

Др Миодраг А. Јовановић

ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду

ПОСТОЈЕ ЛИ КОЛЕКТИВНА ПРАВА?^{*} (II део)

У настојању да понуди пролегомену за једну свеобухватну правну теорију колективних права, аутор разматра неколико најважнијих проблема. Први од њих се односи на критеријуме за дефинисања колективних права. Аутор заступа тезу да оно што превасходно одређује природу колективног права није начин вршења права, већ пре карактер самог титулара, односно колективитета, који се разликује и од физичких и од правних лица. Затим, аутор упозорава да не треба мешати колективитете са ужим класама субјеката чији је правни статус у правном поретку регулисан делимично општим нормама. Када је реч о заступању колективитета, аутор сматра да решење треба тражити у стварању посебног представничког тела колективитета, актом јавног права, чији би персонални састав бирали сáми његови чланови, како би интереси тог колективитета на што аутентичнији и репрезентативнији начин били представљени. Најзад, аутор допушта могућност да се колективним правима понекад ограничавају и индивидуална права припадника колективитета. Но, сматра, прво, да у либерално-демократском друштву морају постојати одређена основна индивидуална права која су ненападива и, друго, да је ограничавање оних права која то нису легитимно само онда када колективитет може да докаже постојање претежног интереса и да се постизање тог интереса не може постићи неким мање рестриктивним средствима.

Кључне речи: *Вршење права.– Уже класе субјеката.– Заступање.– Индивидуална права.– Тест пропорционалности.*

^{*} Овај рад је урађен у оквиру истраживања на пројекту *Развој правног система Србије и хармонизација са правом Европске уније – правни, економски, политички и социолошки аспект*. Почетна верзија овога рада је саопштена на научном скупу *Преиспитивање појма права*, који је поводом 30 година Правног факултета у Подгорици одржан 5. и 6. децембра 2002. године. Први део рада је објављен у претходном броју часописа, в. М. А. Јовановић, „Постоје ли колективна права?“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/ 2008, 89–107.

1. КА ЈЕДНОЈ ПРАВНОЈ ТЕОРИЈИ КОЛЕКТИВНИХ ПРАВА

Хартни каже да „ако заједнице поседују морална права на опстанак, чини се да би то обезбедило одређено оправдање да им се подаре и законска права“.¹ Иако он сам одбацује могућност да колективни ентитети поседују инхерентни морални субјективитет, у првом делу рада је показано да је позиција „вредносног колективизма“ одбрањива. Да ли, ипак, из тога нужно проистиче да је и у правнотеоријском смислу могуће појмити колективитете као титуларе права? Не може ли се исти циљ постићи на начин да се не напушта терен индивидуалних права?

Чини се да је, у том погледу, Варади у праву кад каже да „треба да се суочимо с чињеницом да су у неким доменима колективна права *незаобилазна*“. Једна од њих је, на пример, област језичких права – „Право да се говори српски у Србији, естонски у Естонији, или мађарски у Мађарској, није једнако право за све грађане тих земаља, већ је то колективно право већине“.² Он каже да признање ове чињенице није ни у ком смислу поражавајуће, већ, штавише, изражава сасвим легитимна права већинских народа у овим државама. Управо стога, и преко потребно признање колективних права мањина не представља „пуко напуштање принципа једнаких права за једнаке грађане, већ пре *фактор уравнотежења који је суочен са колективним правима већине*“.³ На приговоре оних који сматрају да „не постоји потреба да се одвојимо од либералног језика *индивидуалних права*“ да бисмо праведно поступали према колективитетима,⁴ Варади одговара ставом да „порицање двојезичних знакова на путу, табли с ознакама градова и мањинских школа тешко да може да буде другачије схваћено до као став и поступак према групи; било би крајње тешко изградити противљење таквом порицању на основама индивидуалних права“.⁵ На наредним страницама биће учињен покушај да

¹ M. Hartney, „Some Confusions Concerning Collective Rights“, *The Rights of Minority Cultures* (ed. W. Kymlicka), Oxford University Press, Oxford 1995, 216.

² Т. Варади, „Осврт на колективна већинска и мањинска права“, *Положај мањина у Савезној Републици Југославији* (уред. М. Мацура, В. Становчић), САНУ, Београд 1996а, 77.

³ T. Várady, „Collective Rights of Minorities and Majorities Within the Context of International Law“, *Dual Images – Multiculturalism on Two Sides of the Atlantic* (ed. D. Szabo), The Royal Society of Canada and Institute for Political Science of the Hungarian Academy of Sciences, Budapest 1996b, 123.

⁴ C. Kukathas, „Are There Any Cultural Rights?“, *Group Rights – Perspectives Since 1900* (ed. J. Stapleton), Thoemmes Press, Bristol 1995, 261.

⁵ T. Várady, „Minorities, Majorities, Law, and Ethnicity: Reflections of the Yugoslav Case“, *Human Rights Quarterly* 1/1997, 39.

се препознају и у основним цртама размотре неки кључни проблеми правнотеоријског заснивања колективних права, уз напомену да је ово тек први корак ка једној свеобухватној правној теорији колективних права.

2. КРИТЕРИЈУМ ДЕФИНИСАЊА КОЛЕКТИВНИХ ПРАВА

Један од првих аутора који у међународноправној теорији говори о колективним правима јесте Динштајн. Он, ипак, упозорава да ова права „задржавају свој карактер директних људских права. Група која их ужива у заједници (*communally*) није корпоративни ентитет и не поседује правни субјективитет. Природа ових људских права захтева, међутим, да она буду вршена заједнички, пре него одвојено“.⁶ Реомова, опет, сматра да „партиципаторна добра“ могу бити уживана само колективно, па једино колективитети могу бити носиоци права у погледу таквих добара. Насупрот томе, појединци могу бити титулари права само у погледу добара која уживају индивидуално.⁷ Џоунс, међутим, каже да „оно што одваја право као групно право јесте његов субјект, пре него његов објект – ко је тај ко поседује право, пре него у погледу чега је право“.⁸ На другој страни, овај аутор напомиње да групна права понекад могу бити институционализована и у форми индивидуалних права. Као пример он наводи колективно и ексклузивно право племена да рибари у одређеним водама, које је институционализовано као индивидуално право, тако да оно може бити „вршено засебно од стране припадника племена, пре него од стране племена колективно“.⁹

Иако наведени аутори крећу с различитих позиција, оно што им је заједничко јесте склоност да појам колективних права дефинишу преко *начина вршења, односно уживања једнога права*.¹⁰ Међутим, то, по мом суду, не може бити одлучујући критеријум за одређи-

⁶ Y. Dinstein, „Collective Human Rights of Peoples and Minorities“, *International and Comparative Law Quarterly* 1/1976, 103.

⁷ B., D. G. Réaume, „The Group Right to Linguistic Security: Whose Right, What Duties?“, *Group Rights* (ed. J. Baker), University of Toronto Press, Toronto 1994, 118–141.

⁸ P. Jones, „Human Rights, Group Rights, and Peoples' Rights“, *Human Rights Quarterly* 1/1999a, 82–83.

⁹ P. Jones, „Group Rights and Group Oppression“, *Journal of Political Philosophy* 4/1999b, 356.

¹⁰ Тако и наш уставотворац, у основној одредби о правима припадника националних мањина (чл. 75), каже да се њима јемче „додатна, индивидуална или колективна права“, а онда прецизира да се претходна остварују појединачно, а потоња у заједници с другима.

вање природе колективног права.¹¹ Пре свега, Хартни исправно увиђа да и „право на окупљање и слободно удруживање не може бити вршено од стране једне особе, па је ипак индивидуално право“.¹² Иста ствар се може рећи и за право на штрајк, које се у литератури често наводи као колективно право,¹³ а заправо је индивидуално право за чије остваривање је потребан већи број појединаца. На тим позицијама је и Михаљ Шами који каже да, за разлику од поменутих индивидуалних права која могу бити вршена једино у групи, „постоје нека која су одлучујуће повезана са постојањем групе, заједнице, са осигуравањем њеног опстанка, са заштитом њених интереса ... Ова права су *sui generis* колективна права“.¹⁴ Најзад, да начин вршења права није релевантан критеријум потврђује и становиште Савета Европе, изражено у Извештају-објашњењу (*Explanatory Report*) *Оквирне конвенције за заштиту националних мањина*. Поводом члана 3(2), у којем се каже да припадници националних мањина могу вршити своја права и уживати слободе, како појединачно, тако и „у заједници с другима“, у Извештају се јасно истиче да се „могућност заједничког вршења ових права и слобода ... разликује од појма колективних права“;¹⁵ премда се овај потоњи концепт даље не дефинише.

Ако се, међутим, тврди да треба повући разлику између индивидуалних права која се могу колективно вршити и колективних права, намеће се питање критеријума тога разликовања. Јанош Киш је понудио следећу дефиницију: „Колективна права се разликују од заједничких права удружених појединаца на основу два критеријума. Прво, њихови субјекти не настају путем удруживања већ су напосто дати, и друго, да би били способни да поседују права, они морају

¹¹ Иако Бујкенен као иницијални критеријум за разликовање индивидуалних и групних права (које дели на *nonindividual* и *dual standing*) узима управо начин уживања права, чини се да и он на крају претежнији значај даје чињеници да се групним правима непосредније штити интерес колективитета као целине, А. Buchanan, „Liberalism and Group Rights“, *In Harm's Way – Essays in Honour of Joel Feinberg* (eds. J. L. Coleman, A. Buchanan) Cambridge University Press, Cambridge 1994, 1–15.

¹² М. Hartney, (1995), 219.

¹³ Тако, на пример, у нашој литератури Б. Лубарда каже: „Право на штрајк се у савременим правним системима признаје као једно од основних демократских (колективних) права“, Б. Лубарда, *Колективни уговор о раду – Упоредно право, теорија, пракса*, Радничка штампа, Београд 1990, 156.

¹⁴ М. Samu, „The Collective Rights of the Minorities and Their Quality as Constituent of the State“, *Dual Images – Multiculturalism on Two Sides of the Atlantic* (ed. D. Szabo), The Royal Society of Canada and Institute for Political Science of the Hungarian Academy of Sciences, Budapest 1996, 180.

¹⁵ *Framework Convention for the Protection of National Minorities – Explanatory Report*, ETS No. 157, 37.

бити званично признати од стране државе¹⁶. Титулар ових права је, дакле, колективитет као целина. Стварност тог колективитета – националне, етничке, религијске, језичке заједнице или аутохтоног народа – није *de iure*, него *de facto*. Зато тај колективитет јесте више од простог збира његових индивидуалних припадника. Зато се он као титулар права не може поистоветити ни с правним лицем.¹⁷

Ово становиште може бити правнотеоријски кохерентно изложено *ако и само ако* се претходно усвоји политичко-филозофска позиција вредносног колективизма, по којем извесни колективитети поседују морални субјективитет и располажу колективним интересима у погледу одређених добара.¹⁸ Будући да је та позиција брањена у првом делу рада, сада на конкретним примерима ваља показати како је могуће правнотеоријски утемељити права која припадају категорији колективних права. Позабавимо се у ту сврху језичким правима, од чије заштите несумњиво зависи опстанак и развитак културног идентитета једне заједнице. Чини се да у литератури постоји понајвећа збрка у вези с правом природом појединих језичких права. Тако, Џоунс наводи следећи случај. Замислимо, каже он, државу у којој постоји језичка мањина, али влада те земље „забрањује или на други начин омета мањину у употреби свога језика“. Чија права су у датом случају повређена? Џоунс каже да је „могућ одговор да права припадају језичкој мањини као групи; али једнако могућ одговор је и да право индивидуално припада сваком појединачном припаднику мањине“.¹⁹ На основу овако штуро формулисаног примера, међутим, немогуће је докучити о повреди којих права се ради. Стога се ок-

¹⁶ J. Kis, „Beyond the Nation State“, *Social Research* 1/1996, 221.

¹⁷ Њумен ту особеност покушава да покаже дистинкцијом између простог „скупа“ (*set*), који представља „групу појединаца коју бисмо окарактерисали различитом када би се лица унутар скупа променила“ и „колективитета“ (*collectivity*), који представља „такву групу појединаца коју бисмо сматрали истом и када би се нека или сва лица унутар колективитета променила“. При том, „лица која су унутар колективитета сматрају себе, у неком нетривијалном смислу, припадницима тог колективитета“, D. G. Newman, „Collective Interests and Collective Rights“, *The American Journal of Jurisprudence* 1/2004, 128. Ова дистинкција није, међутим, прецизна, јер и највећи број правних лица (на пример, корпорација) не мења свој идентитет са сваком променом чланова (акционара).

¹⁸ На тај корак, као што смо видели у првом делу, спреман је мали број либерално оријентисаних политичких филозофа, који, у начелу, прихватају могућност постојања колективних права. Најчешће се заступа теза да етнокултурна заједница представља само контекст за смислени индивидуални избор (тако Вил Кимлика, Ненад Димитријевић: заједница је „контекст у којем моја аутономија постаје операционална“), N. Dimitrijević, „Ethno-Nationalized States of Eastern Europe: Is There a Constitutional Alternative“, *Studies in East European Thought* 4/2002, 260. Односно, каже се да етнокултурни колективитет поседује вредност само дотле док доприноси благостању појединца (тако Кукатас, Хартни и Киш).

¹⁹ P. Jones, (1999b), 356.

рећемо анализи примера с почетка првог дела рада. У примеру бр. 4 каже се да „припадници националних мањина могу слободно употребљавати свој језик и писмо, приватно и јавно“. Ако влада онемогућује припадницима језичке мањине да се у приватној сфери служе сопственим језиком или да децу подучавају том језику или ако забрањује његову употребу на јавним местима, онда таква влада несумњиво крши *индивидуална* права припадника језичке мањине.²⁰ То стога што се у поменутом случају ради о *универзалном људском праву* које уживају сви, а не само припадници мањина, јер се њиме штити један од основних интереса сваког појединца – да говори својим матерњим језиком. Ипак, због специфичног значаја ове одредбе за припаднике мањинских заједница, она се често појављује у прописима који регулишу ту материју. Међутим, *номотехнички прецизнија* формулација била би, рецимо, она, садржана у мађарском закону, која гласи: „У Републици Мађарској свако, на сваком месту и у свако време, може слободно да употребљава свој матерњи језик“.²¹

Размотримо сада пример бр. 5, у којем се каже: „Припадници националних мањина имају право на васпитање и образовање на свом језику у институцијама предшколског, основног и средњег васпитања и образовања. За остваривање права из овог члана може се прописати одређени минималан број ученика“. Ако влада укида овакво једно право или, на пример, установљено право језичке мањине да се локалним властима обраћа и добија одговор на матерњем језику или да топоними буду исписани и на језику мањине или да личне карте буду двојезичне, онда она закида *колективна* права мањине.²² Поједина од тих права се могу уживати индивидуално, попут права на обраћање локалним властима на матерњем језику или права на двојезичну личну карту, док се поједина врше колективно, попут наведеног права на школовање које је условљено одређеним бројем ђака. Међутим, независно од начина вршења, ова права *директно* овлашћују колективитет, а тек посредно његове индивидуалне припаднике. Стога, да би једно лице остварило право на двојезичну личну карту није довољно да не припада већинској етнокултурној заједници, већ је *неопходно да изражава припадност релевантном мањинском колективитету и да је као такав признат од стране других чланова*.²³ Природа ове везе је *социо-*

²⁰ Тако и Reiner Baubök, *Liberal Justifications for Ethnic Group Rights, Multicultural Questions* (eds. C. Joppke, S. Lukes), Oxford University Press, Oxford 1999, 136.

²¹ Наведено према, М. Митић, *Националне мањине – права припадника мањина и заштита територијалног интегритета држава*, Службени лист СРЈ, Београд 1998, 407.

²² Тако и T. Várady, (1996b), 123.

²³ На тај начин се решава ситуација у којој појединац покушава да врши право, чији је титулар колективитет којем он не припада, што би било противно циљу због којег је та норма донета. Киш то има на уму када говори о унутрашњој

лошка, односно она је ванправна и предправна, и управо то је оно што представља једно од проблематичних места, али и особених разлика колективних права.

3. КОЛЕКТИВИТЕТИ И УЖЕ КЛАСЕ СУБЈЕКТА

У дискусији о правима колективитета наилазимо и на тврдње, попут ове, да „су сва права групна права, јер сва она важе за неку класу субјеката“.²⁴ Ову тезу поближе разрађује Брајан Бери. Коментаришући одредбу енглеског кривичног закона из 1988. године (*Criminal Justice Act*), којом се предвиђа да се оптужени може бранити доказивањем да је одређени предмет поседовао са собом на јавном месту „из верских разлога“, која је уведена да би Сикима било дозвољено да у јавности носе своје традиционалне бодуже, кирпане, овај аутор каже да је „тривијално тачно“ рећи да се ови изузеци односе на „све Сике и само на њих“. Али, наставља он, „то је групно право само у том неинтересантном погледу у којем се за свако правило (на пример, бесплатан улазак у музеје за студенте и пензионере) може рећи да је групно право за све оне који су њиме покривени: Сики изузеће уживају индивидуално, као што то чине и појединачни студенти и пензионери“.²⁵

Да ли је, отуда, право установљено одредбом из 2. примера, у којој се каже да је „посета музеју у дане викенда бесплатна за студенте и пензионере“, колективно право чији су титулари колективни ентитети „студенти“ и „пензионери“? Уместо директног одговора на ово питање, размотримо претходно Бојбекову поделу групних права на „групно-диференцирана права“ и „колективна права“. Прва се, каже он, „односе на разликовање индивидуалних права према чланству у групама“, док су друга права она код којих је „сама група носилац права“.²⁶ Као пример за прву врсту групних права, Бојбек, између осталог, наводи и бирачка права која су „групно диференцирана

устројености етнолингвистичких група: „Оне су напросто дате на сличан начин члановима и нечлановима, путем знакова који се користе и препознају, путем међусобног признања чланова једних од стране других, и на начин да их тако схватају и нечланови (*outsiders*)“: J. Kis, (1996), 221.

²⁴ W. Barbieri, „Group Rights and Muslim Diaspora“, *Human Rights Quarterly* 4/1999, 918.

²⁵ B. Berry, *Culture and Equality – An Egalitarian Critique of Multiculturalism*, Polity Press, Cambridge 2001, 112.

²⁶ Исту категоризацију групних права, али друге називе користи и В. Барбијери. Прва врста групних права су „колективна права“, односно права која се додељују појединцима, у зависности од њиховог припадништва одређеној групи, док се друга врста назива „корпоративним правима“, и то су права која припадају групи, као таквој. Надаље, ова потоња могу бити „унутрашња“, ако ограничавају

према старосној доби“.²⁷ Међутим, овде је управо реч о правима чији су титулари појединци, а норма која регулише та њихова права је по свом карактеру делимично општа, тј. односи се на ужу класу субјеката.²⁸ Стога, у датом примеру не постоји као дато „чланство у групи“, на основу којег би ово право било називано групним. Група, о којој Бојбек говори, заправо је ужа класа индивидуалних субјеката права створена правном конструкцијом законодавца, на начин да су ауторитативно прописани услови који морају бити задовољени да би одређени појединац био титулар бирачких права, односно да би „припадао“ групи „бирача“. На сличан начин и Милер, говорећи о групним правима, прави разлику између „групе у ужем смислу“ (*group proper*), коју дефинише као „скуп људи који на основу неких заједничких карактеристика за себе сматра да твори засебну групу“, од „категорије лица“ (*category of persons*), „која одговара одређеном опису“ – на пример, лица од 21 године, итд. Само у првом случају реч је о титуларима групних права.²⁹

Све речено не повлачи за собом немогућност да се појединац социјално идентификује с одређеном „групом“, адресатом делимично општих норми. На пример, неко себе може друштвено легитимизовати као студента или пензионера, али то неће утицати на питање титулара утврђених права. Разлог за то је што држава прописује услове под којима одређено лице стиче својство студента или пензионера. Збир свих појединаца који испуне претходно прописане услове чиниће ужу класу субјеката – студената, пензионера – адресата делимично општих норми. Међутим, *овде није по среди њихова индивидуална припадност било каквом колективитету, већ је реч о њиховом правном статусу.*³⁰ Отуда, и у наведеном примеру, не може бити говора о колективном, већ о индивидуалном субјективном праву на бесплатну посету музеју у дане викенда.

права чланова групе, и „спољашња“, ако су уперена против шире политичке заједнице, W. Barbieri, (1999), 918.

²⁷ R. Bauböck, (1999), 134.

²⁸ Опште правне норме могу, према броју случајева које обухватају, бити универзално или делимично опште. Када се односе на ужу класу субјеката, одређених према неком критеријуму, онда су делимично опште. Такве норме, рецимо, уређују права и обавезе студената, пензионера, ратних војних инвалида, адвоката и сл., в. Р. Васић, К. Чавошки, *Увод у право II*, Драганић, Београд, 1997, 79–80.

²⁹ D. Miller, „Group Rights, Human Rights and Citizenship“, *European Journal of Philosophy* 2/ 2002, 178.

³⁰ „Сваки субјект права у сваком датом тренутку има изванредно одређени број овлашћења и обавеза. Скуп ових сачињава његову правну ситуацију, или стање, или статус. Пошто велики број ових ситуација припада истом типу, то такве ситуације, које обухватају велики број појединачних ситуација, стварају посебан појам – на пример, удата жена, наследник, народни посланик итд. Свака од ових ситуација садржи иста овлашћења и дужности, који су типични за њу“. Р. Д. Лукић, Б. П. Кошутинић, Д. М. Митровић, *Увод у право*, Службени лист СРЈ, Београд 2000, 437.

4. ЗАСТУПАЊЕ КОЛЕКТИВИТЕТА

У једином преосталом неразмотреном примеру с почетка првог дела рада каже се да ће „музеји, архиви и институције за заштиту споменика културе чији је оснивач држава, обезбедити представљање и заштиту културно-историјског наслеђа националних мањина са своје територије“. Чини се, на основу свега изреченог, да је овде реч о једном класичном колективном праву, које је, како то примећује и Киш разматрајући га, непреводиво на језик права појединаца који чине мањинску групу.³¹ Међутим, осврнимо се за тренутак на *теорију избора (choice theory)* Херберта Харта, по којој се исказ „*X* има право (*right*)“ сматра истинитим ако су испуњени следећи услови:

„ *a*) постоји правни систем.

b) према правилу или правилима тог система, неко друго лице *Y* је, на основу догађаја који су се одиграли, дужно да нешто учини или се уздржи од чињења.

c) правним правилом је ова обавеза учињена зависном од избора или лица *X* или лица које је овлашћено да поступа у његово име, тако да је лице *Y* обавезно или да нешто учини или да се уздржи од чињења само ако лице *X* (или неко друго овлашћено лице) тако одлучи или, с друге стране, само док лице *X* (или овлашћено лице) не изабере супротно“.³²

Ако би у наведеном случају, право зависило од избора, које би у име *X* – националне мањине као колективитета – извршило неко „овлашћено лице“, поставља се питање *ко* би био властан да у име колективитета одреди шта је културно-историјско наслеђе дате националне мањине?³³ Штавише, то питање остаје актуелно чак и онда када се појам колективних права не покушава утемељити у теорији избора.³⁴

³¹ J. Kis, (1996), 230.

³² H. L. A. Hart, *Definition & Theory in Jurisprudence*, Clarendon Press, Oxford 1966, 16–17.

³³ Дејвид Мејкинсон на то упозорава када каже да „ако народ, примера ради, има право да развија сопствени културни идентитет, остаје питање које лице или које тело одређује различите сегменте те културе, одваја их од других, и одређује шта треба гајити, а од чега треба одвраћати“. D. Makinson, „Rights of Peoples: Point of View of a Logician“, *The Rights of Peoples* (ed. J. Crawford), Clarendon Press, Oxford 1988, 77; и Киш увиђа исти проблем постављајући питање „како одредити тело које ће вршити колективна права у име групе“, J. Kis, (1996), фн. 6.

³⁴ На овом месту није ни учињен покушај те врсте, а Тамирова напомиње да, будући да су за Хартову теорију рационалност и аутономија кључна обележја титулара права, то је чини посебно тешко применљивом на колективитете. Y. Tamir, „Against Collective Rights“, *Multicultural Questions* (eds. C. Joppke, S. Lukes), Oxford University Press, Oxford 1999, 166. До сличног закључка долази и Босхамерова, S.

Аргументација против колективних права често се ослања управо на проблем репрезентативности. Тако, Кукатас запажа да „већина група није хомогена ни у једном датом тренутку“, што за собом повлачи „сукоб интереса унутар група“, од којих је посебно опасан онај „између маса и елита“.³⁵ Како је ова врста сукоба карактеристична за „етничке културне заједнице суочене с модернизацијом“, то, по његовом мишљењу, значи да у политичком процесу „маса могу бити више заинтересоване за радна места и економски развитак, док елите, које већ уживају ове материјалне погодности, имају већи интерес за симболички традиционализам“.³⁶ На исту опасност указује и Тамирова речима да „групна права оснажују доминантне подгрупе унутар сваке културе и привилегују конзервативна тумачења културе на уштрб оних реформаторских и иновативних“.³⁷ То постаје посебно очигледно у периодима друштвене и културне транзиције, када би колективна права требало да заштите заједницу од спољашњих притисака. У тим ситуацијама, међутим, страдају управо друштвени реформатори. Ако се права, закључује Тамирова, доделе групи као целини, „онда феминисткиње, верски реформатори, попут либералних Јевреја или муслимана, друштвени активисти, какви су противници индијског кастинског система, итд. бивају лишени својих права“.³⁸

Иако се ова упозорења морају узети с пуном озбиљношћу у разматрање, ипак ваља скренути пажњу на неколико ствари. Пре свега, предочена размишљања на тему унутрашње хетерогености различитих колективитета, из које проистиче проблем представљања групе као целине, не могу бити ограничена искључиво на „неорганизоване, неформалне колективитете“ (Тамир).³⁹ Држава као правно лице, с правним субјективитетом, ступа, примера ради, у различите међународне односе, којом приликом стиче извесна права, односно предузима одређене обавезе. С обзиром на то да државни органи не иступају у сопствено име, већ у име грађана, „народа“ као целине, такође се јавља проблем репрезентативности. Он се у савременом свету решава на начин да „када су органи управљања (*governing bodies*) изабрани на демократски и недискриминаторски начин у редовним периодима, држава може веродостојно наступати као портпарол (*spokesman*)“.⁴⁰ Међутим, чак и тада мањина себе може легитимисати

Boshammer, *Gruppen, Rechte, Gerechtigkeit*, Walter de Gruyter, Berlin – New York 2003, 34–38.

³⁵ C. Kukathas, (1995), 269.

³⁶ *Ibid.*, 271.

³⁷ Y. Tamir, (1999), 163.

³⁸ *Ibid.*, 162.

³⁹ Тако и, A. Buchanan, (1994), 13.

⁴⁰ D. Makinson, (1988), 77.

као „напредну“, „реформаторску“, итд. и на тим основама оспорава-ти позиције које заступају државни органи. Најзад, „у оним случајевима у којима народ егзистира као мањина у већој држави ... питање заступања може се јавити као још критичније“.⁴¹

У међународном праву се, међутим, питању заступања „неформалних“ колективитета, какви су читави колонијални народи или мањинске заједнице, није увек прилазило с подозрењем. Систем Лиге народа признавао је мањинама, као таквим, право да подносе петиције Савету.⁴² Такође, Касезе напомиње да обичајни међународно-правни режим права на самоопредељење налаже репрезентативност организације или тела које поставља захтеве у погледу овога права. Када је реч о спољашњем самоопредељењу народа под колонијалном влашћу, страном окупацијом или расистичким режимом, „мора постојати ослободилачки покрет или друга врста тела која представља цео народ“. Исто важи и за унутрашњи облик самоопредељења расних група, јер су оне „овлашћене да захтевају самоопредељење и бране своја права само ако постоји репрезентативна организација способна да дела у име целокупне групе“.⁴³

Чини се да упозорења која су Тамирова и Кукатас изнели у погледу проблема заступања „неформалних“ колективитета посебно долазе до изражаја у ситуацијама каква је, на пример, ослобађање од колонијалне зависности, када се под видом борбе за независност могу водити и паралелни ратови међу различитим политичким, социјалним и другим фракцијама ослободилачких покрета. Ипак, поменути проблем Уједињене нације су покушале да превазиђу на тај начин што је Резолуцијом 2918 (XXVII) из 1972, задатак процене репрезентативности ослободилачких покрета на афричком континенту поверен Организацији афричког јединства, док је Резолуцијом 3102 (XXVIII) из 1973, исти задатак у погледу ослободилачких пок-

⁴¹ *Ibid.*, 78. У међународним односима позната је и пракса међународног непризнавања оних влада које не поседују политички легитимитет. Како је та пракса до сада била руковођена претежно разлозима политичког опортунитета, поједини политички филозофи, попут Бјукенена, теже стварању заокружене теорије признања легитимних држава и влада. Међу критеријумима легитимизовања влада помиње се и онај који налаже њену репрезентативност, в. А. Buchanan, „Recognitional Legitimacy and the State System“, *Philosophy & Public Affairs* 1/1999, 60. В. и критички осврт, М. А. Јовановић, „О филозофским разматрањима међународноправног признања држава и влада“, *Филозофија и друштво* 17/2000, 72–87.

⁴² На основу такве једне притужбе, Стални суд међународне правде је изнео саветодавно мишљење по којем забрана приватних школа од стране албанске владе представља нарушавање колективних језичких права грчке мањинске заједнице, в. Permanent Court of International Justice, *Minority Schools in Albania*, Advisory Opinion of April 6, 1935, Series A/B, No. 64.

⁴³ А. Cassese, *Self-Determination of Peoples – A Legal Reappraisal*, Cambridge University Press, Cambridge 1995, 147.

рета Блиског истока поверен Арапској лиги. Генерална скупштина УН наставила је да утврђује репрезентативност ослободилачких покрета у другим деловима света. Иако тиме нису решени сви проблеми у вези с овим питањем,⁴⁴ овај модел указује на могуће правце његовог решавања.

Када је реч о заступању мањинских колективитета унутар држава, једно од могућих решења овог проблема, које је ближе духу класичног либерализма, налагало би да та улога припадне њиховим културним, просветним и сличним удружењима и организацијама. Поменути механизам представљања интереса мањинских заједница у потпуности произилази из још увек доминантног индивидуалистичког дискурса. Међутим, ако су сва зајемчена, посебна права припадника националних мањина по својој природи индивидуална права, због чега би се онда обезбеђивао правни основ за некакав специјални положај удружења и организација које су основали поједини индивидуални припадници дате мањине? С друге стране, ако постоје неки колективни интереси мањине који треба да буду правно заштићени, зашто би се њихово остваривање поверавало удружењима, која преваходно настају удруживањем појединаца који желе да заштите сопствене интересе? Другим речима, логика уставно-правног признања посебног положаја мањинских колективитета налаже управо супротно решење, а оно се састоји у *стварању посебног представничког тела мањинске заједнице, актом јавног права, чији би персонални састав бирали сâми представници мањинских заједница, како би интереси тог колективитета на што аутентичнији и репрезентативнији начин били заступани*. Истовремено, тако би се обезбедио демократски легитимитет таквих тела, чиме би се спречила и могућа узурпација и ексклузивитет у заступању интереса мањинских заједница. Што је најважније, таква тела би поседовала активну легитимацију да у поступцима пред државним органима заступају и бране интересе мањинске заједнице коју представљају.⁴⁵

5. КОЛЕКТИВНА И ИНДИВИДУАЛНА ПРАВА

Једно од централних места расправе о колективним правима јесте оно које се тиче односа колективних према индивидуалним правима. С једне стране, могуће је наићи на изјаве, попут оне Јеал Тамир, која на једном месту каже: „Што се више неко упознаје с ак-

⁴⁴ В. опширније, *ibid.*, 166–169.

⁴⁵ За такво решење се, начелно, опредељује и наш уставотворац, када у чл. 75, ст. 3 предвиђа: „Ради остваривања права на самоуправу у култури, образовању, обавештавању и службеној употреби језика и писма, припадници националних мањина могу изабрати своје националне савете, у складу са законом“

туелним случајевима, то више долази до закључка да категорија колективних права која не шкоде појединачним припадницима, јесте (из свих практичних разлога) једна празна категорија⁴⁶. Нису, ипак, сви склони тако радикалним закључцима. Мајкл Игњатијеф, рецимо, подсећа на језичка права, па каже: „Право да говориш језик који си изабрао неће много значити ако је језик изумро. Из тог разлога, групна права су потребна да би се заштитила индивидуална права“. Међутим, и он упозорава, „крајња сврха и оправдање групних права није у заштити групе као такве, већ у заштити појединаца који је чине“⁴⁷. То посебно ваља имати на уму када се зна да се „индивидуални и групни интереси неизбежно сукобљавају“⁴⁸. Фримен, чак, дефинише колективна људска права као „права чији су носиоци колективитети, и која су несводива на индивидуална људска права, али су у сагласности с њима...“⁴⁹. Најзад, Кимликина либерална теорија мањинских права тежи повлачењу разлике између оних колективних права која представљају „спољашње заштите“ (*external protections*) групе према широј заједници и оних која намећу „унутрашња ограничења“ (*internal restrictions*) властитим члановима. Док се прва могу оправдати, дотле би се признавањем других обесмислило утемељење саме категорије колективних права, унутар дате теорије, а то је да социјетална култура, као колективни оквир, представља контекст за смислени индивидуални избор, па је само стога треба и штити „групно-диференцираним“ правима.⁵⁰

Џилијан Тригс, међутим, с правом упозорава да позивање на штетан ефекат колективних права по права индивидуалних припадника групе „понекад имплицира да су индивидуална права подједнако непроменљива и апсолутна. Заправо, индивидуална права се често вагају како с другим индивидуалним правима, тако и с интересима демократског друштва“⁵¹. Већ начелно прихватање могућности да одређени колективитети буду титулари права подразумева да се у одмеравању потенцијално конфликтних интереса, поред појединаца и државе, јављају и сами колективитети. Та консеквенца је посебно изражена код корпоративног концепта, од којег се у овом раду полази, јер он, „додељујући морални статус групама као таквим, ствара свет у којем се захтеви група не могу морално анализирати као захтеви

⁴⁶ Y. Tamir, (1999), 164.

⁴⁷ M. Ignatieff, „The Attack on Human Rights“, *Foreign Affairs* 6/2001, 108.

⁴⁸ *Ibid.*, 110.

⁴⁹ M. Freeman, „Are there Collective Human Rights?“, *Political Studies* 1/1995, 38.

⁵⁰ W. Kymlicka, *Multicultural Citizenship – A Liberal Theory of Minority Rights*, Clarendon Press, Oxford 1995, 35–44.

⁵¹ G. Triggs, „The Rights of `Peoples` and Individual Rights: Conflict or Harmony?“, *The Rights of Peoples* (ed. J. Crawford), Clarendon Press, Oxford 1988, 144.

појединаца. Према томе, постаје морално могуће да захтеви група оспоравају и обарају захтеве појединаца⁵².

Либерали не показују толику забринутост за индивидуална права припадника шире политичке заједнице, која понекад бивају ограничена или, чак, укинута институционализацијом колективних права одржане етнокултурне групе. Много већи зазор имају спрам ситуација у којима се зарад остварења колективног права групе нарушавају индивидуална права њихових припадника. Стога, свака теорија која у начелу прихвата и могућност признања тзв. унутрашњих ограничења, мора понудити одговор на два темељна питања. Прво, потребно је утврдити која се индивидуална права у либерално-демократској политичкој заједници никада не могу укидати зарад признања неког колективног права, а која се, пак, могу ограничавати или укидати зарад заштите виталног и легитимног права групе. У суштини се ово питање своди на проблем толеранције. С обзиром на то да и либерализам представља „борбену веру“ (Тејлор), не може свака нелиберална културна или религијска пракса и обичај *a priori* бити сматран подобним за политичко и правно признање у либерално-демократском друштву.⁵³ Друго, „тамо где постоји раздор унутар групе, корпоративна концепција мора да пронађе неки начин да одреди чији глас је ауторитативан или аутентичан глас групе“.⁵⁴

⁵² P. Jones, (1999a), 93; упор. и A. Buchanan, (1994), 8.

⁵³ Поултер, на примеру Енглеске, разматра палету различитих правних техника којима се примењују одређене политичке мере у сфери захтева мањинских групација. Тако, оне праксе и обичаји који се налазе „изван граница“ које налажу минимални стандарди либералног друштва бивају проглашени кривичним делима. Пример такве праксе у Енглеској је клитеридектомија. Следећа мера састоји се у простом поништавању правних дејстава одређених аката који су неприхватљиви из перспективе либералног друштва. Ова мера је карактеристична за брачно и породично право и односи се, на пример, на полигамију, бракове између деце, вансудске разводе. Једна од мера јесте и спечавања уласка у земљу лица која су починила нека од наведених дела или спречавање увоза неких токсичних производа који се користе за одређене верске ритуале. Заштита мањинских пракса и обичаја се, најпре, може штитити политиком *laissez-faire*, сходно начелу да све је дозвољено све што право изричито не забрањује. Затим, у неким сферама живота је довољно доследно спровести начело забране дискриминације. Најзад, понекад су неопходне мере различитог третмана према припадницима мањинских заједница, а у извесним случајевима те посебне мере морају бити и државно финансиране и потпомагане. Поултер закључује да је у досадашњој пракси процене да ли се у погледу производа мањинских захтева треба приклонити асимилационистичким или плуралистичким принципима као критички тест коришћен принцип „општег јавног интереса“. Иако је тај појам сам по себи недовољно прецизан, новија пракса највиших судских инстанци (*Court of Appeal* и *House of Lords*) указује на стварање везе између модерног схватања појма јавности и међународних инструмената о људским правима, чија је приступница и Велика Британија. Овај тренд, је по мишљењу Поултера, свакако за похвалу, S. Poulter, *Ethnicity, Law and Human Rights – The English Experience*, Oxford University Press, Oxford 1998, 59–67.

⁵⁴ P. Jones, (1999a), 92.

Коментаришући квебешко језичко законодавство, Тејлор је понудио одговор на прво питање. Иако је свестан да у поменутом случају долази до ограничавања индивидуалних права грађана Квебека, он наглашава да постоји „опасно превиђање суштинских ограничења када се говори о темељним правима на ствари какве су оглашавање фирме на језику који неко изабере“. Мора се, каже Тејлор, направити разлика између „темељних слобода, оних које никада не би требало да буду нарушене и стога треба да буду утврђене као ненападиве, с једне стране, и привилегија и имунитета који јесу важни, али који могу бити опозвани или ограничени из разлога јавне политике – иако би некоме био потребан јак разлог да то учини – с друге стране“.⁵⁵ Поменута подела на индивидуална права и слободе која се сматрају „основним“ и неповредивим, и она која су као „повластице и имунитети“ подложна ограничењима, добра је полазна основа за једну свеобухватну правну теорију колективних права, која би се до краја позабавила њеном нормативном операционализацијом. Сам Тејлор је оставио недоумице у погледу тога која би се права могла сврстати у једну, а која у другу категорију,⁵⁶ али Тригс нуди једну од могућих смерница за детаљније разрађивање ове дихотомије. Говорећи о потенцијалном сукобу колективних и индивидуалних права, он скреће пажњу на околност да већина правних инструмената која штите људска права „дозвољава дерогирање бар неких права које дефинишу, тако што даје привремену предност држави при јавним опасностима ‘угрожености живота нације’“. С друге стране, одређене основне слободе, какво је право на живот, право да се не буде изложен мучењу, нечовечном и понижавајућем поступању или кажњавању или држању у ропству, не могу бити стављене ван снаге ни у таквим ситуацијама.⁵⁷ *Mutatis mutandis*, наведена индивидуална права представљају минимум који ни у једном случају захтева за признањем неког колективног права не би смео да буде прекорачен. Несумњиво да је у погледу вагања конфликтних слобода појединца и виталних и легитимних права колективитета тај праг могуће подићи, али је,

⁵⁵ C. Taylor, „The Politics of Recognition“, *Multiculturalism (Examining the Politics of Recognition)*, (ed. A. Gutmann), Princeton University Press, New Jersey 1994, 59.

⁵⁶ О’Нил сматра да Тејлор под основним слободама има на уму: право на живот, слободу, одговарајући судски поступак, слободу говора и слободу вероисповести. D. O’Neill, „Multicultural Liberalism and the Rushdie Affair: A Critique of Kymlicka, Taylor, and Walzer“, *Review of Politics* 2/1999, 239. С друге стране, Н. Димитријевић је мишљења да Тејлор под правима која „могу бити одузета неким члановима друштва, а у име очувања идентитета групе“ има на уму право на слободу кретања, на употребу сопственог језика и на образовање, в. Н. Димитријевић, „Устав као акт позитивирања друштвеног уговора“, *Хабитус* 1/1999, 135 фн. 48.

⁵⁷ О забрани стављања ван снаге у Европској конвенцији, в. више у Д. Гомиен, *Кратак водич кроз Европску конвенцију о људским правима*, Београдски центар за људска права, Београд 1996, 107.

ипак, тешко *in abstracto* таксативно навести сва права која би се наша у групи оних основних.⁵⁸

Из свега до сада реченог, произилази да „настојећи да подржава разноликост култура и традиција, савремени либерализам брине за колективна права народа и мањина, а не само за аутономију и једнакост индивидуа, што су, традиционално гледано, основна начела либерализма“.⁵⁹ Када је то већ тако, онда у одређеним ситуацијама сваки од супротстављених релевантних захтева мора бити разматран у светлу оног другог.⁶⁰ На примеру Квебека, то значи да „право појединца на слободу изражавања може бити тумачено у светлу права језичке заједнице да сачува сопствени језик“.⁶¹ У компаративној судској пракси либералних друштава, у којима су до скоро једини признати актери били држава и појединци, увелико се примењује тзв. *тест пропорционалности*, према којем је ограничавање индивидуалних права и слобода легитимно у оним случајевима у којима држава може да докаже постојање претежног интереса (*compelling interest*) и да се постизање тог интереса не може постићи неким мање рестриктивним средствима (*minimal impairment analysis*).⁶² Одбацивање мита о етнокултурној неутралности либералних друштава и политичко признање различитих етнокултурних колективитета повлачи за собом већ поменуте ситуације у којима ће се, поред државе и поједина-

⁵⁸ Примера ради, *Indian Civil Rights Act*, који је 1968. године донет да би се заштитила одређена индивидуална права припадника индијанских племена, а који пружа мању заштиту од уставног *Bill of Rights*, јемчи индивидуално право на исповедање вере, али с друге стране не забрањује институционализацију племенске религије, јер је то витални аспект постојања највећег броја племена.

⁵⁹ М. Ступар, „Ролсов ‘Закон народа’“, *Српска политичка мисао* 2–3/1998, 89.

⁶⁰ На врло сличан начин Ступар каже да је политичка питања која су спорна са становишта либералне толеранције прво потребно класификовати према њиховој комплексности, затим по томе до којих граница се унутар културне групе намећу ограничења слобода и, на крају, неопходно је „одредити либералне принципе које изражавају толеранцију тако да се друштво које би прихватило ове принципе не распадне као јединствена политичка јединица“. М. Ступар, „A Question of Political Tolerance“, *Интеркултуралност и толеранција* (уред. Б. Јакшић), Република – Библиотека XX век, Београд 1999, 95–96.

⁶¹ V. van Dyke, „The Individual, the State, and Ethnic Communities in Political Theory“, *The Rights of Minority Cultures* (ed. W. Kymlicka), Oxford University Press, Oxford 1995, 53.

⁶² Тест пропорционалности се примењује пред америчким и канадским Врховним судом, пред немачким Уставним судом, у Аустрији и Швајцарској, пред Европским судом, као и пред Европским судом за људска права. види опширније у S. Rodin, „Principle of Proportionality and Codification of Fundamental Rights – Lessons for Supranational Legal Order“, paper presented at the conference *Vertrauen in den Rechtsstaat: Rechtsstraditionen und Rechtsgarantien in Europa nach 1989*“, Bucarest, October 2000. И српски Устав у чл. 20 предвиђа употребу овога теста приликом ограничавања људских и мањинских права.

ца, и групе које овима припадају појавити као актер с легитимним захтевима. У јавној и јуристичкој сфери оне морају доказати да постоји интерес за заштиту одређене праксе, обичаја или начина живота, да је он конститутиван за одржање и опстанак саме етнокултурне групе, те да он претеже у односу на супротстављене захтеве појединачних припадника групе и/или државе.⁶³ Сумња у погледу аутентичности или ауторитативности гласа групе, речено је већ, биће понајмања ако је колективитет заступљен од стране јавно-правног и демократски устројеног тела. Најзад, при сваком конфликту појединачних, посебних и општих интереса, колективитет мора доказати и то да се жељени циљ не може постићи неким другим, блажим средствима. Тако се у случају квебешких језичких закона може аргументовано тврдити да је постојао претежан интерес ове етнокултурне заједнице да заштити свој језик и културу, како у односу на ширу политичку заједницу, тако и у односу на појединачне припаднике, али се исти циљ могао постићи и мање рестриктивним мерама – уместо обавезног прописивања пословног оглашавања на француском језику, довољна је, рецимо, била забрана оглашавања искључиво на енглеском језику.

6. ЗАКЉУЧАК

На претходним странама је понуђена пролегомена за једну свеобухватну правну теорију колективних права.⁶⁴ Та теорија, сматрам, може бити кохерентно развијена *ако и само ако* прихвати политичко-филозофско становиште вредносног колективизма, односно став да одређени колективитети поседују морални субјективитет, који је несводив на њихове индивидуалне припаднике. Да се у том погледу не захтева неки радикалан заокрет либерално оријентисане политичке и правне теорије, доказ су понајпре одредбе важећег међународноправног поретка, у којима се *implicite*, ако не већ *explicite*, већ може наћи упориште вредносног колективизма.

Надаље, признати правни субјективитет различитих колективитета – народа, мањинских заједница и аутохтоних народа – како на међународном плану, тако и у унутрашњим порецима многих држава, налаже заокружену правнотеоријску концептуализацију појма ко-

⁶³ После разматрања два случаја која је решавао амерички Врховни суд – *Wisconsin v. Yoder* 406 U.S. 205 (1972) и *Santa Clara Pueblo v. Martinez* 436 U.S. 49 (1978) – Розенфелд закључује да се у оба ова случаја предност даје групи у односу на добробит како појединаца, тако и ширег друштва. М. Rosenfeld, „Can Human Rights Bridge the Gap Between Universalism and Relativism?“, *Columbia Human Rights Law Review* 2/1999, 265.

⁶⁴ Потпуно је разумљиво да су могући и на другим основама засновани приступи правнотеоријском утемељењу колективних права.

лективних права. Овде су размотрени тек неки од жаришних проблема с којима се правна теорија колективних права мора ухватити у коштац. Ипак, оно што се намеће као недвосмислен закључак из свега реченог јесте да треба преиспитати традиционалну поделу субјеката права на физичка и правна лица. Показано је да, поред тога што већ јесу, *колективитети и треба да буду титулари одређених права*. При том, околност да се не могу свести на збир индивидуалних припадника, односно да је њихова стварност *de facto*, а не као код правних лица *de iure*, чини се да оправдава њихово издвајање у засебну категорију субјеката права.

Постоји још један проблем, који је у тексту само успутно дотакнут, а који је изузетно важан за успешну правно-теоријску концептуализацију појма колективних права. То је проблем *номотехничке стандардизације и канонизације* у овој материји. Због јасних историјских разлога, међународноправним дискурсом је након Другог светског рата завладала својеврсна индивидуалистичка парадигма, што је за последицу имало да сви значајнији инструменти буду устројени према том обрасцу.⁶⁵ У том смислу, и формулација члана 27. Пакта о грађанским и политичким правима⁶⁶ представља „мишљену одлуку, устројену да би се избегло давање групи међународног субјективитета. Такав међународни субјективитет, страховало се, могао је дати мањини способност да утужује своја права пред надлежном међународном институцијом, какав је Комитет за људска права, основан овим Пактом“.⁶⁷

За разлику од система Лиге народа где је и супротна могућност постојала, Факултативни протокол Пакта предвиђа активну легитимацију искључиво индивидуалних припадника мањинских заједни-

⁶⁵ Добро је позната историјска чињеница да је Хитлер злоупотребио систем Лиге народа, користећи мањинско питање Немаца у Пољској и Чехословачкој као повод за доцнију агресију на ове земље. Отуда је завршетак Другог светског рата означио и дисконтинуитет с дотадашњом политиком заштите мањина. Превладало је схватање да је потенцирање мањинског статуса и мере њихове посебне заштите „охрабривало групе да себе дефинишу у опозицији према другима“. Нацистичка расна доктрина је била најеклатантнији пример таквог одређивања националног идентитета. Стога се као алтернатива наметнуо систем „општег скупа међународних норми о људским правима, заснованих на западњачкој и либералној филозофији, који нагласак ставља на политичким уместо на економским, социјалним и културним правима и на суштинску једнакост појединаца, а не група“, J. E. Oestreich, „Liberal Theory and Minority Group Rights“, *Human Rights Quarterly* 1/1999, 113.

⁶⁶ „У оним земљама у којима постоје етничке, националне, верске и језичке мањине, лица која припадају тим мањинама неће бити лишена права, заједно с другим члановима групе, да уживају сопствену културу, исповедају сопствену веру и служе се сопственим језиком“.

⁶⁷ L. B. Sohn, „The Rights of Minorities“, *The International Bill of Rights – The Covenant on Civil and Political Rights* (ed. L. Henkin), Columbia University Press, New York 1981, 274.

ца. Стога се, рецимо, и према мишљењу сâмог Комитета за људска права, право на самоопредељење не може штитити према Факултативном протоколу, јер је титулар овога права „народ“ као колективитет. Међутим, Комитет у свом коментару члана 27. на једном месту каже и следеће: „Мада су права заштићена чланом 27. појединачна права, она на известан начин зависе од способности мањинске групе да одржи сопствену културу, језик и веру“. Отуда, „позитивне мере од стране државе чланице могу бити нужне да би се *заштитио идентитет мањине* и права њених чланова да уживају и развијају културу и језик и штите сопствену веру, у заједници с осталим члановима групе“. Крајњи закључак Комитета јесте да заштита права предвиђених чланом 27. „има за циљ да осигура *опстанак и трајан развој културног, верског и друштвеног идентитета одређене мањине* обогаћујући на тај начин читаво друштво“, (курзивни, М. Ј.).⁶⁸ На основу ових ставова, стиче се утисак да и Комитет стоји на становишту да је заштитни објекат ове одредбе опстанак и развитак мањинске заједнице, као такве.⁶⁹ Ако је то тако, онда усвојена стратегија, према којој је овде реч о индивидуалним правима припадника мањинских група, која они врше „заједно с другим члановима групе“, представља само грубо номотехничко поигравање са стварном природом највећег броја права из овога корпуса,⁷⁰ која су управо колективна, те их као таква треба и прописати.⁷¹ Нема сумње да би једна заокружена правна теорија колективних права значајно допринела крајњем циљу, номотехничкој стандардизацији и канонизацији ове материје.

Треба рећи још и то да једна настајућа теорија о колективним правима мора искористити све расположиве и богате потенцијале опште правне теорије. Како се сама налази у ембрионалној фази раз-

⁶⁸ Општи коментар Комитета за људска права број 23(50), тачке 6.2 и 9.

⁶⁹ Торнбери недоумицу у погледу титулара овога права покушава да разреши на следећи начин: „Право на идентитет сакрива колективно право иза права индивидуа. Група представља ‘непризнато присуство’ иза индивидуалних права. Колективна права су супстантивни, ако не ‘формални’ аспект правне реалности. Већи део ове реалности је искоришћен за индивидуална права. ‘Мањинска права’ су супстантивна и индиректна, а не формална и директна“, Р. Thornberry, *International Law and Rights of Minorities*, Clarendon Press, Oxford 1991, 396.

⁷⁰ Варади је склонији да, имајући у виду преобладајући индивидуалистички дискурс, усвојену стратегију назове „(унеколико стидљивим) компромисом“ (*some-what shy compromise*). Т. Várady, (1996b), 116.

⁷¹ У Извештају-објашњењу поводом *Предлога Европске конвенције за заштиту мањина* каже се да „се чини неопходним да се признају права која припадају не само индивидуалним припадницима мањина, већ и мањинама као таквим, пошто мањине нису тек збир одређеног броја појединаца, већ представљају и систем односа међу њима. Без концепта колективних права, заштита мањина би унеколико била ограничена“. Council of Europe, European Commission for Democracy through Law, *Explanatory Report on the Proposal for a European Convention for the Protection of Minorities*, CDL (91) 8, Strasbourg, March 11, 1991, p. 5, section 16.

витка, правна теорија колективних права првенствено мора изнаћи погодна методолошка оруђа за утврђивање оних права која су по својој природи колективна, односно чији је титулар колективитет. При том, постизање тог циља у великој мери зависи од анализе могуће садржине самог субјективног права, па се, на пример, чувена подела правних односа Веслија Хохфелда намеће као једно од таквих, подесних методолошких средстава.⁷² Будући да би ова типологија помогла да се детаљније и прецизније утврди међусобни однос титулара права и друге стране унутар даог правног односа,⁷³ правна теорија колективних права би свој први корак – непобитно утврђивање права која су по својој природи колективна – учинила мање тешким.

На самом крају, ваља упозорити да се правна теорија колективних права мора, поред оних себи својствених задатака, а један од њих је, рецимо, и детаљнија типологија колективних права,⁷⁴ позабавити и питањима која, строго узевши, задиру у поље социолошких дисциплина. Тако, упозорава се да чланство у групама може бити флуидно и несигурно,⁷⁵ да се колективним идентитетима може мани-

⁷² Подсећања ради, Хохфелд је разликовао четири корелативна типа правних односа који настају из одговарајућег субјективног права. Код првог типа, праву једног субјекта (*claim right*) одговара дужност неког другог субјекта (*legal duty*). Код другог, слободи, односно повластици једног субјекта (*privilege*) одговара непостојање права на страни другог субјекта (*no-right*). Код трећег типа, корелат овлашћењу једног субјекта (*power*) представља одговорност друге стране (*liability*). Најзад, код четвртог типа, имунитету једног субјекта (*immunity*) одговара немоћ неког другог субјекта (*no-power*). W. N. Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions*, Yale University Press, New Haven 1964, 36 и даље.

⁷³ Тако и R. Martin, *A System of Rights*, Clarendon Press, Oxford 1997, 46.

⁷⁴ Једну од најопсежнијих типологија понудио је Џејкоб Леви. Овај аутор сматра да постоји осам врста права етнокултурних група. То су: 1) изузећа од закона који кажњавају или отежавају обичаје неке културе; 2) пружање помоћи за активности које већинска етнокултурна група упражњава без помоћи; 3) права на самоуправу; 4) спољашња правила која ограничавају слободу неприпадника групе; 5) унутрашња правила која се под претњом екскомуникације врше над члановима групе; 6) признање и примењивање традиционалног правног система неке културе; 7) представљање мањина у државним органима и телима; и 8) симболички захтеви за потврђивањем вредности, статуса или постојања различитих група. J. T. Levey, „Classifying Cultural Rights“, *Ethnicity and Group Rights* (eds. I. Shapiro, W. Kymlicka), New York University Press, New York 1997, 22–66.

⁷⁵ Разматрајући проблем тзв. „категоријалног атрибуирања“ на примеру етничког идентитета, Путиња и Стреф-Фенар кажу „да се етнички идентитет никад не дефинише на чисто ендеген начин, преношењем етничке суштине и квалитета кроз *membership*, него ... се конструише у односу између категоризације коју врше нечачљиви и идентификације с једном посебном етничком групом ... Управо тај дијалектички однос између егзогене и ендегене дефиниције етничке припадности чини етнички динамичким процесом који је увек подложен редефинирању и прекомпоновању“, Ф. Путиња, Ж. Стреф-Фенар, *Теорије о етничности*, Библиотека XX век, Београд 1997, 160.

пулисати и да се они могу присилно наметати,⁷⁶ као и да они могу представљати основу за неправедне захтеве. Надаље, признање колективних права може фиксирати колективне идентитете на сувише ригидан начин и представљати својеврсни вид принуде.⁷⁷ Најзад, „заједнице и културе нису статичне, тако да узајамно дејство идентитета, разлике и права не би требало да буде арбитрарно прекинуто зарад неког хегемонистичког тумачења заједнице“.⁷⁸ Ова упућеност правне теорије колективних права и на методске поступке и инструменте других дисциплина, уз неопходност да буде заснована на тачно одређеној филозофској методолошкој основи,⁷⁹ значи само да поменути теорија не може бити никакво *Reine Rechtslehre* већ, управо супротно, пример интердисциплинарног приступа у правној теорији.⁸⁰

Miodrag A. Jovanović, PhD

Associate Professor

University of Belgrade Faculty of Law

ARE THERE COLLECTIVE RIGHTS? (Part two)

Summary

In an attempt to offer prolegomena for a comprehensive legal theory of collective rights, the author discusses several most important issues. First of them concerns the criteria for defining collective rights. The author advances the thesis that what primarily determines the nature of a

⁷⁶ Киш као један од тешких техничких проблема везаних за институционализацију колективних права наводи тај што је границе колективитета потребно дефинисати на неарбитраран и непринудан начин, J. Kis, (1996), фн. 6.

⁷⁷ Тако, К. А. Appiah, „Identity, Authenticity, Survival – Multicultural Societies and Social Reproduction“, *Multiculturalism (Examining the Politics of Recognition)*, (ed. A. Gutmann), Princeton University Press, New Jersey 1994, 162–163.

⁷⁸ M. Freeman, (1995), 39.

⁷⁹ Методолошка основа се може представити као сума неких основних сазнања која дају онтолошко-гносеолошке претпоставке о предмету проучавања, а истовремено су одлучујућа за даљи избор методских поступака и методских инструмената путем којих се непосредно и увећава садржинско знање о проучаваном феномену, в. у С. К. Врачар, *Преиспитивања правне методологије – наговештаји државно-правног интегралитета*, Научна књига, Београд 1994 – о методолошкој основи стр. 49–54, а о методским поступцима и инструментима стр. 72–73. и 87–92.

⁸⁰ О томе опширније у M. Jovanović, „Collective Rights – A Case Study of Interdisciplinary Approach in Jurisprudence“, *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie* 2009 (у штампи).

collective right is not the way that right is exercised, but rather the character of the right-holder, i.e. collective, which is different both from natural and juristic persons. Furthermore, the author emphasizes that one should not confuse between collectives and narrow classes of subjects, whose legal status is determined by partly general legal norms. When it comes to the problem of representation, the author argues that a solution might be found in the creation, by an act of public law, of the special representative body of collective, which would be elected by members themselves, which, in turn, would lead to a more authentic representation of collective interests. Finally, the author allows the possibility that collective rights might sometimes override rights of the individual members of the collective, but he considers, first, that in a liberal-democratic society certain fundamental individual rights should never be infringed, and, second, that the restriction of other individual rights and liberties can be legitimate only if collective can prove it has a relevant compelling interest, and that the realization of this interest could not be achieved through less restrictive measures.

Key words: *Exercise of rights.– Classes of subjects.– Representation.– Individual rights.– Proportionality test.*