

Велимир Живковић
Мастер (Београд), MJur (Oxford)¹

Оригинални научни рад
UDK: 339.727.22:321.7:341.6

ДЕЛИБЕРАТИВНА ДЕМОКРАТИЈА И УНАПРЕЂЕЊЕ ЛЕГИТИМИТЕТА МЕЂУНАРОДНОГ ИНВЕСТИЦИОНОГ ПРАВА

Апстракт

Међународно инвестиционо право је предмет и подручје све интензивнијег академског истраживања, али и оштрих дебата у политичкој сфери. Одредбе о заштити страних инвестиција, које на различите начине задиру у суверенитет земаља, постале су нарочито контроверзне услед њихове примене у арбитражним одлукама велике вредности и одлука донетих на штету држава у развоју. Ово у све већој мери изазива отпор различитих, не само мање развијених, држава и отвара питање даљег опстанка постојећег система решавања спорова са страним улагачима. У том погледу, посебан је значај питања легитимности постојећег режима, насупрот релативно неспорној легалности, и начинима на који би легитимитет могао бити унапређен. Овај рад разматра питање унапређења легитимитета кроз примену одређених начела делиберативне демократије у контексту идеје израде кодификације међународног инвестиционог права као једног од предлога за реформу.

Кључне речи: делиберативна демократија, дискурс, међународно инвестиционо право

1. Увод

Међународно инвестиционо право (МИП) је грана међународног јавног права коју у формалном смислу чини преко три хиљаде

¹ Мастер (Београд), MJur (Oxford); Истраживач сарадник, Институт за упоредно право, mail:velimir85@yahoo.com

билатералних споразума о заштити страних улагања, билатералних инвестиционих споразума – БИС (енг. *bilateral investment treaties - BITs*) и изванредан број мултилатералних регионалних споразума. Кључна одлика ових споразума је право страног улагача као приватног, недржавног ентитета да непосредно тужи државу домаћина у којој улаже пред арбитражним трибуналом у случају повреде одређених одредби ових споразума. То су пре свега стандарди третмана страног инвеститора попут „поштеног и правичног третмана” (енг. *fair and equitable treatment*), националног третмана, третмана најповлашћеније нације и одредбе о експропријацији за коју инвеститор сматра да није спроведена на одговарајући начин, пре свега у погледу постојања и висине надокнаде. Права експлозија тужби и арбитражних одлука у овој области почиње деведесетих година XX и наставља се у првој деценији XXI века, уз пресуде против држава које у неким случајевима прелазе милијарду долара.² Упоредо са порастом броја случајева развија се и арбитражна пракса кроз формулисање правила тумачења и прецизирања постојећих стандарда. Овај развој праксе иде у правцу који многе државе и одређени аутори у овој материји сматрају превише наклоњеном инвеститорима, и у директној супротности са легитимним правом државе да својим прописима и активностима тежи остваривању циљева у општем јавном интересу.

Узимајући у обзир вредност и природу спорова не чуди да се ова област налази у стању преиспитивања основних и деценијама релативно неспорних начела. Тренутно стање се неретко описује као постојање оштре реакције, ако не и побуне, против постојећег режима,³ а које се пре свега огледа у одбијању држава да се повинују арбитражним одлукама донетим против њих,⁴ иступањима из чланства у Међународном центру за решавање инвестиционих спорова (телу које административно организује велики број арбитража),⁵

² В. одлуку трибунала у случају *Occidental Petroleum v The Republic of Ecuador* (ICSID Case No. ARB/06/11) доступну на <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1094.pdf>, којом је тужиоцу додељено преко 1,7 милијарди америчких долара одштете, уз камату.

³ А. Kaushal, „Revisiting History: How the Past Matters for the Present Backlash Against the Foreign Investment Regime”, *Harvard International Law Journal* 50/2009, 491, и генерално М. Waibel et al. (ур.), *The Backlash Against Investment Arbitration: Perceptions and Reality*, Kluwer, 2010.

⁴ Најпознатији је случај Аргентине, која је одбила да исплати око 450 милиона досуђених надокнада штете у вези финансијске кризе 2001. године, што је довело до одређених санкција САД и скорашњег поравнања са тужиоцима.

⁵ У питању су конкретно Боливија, Еквадор и Венецуела.

раскидањем постојећих БИС⁶ и озбиљним дискусијама о потреби постојања механизма решавања спорова између инвеститора и држава у будућим споразумима о трговини и инвестицијама.⁷ У литератури су присутне често неуобичајено жучне критике постојећег система по различитим основама од стране различитих невладиних организација и једног броја аутора у овој области.⁸ Све ово је допринело стварању слике о угрожености даљег постојања система МИП, посебно у поређењу са периодом масовног склапања различитих инвестиционих споразума током деведесетих година XX и почетка XXI века.⁹

Постојање кризе МИП је неспорно али за неке ауторе, критике и реакције одређених држава су и даље релативно ретка појава, и генерално су више мотивисане незадовољством поводом појединих арбитражних одлука и унутрашњим политичким разлозима него убеђењем да је развој МИП неприхватљиво наклоњен страним инвеститорима.¹⁰ Не заузимајући на овом месту нужно став о овом питању, размере дискусија о питањима доследности,¹¹

⁶ Међу различитим примерима, Јужна Африка је раскинула низ БИС за европским земљама попут Немачке, Холандије и Швајцарске. Недавно, Индонезија је раскинула БИС са Холандијом и према наводима владе Холандије намерава да исто учини и са још 67 потписаних БИС. Видети <http://indonesia.nlembassy.org/news/2014/03/bilateral-investment-treaty%5B2%5D.html>.

⁷ Европска комисија је, у нескладу са досадашњом праксом, отворила поступак јавне расправе и прикупљања мишљења да ли би овакав механизам требало укључити у Споразум о трансатлантском трговинском и инвестиционом партнерству са САД. Видети http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-292_en.htm. По закључењу дискусије, Комисија је саопштила да је примила преко 150,000 (!) поднесака на ову тему, чија ће анализа трајати најмање шест месеци.

⁸ За један од истакнутијих примера критике од стране цивилног друштва видети СЕО/TNI, *Profiting from injustice: How law firms, arbitrators and financiers are fuelling an investment arbitration boom*, Corporate Europe Observatory and Transnational Institute, 2012. Од аутора се истичу, на пример, М. Sornarajah, „The Retreat of Neo-Liberalism in Investment Treaty Arbitration”, у: С.А. Rogers, R.P. Alford (yp.), *The Future of Investment Arbitration*, Oxford University Press, 2009 и G. Van Harten, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford University Press, 2008.

⁹ У њих спадају и БИС и мултилатерални споразуми који су макар делимично посвећени заштити страних инвеститора и инвестиција (попут северноамеричког НАФТА споразума или Споразума о енергетској повељи).

¹⁰ На пример, С.Н. Brower, S.W. Schill, „Is Arbitration a Threat or a Boon to the Legitimacy of International Investment Law?”, *Chicago Journal of International Law*, 9/2008-2009, 495-499.

¹¹ Добар преглед ових дискусија видети код R. Dolzer, „Perspectives for investment arbitration: consistency as a policy goal?”, у: R. Echandi, P. Sauvé (yp.), *Prospects in International Investment Law and Policy: World Trade Forum*, Cambridge University Press, 2013.

транспарентности,¹² нивоа и логике резоновања у арбитражним одлукама,¹³ и економским резултатима и оправдањима постојања БИС,¹⁴ уз већ наведена турбулентна политичка дешавања, у сваком случају указују да се МИП у значајној мери налази у стању практичног и теоретског превирања.

Једна од заједничких тачака ових дискусија је често стављање у први план појма легитимитета МИП. Легитимитет се понекад изричито разматра као такав,¹⁵ али и када није експлицитно предмет расправе може се закључити да су различите критике система (попут оних о транспарентности процеса одлучивања и ставова да је су правила МИП резултат неочекиваних тумачења БИС од стране малог круга арбитра) у суштини усмерене ка одређеним облицима легитимитета. Ово и није изненађење ако се узме у обзир да је у области међународног јавног права легитимитет све присутнија али и све контроверзнија тема, са понекад оштрим критикама угледних аутора на могућност и/или потребу уношења таквог концепта у међународно право.¹⁶

Такве критике узроковане су повременим ослањањем на намерно широко постављено схватање легитимитета како би се оправдали

¹² На пример, G. Kaufmann-Kohler, „In search of transparency and consistency: ICSID reform proposal”, *Transnational Dispute Management* 2/2005; G.B. Born, E.G. Shenkman, „Confidentiality and Transparency in Commercial and Investor-State International Arbitration”, у: C.A. Rogers, R.P. Alford (op.), *The Future of Investment Arbitration*, Oxford University Press, 2009.

¹³ На пример, F. Ortino, „Legal Reasoning of International Investment Tribunals: A Typology of Egregious Failures”, *Journal of International Dispute Settlement*, 3/2012 и O.K. Fauchald, „The Legal Reasoning of ICSID Tribunals – An Empirical Analysis”, *European Journal of International Law*, 19/2008.

¹⁴ За добар преглед на ову тему видети K.P. Sauvant, L.E. Sachs (op.), *The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment: Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties, and Investment Flows*, Oxford University Press, 2009.

¹⁵ C.N. Brower, S.W. Schill, 495ff; S.D. Franck, „The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law through Inconsistent Decisions”, *Fordham Law Review*, 73/2004-2005;

J. Kurtz, „Building Legitimacy Through Interpretation in Investor-State Arbitration: On Consistency, Coherence and the Identification of Applicable Law”, *University of Melbourne Legal Studies Research Paper*, 670/2013; S.W. Schill, „Enhancing International Investment Law’s Legitimacy: Conceptual and Methodological Foundations of a New Public Law Approach”, *Virginia Journal of International Law*, 52/2011-2012.

¹⁶ В. на пример, T.M. Franck, „The Power of Legitimacy and the Legitimacy of Power: International Law in an Age of Power Disequilibrium”, *American Journal of International Law*, 100/2006; S. Wheatley, „A Democratic Rule of International Law”, *European Journal of International Law*, 22/2011; M. Koskeniemi, „Miserable Comforters: International Relations as New Natural Law”, *European Journal of International Relations*, 15/2009.

поступци чија би легалност у најбољем случају била врло спорна.¹⁷ Оправданост таквих критика ипак не би требало да онемогући употребу одређених форми легитимитета као аналитичког оруђа за увид у тренутну ситуацију у одређеној области права и давање предлога за евентуалну реформу. Први корак у том циљу је указивање на чињеницу да легитимност није једнозначан појам. Како би тај појам био од користи у материји МИП, потребно је разлучити његове различите облике и шта се може постићи посматрањем кроз одређени облик као референтни систем анализе, уз свест о ограничењима која намећу избором једног од облика. Како је легитимитет МИП једно од често разматраних питања, пажљива анализа овог питања овде посебно добија на значају.

Разматрање легитимитета добија и нову димензију када се говори о потреби реформе кроз стварање нових правних инструмената. По угледу на ситуацију у међународном привредном праву (пре свега уговорном праву),¹⁸ све су чешћи предлози за стварање кодификације правила МИП кроз правно необавезујући али у пракси утицајни инструмент.¹⁹ Оваква кодификација би потенцијално допринела уједначавању начина на који арбитражни трибунали одлучују о релативно сличним или пак истоветним нормама садржаним у БИС. Идеално, уједначена пракса би потом довела до веће предвидивости принципа и правила, а у перспективи и до пораста легитимитета читавог режима МИП на тај начин.

Оправдано се може поставити питање да ли овакав начин кодификације нужно доводи до унапређења легитимитета МИП. Поред пораста легитимности који се везује за унапређење предвидивости, отворено је питање да ли само стварање кодификације са собом носи одређене проблеме у погледу других аспеката легитимности. Ко би идеално имао мандат да ова решења кодификује? Зашто би државе нужно биле склоне прихватању овако створеног инструмента? Ако постоји отпор правилима каква сада постоје, на који начин би њихова кодификација, уз потенцијално мање измене, помогла успостављању

¹⁷ В. извештај International Independent Commission on Kosovo, *The Kosovo Report: Conflict, International Response, Lessons Learned* (2000), 4 где је НАТО интервенција против СРЈ окарактерисана као 'нелегална, али легитимна'.

¹⁸ Неки од најпознатијих примера су Принципи европског уговорног права (Principles of European Contract Law - PECL) и Принципи међународних трговинских уговора UNIDROIT (UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts).

¹⁹ В. на пример, прилоге у А. Bjorklund, A. Reinisch A (уп.), *International Investment Law and Soft Law*, Edward Elgar, 2012 као и J. Karton, „Reform of Investor-State Dispute Settlement: Lessons from International Uniform Law”, *Transnational Dispute Management* 1/2014.

легитимитета? Шта је са демократским легитимитетом таквог стварања правила међународног права?

Стварање кодификације као такве није идеја коју би требало тек тако одбацити. Али уместо да и сама постане тачка спорења у домену легитимитета, ова кодификација би кроз свој начин израде и садржана правила могла допринети унапређењу ситуације. Оно што је потребно је размишљање ван устаљених категорија пописивања правила каква већ постоје, без превише значајних измена и компромиса, у циљу постизања јединственог решења. Пожељно је пре свега темељно преиспитати правила, притом поштујући у мери у којој је то могуће демократска начела легитимности.

Идеја која се ближе разматра у овом раду је да идентификација и формулација групе релевантних „нормативних дискурса” присутних у МИП може допринети потенцијалној реформи МИП кроз стварање правно необавезујуће али ауторитативне кодификације постојећих правила, са посебним циљем доприношења легитимности таквог подухвата, а последично и даљег развоја МИП. Акцент је у овом контексту, из више разлога који ће бити ближе образложени, на прилагођеној идеји дискурзивног представљања група и интереса која потиче из једног вида теорије делиберативне демократије чији је најкарактеристичнији представник Џон Драјзек. Формулисани нормативни дискурси могу служити као координате за упоредноправно истраживање и обликовање наведене кодификације. Наведени подухват захтева детаљније разматрање које излази из оквира овог рада, али је циљ да се на овом месту представе основне идеје делиберативне демократије у овом контексту и могући списак нормативних дискурса који би били од значаја.

Наш рад се састоји из четири дела. У првом делу се разматра појам легитимности уопште, различите перспективе у погледу легитимности и МИП, као и разлози за посматрање МИП кроз призму демократског легитимитета. Други део је посвећен приказу теорије делиберативне демократије, дискурзивног представљања и разлога за усвајање овог приступа при анализи проблема демократског легитимитета МИП. У трећем делу скицира се група дискурса присутних у МИП, уз објашњење разлика коју идеја нормативних дискурса садржи у поређењу са уобичајеним схватањем дискурса у теорији делиберативне демократије. Четврти део састоји се од закључних разматрања и представљања даљих смерница за истраживање.

2. Различита значења легитимности и МИП

У најширем смислу легитимност се може дефинисати као сагласност одређене појаве са правом или другим нормативним системом.²⁰ Везивање легитимности за право је најуже и можда и најједноставније схватање. Овакав правни легитимитет води до изједначавања легитимности и легалности (правне валидности) остављајући морална схватања и вредности у потпуности по страни.²¹ С друге стране, сагласност одређене појаве са другим нормативним системима, који нису правни, доводи до узимања у обзир политичких, идеолошких, религијских, филозофских и потенцијално многих других схватања приликом оцене легитимности.

И правни и морални легитимитет (схваћен у било ком смислу) су део шире групе *нормативног* легитимитета, чије се постојање може оцењивати апстрактно и теоријски. С друге стране, *друштвени (социјални)* легитимитет је емпиријског карактера. Друштвени легитимитет је карактеристика која се придаје одређеној појави путем веровања одређеног учесника да је та појава морално или правно легитимна.²² Постојање и интензитет таквог легитимитета није апстрактног карактера, већ се на различите начине објективно манифестује нпр. поштовање система и реда насупрот критици и отпору. Елемент веровања може пак довести до појаве лажног легитимитета, где се покорност систему одржава услед тога што се његов суштински несклад са прокламованим нормативним системом не примећује од стране оних који су му подређени из неког разлога, попут пропаганде или цензуре.²³ Могућа је, наравно, и обрнута ситуација, где је вера у одређени систем нарушена независно од фактичког стања, а пропаганда и утицај масмедија и овде могу играти велику улогу. Опадање нивоа друштвене легитимности МИП у очима актера, пре свега држава потписница БИС, је једна од манифестација кризе система о којој је било нешто речи овде више раније и низу наведених радова.²⁴ Стога није циљ овог рада да се анализира стање друштвене, фактичке легитимности, већ да се посвети пажња нормативним системима са којима би МИП могло

²⁰ В. дефиницију Oxford Dictionary of English на <http://www.oxforddictionaries.com/definition/english/legitimacy>.

²¹ С.А. Thomas, „The Concept of Legitimacy and International Law”, *LSE Law, Society and Economy Working Papers*, 12/2013 (у даљем тексту ‘The Concept of Legitimacy’).

²² С.А. Thomas, „The Concept of Legitimacy”, 14.

²³ С.А. Thomas, „The Concept of Legitimacy”, 14-15.

²⁴ В. посебно радове наведене у fn. 1 и 13 supra.

или требало бити у складу. Дубља анализа ове теме може пружити бољи увид у разлоге тренутног стања превирања и омогућити трасирање могућег пута за реформу.

Преглед различитих могућих схватања концепта легитимности указује на бројне начине на које се може посматрати легитимност било ког система права, националног или међународног, укључујући ту и МИП. Систем права може бити паралелно описиван, критикован или подржаван узимајући у обзир различита схватања легитимности или придајући им различиту тежину. Истински вредносно неутрална процена стања у МИП, а посебно предлога за реформу (ако се реформа сматра пожељном) није стога изгледна.²⁵ Али то не мора бити разлог за парализовање дискусија о будућности МИП. Различити погледи би требало да послуже као добар извор за анализу система из различитих углова и за узимање у обзир мноштва вредности и интереса који карактеришу МИП.

Различите одлике МИП указују на нормативне системе који се могу сматрати посебно значајним за даљу анализу, мада сигурно не пружају и исцрпну листу. Прво, МИП као мрежа од преко 3000 међународних уговора са генерално сличним одредбама може бити посматрана кроз призму чисто правне легитимности. Друго, механизам решавања спорова између држава и инвеститора од стране неутралних и независних експерата,²⁶ као и у неким другим гранама међународног решавања спорова (на пример у случају Тела за решавање спорова СТО)²⁷ омогућава и анализу кроз призму експертске легитимности, схваћене у смислу епистемолошког легитимитета праћеног правним ауторитетом. Коначно, правна природа МИП и утицај на понашање држава које има имају директан значај за демократску легитимност система. Наравно, ови облици легитимности се у одређеној мери преплићу и није увек могуће повући јасну линију између њих.²⁸

Фокус даље дискусије ће у овом раду бити демократски легитимитет МИП. Ова област права припада корпусу међународног

²⁵ За генерални приказ видети М. Koskenniemi, „Letter to the Editor of the Symposium”, *American Journal of International Law*, 93/1999.

²⁶ За потребне квалификације арбитра у инвестиционим споровима видети члан 14 Вашингтонске конвенције.

²⁷ В. на пример, С.А. Thomas, „Of Facts and Phantoms: Economics, Epistemic Legitimacy and WTO Dispute Settlement”, *Journal of International Economic Law*, 14/2011 (у даљем тексту ‘Of Facts and Phantoms’).

²⁸ I. Hurd, *After Anarchy: Legitimacy and Power in the United Nations Security Council*, Princeton University Press, 2007, 66-73.

права, и бројне дискусије о демократском легитимитету које се односе на ову област су такође од од значаја и за МИП. Заправо, у контексту међународног права, дискусије о демократској легитимности су толико присутне да се израз легитимност заправо често користи као скраћеница за демократску легитимност.²⁹

Истраживање питања демократског легитимитета посебно је оправдано, и стога изабрано за тему овог рада, када се узме у обзир потенцијал МИП да утиче на понашање држава у сфери доношења прописа. Питање у којој мери постоји могућност мешања у демократске процесе на националном нивоу кроз стварање наднационалног права заштите страних улагача је спорно.³⁰ За неке ауторе, овај процес је одмакао у довољној мери да се може говорити о новом глобалном управном праву које је наметнуто државама,³¹ док други говоре о ситуацији у којој норме МИП постају део уставних одредаба.³² У материји међународног економског права, сличне расправе довеле су до све исцрпније литературе посвећене овој теми.³³ На овом месту није могуће дати детаљнији преглед ставова о демократском легитимитету међународног права, али закључак који се најчешће намеће је да непостојање демоса на глобалном нивоу који би могао служити као заједница која би кроз демократско представљање могла легитимизовати ова правила значи да једноставно преношење концепта демократског легитимитета са националног на међународни ниво није могуће.³⁴ Ово је разлог због којег се међународно право у целини оцењује као недемократско, али истовремено и разлог за изношење предлога за ново одређење онога што би се могло сматрати демократски легитимним на међународном нивоу.³⁵

²⁹ С.А. Thomas, „The Concept of Legitimacy”, 12.

³⁰ В. на пример, дискусију о овим питањима код W.W. Burke-White, A. von Staden, „Private Litigation in a Public Law Sphere: The Standard of Review in Investor-State Arbitration”, *Yale Journal of International Law*, 35/2010, 283-297.

³¹ G. Van Harten, M. Loughlin, „Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law”, *European Journal of International Law*, 17/2006.

³² D. Schneiderman, *Constitutionalizing Economic Globalization: Investment Rules and Democracy's Promise*, Cambridge University Press, 2008.

³³ В. С.А. Thomas, ‘Of Facts and Phantoms’, fn. 125.

³⁴ В. на пример, J.H.H. Weiler, „The Geology of International Law - Governance, Democracy and Legitimacy”, *ZaöRV*, 64/2004, 560.

³⁵ В. генерално А. Moravcsik, „Is there a ‘democratic deficit’ in world politics? A framework for analysis”, *Government and Opposition*, 39/2004, 336 и R.A. Dahl, „Can international organizations be democratic? A skeptic's view” у: I. Shapiro, C. Hacker Córdón (ур.), *Democracy's Edges*, Cambridge University Press, 1999.

У том контексту, може се сматрати као оправдана замена стандардних модела представничке демократије који заснивају демократски легитимет на изборима и представљању у парламенту одређеном алтернативом која је прилагођенија међународном поретку. Схватање демократије које би могло више одговарати у том смислу је делиберативна демократија, о којој ће бити више речи у овом раду. Пре детаљнијег излагања концепта делиберативне демократије, вреди изложити у кратким цртама неке карактеристике које оправдавају такав избор и поред неминовних ограничења која намеће глобални ниво.

Теоријски приступи делиберативној демократији у сфери политичких наука се разликују, али им је заједничко схватање да самоуправа једне заједнице и демократски легитимитет не захтева нужно или чак не захтева уопште пропорционално представљање или гласање о унапред одређеним опцијама, попут политичких партија или питања на референдуму. Делиберативна демократија је у суштини расправна и ставља акценат на расправу – дискусију, на комуникацију и снагу бољег аргумента.³⁶ Овакво схватање почива на претпоставци да сви они на које одређена одлука утиче би требало да буду у могућности да учествују у рационалној и информисаној расправи која би претходила њеном доношењу. Рационална размена аргумената, промишљање и отвореност ка промени почетног става су одлике које омогућавају боље и рационалније исходе, док у исто време пружају демократски легитимитет у очима оних који су учествовали или су могли да учествују у расправи. Заснивајући се на овим начелима, грана теорије делиберативне демократије коју заступа пре свега Џон Драјзек – дискурзивно представљање и расправљање – пружа нове могућности за разматрање питања унапређења демократске легитимности кроз кодификацију МИП уз прилагођавања, о којима ће бити више речи у даљем тексту.

Постоје и два додатна разлога за ближе разматрање делиберативне демократије у овом контексту. Један је акценат који сами аутори у материји делиберативне демократије дају прилагођености овог концепта демократије међународном окружењу.³⁷ Други је да је овај концепт у одређеној мери већ закупио пажњу теоретичара међународног права. У том смислу, посебно је значајан приказ

³⁶ S. Chambers, „Deliberative Democratic Theory”, *Annual Review of Political Science*, 6/2003, 308.

³⁷ H. Buchstein, D. Jörke, „The Argumentative Turn toward Deliberative Democracy: Habermas’s Contribution and the Foucauldian Critique” у: F. Fischer, H. Gottweis (yp.), *The Argumentative Turn Revisited: Public Policy as Communicative Practice*, Duke University Press, 2012, 278.

демократског легитимитета у међународном праву Стивена Витлија.³⁸ Стога даље излагање у овом раду може бити виђено и као допринос истраживању овог облика легитимитета у међународном праву.

3. Делиберативна демократија

3.1. Основи делиберативне демократије

Концепт делиберативне демократије није униформно схваћен у теорији.³⁹ Овде дат приказ заснован је на раду Јиргена Хабермаса, чијој грани теорије припада и Џон Драјзек. У Хабермасовом виђењу, политичка партиципација је активност једнаке укључености у процесу формирања воље кроз дискурс, са кључном улогом рационалних аргумената у политичким дебатама.⁴⁰ За Хабермаса, легитимно право захтева процес јавне дискусије који укључује све на које то право потенцијално утиче.⁴¹ Хабермас ипак поставља и одређена ограничења оваквом схватању, наводећи да би апсолутна демократизација свих аспеката друштва и отвореност неких од темељних институција ка преиспитивању неминовно довела до нарушавања стабилности коју захтева савремена организација друштвеног живота.⁴²

У нешто измењеном облику који ставља нагласак на потребу могућности али не и нужност укључивања у расправу, Џошуа Коен наводи да су „исходи демократски легитимни, ако и само ако су *могли бити* предмет слободне и рационалне дискусије међу једнакима”.⁴³ Фокус на унапређење демократске легитимности кроз расправу присутан је и код других аутора.⁴⁴ У неколико последњих деценија,

³⁸ B. S. Wheatley, *The Democratic Legitimacy of International Law*, Hart, 2010.

³⁹ В. на пример, различите дефиниције у J. Elster (yp.), *Deliberative Democracy*, Cambridge University Press, 1998.

⁴⁰ H. Buchstein, D. Jörke, 273.

⁴¹ J. Habermas, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, Polity Press, 1996, 30-33.

⁴² H. Buchstein, D. Jörke, 276-277.

⁴³ J. Cohen, „Deliberation and Democratic Legitimacy” у: A. Hamlin, P. Pettit (yp.), *The Good Polity*, Basil Blackwell, 1989, 22.

⁴⁴ В. за више примера J.S. Dryzek, *Foundations and Frontiers of Deliberative Governance*, Oxford University Press, 2010, 22-24; A. Fung, „Deliberative Democracy and International Labor Standards”, *Governance: An International Journal of Policy, Administration and Institutions*, 16/2003, 51.

добија на снази идеја да легитимност демократија зависи у значајној мери од квалитета демократске расправе која служи да информише грађане и укључи што више њих или њихових представника.⁴⁵ За неке од аутора, расправа је само увод у гласање и владавину већине, али демократски легитимитет и даље произилази из процедура расправе која претходи гласању, а не из самог гласања.⁴⁶

За Џона Елстера, који сумира значајан број других схватања, два кључна елемента делиберативне демократије су: 1) колективно одлучивање уз учешће свих на које ће одлука утицати *или њихових представника* и 2) одлучивање путем размене аргумената између учесника који су привржени вредностима рационалности и непристрасности.⁴⁷

Легитимитет одређене одлуке која је резултат овог процеса није једина особина која завређује пажњу. Заговорници делиберативне демократије истичу да систематска, аргументована и свеобухватна дискусија може довести до бољих резултата у смислу квалитета, ефикасности и иновативности решења у поређењу са обичним гласањем базираним на унапред понуђеним опцијама. Нарочито, дискусија би требало да доведе до нових алтернатива које могу да плодотворно комбинују различите полазне позиције учесника.⁴⁸ Делиберативна дискусија представља уједињење капацитета свих укључених у расправу како би се ефикасније решили комплексни проблеми и превазишао проблем „ограничене рационалности” са којим се појединац сусреће.⁴⁹ У овом контексту, ограничена рационалност је израз који се користи за чињеницу да су способности појединца за откривање нових решења, као уосталом и имагинација, ограничене и склоне пропустима.⁵⁰ Наравно, овакав процес није без својих мана које би требало имати у виду. Дискусија сама по себи не елиминише могућност постојања ограничене рационалности читавих група и ствара такође опасност превладавања демагогије и

⁴⁵ J. Mansbridge, J. Bohman J et al., „A systemic approach to deliberative democracy” у: J. Parkinson, J. Mansbridge (yp.), *Deliberative Systems: Deliberative Democracy at the Large Scale*, Cambridge University Press, 2012, 1.

⁴⁶ B. B. Manin, „On Legitimacy and Political Deliberation”, *Political Theory*, 15/1987, 356-362.

⁴⁷ J. Elster, „Introduction” у: J. Elster (yp.), *Deliberative Democracy*, Cambridge University Press, 1998, 8.

⁴⁸ J.D. Fearon, „Deliberation as Discussion” у: J. Elster (yp.), *Deliberative Democracy*, Cambridge University Press, 1998, 49; R. Gargarella, „Full Representation, Deliberation, and Impartiality” у: J. Elster (yp.), *Deliberative Democracy*, Cambridge University Press, 1998, 261.

⁴⁹ J.D. Fearon, 45, 49; B. Manin, 349-351.

⁵⁰ Према Fearon, 49, ово је базирано на чувеном раду Херберта Сајмона – H. Simon, *Models of Bounded Rationality*, MIT Press, 1983.

успеха реторике уместо праве размене аргумената.⁵¹

Оцена демократске легитимности неке појаве кроз призму делиберативне демократије би идеално захтевала одређивање типске процедуре која би требало да буде испоштована а са којом би се онда упоредио настанак правила МИП. Нажалост, да детаљно излагање неке идеалне процедуре или хомогено схватање исте код различитих аутора генерално није карактеристика теорије делиберативне демократије.⁵²

Коен наводи три опште одлике који би требало да карактеришу идеалну расправу: 1) одлучивање о агенди, 2) предлагање алтернативних решења за проблеме на агенди уз разложно образлагање тих предлога и 3) закључивање расправе одабиром једног решења.⁵³ Општији, често цитирани модел улоге расправе у друштву је дуалистички модел Хабермаса, који идентификује ширу и углавном неорганизовану јавну сферу на једној страни и формализовани систем власти на другој. Дискусија о политичким питањима у јавној сфери ствара оно што Хабермас назива комуникативном моћи, која потом утиче на дешавања у сфери власти, уз настојање да се не подрију саме основе система - расправа не би смела да води у анархију. Како би се ово постигло потребно је одређено делиберативно филтрирање сирове комуникације, односно формулисање и образлагање предлога из јавне сфере.⁵⁴ Наравно, јасна је потреба за детаљнијом разрадом овог модела, чему су други аутори у одређеној мери допринели.⁵⁵

Даље дограђујући Хабермасов модел, Драјзек износи шест елемената делиберативних система – *јавни простор* (слободна и неспутана дискусија), *овлашћени простор* (формално или неформално овлашћен, тј. институције које доносе одлуке које утичу и на јавни простор), *пренос* између ова два простора, *одговорност* овлашћеног према јавном простору, *мета-расправа* о томе како би делиберативни систем требало да изгледа и коначно *утицај* или степен до ког ових пет елемената заједно обликују садржај

⁵¹ В. S. Chambers, *Reasonable Democracy: Jürgen Habermas and the Politics of Discourse*, Cornell University Press, 1996, 151.

⁵² В. на пример, J.S. Fishkin, „Deliberative Democracy and Constitutions”, *Social Philosophy and Policy*, 28/2011, 247-248.

⁵³ J. Cohen, 22.

⁵⁴ Н. Buchstein, D. Jörke, 276-277.

⁵⁵ В. генерално S. Chambers (fn. 48 supra) и М. D'Entrèves Passerin (уп.), *Democracy as Public Deliberation: New Perspectives*, Manchester University Press, 2002.

колективних одлука.⁵⁶ Нешто више детаља би се могло дати за функционисање конкретних примера делиберативних форума у пракси,⁵⁷ али је за потребе даље дискусије довољно препознати да елементи процедуре укључују рационалну дискусију о аргументима изложеним у корист различитих полазних перспектива у циљу постизања исхода који ће утицати на одлуку која се односи на све оне који учествују у расправи.

Док је идеја расправе релативно јасна, за потребе анализе МИП потребно је посветити више пажње појмовима учесника и исхода. Управо у овом погледу Драјзекови концепти дискурзивног представљања и расправе, као и мета-консензуса могу пружити корисне увиде за потребе израде кодификације правила МИП.

3.2. Представљање и дискурзивна расправа

Идеја да би права делиберативна демократија увек захтевала смислено, информисано и рационално учешће апсолутно свих на које би одлука могла утицати је утопистичка. У литератури постоји јасна сагласност да је такав идеал неостварив.⁵⁸ И поред тога, одустајање од идеала учешћа свих за неке ауторе би могло представљати подривање демократског легитимитета. По речима Паркинсона: „То је проблем размере са којим се суочава делиберативна демократија – одлуке се могу чинити нелегитимним онима који остају изван форума, а укључивање већег броја људи би брзо довело до ораторског надметања, а не расправе.”⁵⁹ Сагледавање проблема до којих би масовније расправе довеле чини их потенцијално могућим само у врло малим заједницама.

Неостваривост идеала универзалне расправе не чини и саму идеју делиберативне демократије пуком апстракцијом. Изједначавање универзалне расправе са сваком обликом делиберативне демократије заправо води изједначавању са директном демократијом као јединим извором праве демократске легитимности, што је идеја која постоји

⁵⁶ J.S. Dryzek, 11-13.

⁵⁷ На пример, М.Е. Warren, Н. Pearse (ур.), *Designing Deliberative Democracy: The British Columbia Citizen's Assembly*, Cambridge University Press, 2008.

⁵⁸ J.S. Dryzek, 45; J. Bohman, „Representation in the deliberative system” у: J. Parkinson, J. Mansbridge (ур.), *Deliberative Systems: Deliberative Democracy at the Large Scale*, Cambridge University Press, 2012, 76; R.E. Goodin, „Democratic Deliberation within”, *Philosophy & Public Affairs*, 29/2000, 82-83.

⁵⁹ J. Parkinson, „Legitimacy Problems in Deliberative Democracy”, *Political Studies*, 51/2003, 181.

још код Русоа.⁶⁰ Међутим, као што и Коен истиче, све и да је директна демократија могућа, то уопште не значи да би представљала и најбољи облик за аргументовану демократску расправу са циљем постизања оптималних решења.⁶¹

Као што и свакодневно искуство потврђује, мишљења и становишта могу се груписати и представљати на различите начине без нужне потребе да сваки појединац изнесе свој став. Политичке партије су један од облика овакве агрегације погледа на свет, иако су у пракси прилично несавршен приказ становишта свих својих чланова и/или гласача.⁶² За заступнике делиберативне демократије, престављање не само да је могуће и у контексту расправа, већ је и само по себи довољно легитимно да не наруши демократски легитимитет коначног исхода уз задржавање предности налажења бољег решења кроз дискусију. Кључно питање у овом контексту постаје избор одговарајућих представника који би требало да учествују у расправи, одговарајућих у смислу сопственог легитимитета и репрезентативности шире заједнице на коју се будућа одлука односи.

У контексту стварања кодификације МИП, наведени закључак указује на потребу изналажења идеје како представити оне на које правила МИП утичу уз прихватање чињенице да је тешко решити проблем формалног избора њихових представника (било људи или институција). Управо у овој области идеја расправе међу дискурсима Цона Драјзека може служити као водич, посебно имајући у виду међународни карактер актера МИП. Дискурзивна расправа је значајан допринос теорији делиберативне демократије и може представљати један од задовољавајућих одговора на проблеме размере и масовности.

У најопштијем облику, Драјзек дефинише дискурс као начин разумевања света изражен кроз језик, што обухвата концепте, категорије и идеје базиране на одређеним тврдњама, претпоставкама, парадигмама, ставовима и представама стварности.⁶³ Дискурси такође подразумевају и одређене праксе, радње и активности, пошто су активности у друштву праћене речима које омогућавају разумевање значења активности.⁶⁴ Број дискурса који утичу на

⁶⁰ J. Cohen , fn 27; J.S. Dryzek, 88.

⁶¹ J. Cohen, 30.

⁶² В. на пример, М. Fatke, „Allure or alternative? Direct democracy and party identification”, *Party Politics*, 20/2014, 248.

⁶³ J.S. Dryzek, 32.

⁶⁴ J.S. Dryzek, 32.

обликовање јавног мњења у данашњем свету је огроман, и не састоји се само од оних заступљених од одређених делова становништва, већ и апстрактних дискурса, попут животне средине, антиглобализма, верске толеранције и других вредности и перспектива.⁶⁵

За Драјзека, дискурзивно представљање је централни аспект превазилажења проблема масовности и легитимитета,⁶⁶ с обзиром да је у складу са базичним начелом да ставови за и против одређених одлука морају бити објашњени онима који ће истима бити погођени на начин на који они то могу прихватити,⁶⁷ а посебно имајући у виду применљивост на глобалном нивоу где не постоји јасно дефинисани демос.⁶⁸

Дискурзивно представљање је нешто што се дешава релативно редовно, иако није увек препознато као такво. Драјзек даје интересантан пример музичара и активисте Боно Вокса као представника дискурса „Африке”, који није изабран на било какав формални начин, који се у овом контексту састоји од „жртва неправичног света и каприца природе, без правих представника, са сталним напорима ка утицању на савест богатих.”⁶⁹

Присуство великог броја различитих дискурса ипак не значи да је сваки дискурс релевантан за свако питање. Ово може бити значајна предност у смислу представљања у делиберативном систему. Према Драјзеку „број дискурса који је потребно представити у вези неког питања је генерално много мањи од, на пример, броја представника у уобичајеним законодавним телима, тако да би требало да буде могуће конституисати релативно мале групе за расправу које би садржале представнике свих релевантних дискурса.”⁷⁰

Оно што остаје од кључног значаја је да *сви* релевантни дискурси буду представљени, не само како би се очувао легитимитет већ и како би се у пуној мери остварила предност изналажења бољег решења кроз што више присутних перспектива. Предности хетерогеног

⁶⁵ J.S. Dryzek, 43.

⁶⁶ J.S. Dryzek, 43.

⁶⁷ J.S. Dryzek, 35.

⁶⁸ J.S. Dryzek, 45.

⁶⁹ J.S. Dryzek, 43-44.

⁷⁰ J.S. Dryzek, 44.

састава форума са расправу се често истичу у литератури.⁷¹ Оно што је посебно важно истаћи као разлику у поређењу са традиционалном представничком демократијом је да број људи који се идентификује са одређеним дискурсом није од пресудног значаја у самој расправи. Рационалност коначног исхода може бити унапређена чак и укључивањем екстремних ставова које у том облику можда нико и не заступа у стварности („ђавољих адвоката”).⁷²

У оваквом облику представљања, демократски легитимитет одлуке се остварује у мери у којој је донета одлука у складу са констелацијом дискурса присутних у одређеној области и везаних за одређено питање, уз додатан фактор који је степен до ког је сама констелација предмет контроле од стране компетентних актера.⁷³ Овај додатни фактор има за циљ избегавање ситуације у којој се наметнути дискурси прихватају као легитимни и тиме обезвређује легитимитет коначне одлуке. Такво разумевање постизања демократског легитимитета је од посебног значаја за обликовање кодификације МИП и требало би га имати у виду у даљој дискусији.

3.3 Исходи расправе

На било који начин да се формира делиберативни форум, одвојено и једнако важно питање је какав ће бити конкретан исход расправе. Дискусија о конкретном питању може потенцијално довести до великог броја исхода, почев од постизања консензуса и поред различитих полазних положаја па све до потпуног размимоилажења. Поред тога у зависности од институционалног оквира у коме се спроводи расправа, исход може директно утицати на то да ли и како ће се рефлектовати на будуће одлуке по неком питању.

Делиберативна демократија је дуго била виђена као облик демократије који инсистира на постизању консензуса.⁷⁴ Инсистирање на консензусу насупротив прегласавању је сматрано за кључну разлику између делиберативне и класичне представничке демократије. Овакво поједностављено виђење није више толико присутно, и то са добрим разлогом. С обзиром на изразите тешкоће постизања консензуса у друштвеном и политичком животу чак и о релативно

⁷¹ За преглед видети Н. Buchstein, D. Jörke, 282.

⁷² J.S. Dryzek, 47.

⁷³ J.S. Dryzek, 36.

⁷⁴ В. J. Habermas, 110.

споредним питањима, инсистирање на консензусу као предуслову управљања друштвом и државом делује неоствариво.

Такво схватање је давно превазиђено и код теоретичара делиберативне демократије. Како Драјзек примећује, Хабермас и неки од раних аутора који су га подржавали су заиста представљали консензус као идеал коме треба тежити.⁷⁵ Али такав идеал је генерално напуштен још од краја осамдесетих година XX века, између осталог јер је закључено да би доводио до тога да дискурси морају постати или потпуно сублимирани у један или пак потпуно елиминисани, што нити је реална нити жељена ситуација.⁷⁶

Исход који је генерално много лакше постићи је оно што Драјзек назива мета-консензусом. Мета-консензус је оруђе којим се структурира континуирани спор о неким кључним елементима расправе кроз постизање споразума о легитимности супростављених вредности, валидности супростављених становишта, прихватљивости понуђених алтернатива и о избору дискурса који би требало да буду заступљени.⁷⁷ Постизање мета-консензуса може олакшати склапање одређеног вида радног договора, *modus vivendi*, и учинити коначно донету одлуку легитимном у очима оних који би се могли сматрати губитничким дискурсима.⁷⁸ Осим у ретким ситуацијама када је консензус могућ, мета-консензус може омогућити напредовање уз поштовање плурализма постојећих схватања. Мада су конфликти око тога дали је одређени дискурс легитиман и прихватљив и даље могући и неизбежни, мета консензус би требало да резултира споразумом о прихватљивом сету дискурса, уважавању супростављених ставова и ситуацији у којој би коначна одлука била прихватљивија независно од начина на који је донета (привремено споразум, гласање итд.).⁷⁹ Нагласак на признавању легитимности одређеног становишта насупрот инсистирању на консензусу (или некој форми компромиса) је још један важан аспект који би требало имати у виду приликом рада на изради кодификације МИП.

⁷⁵ J.S. Dryzek, 36.

⁷⁶ J.S. Dryzek, 36.

⁷⁷ J.S. Dryzek, 86.

⁷⁸ J.S. Dryzek, 36-37.

⁷⁹ J.S. Dryzek, 103-116.

4. Нормативни дискурси у контексту кодификације

У разматрању потенцијалне употребе делиберативне демократије за реформу МИП, требало би напоменути да је извештај број аутора почео са истраживањем модела делиберативне демократије на глобалном нивоу.⁸⁰ Ипак, досадашњи радови су фокусирани на истраживање дали постоји глобално цивилно друштво и одговарајући елементи државе на међународном плану који би омогућили и оправдали примену техника делиберативне демократије у доношењу одлука на глобалном плану. Требало би такође напоменути да су међународне финансијске и трговинске организације попут Светске банке и СТО такође биле предмет анализе кроз призму дискурса, посебно у смислу критиковања дискурса неспутаног неолиберализма који је виђен као доминантан у њиховом раду.⁸¹

Предлози који ће бити изнети у даљем раду имају другачији циљ. У наставку ће бити предложена идеја формирања пет група дискурса посебног типа (нормативни дискурси) који би могли представљати одговарајућу констелацију дискурса релеватних за анализу и реформу МИП. Њихова природа и улога су другачији, али повезани са оном коју имају дискурси у виђењу Драјзека. Групе нормативних дискурса имају за циљ да представе шире („драјзековске“) дискурсе од значаја за МИП у форми која је прилагођенија за њихово укључивање у кодификацију и на начин који може допринети демократском легитимитету кодификације. Нормативни дискурси садрже, најшире посматрано, норме (правила и принципе различитог нивоа општости) које служе да представе становишта и перспективе изражене у одговарајућим општим дискурсима поводом питања која би могла бити регулисана у кодификацији МИП. На пример, општи дискурс заштите животне средине (чест предмет активизма НВО на глобалном плану) може наћи свој нормативни израз кроз предложено правило да мере које држава несумњиво преузима у циљу испуњавања јасно дефинисаних обавеза преузетих мултилатералним споразумима о заштити животне средине ни у ком случају не могу представљати одредбе о кршењу фер и поштеног третмана.

⁸⁰ На пример, A. Fung, 53ff и R.E. Goodin, S.R. Ratner, „Democratizing International Law”, *Global Policy*, 2/2011, 241.

⁸¹ M. Castells, *The Information Age, Volume I: The Rise of the Network Society*, Basil Blackwell, 1996; J. Stiglitz, *Globalization and its Discontents*, W.W. Norton, 2002; J.S. Dryzek, 40, 51.

Интеракција ових дискурса и потрага за њиховим потенцијалним консензусом у контексту израде кодификације би представљали облик специфичне, али за подизање легитимности и даље корисне расправе у смислу делиберативне демократије. Такав концепт расправе би тежио да остане колико је могуће у оквирима расправе према Коену,⁸² као и другим разумевањима расправе, попут оног да је права расправа она где се све релевантне идеје чују, дискутују и одговарајуће оцене.⁸³ У значајно измењеном и пренесеном облику, нормативни дискурси могу бити представници оних актера на које МИП утиче, како би допринели расправи у јавном простору (у смислу Драјзека и Хабермаса) стварајући тако један вид замене за формалне делиберативне форуме за доношење колективних одлука везаних за МИП. Такви формални форуми за сада не постоје, нити делују изгледни у догледној будућности.

Овакво виђење дискурса и расправе међу њима не може у потпуности одговорати Драјзековој визији неограничене дискурзивне отворености, рефлексивности и укључености и његовом схватању дискурса који се непрекидно мењају. Ограничења МИП као правног феномена и природа стварања кодификације као процеса ограниченог трајања не могу се помирити са визијом расправе као непрекидног и стално мењајућег процеса.⁸⁴

Ако се предложена форма расправе међу нормативним дискурсима схвати као један од више потенцијалних фактора који доприносе унапређењу легитимности кодификације МИП (други би био транспарентност рада на њеној изради, на пример), онда одступања од опште теорије дискурзивног представљања не доводе у питање вредност даљег истраживања. Вреди напоменути да примери делиберативних форума који су реализовани у пракси у различитим државама и сами садрже одступања од идеалних модела. Ограничавање броја опција у расправи зарад практичних разлога је било присутно, на пример, у једном од често навођених примера делиберативне демократије у пракси - грађанске дебате о реформи здравства у Великој Британији.⁸⁵

Дискурси изложени доле би стога требало да представљају изворе за изналажење норми и покушај проналажења консензуса о питањима

⁸² В. фн. 59 *supra*.

⁸³ J. Mansbridge et al., 11.

⁸⁴ В. на пример, J.S. Dryzek, 38-39.

⁸⁵ J. Parkinson, „Why Deliberate? The Encounter between Deliberation and New Public Managers”, *Public Administration*, 82/2004, 391-392.

која би чинила садржај кодификације. Ове норме могу бити доступне у облику већ постојећих правила одређених правних система, или бити на вишем нивоу апстракције (попут ставова глобалних невладиних организација) и захтевати, тамо где је могуће, преобликовање у норме које су смислени допринос изради кодификације.

Ближе излагање о свакој од ових група нормативних дискурса захтева више простора него што је овде на располагању, али је на овом месту могуће изнети краћи преглед сваке групе и потенцијалне изазова у њиховом формулисању. Наведене групе дискурса су:

- 1) репрезентативне групе националних права („дискурси националних правних система”);
- 2) постојеће групе правила и принципа развијених од стране међународних инвестиционих трибунала („дискурси инвестиционе јуриспруденције”);
- 3) правила и принципи других грана међународног јавног права („дискурси међународног права”);
- 4) предлози и ставови изнети од стране глобалне НВО заједнице („НВО дискурси”).
- 5) предлози и ставови инвеститора као заинтересоване групе („дискурси права инвеститора”).

Дискурси инвестиционе јуриспруденције и међународног права осликавају чињеницу да је МИП део ширег међународног права и представљају интеракцију (некад дивергентну а некад конвергентну) између правила међународне заштите инвестиција и међународног права уопште. Дискурси националног права су од вишеструког значаја за МИП јер се, с једне стране, могу посматрати као *sui generis* представници држава као креатора и заинтересованих страна у режиму МИП, а с друге као извори правила било директно применљивих (директна примена националног права државе домаћина је честа у споровима) или индиректно – као извора инспирације за тумачење одредаба међународних инвестиционих споразума. Коначно, дискурси НВО и права инвеститора теже да представе перспективу цивилног друштва активног у овој сфери и пословне заједнице инвеститора. Кроз ове дискурсе, читав низ других (одрживи развој, права радника, слобода трговине) могу наћи своје место у процесу креирања кодификације.

4.1. Дискурси националних правних система

У овом конкретном контексту, нормативни дискурси националних правних система су сачињени од националних правних норми, пре свега јавног права, које имају за свој предмет регулисања питања која спадају у домен и одредаба БИС. Значај националних јавних права се нарочито истиче од стране поборника усвајања упоредног јавноправног приступа у МИП и виђења да је арбитражно решавање инвестиционих спорова облик судске контроле власти.⁸⁶ Постојећа правила на нивоу држава, посебно она која регулишу контролу вршења извршне власти, могу пружити значајан извор за интерпретацију одредаба које за предмет имају слична питања у МИП.

Правила и принципи који могу бити од значаја се неминовно разликују као резултат јединственог развоја појединих правних система. Број дискурса у овој групи би теоретски могао да укључи све земље које путем својих спразума учествују у формирању МИП. Са становишта дискурзивног представљања, сваки од тих система би теоретски имао право да буде представљен. Концепт нормативног дискурзивног представљања, што је посебна погодност, овде дозвољава апроксимацију већег броја дискурса у одређени број мањих са заједничким особинама, а без занемаривања кључних карактеристика сваког од њих. Незахвално је давати процене, али може се рећи са релативно високим нивоом сигурности да резултат било какве кодификације не би била исцрпна листа врло детаљних одредаба која би подсећала на управни законик. У том смислу одржавање одређеног нивоа апстракције такође повећава могућност налажења заједничког решења између националних правних система и њихово груписање у нормативне дискурсе.

Процес груписања правних система у гране и фамилије је добро познат у упоредном праву,⁸⁷ и има сличности са овим предлогом. Оно што би требало имати у виду је да постојећа груписања правних система која су честа у упоредном праву не морају бити од значаја у овом контексту. Груписање правила у дискурсе може варирати у зависности од конкретног питања. Чисто хипотетички, на пример, у погледу нивоа до ког се може ићи у разматрању одлуке управног

⁸⁶ В. на пример, J.W. Schill (fn. 13 supra) и F. Ortino, „The Investment Treaty System as Judicial Review”, *American Review of International Arbitration*, 24/2013.

⁸⁷ В., на пример, K. Zweigert, H. Kötz, *Introduction to Comparative Law*, Oxford University Press, 19983, 63-73.

органа, одређени системи англо-америчке традиције могу бити у сагласју са онима континенталног права, а са другима то не мора бити случај. У другом случају, оваква констелација може променити и неки од система романске гране континенталног права који могу бити у контрасту са онима из германске.

Вреди на овом месту истаћи и изазове које овакво груписање са собом неминовно носи. Отворено је питање да ли се могу формирати довољно хомогени дискурси по сваком питању, или особености неких права не дозвољавају њихову апроксимацију. Али као ствар принципијеног приступа, дискурси националних правних система би требало да буду плодно тле за истраживање уз могућност за унапређење легитимности система из перспективе држава које се све чешће налазе у положају туженика.

4.2. Дискурси инвестиционе јуриспруденције

Интерпретација одредаба међународних инвестиционих споразума је до сада резултирала изналажењем значајног броја правила и принципа. У мери у којој се арбитражни трибунали ослањају на прецедент, што је честа појава,⁸⁸ ови дискурси могу бити као доминантни у стварању правила МИП. Њихова одлика је и интерна тежња ка ширењу и јачању, пошто значајан број арбитрара себе види као имплицитно овлашћене за развој МИП кроз тумачење одредаба и стварање уједначене праксе. Овакав став, требало би подсетити, води ка дискусијама о легитимности стављања такве улоге у руке малог круга арбитра.

Чињеница да је постојећа пракса трибунала који примењују МИП дивергентна у погледу значајног броја важних питања указује да је и овде потребно рачунати на постојање више различитих дискурса, а не једног јединственог. Постојећа литература, анализа и критика јуриспруденције је од посебног значаја у идентификацији и обликовању појединачних дискурса у овој групи и од значаја за њихову међусобну интеракцију и успостављање веза са другим групама дискурса.

У погледу ове групе дискурса могло би се поставити питање да ли је оправдано одвајање правила и принципа МИП од ширег

⁸⁸ В., на пример, J. Commission, „Precedent in Investment Treaty Arbitration: A Citation Analysis of a Developing Jurisprudence”, *Journal of International Arbitration*, 24/2007.

корпуса правила међународног права, о коме ће бити нешто више речи. Постојање, размере и оправданост фрагментације правила међународног јавног права су предмет дуготрајних анализа и дебата у литератури, али у контексту кодификације МИП није нужно улазити дубље у то питање. Чињеница да је МИП створио своја специфична правила - у контексту овог дискурса требало би да буде прихваћена као таква. На пример, иако питање у којој мери инвестициони трибунали одступају од обичајног међународног права у тумачењу минималног стандарда третмана странаца завређује пажњу теорије, у контексту формулације постојећих дискурса и стварања кодификације значајније је препознати ту разлику и истражити могућност компромисних решења.

4.3. Дискурси међународног права

Дискурси међународног права су они који произлазе из међународног права уопште или појединих грана (не рачунајући МИП). Укључивање ових дискурса у разматрање будућих правила кодификације оправдано је, између осталог, с обзиром на то да је примена међународног права уз национално присутна у практично свим инвестиционим споровима.⁸⁹ Поред тога, стандарди третмана инвеститора присутни у практично свим БИС воде порекло од правила међународног права која су се развијала дуго пре настанка МИП.⁹⁰ У светлу овакве повезаности, за очекивати је да и друге гране међународног права могу бити од помоћи у стварању кодификације.

Правила БИС су слично формулисана као и правила у међународном економском праву, посебно праву СТО. Јуриспруденција Тела за решавање спорова СТО може бити од користи у тумачењу тих одредаба.⁹¹ Опрез је неопходан када се имају у виду разлике у предмету регулисања и контексту спорова који настају пред различитим механизмима, али у мери у којој се јуриспруденција СТО ослања на општа правила међународног права правила ту формулисана могу служити као путоказ за МИП. Као

⁸⁹ В., на пример, члан 42 Вашингтонске конвенције и Н.Е. Кјос, *Applicable Law in Investor-State Arbitration: The Interplay between National and International Law*, Oxford University Press, 2013.

⁹⁰ В. М. Сомарајах, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge University Press, 2010, 36-47.

⁹¹ В. у том смислу Ј. Куртз, „The merits and limits of comparativism: National treatment in international investment law and the WTO” у: S.W. Schill (уп.), *International Investment Law and Comparative Public Law*, Oxford University Press, 2010.

други потенцијалан извор у литератури се помиње јуриспруденција Европског суда за људска права,⁹² посебно услед сличности ситуације спора приватног лица и државе и контроле вршења управних овлашћења. Мада сличности постоје, проблем је да због свог европског карактера ова јуриспруденција нема нужно глобални легитимитет, као и проблем да је пракса суда често превише недоследна да би могла бити потпуно употребљиви водич.

Релативно неконтроверзно би било укључивање јуриспруденције и академске анализе везане за правила Бечке конвенције о уговорном праву.⁹³ Чињеница да је извршен број трибунала занемарио примену правила ове конвенције у тумачењу одредаба БИС је озбиљан пропуст који завређује не само критику већ и настојање да се у кодификацији на то скрене посебна пажња.

4.4. НВО дискурси

Улога активности НВО у контексту израде кодификације је специфична из најмање два разлога. Прво, чини се да у смислу нормативних дискурса, ставови НВО могу бити и представљати највећи изазов у смислу формулисања конкретних норми. Уз неке изузетке,⁹⁴ ставови изнети од стране НВО често садрже критику али не и конкретна (правна) решења за одређена питања или садрже предлоге врло високог нивоа апстракције.⁹⁵ Друго, НВО су тренутно можда и најпрепознатљивији активисти у великом броју питања која су од све већег значаја за МИП, посебно људска права, животну средину и питања заштите права радника.⁹⁶ И у овом случају је за очекивати да постоји више дискурса у погледу односа према МИП, с обзиром да НВО немају у свему исте ставове о улози заштите инвестиција и претходно наведеним питањима.⁹⁷

⁹² В. на пример, S.W. Schill, „International Investment Law and Comparative Public Law – An Introduction” у: S.W. Schill (yp.), *International Investment Law and Comparative Public Law*, Oxford University Press, 2010, 25-26.

⁹³ C. Schreuer, „Diversity and Harmonization of Treaty Interpretation in Investment Arbitration” у: M. Fitzmaurice, O. Elias, P. Merkouris (yp.), *Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 Years on*, Martinus Nijhoff, 2010.

⁹⁴ В. IISD Model International Agreement on Investment for Sustainable Development, < http://www.iisd.org/pdf/2005/investment_model_int_agreement.pdf>, 15.05.2014.

⁹⁵ За пример друге категорије видети CEO/TNI, 72.

⁹⁶ В. генерално Н. Mann, „Civil Society Perspectives: What Do Key Stakeholders Expect from the International Investment Regime?” у: J.E. Alvarez et al. (yp.), *The Evolving International Investment Regime: Expectations, Realities, Options*, Oxford University Press, 2011.

⁹⁷ Н. Mann, 23.

Питање које даље завређује пажњу је опрез који би требало имати у контексту демократског легитимитета ставова НВО, посебно када НВО преузимају на себе презентовања онога што сматрају интересом популације директно онима који су одговорни за стварање и управљање одређеним режимима на глобалном нивоу.⁹⁸ Иако је вредност НВО активизма препозната у модерним демократијама,⁹⁹ као и њихов утицај на дешавања у погледу глобализације, то и даље не значи да су НВО потпуно легитимни представници било националног или неког новог глобалног демоса. Ставови ових организација, иако сигурно представљају погледе дела становништва а могу утицати на јавно мњење уопште, у начелу немају за свој основ неки шири демократски процес приликом свог настанка.¹⁰⁰ Снага ових ставова остаје у валидним аргументима и презентованим доказима, а не у неком виђењу демократског легитимитета где су НВО на неки начин изабране да презентују ставове о различитим питањима, укључујући о МИП. Зато ставови НВО остају важна група дискурса за разматрање и унапређење стања у МИП, али их не би требало и некритички прихватати као став глобалног становништва.

4.5 Дискурси права инвеститора

Инвеститори као интересна група у МИП завређују представљање кроз нормативни дискурс, као група која има директан интерес за опстанак режима а чија позиција је такође подржана ширим дискурсима економског либерализма и слободне трговине. Проблем може представљати чињеница да „страни инвеститори” представљају врло аморфну групу често повезану једино чињеницом да су капитал уложили ван своје матичне земље. Да ли се велике мултинационалне корпорације и њима насупрот појединци као инвеститори (једни и други су присутни у МИП) могу сматрати деловима истог дискурса који би био довољно хомоген је питање које захтева даље истраживање.

⁹⁸ В. генерално J. Steffek et al., „Assesing the Democratic Legitimacy of Transnational CSOs: Five Criteria” у: J. Steffek, K. Hahn (yp.), *Evaluating transnational NGOs: Legitimacy, Accountability, Representation*, Palgrave Macmillan, 2010.

⁹⁹ L. Jordan, P. van Tuijl, „Rights and Responsibilities in the Political Landscape of NGO Accountability:

Introduction and Overview” у: L. Jordan, P. van Tuijl (yp.), *NGO Accountability: Politics, Principles and Innovations*, Earthscan 2006, 13-14.

¹⁰⁰ S. Charnovitz, „Accountability of Non-Governmental Organizations in Global Governance” у: L. Jordan, P. van Tuijl (yp.), *NGO Accountability: Politics, Principles and Innovations*, Earthscan, 2006, 24-30.

Оно што је релативно вероватно је да у смислу излагања нормативних ставова ситуација може бити слична као и са НВО. У мери у којој коморе страних инвеститора, на пример,¹⁰¹ могу бити виђене као представници шире заједнице инвеститора, ставови изнети на рачун МИП би захтевали пажљиву анализу пре узимања у разматрање за формулисање правила кодификације.

5. Закључак

Као и у другим областима међународног права, питања легитимитета МИП све више постају централна у теоријским и политичким дебатама. Стварање кодификације МИП тешко може остати изоловано од ових дискусија. Напротив, питања процеса стварања, садржаја и практичног утицаја који би могла имати кодификација и сама постају део процене стања у МИП са становишта легитимитета. Стога је вредно пажње презентовати могуће начине на које питања легитимитета могу постати део стварања кодификације и бити од користи у препознавању релевантних интереса у сфери регулисања МИП и утицају тих интереса на коначни садржај кодификације.

За анализу у овом пољу одабрана је грана теорије демократије – делиберативна демократија. Анализа демократског легитимитета пружа предности јер је посебно прилагођена питањима постојања демократије ван националних граница, где разматрање кроз призму представничке демократије не може пружити прави увид.

Базирајући се на принципима дискурзивног представљања Дона Драјзека, имајући притом увек у виду одступања и ограничења, закључак је да у контексту израде кодификације посебан тип дискурса – нормативни дискурс, може пружити оруђе за идентификацију и формирање констелације дискурса који би били значајни за израду и пружити смернице у смислу садржаја. Конкретно, наведених пет група нормативних дискурса могу формирати ту констелацију – дискурси националних права, инвестиционе јуриспруденције, међународног права, НВО и права инвеститора.

Ове скициране групе дискурса несумњиво захтевају даље истраживања и прецизирања. Даља разрада сваког од њих може

¹⁰¹ Активности Коморе америчких инвеститора у ЕУ могу бити пример у том погледу. В. <<http://www.amchameu.eu/TTIP/tabid/400/Default.aspx>>, 20.05. 2014.

пружити више детаља о томе како би могли помоћи формулацији правила МИП и како би дискурзивно представљање у овом контексту могло да изгледа. Ова тема остаје вредна пажње јер кодификација МИП која се предлаже може значајно утицати на друштвени легитимитет МИП у будућности и на однос и реакцију релевантних актера, а посебно држава као иницијалних креатора система. Будућност заштите страних улагања постаје све више неизвесна, што је у исто време и ризик и могућност за суштинско унапређење.

Velimir Živković

LL.M (Belgrade), MJur (Oxford),

Associate Researcher, Institute of Comparative Law

DELIBERATIVE DEMOCRACY AND ENHANCEMENT OF LEGITIMACY OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW

Summary

International investment law is an object of increasingly intensive analyses and debates in academic literature. Provisions on the protection of foreign investors which interfere in different ways into state sovereignty have become especially controversial due to costly arbitral awards against some states, causing resistance and questions regarding further survival of the system. In that regard, special attention should be given to the question of legitimacy of the existing regime (as opposed to its relatively uncontroversial legality) and ways through which it could be enhanced. This article deals with the question of legitimacy improvement through the application of certain principles of deliberative democracy in the context of a soft law codification of international investment law, which is one of the currently voiced proposals for reform.

Key words: deliberative democracy, discourse, international investment law