

Др Хенк Бота

редовни професор Правног факултета Универзитета у Стеленбошу

ЉУДСКО ДОСТОЈАНСТВО: УСТАВНО ПРАВО, АПСОЛУТНИ ИДЕАЛ ИЛИ ОСПОРАВАНА ВРЕДНОСТ?

Овај рад истражује идеју људског достојанства као примарне уставне вредности, са нагласком нарочито на случај Јужне Африке након апартхејда. Аутор показује да Уставни суд у овој држави наводи достојанство као утужи-во право и поставља достојанство у средиште своје јуриспруденције. Суд је, међутим, критикован не због тога што поставља достојанство изнад других вредности, као што су демократија и једнакост, већ због става да је достојанство толико отворен појам да се може наводити за оправдање готово свих исхода. У том смислу, аутор проучава пет врста парадокса који се налазе у самој сржи људског достојанства. Прво, људска права захтевају апсолутну посвећеност сфери неприкосновености личности, али људско достојанство је преовлађујућа вредност која се налази у основи многих права и не може да избегне да буде подвргнуто усклађивању. Друго, људско достојанство је својствено свим људима и превазилази културне разлике и националне границе, а његова заштита и тачно значење зависе од његове конкретизације у одређеном правном поретку. Треће, достојанство је својствено сваком људском бићу, али оно зависи од материјалних услова и друштвеног положаја сваке појединачне особе. Четврто, достојанство захтева поштовање културних и симболичних процеса путем којих сваки појединац постаје особа и осмишљава свој свет. С друге стране, поштовање нечијег достојанства подразумева признање да је та особа способна да превазиђе структуре појединачног друштвено-економског порекла и да изгради аутономни идентитет. Коначно, достојанство је повезано са личном аутономијом и претпоставља право да се слободно изабере сопствена средства, а поштовање достојанства подразумева постављање одређених ограничења слободи, нарочито када је реч о преовлађујућој приватној власти, претераном конзумеризму и неравноправности. Аутор закључује да без обзира на своју парадоксалну природу, људско достојанство може да ограничи обим легитимних уставних тумачења. У том смислу, јужноафричко искуство пружа интересантан пример проучавања начина на које глобалне правне норме постају поуздане, прилагођавају се и конкретизују унутар националних правних поредака.

Кључне речи: Људско достојанство. – Парадокс. – Уставни суд Јужне Африке. – Слобода. – Аутономија.

Признавање урођеног достојанства и једнаких и неотуђивих права свих чланова људске породице представља темељ слободе, правде и мира у свету.

Уводни део Универзалне декларације о људским правима

Сва људска бића рађају се слободна и једнака у достојанству и правима.

Чл. 1 Универзалне декларације о људским правима

Поштовање достојанства свих људских бића нарочито је важно у Јужној Африци, зато што је апартхејд негирао заједничку припадност човечанству. Црнцима је било ускраћено поштовање и оспоравано им је достојанство, чиме је умањивано достојанство свих Јужноафриканаца. Стога, признавање и заштита људског достојанства представљају стандард новог политичког поретка и представљају основу новог Устава.

S v. Makwanyane, пара. 329

1. УВОД

Људско достојанство заузима посебно место у Уставу Јужне Африке.¹ У Одељку 10 каже се да „[с]ви поседују урођено достојанство и право да им се достојанство поштује и штити.“ Достојанство се такође сматра једном од основних уставних вредности² која се мора узети у обзир при тумачењу уставних права³ и од суштинског је значаја за процену оправданости ограничења права.⁴

¹ Главни пример овог приступа налази се у Конвенцији Савета Европе о спречавању тероризма из 2005. Вид. такође Резолуцију 1624 Савета безбедности о подстицању на тероризам.

² Устав Јужноафричке Републике, 1996.

³ У Одељку 1(а) наводи се да је Јужноафричка Република утемељена, између осталог, на вредностима „људског достојанства, достигнућа једнакости и унапређивања људских права и слобода“, док се у одељку 7(1) наводи да *Закон о правима (Bill of Rights)* „потврђује демократске вредности људског достојанства, једнакости и слободе.“

⁴ Одељак 39(1)(а); („Када тумаче Закон о правима, суд, трибунал или форум морају да промовишу вредности које се налазе у основи отвореног и демократског друштва заснованог на људском достојанству, једнакости и слободи“).

Уставни суд одиграо је важну улогу у успостављању примата људског достојанства.⁵ Овај суд је наводио достојанство као утуживо право, врховну вредност, интерпретативни *Leitmotiv*, објективну правну норму, основ за ограничавање права и слобода и смерницу за принципијелно решавање сукоба између уставних вредности. Размотримо, на пример, следећу изјаву:

Устав ставља нагласак на достојанство како би се супротставио нашој прошлости у којој је људско достојанство јужно-афричких црнаца свакодневно и на суров начин гажено. Он га наглашава да би дао поуку за будућност, да бисмо у нашој демократији улагали у поштовање урођених вредности свих људских бића. Људско достојанство стога обликује уставне одлуке и тумачење на више нивоа. Оно представља вредност које обликује тумачење великог броја, а можда и свих, других права. [...] Људско достојанство такође представља уставну вредност од суштинског значаја за анализу ограничења. Одељак 10, међутим, јасно предочава да достојанство није само *вредност* на којој почива наш Устав, већ је оно утуживо и примењиво *право* које мора да се поштује и штити.⁶

Руководећи се, с једне стране, међународним и упоредним правом, а са друге стране, својим поимањем проблематичне прошлости Јужне Африке, Суд је поставио достојанство у средиште уставне јуриспруденције. Достојанство, према виђењу Суда, премошћава поделу између универзалности људских права и њихове укоренености у одређеним локалним сукобима. Достојанство наглашава нашу заједничку припадност човечанству у свету који карактеришу подела, страх и неповерење; оно нуди излаз из депримирајуће друштвено-економске реалности. Осим тога, достојанство обезбеђује принципијелну основу за ублажавање низа тензија које угрожавају уставну демократију од самог њеног почетка: тензију између једнакости и слободе, између појединца и заједнице, између општости права и признања различитости.⁷

Окретање достојанству није, међутим, прошло глатко. Не само да је Суд критикован због тога што је достојанство поставио изнад

⁵ Одељак 36(1) (основна права се могу ограничити само под условом да је то ограничење „разумно и оправдано у отвореном друштву заснованом на људском достојанству, једнакости и слободи“).

⁶ У једном од првих случајева о којима је одлучивао према прелазном Уставу, Суд је описао достојанство, заједно са правом на живот, као „најважније од свих људских права и извор свих осталих личних права“ у Закону о правима. *S v. Makwanyane* 1995 (3) SA 391; 1995 (6) BCLR 665 (CC) para. 144.

⁷ *Dawood; Shalabi; Thomas v. Minister of Home Affairs* 2000 (3) SA 936 (CC); 2000 (8) BCLR 837 (CC) para. 35 (курзив у оригиналу).

осталих вредности, као што су једнакост и демократија,⁸ већ се такође тврдило да је достојанство толико безобалан концепт да се може користити за оправдавање било ког исхода. Будући да ни изблиза не обезбеђује неутралну и неспорну позицију за решавање нормативних конфликта, достојанство, у том смислу, у себи садржи исте оне тензије које би требало да отклони.⁹

Ове критике требало би да буду озбиљно схваћене. Достојанство не нуди никакву магичну формулу за решавање сукоба вредности – и оно нас свакако не ослобађа дужности да донесемо тешке, па чак и изузетно болне одлуке. Моја је теза, међутим, да је управо ова парадоксална природа људског достојанства оно што му омогућава да организује уставни дискурс. На страницама које следе, бавићу се проучавањем пет парадокса – или боље речено, пет аспеката једног истог парадокса – који се налазе у самом средишту људског достојанства.

У овом раду, искуство Јужне Африке поредиће се увек са искуствима Немачке. Немачка јуриспруденција у вези са достојанством представља посебно интересантан упоредноправни пандан. За ово постоји више разлога. Пре свега, обим и софистицираност јуриспруденције немачких судова о достојанству и темељна научна анализа немачких аутора који се баве уставним правом о концепту и употреби достојанства, неупоредиви су са било којом другом земљом. Друго, обе земље прихватиле су достојанство као врховну вредност, као директан одговор на тоталитарну и изузетно трауматичну прошлост коју су карактерисале стална дискриминација и злоупотребе људских права.¹⁰ И треће, упркос извесним текстуалним, историјским и, у широком смислу, филозофским сличностима, ова два Устава и правне традиције у којима су они укорењени довољно су различити да се започне плодан дијалог о значењу и употребама достојанства, као и о могућностима и ограничењима јуриспруденције засноване на достојанству.

⁸ Вид. нпр. L. W. H. Ackermann, „Equality and the South African Constitution: The Role of Dignity“, *Heidelberg Journal of International Law* 60/2000, 537.

⁹ Вид. нпр. C. Albertyn, B. Goldblatt, „Facing the Challenge of Transformation: Difficulties in the Development of an Indigenous Jurisprudence of Equality“, *South African Journal on Human Rights* 14/1998, 248 у вези са критикама упућеним Суду због тога што се у тумачењу права на једнакост ослањао на достојанство. Вид. такође, H. Botha, „Equality, Dignity, and the Politics of Interpretation“, *Post-Apartheid Fragments: Law, Politics and Critique* (eds. W. le Roux, K. van Marle) Pretoria 2007, 148; „Equality, Plurality, and Structural Power“, *South African Journal on Human Rights* 25/2009 (у штампи) у вези са истраживањем односа између људског достојанства, једнакости и демократије.

¹⁰ Вид. нпр. D. M. Davis, „Equality: The Majesty of Legoland Jurisprudence“, *South African Law Journal* 2/1999.

2. АПСОЛУТНИ ИДЕАЛ ИЛИ ПРАВО И ВРЕДНОСТ О КОЈИМА СЕ МОЖЕ ПРЕГОВАРАТИ?

Људско достојанство подразумева нешто неприкосновено, нешто што захтева наше најдубље поштовање, без обзира на последице, нешто што не може да се одузме, нешто чега не можемо да се одрекнемо, нешто што се не може одмеравати у односу на друге вредности са којима дође у сукоб. Ипак, управо зато што представља тако свеобухватну вредност која се налази у основи великог броја права, достојанство не може да избегне да буде подвргнуто одмеравању, чиме се подрива његова претензија ка статусу апсолутне вредности. Ово можемо назвати првим парадоксом.

Немачки Основни закон и јужноафрички Устав представљају различите начине суочавања са овим парадоксом. У чл. 1(1) немачког Основног закона каже се да је достојанство „неприкосновено“. Не постоји одредба на основу које би се оно могло ограничити путем закона. То је тумачено на начин да је достојанство апсолутно и да не може да се вага у односу на друга права или јавни интерес. Међутим, достојанство није само заштићено од удара уобичајених закона. Чланом 79(3), принципи постављени у чл. 1 такође су заштићени и од уставног амандмана. Стога се достојанство, поред демократије, федерализма и социјалне државе, налази у самом језгру уставних вредности и принципа који се не могу мењати.

Апсолутна заштита коју ужива достојанство извршила је снажан утицај на његово тумачење. На пример, у расправама се често поставља питање да ли, поред тога што представља објективну уставну норму, достојанство представља и субјективно право. Према мишљењу појединих аналитичара, улога достојанства требало би да се ограничи на улогу објективне правне норме која директно обавезује све државне органе и даје смернице за тумачење свих основних права. Третирање достојанства као субјективног права лако би могло да доведе до његове релативизације, пошто би се на тај начин још више захтевало да се достојанство извага у односу на права и интересе са којима је у сукобу.¹¹ Схватање достојанства, као апсолутног и неприкосновеног, утицало је такође на обим и значење који му се приписују. Често се наводи да значење достојанства не би требало да се тривијализује, нити да се сувише проширује,¹² и да би приписивање

¹¹ *Du Plessis v. De Klerk* 1996 (3) SA 850 (CC); 1996 (5) BCLR 658 (CC) para. 92.

¹² Међу поборницима оваквог становишта налазе се G. Dürig, „Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde“, *Archiv des öffentlichen Rechts* 81/1956, 118–120; H. Dreier, *Grundgesetz Kommentar Bd I*, Tübingen 2004, 207–209; и J. Isensee, „Menschen-

прешироког значења достојанству или паралисало владу, или умањило апсолутну природу члана 1(1).¹³

Међутим, став да достојанство не подлеже вагању нашао се под извесним притиском. Због тога што се достојанство доживљава као основа људских права и због тога што се оно тако често доводи у везу са специфичнијим правима, достојанство се понекад појављује на обе стране у спору. У случајевима када се достојанство сукобљава са достојанством, суду не преостаје ништа друго него да га подвргне вагању. У случајевима који се тичу абортуса, Савезни уставни суд вагао је, с једне стране живот и достојанство фетуса, а са друге, самоопредељење и достојанство мајке.¹⁴ Слични сукоби догађају се када особа пристане на третман који се сматра понижавајућим и неприхватљивим (нпр. у случају *peep show* наступа и „бацања патуљака“). У овој ситуацији, дужност државе да заштити достојанство – ако је потребно и од самопонижења – долази у сукоб са аутономијом и правом појединца на самоопредељење.¹⁵

Проблеми у вези са идејом о достојанству као апсолутној уставној категорији могу се илустровати расправама подстакнутим новим напредовањима у области биотехнологије и људске генетике. Забринутост због инструментализације и третирања људских ембриона или људи као ствари на пољу асистираних репродукције, предимплантационе дијагностике, истраживања о сувишним ембрионима, истраживања о матичним ћелијама, генетске терапије и клонирања довели су до аргумената да ови поступци нису у складу са људским достојанством и да су стога неуставни. Додуше, неке од ових брига јесу реалне и разумљиво је што се у овим контекстима поставља питање достојанства. Упркос томе, постоји опасност да – апсолутна и вечна – гаранција људског достојанства буде употребљена како би се предупредила демократска расправа о веома сложеним етичким питањима која су предмет широко распрострањеног и разумљивог неслагања. Исто се односи и на абортус –

würde: die säkulare Gesellschaft auf der Suche nach dem Absoluten“, *Archiv des öffentlichen Rechts* 131/2006, 209–210 (2006). Али вид. такође, М. Herdegen, „Art. 1 Abs. 1“, *Grundgesetz Kommentar 1* (Hrsg. T. Maunz, G. Dürig) München 2003/2005, 18–20; К. Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland Band IV*, München 2006, 61–64.

¹³ Према речима Дурига (G. Dürig, 124), члан 1(1) „ist keine ‘kleine Münze’“. Он сматра да је достојанство тривијализовано покушајима да се искористи за проширење личне части или за очување пристojности. *Ibid.*, 124, 127. Вид. такође, Н. Dreier, 164–165.

¹⁴ Пример наведеног удара који је окарактерисан као сувише тривијалан био је начин на који је написано име у телефонској факури – послатој електронским путем – уместо „ö“ било је написано „oe“ (BVerwGE 31, 236 (1969)).

¹⁵ BVerfGE 39, 1 (1975); BVerfGE 88, 203 (1993).

област у којој је Савезни уставни суд, у два наврата, сматрао да постојећи закони нису ишли довољно далеко у заштити живота и достојанства нерођене деце.¹⁶

За разлику од немачког Основног закона, јужноафрички Устав нити ограничава достојанство, нити га изузима од уставних амандмана. Сва права из Закона о правима подлежу ограничењу, под условом да оно испуњава услове из одељка 36 тј. генералне клаузуле о ограничењу. Поред тога, попут свих осталих одредби у Уставу, одељак 10 подлеже уставном амандману, под условом да је амандман донет предвиђеном већином гласова и путем предвиђене процедуре.¹⁷ Овај приступ доводи до мањег броја проблема у вези са категоризацијом и дефиницијом. Нема разлога да се достојанству оспорава статус права, а у великој мери је смањена и опасност да достојанство буде тумачено на превише рестриктиван начин. У исто време, међутим, постоји ризик да достојанство постане само једно од великог броја уставних права и вредности, и да достојанство и вредност својствени човеку буду жртвовани у име интереса са којима дођу у сукоб.

Покушавајући да избегне ову опасност, Уставни суд се ослањао на мноштво интерпретативних стратегија. Пре свега, сматрало се да ће се у случајевима када се „примарно кршење устава“ односи на „специфичније право“,¹⁸ Суд генерално фокусирати на ово право. Стога достојанство подразумева улогу резидуалног права које се користи за тумачење и обликовање специфичнијих права и које се директно наводи само у случајевима када на располагању више не стоји

¹⁶ В. BVerwGE 64, 274. Док поједини аналитичари сматрају да ови сукоби представљају изузетке (вид. Н. Dreier, 210), други верују да се они дешавају много чешће него што се раније мислило. Чак је изношен став да забрана мучења – за коју се увек сматрало да се налази у самој сржи гаранције достојанства – није апсолутна, да постоје ситуације у којима достојанство других лица односи превагу над том забраном, и да у таквим случајевима држава има обавезу да мучи особу како би сачувала животе невиних људи. W. Brugger, „Vom unbedingten Verbot der Folter zum bedingten Recht auf Folter?“, *Juristen Zeitung* 55/2000, 165.

¹⁷ 39 BVerfGE 1 (1975); 88 BVerfGE 203 (1993). У вези с питањем да ли ови медицински и истраживачки поступци штете људском достојанству, вид. Н. Dreier, 173–176, 179–202; P. Häberle, „Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft“, *Handbuch des Staatsrechts* (Hrsg. J. Isensee, P. Kirchhof) Heidelberg 2004, 359–362; M. Herdegen, 57–65; K. Stern, 27–47.

¹⁸ За Закон којим се допуњава одредба Закона о правима потребна је сагласност најмање две трећине чланова Народне скупштине, и најмање шест од девет провинција у Националном већу провинција (одељак 74(2)). Мора се, ипак, имати на уму да се у одељку 10 потврђује да је достојанство једна од основних вредности Устава. Сам одељак 1 је чвршће утемељен и захтева већину од 75% у Народној скупштини, плус подршку најмање шест провинција у Националном већу провинција (одељак 74(1)).

ниједно специфичније право.¹⁹ Иако разуман, овај приступ сам по себи не решава проблем. Пука чињеница да се примарно кршење устава не односи на достојанство, не чини прихватљивијим занемаривање кршења основних права у ситуацијама када оно неповољно утиче на достојанство онога који се на то кршење жали.

Друга стратегија почива на ставу који Суд има о пропорционалности. Суд јасно истиче да би, без обзира на чињеницу да ниједно право није апсолутно, озбиљно кршење достојанства захтевало веома уверљиво оправдање. Уместо да поставља категоричну забрану на ограничење достојанства, овај приступ пре показује осећај за разлике у степену ограничења. Ограничења која задиру у срж урођеног индивидуалног достојанства и вредности ретко би прошла, ако би уопште и прошла, тест уставности, док се у случајевима маргиналних кршења овог права, ограничења лакше прихватају.²⁰ Међутим, и овај приступ сусреће се са извесним проблемима. Први проблем односи се на успостављање разлике између језгра људског достојанства, чије ограничење мора да задовољи најстроже стандарде оправдања, и граничних случајева, у којима би супротстављени интереси лако могли да однесу превагу над индивидуалним правима. Иако се могу дати одређене опште смернице (на пример, чини се да право појединца да не буде третиран као пуки објект припада самом срцу гаранције достојанства, док је право на лични углед удаљено од језгра људског достојанства и стога је подложније вагању), она по правилу остају прилично нејасна и у многومه зависе од начина на који суд окарактерише интересе који су у питању.²¹ Други проблем односи се на чињеницу да разлика између језгра и граничних случајева погодује конзервативним претпоставкама о избору, браку и сексуалној интимности. Сматрало се, рецимо, да стигма која прати проститутке није директно повезана са улогом закона у одржавању структурних непогодности и штетних стереотипа, већ је пре последица њиховог сопственог избора.²² Смањени степен заштите интим-

¹⁹ Para. 36.

²⁰ Вид. S. Woolman, „Dignity“, *Constitutional Law of South Africa* (eds. S. Woolman, T. Roux, M. Bishop) Cape Town 2005, 36–19 – 36–25 у вези са анализом различитих начина на који судови користе достојанство.

²¹ Вид. S. Woolman, H. Botha, „Limitations“, *Constitutional Law of South Africa* (eds. S. Woolman, T. Roux, M. Bishop), Cape Town 2006, 34–116 – 34–121 у вези са критичком анализом начина на који Суд користи достојанство у својој анализи пропорционалности.

²² Дефиниција објекта, која произилази из Кантовог категоричког императива и према којој појединац никада не може да буде сведен на пуки објект, имала је великог утицаја у Немачкој и у Јужној Африци. Вид. G. Dürig, 127 у вези са класичним излагањем ове формуле. Вид. такође, када је о Немачкој реч, BVerfGE 27, 6 (1969); BVerfGE 45, 228 (1977); а када је реч о Јужној Африци, *S v. Makwanyane*, вид.

них односа који нису у складу са идеализованим моделом хетеросексуалног брака такође спада у ову категорију.²³ Трећи проблем огледа се у чињеници да се чак и озбиљно ограничење које задира у само језгро људског достојанства може, у принципу, оправдати позивањем на неодложне социјалне потребе.²⁴

Стога идеја о апсолутном и неприкосновеном достојанству скоро увек наилази на проблем с тумачењем. Није нам потребан радикални облик правног реализма да увидимо да се достојанство не може оградити од ограничења. Ипак, опасност да озбиљна кршења достојанства буду толерисана у име јавне безбедности или заједничког добра – опасност која је узела маха нарочито након 11. септембра²⁵ – баца велику сенку на поимање достојанства као само једног од многобројних права и вредности. Без обзира на проблеме с тумачењем, морамо да се држимо нормативног идеала неприкосновеног језгра људског достојанства, или у супротном, да се окренемо суровој логици економског и политичког поретка заснованог на опстанку, похлепи и себичним интересима.

3. ПРОБИЈАЊЕ (НАЦИОНАЛНИХ И КУЛТУРНИХ) ГРАНИЦА

Други парадокс уско је повезан са првим. Достојанство се доживљава као питање космополитског права; као нешто што је својствено свим људским бићима и што превазилази културне и националне границе.²⁶ Па ипак, његова заштита, у највећој мери, зави-

фн. 5, paras. 271, 313, 316; *S v Dodo* 2001 3 SA 382 (CC); 2001 5 BCLR 423 (CC) para 38. Међутим, дефиниција објекта критикована је због своје неодређености и превелике инклузивности. Вид. нпр. Н. Dreier, 167–168; М. Herdegen, 23; К. Stern, 18–19. Пошто се тако велики број различитих закона и поступака може окарактерисати као да своде човека на објект, није увек јасно на који начин формулација објекта, сама по себи, може да разликује озбиљно кршење достојанства од других, која нису тако озбиљна.

²³ *Jordan v. S* 2002 (6) SA 642; 2002 (11) BCLR 1117 (CC) paras. 16, 74.

²⁴ Упор. *Jordan*, вид. фн. 22; *Volks NO v. Robinson* 2005 (5) BCLR 446 (CC) (у којем се сматра да искључење сталног животног партнера из бенефиција према Закону о издржавању преживелих супружника није имало за циљ да прекрши њихово право на једнакост и достојанство. Вид. такође, Р. de Vos, „The ‘Inevitability’ of Same-Sex Marriage in South Africa’s Post-Apartheid State“, *South African Journal on Human Rights* 3/2007; Р. Robson, „Sexual Democracy“, *South African Journal on Human Rights* 3/2007.

²⁵ Иако је Суд у случају *Makwanyane*, *supra* фн. 5, сматрао да смртна казна поништава људско достојанство, чини се да је одлука о неуставности, на крају, утемељена на неуспеху државе да покаже да смртна казна спречава тешке злочине. До другачијег исхода могло је доћи да је држава успешно пребродила ту препреку.

²⁶ Упор. BVerfGE 115, 118, 151–165 (2006). У овом случају, заузет је став да је статут којим се снагама безбедности дозвољава да оборе авион који има задатак

си од државе нације, а његово тачно значење и контуре одређени су културолошким чиниоцима.²⁷

Овај парадокс се, између осталог, огледа у чињеници да постоје тешки облици деградације које право не региструје или који пропадају кроз пукотине између националног и међународног права. Размотримо следећа два примера, оба преузета из чланка Хасоа Хофмана. У првом случају, немачки конзулат у Сомалији нема никакву уставну, нити правну обавезу да обезбеди храну за изгладнело локално становништво. Друго, Савезна Република Немачка није обавезна да позитивно одговори на захтеве азиланата који могу да докажу да због ограничења основних економских и других слобода која постоје у њиховој земљи они живе под условима који се у Немачкој не би сматрали достојанственим постојањем (све док нису изложени кршењу достојанства које је много озбиљније од оног којем је изложена цела популација). Хофман користи ове примере како би показао да се достојанство може остварити само унутар конкретне – тиме и засебне – заједнице која почива на међусобном признању.²⁸ Иако његова комуникативна теорија достојанства објашњава зашто су одређени појединци искључени из заједнице засноване на реципрочном признању урођеног достојанства сваког члана, она ризикује да достојанство сведе на заштиту која му се пружа унутар одређене државе нације. Једино ако одржавамо у животу представу о достојанству као о универзалном идеалу и космополитском праву, можемо да се надамо да ћемо оспорити традиционалне идеје које успевају да великом броју људи оспоре припадност човечанству. Само на тај начин можемо да се ухватимо у коштац са ограничењима постојећег правног поретка, а да у исто време останемо отворени за утопистичке могућности својствене појму апсолутног и безграничног људског достојанства.

Да овај парадокс постоји види се такође из различитих приступа достојанству у различитим националним системима. Размотримо, на пример, како су у Немачкој уобличене вредности живота и достојанства, заштита пружена нерођеној деци и забрана инструментализације људских ембриона. Насупрот томе, у Јужној Африци, рана веза успостављена између живота и достојанства остала је у потпу-

да уништи људске животе неуставан утолико што дозвољава убијање невиних жртава. Суд је одбио да вага достојанство жртава са животима других људи који би могли да буду спашени у овом процесу.

²⁷ *Minister of Home Affairs v. Watchenuka* 2004 (4) SA 326 (SCA); 2004 (2) BCLR 120 (SCA) пара. 25 („Људско достојанство нема држављанство. Оно је инхерентно свим људима – грађанима и онима који то нису – једноставно због тога што су они људска бића.“).

²⁸ У вези с анализом која даје добра запажања о овом парадоксу вид. прилог Ан-Наима.

ности неразвијена,²⁹ а јужноафрички правници признање достојанства нерођене деце у Немачкој често објашњавају само као Немцима својствену заокупљеност која је укорењена у специфичној историји Немачке.³⁰ У Јужној Африци, најиновативније употребе достојанства проистекле су из истраживања о преплитању достојанства, једнакости и различитости. Овим се још једном потврђује утицај могућих историјских фактора на облик и садржај који се приписују достојанству у одређеном правном систему.

Важно је да се ове напетости увек имају на уму. Никада не можемо једноставно искорачити из оквира позитивног правног поретка или превазићи културне и историјске шеме кроз које се неизоставно филтрирају наша схватања достојанства. У исто време, морамо да останемо отворени за утопијске могућности својствене појму апсолутног и безграничног људског достојанства. Само на тај начин можемо да се надамо да ћемо пробити границе – било географске, културне или идеолошке – које легитимишу и нормализују деградацију и неједнакост.

4. ПРИЗНАЊЕ И МАТЕРИЈАЛНЕ ПОТРЕБЕ

Трећи парадокс односи се на идеју људског достојанства као нечега што је својствено сваком људском бићу. Достојанство припада свакој особи, без обзира на његове или њене материјалне услове или друштвени положај. Па ипак, једнако поштовање и аутономија на које свака особа има право зависе од међусобног признања унутар заједнице једнаких и од материјалних услова који су потребни да би појединци могли да развију своје способности.

Јужноафрички Уставни суд је, у неколико случајева, повезивао лишавање основних материјалних потреба (као што су одговарајући услови становања и социјална сигурност) са гажењем људског достојанства.³¹ Наводећи ову судску праксу и ослањајући се на рад Марте Нусбаум и Амартије Сен, поједини аналитичари тврдили су да поштовање достојанства захтева од друштва да створи материјалне услове који су потребни како би се људима омогућило да развију и користе своје способности.³² Међутим, други аналитичари критико-

²⁹ Н. Hofmann, „Die versprochene Menschenwürde“, *Archiv des öffentlichen Rechts* 118/1993, 365–366.

³⁰ *S v. Makwanyane*, вид. фн. 5.

³¹ Вид. *Christian Lawyers Association of SA v. Minister of Health* 1998 4 SA 113 (Т); 1998 11 BCLR 1434 (Т) 1445I–1146A.

³² *Government of the Republic of South Africa v. Grootboom* 2001 (1) SA 46 (CC); 2000 (11) BCLR 1169 (CC) paras. 23, 44, 83; *Jaftha v. Schoeman*; *Van Rooyen v. Stoltz*

вали су поборнике овог приступа који у обзир узима способности, због њихове склоности да тврде да особе којима су ускраћена одређена материјална средства немају људско достојанство.³³ Ова расправа истиче контрадикторну природу наших интуиција у погледу људског достојанства. С једне стране, екстремно сиромаштво делује увредљиво за наше најосновније представе о достојанству. С друге стране, идеја достојанства као нечега универзалног и неотуђивог долази у сукоб са мишљењем да достојанство у неку руку зависи од минималних материјалних услова.

Уставни суд такође је повезао достојанство са основним представама о поштовању и социјалном грађанству. Због чињенице да су способност једне особе да дела и њен осећај за сопствену вредност уско повезани са признањем њеног или његовог статуса слободног и једнаког члана друштва,³⁴ достојанство, по мишљењу Суда, онемогућава доношење закона и службено поступање које одржава у животу штетне стереотипе о одређеној групи или категорији лица.³⁵ И овде такође настају напетости. Једнако признање је од суштинског значаја за наша поимања индивидуалне аутономије и сопствене вредности. У исто време, међутим, ми доживљавамо достојанство као нешто што припада свакоме – чак и оним особама које немају менталну способност да учествују у моралној заједници једнаких.

5. КОНТИГЕНТНОСТ И ПРЕВАЗИЛАЖЕЊЕ

Четврти парадокс може се представити на следећи начин: достојанство захтева поштовање породичних односа, привржености заједници, културолошких значења, верских убеђења и дискурзивних пракси путем којих дајемо смисао свом животу и изграђујемо појединачне идентитете. Оно одбацује појам растерећеног сопства и признаје формативну улогу – контингентних – образаца културних вред-

2005 (2) SA 140 (CC) para. 21; *Khosa v. Minister of Social Development; Mahlaule v. Minister of Social Development* 2004 (6) SA 505 (CC); 2004 (6) BCLR 569 (CC) paras. 41, 44.

³³ S. Liebenberg, „The Value of Human Dignity in Interpreting Socio-Economic Rights“, *SAJHR* 21/2005; S. Woolman, 36–16 – 36–17, 36–65 – 36–70.

³⁴ D. Cornell, „A Call for a Nuanced Constitutional Jurisprudence: Ubuntu, Dignity, and Reconciliation“, *SA Public Law* 19/2004, 667–668 (2004). Корнелова критикује покушаје да се социјално-економска права оправдају позивањем на кантовски појам људског достојанства. Вид. такође, V. Marle, „The Capabilities Approach’, ‘the Imaginary Domain’, and ‘Asymmetrical Reciprocity’: Feminist Perspectives on Equality and Justice“, *Feminist Legal Studies* 11/2003.

³⁵ *Khumalo v. Holomisa* 2002 5 SA 401 (CC); 2002 8 BCLR 771 (CC) [27] (људско достојанство подразумева и „осећај сопствене вредности појединца“ и „процену јавности о вредности појединца“).

ности и институционалних уређења нашег осећаја сопства. У исто време, међутим, поштовање нечијег урођеног достојанства захтева признање способности те особе да превазиђе ограничења свог друштвеног порекла и да изгради аутономан идентитет.

И немачки Савезни уставни суд и његов јужноафрички пандан одбацили су идеју достојанства као нечега што припада појединцима схваћеним у атомистичком смислу. Немачки Суд био је на мукама да покаже како Основни закон признаје да су грађани чланови заједнице и да су у њој утемељени.³⁶ Сматра се да достојанство не припада „изолованим, сувереним појединцима“;³⁷ већ особама које се изграђују кроз блиске и породичне односе, комуникацију и учешће у животу заједнице. Јужноафрички Суд је на сличан начин признао значај породице за достојанство и благостање појединаца,³⁸ и потврдио пресудан утицај религије и културе на идентитет и достојанство људи.³⁹ Осим тога, он је повезао достојанство са аутохтоним афричким концептом *убунту*, који се односи на широке појмове људске солидарности, поштовања и међусобне зависности.⁴⁰

Ови покушаји да се достојанство повеже са комунитаристичким и солидаристичким појмовима међусобне зависности и међусобног поштовања нису прошли без расправа. Поједини немачки аутори критиковали су мишљење да би се за Основни закон могло рећи да обухвата одређену представу особе. Они су тврдили да је у модерном, плуралистичком друштву изразито проблематично настојање да се у Устав утка унитарна „представа човека“, која се наводи као основа индивидуалних дужности и ограничења основних људских права.⁴¹ Слична забринутост изражена је у Јужној Африци у погледу везе између достојанства и концепта *убунту*. Ослањање Суда на *убунту* критиковано је, између осталог, због романтизирања традиционалних афричких вредности, некритичког сједињавања ових вред-

³⁶ *Minister of Finance v. Van Heerden* 2004 6 SA 121; 2004 11 BCLR 1125 (CC) [116].

³⁷ B. VVerfGE 27, 344, 351 (1970).

³⁸ BVerfGE 4, 7 15–16 (1954).

³⁹ Dawood; Shalabi; *Thomas v. Minister of Home Affairs*, 2000 (3) SA 936 (CC); 2000 (8) BCLR 837 (CC); *Minister of Home Affairs v. Fourie; Lesbian and Gay Equality Project v. Minister of Home Affairs*, 2006 (3) BCLR 355 (CC); 2006 (1) SA 524 (CC).

⁴⁰ *Christian Education South Africa v. Minister of Education*, 2000 (4) SA 757 (CC); 2000 (10) BCLR 1051 (CC) para. 36; *Bhe v. Magistrate Khayelitsha; Shibi v. Sithole; SA Human Rights Commission v. President of the RSA*, 2005 (1) SA 563 (CC); 2005 (1) BCLR 1 (CC).

⁴¹ Вид. Makwanyane, paras. 223–225, 307–308; *Port Elizabeth Municipality v. Various Occupiers* 2005 (1) SA 217 (CC); 2004 (12) BCLR 1268 (CC) para. 37; *Dikoko v. Mokhatla* 2006 (6) SA 235 (CC); 2007 (1) BCLR 1 (CC) paras. 68–69, 112–120; *Union of Refugee Women v. Director: Private Security Industry Regulatory Authority* 2007 (4) SA 395 (CC); 2007 (4) BCLR 339 (CC) 382D–H.

ности са савременим уставним нормама и негирања конфликта својственог плуралистичном друштву. Изражен је страх да би *убунту*, са својим позивањем на широке појмове међусобне зависности и друштвене хармоније, могао да буде искоришћен да се прикрију несллагања и различитости и да се постигне усаглашеност са преовлађујућим начином мишљења.⁴²

Други аутори истицали су да признавање улоге коју повезаност заједнице и солидарности има у изграђивању појединачних идентитета није у супротности са аутономијом појединца и не мора да резултира неразумном усаглашеношћу. Према мишљењу Хеберлеа, слика човека за коју се сматра да је била полазиште за Основни закон довољно је флексибилна – и контрадикторна – да може да обезбеди мноштво веома различитих самоспознаја. Обухватајући и аутономију појединца и његову/њену припадност заједници и утемељеност у њој, она отвара простор за различите начине бивствовања у свету.⁴³

Сличан аргумент може се изнети и за *убунту*. Ако се схвати на овај начин, *убунту* не мора нужно да подстиче облик колективизма који гуши индивидуалну аутономију и различитост, већ може да помогне у пружању отпора ономе што је судија Сакс назвао „хидрауличним инсистирањем на усаглашености“ са доминантним културним и верским нормама.⁴⁴ Рад Друсиле Корнел и осталих аутора сугерише да би *убунту* могао да омогући велики број алтернативних схватања која не би сузбијала различитост, већ би уместо тога могла да се искористе за оспоравање доминантних концепција сопства и заједнице.⁴⁵ Пошто се ове преовлађујуће концепције у великој мери поистовећују са западњачким појмовима „индивидуализма“, оне се најчешће узимају здраво за готово у уставној демократији, у којој једнакост и аутономија појединца заузимају главно место. Оно што се, међутим, не види на први поглед, јесте чињеница да се ова схватања често користе да се постигне усаглашеност са скупом нормативних очекивања укореењених у преовлађујућим – па ипак контингентним – погледом на свет и културу. Као што Патриша Вилијамс тврди, ова преовлађујућа схватања сопства и заједнице намећу „заједнички групни идентитет“ који гуши аутономију, различитост и самоекспериментисање.⁴⁶

⁴² Н. Dreier, 229–230.

⁴³ Вид. R. English, „Ubuntu: The Quest for an Indigenous Jurisprudence“, *South African Journal on Human Rights* 12/1996; J. van der Walt, *Law and Sacrifice: Towards a Post-Apartheid Theory of Law*, London 2005, 109–115.

⁴⁴ P. Häberle, *Das Menschenbild im Verfassungsstaat*, Berlin 2005, 37, 60–63.

⁴⁵ *Prince v. President of the Law Society of the Cape of Good Hope* 2001 (2) SA 388 (CC); 2001 (2) BCLR 133 (CC) para. 156.

⁴⁶ Вид. нпр. D. Cornell, 666; N. Bohler-Muller, „The Story of an African Value“, *SA Public Law* 20/2005, 266.

Стога, признавање конститутивне улоге културе, религије и заједнице у формирању индивидуалног идентитета може да унапреди једнакост и слободу давањем већег простора маргиналним културама, религијама и погледима на свет; оспоравањем привилегованог положаја одређеног поимања сопства и његовог места у универзуму; проширивањем простора за индивидуално експериментисање. Стога је оно у савршеном складу са урођеним достојанством човека. Људско достојанство је, међутим, у много мањој мери ускладиво са снажним захтевима за групну аутономију који се заснивају на јакој концепцији групног идентитета и који претпостављају предност колективних идентитета над индивидуалним правима. Такви захтеви коче изазове који се унутар групе постављају доминантним формулацијама комуналних норми, негирају способност култура да се трансформишу, а њихове припаднике укалупљују у одређене начине живота. Они највероватније и одржавају материјалну угроженост и инфериорни друштвени статус слабијих подгрупа и гуше индивидуалну аутономију и експериментисање.

Недавна одлука јужноафричког Уставног суда у вези са верском и културном различитошћу илуструје како Суд употребљава достојанство да би избегао и радикалну индивидуалистичку концепцију сопства, која је неутемељена у друштвеним везама и односима, али и јак, есенцијалистички поглед на сопство, који не може да избегне ограничења постављена атрибутима као што су култура и религија. Случај *MEC for Education: KwaZulu-Natal v. Pillay*⁴⁷ односио се на школски пропис којим се забрањивало ношење накита. Уставни суд одбацио је жалбу на одлуку Вишег суда, према којој је поступак школе која ученици није дозволила да носи минђушу у носу представљао неправдenu дискриминацију. Дотична ученица носила је минђушу у носу као знак припадања хинду култури јужноиндијских Тамила. У својој одлуци, судија Ланга истакао је „значај заједнице за индивидуални идентитет, а тиме и за људско достојанство“.⁴⁸ Он је, међутим, одмах додао да културе нису ни најмање монолитне, већ да представљају

живе творевине о којима се може расправљати. Уставна заштита припада свима онима којима култура даје значење, а не само онима чији се глас највише чује у садашњем културном разговору.⁴⁹

Поред тога, он је одбацио аргумент да ученик не може да захтева изузеће по основу културних и верских обичаја који нису оба-

⁴⁷ P. Williams, „Metro Broadcasting, Inc v FCC: Regrouping in Singular Times“, *Critical Race Theory: The Key Writings That Formed the Movement* (eds. K. Crenshaw et al.) New York 1995, 194.

⁴⁸ 2008 (1) SA 474 (CC); 2008 (2) BCLR 99 (CC).

⁴⁹ Para. 53.

везни, већ добровољни. Истакавиши да достојанство захтева поштовање јединственог скупа циљева сваког појединца, он затим додаје: „То што ми правимо изборе на добровољној основи, а не због осећаја обавезе, само повећава значај који поступак има за нашу аутономију, наш идентитет и наше достојанство“.⁵⁰ Иако се овом одлуком признаје да су култура и вера од суштинског значаја за достојанство и идентитет људског бића, њоме се одбацује предлог да гласови појединачних припадника буду потиснути у корист једног, наводно ауторитативног тумачења културне праксе и верских убеђења.

6. СЛОБОДА И ОГРАНИЧЕЊЕ

Попут четвртог, и пети парадокс се тиче односа између достојанства, појединца и заједнице. Достојанство је уско повезано са личном слободом и претпоставља право појединца да слободно изабере сопствене циљеве. У исто време, међутим, поштовање достојанства од нас захтева да слободи поставимо ограничења – нарочито у доба које карактерише доминантна власт приватног сектора, прекомерни конзумеризам и све већа неједнакост.

У Немачкој је прихваћено становиште да достојанство служи не само јачању и проширењу сфере личне слободе, већ и успостављању индивидуалних дужности које могу да резултирају ограничењима индивидуалних слобода.⁵¹ И у Јужној Африци, Уставни суд је подвукао да „права заједнице и права припадника намећу одговарајућу обавезу грађанину, чиме се врши преобликовање апстрактног појма индивидуализма ка идентификовању конкретног члана цивилног друштва.“⁵²

У Јужној Африци, као и у Немачкој, тензија између достојанства које унапређује и оног које ограничава слободу дошла је до изражаја у случајевима у којима појединци својевољно учествују у сексуалним чиновима који се сматрају деградирајућим, понижавајућим

⁵⁰ Para. 54. У издвојеном мишљењу, Ц. О’Реган је одбацила мишљење већине у Суду као сувише индивидуализовано и субјективно. Према њеном мишљењу, није довољно да се утврди да ли је одређено верско уверење заиста искрено. Пошто су културе асоцијативне, треба да се постави питање „шта по мишљењу културне заједнице представља културну праксу“ (para. 154), в. такође para. 152–153. Она је, ипак, додала да културе „нису генерално јединствене и кохерентне, већ су динамичне и често предмет расправа“ (para. 154). Иако њен приступ истиче потребу за постојање заједничког схватања да је одређена пракса културна пракса, а не само лична навика, он се не заснива на идеји јединственог ауторитативног тумачења било које дате културе.

⁵¹ Para. 64.

⁵² P. Häberle (2004), 47–50.

или неприродним. Немачки Савезни управни суд сматрао је да *peer show* крши чл. 1(1) упркос чињеници да жена која у њој учествује то ради на добровољној основи.⁵³ У овом случају, дужност државе да заштити учеснике од свођења на пуки предмет пожуде посматрача, очигледно је однела победу над њиховом слободом. Ова одлука жестоко је критикована због тога што је у њој достојанство искоришћено како би се оспорила аутономија.⁵⁴ Јужноафрички судови су на сличан начин наводили достојанство како би оправдали ограничења проституције⁵⁵ и поседовање порнографије.⁵⁶ Опасности које прате такво ослањање на достојанство илустроване су одлуком Вишег суда, у којој је изнет став да је бестијалност „толико гнусна и толико у супротности са достојанством да се може окарактерисати као изопаченост природног поретка“ и да држава има обавезу да „спречи сваког појединца или групу да се спусте на ниво звери“.⁵⁷ Овакво резоновање ризикује да умањи обим личне и сексуалне аутономије и да сједини достојанство са достојанственим понашањем. Веза установљена између достојанства и „природног поретка“ нарочито је неумесна, зато што се њоме настоји да се натурализују доминантне претпоставке о томе шта представља „нормално“ сексуално понашање.

Уговор представља другу област у којој поштовање аутономних избора појединаца долази у сукоб са потребом да се ограничи слобода у интересу достојанства и једнакости. Јужноафрички судови држе се готово апсолутне концепције уговорне слободе која се чини неприкладном за двадесет и први век. Иако је прихваћен став да се услов из једног уговора може прогласити неважећим уколико је у супротности са јавном политиком, то није угрозило доминантну судску идеологију, која наставља да даје предност принципима уговорне аутономије и принципу *pacta sunt servanda* над налозима једнакости и правичности. Наде да би уставне вредности достојанства и једнакости могле да буду употребљене за постављање ограничења уговорној слободи до сада су се показале као илузорне. Заправо, Врховни апелациони суд позивао се на достојанство како би дао потпору захтевима за уговорну аутономију.⁵⁸ Иако се признаје да достојанство

⁵³ *Bernstein v. Bester* NO 1996 (2) SA 751; 1996 (4) BCLR 449 (CC) para. 67.

⁵⁴ BVerwGE 64, 274, 279–280.

⁵⁵ Вид. Н. Dreier, 218–220.

⁵⁶ *Jordan v. S*, para. 74 (људско тело губи значај ако се продаје путем проституције).

⁵⁷ *De Reuck v. Director of Public Prosecutions* (WLD) 2004 (1) SA 406 (CC); 2003 (12) BCLR 1333 (CC) (забрана дечије порнографије је оправдана, зато што дечија порнографија нарушава достојанство деце).

⁵⁸ *National Coalition for Gay and Lesbian Equality v. Minister of Justice* 1998 (6) BCLR 726 (W) 751B-D; одлука донета у случају *S v M* 2004 (1) BCLR 97 (O) paras. 15, 24.

и једнакост могу да имају улогу у неутралисању екстрема уговорне аутономије⁵⁹ – на пример, у случајевима неравноправне преговарачке моћи⁶⁰ – стварне одлуке судова показују да ће употреба овог овлашћења бити ограничена на тако екстремне случајеве да је врло вероватно да ће ефекти у сузбијању неједнакости и заштити потрошача бити минимални.⁶¹

Оно што недостаје у овим случајевима јесте критичко бављење друштвеним контекстом. Уместо да своју анализу сместе у контекст великих неједнакости моћи и ресурса, јужноафрички судови су заузели либертаријански приступ уговору који почива на метафизичким појмовима слободе. Људско достојанство, једнакост и слобода утемељени су у апстрактним појмовима који изгледа више приличе расправама из деветнаестог века него друштву које покушава да се суочи са историјом институционализованих неједнакости и ускраћивања. Стога, судови нису искористили важну прилику да ситуирају своју анализу достојанства у оквиру живота обичних Јужноафриканаца.⁶²

7. ЗАКЉУЧАК

У овом раду проучавао сам пет парадокса који леже у самом срцу људског достојанства. На првом месту, достојанство означава апсолутну приврженост сфери личне неприкосновености. Па ипак, свако кршење достојанства не подлеже – нити може да подлегне – правном санкционисању. Друго, достојанство се сматра универзалним правом. Међутим, његова конкретизација зависи од одређеног правног поретка, а прецизан садржај који му се приписује скоро увек се филтерише кроз друштвене, културне и историјске факторе. Треће, иако достојанство налаже непрестано постављање изазова политици

⁵⁹ *Brisley v. Drotsky* 2002 (4) SA 1 (SCA); 2002 (12) BCLR 1229 (SCA) para. 94 („уговорна аутономија је део слободе. Када не доводи до екстрема опсцености, уговорна аутономија обликује такође и уставну вредност достојанства“); *Afrox Healthcare Bpk v. Strydom* 2002 (6) SA 21 (SCA) para. 23.

⁶⁰ Овај поглед најбоље илуструје изјава Ц. Дејвиса у случају *Mort NO v. Henry Shields-Chiat* 2001 (1) SA 464 (C) 475. Према његовом мишљењу, вредности једнакости и људског достојанства захтевају од „страна у уговору да се држе минималног прага међусобног поштовања у којем ‘неразумна и једнострана промоција сопственог интереса на уштрб другог лица крши принцип добре вере у толикој мери да односи превагу над јавним интересом у погледу светости уговора’“.

⁶¹ *Afrox Healthcare Bpk v. Strydom*; *Napier v. Barkhuizen* 2006 (4) SA 1 (SCA); 2006 (9) BCLR 1011 (SCA) para. 14.

⁶² У случају *Afrox*, утврђује се да клаузула која предвиђа ослобађање болнице од одговорности због немара њеног особља није у супротности са општим интересом.

непризнања и материјалног девастирања, оно се не своди на сједињавање индивидуалног достојанства и вредности са достојанственим економским условима или друштвеним поштовањем. Четврто, достојанство изискује поштовање културних и симболичких процеса путем којих постајемо особе и дајемо смисао нашем свету. У исто време, оно претпоставља способност појединца да превазиђе уска ограничења његовог друштвено-економског окружења и васпитања и да изгради сопствени аутономни идентитет. Коначно, достојанство је блиско повезано са индивидуалном аутономијом, а ипак захтева постављање одређених ограничења слободе.

Без обзира на своју парадоксалну природу, достојанство може да ограничи обим легитимних уставних тумачења. У Јужној Африци, урођено достојанство сваког појединца наводи се у циљу искључивања како радикалног, апстрактног индивидуализма, тако и јачих појмова „групних права“ у којима колективно односи превагу над индивидуалним. Управо због тога што оно цени значај који културне праксе, верска убеђења и комуналне везе имају за индивидуално достојанство и идентитет, а ипак вреднује способност појединца да превазиђе ограничења сопственог порекла, достојанство може да буде употребљено за решавање сукоба између појединца и заједнице на начин којим се нити поништавају различитости, нити онемогућава динамичан процес путем којег се стварају и преиспитују норме заједнице.

Дозволите ми да на још само један начин покушам да прикажем парадоксалну природу људског достојанства. Достојанство захтева апсолутно поштовање урођене вредности сваког појединца. Стога оно захтева немогућу и неограничену дужност да се поштује и штити свачије урођено достојанство – без обзира на националне границе и супротстављена права и интересе. У исто време, међутим, достојанство захтева поклањање велике пажње одређеним, локалним контекстима. Схватање достојанства као нечега апстрактног и формалног – попут оног којим се руководи уговорно право Јужне Африке – неизбежно завршава као карикатура. Само путем пажљивог сагледавања специфичности људских живота можемо да наставимо да проучавамо концепте, правила и институције – државни суверенитет, тржиште, разлику између јавног и приватног, обрасце културних вредности, итд. – који могу да учине понижења и злоупотребе невидљивим и да им дају изглед неизбежних појава.

Dr Henk Botha

Full Professor

Faculty of Law, University of Stellenbosch

HUMAN DIGNITY: CONSTITUTIONAL RIGHT, ABSOLUTE IDEAL, OR CONTESTED VALUE?

Summary

This paper explores the idea of human dignity as a prime constitutional value, discussing in particular the case of post-Apartheid South Africa. The author shows that the Constitutional Court in this country, has invoked dignity as a justifiable right, and it has placed dignity at the centre of its constitutional jurisprudence. However, the Court was criticized not for placing dignity above other values, such as democracy and equality, but for claiming that dignity is so open-ended that it could be invoked to justify almost any outcome. In that respect, the author explores five paradoxes which lie at the heart of human dignity. First, human rights demand the absolute commitment to the sphere of personal inviolability, but human dignity is a pervasive value which underlies a variety of rights and cannot escape being subject to balancing. Second, human dignity is inherent to all human beings and transcends cultural differences and national boundaries, but its protection and exact meaning depends on its concretization in a particular legal order. Third, human dignity is inherent to every human being, but it depends on material conditions and social standing of every person. Fourth, dignity demands respect for the cultural and symbolic processes through which every individual becomes person and makes sense of his/her world. On the other hand, the respect for someone's dignity requires recognition of that person's capacity to transcend the structures of individual socio-economic background and to forge an autonomous identity. Finally, dignity is related to personal autonomy and presupposes the right to freely choose his/her own ends, but respect for dignity requires placing certain limits on freedom particularly in relation to pervasive private power, excessive consumerism and inequality. The author concludes that despite its paradoxical nature, human dignity can constrain the range of legitimate constitutional interpretations. In that respect, the South African experience provides an interesting case study of the ways in which global legal norms are relied upon, adapted and concretised within a national legal order.

Key words: *Human dignity. – Paradox. – Constitutional Court of South Africa. – Freedom. – Autonomy.*