacija, princip društvenog ugovora i legitimitet realnosocijalističkih vlasti«, u: *Dometi*, 21 (11/1988) itd.

¹¹ U skladu s tim, za pitanje o tome je li neka država »pravna« ili ne, predudno je i ispitivanje realnog položaja koji u nekoj zajednici pravo ima uključujući i ispitivanja o položaju pravnog školovanja, socijalnoj strukturi društva, utjecaja običajnih, nepisanih i nejavnih pravila na *decision making* kod važnih političko-pravnih odluka itd.

uopće koncepcija modernog formalnog prava, neodvojivo vezana uz jednu sasvim određenu političku teoriju. Ovdje ću sasvim ukratko i bez daljnjih obrazloženja, pokušati navesti neke od razloga za to — kako u pogledu općeg stanja u društvenim znanostima, tako i posebno što se tiče stanja u pravnim disciplinama.

U društvenim znanostima jedan od razloga takvog stanja leži u trajnoj privlačnosti pozitivističkih doktrina — koje sve dijele osnovne premise općefilozofijskog pozitivizma o raskolu bitka i trebanja i iz toga slijedeće osude metafizičkih doktrina, što se onda u pravu posebno odražava u odbacivanju prirodnopravnih doktrina i odgovarajućem prebacivanju težišta na državu i pozitivno pravo.¹² S druge se strane i suprostavljeni, historicistički model znanstvenosti prema inerciji drži uvriježenih klasifikacijskih shema, propušta propitati svoje pretpostavke te na kraju završava u već spomenutom transhistorijskom poimanju prava, države i ustava.¹³ Specifična za socijalizam je čak i legalizirana¹⁴ prevlast tzv. marksističkog pristupa, tako da se u socijalističkim zemljama društveni znanstvenici, kad je riječ o državi i pravu, ili moraju držati podalje od problematičnog pitanja, ili prihvatiti tezu iz tradicije marksističke i kvazimarksističke teorije i prakse o »prevladavanju« prava i »odumiranju« države. U zapadnim zemljama — a u posljednje vrijeme sve više i u istočnim — otežavajući je pak faktor oživljavanje tradicionalnog konzervativizma i desnih — korporativistički, fundamentalistički i nacionalistički orijentiranih ideologija.¹⁵

Neki od specifičnih simptoma takvog stanja u pravnoj se teoriji očitaju pak u pridavanju veće pažnje problematičnom pojmu suverenosti, uz proporcionalno zanemarivanje konstitutivne uloge osobnih, građanskih i političkih sloboda; u samo sporadičnom spominjanju i propuštanju sistematskog preispitivanja uloge teorije društvenog ugovora u konstituciji i legitimaciji modernih država; u nedostatku komparativnih obuhvatnijih, a nadasve sintetskih pristupa i ograničavanju na izlaganje i sistematziranje pozitivnih normi (»u prevođenju vertikale Službenog lista u znanstvenu horizontalu«); u izostanku transdisciplinarnih i multidisciplinarnih pristupa fenomenu prava i, posebno, u nedostatku fundamentalnih pristupa iz obzora filozofije politike i filozofije prava.

Moglo bi se navesti još mnogo drugih razloga koji pridonose konfuziji u pitanju ljudskih prava — od sasvim pragmatičkih do visokospekulativnih. Time bismo se, međutim, udaljili od osnovne teme — modelskog opisa mjesta, uloge i značaja ljudskih prava u modernim političkim zajednicama i, naročito, njihovim pravnim sistemima. Osnovnu tezu teksta: nema zaštite ljudskih prava bez adekvatnog ustavnog poretka, nema ustavnog poretka bez adekvatne zaštite ljudskih prava, pokušat ću u nastavku teksta obrazložiti tako što ću nastojati razotkriti neke nužne uvjete za konzekventnu i učinkovitu koncepciju ljudskih prava. U vezi s tim postaviti ću i obrazložiti četiri teze o neophodnom pravnom i političkom položaju ljudskih prava.

¹² O karakteristikama takvog pozitivističkog pristupa uopće vidi npr.: Pađen, I., »Pozitivizam u današnjoj teoriji međunarodnog prava«, *Filozofska istraživanja*, 19 (4/1986), str. 1119—1136.

¹³ O historicističkom pristupu v. Visković, N., *Pojam prava*, Split (Logos) 1981, str. 15. i d.

¹⁴ Usp. čl. 139, t. 3. *Zakona o usmjerenom obrazovanju* (NN 20/82, 28/83, 12/85, 19/86), gdje se kao uvjet za sudjelovanje u odgojno-obrazovnom radu navodi primjenjivanje »marksističkog pristupa u tumačenju prirodnih i društvenih pojava, procesa i odnosa«.

¹⁵ Usp. Schumann, H. G. (ur.), *Konservativismus*, Frankfurt 1984; Fetscher, I. (ur.) *Neokonservativismus und »Neue Rechte«*. *Der Angriff gegen Sozialstaat und liberale Demokratie in den Vereinigten Staaten, Westeuropa und BRD*, München

1. U ustavnom poretku političke zajednice ljudska prava moraju imati *apsolutni prioritet*; iz zaštite ljudskih prava ustavni i pravni poredak izvode svoju egzistenciju i smisao.
2. Ustavni poredak mora omogućiti *ustaljenu interpretaciju* sadržaja i opsega ljudskih prava.
3. Ljudskim se pravima mora osigurati *institucionalna zaštita*.
4. Ljudska prava moraju biti *diskursno uspostavljiva*; nužno je, naime, osigurati uvjete da preispitivanja i promjena koncepcije ljudskih prava (promjena interpretacije, ograničavanje starih, uvođenje novih ljudskih prava) bude rezultat racionalne rasprave uz jednako reprezentiranje interesa svih članova političke zajednice.

Ad 1.

Ideja novovjekovne ustavnosti počiva na utemeljenju političke zajednice *društvenim ugovorom*: pojedinci se udružuju u društvenu zajednicu i tvore državu da bi svoja prirodna prava učvrstili, a ne otuđili,¹⁶ svrha političkih udruživanja je proširenje, a ne gubitak originarne slobode individuuma.¹⁷ Ustav je pritom izraz slobodne volje svih članova političke zajednice; on zato tradicionalno i počinje deklaracijom ljudskih prava koje ustavni poredak ima štiti, ili razrađuje sadržaj takve deklaracije koja mu i vremenski i sadržajno prethodi.¹⁸

Potrebno je napomenuti da je društvenougovorno utemeljenje često bilo kritizirano zbog individualizma, egoizma, asocijalnosti i svoga klasnog porijekla. U ekonomijskom smislu ono se znalo vezati isključivo uz fazu tzv. liberalnog kapitalizma, dok se sociološki tvrdilo da ono izražava sebične interese mlade građanske klase. Koliko god dijelovi tih kritika možda bili ispravni, pokazalo se, međutim, da jedino neki od oblika društvenougovornog utemeljenja omogućuje — makar i manjkavo — poštovanje nekih neotuđivih individualnih prava. A contrario: pokazalo se da niti jedna druga osim društvenougovorne legitimacije ne može spriječiti da, kao dosljedna konzekvencija njenih osnovnih pretpostavki, ne dođe do izvjesnih neoprostivih zadiranja u sferu individualne slobode, koje će čak i pristalice takve legitimacije intuitivno doživjeti kao nepravdu.¹⁹ Uslijed toga, dogodilo se da su se čak i zastupnici pravaca koji su tradicionalno bili najneprijateljskije nastrojeni spram teorije udruženog ugovora i liberalizma uopće, počeli idejno približavati nekom vidu kontraktarijanske doktrine.²⁰ S druge strane, u posljednje su se

¹⁶ Usp. Locke, J., *Dve rasprave o vladi*, knjiga II, Beograd (Ideje) 1978, str. 71 i d.

¹⁷ Vidi, Mill, J. S., »O slobodi«, u: *Izabrani politički spisi* I, Zagreb (Informativ) 1988, str. 109—194 (iako je Mill formalno protivnik ugovorne legitimacije, sadržajno on veoma dobro reprezentira ovaj kontekst); v. Rousseau, J. J., *Rasprava o porijeklu i osnovama nejednakosti među ljudima i Društveni ugovor*, Zagreb (SK) 1978, str. 94 i d.

¹⁸ O povijesti i sadržaju takvih deklaracija v. npr. Musulin, J. (ur.), *Proklamacije der Freiheit. Dokumente von der Magna Charta bis zum ungarischen Volksaufstand*, Frankfurt 1962; Oestrich, G., *Geschichte der Menschenrechte und Grundfreiheiten im Umriss*, Berlin, 1968.

¹⁹ Već je skoro klasičan postao tzv. problem opravdanosti kažnjavanja nevinih kod utilitarističkih teorija. O tome v. npr. Primorac, I., *Prestup i kazna. Rasprava o moralnosti kazne*, Beograd (Ideje) 1978, str. 121—155; o poteškoćama utilitarizma usp. i raspravu između Harta i Dworkina, objavljenu u: *Dometi* 20 (10/1987) str. 759—781.

²⁰ Tako npr. marksistički filozof Ernst Bloch govori o »zadaci socijalističkog baštinstva tih nekada liberalnih, i ne samo liberalnih ljudskih prava«. Bloch, E., *Prirodno pravo i ljudsko dostojanstvo*, Beograd (Komunist) 1977, str. 10. Blochovoj teoriji prava vidi Basta, D., *Pravo pod okriljem utopije*, Ernst Bloch i tradicija prirodnog prava, Beograd (Rad) 1988.

vrijeme javile nove verzije društvenougovornih teorija,²¹ za koje se čini da bi mogle izbjeći većini, ako ne i svim prigovorima koji su se tradicionalno postavljali ugovornim teorijama.

Potrebno je dalje napomenuti i to da je na liberalističkim premisama zasnovana i sama ideja modernog formalnog prava.²² Jedino onda, naime, ako prihvatimo da postoji određeni skup neotuđivih ljudskih prava koji tvori sferu individualne slobode, ako se složimo s tim da je uplitanje u sferu individualne slobode dopustivo, onda i samo onda ako ta sloboda zadire u slobodu drugog individuuma, te ako prihvatimo da je smisao pravnog sistema da odredi i identificira slučajeve takvog zadiranja, onda i samo onda bit će nam moguće da razgraničimo pravo od svih ostalih sistema društvene interakcije (političke, morala itd.) te osudimo svaku ne-pravnu intervenciju koja zadire u individualna prava. Jamstvo da će pravo, a ne npr. moral ili politika biti presudan element društvene regulacije, može tako dati samo ustav kojemu su ljudska prava prva, a ne treća ili dvanaesta točka njegovog sadržaja.

Ad 2.

Ustaljenost interpretacije znači da svakome, i to unaprijed, moraju biti poznate granice vlastite slobode, to jest mjesto na kojem ta sloboda, u interesu zaštite slobode drugih, počinje bivati ograničenom. Pravnotehnički izraz koji pokriva ustaljenost interpretacije sadržaja i opsega ljudskih prava jest *pravna sigurnost*, a ona se razvija u dva pravca. S jedne strane, ljudska prava moraju biti pozitivirana, a ne prepuštena arbitrarnoj procjeni: to je predmet anglosaksonske teorije o *vladavini zakona*, a ne ljudi, odnosno bit njemačke doktrine o *pravnoj državi*. Koncept vladavine zakona pritom postavlja određene sadržajne uvjete pojmu zakona — »zakon mora biti općenit u svojoj raščlanjenosti, određen u svojoj općosti i ne smije imati nikakvu povratnu snagu«;²³ teza o pravnoj državi ističe pak da je djelovanje kroz pravo (počevši od ustava i zakona) jedina legitimna forma ispoljavanja državne volje.²⁴

S druge strane, budući da je zakon zbog svoje opće forme neizbježno osuđen na neodređenost,²⁵ ustaljenost interpretacije u fazi primjene zakona može se osigurati samo do neke mjere — minimiziranjem mogućnosti nelegitimnih upliva na proces odlučivanja. Najopćenitiji i najvažniji instrument pritom je teorija o *podjeli vlasti*, koja pod krilaticom *checks and balances* omogućuje *nepristranost sudstva* u onoj mjeri u kojoj je to uopće moguće — uspostavljanjem njegove organizacijske i funkcionalne nezavisnosti od egzekutive i legislative.

²¹ Najpoznatiji teoretičari koji zastupaju takve teorije su John Rawls, Robert Nozick i James Buchanan. Vidi Rawls, J., *A Theory of Justice*, Cambridge 1971; Nozick, R., *Anarchy, State, and Utopia*, New York 1974; Buchanan, J., *The Limits of Liberty. Between Anarchy and Leviathan*, Chicago 1975; vidi i instruktivan prikaz diskusije u Kley, R., *Vertragstheorien der Gerechtigkeit. Eine philosophische Kritik der Theorien von J. Rawls, R. Nozick und J. Buchanan*, St. Gallen 1986.

²² O tome v. Uzelac, A., »Liberalizam i pravo. J. S. Mill i pravna država«, u: *Naše teme* 1989. (u tisku).

²³ Neumann, F., *Demokratska i autoritarna država*, Zagreb (Naprijed), 1974, str. 31.

²⁴ Neumann, F., op. cit. str. 95.

²⁵ Klasično mjesto o tome već kod Aristotela, 1037b17: »Uzrok je tomu što je svaki zakon općenit, a o nekim se stvarima ne može ispravno reći ništa općenito, a gdje se to ne može ispravno, zakon uzima u obzir većinu slučajeva, znajući pri tome da se izlaže greškama«, Aristotel, *Nikomahova etika*, Zagreb (Liber) 1982. god., str. 112; o iluziji normativizma i pozitivizma da je pravni sistem zatvoreni sistem bez puno vidi Neumann, op. cit. str. 95.

Ad 3.

Nužnost institucionalne zaštite proizlazi već iz prvih dviju točaka. Potrebno ju je, međutim, naglasiti iz dodatnih razloga. Novovjekovna ideja konstitucionalne demokracije počiva, naime, na pretpostavci da ne postoji ni jedna univerzalna instanca koja bi jamčila ispravnost odluka o praktičkim pitanjima koja se tiču političke zajednice. U modernim društvima ne postoji tako ni jedan supstancijalni kriterij istinitosti/ispravnosti, bilo kao cjelina običajnosti (*ethos*, *Sittlichkeit*), bilo kao neko drugo nadindividualno načelo: religijsko (»božji sud«, crkveni/papinski pravorijek, naredba cara/kralja kao božjeg izaslanika), povijesno (duh naroda/nacije, uvid u »objektivne povijesne zakone«) ili filozofijsko (dedukcija iz evidentnih, općevažećih istina).²⁶ Jedini preostali kriterij ispravnosti neke odluke, pravednosti nekog zakona, odnosno nepristranosti neke presude jest onda sasvim *formalan* i sastojat će se u slijeđenju procedure za koju se vjeruje da, bez obzira na to kakvi rezultati konkretno bili, daje pravedne rezultate. Na ideji da samo i jedino pravedna procedura daje jamstvo za pravednost ishoda počiva ideja tzv. *proceduralne pravednosti*, a to je ujedno i jedina za pravo meritorna koncepcija pravednosti. Pritom, smatra se da je pravedna jedino ona procedura koja štiti ljudska prava.²⁷ I krug se tako zatvara.

Proceduralna se pravednost realizira u složenoj mreži proceduralnih institucija (propisi o nadležnosti, vođenju postupaka, rokovima aktivnosti svih sudionika, stupnjevanju preispitivanja i mijenjanju jednom donesenih odluka itd.). Konačan će ishod pritom ovisiti i o uravnoteženosti sklopa takvih institucija; međutim, i odluka o uravnoteženosti tog sklopa bit će pitanje pravednosti.

Bilo koja odluka koja se tiče ljudskih prava donesena izvan mreže institucija koje ta prava štite ne može, prema tome, biti ni ispravna ni neispravna — ona je naprosto irelevantna; točnije, irelevantna je barem u sistemu koji omogućuje punu realizaciju proceduralne pravednosti, onemogućujući van-institucionalne utjecaje na institucionalne odluke.

Ad 4.

Ideja o društvenougovornom utemeljenju zajednice počiva na ideji o jednakom opsegu slobode udruženih članova — »ako postoje uopće bilo kakva moralna prava, postoji barem jedno prirodno pravo, prirodno pravo svih ljudi da budu slobodni«. ²⁸ Jednakost slobode udruženih članova pretpostavlja da svaki član samostalno, bez upliva sa strane, ima pravo za sebe izgraditi svoju vlastitu koncepciju o dobrome životu.²⁹ Da bi, međutim, svatko imao načelnu šansu da se po svojoj koncepciji o dobrome životu i ponaša, potrebno je omogućiti mu pravičnu reprezentaciju kod donošenja svih odluka o dobrobiti zajednice. Potrebno je, osobito, omogućiti da svačiji interes bude predstavljen kad se donose odluke o pitanjima koja stvarno ili potencijalno mijenjaju kolektivnu koncepciju ljudskih prava. Budući da je, osim u iznimno malim i zatvorenim zajednicama, nemoguća izravna reprezentacija pojedinačnih interesa, javlja se potreba za izvjesnim *institucijama posredovanja*: dvije najvažnije od njih su institucija *javnosti* i institucija *političkog pluralizma*.

²⁶ O kritici takvog deduktivizma v. Perelman, Ch., *Pravo, moral i filozofija*, Beograd (Nolit) 1983. god., str. 41. i d.; Fiveg, T. (Viehweg, Th.), *Topika i jurisprudencija*, Beograd (Nolit) 1987. god., str. 98. i d.; vidi i Hasanbegović, J., *Perelmanova pravna logika kao nova retorika*, Beograd (IC SSOS), 1988. god., str. 20. i d.

²⁷ Vidi u Rawls, op. cit. str. 197.

²⁸ Usp. Hart, H. L. A., »Postoje li neka prirodna prava?«, Matu... M., (ur.), *Ljudska prava*, Rijeka (ICR) 1989, str. 41.

Obje od tih institucija omogućuju da pitanje ljudskih prava i institucija preko kojih se ta prava ostvaruju, kao temeljna pitanja političke zajednice, postanu predmet racionalnog diskursa, uz virtualno sudjelovanje svih članova zajednice. Svačiji stav, svačija koncepcija o dobrom životu za sebe i zajednicu, kao i svačiji interes moraju u tom diskursu načelno imati jednaku težinu. Idealno, za diskurs također vrijede neka proceduralna ograničenja;³⁰ optimalan je diskurs koji — uz neograničeno vrijeme rasprava — uvijek dovede do konsenzualnih zaključaka; manje je optimalan, no neizbježan diskurs koji, uz određeno vrijeme, dovede do većinski prihvatljivih zaključaka; korekcija većinske odluke je u tome što je ona uvijek ponovo otvorena diskursnom preispitivanju; upravo zbog toga, međutim, odluke u nekim fundamentalnim pitanjima koja dublje zadiru u javnu koncepciju ljudskih prava i daju teško popravljive posljedice ne smiju nikada biti prepuštene običnom većinskom odlučivanju.

Važno je primijeniti da bez ove posljednje pretpostavke i sve ranije gube smisao.³¹ Bilo koji oblik idejnog ili političkog monopola omogućuje da sve ranije točke — pravna država, vladavina zakona, ugovorna legitimacija, kao i ustavni poredak u cjelini — unatoč tome što ih se formalno može zastupati i poštovati, postanu prazne, bezsadržajne sheme; tada također i ljudska prava postaju neodređena politička parola u koju svatko može učitati štogod mu se prohtije. Iskustvo nacionalsocijalizma i staljinizma u tom su pogledu samo najradikalniji slučajevi,³² no upravo zbog toga ostaju kao trajan podsjetnik na uvijek moguće konzekvencije jednoga neodređenog poimanja ustava, prava i demokracije.

* * *

Gornje četiri točke i obrazloženja uz njih mogu se podjednako čitati kao popis uvjeta postavljenih svakom ustavnom poretku — da bi ga se u punom smislu moglo zvati *ustavnim* poretkom — i kao skup pretpostavki za realizaciju i učinkovitu zaštitu ljudskih prava. Odgovor na pitanje može li ljudska prava štititi dobrohotan tiranin ili humanistički orijentirana (monopol-ska) komunistička partija, zasnovana na teoriji o diktaturi proletarijata, mora tako biti negativan, čak iako zanemarimo kontradikciju koja leži u činjenici da su tiranija/diktatura to što jesu upravo zbog negacije jednog od osnovnih ljudskih prava — prava na punopravno (su)odlučivanje o dobrobiti političke zajednice.

To dakako ne znači da između različitih ne-demokratskih poredaka ne postoje bitne razlike u pogledu težine i intenziteta povreda ljudskih prava. Nije isključeno čak ni to da u nekom nedemokratskom poretku neka ljudska prava budu određeno vrijeme faktički poštovana te da oko njih i njihove zaštite neko vrijeme ne izbijaju teži sporovi. Takvo stanje, međutim, ne može dugo trajati, jer ne-demokratski poredak (u smislu poretka koji ne prihvaća sve četiri od gore navedenih točaka) ne može osigurati trajnu stabilnost u oblasti zaštite ljudskih prava. To se najvidljivije očituje kod dvojbениh primjera, tzv. »teških slučajeva«, a posebno onda kad dolazi do sukoba između

³⁰ Jürgen Habermas tako navodi »formalna svojstva« koja ispunjavaju »uvjet slobode kretanja između razina diskursa«; ta svojstva su »svojstva idealne jezične situacije« kojoj su onda postavljena četiri proceduralna uvjeta koja se tiču jednakosti šansi sudionika u diskursu. Usp. Habermas, J., »Zur Logik des theoretischen und praktischen Diskurses«, u: Riedel, M. (ur.) *Rehabilitierung der praktischen Philosophie*, Freiburg i. Br. 1972, str. 396 i d.

³¹ To je npr. praktična pozadina glasovitog Fullerovog slučaja »zločestih činera«; usp. Fuller, L., *The Morality of Law*, New Haven, 1969, str. 245. i d.

³² Usp. Radbruch, G. (Radbruch, G.), *Filozofija prava*, Beograd (Nolit) 1980.

ljudskih prava i nekoga drugog tipa utemeljenja političke zajednice. Za moderne je ne-demokratske poretke, naime, karakteristična mnoštvenost kontradiktornih osnovnih principa konstitucije političke zajednice, pri čemu je uvijek formalno prisutno i utemeljenje iz ljudskih prava, što se vidi iz činjenice da u moderno doba i najveće diktature imaju »ustavni« i »pravni« poredak. Preneseno na jugoslavensku situaciju, Ustav iz 1974. godine pruža nam najmanje tri takva osnovna, međusobno kontradiktorna principa utemeljenja.³³ Budući da su neki od tih principa (npr. diktatura proletarijata i avangardizam partije) jasno suprotni nekim ljudskim pravima (npr. pravu na političko udruživanje, pravu na slobodan izbor političkih predstavnika, a kako se u praksi pokazalo, i slobodi govora) ili pak isključuju mogućnost institucionalnih pretpostavki ljudskih prava (politički pluralizam, javnost, vladavina prava, društvenougovorno utemeljenje, podjelu vlasti) nije čak ni potrebno navođenje konkretnih primjera da bi se dokazalo da će do povreda ljudskih prava ranije ili kasnije doći.

Pitanje zaštite ljudskih prava u Jugoslaviji utoliko je istovremeno i pitanje novoga jugoslavenskog ustava. No, pitanje hoće li taj akt, koji će se, kao i svi raniji, formalno nazivati »ustavom«, uistinu i biti ustav, nije više pitanje voluntarizma ustavotvorca. Uistinu odgovarajući ustav bit će tako moguće sastaviti tek onda kad se shvati da nije dovoljno da se samo ljudska prava ocjenjuju prema svojoj ustavnosti, tj. u onoj mjeri u kojoj su ustavom deklarirana, već je potrebno i da se sama ustavnost ustava procjenjuje u onoj mjeri u kojoj ustavni poredak uistinu pruža pretpostavke za trajnu i dosljednu zaštitu ljudskih prava.

Summary

Alan UZELAC

A CONSTITUTION WITHOUT HUMAN RIGHTS, HUMAN RIGHTS WITHOUT A CONSTITUTION?

The author discusses relations between theoretical concepts of the constitution and human rights, in connection with the widespread confusion concerning the problem of the human rights in the socialist countries.

The origin of this confusion the finds in the fact that in all socialist countries there are two contradictory approaches to the problem of defining the constitution: so-called trahshistoric and so-called democratic-liberal approach. While the first approach is prevailing, the second one remains nearly completely neglected, because of certain ideological presumptions which every socialist scholar is expected to follow.

Because of that, it could seem (according to the socialist legal and constitutional theory) that there is a possibility of a constitutional system without appropriate protection of human rights. However, the author states that a) human rights depend on the certain type of the constitutional system; b) strictly

³³ Mojmir Križan tako razlikuje u Ustavu iz 1974. godine tri tzv. tipa podruštvljenja: iz dogovora/ugovora kolektivnih agregata — naroda, iz marksističke ideologije, izgrađivanja socijalizma i vodeće uloge partije te iz sloboda i prava čovjeka i građanina (»podruštvljavanje tipa društvenog ugovora«). Usp. Križan, M., »Tipovi podruštvljenja i redefinicija jugoslavenskog ustavnog poretka«, u: *Pravna i društvena teorijska i praktična istraživanja*, 22 (5/1989), str. 378. i d.

speaking, the constitutional system could not exist without having human rights adequately protected.

In order to explain that, the author considers a network of conditions necessary to form a consequent constitutional system with appropriate protection of human rights. This network represents a substantial unity of the concept of the constitution and human rights, and includes the concepts of the rule of law, constitutional democracy, a contractual legitimacy of the political power, a system of checks and balances etc. After a short specification of the reasons for failing to notice this substantial unity in the social and legal sciences, the author presents and explains four theses about the necessary position of human rights inside a constitutional system. Therefore, he emphasizes the necessity of the *absolute priority, firm ways of the interpretation, institutional protection* and a *discursive foundability* of the human rights. Only the cumulative co-existence of the all four conditions at the same time makes a democratic constitution possible, and human rights protectable.