



АНАЛИ

ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У БЕОГРАДУ

ANNALS

OF THE FACULTY OF LAW IN BELGRADE
BELGRADE LAW REVIEW

JOURNAL OF LEGAL AND SOCIAL SCIENCES

ТЕМА БРОЈА

ШЕЗДЕСЕТ ГОДИНА
УНИВЕРЗАЛНЕ ДЕКЛАРАЦИЈЕ
О ЉУДСКИМ ПРАВИМА

УНИВЕРЗИТЕТ У БЕОГРАДУ

САДРЖАЈ

Миодраг А. Јовановић, Ивана Крстић, Људска права у XXI веку: између кризе и новог почетка -----	3
Јан Браунли, Политика људских права у односу на владавину права -----	14
Абдулахи Ахмед Ан-Наим, Универзалност људских права: решавање парадокса у циљу унапређивања праксе --	23
Ане ван Акен, Вагање људских права – уставно тумачење у међународном праву-----	50
Јасминка Хасанбеговић, Култура и/или идеологија људских права – реторика и реалност -----	81
Томас Флајнер, Независност судства -----	93
Драгољуб Поповић, Аутономни концепти европског права људских права -----	121
Александар Гајић, Међународни кривични суд за бившу Југославију – из перспективе људских права – -----	138
Патрик Торнбери, Појам жртве према међународној конвенцији о елиминацији свих облика расне дискриминације -----	156
Матијас Хартвиг, Људска права у време оружаних сукоба--	186
Дафни Барак-Ерез, Тероризам и људска права: изазови основама правног поретка -----	206
Хенк Бота, Људско достојанство: уставно право, апсолутни идеал или оспоравана вредност? -----	216
Упутство за ауторе -----	236

Др Миодраг А. Јовановић

ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду

Др Ивана Крстић

доцент Правног факултета Универзитета у Београду

ЉУДСКА ПРАВА У XXI ВЕКУ: ИЗМЕЋУ КРИЗЕ И НОВОГ ПОЧЕТКА

Аутори настоје да скицирају досадашњи развој међународног права људских права. У том смислу истичу да развитак ове области права представља искорак у односу на класично међународно право, утолико што је дошло до признања међународноправног субјективитета појединца, као и до рађања својеврсног глобалног цивилног друштва. Документ којим је утврт тај пут била је Универзална декларација о људским правима из 1948. године. Данас, шест деценија од њеног доношења, могуће је, ипак, уочити извесне знакове кризе целокупног пројекта развитака људских права. Његове присталице неретко заговарају неку врсту ексклузивизма у погледу природе ове области права, чиме доприносе фрагментацији међународног јавног права. Истовремено, међународне невладине организације у овом домену предмет су критика због свог пристрасног политичког ангажмана и одсуства одговорности. Најзад, пројекту људских права се пребацује да намеће културне обрасце западних друштава. Аутори, отуда, закључују да је право време за све искрене приврженике идеји људских права да се одрекну тријумфалистичке реторике и самозадовољства и да се посвете трезвеном и критичком самопромишљању о томе шта је учињено, шта се чини, а нарочито о томе шта тек треба да се уради у области заштите људских права.

Кључне речи: *Универзална декларација. – Фрагментација међународног права. – Универзалност људских права. – Криза људских права.*

У уводном делу своје књиге из 1989. године, која представља изванредан теоријски пример структуре међународне правне аргументације, Коскенијема покушава да оправда своје мишљење да

међународно право треба посматрати као „класично право мира које се бави међусобним односима суверених држава“, тиме остављајући по страни питања која се тичу рата, људских права и међународних организација. Као главни разлог оваквог става наводи чињеницу да би свако детаљније проучавање, како права везаног за рат, тако и оног везаног за људска права, аутоматски прерасло у нејасну филозофску расправу о праведном рату или о основним правима, а то је управо оно што аутори међународног права покушавају да избегну. Зато Коскенијемии истиче да ће, иако је свестан значаја правичности у рату и индивидуалних права, „оставити по страни ова питања, пошто су она очигледно у сукобу са општеприхваћеним ставовима о томе шта је важно у међународном праву“.¹

Без обзира на то што постоје аргументи који се могу изнети у прилог Коскенијемиијевог става, готово је немогуће оспорити чињеницу да је управо питање људских права представљало разлог опоравка међународног правног поретка након Другог светског рата. Још 1942. године, Савезничке снаге, које су према Рузвелтовом предлогу преименоване у Уједињене нације – донеле су своју Декларацију, у чијој се преамбули оправдавају координирани војни напори држава потписница изјавом да је

потпуна победа над њиховим непријатељима од битног значаја за одбрану живота, слободе, независности и верске слободе, као и за очување људских права и правде у њиховим земљама и будући да сада воде заједничку борбу против силових и бруталних сила које покушавају да подјарме свет.²

Стога не чуди што је, након пораза Сила осовине, један од најзначајних докумената, којим је постављен темељ новом међународном правном поретку, била управо Универзална декларација о људским правима из 1948. године. Према речима Игњатијефа, овај документ је био „део ширег преуређења нормативног поретка послератних међународних односа, осмишљен са циљем да створи бедем у одбрани од варваризма“.³ Након њега, 1966. године, донета су два, правно обавезујућа међународна пакта о људским правима. Значајно нова, и у сваком случају позитивна обележја тог поретка, односила су се на међународно признање појединаца и њихових права, као и на појаву онога што ће постати познато као „глобално цивилно друштво“ – локалне и међународне невладине организације које активно учествују у унутрашњој и спољној политици енергично се за-

¹ M. Koskeniemi, *From Apology to Utopia – The Structure of International Legal Argument*, Helsinki 1989, xxv.

² Declaration by United Nations, 1 January 1942, доступно на адреси <http://www.ibiblio.org/pha/policy/1942/420101a.html>.

³ M. Ignatieff, *Human Rights as Politics and Idolatry*, Princeton – Oxford 2001, 5.

лажући за људска права. Временом, а нарочито након нестанка биполарног света деведесетих година XX века,⁴ ови нови актери на међународној сцени успели су толико да измене традиционално виђење међународног правног поретка да су данас поједини аутори спремни да прихвате оно што је Коскенијем 1989. године изнео као „опште-прихваћени став о томе шта је важно у међународном праву“, у којем нема места за право људских права.

Заправо, ни сам Коскенијем се више не држи тврдње да право људских права само „допуњава главни корпус (међународног права) или из њега произилази“.⁵ Напротив, у својству председавајућег Студијске групе при Комисији за међународно право, која је недавно припремила детаљан извештај о процесу „фрагментације међународног права“,⁶ он често наводи право људских права као пример такозваног „засебног“ правног режима који постоји унутар система међународног права.⁷ У овом извештају, генерално се указује на проблем

да је такво специјализовано доношење закона и стварање институција најчешће праћено релативним непознавањем законодавних и институционалних активности у суседним областима, као и непознавањем општих принципа и праксе међународног права. Последице тога јесу сукоб између правила или система правила, одступања од уобичајене институционалне праксе, а можда чак и немогућност општег сагледавања права.⁸

⁴ Игњатијеф запажа: „Након четрдесет година поштовања суверености држава, Уједињене нације су, деведесетих година, одлучиле да оформе сопствени кадар активиста који се баве заштитом људских права, под вођством Високог комесара за људска права.“ *Ibid.*, 11.

⁵ M. Koskeniemi, xxv.

⁶ *Fragmentation of International Law. Problems Caused by the Diversification and Expansion of International Law, Report of the Study Group of the International Law Commission*, чију је финалну верзију припремио Marti Koskeniemi, A/CN.4/L.682, 13 April 2006. 42 финална закључка садржана су у *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising From the Diversification and Expansion of International Law: Report of the Study Group of the International Law Commission*, A/CN.4/L.702, 18 July 2006, 7–25. О фрагментацији међународног права вид. и Б. Ракић, „Фрагментација међународног права и европско право – на Западу нешто ново“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2009, 122–147.

⁷ У најширем смислу, „читаве области функционалне специјализације, дипломатске и научне експертизе, описане су као засебне (без обзира на то да ли је овај термин употребљен или не), а то значи да су осмишљена посебна правила и технике тумачења и примене. На пример, области као што су, између осталих, ‘право људских права’, ‘право СТО-а’, ‘европско право/право Европске уније’, ‘хуманитарно право’, ‘космичко право’, често су окарактерисане као ‘специјалне’, а то значи да се претпоставља да ће правила општег међународног права бити измењена, па чак и искључена из њихове примене.“ *Fragmentation of International Law. Problems Caused by the Diversification and Expansion of International Law, Report of the Study Group of the International Law Commission*, 68.

⁸ *Ibid.*, 11.

Могло би се рећи да се овај тренд „фрагментације“ општег међународног права најбоље огледа управо на пољу права људских права. Наиме, стручњаци који проучавају људска права често своју дисциплину сматрају супериорном у односу на „остатак“ међународног права. Погледајмо, на пример, Рајсманову изјаву да „међународни програм људских права није тек ситан додатак традиционалном корпусу међународног права, није само још једно ново поглавље унето у традиционалне уџбенике међународног права“;⁹ Иако је тачно да је међународно право људских права донело са собом једну сасвим нову улогу, сличну оној коју има уставно право,¹⁰ а то је ограничавање онога што би државе могле да ураде грађанима у оквиру својих надлежности, оно има исту суштинску особину коју има опште међународно право – непостојање довољно ефикасних метода примене. Стога право људских права „генерално не обавезује владе противно њиховој вољи“;¹¹ а судови за људска права са овлашћењем да врше судску контролу и са обавезном јурисдикцијом „остају пре изузетак, а не правило, нарочито на глобалном нивоу“.¹² С друге стране, тамо где се одлуке тела задужених за људска права више поштују, као што је случај са Европским судом за људска права, ови органи

развијају стабилну судску праксу унутар које се принципи тумачења који се примењују на споразуме о људским правима разликују од принципа који се примењују на остале споразуме, чиме се омогућава активна улога органа задужених за људска права.¹³

Ово активно учествовање, заправо, илуструје већи степен институционалне аутономије коју су постигли ови органи.¹⁴

На општијем плану, језик људских права најчешће постаје *lingua franca*, чак и у функционисању таквих институција као што су Светска банка или Међународни монетарни фонд, које би, по самој својој природи, требало првенствено да буду вођене логиком економ-

⁹ M. Reisman, „Sovereignty and Human Rights in Contemporary International Law“, *American Journal of International Law* 4/1990, 872.

¹⁰ Вид. чланак Ван Акенове у овом броју о улози људских права у конституционализацији међународног јавног права.

¹¹ S. Gardbaum, „Human Rights as International Constitutional Rights“, *The European Journal of International Law* 4/2008, 763.

¹² *Ibid.*, 751.

¹³ Коскенијемми посебно наводи случај *Belilos v. Switzerland*, 29. април 1988, *Series A*, Vol. 132, § 50, као формални изазов општем уговорном праву у погледу резерви. M. Koskeniemi, „Constitutionalism, Managerialism and the Ethos of Legal Education“, *European Journal of Legal Studies* 1/2007, 6, доступно на <http://www.ejls.eu/>. Упор. *The Impact of Human Rights Law on General International Law* (eds. M. T. Kamminga, M. Scheinin) Oxford 2009, нарочито поглавља 2, 3 и 4.

¹⁴ Вид. Поповићев чланак у овом броју о „аутономним правним концептима“ Европског суда за људска права.

ских вредности. То је оно што Кинли описује као *реакционарни фундаментализам* људских права, то јест, као „тенденцију ка јеванђељу људских права где се људска права рекламирају као панацеја за многе или чак све друштвене, правне и економске болести“.¹⁵ Оно је што је проблематично у вези с овим догађајем јесте то да „што се људска права више шире, њихова дистинктивност се смањује. Способност да се говори језиком људских права постаје жељена *carte blanche*, ненадмашно обележје легитимности.“ Стога,

ако све институције обезбеђују неку врсту користи и ако се све користи могу окарактерисати као права оних којима те користи припадају, онда фрагментација достиже свој врхунац као институционални пандан потпуној неодређености права људских права.¹⁶

Осим тога, са стицањем власти и овлашћења, „обим и делокруг [међународних људских права] постају све више нејасни“, што се нарочито огледа у тешкоћи да се направи одговарајући баланс између људских права и суверенитета, као и да се одреде разлози којима се оправдава такозвана хуманитарна интервенција.¹⁷ Нарочито је након интервенције НАТО-а на Косову постало очигледно да се ови разлози проналазе на пољу политичког морала (на пример, „крајња хуманитарна нужда“¹⁸), а не у сфери установљених правила међународног права. По мишљењу великог броја правника, оваквим поступањем не само да се крши међународна владавина права,¹⁹ већ се, као што истиче Чинкинова, „селективношћу (такође) подрива морални ауторитет.“ Она примећује да

приврженост људским правима коју хуманитарна интервенција наводно подразумева не значи једнакост права широм света. Људска права неких људи ваља више заштитити од права неких других људи. Војна интервенција у име жртава

¹⁵ D. Kinley, „Human Rights Fundamentalisms“, *Sydney Law Review* 4/2007, 547.

¹⁶ M. Koskeniemi, P. Leino, „Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties“, *Leiden Journal of International Law* 3/2002, 570.

¹⁷ M. Ignatieff, 17. Међународни панел експерата предложио је употребу новог термина – „дужност да се пружи заштита“ уместо уобичајеног термина – „хуманитарна интервенција“, зато што овај последње поменути израз „нужно више пажње посвећује захтевима, правима и прерогативима држава које ће можда интервенисати, него ургентним потребама оних који евентуално могу имати користи од такве акције.“ International Commission on Intervention and State Sovereignty, *The Responsibility to Protect*, Ottawa 2001, 16.

¹⁸ Овај термин је први пут употребио Николас Џ. Вилер (Nicholas J. Wheeler) у својој књизи *Saving Strangers: Humanitarian Intervention in International Society*, Oxford 2000.

¹⁹ Вид. Браунлијев чланак у овом броју о односу политике људских права према међународној владавини права.

злоупотребе правâ није спроведена, између осталог, у Судану, Авганистану или Етиопији. У Руанди се догодила са закашњењем и нажалост, била је непримерена.²⁰

У борби за људска права у првим редовима широм света налазе се домаће и међународне невладине организације, као и различите специјализоване међународне организације. Као што Игњатијеф примећује, оне често своју борбу описују као „анти-политику која брани универзалне моралне захтеве осмишљене тако да делегитимишу ‘политичка’ (тј. идеолошка или секташка) оправдања злоупотребе људских права“. Међутим, у пракси

непристрасност и неутралност су немогуће колико и универзална и једнака брига за свачија људска права. Активизам у области људских права подразумева стављање на нечију страну, мобилисање бирачких тела довољно јаким да натерају људе који крше људска права да то не чине.

Као последица тога, „активизам у области људских права осуђен је на то да буде пристрасан и политички“.²¹ Ово и не би била тако несавладива препрека да активисти борбе за људска права, а нарочито они који не раде у местима из којих потичу, одговорно обављају своју улогу. Нажалост, ово понекад није случај. Подсетимо се, на пример, недавног *CNN*-овог прилога, када се представница истакнуте међународне невладине организације за људска права уживо јавила са једне од жестоко бомбардованих палестинских локација – наводно упоришта Хамаса – где је било на десетине цивилних жртава. Упитана за коментар, она је, иако није провела много времена на том подручју, спремно одговорила да се ради о *prima facie* ратном злочину. Такве исхитрене и немарне изјаве, које су далеко од детаљног проучавања чињеничног стања,²² разлог су што велики број аналитичара доводи у питање одговорност у раду невладиних организација. Оне не само да нису потписнице међународних споразума о људским правима,²³ већ, будући да су састављене од малих група људи, „њихово функционисање, као и изношење њихових циљева генерално се налази у рукама малобројне елите.“ Стога, „не постоји никаква одговорност према јавности уопште, па чак је и одговорност према сопственом чланству понекад лоше организована“.²⁴

²⁰ C. M. Chinkin, „Kosovo: A ‘Good’ or ‘Bad’ War?“, *The American Journal of International Law* 4/1999, 847.

²¹ M. Ignatieff, 9.

²² О значају утврђивања чињеничног стања као неопходног предуслова за независно судство, које је најбољи заштитник људских права, вид. Флајнеров чланак у овом броју.

²³ Према речима Гардбаума, то је за конституционалистичку парадигму међународног права „свакако значајно ограничење“. S. Gardbaum, 763.

²⁴ C. Tomuschat, *Human Rights – Between Idealism and Realism*, Oxford 2008, 283.

Други извор потенцијалне кризе данашњих људских права односи се на њихову претензију ка универзалности.²⁵ Према речима Игњатијефа: „Доктрина људских права је данас толико јака, али и толико непромишљено империјалистичка у својој претензији ка универзалности, да је сама себе изложила озбиљном интелектуалном нападу“.²⁶ Иако највећа критика долази из Ислама и источне Азије, а у нешто мањем обиму и са самог Запада,²⁷ озбиљни изазови упућени универзалности овог концепта могу се пронаћи и у другим деловима света. Требало би, ипак, разликовати две врсте критике. Док се код првог скупа случајева, сâмо утемељење доктрине о људским правима доводи у питање, због њеног западњачког, индивидуалистичког порекла,²⁸ у извесном броју других случајева, често се претензија ка универзалности доживљава као прикладно идеолошко средство за промовисање одређених политичких интереса западних земаља у тим деловима света.²⁹

Забринутост због позападњаченог тумачења садржаја концепта „универзалних људских права“ изражена је још 1947. године, када је Америчко антрополошко друштво (*American Anthropological Association*), у писму предатом Комисији за људска права при Уједињеним нацијама, изразило своју зебњу наглашавајући да „се права човека у двадесетом веку не могу ограничавати стандардима било које појединачне културе, нити се могу наметати због тежњи било ког појединачног народа“.³⁰ У нешто блажој форми, ова порука поновљена је у *Декларацији о антропологији и људским правима* из 1999. године, у којој ова организација истиче да њен приступ антрополошким принципима поштовања конкретних разлика међу људима „одра-

²⁵ Вид. Ан-Наимов чланак у овом броју о парадоксу везаном за универзалност људских права.

²⁶ М. Ignatieff, 58.

²⁷ Један од најснажнијих изазова представљен је у А. Pollis, P. Schwab, „Human Rights: A Western Construct With Limited Applicability“, *Human Rights: Cultural and Ideological Perspectives* (eds. A. Pollis, P. Schwab), New York 1979, 1.

²⁸ У вези са исламским изазовом ове врсте, вид. нпр. S. A. Aldeeb Abu-Sahlieh, „Muslims and Human Rights: Challenges and Perspectives“, *Human Rights and Cultural Diversity* (ed. W. Schmale) Goldbach 1993. У вези са изазовом који стиже из Азије, вид. нпр. О. Yasuaki, „In Quest of Intercivilizational Human Rights: ‘Universal’ v. ‘Relative’ – Human Rights Viewed From an Asian Perspective“, *Asia Pacific Journal on Human Rights and the Law* 1/2000. Оба чланка, међутим, наглашавају такође лицемерну природу политике Запада, у којој се користи дискурс људских права, иако су она често у сукобу са самим принципима за које се Запад наводно залаже.

²⁹ Ово се веома често дешава у друштвима југоисточне Европе. Вид. генерално, М. А. Jovanović, „On Obstacles to Building a Culture of Human Rights in the South East Europe Region“, *Human Rights Tribune* 3/2003.

³⁰ The Executive Board, American Anthropological Association, „Statement on Human Rights“, *American Anthropologist* 4/1947, 543.

жава приврженост људским правима које је у складу са међународним принципима али није њима ограничено“.³¹ Декларација тако позива антропологе да активно учествују у актуелној дебати о утемељењима људских права. У овој дебати не учествују само стручњаци из те области, већ и аутори који се баве општим међународним правом, теоретичари политичких збивања, као и филозофи.³²

Када се узме у обзир све што је горе наведено, чини се да не би било претерано рећи да програм људских права – како политички, тако и правни – тренутно пролази кроз нестабилну фазу, а можда чак доживљава и праву кризу. Од усвајања Универзалне декларације, сведоци смо како се широм света јављају јуристичке револуције, револуције у заступању и примени, које доводе до појаве глобалне културе људских права.³³ Међутим, као и код свих успешно завршених револуција, време је да се сви они који су привржени људским правима одрекну егзалтације, тријумфалистичке реторике и самозадовољства и да се посвете трезвеном и критичком самопромишљању о томе шта је учињено, шта се чини, а нарочито о томе шта тек треба да се уради. На почетку овог миленијума, људско достојанство се константно, на бруталан начин гази у различитим деловима света,³⁴ а људска права се генерално сусрећу са озбиљним изазовима, од којих је светска борба против тероризма само један од најчешће спомињаних.³⁵ Поред обавезе да се успешно и јасно одупру овом изазо-

³¹ Committee for Human Rights, American Anthropological Association, „Declaration on Anthropology and Human Rights (1999)“, *Human Rights – An Anthropological Reader* (ed. M. Goodale), Oxford 2009, 102.

³² Вид. нпр. недавну расправу инспирисану чланком Џека Донелија (Jack Donnelly) „The Relative Universality of Human Rights“, *Human Rights Quarterly* 2/2007. Након ње уследили су коментар Мајкла Гудхарта (Michael Goodhart) „Neither Relative nor Universal: A Response to Donnelly“, *Human Rights Quarterly* 1/2008, као и Донелијев одговор „Human Rights: Both Universal and Relative (A Reply to Michael Goodhart)“, *Human Rights Quarterly* 1/2008. У вези са интересантним филозофским проучавањем овог проблема, вид. нпр. W. J. Talbott, *Which Rights Should Be Universal?*, Oxford 2005.

³³ М. Ignatieff, 5 и даље. Вид. у овом броју чланак Хасанбеговићеве на тему културе људских права.

³⁴ На пример, у време писања овог текста, авганистански Врховни суд потврдио је казну којом је двадесеттргодишњи авганистански студент новинарства Сајед Первес Камбаш осуђен на двадесет година затвора. Њега је првобитно локални исламски суд осудио на смртну казну само зато што је преносио критику оних који су Куран погрешно тумачили тврдећи да се у њему оправдава угњетавање жена. Не чуди онда што је 2007. године, на Дан људских права, Генерални секретар Уједињених нација прогласио почетак једногодишње кампање на нивоу целокупног система Уједињених нација, поводом шездесетогодишњице Универзалне декларације, са службеном паролом „Достојанство и правда за све нас“. Вид. Ботин чланак у овом броју о људском достојанству као спорној уставној вредности.

³⁵ Вид. чланак Барак-Ерезове у овом броју о томе шта је то ново у иначе добро познатом изазову тероризма.

ву³⁶, али и раније поменути изазовима, аутори који се баве људским правима имају једнако важан задатак – да утврде границе своје дисциплине, као и обим примене права људских права. Стога теме којима би они требало да се баве, између осталог, укључују: однос између права људских права и хуманитарног права³⁷; статус права о мањинским правима, а нарочито потенцијалне сукобе између колективних мањинских права и индивидуалних права³⁸; питање да ли се, с обзиром на чињеницу да државе све више делују и изван сопствених граница, њихове обавезе према људским правима протежу и ван њихових граница, то јест, да ли би и у којој мери споразуми о људским правима требало да се примењују екстратериторијално (на пример, да ли би држава требало да сноси одговорност за кршење људских права које су извршиле корпорације које послују изван територије те државе)³⁹; да ли званична доктрина Уједињених нација о међусобној зависности и недељивости људских права, коју подржавају и Генерална скупштина и Канцеларија Високог комесара за људска права, може да буде утемељења у теорији и у пракси, или је она само „амбициозна политичка реторика без много садржаја“;⁴⁰ да ли је могуће, и пожељно, да међународни надзорни органи, као што је Високи комесар Уједињених нација за људска права, осмисле систем у којем ће приоритетни значај имати решавање проблема кршења људских права широм света,⁴¹ итд.

* * *

Кристијан Томушат завршава своју недавно објављену књигу *Human Rights – Between Idealism and Realism* (Људска права – између

³⁶ У вези са аутентичним приступом који активисти борбе за људска права применују када је реч о овом изазову, вид. говор извршног директора *Human Rights Watch*-а, К. Roth, „Human Rights as a Response to Terrorism“, *Oregon Review of International Law* 6/2004. У њему је посебан акценат стављен на политику Бушове администрације у овој области.

³⁷ Оракелашвили, на пример, тврди да хуманитарно право не може у потпуности да функционише као *lex specialis* права људских права. А. Orakhelashvili, „The Interaction Between Human Rights and Humanitarian Law: Fragmentation, Conflict, Parallelism or Convergence?“, *European Journal of International Law* 1/2008. Упор. Хартвигов чланак у овом броју о људским правима за време оружаног сукоба.

³⁸ Вид. Торнберџев чланак у овом броју о проблему да се утврди која врста људи и заједница има право на заштиту према Конвенцији о елиминацији свих облика расне дискриминације.

³⁹ Вид. панелску расправу – „The Extraterritorial Application of Human Rights“, *ASIL Proceedings* 100/2006.

⁴⁰ J. W. Nickel, „Rethinking Indivisibility: Towards A Theory of Supporting Relations Between Human Rights“, *Human Rights Quarterly* 4/2008, 985.

⁴¹ Вид. на пример, нацрт таквог система у F. Ni Aoláin, „Looking Ahead: Strategic Priorities and Challenges for the United Nations High Commissioner for Human Rights“, *Columbia Human Rights Law Review* 3/2004.

идеализма и реализма) поглављем насловљеним *Time for Hope, or Time for Dispair?* (Време за наду или време за очај?).⁴² Као што је претходно речено, иако се могу пронаћи добри разлози да се говори о некој врсти кризе у данашњем програму људских права, ситуација је свакако далеко од очаја. Заправо, ово је вероватно право време за нови почетак. Програм људских права, који је стварно настао са усвајањем Универзалне декларације о људским правима, прошао је кроз фазу адолесценције са својим многобројним успонима и падовима у шездесетим и седамдесетим годинама XX века; након распада биполарног света, он је успео да преживи период типичне кризе средњег доба када се, на моменат, чинило да сваки циљ треба и може да буде испуњен и да више не постоје никакве препреке; коначно, крај миленијума обележио је фазу разочарања, која је дошла са изненада поново откривеним претњама, изазовима, па чак и поразима. У својим шездесетим годинама, зрелост програма људских права требало би, пре свега, да се огледа у трезвености, конзистентности и осећају за реалне циљеве. На глобалној је заједници појединаца привржених идеји људских права да омогући да такав програм функционише и у будућности.

Dr Miodrag A. Jovanović

Associate Professor
University of Belgrade Faculty of Law

Dr Ivana Krstić

Assistant Professor
University of Belgrade Faculty of Law

HUMAN RIGHTS IN THE 21ST CENTURY: BETWEEN CRISIS AND A NEW BEGINNING

Summary

The authors tend to sketch the up to now development of international human rights law. In that respect, they emphasize that the development of this field of law represents a significant improvement of the classical international law, insofar as it recognized the legal subjectivity of individuals, and fostered the creation of a global civil society. The docu-

⁴² C.Tomuschat, 387–389.

ment that paved the way for this development was the 1948 Universal Declaration on Human Rights. Six decades later, it is possible, however, to trace certain signs of crisis of the human rights project. Its promoters often propagate some sort of exclusivism of this field of law, thus contributing to the fragmentation of public international law. At the same time, international human rights NGOs are subject to criticism for their politically biased engagement and the lack of responsibility. Finally, the human rights project is often criticized for imposing cultural patterns of Western societies. The authors, thus, conclude that it is the right time for sincere human rights devotees to abandon triumphant rhetoric and self-complacency and to engage in a sober and critical self-reflection of what has been done, what is being done and, in particular, what is yet to be done in the area of human rights protection.

Key words: *Universal Declaration. – Fragmentation of international law. – Universality of human rights. – Crisis of human rights.*

Др Јан Браунли

члан Адвокатске коморе Енглеске, Краљичин саветник

ПОЛИТИКА ЉУДСКИХ ПРАВА У ОДНОСУ НА ВЛАДАВИНУ ПРАВА

У раду се износи тврдња да се у контексту међународне политике и њеног актуелног става према пролиферацији инструмената људских права и ерозије ограниченог домена домаће надлежности, људска права користе као средство за хегемонистичку интервенцију и подстицање неравноправних односа између држава, а не за даљу примену међународне владавине права. Аутор дефинише елементе који се налазе у позадини злоупотреба и неједнакости у примени права. То су: политичка атмосфера и ортодоксија, неефикасно и не-објективно утврђивање чињеничног стања које доводи до манипулације кључним чињеницама, пролиферација облика међународне кривичне надлежности и јак политички опортунизам који контролише миље људских права. Аутор даље наводи примере где се примењују дупли стандарди када је реч о људским правима и хуманитарном праву, као што је случај са Дарфуrom, Балканом или сукобом између Етиопије и Еритреје. Стога, једини начин да се истински унапреде људска права јесте путем њихове даље примене и усклађености са међународном владавином права.

Кључне речи: *Политика људских права. – Владавина права. – Дупли стандарди. – Пролиферација инструмената људских права.*

На почетку бих желео да објасним тему овог рада. Опште је прихваћена претпоставка да се владавина права и људска права међусобно допуњују. Другим речима, да развој људских права подразумева даљу примену владавине права. Међутим, у контексту садашње међународне политике, пролиферација инструмената људских права и истрошеност резервисаног домена унутрашње надлежности доводе до тога да људска права служе као средство за ширење хегемонистичке интервенције и манипулације политичких система унутар држава.

Ради се о феномену где људска права имају улогу да легитимишу интервенцију и да унапређују неравноправне односе између

држава. У таквим околностима, људска права постају део арсенала политичког оружја упереног ка владавини права, принципу једнакости држава и функционисању истинске демократије.

Ова политичка улога и претње међународном праву које из ње произилазе представљају, дакле, предмет мог рада. Мора се, међутим, изнети једна важна напомена. Није ми циљ да покажем да је развој људских права *tout court* штетан по владавину права. Проблем више лежи у чињеници да, иако су процедуре за исправљање повреде, које се према Европској конвенцији називају правичним задовољењем, у принципу неутралне и непристрасне, када се реално сагледају односи између држава, примећује се да поједине државе имају *de facto* имунитет када је реч о кршењу закона, док друге јасно подлежу испитивању, осудама и санкцијама.

За даље излагање теме овог рада, неопходно је навести основне елементе који доводе до појаве злоупотреба и неједнакости у примени права.

Први од ових елемената односи се на политичку атмосферу и политичку моду која влада у датој области. Најизраженији пример јесте став према Совјетском Савезу у време када је Други светски рат доживљавао своју финалну фазу, током 1944. године и 1945. године. Совјетске оружане снаге одиграле су главну улогу у поразу Сила осовине. Моја генерација била је навикнута да слуша Стаљинове заповести дана које су се читале на вестима *ВВС*-а. Тако се у то време мало говорило о кршењу људских права унутар совјетског система. Чувени писац, Џорџ Орвел, имао је проблема да објави своју књигу *Животињска фарма* у Британији и Сједињеним Државама зато што је она сматрана анти-совјетском творевином. Ово је изразити пример политичке ортодоксије. Не смемо заборавити да су у периоду од 1936. године до 1938. године вршене чувене чистке опозиционих и других група. У руском језику постојао је чак и израз којим се ова појава описивала – *јеховштина*.

Други од елемената тиче се утврђивања најважнијих чињеница. Овај елемент је нарочито присутан у последњих десетак година. Јасно се примећује да се право погрешно примећује када не постоји делотворно и објективно сагледавање чињеничног стања. Иако данас постоји велики број примера манипулације кључним чињеницама, можемо издвојити два најновија случаја. Први се односи на косовску кризу. У извештају поднетом Савету безбедности, ситуација на Косову 1998. године представљена је као хуманитарна катастрофа. Прва реакција држава чланица НАТО-а била је наређење да се са Косова повуче 1.400 посматрача Косовске верификационе мисије.

У писму које је 19. марта 1999. године председник ОЕБС-а упутио председнику Милошевићу пише:

Данас сам одлучио да до даљњег повучем мисију ОЕБС-а (Косовску верификациону мисију) са Косова. Ситуација у којој се налазе ненаоружани посматрачи ОЕБС-а временом се погоршала и у тренутним условима Мисија све теже успева да испуњава своје задатке.

Мисија ОЕБС-а дала је значајан допринос стабилности на Косову и са жаљењем констатујем да морам да повучем Мисију. Као Председавајући ОЕБС-а, одговоран за безбедност отприлике 1.400 посматрача из великог броја различитих земаља, у садашњој ситуацији немам другог избора.

Пет дана касније НАТО је започео бомбардовање на целокупној територији Југославије, укључујући и мостове на Дунаву. Прекомерну употребу силе британски представник у Савету безбедности описао је следећим речима:

Господине Председниче,

Акција која је у току је легална. Она се оправдава као изузетна мера са циљем спречавања велике хуманитарне катастрофе. Садашњи услови на Косову пружају убедљиве доказе да се спрема таква катастрофа. Поновљени поступци угњетавања које спроводе власти Савезне Републике Југославије изазвали би даље цивилне жртве и довели би до масовног прогона цивилног становништва у неподношљивим условима.

До сада су примењена сва средства сем силе да се спречи оваква ситуација. У овим околностима, војна интервенција, као мера која се предузима из велике хуманитарне нужде, легално је оправдана. Употреба силе која се сада предлаже искључиво је усмерена ка спречавању хуманитарне катастрофе и најмање је што може да се учини у том циљу.

Тако је НАТО износио тврдњу да постоји хуманитарна катастрофа, док су сарадници НАТО-а из ОЕБС-а повлачили 1.400 посматрача задужених за надгледање људских права. Чињенице које су се накнадно појавиле показују да је стварна сврха бомбардовања била политичка присила и промена режима. Поставља се такође и питање пропорционалности. Јер, ако је сврха била да се заштите људска права, зашто је било неопходно да се уништава инфраструктура? И зашто је било неопходно да се изврши 38.000 налета НАТО бомбардера?

Други случај манипулације чињеницама односи се на наводе да Ирак поседује оружје за масовно уништење. Тврдња о неизвршавању обавеза разоружавања заправо је била једини разлог за инвазију, судећи по писму које је Велика Британија упутила председавајућем Савета безбедности 21. марта 2003. године. У њему се каже:

Циљ ове акције јесте да се обезбеди да Ирак испуни своје обавезе разоружања које Савет прописује. Све војне акције биће

сведене на минималне мере неопходне да се обезбеди испуњење овог циља. Операције ће бити вођене у складу са међународним законима о оружаном сукобу. Методе су пажљиво одабране како би се избегле цивилне жртве.

Сада је потпуно јасно да су подаци обавештајних служби изнети пред Савет безбедности били предмет манипулације и, наравно, није пронађено никакво оружје за масовно уништење након окупације Ирака.

Трећи елемент састоји се од пролиферације облика међународне кривичне надлежности. Овај процес има неколико аспеката. Прво, стварање специјалних кривичних судова под окриљем Савета безбедности, укључујући Међународни трибунал за бившу Југославију, и друго, појава Римског статута Међународног кривичног суда. Фактори који се јављају у вези са тим јесу смањење имунитета председника држава, председника влада и других министара, као и немогућност да се јасно повуку границе између међународног кривичног права и људских права као таквих.

Врхунац ових догађаја јесте подстицање криминала у држави као таквој и повезивање новог кривичног закона са променом режима. Начин на који су државе НАТО-а третирале Балкан представља комбинацију свих ових елемената. Бомбардовање Југославије није имало много везе са хуманитарном интервенцијом, а имало је много везе са циљем промене режима који је јавно објавила госпођа Олбрајт.

Последњи елемент који је погодовао појави неједнакости јесте снажан политички опортунизам који је контролисао поље људских права. Постоји, наравно, много примера, али довољно је навести два случаја.

Први случај односи се на појаву Повеље Уједињених нација 1945. године. Иако се начело људских права помиње у одредбама Повеље, она се налазе насупрот концепта унутрашње надлежности. Поред тога, у поступцима држава чланица, подршка људским правима је, у извесној мери, ограничена. Колонијалне власти су касно повезале индивидуална права са правима националних група на равноправан статус и самоуправу. Без обзира на то, у периоду од 1960. године до 1966. године приметан је био неизбежан пораст деколонизације.

У овој фази, колонијалне власти релативно су се ослободиле притиска комисија Уједињених нација и долазило се до закључка да су принципи људских права имали значајну вредност у хладном рату вођеном против совјетског блока. А онда је наступио процес нормативног стваралаштва. Приметан је био притисак да се са нормативно слабе Универзалне декларације пређе на пактове о људским правима

из 1966. године, то јест, на обавезујуће мултилатералне споразуме којима су постављани стандарди.

Најважнији догађај, ипак, односи се на почетак процеса преговора који је довео до усвајања Завршног акта из Хелсинкија 1975. године. Предмет Завршног акта било је питање безбедности и сарадње у Европи, али овај инструмент садржао је и значајне одељке о поштовању људских права и основних слобода.

Тридесет пет држава потписало је Завршни акт, укључујући Сједињене Државе и Совјетски Савез. У разним званичним изјавама наглашавало се да Завршни акт није правно обавезујући.

Тако је 18. јула 1975. године, у часопису број 80/бис Координационе комисије КЕБС-а објављена намера владе Финске, као депозитара Завршног акта, да пошаље писмо Генералном секретару Уједињених нација, у којем се, између осталог, каже:

Замољен сам да од Вас, господине Генерални Секретару, затражим да организујете да се овај финални закон пошаље државама чланицама Организације као званичан документ Уједињених нација и да Вам скренем пажњу на чињеницу да овај Завршни акт, у целости или делимично, не испуњава услове за упис у Секретаријат према члану 102 Повеље Уједињених нација, што би био случај да је он предмет неког споразума или међународног уговора, према поменутом члану.¹

Ово наглашавање необавезујућег карактера Завршног акта било је разлог што је овај документ био прихватљив за Совјетски Савез. У свом историјском контексту, Завршни акт био је еквивалент Споразуму о безбедности који совјетска дипломатија није успела да издејствује. Осим тога, совјетски саветници за међународно право нису увиђали да су одређени одељци Завршног акта из Хелсинкија заправо деклараторни.

У случају *Никарагва*, у одлуци о меритуму спора, Међународни суд правде је приликом процењивања обавеза Сједињених Држава узео у обзир Завршни акт. Тако је Суд истакао следеће:

Важно је такође и то што Сједињене Државе прихватају принцип забране употребе силе који је садржан у декларацији о принципима којима се регулишу међусобни односи држава учесница Конференције о безбедности и сарадњи у Европи (Хелсинки, 1. август 1975. године), којом се државе учеснице обавезују да ће се „у својим међусобним односима, као и у својим међународним односима уопште, уздржавати од“ претње и употребе силе. Прихватање текста у овом облику потврђује постојање *opinio juris* држава учесница којим се забрањује употреба силе у међународним односима.

¹ Digest of US Practice, 1975, 325–327.

Ово је навод из одељка Завршног акта под називом „Принципи који регулишу односе између држава учесница“. Исти тај одељак обухвата, између осталог, и засебне наслове, попут VII *Поштовање људских права и основних слобода, укључујући слободу мишљења, савести, вероисповести или уверења*. Једнако важан је и наредни одељак Завршног акта под називом VIII *Једнака права и самоопредељење народа*, у којем се каже:

Државе учеснице поштоваће једнака права народа и њихово право на самоопредељење, поступајући све време у складу са циљевима и принципима Повеље Уједињених нација и са релевантним нормама међународног права, укључујући оне које се односе на територијални интегритет држава.

Стога су принципи садржани у Завршном акту у стварности имали већу правну тежину него што су то очекивале Сједињене Државе или бивши Совјетски Савез. Могуће је да је Завршни акт одиграо важну улогу у идеолошком рату између Совјетског Савеза и држава НАТО-а.

Било би добро да представимо и један од најновијих случајева. У медијима је дата велика пажња побуни у Дарфуру. И медији и владе западних земаља изнели су оптужбе на рачун суданске владе која је наводно била одговорна за кршење људских права учињених за време грађанског рата, а њима се придружио и тужилац Међународног кривичног суда. Паралелно са кризом у Дарфуру, филипинске власти водиле су главне операције против исламских побуњеника у области Минданао. Овим је велики број становништва био погођен и 300.000 избеглица протерано је из ове области. На догађаје на Филипинима нису реаговали ни владе, ни Савет безбедности, ни медији, а ни тужилац Међународног кривичног суда.

Циник би вероватно рекао да хуманитарне катастрофе, чак и када буду примећене, изазивају веома различите политичке и правне реакције. На Балкану су такве ситуације искоришћене за промену режима, отцепљење делова Југославије и кривичне процесе. Председник Југославије нашао се на оптуженичкој клупи Трибунала који је створио Савет безбедности.

Са овим бујањем легализма и селективних кривичних процеса можемо поредити исход главних сукоба између Етиопије и Еритреје деведесетих година XX века. Уз помоћ дипломата из ОАУ-а и Сједињених Држава, овај конфликт приведен је крају потписивањем низа прилично сложених споразума.

Најпре је потписан Споразум о престанку сукоба 18. јуна 2000. године. Потписнице овог споразума потврдиле су своје раније прихватање Оквирног споразума ОАУ-а из 1999. године.

Затим су стране потписале Мировни споразум 12. децембра 2000. године.² Овим споразумом установљена је Комисија за одређивање граница и Жалбена комисија. За предмет овог рада нарочито је значајна Жалбена комисија. У чл. 5 на следећи начин представљен је циљ овог Споразума:

У складу са Оквирним споразумом, у којем су се стране обавезале да ће се бавити негативним друштвено-економским утицајем кризе на цивилно становништво, укључујући утицај на особе које су биле депортоване, оснива се неутрална Жалбена комисија. Задатак Комисије је да путем обавезујуће арбитраже одлучује о свим жалбама и захтевима за надокнаду губитка, штете или повреде које поднесе једна влада против друге владе, или држављани (укључујући и физичка и правна лица) једне стране против владе друге стране или ентитета који су у власништву или под контролом друге стране, а које (а) се тичу сукоба који је предмет Оквирног споразума, Модалитета његове примене и Споразума о престанку непријатељства и (б) проистичу из кршења међународног хуманитарног права, укључујући Женевске конвенције из 1949. године или других кршења међународног права. Комисија неће одлучивати о захтевима за надокнаду везаним за трошкове војних операција, припрему за војне операције или употребу силе, осим у случају када такви захтеви подразумевају кршења међународног хуманитарног права.

Очигледно је да жалбена процедура предвиђа накнаду за кршења људских права и хуманитарног права. Није, међутим, предвиђена кривична правда, а жалбена надлежност заснива се управо на поднетим жалбама. Стога је циљ да се проучи друштвено-економски утицај кризе на цивилно становништво.

Осим тога, за разлику од ситуације на Балкану, договори нису постигнути под окриљем Савета безбедности. Ни за једну државу није се тврдило да је одговорна неком систему кривичне правде. Никакав казнени ембарго није примењен. Ниједан лидер се не налази на оптуженичкој клупи.

Договори о накнади у вези са сукобом између Етиопије и Еритреје заснивали су се на принципима једнакости и неутралности. Створени систем био је један од обавеза. У неким другим случајевима, међутим, ове одлике нису биле присутне, а шансе за накнаду биле су минималне или уопште нису постојале.

У свом приступу раздору међу цивилима у Југославији од 1991. године на овамо, Савет безбедности није показао много привржености принципима једнакости и неутралности. Политично решење проблема у целости је било резултат присиле. Компромиси које је

² ILM, 2001, 260.

српско вођство прихватило нису били ни признати ни награђени. Ужасни догађаји у Крајини 1995. године и акције Хрвата у Босни нису наишли на осуду у резолуцијама Савета безбедности. Једностране резолуције, које су се тикале грађанског сукоба у Југославији, бавиле су се питањима људских права, али је политички циљ резолуција био да се помогне у остваривању планова Изетбеговића и Туђмана.

Поред тога, образац кривичних поступака пред Међународним кривичним трибуналом за бившу Југославију, нажалост, показује елементе пристрасности.

Генерално гледано, поступци Уједињених нација у контексту балканске кризе нису се заснивали на принципима владавине права, већ на политичком фаворизовању и употреби силе. Брига за људска права употребљена је у пропагандне сврхе. Сви знају за Сребреницу у општим цртама, али мало људи зна каква је била улога 28. босанског пука и полиције муслиманског лидера Насера Орића.

Овде се завршава овај депримирајући списак примера дуплих стандарда у вези са људским правима, то јест ситуација у којима се људска права наводе као средство за ширење политике која штети владавини права.

На крају овог рада нисам у стању да понудим готова решења. Злоупотреба власти и манипулација доказима представљају давнашње проблеме. Оно што се променило јесте само степен злоупотребе. Унапређивање људских права мора да подразумева и приврженост владавини права.

Dr Ian Brownlie

Member of the English Bar Association, Queen's Counsel

THE POLITICS OF HUMAN RIGHTS IN RELATION TO THE RULE OF LAW

Summary

In this paper, the author argues that in the context of international relations as they stand today in relation to the proliferation of human rights instruments and the erosion of the reserved domain of domestic jurisdiction, human rights are used as a tool for hegemonial intervention and promotion of unequal relations between states, instead of further implementation of the international rule of law. The author identifies the

background elements which are conducive to the abuses and inequalities in the application of the law: the political atmosphere and orthodoxy, non-effective and non-objective fact finding which leads to the manipulation of key facts, the proliferation of forms of international criminal jurisdiction, and strong political opportunism controlling the human rights milieu. The author further presents some examples where double standards in relation to human rights and humanitarian law were present, such as the cases of Darfur, the Balkans, or the conflict between Ethiopia and Eritrea. Therefore, the only way for a genuine promotion of human rights is through their further implementation and adherence to the international rule of law.

Key words: *Human rights politics. – Rule of law. – Double standards. – Proliferation of human rights instruments.*

Др Абдулахи Ахмед Ан-Наим

редовни професор Правног факултета Универзитета Емори

УНИВЕРЗАЛНОСТ ЉУДСКИХ ПРАВА: РЕШАВАЊЕ ПАРАДОКСА У ЦИЉУ УНАПРЕЂИВАЊА ПРАКСЕ

У овом раду се говори о „парадоксу универзалности људских права“, с обзиром на сталне и дубоке културне разлике које постоје између друштава. Аутор тврди да је за спречавање будућих кршења људских права и њихово ефикасно функционисање неопходно интегрисати људска права у културе свих народа широм света. Другим речима, концепт универзалности права подразумева делотворно учеиће свих људи у дефинисању и заштити норми људских права. Остаје, међутим, питање на који начин да се постигне универзално прихватање у нашем разноликом свету. Аутор предлаже да се овај парадокс у промовисању „преклапајућег консензуса“ међу различитим културним традицијама превазиђе путем интерног дискурса унутар култура, али и путем међукултурног дијалога. Овај процес је већ започет са Универзалном декларацијом, а данас се заснива на постојећим уговорима и институцијама из области људских права који морају да подлежу даљем развоју и напретку. Аутор закључује да универзалност људских права и њихова културолошка димензија могу да буду компатибилне и да се међусобно подржавају, али то зависи од тога на који начин различити актери доживљавају ово питање и како у различитим ситуацијама на њих реагују. Стога, универзалност људских права не представља дат концепт, већ пре производ једног процеса који у највећој мери зависи од природе тог процеса, улоге актера, контекста и других околности.

Кључне речи: *Парадокс универзалности. – Културни релативизам. – Преклапајући консензус. – Међу-културни дијалог.*

1. УВОД

Када је реч о теоријској анализи, могу се разликовати две врсте изазова које стоје пред универзалношћу људских права – концептуални и политички. Први скуп изазова односи се на теоријску одрживост идеје универзалних норми људских права, имајући у виду стал-

не и дубоке културне разлике које постоје између људских друштава. Основна питања која се овде постављају јесу: шта подразумева универзалност, под чијим условима и на који начин треба да се поставе посебни стандарди? То је оно што ја називам парадоксом универзалности. Политички изазови односе се на могућност доследне и принципијелне примене стандарда људских права када се у обзир узму односи власти који постоје унутар друштава и између њих: како створити и одржати политичку вољу и неопходне ресурсе за систематичну примену норми људских права? Овај политички изазов може се назвати парадоксом државне саморегулације. Наиме, како од државних актера можемо да очекујемо да ће штитити људска права од себе самих? У овом раду покушаћу да покажем да је за решавање другог скупа изазова неопходно најпре одговорити на први скуп изазова. Другим речима, решавање парадокса универзалности заправо ће исправити парадокс државне саморегулације. Нарочито ћу настојати да покажем да је унапређивање културне легитимности људских права унутар различитих друштава неопходно за стварање политичке воље за примену ових норми.

Улога културе о којој овде говорим важна је за све норме људских права и не своди се само на специфична питања која се често повезују са тврдњама о културном релативизму, као што су генитално обрезивање жена и такозвана „убиства у име части“. Ова питања се често постављају када је реч о сукобу између, с једне стране, шовинистичких тврдњи да Запад посматра права као установљену норму универзалности људских права којој сва друштва морају да се повинују и, с друге стране, отпора које незападне земље пружају културном империјализму. Нећу се задржавати на овом поједностављеном и непродуктивном сукобу између „Запада“ и „остатка света“, већ ћу, уместо тога, покушати да ово питање поставим у контексту решавања парадокса у циљу повећања шанси за примену норми људских права широм света. Поменуто решавање, по мом мишљењу, може помоћи да се обема странама у овом сукобу одагнају основне бриге које их муче. Сматрам да је неопходно заузети овакав приступ када се разматрају сва питања у вези са људским правима, без обзира на то да ли је њихова повезаност са културом опште призната, као у случају гениталног обрезивања жена или убиства у име части, или није тако очигледна, као у случају слободе изражавања и либералног релативизма у погледу економских, друштвених и културних права, о чему ћу говорити касније.

За своју радну дефиницију културе преузећу ону која је дата у Унесковој Универзалној декларацији о културној разноликости (УДКР) из 2001. године, у којој се каже да

култура треба да се схвати као скуп дистинктивних духовних, материјалних, интелектуалних и емотивних обележја једног

друштва или друштвене групе и да она, поред уметности и књижевности, укључује *животни стил, начин заједничког живота, системе вредности, традиције и веровања* [курзив мој].

Као што наглашени део реченице јасно показује, не можемо једноставно да сматрамо да ће људска права бити поштована у сваком друштву, нити да очекујемо да ће се свако друштво повиновати овим нормама, а да при том не узмемо у обзир културу тог друштва. У исто време, слажем се са чл. 4 УДКР-а у којем се каже да „нико не сме да наводи културну различитост као разлог за кршење људских права гарантованих међународним правом, нити за ограничавање њиховог домена.“

Поставља се онда питање како да озбиљно схватамо културу, а да при том не дозволимо да се њоме манипулише како би се оправдала или рационализовала кршења људских права? Ово је тежак задатак зато што владајуће и друге елите које постављају овај захтев то чине зато што сматрају да тиме привлаче своје бираче. Стога морамо да схватимо разлог такве привлачности и да на њега ефикасно одговоримо ако желимо да дотични људи озбиљно схвате обавезујућу природу људских права. Имајући у виду горенаведену дефиницију културе из УДКР-а, мало је вероватно да ће људска права функционисати ефикасно ако се не интегришу у „животни стил, начин заједничког живота, системе вредности, традиције и веровања“ свих људи на свету. То, међутим, не би требало да подразумева прихватање свега што елите захтевају у име културе, зато што су, као што ћу показати касније, све културе динамичне и развијају се при сваком одговору на спољашње и унутрашње факторе и утицаје.

Претпоставка од које полазим у својој анализи јесте да је легитимност људских права у различитим културним традицијама неопходна, како за теоретску универзалност, тако и за практичну ефикасност ових међународних норми. Људи морају да верују да су концепт људских права и његов нормативни садржај валидни из перспективе њихове сопствене културе, уколико желе да се боре за практичну примену ових права. И сам принцип универзалности захтева овакав став, наиме, да људе не могу да обавезују норме које они слободно не прихватају. Поштовање људског достојанства и колективног самоопредељења као основа концепта универзалних људских права подразумева ефикасно учешће свих људи у дефинисању и заштити норми људских права. Оно што ја називам парадоксом универзалности огледа се у питању како се универзално прихватање може постићи у свету сталне и дубоке културне различитости између и унутар људских друштава? Оно што годинама тврдим и покушавам заједно са колегама да јасно покажем, јесте да се овај парадокс може решити путем промовисања „преклапајућег консензуса“ међу разли-

читим културним традицијама кроз интерни дискурс унутар култура и међукултурни дијалог о томе шта људским бићима као таквима следује.¹

Под преклапајућим консензусом подразумевам ситуацију у којој се наша мишљења подударају када је реч о принципима људских права, али не и када је реч о томе зашто свако од нас долази до ових додирних тачака. У пракси би процес промовисања овог неопходног преклапајућег консензуса требало започети са Универзалном декларацијом о људским правима и изградити га на постојећим споразумима и институцијама људских права на глобалном и регионалном нивоу. То, међутим, не би требало да значи да сматрамо да је свака концепција или норма коначна и да искључује могућност даљег развоја и напретка заснованог на искуствима и приоритетима народа из свих делова света. Повеља Уједињених нација створила је модерну парадигму људских права, али она није уклонила последице колонијализма и хегемоније западних сила над народима Африке, Азије и Латинске Америке. Са својим истицањем формалног суверенитета и територијалног интегритета, Повеља Уједињених нација није могла ни сама по себи да омогући остваривање ових широким циљева у различитим земљама, нити да маргинализованим заједницама осигура унутрашње самоопредељење унутар националних граница. Када су коначно колонијализовани народи били у могућности да учествују у процесу људских права, што је била последица деколонијализације и каснијег развоја, они су то морали да учине на основу претпоставки и оквира које су већ установиле западне силе. Овим се не негира, нити се ниподаштава важност доприноса који су народи из земаља у развоју дали како би Универзална декларација о људским правима данас била универзалнија него што је била 1948. године. Напротив, циљ ми је да потврдим важност ових догађаја и њихову улогу у даљем унапређивању ефикасног учешћа свих народа у дефинисању и примени људских права.

Да би ово вишеструко учешће било продуктивно, мора се схватити да је култура динамична, контестабилна и да се стално развија при свакој реакцији на унутрашње и спољашње факторе и актере. Међутим, изузетно је важно да такав унутрашњи преображај сваке појединачне културе буде постигнут путем њеног сопственог референтног оквира и институционалних ресурса. Другим речима, култу-

¹ Вид. нпр. *Human Rights in Cross-Cultural Perspective: A Quest for Consensus* (ed. A. A. An-Na'im) Philadelphia 1992; *Cultural Transformation and Human Rights in Africa* (ed. A. A. An-Na'im) London 2002; и *Human Rights Under African Constitutions: Realizing the Promise for Ourselves* (ed. A. A. An-Na'im) Philadelphia 2003; и A. A. An-Na'im, „Area Expressions' and the Universality of Human Rights: Mediating a Contingent Relationship“, *Diversity and Human Rights* (eds. D. P. Forsythe, P. C. McMahon) Lincoln – London 2003.

ре се константно мењају под утицајем великог броја изазова, али то се дешава унутар саме културе, а не путем спољашњег наметања. Оваквим приступом такође се одбијају захтеви локалних елита да монополизују културну власт унутар својих заједница, зато што исти принципи људског достојанства и самоопредељења који се супротстављају спољашњој хегемонији такође онемогућавају унутрашњу доминацију. Ови процеси преображаја догађају се како унутар исте културе, тако и у њеним односима са другим културама, али разлике у односима власти унутар исте заједнице и у њеним односима са другим заједницама најчешће утичу на исход конкурентских иницијатива. На пример, способност жена да се одупру угњетавању заснованом на полним разликама унутар својих култура сразмерна је њиховој економској аутономији, друштвеној и политичкој власти. Ако желимо да променимо последице односа заснованих на разликама у полу, не можемо се само ослањати на реторичку снагу међународних људских права, као да она сама по себи могу нешто да учине, већ се морамо супротставити неравнотежи која се налази у основи односа власти. Морална и политичка снага људских права у сваком случају јесте корисна, али само ако се употреби путем мобилизације и делања људи у њиховим заједницама, при чему се морају озбиљно узети у обзир реални односи власти који постоје унутар заједнице.

Други вид предложеног приступа огледа се у престанку истицања дихотомије између унутрашњег и спољашњег утицаја, како би они који се противе репресивном аспекту сопствене културе могли да се удруже са спољашњим факторима. Сходно томе, сви поборници људских права, ма где да се у свету налазе, имају право и обавезу да подрже ова права у другим друштвима, с тим што морају да испуне два услова којима подлежу сви учесници ових иницијатива:

1. да у својим поступцима изразе поштовање и осећај за интегритет других култура, зато што је отпор према спољашњем утицају на питања људских права често одраз традиционалне омражености мисионарског фанатизма и културног империјализма које су европске силе раније користиле како би оправдале колонијализам. Заузимање надобудног става моралне супериорности када се други ма говори шта треба да раде не само да је контрапродуктивно, зато што ће се људи на сваки могући начин опирати када осете да им други диктирају шта да раде, већ није ни у складу са поштовањем људског достојанства које се налази у основи самог концепта људских права.

2. да примењују исте стандарде када отворено и доследно критикују сопствена друштва и савезнике, тиме избегавајући да буду оптужени за примену „дуплих стандарда“. Нажалост, огроман труд уложен у стварање поверења широм културних граница може озбиљно

да буде угрожен оваквом несмотреношћу. Истакнути, скорашњи пример овога јесте милитаристички одговор Сједињених Држава на терористичке злочине од 11. септембра, а нарочито напад на Ирак, тајни притвори и тортуре и илегални превоз осумњичених преко међународних граница. Ова и друга извржавања руглу правде и владавине права на глобалном нивоу озбиљно подривају положај самог међународног права и умањују међународну сарадњу у заштити људских права свугде у свету. Моје је мишљење да је накнадно неповерење у мотивисаност највећих сила омогућило влади Судана да се одупре међународном притиску због зверстава почињених у Дарфуру. За међународну заједницу просто је неприхватљиво да оправда кршења међународног права и људских права које су починиле Сједињене Државе и њени савезници, а онда да покуша да примени исте те принципе против владе Судана.

На крају овог увода желим да нагласим да ја не тврдим да су културолошки фактори једини извор свих проблема у примени норми људских права, нити тврдим да би узимање културе у обзир изненада решило сва питања, али верујем да је и код проблема, и код решења, увек присутна и културна димензија. Пошто динамичан однос између културе и људских права представља део извора извесних тензија у вези са људским правима, он такође мора да буде средство за смањење ових тензија у пракси. Да бих могао да предложим неке практичне стратегије за ово смањење тензија, најпре ћу размотрити двоструки парадокс универзалности људских права и државне саморегулације како бих нагласио пресудну улогу културе у ублажавању ових тензија. Надаље, објаснићу методологију интерног дискурса и међукултурног дијалога у функцији практичног и реалистичног приступа решавању озбиљних неслагања по питању принципа универзалности или неких посебних норми људских права.

Претпоставка на којој се заснива поменути приступ јесте да би мишљење противника универзалности људских права требало да буде *озбиљно схваћено, али не и у потпуности прихваћено* све док оно отклања могућност универзалности људских права. Ови критичари су у праву када примећују да је појам универзално важећих и примењивих норми парадоксалан, али нису у праву када закључују да би само из тог разлога требало престати да се улаже напор у стварање и примену универзалних норми људских права. Задатак који стоји пред заговорницима универзалности људских права јесте да развију и примене ефикасне стратегије за превазилажење те тешкоће. Да бисмо одговорили на овај изазов, најпре би требало да разјаснимо следећи проблем како бисмо предложили одрживу методологију за решавање овог питања.

2. ПАРАДОКС УНИВЕРЗАЛНОСТИ И РЕЛАТИВНОСТИ

Термин људских права често се користи у широко прихваћеном дискурсу како би се указало на појмове слободе и социјалне правде уопште, али заправо овај концепт означава посебан поглед на захтеве за слободу и правду као законом прописана права која припадају свим људима, без озбира на расу, пол или вероисповест. Иако је првобитна дефиниција људских права, садржана у Универзалној декларацији из 1948. године и разрађена у каснијим споразумима и институцијама, била заснована на искуствима западних друштава, то нужно не значи да су за незападњачка друштва овај концепт или ове формулације потпуно страни или неважни. Цео пројекат полази од претпоставке да се ради о правима људских бића као таквих, без обзира где се они налазе, а не само о правима људи са „Запада“. Заправо, као што јасно потврђује чињеница да се Универзална декларације често уноси у националне уставе и регионалне споразуме, као што је Афричка повеља о људским правима и правима народа, концепт универзалних људских права већ је прекорачио границе својих првобитних формулација. Упркос томе, ово гледиште није уопште универзално прихваћено, чак ни у западним друштвима, о чему ћу касније говорити. Ово питање се често разматра када се говори о бинарном односу универзалности и релативности, као да морамо или у потпуности да прихватимо или потпуно да одбацимо универзалност по свему судећи, већ утврђеног концепта и свеобухватног каталога људских права. На једној страни ове наводне дихотомије налазе се земље које одбацују или ограничавају одређене норме људских права, наводећи културну релативност или контекстуалну специфичност као разлог томе, док се на другој страни налазе оне које у потпуности прихватају универзалност свих људских права.

Међутим, када се мало размисли, постаје јасно да је ово бинарно поимање погрешно и да наводи на погрешне закључке зато што све земље имају мешовита искуства по овом питању, како у теорији, тако и у пракси. По мом мишљењу, оно што је погрешно у овој тврдњи о бинарном односу јесте претпоставка да људска права могу или да буду културно и контекстуално неутрална, или да се концепција ових права која се јавља унутар једне културе може наметнути другим културама. Тачно је да су универзална људска права неопходна да би се у целом свету осигурало једнако поштовање људског достојанства, али ове норме се не могу замислити, нити схватити апстрактно, без навођења конкретног, свакодневног искуства народа којем ова права припадају. Тврдња о бинарном односу наводи на погрешан закључак о „сукобу цивилизација“ између „Запада“ који једногласно подржава универзална људска права и остатка човечанства, који се супротставља овим правима. У стварности, поједини људи у

свим друштвима широм света прихватају универзалност људских права, док други у истим тим друштвима одбацују овакво виђење. Упркос томе, постоји потреба за глобалним консензусом о универзалним људским правима, зато што није реално претпоставити да су сва друштва способна да осмисле и ефикасно примене сопствену концепцију права, слободно и уз равноправно учешће свих чланова сваке поједначне заједнице. Људско искуство је, нарочито у ситуацијама екстремног угњетавања и насиља, показало да владајуће елите често контролишу тај процес и њиме манипулишу како би заштитили сопствене привилегије и власт. Ови стварни догађаји наглашавају потребу за универзалним правима, али не дају одговор на питање како постићи договор о овим правима.

Имајући у виду с једне стране, културно утемељење свих нормативних система и с друге стране, увек присутну културну различитост у свету, под парадоксом универзалности подразумевам питање како утврдити универзално важеће стандарде људских права који су прихватљиви за сва друштва, без обзира на културну и контекстуалну разлику? Основни проблем овде јесте чињеница да сваки приступ утврђивању основе или извора универзалности људских права једноставно поставља питање или га одлаже, а не решава га из свих углова.² На пример, може се рећи да сва људска права настају из одређене филозофске или верске представе о људској природи, друштвеном животу, итд. Тиме се, међутим, ово питање једноставно претвара у питање коју представу изабрати, зашто и са којим циљем? Тврдња да су ова права неопходна за заштиту људског достојанства или задовољавање одређених основних потреба подразумева да су концепција људског достојанства и њене импликације универзално прихваћене или да је постигнута сагласност о основним потребама и начину њихових испуњења. На пример, свим људским бићима потребни су храна и склониште, па ипак либерална култура/идеологија најчешће тврди да би ове потребе требало задовољити путем политичког процеса. У оваквом становишту, нагласак се ставља на грађанска и политичка права, као што је слобода говора и удруживања, како би се осигурали правичност и инклузивност политичког процеса, у нади да ће крајњи исход обезбедити задовољење осталих људских потреба. Заступници супротног става инсистирају на препознавању основних потреба, као што су храна и склониште, које они рангирају као питања са вишим приоритетом од грађанских и политичких права. Сматрам да су људска права једнака и међузависна, и

² У вези са сажетим прегледом контроверзи о могућим оправдањима за основну тврдњу из члана 1 Универзалне декларације да су сва људска бића рођена слободна и једнака у достојанству и правима итд, вид. Т. Lindholm, „Article 1: A New Beginning“, *The Universal Declaration of Human Rights, A Commentary* (eds. A. Eide et al.) Oslo 1992.

стога предност нећу давати једном скупу људских права над другим. Важно је истаћи да постоје и да ће и даље постојати значајне разлике по питању тога како утврдити и дефинисати норму људских права. Да поновимо, прихватање позитивистичког поимања људских права, према којем државе, путем међународних споразума и националног права, треба да одлуче шта она представљају, једноставно оставља ово питање на милост и немилост културолошки и идеолошки утемељеним предрасудама, интересима и изборима елите која контролише државу.

Тешкоћу да се пронађе универзално прихваћено утемељење универзалних права јасно су уочили поједини посматрачи, чак и пре него што је Комисија Уједињених нација за људска права завршила нацрт Универзалне декларације о људским правима. Комисија је 1947. године добила од Америчке антрополошке асоцијације (ААА) дугачак меморандум у којем се скреће пажња на опасност од етноцентризма, оличеног у тенденцији да се сопствена култура доживљава као супериорна у односу на друге културе.³ Пошто стандарди и вредности зависе од културе из које долазе, сваки покушај да се формулишу норме које се заснивају на веровањима или моралном кодексу једне културе у том смислу умањује примењивост Декларације на човечанство као целину. Чак ће и они који прихватају идеју о универзалности људских права као права која по закону припадају сваком људском бићу, вероватно наставити да изражавају различите ставове о стварном садржају и примени ових права. Али, ако нужно постоји више различитих културолошких/контекстуалних извора или основа људских права, како онда права која су на тај начин утврђена могу да буду универзална?

Покушавајући да реши ову дилему, у својој изјави из 1999. године, ААА износи став да културне или друге разлике између људских друштава не би требало да се користе као изговор за оправдање кршења људских права. Међутим, проблем са овим ставом је то што се у њему претпоставља да постоји јасно утврђен и прихваћен скуп људских права чије се кршење не може оправдати позивањем на разлике међу људима. У настојању да предвиди примедбе на циркуларну логику оваквог става, ААА је у закључку своје декларације из 1999. године упозорила на ограничавање људских права и њихово поистовећивање са „апстрактном правном једнообразношћу западњачке традиције“ и истакла потребу да се тај концепт одржи отвореним за додатне и нове погледе тврдећи следеће:

Дефиниција ААА-а стога одликава приврженост људским правима која су у складу са међународним принципима али

³ American Anthropological Association, „Statement on Human Rights“, *American Anthropologist* 4/1947.

нису њима ограничена. Људска права не представљају статичан концепт. Наше схватање људских права стално се мења јер све више знања стичемо о условима у којима људи живе. Стога је пред антрополозима задатак да се укључе у расправу о проширењу нашег схватања људских права на основу антрополошког знања и истраживања.⁴

Слажем се са овим развојним поимањем људских права, али не видим како то може да реши основну тензију између етноцентричности и универзалности стандарда који се данас проглашавају или ће се у будућности проглашавати универзалним људским правима. Изрази „наше схватање“ и „све више знања стичемо“ у горенаведеном цитату може да се односи на чланове ААА-а који су подржали усвајање ове изјаве, али не и на оне чланове који су се томе противили, а нарочито не на све Американце. Добро је то што обука и професионална оријентација антрополога може да омогући великом броју њих да стекну осећај за ризике етноцентричности, али им то нужно не даје право да говоре у име свих погледа на људска права у сопственој култури, а камоли у другим културама.

Други аспект недоумице у вези са универзалношћу односи се на оно што се може назвати парадоксом државне саморегулације на пољу људских права. Повеља Уједињених нација и Универзална декларација о људским правима морају да успоставе равнотежу између потребе за међународним надзором и поштовања националног суверенитета и строго унутрашње надлежности држава нација. С једне стране, ови оснивачки документи теже да универсализују одређене представе основних права као права која су према међународном праву обавезујућа, а с друге стране, остављају држави да се бави применом ових права. Парадоксалност се овде односи на питање да ли можемо да очекујемо од државних званичника да сопствена овлашћења ограниче применом људских права или да прихвате одговорност за кршење ових права? У стварности, овај парадокс државне саморегулације огледа се у чињеници да уклањање суштинских разлога кршења, као и обезбеђивање ефикасног правног лека за индивидуална кршења изискују постизање највећег могућег степена политичке воље на локалном, националном и међународном нивоу. Мало је вероватно да ће се та политичка воља појавити и одржати ако људским правима недостаје културна легитимност или контекстуална одрживост. Ово важи и за западне земље и за незападне земље, о чему ћу говорити касније.

У том смислу, важно је нагласити да је упорно инсистирање појединих западних влада на шовинистичкој представи националног суверенитета заправо исто толико релативистичко колико и сличне

⁴ American Anthropological Association, *Declaration on Anthropology and Human Rights*, <http://www.aaanet.org/stmts/humanrts.htm>, посећено 7. октобра 2009.

тврдње које износе незападне земље, попут Кине или Ирана. На пример, Сједињене Државе познате су по томе што, већ у току процеса прављења нацрта, настоје да преобликују међународне споразуме о људским правима тако да они одговарају њиховим сопственим идеолошким погледима и друштвеним институцијама, само да би одбиле да ратификују ове споразуме и инкорпорирају их у своје унутрашње право које се примењује унутар саме државе. То је био случај са Конвенцијом о забрани геноцида из 1948. године, коју су Сједињене Државе ратификовале тек након више од четрдесет година и уз стављене резерве. Такође, Конвенцију о правима детета из 1989. године, до данас су ратификовале све земље у свету, осим Сједињених Држава и Сомалије. Пошто Сомалија нема владу од 1992. године, влада Сједињених Држава једина је која одбија да ратификује ову Конвенцију. Овакав став је нарочито штетан за универзалност људских права зато што га остали релативисти могу наводити као оправдање за сопствене ставове, и то у моменту када Сједињене Државе доминирају у међународној политици и врше прекомеран утицај на унутрашњу политику слабијих и сиромашнијих земаља. Рећи да Сједињене Државе не треба да ратификују споразуме зато што се оне већ придржавају стандарда који је виши од оног који се тражи у споразумима о људским правима, у исто време је и несувисло и надмено. Ако Сједињене Државе већ поступају у складу са овим конвенцијама, зашто их онда не ратификују и тако стекну морално право да критикују друге земље када оне одбију да их ратификују, или их не примене. Тражећи од других земаља да учине оно што саме нису вољне да учине, Сједињене Државе демонстрирају своју моралну супериорност, при чему нису спремне да се подвргну истим стандардима за проверу усклађености са стандардима који се примењују на друге државе.

3. ИЗНАЛАЖЕЊЕ РЕШЕЊА ЗА ЕВЕНТУАЛНУ УНИВЕРЗАЛНОСТ ЉУДСКИХ ПРАВА

Имајући у виду претходна запажања, јасно је да сва друштва треба да учествују у сталним преговорима о томе које захтеве признати као људска права и како се она могу применити у пракси. Другим речима, договор о концепту и нормативном садржају универзалности ових права треба да се развија и постигне временом, а не да се објави једном за свагда. Ови преговори би, по дефиницији, требало да обухвате најшири могући спектар гледишта и приоритета различитих људских друштава, како би њихов исход био прихваћен као истински универзалан. Да политички лидери или неке друге елитне групе не би присвојили колективни глас једне културе, такви прего-

вори морају да се организују унутар сваке културе, али и између култура. Циљ овог интерног дијалога унутар култура и дијалога између њих јесте да се подржи преклапајући консензус о значењу и импликацијама универзалности људских права. Док интерни дискурс настоји да унутар друштва или зајединице постигне консензус о нормама људских права и вредностима које се налазе у њиховим основама унутар одређеног друштва, међукултурни дијалог покушава да исто то постигне међу различитим друштвима и заједницама.⁵

Ако би се усвојио овај очигледно дугорочан приступ, то не би значило да би се на артикулацију и примену свих људских права требало чекати док се не постигне консензус о било ком од ова два питања. Заправо, да би интерни дискурс и међукултурни дијалог били могући и ефикасни, неопходно је заштитити одређена права, као што су слобода говора и право на образовање. Ствар је у томе да треба користити постојећи ниво прихваћености и примене људских права, како би се проширили и унапредили консензус о валидности и практичној примени свих људских права, као и могућности за развој нових права у будућности.

Међутим, пошто се поменути дискурс и дијалог не дешавају у вакууму, ови процеси морају узети у обзир контекстуалне факторе, као што су разлике у односима власти међу различитим учесницима у интерном дискурсу унутар култура, као и у дијалогу између њих. Сходно томе, да би међукултурни дијалог што више допринео прихваћености универзалности људских права, мора се некако ублажити утицај сталних и све већих глобалних разлика у односима власти и материјалним условима између западних и незападних друштава и култура. Као што је раније истакнуто, када се говорило о последицама 11. септембра, контекст дискурса и дијалога такође укључује догађаје и дешавања који утичу на владавину права у међународним односима. А владавина права представља суштински предуслов за било какву могућност прихватања и заштите универзалних стандарда људских права, било где у данашњем свету.

Стога је неопходно разумети изразито политичку природу целог пројекта и поступати у складу са тим. Нормативна формулација и практична примена универзалности људских права подразумевају политичку вољу да се издвоје потребна средства и предузму одговарајуће административне или правосудне акције, укључујући прављење тешких избора у случајевима очигледног сукоба са другим националним приоритетима или питањима од значаја, итд. Отуда, суштинско питање јесте на који начин створити и временом одржа-

⁵ Вид. нпр. А. А. An-Na'im, „Cultural Transformation and Normative Consensus on the Best Interest of the Child“, *International Journal of Law and the Family* 1/1994. Објављено такође у *The Best Interest of the Child: Reconciling Culture and Human Rights* (ed. P. Alston) Oxford 1994.

вати неопходну политичку вољу да се поштују и штите ова права у различитим друштвима. До сада је превише нагласка стављано на узак, ка држави окренут, легалистички и реактиван приступ међународним стандардима људских права, који такође претпоставља одређене институционалне и материјалне ресурсе, од којих велики број не постоји у многим деловима света. Под термином „ка држави окренут и легалистички“ приступ подразумевам тенденцију да се легитимност и овлашћења стандарда људских права посматрају као нешто што је утемељено на правним обавезама које државе имају према међународном праву. Следећи овакав приступ, поборници ових права окрећу се техничкој дефиницији засебних или изолованих права и настоје да у правосудним или административним правним лековима пронађу специфичне правне лекове за индивидуална кршења. Такав реактиван, индивидуализован одговор не само да изискује развијене и сређене институционалне и људске ресурсе, већ такође није у стању да се носи са масовним кршењима људских права, нити да уклони основне узроке кршења људских права. Индивидуализоване правне лекове који се примењују од случаја до случаја требало би стога допунити проактивним стратегијама како би се предупредила кршења људских права и уклонили њихови структурални и културни/контекстуални узроци.

Када је реч о одређеној заједници, постоје два аспекта ове две проактивне стратегије, један унутрашњи, и други спољашњи, који се тиче односа те заједнице са другим заједницама или бирачима. На унутрашњем плану, поборници универзалности морају да буду у стању да употребе све аргументе којима могу да убеду одређену заједницу, или да буду у стању да јој одагнају све страхове и бриге, користећи оне оквири или референце које та заједница сматра ауторитативним или примењивим. Њихов циљ је *убеђивање*, то јест да покажу људима да норме људских права „имају смисла“ у њиховом свакодневном животу, а при том да не траже од њих сувише агресивно да их прихвате. Требало би очекивати да ће репресивни режими наставити са покушајима да оправдају кршења људских права у име закона и поретка, користећи социјални морал, економски развој и слично као изговор. Стога се намеће питање да ли поборници људских права могу, уз помоћ аргумената које износе, да оспоре те разлоге, тако што ће наводити фундаменталније или шире прихваћене вредности и да ли су у стању да придобију савезнике како би оспорили наведене изговоре, уместо да очекују да она буду прихватљива за све.

Спољашња димензија односи се на услове или прилике који утичу на убедљивост става о људским правима у интерној расправи. На пример, представа једне заједнице о томе колико други озбиљно схватају тврдње о људским правима утицаће на њене сопствене ста-

вове или реакције. Управо због тога су „дуплих стандарди“ који се примењују у политици људских права толико штетни за универзалност ових права. По мом мишљењу, неуспевање појединих земаља да у сопственој политици доследно поштују људска права легитимно оправдава кршења која врше друге земље, али, нажалост, тачно је да су поједини људи склони да извлаче такав закључак.

Врста договора о којем говорим може се видети у недавним искуствима европских земаља са доктрином „поља слободне процене“, која омогућава да се људска права дефинишу и примењују по сопственом нахођењу, под утицајем културних и контекстуалних фактора. У основи ове доктрине налази се образложење да универзалност не значи потпуну уједначеност, која у обзир не узима специфичност ситуације у којој се јавља ово питање.⁶ Тако, став да би исте норме требало да преовлађују свугде у свету не спречава прилагођавање различитостима, на начин да се ови стандарди остварују у специфичним ситуацијама, путем тумачења, одмеравања и примене. Образложење „поља слободне процене“ могло би да се у већој мери примени када је реч о значајно другачијим деловима света. Међутим, чак и унутар релативно хомогених региона, као што је Европа, универзалност не може да означава тоталну уједначеност. Можда је потребно да се осмисли план којим би се образложење ове доктрине заштитило од злоупотребе или погрешног тумачења. На пример, Ева Бремс тврди да би Европски суд за људска права требало да смањи обим поља слободне процене када су у питању одређени централни аспекти права. Према њеном мишљењу, сва права имају централни и периферни део, и што је елемент који се одстрањује даље од средишта, то више остаје простора за различитост. Из ове перспективе, универзалност људских права подривају контекстуалне разлике у тумачењу у погледу средишта једног права, али не и ако се она односе на периферне елементе тог права.⁷

Имајући у виду ову доктрину и њено образложење, невероватно је да се она не види као релевантна и примењива на мањинске културе унутар једне земље, као што је случај са европским муслиманима у Француској, Холандији или Данској. На пример, док се обично признаје да слобода изражавања не може да буде апсолутна, постоји мали степен слагања око одговарајућих ограничења овог људског права. Такве разлике, међутим, постоје унутар култура, као и између култура; оне показују тенденцију да се временом мењају, као што се може видети на примеру порнографије или богохуљења.

⁶ E. Brems, *Human Rights: Universality and Diversity*, The Hague – Boston 2001, 357–422.

⁷ E. Brems, „The Margin of Appreciation Doctrine of the European Court of Human Rights“, *Human Rights and Diversity: Area Studies Revisited* (eds. D. P. Forsythe, P.C. McMahon) Lincoln – London 2003.

Поред тога, други фактори могу да утичу на услове или исход расправа о слободи изражавања. Можда је ово очигледније када се ради о афричким или исламским друштвима,⁸ али то исто важи и за друге делове света. Стога ми се чини да су контроверзе око карикатура у Данској и зара и фереце у Француској, на пример, одсликавале нелагоду која постоји у европским друштвима због имиграције и културног идентитета, а не само међу муслиманским мањинама. Сећање на колонијалне односе и омраженост постколонијалних хегемонија, забринутост због тероризма и турског чланства у Европској унији, и многи други фактори важни су и често културолошки дефинисани.

Разумевање културних и контекстуалних димензија расправе може нам помоћи да разумемо и боље одговоримо на ово питање. На пример, мирни протест због карикатуре пророка Мухамеда објављене у Данској, требало би да се схвати као покушај да се дефинишу право и његова одговарајућа ограничења, а не као покушај да се другима оспори слобода изражавања. Ако би обе стране у овом случају прихватиле овакво виђење ситуације, то би им помогло да дођу до међусобно прихватљивог решења, јер би тако муслимани осећали да су њихови приговори узети у обзир, а данско јавно мњење не би имало осећај да га угрожавају муслимански имигранти који му диктирају шта да ради.

На крају ове теоријске расправе, желео бих да се окренем ка неким тематским илустрацијама свог приступа и да истакнем да универзалност људских права и њихови културни/контекстуални изрази могу да буду компатибилни, па чак и да се међусобно подржавају, али не би требало сматрати да овај процес нужно доводи до предређеног или неизбежног значења и садржаја универзалности људских права. Ове две димензије могу или да се међусобно подржавају или не, у зависности од тога како различити актери гледају на то питање и на њега одговарају у специфичним ситуацијама. Другим речима, универзалност људских права требало би да се посматра као *производ процеса*, а не као већ установљен, „дат“ концепт, а специфичан, предређен нормативни садржај требало би да се пронађе или објави путем међународних декларација и да путем споразума постане правно обавезујући. Заправо, сама идеја о „проналажењу“ или „објави“ подразумева процес, који захтева одређене актере, контекст и друге услове који доприносе његовом успеху. У том случају, да би се схватили значење и импликације универзалности људских права потребно је проучити природу тог процеса, улоге актера и контекста и других важних фактора. Да би могли да развију одговарајуће стратегије за постизање својих циљева, поборници универзалности

⁸ Вид. нпр., А. А. An-Na'im, „The Contingent Universality of Human Rights: The Case of Freedom of Expression in African and Islamic Contexts“, *Emory International Law Review* 3/1997.

треба да схвате природу и динамику овог процеса, а не да очекују да ће универзалност једноставно бити прихваћена као нешто што је „само по себи очигледно“ или што ће се неминовно појавити као резултат унутрашње и/или међународне политике. Овај приступ могао би се појаснити следећим примерима.

4. ТЕМАТСКЕ ИЛУСТРАЦИЈЕ

Као што је од почетка наглашавано, култура је релевантна за сам концепт универзалности људских права, али и за дефиницију и практичну примену сваке појединачне норме људских права. Надаље, култура је у овом смислу релевантна за цео спектар норми људских права, укључујући слободу изражавања, правично суђење и право на образовање и здравствену заштиту, а не само за одређени скуп или групу права. Да бих то илустровао, најпре ћу размотрити пример економских, социјалних и културних права (ЕСК права) као људских права. Друга илустрација односиће се на такозване „злочине у име части“, који се више повезују са „културним релативизмом“.

5. ЛИБЕРАЛНИ РЕЛАТИВИЗАМ О ЕКОНОМСКИМ, СОЦИЈАЛНИМ И КУЛТУРНИМ ПРАВИМА

Када говорим о културолошким/идеолошким ставовима Запада о ЕСК правима, ја не подразумевам да су други делови света бољи у заштити људска права уопште, нити у заштити ових одређених права. Уместо тога, наводим примере како бих објаснио посебну димензију односа између културе и људских права, која се обично не спомиње у јавном дискурсу, нити се проучава у школи у оквиру предавања о тој теми. Фактичка основа ове илустрације огледа се у чињеници да западне земље не показују доследност у прихватању универзалности људских права у својој унутрашњој политици која се тиче ЕСК права. Оно што желим да кажем јесте да није довољно да свака земља обезбеди услуге и користи које се подразумевају овим правима, путем уобичајених политичких и правних процеса, зато што суштина универзалности људских права јесте да се таква права заштите од непредвиђених политичких ситуација. Све док истински поштују и штите ЕСК права, западне земље немају никаквог разлога да страхују од последица прихватања ових права као људских права. И обрнуто, такво прихватање је неопходно кадгод се ова права недовољно поштују на начин и у мери који се захтевају међународним стандардима људских права. За нас је исто тако важна чињеница да Запад мора да призна ЕСК правима статус људских права како би се

цео свет придржавао принципа универзалности свих људских права.

Када је нарочито реч о предмету овога рада, оно што највише желим да нагласим јесте да амбивалентан став Запада према томе да ли ЕСК права треба да имају статус људских права заправо исто толико зависи од културе (у овом случају и од идеологије), колико и питања која се обично наводе као примери културног релативизма, као што су генитално обрезивања жена или убијање у име части. Због свог истицања индивидуалне аутономије и приватног власништва, либерална идеологија/култура не може лако да прихвати да ЕСК права имају исти положај људских права који имају грађанска и политичка права, као што су слобода говора или слобода мишљења и вероисповести. Либерали можда сматрају да се њихови ставови о ЕСК правима подударају са ставовима сваке разумне особе, али то је управо начин на који функционише идеолошки или културни релативизам било где на свету. Другим речима, либерална друштва нису склона да прихвате ЕСК права као људска права из истог разлога из којег се поједина исламска друштва опиру правима жена или се навођењем „азијских вредности“ угрожавају грађанска права у име верске или регионалне идеологије или културе. Разлика стога није у природи културног/идеолошког/контекстуалног оспоравања универзалности свих људских права, већ у претпоставкама да је Запад „творац“ концепта и садржаја људских права. То јест, немогућност да се уочи сличност између таквих западњачких и незападњачких релативистичких тврдњи доприноси продужавању мита о томе да су људска права, по својој природи, западњачка (и због тога у потпуности прихваћена и примењена у западним земљама), док је остатак света још далеко од тога да начелно прихвати поједине од ових права, а камоли да их примени. По мом мишљењу, требало би јасно препознати културни релативизам који Запад испољава у погледу ЕСК права и супротставити му се како би се истакло да се сва друштва сусрећу са изазовом људских права. Сада бих укратко представио и објаснио ово мишљење.⁹

Суштинска сврха људских права јесте обезбеђивање ефикасне заштите одређених фундаменталних права која припадају свим људским бићима, свугде у свету, без обзира на разлике у погледу расе, пола или вероисповести. Другим речима, циљ је да се осигура заштита људских права, чак и у земљама у којима она нису прописана као уставом гарантована основна права, како би се она *заштитила*

⁹ Ово мишљење засновано је на мом чланку „To Affirm the Full Human Rights Standing of Economic, Social & Cultural Rights“, *Economic, Social & Cultural Rights in Practice: The Role of Judges in Implementing Economic, Social & Cultural Rights* (eds. Y. Ghai, J. Cottrell) London 2004.

од непредвиђених ситуација у унутрашњим политичким и административним процесима. Као што је светско искуство у више наврата показало, не може се веровати државама да ће поштовати и штитити људско достојанство, које је својствено свима онима који су под њиховом надлежношћу. Због тога Уједињене нације настоје да установе скуп *универзалних стандарда.* У складу са преамбулом Универзалне декларације о људским правима, ови стандарди требало би да представљају „заједнички стандард достигнућа за све народе и за све нације“. Шта ово значи и како да се то постигне у пракси?

Због несклада између ове идеје и принципа и праксе националног суверенитета, ови стандарди морају да буду признати као резултат међународног споразума. Осим тога, поменута опасност по национални суверенитет не би била ни реална ни прихватљива без обећања међународне сарадње у заштити људских права. У том смислу, међународна заједница нема кредибилитет да тврди како има пресудну улогу у заштити одређених минималних стандарда уколико се њени чланови не обавезу да ће се међусобно подстицати и подржавати у том процесу. Ово је нарочито важно ако се имају у виду значајне разлике у степену политичке воље и огромне разлике у институционалном капацитету и материјалним средствима предвиђеним за примену ових права у различитим деловима света.

Сходно томе, карактеристичне особине људских права које мене интересују јесу *универзално признање* истих права и *међународна сарадња* у њиховој примени. Из ове перспективе, мислим да се термин „људска права“ односи на националну уставну и правну заштиту ових права или на њихову примену која треба да представља питање националне политике, само када то представља наставак међународних обавеза државе. У супротном, овај концепт ће изгубити своју суштинску функцију заштите ових права од непредвиђених ситуација у унутрашњој политици. Тачно је да се у свакодневном животу појединаца и заједница људска права могу поштовати и штитити само ако међународне обавезе постану део националног права и политике. Али, ако је заштита било каквих права на националном нивоу одвојена од међународних стандарда људских права, нема никакве користи од међународног надзора. Национална заштита права која није призната као међународна обавеза може лако запасти у оспоравање неких од ових права у име одржања демократског принципа владавине већине, што може бити учињено и путем усвајања уставних амандмана.

У том смислу, чак и највиши степен издвајања средстава за образовање, здравствену заштиту или друштвену безбедност, рецимо, не би требало да буде прихваћен као разлог за усаглашавање са међународним стандардима људских права уколико држава одбија да ЕСК

правима призна статус људских права. Сматрам да је овакво прављење разлике од пресудног значаја за кохерентност и интегритет идеје људских права из два разлога. Прво, поставља се питање да ли би влада која је на власти требало да само по сопственом нахођењу одлучује о томе које услуге треба пружити и коме, и под каквим условима, или би требало да је обавезују неки спољашњи критеријуми који се примењују свугде, без обзира на идеологију или политичку погодност. *Додата вредност* идеје људских права односи се на обезбеђивање међународно договореног референтног оквира за уобичајени ток идеолошке, културне или политичке борбе за власт и ресурсе у унутрашњој и спољној политици. Друго, прихватање обавезе да се ове услуге обезбеде као део међународних обавеза које се односе на људска права, требало би да се прошири изван обавеза државе према благостању њених сопствених грађана, на све људе, свугде у свету. Пошто људска права припадају свим људима, а не само грађанима једне или друге државе, приврженост сваке државе овим правима требало би да се мери њеном спремношћу да подржи примену ових права на сваком месту, а не само унутар сопствене домаће надлежности. Овим уопште не тврдим да једино људска права воде до добре унутрашње социјалне политике или хумане спољне политике. Временом се заиста може испоставити да су она пружила неефикасан и контрапродуктиван приступ обема политикама или једној од њих. Уместо тога, радије бих објаснио значење и импликације таквог приступа заснованог на људским правима, како бих проценио њихову корисност и ефикасност.

Формативна доминација либералних перцепција и хијерархије људских права употребљена је како би се подржала тврдња да западноевропска и северноамеричка друштва у потпуности прихватају универзалност људских права, док су, у том погледу, друга друштва спутавана културолошким, идеолошким или контекстуалним ограничењима. Због тога поједини лидери земаља у развоју узимају теорију и праксу људских права, онако као су оне утврђене у овим друштвима, као једини модел који показује како ова права треба да буду дефинисана и примењена свугде у свету. Међутим, када се сва људска права схвате као једнако универзална и недељива, може се видети да и западноевропска и северноамеричка друштва такође имају своје културне, идеолошке или контекстуалне проблеме. Упоредимо, на пример, статус ЕСК права са оним који имају грађанска и политичка права унутар европског система. Док је овај последње поменут скуп права доживео снажан израз и правосудни развој унутар европског система, ЕСК права деградирана су на ниво необавезујућих повеља и опционих протокола.¹⁰ Контраст има још већи значај зато што чла-

¹⁰ Вид. генерално нпр. D. Harris, J. Darcy, *The European Social Charter*, Ardsley – New York 2001.

нови овог система већ имају материјална средства и институционалне капацитете за примену ЕСК права.

Право питање у вези са ЕСК правима јесте да ли се људска права свODE на конзервативно-либералну представу о ограничењима државне власти, или би она требало да укључе и афирмативне обавезе да се испуне одређени витални интереси лица и заједница. Принцип недискриминације, чак и када се сагледа из угла учинка или исхода, ништа не говори о позитивној обавези државе да обезбеди најнеопходнија средства или услуге за оне сегменте становништва који нису привилеговани или имају мало привилегија. Другим речима, да ли људска права припадају само онима који имају материјална, образовна или друга средства потребна за ефикасно коришћење њихових права, или би она такође требало да буду доступна онима који нису у могућности да то учине? Уколико је ово прво случај, онда ЕСК права нису уопште људска права. У том случају, требало би говорити о „универзализацији“ либералних представа о грађанским и политичким правима, а не о „универзализацији“ *људских* права које прихватају све идеолошке и културне традиције света. Међутим, да би људска права била истински универзална она морају да укључе ЕСК права, а то не може да се деси без међународног надзора над функционисањем уобичајеног политичког и административног процеса. Тачно је да су скупу права које сада зовемо ЕСК правима потребни даљи развој, прецизнија дефиниција и механизми примене, али то се неће догодити све док не признамо да су она заправо људска права.

Решење које предлагем присталицама либералног релативизма у вези са ЕСК правима јесте да ЕСК правима потврде пун квалитет људских права, тако што ће одбацити сваку класификацију људских права и да се приликом примене сваког специфичног права управљају према њему, а не да га свODE на оно што, наводно, одговара једној или другој класи права. Посебно сматрам да је веома важно да се преиспита тврдња да би примену ЕСК права требало ограничити на област социјалне политике и владиних административних процеса, зато што се ова права не уклапају у модел правосудне примене који је осмишљен за специфична грађанска и политичка права. Када би се оставило да ово питање, по слободном нахођењу, решавају владе, па ма како оне биле демократске, без могућности судског вођења и надзора, цела сврха признавања ЕСК права као међународних људских права изгубила би сав смисао.

6. ЗЛОЧИНИ У ИМЕ ЧАСТИ

Злочини као такви не представљају кршења људских права када их почине приватна лица, а не државни актери. Међутим, насиље

над женама представља кршење људских права нарочито онда када држава не штити жене од овог, „на полу заснованог“ насиља или када кривично не гони починиоце, нити предузима друге неопходне акције, зато што би то представљало дискриминацију по основу пола. Циљ расправе која следи о такозваним „злочинима у име части“ јесте да се покаже културна димензија ове појаве, која утиче на одговор државног руководства, као и на починиоце. Другим речима, оно што овај злочин чини кршењем људских права јесте његова утемељеност у култури, зато што та чињеница доприноси неуспевању државе да заштити жртве и кривично гони починиоце.¹¹

Оно што „злочине у име части“ разликује од других насилних злочина јесте чињеница да њих, у име заштите или очувања части породице, извршавају блиски рођаци жена које су оптужене за недолично сексуално понашање. Као што је документовано у радовима у којима је проучавана ова појава у Турској,¹² одлука да се жена убије доноси се на породичном окупљању, на којем се такође одређује младић из породице, обично брат или рођак жртве, који ће да изврши злочин. Имајући у виду саму природу и разлог ових злочина, можемо рећи да они настају као резултат *колективне, промишљене одлуке коју треба спровести у јавности, или бар јавно објавити* како би се остварила сврха коју они наводно имају. Како се овај колективни, промишљени и јавни аспект злочина одражава на одговорност породице и заједнице уопште? Како да кривично гоњење директног починиоца и његова казна буду адекватни и довољни када постоји велики број других особа које су одговорне за подстицање и одобравање тог злочина и одржавање друштвеног и културног система који „захтева“ такво жртвовање људи? Проучавањем природе и контекста „злочина у име части“ намећу се такође следећа питања – о чијој се части овде ради и зашто се жене убијају у име заштите те части? Надаље, да ли ови злочини представљају кршења људских права и, ако представљају, како се то одражава на разлике које се праве у пракси? Другим речима, шта је то што са позиције људских права, ове злочине разликује од осталих злочина, и какав значај то има, када је реч о стратегијама за њихово сузбијање?

Истицати ова и слична питања значи водити рачуна о ограничењима овог приступа, који је у том погледу искључиво усмерен на

¹¹ Преглед који следи заснован је на мом поглављу „The Role of ‘Community Discourse’ in Combating ‘Crimes of Honor’: Preliminary Assessment and Prospects“, „Honor“: *Crimes, Paradigms, and Violence Against Women* (eds. L. Welchman, S. Hossain) London 2006.

¹² M. Faraç, *Töre Kışkırcında Kadın (Women Under the Pressure of the Customs)* Istanbul 1998; A. Duzkan, F. Kocali, „An Honor Killing: She Fled, Her Throat Was Cut“, *Women and Sexuality in Muslim Societies* (ed. P. Ilkcaracan) Istanbul 2000; A. A. An-Na'im, „The Role of ‘Community Discourse’ in Combating ‘Crimes of Honor’: Preliminary Assessment and Prospects“, „Honor“: *Crimes, Paradigms, and Violence Against Women* (eds. L. Welchman, S. Hossain) London 2006.

државу. Односно, истицати да држава има правну обавезу да штити физички интегритет потенцијалних жртава и да казни учиниоце „злочина у име части“, без обзира да ли се ради о кршењу људских права или не, не значи нужно да ће држава бити способна и вољна да испуни ове обавезе. Ово важи не само када се државни актери сусрећу са снажним и дубоко укорењеним културним отпором у овом смислу, већ и када показују саосећајност и индиферентност према срамном моралу ових злочина. Друго питање о којем се води рачуна односи се на методе и трошкове/ризике државне интервенције у односима унутар породице и заједнице. На пример, да ли је безопасно претпоставити да ће државна интервенција на том нивоу бити ефикасна у сузбијању „злочина у име части“? Како неко може гарантовати да овлашћење да се предузму такве наметљиве акције неће бити злоупотребљено у друге сврхе?

При сагледавању културне димензије злочина у име части, намеће се питање улоге породице и заједнице у регулисању сексуалност, премда се забринутост због дискриминације, због које ови злочини представљају кршење људских права, односи на чињеницу да се ова регулациона улога породице и заједнице тиче само жена, иако су мушкарци исто толико одговорни за било које наводно кршење сексуалног морала, а можда чак и одговорнији од жена. Међутим, признавање и осуда ове дискриминације не дају одговор на питање да ли породица и заједница имају улогу у регулисању сексуалног понашања својих чланова. Уколико имају, онда би се могла поставити следећа питања – који фактори и процеси одређују или утичу на начин на који се ова улога игра у различитим контекстима, и које методе друштвене контроле стоје на располагању породици и заједници, нарочито током периода транзиције и кризе. На који начин треба оцењивати ове методе, ко то треба да чини и у коју сврху?

Без обзира на лични став који неко има о обиму и начину на који се то одвија у датом окружењу или времену, породице и заједнице заиста имају улогу у регулисању сексуалног понашања својих чланова, у сваком људском друштву и у сваком историјском периоду. Иако се обим и методи оваквих поступака разликују од заједнице до заједнице, и унутар исте заједнице у различитим временским периодима, верујем да сâм друштвени живот не би био могућ без регулисања сексуалности. Осим ако неко не жели да тврди да се ово не односи, или да не би требало да се односи, на све делове данашњег света, питање које је пред нама тиче се обима и начина регулисања, а не одлуке да ли то треба регулисати или уопште не треба регулисати.

Основно и најдуготрајније регулисање сексуалности дешава се путем организовања породице и заједнице на колективном нивоу, и путем ране социјализације деце на индивидуалном нивоу. Оба аспекта

се поново примењују на разне начине, укључујући деловање државе путем правне регулације брака и сексуалног понашања, образовања, па чак и пореза и социјалне помоћи. Верујем да заједничко искуство може да омогући не само да ови процеси функционишу ефикасно у великој већини случајева, већ и да породице и заједнице прилагоде своје норме и процесе условима који се временом мењају. Јасно ми је такође да се и ефикасна регулација сексуалности и прилагођавање њених норми и процеса дешава на суптилан, спонтан и несвестан начин. У том смислу, „злочини у име части“ јесу манифестација *неуспеха или неадекватности* регулације сексуалности унутар породице или заједнице, а не показатељ да се таква регулација не дешава у свим друштвима, већ само у онима у којима су учињени ови злочини. Међутим, као што је већ наглашено, озбиљан проблем у вези са овим злочинима јесте то што они представљају насилан и дикриминаторски одговор на неуспех или неадекватност традиционалних механизма за регулисање сексуалности. Другим речима, требало би да се против ових злочина боримо као против прекомерних и насилних метода регулисања сексуалности који обично дотичу само жене, без обзира на то што су мушкарци бар исто толико одговорни за лоше понашање колико и жене.

Иако је потребно да се тренутно стање промени, сматрам да је контрапродуктивно рећи да породица и заједница уопште немају право да регулишу сексуалност. Чак ће и појава таквог става умањити кредибилитет сваког напора да се сузбију „злочини у име части“, чиме би жене које живе у заједницама у којима се упражњава таква пракса, више биле изложене насиљу у име заштите части него што су то данас. Нагласак се стога мора ставити на питање зашто се насиље над женама, или мушкарцима свеједно, никада не оправдава као одговор на недолично сексуално понашање, а да при том то не значи да одбацивање свих облика или степена регулисања сексуалности представља алтернативу. Зато је паметно да се супротстављање „злочинима у име части“ представи изричито у овом светлу, јер се на тај начин може избећи ризик да се овај напор подрије тако што ће се онима који подржавају ту праксу дозволити да на погрешан начин представе став својих неистомисљеника као промовисање и одобравање сексуалног промискуитета.

Схватање личне аутономије и сексуалне слободе које је нешто либералније од оног прихваћеног у заједницама у којима се дешавају „злочини у име части“ може да буде подржано актуелним међународним стандардима људских права. Али исто тако можемо, по мом мишљењу, да се супротставимо овим злочинима као кршењима људских права, а да при том нужно не заузмемо либералнији став о приступу заједнице према регулисању сексуалности као такве. То јест, можемо да се са становишта људских права супротставимо

„злочинима у име части“, зато што су они претерано насилни и дискриминаторски према женама, а да при том нужно не тврдимо да је став који заједница има према сексуалној пристојности сам по себи споран из перспективе људских права. Иако ова два става нису међусобно искључива, мене сада више занима становиште према којем „злочини у име части“ могу да представљају кршења људских права, чак и ако се прихвати став заједнице о генералном регулисању сексуалности.

Генерално говорећи, људска права по дефиницији имају циљ да заштите људе од претеране употребе или злоупотребе власти државе и стога могу да их крше само они који поступају у име државе или тврде да имају њено овлашћење или одобрење. Као резултат тога, злочини попут убиства не представљају кршења људских права све док нису учињена од стране званичника државе или уз њихово одобрење. Овакав закључак се обично изводи када је реч о насилним поступцима према женама, као што су „злочини у име части“, при чему се води рачуна о разлици између јавног домена државних акција и приватног домена породице и заједнице. Међутим, моје је мишљење да би држава требало да сноси одговорност ако у борби против насиља над женама унутар приватног домена породице и заједнице не поступа са „дужном пажњом“. Гледано из ове перспективе, држава сноси одговорност ако не успева да на ефикасан начин кривично гони и казни оне који су извршили насиље над женама у приватном домену, иако њихови злочини као такви не могу да се припишу држави. То, међутим, не значи да не треба правити разлику између јавног и приватног домена, јер, чим се држави дозволи да се уплиће у ствари унутар приватног домена, она ће вероватно злоупотребити ту власт па ће кршити људска права, уместо да их штити. Стога се поставља питање на који начин држава и припадници цивилног друштва могу да се обрачунају са злочинима у име части, а да при том не злоупотребе овлашћење за интервенисање унутар приватног домена породице и заједнице?

Други изазов односи се на чињеницу да искључиво ослањање на приступ усмерен на државу најчешће подразумева *реактиван* приступ у односу на већ учињена кршења, настала услед деловања или неделовања државног руководства, а не *проактиван* приступ, којем је циљ да спречи да се ова кршења уопште и десе. Овај приступ може такође бити проблематичан зато што је спор, скуп и генерално неадекватан за постављени задатак. Имајући у виду чињеницу да су у земљама у развоју озбиљно ограничена средства којима би државни органи и службеници могли да обезбеде хитан смештај, запослење или социјалну заштиту за жртве, већа је вероватноћа да ће жене изложене насиљу од стране чланова својих породица бити стављене под такозвано „заштитно старатељство“, како би им се одмах осигу-

рала физичка безбедност. Какав би квалитет живота имале жене у таквој ситуацији и ко ће их заштити тако да њихов положај не злоупотребе службеници задужени за старатељство? Разматрајући ове и друге изазове, јасно ми је да одређени аспекти злочина у име части заиста представљају кршења људских права. У непосреднијем смислу, сталност ових злочина указује на неспособност државе да заштити животе и физички интегритет жена, као и да обезбеди ефикасне правне лекове за ове злочине. У ширем смислу, „злочини у име части“ означавају дубоко укоревану, вишеструку и ендемску дискриминацију против жена, коју држава мора да искорени према чл. 5 (а) Међународне конвенције о елиминацији свих облика дискриминације према женама из 1979. године, у којој се каже:

Државе потписнице ће предузети све одговарајуће мере:

(а) како би измениле друштвене и културне обрасце понашања мушкараца и жена, у циљу отклањања предрасуда и обичаја и свих других активности који се заснивају на идеји инфериорности или супериорности, било да је реч о половима или стереотипним улогама мушкараца и жена.

Међутим, такође ми је јасно да искључиво ослањање на приступ заснован на људским правима може да буде контрапродуктивно у неким ситуацијама. Другим речима, приступ заснован на људским правима релевантан је за сузбијање „злочина у име части“, из принципијелних, као и из тактичних разлога, али њега би требало да посматрамо као једну од многих опција, или као елемент шире стратегије, а не као једини могући и ефикасан приступ. Зато сматрам да је сузбијање злочина у име части на културном/верском нивоу неопходно како би се, поред примене других стратегија за сузбијање злочина у име части, подржала и ефикасна примена самог приступа заснованог на људским правима. Стога бих закључио да је примарна улога у борби против ових злочина она коју имају локални бирачи, и не треба се зато много ослањати на притисак који стране земље врше на владу земље у којима се ови злочини дешавају. Такође ми је јасно да се локално бирачко тело не може створити нити подржати без дугорочног стратешког учешћа у интерном дискурсу унутар заједница о специфичним питањима, као што су „злочини у име части“, који се одвија унутар ширег контекста односа између полова у оквиру породице и заједнице. Сви аспекти овог процеса морају да се схвате и примене уз дужну пажњу поклоњену локалном контексту и свим релевантним факторима и околностима.

Да закључим. Културна димензија злочина у име части може се најбоље сагледати путем интерног дискурса унутар заједница, који представља суштински елемент у низу могућих стратегија за сузбијање злочина у име части. Под „дискурсом“ подразумевам све постојеће, разноврсне и доступне активности и могућности за распра-

ву и размишљање о свим аспектима „злочина у име части“ унутар заједнице, на сваком нивоу, јавном и приватном. Овакав приступ ни на који начин не представља одобравање нити покушај да се оправдају ови гнусни злочини, нити се он сматра јединим или основним средством за борбу против њих. Реч је једноставно о истраживању сваке могућности да се пре свега предупреду ови злочини и да сви они који су их учинили за то снесу одговорност. Овде се ради о претпоставци да ће промена става породице и заједнице према овим злочинима, остварена у интерном дискурсу унутар заједнице, допринети искорењивању ових злочина путем уклањања њиховог основног узрока, али и подстицања и подржавања државних званичника и институција да појединачне починиоце и њихове присталице прогласе одговорним за оно што су урадили.

Овај приступ заправо представља *суштински елемент* неколико комплементарних стратегија за сузбијање злочина у име части. Иако никада сам по себи није довољан за спречавање ових злочина, нити за кажњавање њихових починилаца, дискурс унутар заједнице који се води против „злочина у име части“ може да буде ефикасно средство помоћу којег се онима који учине или одобравају такве злочине ускраћује подршка и саосећајност породице и заједнице. Такав интерни дискурс може такође да одигра значајну улогу у социјализацији деце која ће касније у потпуности одбацити свако наводно образложење тих злочина. На другом нивоу, дискурс унутар заједнице неопходан је како би се створила и одржала политичка воља за одвајање средстава и спровођење политике сузбијања „злочина у име части“, кажњавања починилаца и ускраћивања сваке моралне или материјалне користи коју би они могли да имају од својих злочина. Он је такође неопходан за трансформацију институционалне културе и приоритета оних који осмишљавају политику полиције, јавних тужилаца, судија, затворских службеника и других органа који се баве извршавањем и последицама ових злочина. Тачно је да је држава та која је најодговорнија за сузбијање „злочина у име части“, али све оно што држава може да учини или се од ње очекује да учини – као што су спровођење административних мера за спречавање ових злочина, ефикасна истрага и кривично гоњење починилаца, рехабилитација и подржавање жртава – у крајњој мери зависи од успеха да се службеници мотивишу и подрже, а када је потребно и приморају, да поступају у складу са тим. Разумевање основне природе „злочина у име части“ и контекста у којем се они дешавају, мотивације починилаца и њихових следбеника, улоге породице и заједнице и сваког другог фактора који утиче на понашање државних службеника и институција у погледу свих аспеката ове појаве – све је то неопходно за примену одрживих стратегија за превенцију, за заштиту потенцијалних жртава и за кажњавање починилаца.

Dr Abdullahi Ahmed An-Na'im

Full Professor

Emory University, School of Law

UNIVERSALITY OF HUMAN RIGHTS: MEDIATING PARADOX TO ENHANCE PRACTICE

Summary

This paper discusses „the paradox of universality of human rights“ in view of permanent and profound cultural differences that exist among human societies. The author argues that to prevent future human rights violations and to make them work effectively, it is necessary to integrate human rights into the culture of all peoples around the world. In other words, the concept of universality of human rights requires the effective participation of all human beings in defining and protecting human rights norms. However, the remaining question is how to achieve universal acceptance in our diverse world? The author proposes to mediate this paradox in promoting an „overlapping consensus“ among different cultural traditions through both an internal discourse within cultures and a cross-cultural dialogue. This process has already begun with the Universal Declaration, and today is built on the existing international human rights treaties and institutions which must be susceptible to further developments and evolution. The author concludes that the universality of human rights and their cultural dimension can be compatible and mutually supportive, but it depends on how different actors perceive the matter and respond to them in particular situations. Therefore, the universality of human rights is not a „given“ concept, but rather a product of a process which depends mainly on the nature of that process, the role of the actors, context, and other conditions.

Key words: *Paradox of universality. – Cultural relativism. – Overlapping consensus. – Cross-cultural dialogue.*

Др Ане ван Акен

редовни професор Правног факултета Универзитета Сент Гален

ВАГАЊЕ ЉУДСКИХ ПРАВА – УСТАВНО ТУМАЧЕЊЕ У МЕЂУНАРОДНОМ ПРАВУ

У овом раду представљен је аналитички поглед на оправданост употребе уставног тумачења у фрагментираним међународним праву. Ауторка сматра да питања људских права преовлађују у међународном праву, упркос чињеници да постоји само неколицина специјализованих механизма пресуђивања. Такође, велики број режима у међународном јавном праву тежи различитим циљевима, али многи случајеви не могу да се подведу под ове различите режиме. Хоризонтална функција међународног система људских права јесте да међународним судовима обезбеди смернице у тумачењу права које се не бави људским правима. Ако се предмет и сврха једног уговора дотичу питања људских права, то се може искористити за телеолошко тумачење самог тог споразума, али проблем је што већина уговора који се не баве људским правима не садржи такву референцу. Осим тога, чл. 31 (3) Бечке конвенције о уговорном праву, према којем се приликом тумачења морају узети у обзир „сва она релевантна правила међународног права која се примењују у односима страна уговорница“, сматра се општим принципом тумачења уговора. Међутим, он нуди само одговор на питање који се то остали међународноправни инструменти могу узети у обзир када се ради о споразуму који се не бави људским правима. Стога, ауторка тврди да се јединство међународног правног поретка може постићи путем уставних средстава тумачења, нарочито путем уравниотеженог приступа какав постоји у немачкој правној теорији, како би се ублажила тензија која постоји између права људских права и других питања међународног јавног права.

Кључне речи: Вагање људских права. – Уставно тумачење. – Фрагментација међународног права. – Алексијева рационална теорија вагања. – Међународно инвестиционо право.

1. УВОД

Људска права заузимају водећи нормативни положај у међународном јавном праву и у расправама о конституционализацији међународног права. Без обзира на то, њихов нормативни значај није тренутно праћен остваривањем права људских права путем међународних институција и судова. Упркос чињеници да постоји само неколико специјализованих правосудних механизма (не нужно и делотворних¹) који се експлицитно баве људским правима, у међународном праву преовлађују питања која се тичу људских права. Веома делотворни правосудни механизми који се не тичу људских права, као што су систем решавања спорова у Светској трговинској организацији (СТО), као и међународна инвестициона арбитража, такође се баве стварима које дотичу питање људских права.² Велики број режима у међународном јавном праву тежи различитим циљевима: право СТО-а тежи слободној трговини, инвестиционо право тежи заштити страних улагача, као и развоју, међународно право људских права тежи заштити основних људских права, мултилатерални споразуми о заштити средине теже заштити средине. Како Извештај Међународне правне комисије (МПК) о фрагментацији уверљиво показује, велики број случајева не може лако да се подведе под неки од ових режима.³ У расправи пред Апелационим телом лако може да се постави питање људских права или заштите средине. Слично томе, имовинска расправа пред Европским судом за људска права⁴ може да изискује питања из инвестиционог права и обрнуто, у инвестиционим расправама могу се поставити питања у вези са људским правима и заштитом средине.⁵ Много тога зависи од изабраног форума и права према којем се утврђује надлежност. И

¹ У вези са емпиријским проучавањима ефикасности уговора о људским правима, вид. О. А. Hathaway, „Do Human Rights Treaties Make a Difference?“, *Yale Law Journal* 8/2002, 1935. и Е. Neumayer, „Do International Human Rights Treaties Improve Respect for Human Rights?“, *Journal of Conflict Resolution* 6/2005, 925. Ефикасност није исто што и усклађеност: њоме се мери узрочност и поставља питање да ли „право има удела“ у промени понашања држава. Демократија, а не ратификација уговора о људским правима, представља најважнију експланаторну варијабилу за добар досије једне земље, када је реч о људским правима.

² L. E. Peterson, K. R. Gray, *International Human Rights in Bilateral Investment Treaties and in Investment Treaty Arbitration*, International Institute for Sustainable Development, април 2003, доступно на адреси http://www.iisd.org/pdf/2003/investment_int_human_rights_bits.pdf (2003).

³ International Law Commission, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising From the Diversification and Expansion of International Law. Report of the Study Group of the International Law Commission*, финалну верзију припремио Марти Коскенијемми А/CN.4/L.682, 13. април 2006 (2006), para. 21 и даље.

⁴ U. Kriebaum, *Eigentumsschutz im Völkerrecht*, Berlin 2008.

⁵ Детаљније у А. van Aaken, „Fragmentation of International Law: The Case of International Investment Law“, *Finnish Yearbook of International Law* 17/2008a.

улагања и трговина представљају питања-области међународног права, која укључују регулаторна питања која би – да нису транснационална – захтевала доношење административних или уставних одлука о људским правима. У националном праву, супротстављене вредности, то јест, унутар-уставни сукоби, решавају се путем вагања ових вредности (које је обично саставни део примене принципа пропорционалности). С методолошке тачке гледишта, сличан механизам у међународном јавном праву није довољно развијен.

Фрагментација међународног јавног права представља један од главних разлога због којих се разматра конституционализација међународног јавног права. Интерпретативно нивелисање фрагментираних међународног права можда не представља најбоље решење, оно није панацеја. Било би боље када би постојали међународни нормотворци који размишљају о питањима фрагментације и однос између уговора објашњавају у процесу кодификације и/или путем експлицитније хијерархизације. Пошто се ово ретко дешава, мој предлог је да се у циљу ублажавања тензије између права људских права и других питања-области међународног права, употреби метод уставне интерпретације, а нарочито онај приступ који подразумева вагање. При том бих се позвала на Бечку конвенцију о уговорном праву (БКУП),⁶ посебно чл. 31 (3) (ц) БКУП-а, као и на ону теорију вагања која је развијена у немачкој правној теорији. У Извештају МПК-а о фрагментацији, између осталог, каже се:

Супротно ономе што се понекад предлаже, решавање сукоба и тумачење не могу се раздвојити једно од другог. Да ли постоји сукоб и шта може да се учини са *prima facie* сукобима зависи од начина на који се тумаче релевантна правила. Ово вреди више пута поновити.⁷

Тако се дефрагментација међународног права може постићи помоћу средстава уставног тумачења. О потенцијалу и ограничењу оваквог приступа даље се расправља.

У даљем раду се затим разматрају следећа питања: најпре, феномен фрагментације, који укључује и захтеве за конституционализацију, укратко је описан у међународном праву како би се оправдала примена уставног тумачења (II), затим се разматрају методе тумачења, са посебним освртом на чл. 31 (3) (ц) БКУП-а (III). Његово коришћење ће бити истакнуто у вези са уставноправном теоријом вагања (IV). Неке могуће примене имају за циљ да илуструју потенцијал ове методе тумачења (V). У последњем делу износи се закључак (VI).

⁶ Vienna Convention on the Law of Treaties, Vienna, 23 мај 1969. године, на снази од 27. јануара 1980. године, 1155 *United Nations Treaty Series* 331; *International Legal Materials* 8/1969, 679.

⁷ International Law Commission, para. 412.

2. ФРАГМЕНТАЦИЈА И КОНСТИТУЦИОНАЛИЗАЦИЈА

Иако има оних који фрагментацију међународног јавног права не сматрају проблематичном, постоји широки консензус о томе да сваки правни поредак, па и онај међународни, тежи јединству и кохерентности. Међународна правна комисија сматрала је да је институционална, као и супстантивна фрагментација међународног јавног права довољно велика претња за међународни правни поредак да завређује посебан извештај. Централна места у расправи заузимају питања као што су СТО и однос између споразума СТО-а⁸ и других области међународног права, као што су мултилатерални споразуми о заштити животне средине или међународно право људских права.⁹ Мање пажње посвећено је питањима означеним као „улагања и [...]“¹⁰, иако она постају све значајнија. Иако се често сматра да се међународно право људских права налази на врху захтева за конституционализацију¹¹, улога људских права у областима на међународном нивоу која се не тичу људских права, није тако развијена, нарочито са становишта правне методологије. Стога ћу се у овом раду усредсредити на ове потенцијалне сукобе.

Правни сукоби се могу дефинисати у ужем смислу, чиме се сужава обим питања које треба разматрати, а могу се дефинисати и у ширем смислу.¹² У Извештају МПК-а о „фрагментацији међународног

⁸ Споразум из Маракеша којим се оснива Светска трговинска организација, у Маракешу, 15. априла 1994. године, ступио на снагу 1. јануара 1995. године, 1867 *United Nations Treaty Series* 154.

⁹ Вид. нпр., J. Pauwelyn, *Conflict of Norms in Public International Law. How WTO Law Relates to Other Rules of International Law*, New York 2003, R. Wolfrum, N. Matz, *Conflicts in International Environmental Law*, Berlin 2003, P. Alston, „Resisting the Merger and Acquisition of Human Rights by Trade Law: A Reply to Petersmann“, *European Journal of International Law* 4/2002; R. Howse, „Human Rights in the WTO: Whose Rights, What Humanity? Comment on Petersmann“, *European Journal of International Law* 4/2002; E.-U. Petersmann, „Time for a United Nations ‘Global Compact’ for Integrating Human Rights Into the Law of Worldwide Organizations: Lessons From European Integration“, *European Journal of International Law* 3/2002, G. Marceau, „WTO Dispute Settlement and Human Rights“, *European Journal of International Law* 4/2002.

¹⁰ Вид. A. van Aaken (2008a); M. Hirsch, „Interactions Between Investment and Non-Investment Obligations in International Investment Law“, *Oxford Handbook of International Investment Law* (eds. C. Schreuer, P. Muchlinski, F. Ortino) Oxford 2008, 154.

¹¹ S. Gardbaum, „Human Rights and International Constitutionalism“, *Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Government* (eds. J. L. Dunoff, J. Trachtman), (у штампани).

¹² Вид. један од првих значајнијих радова на ту тему – B. Simma, „Self-Contained Regimes“, *Netherlands Yearbook of International Law* 16/1985. Вид. такође C. W. Jenks, „The Conflict of Law Making Treaties“, *British Yearbook of International Law* 30/1953, 418; N. Matz, *Wege zur Koordinierung völkerrechtlicher Verträge. Völker-*

права“¹³, усвојен је шири појам сукоба јер он дозвољава обухватнију анализу међусобног односа уговора. Сукоб постоји не само када „страна потписница два уговора (може да) поштује једно правило само ако тиме не поштује друго правило“ (некомпатибилност), већ и када уговор „спречава остварење циљева другог уговора а да при том не постоји никаква стриктна некомпатибилност између њихових одредби“.¹⁴ У овом раду држаћу се овог ширег појма.

Расправе о хијерархији, о фрагментацији, о деконсензуализацији у међународном праву, о новим структурама, као што су административне мреже, углавном су уско повезане са расправом о међународном конституционализму. У овом раду не може много речи бити о овој, све широј расправи, али ћу је, када то буде неопходно, индиректно споменути и усредсредити се на конституционализам као средство за решавање проблема фрагментације. Значења која се приписују појму конституционализма у великој мери се разликују, између осталог, због различитих идеја које се иза њега крију, али постоје неке основне црте које можемо издвојити, иако, да употребимо речи Џозефа Вајлера:

Конституционализам представља такође (неки би рекли и само) призму кроз коју се може посматрати један предео на одређен начин, научни артефакт уз помоћ којег се могу поставити знакови и оријентирани на том пределу (тачније, утврдити шта су знакови или оријентирани), интелектуалну творевину помоћу које се може дати значење ономе што се посматра, па чак то и створити.¹⁵

Конституционализам треба разликовати од устава и конституционализације.¹⁶ *Устав* се традиционално везује за државе нације, а то је још израженије код немачких аутора, код којих се то огледа чак и у избору терминологије (*Verfassungsstaat*, *Rechtsstaat*, *Staatsvolk*), што немачким ауторима отежава да устав појме без државе и њеног демоса.¹⁷ У овом раду ослањаћемо се на функционални приступ, и

vertragsrechtliche und institutionelle Ansätze, Berlin 2005, 8–18 и R. Wolfrum, N. Matz, 6–13.

¹³ International Law Commission.

¹⁴ *Ibid.*, para. 24. Вид. такође C.W. Jenks, 426.

¹⁵ J. H. N. Weiler, „The Reformation of European Constitutionalism“, *Journal of Common Market Studies* 1/1997, 99. Слично томе, A. Peters, „Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures“, *Leiden Journal of International Law* 3/2006, 605, који исправно закључује да херменеутичка премиса доводи до тога да је реконструкција (правних) текстова не само неопходна, већ и незамислива без тумачења.

¹⁶ Веома добар преглед дефиниција дат је у A. Peters (2006), 581 и даље.

¹⁷ У вези са критиком, вид. B. O. Bryde, „Konstitutionalisierung des Völkerrechts und Internationalisierung des Verfassungsrechts“, *Der Staat* 1/2003, 61 и даље, и

стога се неће користити ово историјско поимање устава са његовом ограничавајућом терминологијом (на немачком језику).¹⁸ У складу са мишљењем осталих аутора, устав ћемо схватити у нормативном смислу као збир основних и материјално најважнијих правних норми које свеобухватно регулишу друштвени и политички живот политичке заједнице и обично се због посебних ограничења не могу лако мењати.¹⁹ Норме не морају да буду садржане само у једном документу.²⁰ Оне обухватају најосновније вредности једне политичке заједнице, као и њену институционалну и процедуралну организацију и могу се, у терминима децизионистичке теорије, преформулисати у принципе које треба максимално искористити (види IV део).

Конституционализација означава процес путем којег настаје уставно право, то јест, појаву уставног права. Постоји широки консензус о томе да је међународно право доживело свој нагли развој након Другог светског рата и да оно све више ограничава суверенитет држава, њихов *domaine réservé* (друго, нормативно питање јесте како неко оцењује овај процес). Док већина аутора прави разлику између некадашњег права коегзистенције, права сарадње које се у међувремену појавило, и данашњег процеса конституционализације,²¹ Томушат говори о четири фазе развоја – прва је међународно право као право коегзистенције, друга је међународно право као право сарадње, трећа фаза је међународно право као свеобухватни план друштвеног живота и четврта фаза јесте међународно право међународне заједнице.²² Овај процес је настао као последица детерито-

V. O. Bryde, „International Democratic Constitutionalism“, *Towards World Constitutionalism* (eds. R. St. J. MacDonald, D. M. Johnston) Leiden 2005. Наравно, суштински разлози крију се иза овог „јаког“ појма устава, за који се каже да му је потребан демос (Staatsvolk): вид. D. Grimm, „The Constitution in the Process of Denationalization“, *Constellations* 12/2005 и J. Isensee, „Staat und Verfassung“, *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland* (Hrsg. J. Isensee, P. Kirchhof) Heidelberg 1987, § 13.

¹⁸ Више детаља дато је у А. van Aaken, *A Functional Approach to International Constitutionalism: Methodological Suggestions* (у штампи, 2009).

¹⁹ Слично томе, А. Peters (2006), 581, који не узима у обзир променљивост.

²⁰ Као што, рецимо, показују британски устав и израелски устав који функционишу без формалног, интегрисаног устава. Израелски Врховни суд је 1995. године донео одлуку да 11 периодично донетих Основних закона треба да функционишу као национални устав и да Суд треба да врши судску контролу уставности по узору на амерички модел. Вид. М. Edelman, „The New Israeli Constitution“, *Middle Eastern Studies* 2/2000 и D. Domer, „Does Israel Have a Constitution?“, *St. Louis University Law Journal* 4/1999.

²¹ Вид. А. Peters (2006), 580 и *Towards World Constitutionalism: Issues in the Legal Ordering of the World Community* (eds. R. MacDonald, D. M. Johnstons.) Leiden 2005.

²² C. Tomuschat, „International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century, General Course on Public International Law“, *Recueil des cours* /

ријализације економских, еколошких и друштвених проблема које треба решити и стога је допринео још израженијој неспособности саме државе нације да настави да обавља своје традиционалне функције, као што су регулисање друштвеног поретка и заштита њених грађана. Повећана глобална међузависност и појава транснационалних актера који граде транснационалне мреже изискују чвршће међународне норме – не само због даљег, реалног, светског развоја којем је потребна међународна регулација, већ и у циљу надокнаде необављања традиционалних функција државе²³ и њене касније дисагрегације услед стварања норми од стране међународне организације, транснационалне сарадње извршних органа у мрежама, као на пример, у европској комитологији или у базелској Комисији за банкарски надзор,²⁴ као и услед истакнутијег приватног постављања стандарда.²⁵ Остали правни феномени који се наводе као доказ међународног конституционализма укључују све већи број норми које се доносе без претходног консензуса на међународном плану,²⁶ хијерахизацију међународног права путем *ius cogens*-а и чл. 103 Повеље Уједињених нација, као и појаву појединаца у улози субјеката међународног права. Поједини аутори, ипак, сувише идеалистички гледају на могућност надокнаде губитка уставних функција на националном нивоу:

за сада је неминовно да ће и даље бити немогуће остварити мноштво уставних функција, које је до сада обављала држава нација. Оне су нестале на нивоу државе нације и у овом тренутку, не могу се обављати на неком другом месту.²⁷

Покушаћу да покажем да интерпретативне методе могу да, у најмању руку, умање овај проблем.

Конституционализам се дефинише на различите начине који се у великој мери преклапају. Можемо издвојити два средишња

Académie de Droit International de La Haye 281/1999, 56–88. У вези с анализом општег курса Томушата, вид. А. von Bogdandy, „Constitutionalism in International Law“, *Harvard International Law Journal* 1/2006.

²³ А. Peters (2006), који говори о компензаторном конституционализму. Вид. такође С. Walter, „Constitutionalizing (inter)national Governance“, *German Yearbook of International Law* 44/2001, 173, 188.

²⁴ В. N. Krisch, В. Kingsbury, „Introduction: Global Governance and Global Administrative Law in the International Legal Order“, *European Journal of International Law* 1/2006; у вези са, на пример, транснационалном сарадњом у постављању стандарда у сектору тржишних финансија, А. van Aaken, „Democracy in Times of Transnational Administrative Law: The Case of Financial Markets“, *Perspectives and Limits of Democracy* (eds. Н. Eberhard et al.) Baden-Baden 2008b, 41.

²⁵ Вид. А. М. Slaughter, *A New World Order*, Princeton 2004.

²⁶ Опис је дат и у L. R. Helfer, „Participation, Compliance, and Nonconsensual International Lawmaking“, *Illinois Law Review* 1/2008, 71.

²⁷ С. Walter, 188.

мишљења,²⁸ од којих оба износе аргументе у прилог конституционализму. Док се поједини аутори усредсређују на питање да ли постоје међународне уставне димензије као правно обавезујући оквир за међународне организације,²⁹ државе, односно међународну заједницу,³⁰ други се фокусирају на дефинисање поднивоа конституционализма, то јест, на заједницу којој је устав намењен. Они се фокусирају, рецимо, на питање да ли је могуће замислити развој међународне заједнице без неопходног елемента државе.³¹ Они замишљају – нормативно – светски поредак укорене у конституционализму и „теже глобалној правној заједници која уоквирује и усмерава политичку моћ у светлу заједничких вредности и заједничког добра.“³² Према речима Брајда: „конституционалистички концепт међународног права настоји да веже ове актере [државе и међународне организације] [...] за супстантивне уставне принципе, нарочито владину права и људска права.“³³

Аутори се углавном усредсређују на супстантивна питања области која ограничавају национални суверенитет на још увек непознат начин. Она се пре свега односе на основне вредности које чине заједничко језгро вредности међународне заједнице (држава), са одређеним функцијама. Фокусирање на уставне функције омогућава премештање појма конституционализма на европске заједнице, као и на међународну сферу. Стога ћемо међународно уставно право у овом раду дефинисати на начин као што то чини и Петерс, као „скуп најважнијих норми којима се регулишу политич-

²⁸ С. Walter, 171.

²⁹ Често се оснивачки уговори међународних организација сматрају делимичним уставима, на пример Споразум СТО-а, СЗО, Уједињене нације. Ови функционални уставни стога оличавају „правни оквир унутар кога аутономна заједница функционалног (секторског) карактера остварује свој функционални циљ, на пример, либерализацију трговине, заштиту људских права или одржавање међународног мира и безбедности“. Вид., Е. de Wet, „The International Constitutional Order“, *International and Comparative Law Quarterly* 1/2006, 53 и С. Walter, 193 и даље.

³⁰ Нпр. Р. М. Dupuy, „The Constitutional Dimension of the Charter of the United Nations Revisited“, *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 1/1997 и В. Fassbender, „The United Nations Charter as Constitution of the International Community“, *Columbia Journal of Transnational Law* 3/1998.

³¹ Вид. између осталог, В. Simma, А. L. Paulus, „The ‘International Community’: Facing the Challenge of Globalization“, *European Journal of International Law* 2/1998; А. L. Paulus, *Die internationale Gemeinschaft im Völkerrecht*, München 2001 и С. Tomuschat, 161 и даље. Вид. такође С. Walter, 172, где се наводи чл. 42 lit. b и 48 Sec. 1 lit. b ILC Нацрт закона о одговорности држава (UN Doc. A/CN.4/L.602/Rev.1.(2001)), који се односи само на „међународну заједницу“, али не и на „међународну Заједницу држава“, као у чл. 53 БКУП-а.

³² А. Von Bogdandy, 223.

³³ В. О. Bryde (2005), 103.

ка активност и однос у глобалној политичкој заједници (састављеној од држава и других субјеката међународног права)³⁴. Не постоји потпуни консензус о томе шта су уставне функције у међународном јавном праву, али се неке заједничке тачке ипак могу издвојити. Апстрактније речено, од устава се очекује да ограничи, усмери и легитимише политику.³⁵ Постоје различите дефиниције функција – појам који је више минималистички довољан је само за организацију и институционализацију политичке заједнице, а појам који је одређенији односи се на

правила и принципе *који испуњавају типичне уставне функције* [...] [које] конституишу политички ентитет као правни ентитет, да га организују, да ограниче политичку власт, дају политичке и моралне одреднице, оправдају политичку власт и коначно, допринесу интеграцији.³⁶

Петерс такође даје једну, више нормативну, на вредностима базирану дефиницију. Овде су додате супстантивне функције, као што су људска права, подела власти, као нужни елементи, као и друге функције, попут демократије или минималних гаранција социјалне сигурности.³⁷ Говорећи посебно о међународној сфери, Томушат сматра да се ова јака уставна функција у погледу међународног права огледа у

очувању међународног мира, безбедности и правде у односима између држава, као и људских права и владавине права унутар држава у корист људи, који су, у суштини, крајњи корисници међународног права.³⁸

Тако су класичне функције државе нације, као што су заштите индивидуалне слободе и сигурности пренете на међународни ниво. Европски суд за људска права чак је изјавио да је Европска конвенција о заштити људских права и основних слобода³⁹ „устав-

³⁴ A. Peters (2006), 582, који не узима у обзир променљивост, као што то не чини ни де Вет (E. de Wet, 53): „У овом чланку проширује се употреба термина устав [...] како би се описао систем у којем различити национални регионални и функционални (секторски) уставни режими формирају стубове међународне заједнице (‘међународне политичке заједнице’) у чијој основи се налази систем суштинских вредности заједничких за све заједнице и укорених у мноштву правних структура за његову примену.“

³⁵ A. Von Bogdandy и A. Peters (2006), 585.

³⁶ A. Peters (2006), 585 и детаљније, A. Peters, *Elemente einer Theorie der Verfassung Europas*, Berlin 2001.

³⁷ A. Peters (2006), 585.

³⁸ C. Tomuschat, 23.

³⁹ European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Рим, усвојена 4. новембра 1950. године, ступила на снагу 3. септембра 1953. године, 213 *United Nations Treaty Series* 222.

ни инструмент европског јавног реда“,⁴⁰ који има обавезујући карактер.⁴¹

Не постоји, међутим, консензус по питању тога да ли конституционализам треба посматрати као појаву која се може применити на целокупну међународну заједницу или се он дешава само у секторским режимима, као што је, на пример, право Светске трговинске организације.⁴² Сасвим је могуће да међународне организације, као што је СТО, имају сопствени секторски устав (као што је Споразум из Маракеша). Међутим, ако тежимо међународном конституционализму, јединство међународног јавног права је *desideratum*. Конституционализам међународне заједнице мора да се усредсреди на супстантивне вредности или заједничко добро, који можда не могу да се пронађу у само једном секторском режиму, већ приликом разматрања различитих принципа који се налазе у различитим режимима и њиховом усклађивању. У немачким терминима везаним за националне уставе, ово би се звало *praktische Konkordanz*: усклађивање различитих уставних принципа на веома увиђаван начин. Стога, ако размишљамо у терминима уставних функција, за нас у овом моменту није важно да ли постоје само секторски уставни или један свеобухватан устав – „глобални конституционализам не изискује глобално уставно право“.⁴³

Који су то онда „уставни принципи“ које треба размотрити на међународном плану? За међународни конституционализам треба пронаћи „емпиријски“ случај, који мора да буде уочен у различитим секторским догађајима и издвојен уз помоћ индуктивног доктринарног рада, при чему ће правни феномени представљати „емпиријски“ материјал. Питања-области из литературе на која се треба ослонити углавном се односе на међународна људска права, која претендују да заузму место националног уставног права, међународног хуманитар-

⁴⁰ ECtHR, Case 15318/89, *Loizidou v. Turkey* (прелиминарни приговори), пара. 75.

⁴¹ ECtHR, Case 45036/98, *Bosphorus Hava Yollari Turzim ve Ticaret Anonim Sirketi v. Ireland*, пара. 154.

⁴² C. Walter, 195: „Конституционализација се дешава само унутар различитих секторских режима, али не успева да дотакне међународну заједницу као целину. Имајући у виду ограничен број области у којима Савет безбедности може да донесе правно обавезујуће одлуке, ова изјава односи се и на Уједињене нације“. Другачији став изнет је у, E. U. Petersmann, „Constitutionalism, International Law and ‘We the Peoples of the United Nations’“, *Tradition und Weltoffenheit des Rechts. Festschrift für Helmut Steinberger* (ed. H. J. Cremer) Berlin – Heidelberg 2002, 291. У вези са конституционализацијом СТО-а, вид. нарочито E. U. Petersmann, „Human Rights, Constitutionalism and the World Trade Organization“, *Leiden Journal of International Law* 3/2006.

⁴³ S. Gardbaum, 30.

ног права, самоопредељења, међународног кривичног права, све екстензивније легислативне праксе Савета безбедности Уједињених нација када делује у оквиру Главе VIII Повеље Уједињених нација, појединих аспеката међународног еколошког права, а додала бих и међународног привредног права, као и међународног инвестиционог права (као принципа индивидуалних својинских права и слобода професије/занимања и слободне трговине). У овом раду пажњу ћу усмерити ка супстантивним правним принципима, као што су људска права, с једне стране, и принципима трговине и улагања, с друге стране. Међутим, уставни принципи могу да се прошире, рецимо, и на заштиту животне средине.

Уврежено је мишљење да зарад постизања јединства и међународног правног поретка, уставно тумачење представља одговарајуће средство,⁴⁴ иако у одсуству хијерахије и категоричких норми, оно представља друго најбоље могуће решење. Ово није нека нова идеја,⁴⁵ али до сада је ово у литератури о међународном конституционализму навођено као *desideratum*; нису предузимане никакве темељне правне теоријске нити методолошке анализе, нарочито не када је реч о хоризонталним сукобима „унутар-уставних“ конфликта. Ваљало би у целости цитирати Брајда:

Методолошки гледано, за класично међународно право, референтну тачку представља приватно уговорно право. Снажна инспирација за тумачење јесте намера уговорних страна [...]. Са промењеном структуром међународног права, у којем интереси човечанства представљају врхунску вредност и у којем процес стварања права подлеже уставним принципима, и методологија такође, може и мора да буде конституционализована. Тумачење међународног права мора да буде усмерено ка остваривању уставних принципа. Ови уставни принципи имају много отворенију структуру и стога се много лакше могу прилагодити новим приликама и прихватању нормативних аргумената, а нарочито исходима дискурса о људским правима.⁴⁶

Тако се сукоби вредности и принципа различитих питања-области међународног јавног права могу решити путем вагања ових супротстављених принципа у циљу решавања унутар-уставних сукоба на међународном плану.

⁴⁴ Вид. О. Bryde (2005).

⁴⁵ *Ibid.*, 109; В. Fassbender, 595 и даље; Ј. Е. Alvarez, „Constitutional Interpretation in International Organizations“, *The Legitimacy of International Organizations* (eds. J. M. Coicaud, V. Heiskanen) Tokyo 2001, 104; G. Ress, „Interpretation“, *The Charter of the United Nations. A Commentary* (eds. В. Simma et al.) Oxford 2002, 13.

⁴⁶ В. О. Bryde (2005), 109.

3. ДЕФРАГМЕНТАЦИЈА ПУТЕМ ТУМАЧЕЊА

Конституционализоване правне системе карактеришу правила за решавање сукоба, од којих је најважније *lex superior* правило, које уставном праву даје предност над осталим правима. Осим ако се не тврди да би људска права требало *увек* да имају предност над другим међународним правом, што није баш одржива тврдња, још увек нам остаје претежно хоризонталан систем, са изузетком *ius cogens*-а (који садржи извесна људска права) и чл. 103 Повеље Уједињених нација.⁴⁷

Јасно је да у контексту међународног конституционализма постоји неколико функција људских права. Од њих се очекује да попуне празнине у националној заштити људских права, било суштински, било у погледу територијалних ограничења националног устава; од њих се очекује да поставе границе у опхођењу државе према свом становништву; она уводе додатну обавезу тако што дозвољавају да се контрола заштите људских права обавља „споља“, што представља „други сет правних ограничења“.⁴⁸ Све ове функције очигледно имају вертикалну импликацију: оне описују однос између међународног и националног правног поретка.⁴⁹ Постоји, међутим, још једна додатна функција међународног система људских права која се може назвати хоризонталном функцијом: она дају смернице међународним судовима како да тумаче право које се не бави људским правима. О овоме ћу касније говорити, пошто међународна људска права представљају један део међународног система вредности, али не и једини део у фрагментованом међународном систему. То значи да ће се анализирати хоризонтална функција људских права у међународном присуству, а не вертикална.

Полазне тачке за тумачење уговора јесу чл. 31 и чл. 32 БКУП-а.⁵⁰ Члан 31 наводи као опште правило тумачења (1) уобичајено

⁴⁷ Вид. детаљније у J. H. N. Weiler, A. L. Paulus, „The Structure of Change in International Law or Is There a Hierarchy of Norms in International Law?“, *European Journal of International Law* 4/1997. У вези с незнатном променом тумачења вид. чл. 103 Повеље Уједињених нација, Kadi/Barakaat Joined Cases C–402/05 P и C–415/05 од 3. септембра 2008, para. 303; „Ове одредбе, међутим, не могу да се тумаче тако као да овлашћују било које одступање од принципа слободе, демократије и поштовања људских права и основних слобода установљених чланом 6(1) ЕУ који представљају основу Уније. У para. 307 и даље каже се да ће Повеља Уједињених нација имати предност над законима секундарног права Заједнице, али се та предност на нивоу права Заједнице неће ипак проширити на примарно право, нарочито на опште принципе чији су саставни део основна права.

⁴⁸ S. Gardbaum, 29.

⁴⁹ Генерално о овом међусобном односу, *The Role of Domestic Courts in Treaty Enforcement* (eds. D. Sloss, D. Jinks) Cambridge 2009.

⁵⁰ Вид., између осталих, R. K. Gardiner, *Treaty Interpretation*, Oxford 2008; *Oppenheim's International Law* (eds. S. Jennings, A. Watts), Vol. I, Part 2 to 4 (Peace),

значење термина уговора, (2) контекст и (3) уговор мора да буде тумачен у светлу уговорног циља и сврхе. Широко је прихваћен став да циљ тумачења уговора јесте остваривање намера страна уговорница. Нема консензуса о томе да ли постоји хијерархија у аргументацији. Док су правници англосаксонског правног система склони да наглашавају уобичајено значење,⁵¹ правници континенталног правног система радије наглашавају циљ и сврху као телеолошки метод.⁵² Преиспитивање расправе о интерпретативним методама чл. 31 (1) БКУП-а излази ван оквира овог рада. Без обзира на то, циљ и сврха уговора могу да имају посебан значај за тумачење усмерено на дефрагментацију. Ако циљ и сврха⁵³ уговора садрже (такође) људска права, она се могу употребити у телеолошком тумачењу самог уговора, што води складнијем тумачењу. Ако, на пример, Билатерални инвестициони споразум (БИС) садржи у својој преамбули део у којем се спомињу људска права, при тумачењу норми тог споразума требало би узети у обзир људска права када се тумаче норме инвестиционог споразума, чак и ако заштита људских права није главна сврха овог уговора.⁵⁴ Ипак, већина уговора који се не баве људским правима не садржи такве одреднице. Друга могућност да се приликом тумачења уговора који се не баве људским правима узму у обзир уговори о људским правима јесте чл. 31 (3) (ц) БКУП-а. Он је тек недавно почео да се чешће експлицитно користи; тек сада је скренута пажња на његов значај, премда се његова операционализација недовољно обрађује у литератури.⁵⁵ Могућност коришћења чл. 31 (3)

1992/1905, 1266 и даље. Ова правила тумачења представљају прихваћено обичајно међународно право. У вези с допунским средствима тумачења, као што су *contra preferentem*, *in dubio mitius* или *expressio unius est exclusio alterius*, вид. *ibid.*, 1277 и даље.

⁵¹ Иако је у правној теорији добро позната чињеница да су управо ове друге интерпретативне методе потребне да би се установило уобичајено значење једног термина. Као што је раније истакнуто у *Oppenheim's International Law* (eds. S. Jennings, A. Watts), 1267: „Открити да ли је један уговор јасан или не, не представља полазну тачку, већ резултат процеса тумачења.“

⁵² У вези са различитим школама мишљења о уговорном тумачењу, вид. G. Fitzmaurice, „Law and Procedure of the International Court of Justice 1951–4: Treaty Interpretation and Other Treaty Points“, *British Yearbook of International Law* 33/1957; T. Wälde, „Interpreting Investment Treaties. Considerations and Examples Highlighting Confusion Arising and Clarity Desired“, *Festschrift Christoph Schreuer* (у припреми).

⁵³ Нарочито код уговора уставног карактера, као што су Уговор о европским заједницама, циљ и сврха добијају већи значај. Генерално гледано, сврха уговора може се пронаћи у његовој преамбули и анексима. Вид. G. Fitzmaurice, 227–229 у делу који говори о судским одлукама.

⁵⁴ Вид. нпр., нацрт норвешког модела БИС-а (који је у међувремену одбачен), у чијој се преамбули наводи: „Још једном потврђујући своју приврженост демократији, владавини права, људским правима и основним слободама у складу са својим обавезама према међународном праву, укључујући принципе изнете у Повељи Уједињених нација и Универзалној декларацији о људским правима[...].“

⁵⁵ International Law Commission, para. 433.

(ц) БКУП-а разматра се у случају СТО-а, али не и за инвестиционо право, иако се трибунали установљени Конвенцијом о решавању инвестиционих спорова између држава и држављања других држава⁵⁶ у великој мери ослањају на примену БКУП-а,⁵⁷ нарочито на чл. 31 (1) БКУП-а. Они се, међутим, не позивају изричито на чл. 31 (1) (ц) БКУП-а када тумаче клаузуле Билатералних инвестиционих споразума, чак и када користе друго посебно међународно јавно право за тумачење. Међутим, одговарајуће средство за интеграцију права људских права, то јест, права које се не бави улагањем или права које се не бави трговином, у инвестиционе спорове или трговинске спорове јесте применљивост чл. 31 (3) (ц) БКУП-а, према којем тумачење треба да узме у обзир „сва релевантна правила међународног права која се могу применити у односима између страна уговорница“.⁵⁸

Аналитичари описују чл. 31 (3) (ц) као „општи принцип тумачења уговора, то јест, принцип системске интеграције унутар међународног правног система“, који има „статус уставне норме унутар међународног правног система. Обављајући ову улогу, он остварује функцију аналогну оној коју има главни кључ у једној великој згради.“⁵⁹ Ниједна норма међународног права не може да се сагледа изоловано, она мора да се тумачи у односу на друго међународно право, без обзира на то да ли се ради о општем међународном праву, обичајном међународном праву, или чак другим уговорним нормама које нису у складу са њом.

Гардинер на следећи начин посматра различите функције чл. 31 (3) (ц) БКУП-а:

- (а) решавање временских питања (укључујући примену интертемпоралног права);
- (б) добијање заокружене правне слике, или попуњавање празнина у уговору позивањем на опште међународно право;
- (ц) проналажење смерница у одредбама

⁵⁶ Конвенција о решавању инвестиционих спорова између држава и држављана других држава (ICSID Convention), Washington D.C., 18. март 1965. године, ступила на снагу 14. октобра 1966. године, 575 *United Nations Treaty Series* 159. Већина инвестиционих расправа води се према правилима ове конвенције.

⁵⁷ Вид. С. Schreuer, „Diversity and Harmonization of Treaty Interpretation in Investment Arbitration, *Transnational Dispute Management* 3/2006 (online часопис) у вези с применом БКУП-а од стране инвестиционих судова и М. Hirsch. У вези са NAFTA, вид. *Pope & Talbot, Inc. v. Canada* (26 June 2000), Interim Award –Unreported (UNCITRAL), paras. 65–66 и *Mondev Int'l, Ltd. v. United States*, NAFTA, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2, Second Submission of Canada, para. 5.

⁵⁸ То је уобичајено становиште, вид. J. Pauwelyn, „The Role of Public International Law in the WTO: How Far Can We Go?“, *American Journal of International Law* 3/2001, 554–566; G. Marceau.

⁵⁹ С. MacLachlan, „The Principle of Systematic Integration and Article 31(3)(c) of the Vienna Convention“, *International & Comparative Law Quarterly* 2/2005, 280 и даље, као и International Law Commission, para. 413 и даље.

паралелног уговора; (д) решавање супротстављених обавеза проистеклих из различитих уговора; (е) узимање у обзир развој међународног права.⁶⁰

Ове последње две су од посебног значаја за овај рад, као што ће касније бити показано.

Постоји неколико питања која се разматрају у вези са тумачењем чл. 31 (3) (ц) БКУП-а: прво, који извори међународног права могу да се користе – обичајне норме, општи принципи и/или уговорно право. Као последица *travaux préparatoire* БКУП-а,⁶¹ овде се полако назире постизање консензуса о томе да би требало да се укључе сви извори међународног права, па и уговори.⁶² Право људских права, које је стекло статус обичајног међународног права стога такође може да се разматра при примени уговора који се не баве људским правима према чл. 31 (3) (ц) БКУП-а.

Друго, када је реч о уговорима, остаје отворено питање да ли, у случајевима мултилатералних уговора, све стране уговорнице морају такође да буду потписнице других уговора који су на њима засновани (услов идентичног чланства) или чл. 31 (3) (ц) већ омогућава примену међународног јавног права које је релевантно само за стране у дотичном спору – чиме се у великој мери повећава његов значај.⁶³ У литератури се обично заузима овај последње поменут, шири став. Један, по мом мишљењу, убедљив аргумент *ad absurdum* против аргумента идентичног чланства дала је Габријел Марсо. Када је реч о примени неког мултилатералног уговора, што је већи број чланица тог уговора, то су мање шансе да ће се у обзир узети неко друго уговорно право. Ако су, на пример, 153 чланице СТО-а приступиле уговорима о људским правима, чиме је омогућено да се уговор о људским правима узме у обзир, онда би следећа чланица која приступа СТО-у, а која није потписница уговора о људским правима, према овој претпоставци, онемогућила касније позивање на овај уговор о људским правима. Другим речима, што је мултилатерални уговор успешнији, то ће више бити потребно да се он тумачи изоловано.⁶⁴ Без обзира на то, у случају *Biotech*, панел СТО-а заузео је овај ужи став. Европска заједница тврдила је да се њена забрана на увоз генетски модификованих организама може оправдати, *inter alia*, правилима која се не односе на СТО. Посебно је истакнуто да се у обзир мора узети Конвенција о биолошкој разноврсности из 1992. године и с њом повезан Протокол о

⁶⁰ R. K. Gardiner, 260.

⁶¹ *Ibid.*, 256 и даље; International Law Commission, para. 429 и даље.

⁶² G. Marceau, 780; R. K. Gardiner, 261 и даље; International Law Commission.

⁶³ У вези с расправама, вид. G. Marceau, 781 и даље и С. MacLachlan, 314 и даље и R. K. Gardiner, 269–275.

⁶⁴ G. Marceau, 781.

биолошкој безбедности из 2000. године. Панел је сматрао да све потписнице уговора који треба да се тумачи морају да постану потписнице тог другог уговора:

примећујемо да се члан 31 (3) (ц) не односи на „једну или више страна“. Нити се он односи на „стране у спору“. Даље примећујемо да члан 2.1 (г) Бечке конвенције дефинише значење термина „страна“ за потребе Бечке конвенције. Стога, „страна“ означава „државу која је сагласна да се обавезе овим уговором и за коју је овај уговор ступио на снагу.“ Из овога би се могао извући закључак да су правила међународног права која се примењују у односима између „страна“ она правила међународног права која се примењују у односима између држава које су пристале да се обавезу уговором који се тумачи, и за које је уговор на снази. Ово схватање термина „стране“ логично води до става да су правила међународног права која ће се узети у обзир приликом тумачења СТО споразума, а о којима је реч у овом спору, она правила која се примењују у односима између чланица СТО-а.⁶⁵

Пошто САД није приступница Протокола о биолошкој безбедности, ово се није могло применити. Панел је такође сматрао да принцип предострожности није стекао статус обичајног права, нити је постао општи принцип међународног јавног права и да стога није могао да се примени.⁶⁶

Треће, постоји проблем да релевантна правила која ће се узети у обзир могу да функционишу на различитим нивоима општости; стога она могу да буду правила или принципи у правно-теоријском смислу. Ово није иста она разлика која се повлачи у чл. 38 Статута Међународног суда правде (МСП), у којој се као извор наводе „општи принципи права које признају цивилизовани народи“, већ је теоријски карактер принципа сличан принципима који се схватају у правнотеоријском смислу. Правила су неоспорно важна. Али, да ли су принципи важни? По мишљену *Biotech* панела, одговор је потврдан. Такође у случају *Iron Rhine*⁶⁷, Трибунал је изнео мишљење да

постоји значајно неслагање по питању тога шта, унутар области еколошког права, представља „правила“ или „принципе“; шта је то „меко право“; и које су врсте еколошког уговорног права или принципа допринеле развоју међународног обичајног права. Не улазећи даље у ова неслагања, Трибунал закључује да се у свим овим категоријама „животна средина“ у ши-

⁶⁵ European Communities—Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products, Reports of the Panel, 29. септембар 2006, WT/DS291–3/R, 333, para. 7.68.

⁶⁶ *Ibid.*, para. 7.89.

⁶⁷ Arbitration Regarding the Iron Rhine (‘IJzeren Rijn’) Railway (Belgium/Netherlands), одлука од 24. маја 2005.

рем смислу односи на све што има везе са ваздухом, водом, земљиштем, флором и фауном, природним екосистемима и местима, људским здрављем и безбедношћу и климом. Принципи који се јављају, без обзира на њихов тренутни статус, упућују на очување, одржавање, појмове превенције или одрживог развоја и заштите за будућа покољења [...]⁶⁸

Ови општи принципи такође би се уклопили у дефиницију принципа коју даје правна теорија: они се могу испунити у већој или мањој мери и морају бити максимално искоришћени.

Европски суд за људска права наводи такође принципе који су важни према чл. 31 (3) (ц) БКУП-а:

Члан 31, пара. 3 (ц) Бечке конвенције указује на то да се у обзир морају узети, заједно са контекстом, „сва релевантна правила међународног права која се примењују у односима између страна“. Међу овим правилима налазе се општи принципи права, а нарочито „општи принципи права које признају цивилизовани народи“ (члан 38 пара. 1 (ц) Статута Међународног суда правде) [...]. Принцип према којем мора да се омогући да грађански захтев буде поднет судији рангира се као један од универзално „признатих“ основних принципа права; исто важи и за принцип међународног права којим се забрањује порицање правде. Члан 6, пара. 1 мора да се тумачи у светлу ових принципа.⁶⁹

Четврто, постоје различити начини да се друго посебно право укључи у дати режим, од којих сваки даје различиту интерпретативну слободу међународним судовима и трибуналима. О њима се стога може расправљати само ако се разматра уговорна норма коју треба применити. У праву СТО-а, општи изузеци у члану XX Општег споразума о трговини и царинама (GATT)⁷⁰ или члану XIV и члану XIVбис Општег споразума о трговини услугама (GATS) представљају значајне уводне одредбе. Осим тога, може да се деси да у једном уговору постоји нека изричита одредба која позива на примену других уговора, као на пример у чл. 104 Северно-америчког споразума о слободној трговини (NAFTA) и у разјашњујућем прецеденту.⁷¹

⁶⁸ *Ibid.*, para. 58.

⁶⁹ *Golder v. the United Kingdom*, Series A, vol. 18 (одлука од 21. фебруара 1975), para. 35.

⁷⁰ Као што је нпр. Апелационо тело поступило у случају *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products* (6. новембар 1998) WT/DS58/AB/R, DSR 1998:VII, 2794–2797, paras. 127–131 при примени чл. XX GATT-а.

⁷¹ Чл. 104: „Однос према споразумима о заштити и очувању животне средине: 1. У случају било какве неусклађености између овог Споразума и специфичних трговинских обавеза утврђених у: а) Конвенцији о међународној трговини угроженим врстама [...]; б) Монреалском протоколу о материјама које црпе озонски омочак [...]; ц) Базелској конвенцији о контроли међуграничног протока опасног отпада

Надаље, уговорно правило може да буде нејасно и друго међународно јавно право може да се искористи како би се појаснило значење уз помоћ интерпретативних техника чл. 31 (1) БКУП-а. У овом последње поменутом случају, не ради се вагању, већ о појашњавању садржаја уз помоћ техника дефинисања. Међутим, бирање између тумачења према чл. 31 (1) и тумачења према чл. 31 (3) (ц) БКУП-а може да буде тежак задатак. Иако треба повући концепцијску разлику између, с једне стране, *примене* других (општих или посебних) норми међународног права у споровима који се не тичу људских права директно, и с друге стране, интерпретације права које се не бави људским правима разматрањем права о људским правима, индиректно, путем чл. 31 (1) или чл. 31 (3) (ц) БКУП-а, може се десити, међутим, да постоји само танка линија између директне примене права о људским правима и његовог усвајања путем тумачења:

У пракси [...] постоји велика шанса да се обе ове ствари (примена и тумачење) утопе једна у другу – то је готово неизбежно, ако ни због чега, а онда зато што би било тешко да применимо нешто а да у исто време то и не тумачимо, и да тумачимо један појам без контекста у којем треба да га применимо.⁷²

Члан 31 (3) (ц) БКУП-а не говори о томе *како* потенцијално супротне норме треба да буду интегрисане систематично, он само наводи да оне треба да буду интегрисане. Ваљало би у потпуности цитирати МПК:

Ништа од овога унапред не одређује шта значи „супротставити“ једну норму другој, нити како се оне могу довести у „сагласност“. Ова питања треба оставити тумачу који треба да донесе одлуку у складу са ситуацијом. Ствар је само у томе – али то је најважнија ствар – да нормативно окружење не може бити игнорисано и да би приликом тумачења уговора, требало имати на уму принцип интеграције. Ово указује на потребу да се изврши тумачење тако да правила могу да се сагледају у светлу неког свеобухватног и кохерентног циља, да се на уштрб мање важних циљева да приоритет питањима која су важна. То је све што се захтева у чл. 31 (3) (ц); да се у процес правног резонавања – укључујући резонавање судова и трибунала – интегрише осећај кохерентности и смислености. Успех

и њиховог одстрањивања [...] те обавезе ће имати предност у границама неусклађености, под условом да у ситуацији када страна може да бира између једнако ефикасних и разумно доступних средстава за усклађивање са таквим обавезама, страна изабере алтернативу која је најмање неусклађена са другим одредбама овог споразума.“

⁷² J. Klabbers, „Reluctant Grundnormen: Articles 31 (3) (c) and 42 of the Vienna Convention on the Law of Treaties and the Fragmentation of International Law“, *Time, History and International Law* (eds. M. Craven, M. Fitzmaurice, M. Vogiatzi) Leiden – Boston 2007, 144.

или неуспех у том смислу мере се тиме како ће правни свет гледати на исход.⁷³

Каже се да чл. 31 (3) (ц) БКУП-а омогућава оно што немачки стручњаци уставног права називају „praktische Konkordanz“:⁷⁴ помирење различитих и супротстављених принципа уставног поретка у случајевима када чл. 31 (3) (ц) БКУП-а омогућава да се друга правила и принципи међународног јавног права узму у обзир.⁷⁵ Судови се тако могу бавити основним конфликтима између права људских права и осталих посебних области међународног јавног права помоћу интерпертативних техника, као што су вагање и принцип пропорционалности, тако што ће користити право људских права у тумачењу права које се не бави људским правима путем чл. 31 (3) (ц) БКУП-а. Члан 31 (3) (ц) БКУП-а не бави се питањем како друга правила међународној јавног права треба да буду инкорпорирана путем тумачења. Стога бих предложила да се користи функционалан приступ сличан националном уставном праву, заснован на рационалној теорији вагања коју је дао Роберт Алекси.⁷⁶

4. РАЦИОНАЛНА ТЕОРИЈА ВАГАЊА

Метод вагања се углавном користи у уставном праву и свој најистакнутији облик доживљава у принципу пропорционалности. Почевши од немачког права, овај метод распрострањен је у већини правних система света и дубоко укореењен у међународном праву.⁷⁷ Према мишљењу израелског Врховног суда, „[п]ропорционалност се данас признаје као општи принцип међународног права.“⁷⁸ Иако се

⁷³ International Law Commission, para. 419.

⁷⁴ K. Hesse, *Grundzüge der Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg 1995, para. 72: „Verfassungsrechtlich geschützte Rechtsgüter müssen in der Problemlösung einander so zugeordnet werden, daß jedes von ihnen Wirklichkeit gewinnt. [...] beiden Gütern müssen Grenzen gesetzt werden, damit beide zu optimaler Wirksamkeit gelangen können.“ Овај став прихватио је немачки Уставни суд, као и, рецимо, *Conseil constitutionnel* у Француској.

⁷⁵ Слично томе, R. K. Gardiner, 288 и даље.

⁷⁶ R. Alexy, „On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison“, *Ratio Juris* 16/2003; A. van Aaken (2009).

⁷⁷ У вези с детаљнијим описом распорстрањености, вид., A. Stone Sweet, J. Mathews, *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, доступно на адреси http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1010&context=alec_stone_sweet (2008).

⁷⁸ *Beit Sourik Village Council v. The Government of Israel*, HCJ 2056/04 (30. jun 2004. godine), para. 37. Ово је у великој мери потврђено, вид. R. Higgins, *Problems and Process. International Law and How We Use It*, Oxford 1994, 219; T. Meron, *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*, Oxford 1989, 65; J. Delbrück, „Pro-

може назвати различитим именима, он се у великој мери примењује у свим земљама са судском контролом уставности, као и у међународном праву (на пример, од стране Европског суда за људска права, као и у одлукама Апелационог тела у СТО-у.)⁷⁹

Правнотеоријску разраду принципа пропорционалности дао је Роберт Алекси. Његов рад се наводи као „један од најоштроумнијих, аналитички најрафиниранијих и најутицајних општих описа уставних права које постоје“⁸⁰ и као „најважнији и најутицајнији рад из уставне теорије написан у последњих педесет година“.⁸¹ Две главне претпоставке заузимају централно место у Алексијевој теорији: прво, да постоји разлика између правила и принципа и друго, да принципи представљају програме за постизање оптималних резултата, то јест, да се они морају остваривати у највећој могућој мери, узимајући при том у обзир фактичка и правна ограничења. Правила могу, али не морају, да се примењују, али принципи се у мањој или већој мери остварују и захтевају оптималне резултате у зависности од фактичких и правних могућности, чиме се добија више простора за питања друштвене науке.⁸²

Правна методологија конвенционално прави разлику између супсумпције, с једне стране, и одмеравања или вагања, с друге стране. Док се ово прво користи када је реч о правилима, ово последње поменуто користи се када је реч о принципима. Права, било да се односе на колективно добро или на циљеве формулисане у уставу (*Staatszielbestimmungen*), као што је заштита животне средине, схватају се као принципи.⁸³ Пропорционалност се стога не своди само на вагање индивидуалних права. Ово се мора имати на уму, пошто првобитна и још увек најчешћа примена принципа пропорционалности јесте у одлукама о људским правима, где се легитиман државни или јавни интерес може искористити да се ограничи људска

portionality“, *Encyclopedia of Public International Law* (ed. R. Bernhardt), Vol. III, Amsterdam 1997, 1140.

⁷⁹ У вези с тестом нужности у праву СТО-а, вид. P. A. Delimatsis, „Determining the Necessity of Domestic Regulations in Services: The Best is Yet to Come“, *European Journal of International Law* 2/2008.

⁸⁰ M. Kumm, „Constitutional Rights as Principles: On the Structure and Domain of Constitutional Justice“, *International Journal of Constitutional Law* 2/2004, 596.

⁸¹ A. Stone Sweet, J. Mathews, 14, а односи се на R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt a. M. 1996, енглески превод *A Theory of Constitutional Rights*, J. Rivers (trans.), 2002. Овде ће се користити немачка верзија.

⁸² У вези с разликом између правила и принципа о којој се овде говори, вид. R. Alexy (1996), 72 и даље и R. Alexy, „Zum Begriff des Rechtsprinzips“, *Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie* (Hrsg. R. Alexy) Frankfurt a. M. 1995, 177, у којем се такође говори о начину на који Дворкин схвата ову разлику.

⁸³ R. Alexy (1996), погл. 3, нарочито 98.

права или где се људско право једне особе одмерава у односу на право друге особе. Принцип пропорционалности, међутим, може да се искористи ако су у питању две супротстављене јавне сврхе или два државна интереса, као што су трговина или животна средина.

Принципи се тако примењују чак и када нису „потпуно“ испуњени; они представљају норме које могу бити мање или више остварене, на пример, демократски принцип, право на слободу мишљења или принцип слободне трговине. Они се могу назвати и концептима који морају да буду конкретизовани у дискурсу правне примене како би се дошло до (заједничких) концепција.⁸⁴ Концепти, као што су правда, правичност, људска права, мир и сигурност, као вредности конкретизовани су у међународном јавном праву, било путем уговора, обичаја или општих принципа, али, с обзиром на то да су понекад супротстављени, они морају да се даље конкретизују и у дискурсу примене права како би се пронашле (заједничке) концепције. Један вид остварења овог императива јесте принцип пропорционалности.

Сложићу се са Алексијем да, у свом главном делу, вагање представља рационалну процедуру и да оно веома подсећа на промишљање о постизању оптималних резултата (или на анализу трошкова и добити). Формулисано у терминима нормативне децизионистичке теорије,⁸⁵ ово значи оптималност мера уопште и регулације, закона и правних аката посебно, када се у обзир узме дефинисани систем циљева (међународни уставни принципи), као и (правна) ограничења. „Устав“ се сматра системом одлучивања који подразумева више критеријума и више димензија. Стога се различите алтернативе одлука могу упоређивати, када је реч о њиховом доприносу уставним циљевима. Оптимална одлука представља алтернативу која максимализује нето вишак, који се добија када се од добити одузму трошкови мерења. Добит и трошкови се дефинишу у уставним терминима и укључују позитивне ефекте дотичне мере на све релевантне уставне принципе, што је добит, и негативне ефекте, то јест, трошкове. Да би се процениле различите алтернативе одлука, користи се принцип пропорционалног вагања.

Принцип пропорционалности садржи три под-принципа: принцип примерености, принцип нужности и принцип пропорционалности у ужем смислу. Прва два под-принципа веома су погодна за консеквенцијалистички и инструменталистички начин резонавања,

⁸⁴ W. N. Hohfeld, „Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning“, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning and Other Essays* (ed. W. W. Cook) New Haven 1923 и W. B. Gallie, „Essentially Contested Concepts“, *Proceedings of the Aristotelian Society* 56/1956.

⁸⁵ Вид. детаљније, A. van Aaken, *Rational-Choice in der Rechtswissenschaft. Zum Stellenwert der ökonomischen Theorie im Recht*, Baden-Baden 2003, 288 и даље.

зато што они изискују упоредну институционалну анализу у вези са утицајем на дотични уставни принцип. Принцип примерености подразумева питање да ли су мера или закон у принципу примерени за постизање његовог циља. Принцип нужности подразумева питање да ли постоје друга, мање наметљива средства у погледу дотичног уставног принципа која једнако доводе до наведеног циља мере. Примена принципа пропорционалности, на начин на који су то урадили инвестициони судови, судови за људска права, као и Апелационо тело, стога нужно укључује консеквенцијалистичко резонување. Овај метод резонувања, са своје стране, захтева друштвено-научну анализу ако се не жели ослањање на свакодневну интуицију судије. Трећи принцип, пропорционалност *stricto sensu*, више је окренут вредносним судовима и није толико погодан за друштвено-научни приступ, колико за рационално оправдање при примени права. Алекси развија сложу формулу, у којој поставља скале интензитета повезаности са правима („благо“, „умерено“, „озбиљно“) и значаја права (на пример, право на живот има већу апстрактну тежину од слободе изражавања, иако се о конкретној тежини мора говорити од случаја до случаја). Ове скале нису произвољне, али да би биле контестабилне, морају се навести разлози њихове оправданости.⁸⁶ Није потребно да се уводе виши критеријуми за доношење одлука, али је потребно да се користе правила одлучивања и да се она учине транспарентним. Нормативна децизионистичка теорија развила је много тих правила, на пример, правила о пожељном нивоу задовољења (*Theorie des erwünschten Niveaus*; правно говорећи – суштински садржај принципа који се не може прекршити; *Wesengehalt*). Правило одлучивања попут тог наведеног обезбеђује контекст за захтевани ниво задовољења.⁸⁷ Одлуком немачког Савезног уставног суда о закону о безбедности у ваздушном саобраћају, на пример, предвиђени ниво задовољења, када је реч о људском достојанству, постављен је тако високо да се искључује могућност било каквог вагања (што је у складу са традиционалном доктрином у немачком уставном праву).⁸⁸

⁸⁶ R. Alexy (2003).

⁸⁷ Ово се може графички представити цртањем криве линије корисности у координатном систему, где је мерење *stricto sensu* могуће само на позицијама изнад одређеног редног броја. Вид. такође, R. Alexy (1996), 147 и даље. Суштински, ово је слично предлогу који су дали E. Zamir, B. Medina, „Law, Morality, and Economics: Integrating Moral Constraints With Economic Analysis of Law“, чланак представљен на Annual Conference of the European Association of Law and Economics, Copenhagen 2007 (2007).

⁸⁸ BVerfG 1 BvR 357/05 (First Senat) – одлука од 15. фебруара 2006. Вид. такође, O. Lepsius, „Human Dignity and the Downing of Aircraft: The German Federal Constitutional Court Strikes Down a Prominent Anti-terrorism Provision in the New Air-Transport Security Act“, *German Law Journal* 7/ 2006 (online часопис).

Међутим, на који начин су принцип пропорционалности и чл. 31 (3) (ц) БКУП-а повезани? Према речима МПК-а, и као што је већ наведено:

Најпре ту је напор који се улаже да се ускладе наизглед супротстављене норме тако што ће се оне тумачити као да су компатибилне. Друго, ту је техника којом се питање важења замењује питањем приоритета. Норма која буде остављена по страни остаће као да је „у позадини“ и наставиће да врши утицај на тумачење и примену норме којој је дат приоритет. Из тога следи, супротно ономе што се понекад сматра, да решавање сукоба и тумачење не могу да се разликују једно од другог. Да ли постоји сукоб и шта се може учинити са *prima facie* сукобима зависи од начина на који се релевантна правила тумаче. Ово вреди више пута поновити.⁸⁹

Када је реч о сукобима у међународном праву између права које се не бави људским правима и права људских права, ово значи прво, да судија мора да размотри да ли право људских права даје информације за тумачење уговора који се не бави људским правима према чл. 31 (1) БКУП-а. Друго, судија мора да размотри да ли право људских права може да се примени између страна према чл. 31 (3) (ц) БКУП-а. Ово се дешава ако је дотична норма људских права стекла статус обичајног међународног права или ако су обе државе које учествују у спору потписнице дотичног уговора о људским правима. Судија тада мора да извага принцип уговора који се тумачи и да га у случају сукоба са правом људских права извага у односу на дотични принцип људских права. Да бих објаснила ову технику, изнећу неколико примера инвестиционог права и трговинског права у даљем тексту.

5. НЕКЕ МОГУЋЕ ПРИМЕНЕ

Сада бих се усредредила на интеракцију права људских права и међународног инвестиционог права, која представља пример општијих проблема, јер у међународном инвестиционом праву ови сукоби долазе до изражаја прилично очигледно.⁹⁰ Инвестиционо право, онако како је кодификовано у Билатералним инвестиционим споразумима, све више је предмет критика, углавном због тога што се сматра да се друге области посебног међународног права не узимају довољно у обзир. Билатерални инвестициони споразуми јесу уговори међународног јавног права, којима се у великој мери страни улагачи штите од политичких ризика, а тиме и обезбеђује одређено

⁸⁹ International Law Commission, para. 411 и даље.

⁹⁰ Вид. детаљније А. van Aaken (2008а).

понашање државе у којој они гостују, као и углавном директан приступ међународним арбитражним трибуналима.⁹¹

Прво, државе могу изричито предузети људским правима инспирисане опште мере како би испуниле своје међународне или уставне обавезе према људским правима, али ове мере могу да имају негативан утицај на стране улагаче. Овде је арбитражним трибуналима остављен значајан простор да тумаче одредбе билатералних инвестиционих споразума тако што ће вагати људска права и заштиту инвеститора, нарочито ако је држава предузела недискриминаторну меру. Најистакнутије и најчешће коришћене одредбе о заштити јесу индиректна експропријација и „праведан и правичан третман“. Ове норме, као веома неодређени правни термини, такође отварају простор да се норме људских права узму у обзир према чл. 31 (3) (ц) БКУП-а. Оне захтевају од инвестиционих трибунала да одреде одговарајуће референтне тачке за процену праведности и правичности мера које су усвојиле или даље примењују државе домаћини. У случају индиректне експропријације, трибунали не морају да примењују доктрину „јединих ефеката“ већ могу такође да укључе сврху регулаторне мере. На овај начин, они могу да наведу, на пример, потенцијалне еколошке обавезе или обавезе према људским правима државе као разумну сврху за дотичну националну меру.⁹² Тумачење „индиректне“ експропријације креће се од такозване „доктрине јединих ефеката“, то јест, гледа се само ефекат који мера има на власништво, до укључивања регулаторне сврхе. Укључивање овог последње поменутог омогућава примену принципа пропорционалности, као што, на пример, Европски суд за људска права то практикује када је реч о Европској конвенцији за заштиту људских права и основних слобода (чл. 1 Протокола бр. 1 за право на власништво⁹³)⁹⁴. У литератури је ова идеја преузета из случаја *Tecmed*, где је трибунал изричито упу-

⁹¹ У вези с прегледом инвестиционог права, вид. R. Dolzer, C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford 2008 и *Oxford Handbook of International Investment Law* (eds. C. Schreuer, P. Muchlinski, F. Ortino) (2008).

⁹² Као што је нпр. Апелационо тело урадило у случају *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products* (6 November 1998) WT/DS58/AB/R, DSR 1998:VII, 2794–2797, para. 127–131 када се примењује чл. XX *GATT*-а.

⁹³ Протокол бр. 1 на Конвенцију о заштити људских права и основних слобода, Париз, усвојен 20. марта 1952. године, ступио на снагу 18. маја 1954. године, E.T.S 009.

⁹⁴ Вид. нпр. случајеве *James and Others v. the United Kingdom* (одлука од 21. фебруара 1986, Series A no. 98), *Lithgow and Others v. the United Kingdom* (одлука од 8. јула 1986, Series A no. 102), *Matos e Silva, Lda., and Others v. Portugal*, одлука од 16. септембра 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-IV, 1114, § 86. Вид. општије, U. Kriebaum, „Privatizing Human Rights: The Interface Between International Investment Protection and Human Rights“, *Transnational Dispute Management* 2006 (online часопис).

тио на надлежност ЕСЈП-а.⁹⁵ Коришћење вагања принципа пропорционалности значајно повећава могућност дефрагментације у овим случајевима. Нови амерички модел БИС-а из 2004. године то и налаже, када у свом Додатку Б о експропријацији наводи да

[о]сим у ретким приликама, недискриминаторне регулаторне радње стране уговорнице, које су осмишљене и који се примењују како би се заштитили легитимни циљеви јавног добра, као што су јавно здравље, безбедност и животна средина, не представљају индиректну експропријацију.

Држава против које се води спор може у том случају не само да се позове на сопствено право (ако тако одлучи), већ и на међународно не-инвестиционо право, било индиректно, путем националног права или директно. Надаље, у контексту праведног и правичног третмана, референтне тачке за процену праведности и правичности мере могле би да укључе посебне области међународног јавног права. Ако, рецимо, држава одлучи да уведе мере заштите за аутохтона племена и забрани улагање, примена конвенција МОР-а о аутохтоним народима могла би да постане део тумачења праведног и правичног третмана, као и експропријације.⁹⁶ Стога вагање супротстављених вредности – заштите инвеститора и људских права – догађало би се на међународном плану и спроводили би га међународни трибунали.

Друго, држава може да користи људска права као одбрану за предузимање акција против страног инвеститора који крши људска права, наводећи своју обавезу да их штити. Друга могућност јесте да су инвеститор и држава саучесници у кршењу људских права. Мало је вероватно да ће случај попут овог стићи до међународног инвестиционог трибунала, пошто трибунали немају надлежност да саслушају жалбе на кршење људских права које подносе треће (заинтересоване) стране. Наравно, у првом случају, ако је мера предузета како се не би кршила норма *ius cogens*-а, на пример, забрана присилног рада, обавезног рада, дужничког ропства или другог облика ропског рада, инве-

⁹⁵ *Tecnicas Medioambientales SA v. Mexico*, (ICSID Arbitration Nr. ARB (AF)/00/2) (29. мај 2003. године) (Tecmed), пара. 122: „Мора да постоји разуман однос пропорционалности између оптуге или терета под којима су се наши страни улагачи и циља чијем се остварењу тежи увођењем мере експропријације.“

⁹⁶ Вид. Non-Party Submission, *Glamis Gold Ltd. v. United States of America*, Submission of the Quechan Indian Nation, Nature of the Cultural Resources and Sacred Places at Issue in Claim, 8 и даље, доступно на адреси <http://www.naftaclaims.com/Disputes/USA/Glamis/Glamis-Amicus-Quechan-01--19-08-05.pdf>. Овде је реч о народу који може бити угрожен дотичним инвестиционим пројектом, у овом случају рудником, и који тврди да га, између осталог, штите Међународни пакт о грађанским и политичким правима из 1966. године, Унескова Конвенција о светској културној баштини из 1972. године, Конвенција МОР-а о аутохтоним народима и племенима и Међуамеричка конвенција о људским правима.

стициони трибунал био би обавезан да размотри чл. 53 БКУП-а као меродавно право. Надаље, држава може да се брани тако што ће наводити своју дужност да поштује, штити и испуњава своје обавезе према људским правима.⁹⁷ Ово може да укључи предузимање мера против страног улагача или наметање правила страним улагачима.⁹⁸ Без обзира на то, државе се ретко позивају на своје обавезе према људским правима⁹⁹ и стога се трибунали још увек не баве њима детаљно, иако постоје неки интересантни случајеви које тек треба решити.

Један такав случај односи се на питања међународног права људских права у области дискриминације. У овом случају италијански инвеститори довели су у питање програм о давању економских овлашћења црнцима у Јужној Африци, који је делимично садржан у Закону о развоју минералних и нафтних ресурса.¹⁰⁰ Они су навели да овај афирмативни акциони програм Јужне Африке за „историјски материјално угрожене појединце“ крши њихова права према БИС-у склопљеном између Италије и Јужне Африке, укључујући и национални третман. Овај случај, који је у поступку, свакако ће поставити основна питања сукоба, не само између БИС-а и чл. 9 јужноафричког Устава, већ и на основу међународних норми људских права, као што су оне садржане у Конвенцији о елиминацији свих облика расне дискриминације¹⁰¹ и другим одредбама о дискриминацији у међународном праву људских права.¹⁰²

⁹⁷ О овим дужностима најпре је говорио Есбјорн Еиде у својству тадашњег специјалног извештача о праву на храну, члана подкомисије Уједињених нација за спречавање дискриминације и заштиту мањина. Вид. А. Eide, *Right to Adequate Food as a Human Right*, New York 1989 и *ibid.*, завршни извештај „The Right to Adequate Food as a Human Right“, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1987/23, 1987.

⁹⁸ Европски суд за људска права, нпр., утврдио је да државе имају позитивну обавезу да намећу одређене дужности обавештавања фирмама које испуштају гасове штетне по здравље, према чл. 8 ЕКЉП-а, вид. случај *López Ostra v. Spain* (Application No. 16798/90), одлука од 9. децембра 1994, Series A (1995) No. 303, 41, случај *Guerra and others v. Italy* (Application No. 14967/89), одлука од 19. фебруара 1998, ЕСЉП 1998-I, No. 64, 210.

⁹⁹ Колико је мени познато, једини случајеви који су до сада решени, односе се на аргентинску кризу, када се Аргентина позивала на обавезе према људским правима из свог устава, засноване на међународним документима о људским правима. Вид. *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic*, (ICSID Case No. Arb/01/8), (12. мај 2005), para. 114. Трибунал је нашао да не постоји сукоб између инвестиционе заштите и аргентинског устава, para. 115 и даље.

¹⁰⁰ *Piero Foresti, Laura De Carli and others v. Republic of South Africa*, ICSID Case No. ARB(AF)/07/1 (31. август 2007).

¹⁰¹ G. A. Res. 2106A (XX), U.N. GAOR, XX, Supp. No. 14, 47, U.N. Doc A/6014, усвојена 21. децембра 1965, ступила на снагу 4. јануара 1969.

¹⁰² Вид. детаље у М. Coleman, К. Williams, „South Africa’s Bilateral Investment Treaties, Black Economic Empowerment and Mining: A Fragmented Meeting?“, *Business Law International* 9/2008.

Други потенцијални сукоби могу настати у области приватизованих јавних услуга, као што је вода.¹⁰³ Да ли је потребно да међународно право људских права, као што је право на воду, буде узето у обзир када се одлучује о мерама државе домаћина? Шта ако се, на пример, ограниче цене или се разлике у цени захтевају владиним мерама *ex post*? Шта ако постоји спор о испуњавању уговорних обавеза инвеститора и/или „нестанку“ воде или испоруци загађене воде? Слична питања већ су постављена у неким случајевима и још њих се тек очекује.¹⁰⁴ У зависности од тога на који начин (ни)су испуњене уговорне обавезе у вршењу јавних услуга, дужност државе да пружи заштиту може се довести у питање, то јест, може се догодити да држава мора да предузме одређене регулаторне мере како би испунила своје међународне (а вероватно и уставне) обавезе. Од ње се може захтевати да то уради тако што ће поступати поштујући принцип предострожности, чак и ако се *ex post* утврди да није било опасности по здравље.¹⁰⁵ Наравно, трибунали су свесни да су питања људских права доведена у питање¹⁰⁶ и они морају да имају интерпретативну слободу да узму у обзир обавезе према људским правима државе домаћина када одлучују о индиректној експропријацији, као и о праведном и правичном третману.

¹⁰³ О праву на воду говори CESCR General Comment No. 15 (2003), The right to water (Arts. 11 and 12 of the CESCR), E/C.12/2002/11, 20. јануар 2003.

¹⁰⁴ Поднето је неколико случајева у вези с дистрибуцијом воде и канализацијом: *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/3 (20. август 2007.); *Azurix Corp. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12, (14. јул 2006); *BiwaterGauff (Tanzania) LTD. v. Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22 (24. јул 2008); *Aguas del Tunari v. Boliva*, ICSID Case No. Arb/02/3, одлука о надлежности од 21. октобра 2005. Више од десет случајева тек треба да се реши у вези с водопривредом, од којих нису сви познати, вид. *Investment Treaty News* од 26. јула 2006.

¹⁰⁵ О томе је било речи у случају *Vivendi*, када је утврђено да је вода била замућена отприлике три месеца (пара. 4.13 и даље), али није представљала опасност по људско здравље. Упркос томе, чињенице говоре да су мере, које је влада предузела из предострожности, биле одговарајуће, па чак и неопходне.

¹⁰⁶ Вид. *Biwater v. Tanzania*, Procedural Order No. 5, доступно на http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC532_En&caseId=C67 (посећено 2. фебруара 2009.); Наредба као одговор на петицију за учешће у својству *amicus curiae*, у поступку између Aguas Provinciales de Santa Fe S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., и *InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. .v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/17 (17. март 2006.), пара. 18: „Оно због чега је овај случај од нарочитог јавног интереса јесте чињеница да централно место у овом инвестиционом спору заузимају дистрибуција воде и системи канализације урбаних делова провинције Санта Фе. Ови системи обезбеђују основне јавне услуге стотинама хиљада људи, а као последица тога, може се појавити мноштво сложених питања из јавног и међународног права, укључујући питања људских права. Било која одлука донета у овом случају, без обзира да ли је она у корист потражиоца или тужене стране, може да утиче на функционисање ових система, а тиме и на јавност којој служе.“

Даљи проблем се може појавити у случајевима када је реч о аутохтоним правима, на пример у ископавању природних ресурса.¹⁰⁷ Један од НАФТА случајева који је у поступку то веома добро илуструје. Један калифорнијски закон¹⁰⁸ захтева комплетно засипање рудника са отвореним окнима поред светилишта америчких староседелаца, укључујући локације из планираног пројекта Гламиса Голда, канадског инвеститора који захтева индиректну експропријацију. Јума Индијанци, који тврде да су њихова верска светилишта угрожена рударским пројектом, поднели су *amicus curiae* поднесак,¹⁰⁹ у којем наводе, рецимо, значај чл. 27 Међународног пакта о грађанским и политичким правима.¹¹⁰ Они, као и оптужена страна, наводе релевантност неколицине других међународних правних инструмената који се односе на културну баштину.¹¹¹ И овде се опет поставља питање да ли ће трибунал тумачити индиректну експропријацију такође у светлу међународних инструмената људских права, нарочито норми којима се штите мањине и аутохтони народи¹¹², као и слобода вероисповести, тиме

¹⁰⁷ Случај који је могао да буде потенцијални инвестициони спор односи се на познати случај Међуамеричког суда за људска права: *The Mayagna (Sumo) Awastingu Community v. Nicaragua*, одлука од 31. августа 2001, Inter-Am. Ct. H.R., (Ser. C) No. 79 (2001), када је влада Никарагве доделила шумарским фирмама концесије за експлоатацију шуме на територији аутохтоног племена. Да је влада опозвала ове дозволе (као што је морала то да уради након одлуке), а да су фирме биле страни улагачи заштићени БИС-ом, случај пред инвестиционим трибуналом био би очигледно конфликтан. У вези са овом одлуком, вид. S. J. Anaya, C. Grossman, „The Case of Awastingu v. Nicaragua: A New Step in the International Law of Indigenous People“, *Arizona Journal of International and Comparative Law* 1/2002.

¹⁰⁸ California State Mining and Geology Board (SMGB) regulations and California Senate Bill (SB 22).

¹⁰⁹ Submission of Non-Disputing Party Quechan Indian Nation, *Glamis Gold Ltd v. The United States of America*, вид. фн. 96, 6 и даље.

¹¹⁰ International Covenant on Civil and Political Rights, усвојен 16. децембра 1966, ступио на снагу 23. марта 1976, 999 *United Nations Treaty Series* 171.

¹¹¹ Такође, контра-поднесак оптужене стране, САД-а, од 19. септембра 2006. године, 33 и даље, наводи мноштво различитих међународноправних инструмената у вези са културном баштином. УНЕСКО, Препоруке у вези са заштитом лепоте и изгледа природе и пејзажа, 11. децембар 1962. године (којима се усваја принцип да превентивне мере треба да штите места од опасности изазваних рудницима и испуштањем њихових отпада); УНЕСКО, Препоруке у вези са очувањем културног добра угроженог јавним или приватним радовима, 19. новембар 1968. године (државе чланице требало би да приоритет дају мерама које су поребне за очување *in situ* културног добра угроженог јавним радовима како би очувале историјску повезаност и континуитет); и УНЕСКО, Конвенција о заштити светске културне и природне баштине, Париз, усвојена 16. новембра 1972. године, ступила на снагу 17. децембра 1975. године, 1037 151 (да би осигурале ефикасне и активне мере за заштиту и очување културне и природне баштине, стране ће предузети правне, техничке и административне мере како би заштитиле ову баштину).

¹¹² За ову врсту случајева релевантни су и чл. 4, 5, и 7 Конвенције МОП-а (No. 169) у вези са аутохтоним народима и племенима у независним земљама, која је

узимајући у обзир сврху мере. Упркос томе, до сада инвестициони трибунали нису показали неку спремност да у одредбе инвестиционог права о заштити укључе друге посебне области међународног јавног права. У случају *St. Elena v. Costa Rica*¹¹³ трибунал је у спору у вези са штетама насталим услед експропријације зарад градње еколошког подручја сматрао следеће:

иако се експропријација или одузимање из еколошких разлога могу окарактерисати као одузимање зарад јавне сврхе, и стога могу бити легитимни, чињеница да је својина одузета из овог разлога не утиче ни на природу ни на меру накнаде која ће се платити за одузимање. То јест, *сврха заштите животне средине зарад које је својина одузета не мења правни карактер одузимања* за које се мора платити адекватна надокнада. *Међународни извор ове обавезе да се заштити животна средина нема никакав значај.*¹¹⁴

У случају *SPP v. Egypt*¹¹⁵, спору о експропријацији за прекид пројекта за развој туризма у близини пирамида, трибунал је сматрао да се Унескова Конвенција о заштити светске културне и природне баштине из 1972. године, која је у принципу релевантна,¹¹⁶ не може применити у овом случају, јер је међународна обавеза ступила на снагу само за Египат након што је завршено улагање. Овде је трибунал очигледно следио временски аргумент *lex posterior*, али је, у принципу, сматрао да друге међународноправне обавезе могу бити од значаја. Овај пример могли би да следе и други трибунали.

6. ЗАКЉУЧАК

Сва је прилика да ће фрагментација међународног права остати на сцени још дуго. Упркос томе, међународни правни систем тежи јединству и кохерентности. Све док државе не решавају проблем фрагментације приликом састављања уговора и све док не постоји хијерахија у међународном јавном праву, остаје проблем како постићи јединство. Стога, дефрагментација путем интерпретативних техника долази до изражаја. Системска интеграција се може постићи путем

усвојена 27. јуна 1989. године на Генералној скупштини Међународне организације рада, на њеној седамдесет и шестој седници и ступила на снагу 5. септембра 1991. године, *International Legal Materials* 28/1989, 1382. Њу је, међутим, ратификовало само 17 земаља, али не и Сједињене Државе. Ипак, могла би да постане релевантна у другим случајевима.

¹¹³ *Santa Elena v. Costa Rica* ILR 153 (2000).

¹¹⁴ *Santa Elena v. Costa Rica*, para. 71 (курзив мој).

¹¹⁵ *SPP (ME) v. Egypt*, 19 *Yearbook Commercial Arbitration* 51 (1994).

¹¹⁶ *Ibid.*, para.78.

тумачења углавном уз помоћ чл. 31 (3) (ц) БКУП-а. Бечка конвенција, међутим, говори нам само које друго међународно право може да се разматра при доношењу одлука о уговору који се не бави људским правима. Она нам не говори како то да урадимо. Принцип пропорционалности, као принцип међународног права представља најизгледнијег кандидата за интеграцију. Он разматра супротстављене принципе и усклађује их путем вагања. О правнотеоријским разлозима таквих поступака говори Роберт Алекси. Овим се омогућава разматрање људских права у другим областима међународног јавног права и стога нам помаже да дефрагментирамо међународно јавно право. Пошто људска права представљају један важан принцип и вредност у конституционализованом међународном поретку, она би требало да се поштују и у другим областима међународног права. Међународно пресуђивање може помоћи у овоме тако што ће тумачити међународно јавно право на адекватан начин.

Dr Anne van Aaken

Full Professor

University of St. Gallen, School of Law

BALANCING OF HUMAN RIGHTS – CONSTITUTIONAL INTERPRETATION IN INTERNATIONAL LAW

Summary

This essay provides an analytical perspective to the plausibility of the use of constitutional interpretation in fragmented international law. The author argues that human rights issues are pervasive in international law, despite the fact that only a few specialized adjudicatory mechanisms exist. Furthermore, many regimes in Public International Law pursue different goals, but many cases cannot be easily classified into those different regimes. The horizontal function of international human rights system is to provide guidelines to international courts in interpreting non-human rights law. If the object and purpose of one treaty contains human rights, it may be used in a teleological interpretation of the treaty itself, but the problem is that most non-human rights treaties do not contain such a reference. Furthermore, Article 31 (3) (c) of the Vienna Convention on the Law of Treaties, under which an interpretation should take into account „*any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties*“, is perceived as a general principle of treaty interpretation. However, it provides only an answer to the question what other in-

ternational legal instruments can be taken into account if the interpretation of a non-human rights treaty is at stake. The author, therefore, argues that unity of the international legal order can be achieved through constitutional interpretational means, in particular the balancing approach as it is developed in German legal theory, in order to mitigate the tension between human rights law and other issues of Public International Law.

Key words: *Balancing of human rights. – Constitutional interpretation. – Fragmentation of international law. – Alexy's rational theory of balancing. – International investment law.*

Др Јасминка Хасанбеговић

редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду

КУЛТУРА И/ИЛИ ИДЕОЛОГИЈА ЉУДСКИХ ПРАВА – РЕТОРИКА И РЕАЛНОСТ

У овом раду, ауторка објашњава зашто је тешко повући јасну разлику између културе људских права и идеологије људских права, као и између реторике и стварности људских права. Ауторка сматра да културу људских права морамо посматрати другачије од идеалног значења грађанског концепта правне културе. Да бисмо открили да ли један правни поредак припада грађанском или субмисивном концепту правне културе, морамо утврдити да ли су и у којој мери остварени барем минимални стандарди постављени у Универзалној декларацији. С друге стране, нијансирани приступ различитим правним културама подразумева не само анализу чињеничног стања и нормативних решења, већ и утицај политичке, верске и правне традиције. Ауторка верује да је утврђивање чињеничног стања важно зато што култура људских права данас обухвата и културу мањинских права. Међутим, проблем, нарочито у бившим реалсоцијалистичким државама, јесте тај што је чак и већо уређен нормативни правни оквир често производ прагматичног програма доминантне политичке елите, а не израз истинске потребе целог друштва. Стога, ауторка тврди да се стање у земљама у транзицији може најбоље описати као неутемељени нормативни оптимизам, пошто правне норме нису укоренење у одговарајућој култури људских права.

Кључне речи: *Култура људских права. – Идеологија људских права. – Грађански концепт правне културе. – Србија. – Неутемељени нормативни оптимизам.*

Трагедија је великих идеја што их будале тумаче, а насилници примењују.

1. УВОД

Људска права су, без сваке сумње, једна од највећих правних и друштвено-политичких идеја у историји идеја и вероватно највећи правни и друштвено-политички изум и практички *novum* модерне.¹ Без људских права нема ни грађанина – постоји само *Untertan* (што је немачка реч за поданика, прецизнија од енглеске речи *subject*). Без људских права, нема ни савремене демократије, ни модерног устава или конституционализма, нити правне државе схваћене као владавина права.² То је разлог зашто – из историјске перспективе, тек у модерним временима – модерна идеја, концепт или појам *правде* може бити, како релативно прецизно правно-позитивистички операционализован, тако и деконструисан и (ре)конструисан само као достигнути ниво стварно уживаних људских права.³ Људска права су, отуд, основа живота у модерној заједници, једнако као и предмет непрестаног промишљања и неисцрпна литерарна тема. И – баш као што је то случај и са сексом – о људским правима се толико пише зато што она постоје да би била практикована, а не тек описивана и објашњавана.

О концептуалном пару култура људских права – идеологија људских права најчешће се говори у терминима супротстављености. Међутим, независно од овог пара феномена и концепата, култура људских права се најчешће идеалистички схвата као тип правне културе који може бити означен као грађанска правна култура. Ова потоња је супротстављена појму *Untertan*, тј. поданичкој правној култури и она претпоставља не само нормативну прокламацију одређених (иницијално само грађанских и политичких) људских права за све људе – прецизније: за све грађане или држављане – већ такође и њихове ефективне гаранције, тј. могућност њиховог остваривања у пракси.

Концепт културе људских права, који је дефинисан на овај начин и који је уз то и критеријум за процену да ли таква култура постоји или не постоји у одређеном правном поретку, представља толико високо подигнуту лествицу да би само неколицина постојећих правних поредака могла да је прескочи. То је разлог зашто се феномену културе људских права мора приступити на другачији начин, са

¹ J. Hasanbegović, „Universalität der Menschenrechte und Kant“, *Wider die Belieblichkeit: Kant's Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre nach zwei Jahrhunderten* (Hrsg. P. Wolf, D. N. Basta) Belgrad 1997, 77.

² J. Hasanbegović, „Rhetorizität des Rechts und Rechtlichkeit des Staates – Über die Unvereinbarkeit von Souveränität und Rechtsstaat“, *Rechtsstaat: Ursprung und Zukunft einer Idee* (Hrsg. D. Basta, W. Krawietz, D. Müller) Berlin 1993, 63.

³ Више у раду, који је у штампи, J. Хасанбеговић, *Једна филозофија права као филозофија људских права: (Пост)модерна (де)конструкција правде*.

осећајем за нијансе, како би се у сазнајном смислу остварили значајнији резултати.

Такав један приступ претпоставља постојање различитих култура људских права, а не само једног идеалног типа (схваћеног у веберовском смислу). При том, чини се да је остваривање стандарда постављених у Универзалној декларацији о људским правима (1948) погодан критеријум, како универзалан, тако и минималан, за процену да ли у одређеном правном поретку постоји грађанска или поданичка правна култура, па ако постоји она претходна, до које мере је развијена, што значи да ли се и до које мере унапредовало од минималних стандарда људских права постављених у Универзалној декларацији.

С друге стране, изгледа да нијансиран приступ различитим правним културама и процена стања културе људских права у различитим савременим правним порецима захтева бар две врсте анализе: најпре, разликовање између нормативног и фактичког стања ствари, а потом, испитивање утицаја традиције, укључујући и правну традицију, на стање људских права у одређеним савременим правним порецима.

2. РАЗЛИЧИТИ АСПЕКТИ ДЕБАТЕ О КУЛТУРИ ЉУДСКИХ ПРАВА

Размотримо најпре неопходност разликовања нормативних и фактичких аспеката анализе. Зашто је то важно? Генерално гледано, може се рећи да је разликовање између нормативног и фактичког унутар једног правног поретка, тј. разликовање између нормативног и фактичког стања ствари унутар њега, карактеристично за континентално-европско схватање права и правног поретка (и то, како за теоријско, научно, филозофско, правнотеоријско схватање, тако и за оно практичко, правно-догматичко и лаичко), али не и за англосаксонско, тачније, англо-америчко схватање, где ствари стоје управо супротно. Међутим, прилично јасно разликовање, чак раздвајање нормативног и фактичког, појављује се и у осталим правним порецима, посебно у одређеним сегментима где доминирају модернизацијски процеси, односно где се устав, закони и међународни уговори, као извори права, појављују као главно оруђе ових модернизацијских настојања. Отуда, чини се да разликовање између нормативног и фактичког стања ствари у одређеном правном поретку није важно само за анализу континентално-европског и сличних правних поредака који припадају истој правној традицији.

Данас, култура људских права, без сумње, обухвата и културу мањинских права, утолико што људска права (бар на начин како су

схваћена у овом раду) обухватају и одређена мањинска права. Култура људских права зависи од правне, политичке и опште културе одређеног друштва, од основних вредности на којима почива то друштво. То је разлог зашто је важно нагласити да нормативни правни оквир људских (као и мањинских) права, садржан у уставима и законима, као и у формално усвојеним или ратификованим међународним инструментима, може бити, али није нужно и аутентичан израз ових култура.⁴

У друштвима која су у транзицији према демократији, као и, генерално, у друштвима с модернизацијским напорима и тенденцијама, овај нормативни правни оквир, по правилу, није аутентични израз ових култура, већ је пре израз настојања само једног мањег дела друштва, наиме, израз настојања преодоминантног дела политичке елите тог друштва. Када би се ова друштва ценила само на основу постојећих нормативних правних оквира (устава, закона и ратификованих међународних уговора), неизбежан закључак би био да у њима постоји култура људских права. Међутим, чак схваћена у овом нормативном смислу, таква култура људских права, као што смо раније напоменули, најчешће не представља аутентичан израз било опште, било политичке, било правне културе у овим друштвима, зато што не представља израз потреба ових друштава у целини или бар њиховог већинског дела. Нормативни правни оквир људских права у овим друштвима има сасвим другу функцију: не да задовољи постојеће друштвене потребе појединаца и друштвених група који представљају већину, већ да усмери свако од ових глобалних друштава, односно сваки од ових правних поредака, ка одређеном систему вредности којем је – вољно или невољно, искрено или притворно – већински део политичке елите у овим друштвима посвећен.

Ако се упитамо зашто се део елите у транзиционим и/или модернизујућим друштвима невољно и притворно залаже за прихватање универзалних стандарда у материји људских права, као и неких основних мањинских права, која у основи имају исту функцију, одговор није тешко дати. Таква нормативна приврженост дела политичке елите проистиче отуда што на почетку XXI века, посебно у Европи, практично није могуће бити део политичке елите, а истовремено порицати, односно одбијати такве друштвене, политичке и правне вредности као што су модерна демократија (која по дефиницији није само владавина већине, већ – у модерним временима – владавина већине с неопходном правном заштитом мањине, што се најпре сводило само на заштиту *политичке* мањине, а потом и других друштвених

⁴ J. Hasanbegović, „Cultura dei diritti umani e cultura dei diritti delle minoranze – Il caso della Serbia“ (traduzione di Claudio Tommasi), *Guerre e minoranze: Diritti delle minoranze, conflitti interetnici e giustizia internazionale nella transizione alla democrazia dell'Europa Centro-orientale* (eds. G. Gozzi, F. Martelli) Bologna 2004, 181.

мањина); или савремена национална држава (која по дефиницији почива на грађанском, а не на етничком принципу); или вредности модерног устава, конституционализма, владавине права и т. сл. Све ове друштвене, политичке и правне вредности: (модерна) демократија, (модерна) национална држава, (модеран) устав, конституционализам, владавина права итд., без људских и мањинских права, која чине њихову суштину и главну садржину, сводиле би се на пуку, празну правну форму, или би представљале тек предмодерне, застареле феномене и концепте. Бити отворено против универзално или регионално (на европском нивоу) прихваћених људских и мањинских права – као и против демократије, конституционализма и владавине права – није у моди, није „ин“, и не само што је политички некоректно (посебно у смислу међународне политике) већ може бити и ризично. То објашњава зашто је тако мали број оних који припадају политичкој елити отворено против ових вредности, а то је истовремено и разлог зашто се међународни стандарди у материји људских права тако лако прихватају, а тако тешко усвајају и остварују. То објашњава, такође, зашто се доносе релативно пристојни уставни који нису праћени одговарајућим законима, а и када јесу, и тада судска пракса, а посебно стварност, бивају далеко од усвојених нормативних стандарда.

Велики јаз између нормативног и фактичког треба, из одређених разлога, посебно узети у обзир у друштвима у транзицији. Прво, зато што је велики јаз између политичких и правних прокламација и стварног живота трајна карактеристика претранзиционих – социјалистичких и комунистичких – друштава. И друго, зато што је још увек важно обележје транзиционих посткомунистичких друштава, посебно у домену људских права. У том погледу се може рећи да је тако велики јаз између нормативног и фактичког наслеђен из претходне политичке и правне културе као нешто прихваћено и, ако не баш сасвим нормално, онда бар као нешто скоро неизбежно. То, наравно, не може допринети ни укорењивању идеје људских права, ни, генерално, транзицији ка демократији. Међутим, овде ваља посебно нагласити да су сва посткомунистичка друштва транзициона друштва, али да нису сва она у процесу транзиције ка демократији. Нека од њих су показала изразите карактеристике транзиције из једног у други тип ауторитарног режима. До јесени 2000. године Србија је свакако припадала тој групи.

Због таквог јазу између нормативног и фактичког, стање ствари не само у култури људских и мањинских права, већ и у правној култури уопште, може се означити као нормативни оптимизам: нормативни правни оквир тј. нормативна решења нису толико лоша, али будући да нису израз аутентичне потребе већине појединаца и друштвених група и њихове посвећености одређеним правним вредностима, већ су пре наметнуте споља, као део политике међународне

заједнице, и од горе, од стране доминантног дела политичке елите, та нормативна решења немају, као свој природни наставак, одговарајућу правну и друштвену реалност. Нормативни правни оквир са својим правним решењима није, отуда, праћен одговарајућом реалношћу, већ *надом* да ће постепено, временом, сама нормативна решења створити одговарајућу правну културу, као и правну и друштвену реалност. Ова нада је само каткад утемељена, али због ситуације у судству и правосудном систему уопште, она је чешће потпуно неутемељена. То је разлог због којег се може говорити о (не)утемељеном нормативном оптимизму.

Други веома важан фактор који утиче на правну културу, а посебно културу људских права, јесте, као што смо већ напоменули, традиција. Узимати у обзир традицију и захтева и омогућава нијансиранији приступ процени постојања културе људских права, како у нормативном погледу, тако и у погледу друштвене и правне праксе. Надаље, узимајући у обзир традицију као фактор који утиче на тип културе људских права, избегава се евроцентрични приступ тој култури, приступ који је иначе неизбежан ако се Универзална декларација узме као универзалан и минималан критеријум за процену постојања те културе.

Традиција је крајње комплексан феномен и стога се чини да би, када се њен утицај на културу људских права узима у обзир, пре свега требало издвојити два засебна аспекта: политичку традицију и – у оквиру духовне традиције – религију.

Политичка традиција тј. традиција одређене политичке културе суштински одређује правну културу, као и културу људских права. Поједностављено представљено, постоје два основна типа савремене политичке културе: демократска и ауторитарна политичка култура, наравно, с различитим подваријантама и мешовитим облицима. Њих следе два основна типа савремене правне културе: култура људских права или грађанска правна култура и *Untertan* или поданичка правна култура, поново, с различитим подваријантама и мешовитим облицима. Нема сумње да Србија, када се цени на основу своје традиције – која у више од два века обухвата само мање и неуспешне покушаје да постане модерна демократска држава – ипак припада, готово целокупном својом традицијом, ауторитарном типу политичке културе и поданичком типу правне културе, која се само повремено, и само нормативно, јављала у облику грађанске правне културе.⁵

⁵ За објашњење зашто је то тако, вид. О. Поповић-Обрадовић, „Корени антимодерне политичке културе у Србији“, *Правни капацитет Србије за европске интеграције* (ур. С. Лилић) Београд 2006, 151. Детаљније у О. Поповић-Обрадовић, *Парламентаризам у Србији 1903–1914*, Београд 1998, и такође, О. Поповић-Обрадовић, „The Idea and Practice of Constitutionality in Serbia 1869–1914: Between a Liberal and ‘Popular’ State“, *Russia, Serbia, Montenegro* (ур. Ј. Kurjak, О. Popović-Obradović, М.

Ова веома неуобичајена тврдња треба да буде образложена бар једним краћим прегледом српске политичке и правне традиције.

3. КУЛТУРА ЉУДСКИХ ПРАВА У КОНТЕКСТУ – СЛУЧАЈ СРБИЈЕ

Историја модерне српске државе почиње 1804. године Првим српским устанком, који, с једне стране, може бити означен као почетак релативно успешне борбе за ослобађање од отоманске власти, а с друге стране, као ембрион модерне националне државе Срба. Ових нешто мало више од сто година од оснивања српске државе (до 1. децембра 1918. године, када је проглашен настанак Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца, преименоване 1929. године у Краљевину Југославију) јесте период обележен побунама, ратовима, династичким променама, борбом за међународно признање, територијалним претензијама и напорима да се створи организована и функционишућа држава. Тешко би се могло рећи да су, према критеријумима тог времена, уставни и режими који су се мењали током тог периода били демократски. Па ипак, романтичарска историографија третира кратак период од 1903. до 1912/1914. године (до почетка Балканских ратова, односно Првог светског рата) као златни период српске демократије и парламентаризма. Ово је романтичарско претеривање, премда не потпуно неутемељено. У сваком случају, за први ступањ стварања српске државе и њене независности тешко се може рећи да је био обележен поштовањем људских права. Што се тиче мањина и њиховог статуса, поред верских мањина (муслиманске, посебно, и мање јеврејске заједнице), других мањина, попут етничких или лингвистичких, није било. Јер, Косово је тек 1912. инкорпорирано у Србију (и делом у Црну Гору), док је Војводина ушла у састав Србије 1918. године.

Од 1918. до 1941. године Србија је била саставни део Краљевине СХС, а потом и Краљевине Југославије. Ни ова, тзв. прва Југославија, не може се, у модерном смислу, сматрати моделом демократске државе. Њен први устав, донет тек 1921. године, дефинисао је државу као унитарну, централизовану, парламентарну монархију у којој је монарх имао широка овлашћења. Шта више, закони и уредбе донети пре и после Устава из 1921. године су или ограничавали или укидали по-

Šuković) Belgrade 2000, 25; као и О. Popović-Obradović, *Development of Modern Legal Institutions in the 19th and 20th Century Serbia (up to 1914)*, The First Workshop on the Modernization of East European Law, Max-Planck-Institut fuer europaeische Rechtsgeschichte in Frankfurt am Main, November 2002. Вид. такође и друге есеје од О. Поповић-Обрадовић, *Каква или колика држава: Огледи о политичкој и друштвеној историји Србије XIX–XXI века* (ур. Ј. Перовић), Београд 2008.

литичка права (нпр. прослава Првог маја је била забрањена, Комунистичка партија је била забрањена, донет је ауторитарни Закон о заштити државе, Хрватска народна сељачка странка је забрањена итд.). Године 1929. краљ је ставио ван снаге постојећи устав, распустио скупштину и забранио политичке партије – укратко, наметнуо је режим личне, апсолутистичке владавине, диктатуру, коју је 1931. године легализовао, проглашавајући тзв. Октроисани устав. И после убиства краља 1934. године, упркос спорадичним демократским изборним формама, режим није попримио демократска обележја. Напротив, његова владавина је била обележена лажираним изборима, терором, забранама штрајкова и синдиката, фашистичким уредбама и законима (попут оних о успостављању концентрационих логора или, доцније, о формирању радних одреда за комунисте). Ова унитарна држава одбила је да призна македонски језик, као и Македонце и Црногорце као етничке групе. Мањинска права су била веома ограничена и посебно је положај албанске мањинске заједнице био екстремно тежак.

Такозвана друга Југославија (1945–1990/1992) такође је била ауторитарна држава, премда другачијег типа. Непосредно после Другог светског рата (1944–1950), овај ауторитаризам је имао чак одређена обележја тоталитаризма. Ипак, Југославија се разликовала од осталих социјалистичких/комунистичких држава, посебно од 1960-их, по свом „умереном“ комунистичком режиму. За разлику од своје претходнице, ова „друга“ Југославија је била федерација. Сви етници су званично били признати, као и територијално и политички организовани у федералне јединице, док су све етничке мањине (осим Рома) биле потпуно признате и уживале су значајна права, која су чак била виша у односу на међународне и упоредноправне стандарде. Међутим, стање људских права није било задовољавајуће. Такозвана друга генерација људских права тј. економска, социјална и културна права била су и нормативно и фактички на одговарајући начин заштићена, али је уживање тзв. „класичних“ људских права, прве генерације – грађанских и политичких – било и нормативно и фактички ограничено. Нека људска права, попут слободе изражавања, била су суштински ускраћена. Овај озбиљан недостатак у стварном уживању грађанских и политичких права чинио је овај режим ауторитарним. Отуда се сви стварни и позитивни утицаји постигнућа овога режима (који укључују економска, социјална и културна права, мањинска права, развијени федерализам итд.) могу посматрати само из перспективе овог недостатка, недостатка који је карактеричан за све комунистичке режиме, где су, укратко, „сви људи једнаки, али су неки (тј. номенклатура) једнакији од других“.⁶

⁶ Ј. Хасанбеговић, „Реторика људских права у (не)правној држави“, *Наша законитост* 11–12/1989.

Такозвана трећа Југославија (1990/92–2000/02) била је заправо „остатак“ распада претходне, састављен од две федералне јединице: Србије и Црне Горе. При оцени стања људских и мањинских права, треба имати на уму неколико ствари. Прво, једна колективистичка идеологија, класна идеологија социјалистичког тј. комунистичког типа, замењена је другом колективистичком идеологијом, идеологијом етно-национализма, а обе су на самом почетку биле комбиноване у опасни амалгам етно-социјализма.⁷ Друго, водили су се ратови у којима Србија односно, прецизније, Југославија није званично учествовала и у којима њена територија није била попреште сукоба (изузев НАТО бомбардовања 1999. године), али их заправо јесте водила, подржавала, помагала и каналисала на много начина, позивајући се на заштиту интереса српског етничитета. Треће, нормативна решења и стандарди који су с много одлагања и невољно били уграђени у уставе (Србије из 1990. године и Југославије из 1992. године), били су мање-више усклађени с међународно признатим решењима и стандардима у домену људских и мањинских права, али су они доцније били систематски стављани ван снаге: било новим законима, и то донетим у политичком окружењу у коме је целокупна моћ била у рукама једног човека, односно једне партије и њених политичко-партијских сателита, било, посебно, конзистентним уништавањем правосуђа, судова и тужилаштва, који до данашњих дана нису успели да се опораве и постану високо професионални, независни и неподмитљиви. Четврто, треба имати на уму и дугогодишње ванредно стање на Косову, као и развој догађаја у тој покрајини, који је укључивао и оружане сукобе ниског интензитета. Замена једног типа ауторитаризма (друге Југославије) другим (треће Југославије), у држави која је упорно настојала да себе представи као режим у транзицији ка демократији, морао је оставити негативне последице на стање људских и мањинских права: не само несрба већ и оних које је режим представљао као „лоше“ Србе, који су се супротстављали његовој идеологији и етно-националистичком програму.

Најзад, говорећи и даље о традицији као важном фактору утицаја на правну културу, а посебно културу људских права, потребно је казати и неколико речи о религији као кључном утицајном делу сваке духовне традиције једнога друштва. Овде, поново, треба разликовати два аспекта: утицај религије/религија и утицај цркве/цркава. Утицај религија на културе људских и мањинских права може се посматрати као херменеутички проблем: у којим тумачењима и до које мере су одређени религијски системи и учења компатибилни с нормативима и стандардима људских (и мањинских) права. Овде је могуће разликовати не само различите утицаје различитих

⁷ J. Hasanbegović, „Unreasonable Law – The Case of Post-Communist Societies (Perelman’s theory as a frame for analysis – critically reviewed and developed)“, *Chaim Perelman et la pensée contemporaine* (ed. G. Haarscher), Bruxelles 1993.

религија, као што су будизам, јудаизам, ислам, хришћанство (католичко, православно, протестантско) итд., већ и различите одговоре – с обзиром на време и место – на исто питање или проблем у учењима једне исте религије, али такође и различите типове и степене нетрпељивости и фанатизма, како унутар различитих религија и различитих облика атеизма, тако и међу њима, нпр., при посткомунистичком заокрету од атеизма ка одређеној религији. Утицај цркава, као организација и институција, на културу људских (и мањинских) права мора увек бити посматран, не само као херменеутички проблем, већ и као практичан проблем који има последице у свакодневном животу појединаца и друштвених група.⁸ Међу бројним могућим примерима, један би могао бити довољан: два последња члана, чланови 24 и 25, Декларације из Каира о људским правима у исламу (1990) гласе:

Сва права и слободе предвиђене овом Декларацијом морају бити у сагласности са исламским шеријатским правом.

Исламско шеријатско право је једини референтни извор за објашњење или разјашњење било ког од чланова ове Декларације.

4. ЗАКЉУЧАК

На крају, јасно се испоставља колико је тешко разликовати културу и идеологију људских права, као и реторику и стварност људских права. Када је реч о људским правима – култура, идеологија, реторика и стварност тако су повезани да их није могуће издвојено посматрати. При том, није битно како се идеологија схвата: да ли као систем политичких идеја, или као извор манипулације, или као искривљавање стварности и изврнуто објашњење друштвене стварности, или као систем веровања и идеја усмерен на деловање, чија сврха није епистемичка, него политичка, и чија улога није да разоткрије стварност, већ да мотивише људе да раде или не раде одређене ствари, захтевајући зато каткад замагљивање стварности. Као што култура људских права има нормативни и фактички аспект, тако и идеологије људских права такође имају своје карактеристичне

⁸ *Људска права у контексту исламско-западне дебате* (ур. Е. Карић) Сарајево 1996; *Јудаизам и људска права* (ур. Е. Папо) Сарајево 1998; *Људска права и Католичка црква* (ур. В. Блажевић) Сарајево 2000; Уредник целокупног пројекта, професор Здравко Гребо, био је вољан да штампа и најавио је књигу *Православна вера и људска права*, али ова књига још увек чека на ауторе. За понешто на ову тему, везано за Србију, видети О. Поповић-Обрадовић, „The Church, the Nation, the State: The Serbian Orthodox Church and Transition in Serbia“, *Between Authoritarianism and Democracy: Serbia, Montenegro, Croatia – Civil Society and Political Culture* (eds. D. Vujadinović et al.) Београд – Подгорица 2004, 145.

аспекте вредности и стварности који чине амалгам. Ако је закон правни израз политичке идеологије, постојање идеолошког у праву не мора нужно да компромитује интегритет права. Када је реч о законима из области људских права, неке идеологије се сматрају пријатељским (као нпр. либерална, конзервативна итд.), а неке непријатељским (као нпр. фашистичка, комунистичка итд.) према људским правима. То не може бити ништа друго до метаидеологија, тј. идеологија о идеологији, једнако као што је то и став да у либералној демократији не постоји нужна повезаност између права и одређене идеологије. Када би то било тако, у либералним демократијама не би било ни парадокса слободе (за непријатеље слободе), ни парадокса демократије, тј. обавезе на дијалог (са свима, укључујући и оне који злоупотребљавају дијалог). Следећа велика потешкоћа јесте да се разграничи стварна брига за људска права, тј. политика заштите људских права, од пуке реторике људских права, као и да се процени конзистентност како једне, тако и друге – што проблематику људских права чини још комплекснијом. Ако је истина да ниједна сила на свету, а посебно ниједна велика сила није никада следила политику заштите људских права, тако да масовни покрети самих грађана представљају једини начин да се државној власти наметне хуманија политика,⁹ онда се следећа полазна тачка мора веома озбиљно узети у обзир: људска права постоје да би се вршила и уживала, а не да би била описивана и објашњавана. Али, онда се опет поставља питање ко и на који начин треба, односно може, критички да процењује и оцењује те праксе вршења и уживања људских права, а да их не опишује и објашњава.

Dr Jasminka Hasanbegović

Full Professor

University of Belgrade Faculty of Law

HUMAN RIGHTS CULTURE AND/OR HUMAN RIGHTS IDEOLOGY – RHETORICS AND REALITIES

Summary

This paper explains why it is difficult to differentiate between human rights culture and human rights ideology, as well as human rights rhetoric and human rights reality. The author argues that human rights

⁹ N. Chomsky, „On Human Rights and Ideology“, *Forerunner*, 13 October 1979.

culture must be approached differently than the ideal meaning of civic legal culture. To discover whether one legal order belongs to the civic or to the submissive legal culture, one must explore whether and to what extent, at least minimum standards set up in the Universal Declaration are realized. On the other hand, a nuanced approach to different legal cultures includes both an analysis of the factual state of affairs and normative solutions, as well as the influence of political, religious and legal tradition. The author believes that the investigation of the factual state of affairs is important because the human rights culture today encompasses the minority rights culture, too. However, the problem, especially in the former real-socialist states, is that even a well-crafted normative legal framework is often a product of the pragmatic program of the predominant political elite, rather than an expression of a genuine need of the whole society. Therefore, the author argues that the state of affairs in transitional countries can be at best described as „unfounded normative optimism“, since legal norms are not embedded in an adequate human rights culture.

Key words: *Human rights culture. – Human rights ideology. – Civic legal culture. – Serbia. – Unfounded normative optimism.*

Др Томас Флајнер

редовни професор Правног факултета Универзитета у Фрибуру

НЕЗАВИСНОСТ СУДСТВА

Аутор полази од тврдње да чак и најбољи каталог људских права не може гарантовати остварење правде уколико нема делотворних правних лекова. У том смислу, аутор наглашава да сви међународни инструменти који обезбеђују основне елементе владавине права дају јасну предност принципу независних и непристрасних судова, предвиђених законом. Суштински елементи независности судства укључују: процедуру утврђивања чињеница, институционалну организацију суда, процедуру за избор судија, заштиту и гаранцију независности судија, њихову компетентност и њихова овлашћења. У овом есеју, аутор покрива све ове елементе и истиче да судови морају да гарантују политичку независност и непристрасност; њихов рад је регулисан законом и они су доступни сваком појединцу; процедуре морају да буду уверљиве, а судови морају да имају овлашћења да примењују одлуке. Ове гаранције су нарочито угрожене у рату који се данас води против тероризма, зато што се често заборавља да право може да обезбеди сигурност само ако је предвидљиво. Аутор на крају истиче да независност судства зависи од правног образовања и правне културе једне земље. У том смислу, аутор даје преглед различитих правних култура и њихове особене приступе концепту независности судства.

Кључне речи: *Независност судства. – Утврђивање чињеница. – Заштита и гаранције независности. – Компетентност. – Непристрасност.*

Став јавности према судијама, судовима, трибуналима и правди уопште често је веома амбивалентан. Судије се поштују, али им се не верује. Људи се диве сјају правде, али се боје њене строгаће; они верују у њену независност, али их избежумљују искушења пред које их она ставља; верују у њу, па ипак желе да је контролишу. Људи желе да правда буде близу, али што им је ближе, то их више плаши. Желе да реформишу правосудни систем којим се обезбеђује правда, али у исто време, не желе да је изобличе.

Важан чинилац у осигуравању адекватног функционисања правосудног система јесте независно судство. Судије су, као људска бића, стално изложени спољашњим утицајима, те се стога морају тражити институционалне гаранције које ће заштити судије од ових спољашњих утицаја и обезбедити најшири могући оквир који омогућава судијама да донесу пресуду засновану на релевантним чињеницама изнетим на суду, у складу са правом и само на основу свог личног тумачења правних текстова. Основни елементи који доприносе гаранцији независности судства јесу:

1. процедуре утврђивања чињеница,
2. институционална организација суда,
3. процедура избора судија,
4. заштита и гаранција независности судија,
5. њихова компетентност и
6. њихове способности.

У овом раду дат је увид у све ове елементе. Но, пре него што пређемо на истраживање ових елемената, морамо видети зашто је независно судство неопходно.

1. ЗБОГ ЧЕГА ЈЕ ВАЖНО НЕЗАВИСНО СУДСТВО?

1.1. Судија као посредник

1.1.1. Расправа између двоје деце око колача: судија као посредник

Франц и Мартин, двојица првака, свађају се око колача који Франц држи у руци. Мартин тврди да њему припада цео колач и да му је колач дао ујак, који му га је дао безусловно. Франц тврди да то није тачно, да је колач он добио од Мартиновог ујака, који му је рекао да је колач његов и да, уколико жели, може да га подели са Мартином. Пошто не могу да реше проблем, позивају Елис да посредује у овом спору. Елис је мајка њиховог друга Феликса. Она тада интервенише како би решила свађу. Она најпре пита децу коме је дат колач и под којим условима. Деца би могла да јој испричају две различите верзије приче. Уколико ниједна „страна“ није у стању да јој пружи уверљив доказ о томе да је цео колач баш њој дат да га подели како год буде желела, Елис би могла да закључи да је њен задатак да реши расправу полазећи од опште претпоставке да колач треба да буде подељен на два дела. Она би то могла да предложи деци и, уколико се она сложе, да реши спор тако што ће колач поделити на два једнака дела.

1.1.1.1. Елисин легитимитет?

Да ли би оба дечака прихватила одлуку коју је донела Елис, да је ту одлуку донела, рецимо, Мартинова или Францова мајка? Или, да ли би неко треће лице, које дечаци не познају, било у стању да посредује и да донесе одлуку која је иста као она коју је донела мајка њиховог заједничког друга? Да ли би они прихватили решење уколико би га предложио неко од њихових школских другова? Чини се да је независни посредник, кога познају и поштују оба дечака, представљао најбољу могућу особу за решавање овог спора. Елис, Феликсова мајка, имала је легитимитет да реши спор, зато што су је познавали и Франц и Мартин, зато што су је оба дечака прихватила као непристрасног арбитра и зато што је пресуда била таква да ниједног од њих није учинила потпуним губитником, а другог потпуним победником.

1.1.1.2. Научена лекција

Ова прича истиче неколико важних разлога за принцип независности судства. У овом случају, судија је посредник, а њена или његова пресуда заснива се, пре свега, на неким важним моралним стандардима, као што су „третирајте децу једнако и поштено“ и, друго, на искуствима која одрасли имају са дечијим препиркама. Требало би истаћи још један интересантан елемент у овој краткој причи: мајка која решава спор између деце не испитује чињенице. Она није питала да ли је тачно оно што су испричали Франц или Мартин. Без одлучујућег доказа, она долази до закључка да не може да сазна праву истину, али упркос томе, од ње је затражено да донесе одлуку. Елис поступа као чувени судија Соломон. Свесна чињенице да вероватно никада неће сазнати шта се заиста десило између дечака и знајући да ће се и један и други дечак држати своје верзије догађаја, она покушава да реши проблем без утврђивања чињеничног стања, то јест, тако што сече колач на два дела, надајући се да ће тако сигурно решити проблем. На тај начин се заиста и решава проблем, под условом да се обе стране сложе са пресудом. Уколико се не сложе, сукоб би се могао наставити и доћи до више инстанце, до новог посредника. Претпоставку да су у свађи између два детета, обично оба детета делимично у праву и делимично нису у праву, и да због тога пажљиво утврђивање чињеница не би дало никакав резултат, може да изнесе само неко ко је близак деци и ко потиче из исте културе као и та деца, ко зна на који начин се деца васпитавају. То значи да кредибилитет посредника зависи и од тога да ли га људи прихватају као некога ко припада истој култури.

1.2. Судија као независни истражитељ чињеница

1.2.1. Проблеми са утврђивањем чињеница

Утврђивање чињеница у прошлости: студенти из моје групе из управног права недавно су ми испричали шта се десило једном њиховом колеги који је пао на испиту. Професор који је оцењивао испитни рад дао је следеће објашњење: студент је написао тако одличан испитни рад да је очигледно да га није написао сам, већ је сигурно преписао текст из неке књиге. Професор није успео да пронађе ту књигу, нити је имао доказ којим би поткрепио своје мишљење. Овај спор се прилично разликује од спора дече око колача. Овде имамо студента, као слабију страну, који је у спору са универзитетским професором. Можемо претпоставити да универзитетом руководи нека јавна власт и да се однос између универзитета и студената регулише јавним правом.

1.2.1.1. Утврђивање чињеница у будућности

У следећем случају, ризици о којима је реч много су већи. Размотримо, наиме, пример забране коју је суд на Хавајима донео против експеримената са великим сударацем хадрона (*Large Hadron Collider*) који се спроводе унутар Европске организације за нуклеарна истраживања (*CERN*) у Женеви. Ови експерименти могу довести у опасност читав свет. Какву би одлуку судија требало да донесе у случају неодређених, али високих ризика?¹

1.2.1.2. Питање кредибилитета?

Да је у спору око колача било утврђено да, ван сваке разумне сумње, колач припада или Францу или Мартину, Елис, као посредник не би имала никакав кредибилитет да је колач поделила на једнаке делове и дала их завађеној деци. Али, какву би одлуку требало да донесе посредник у поменутом случају у вези са испитом. Он би, на пример, могао да донесе одлуку у корист професора, дајући му већи кредибилитет због његове функције службеника и представника државне власти. У старом ауторитарном управном праву земаља са континенталном правном традицијом, државна управа, а у овом случају професор, одговорни су за утврђивање чињеница и стога одлучују о истини. Какву би одлуку требало да донесе посредник? Очигледно је да она или он не могу једноставно да донесу одлуку у ко-

¹ Противници пројекта надали су се да ће издејствовати забрану од стране Европског суда за људска права, којом би се спречило да се сударац уопште и укључи, али је суд одбацио овај захтев. Међутим, суд ће разматрати наводе према којима експеримент крши право на живот према Европској конвенцији о људским правима.

рист студента, уколико истина и даље остане непозната. Међутим, могу ли она или он онда да донесу одлуку у корист професора и да њој и њему дају већи кредибилитет? Школа има обавезу да обучава и образује младе ученике. С једне стране, она има обавезу и одговорност према јавности да звања и дипломе додељује оним студентима који то заслужују. С друге стране, студенти који спремају своје испите и који очекују једнак третман од стране својих професора сматрају да уколико на испитима покажу своје знање и своје способности у погледу предмета, имају право да положе испит. Њихове оцене не би требало да зависе од хирова професора.

1.2.1.3. Државна управа и грађани као приватна лица

У случају са колачем оба детета била су равноправна. Сада се поставља питање на који начин би требало решити спор између неједнаких страна, на пример, између ученика и учитеља? У случају са колачем, посредник није уопште утврђивао чињенице. Деца су прихватила пресуду засновану на ауторитету и кредибилитету мајке. У случају који се односи на студента и професора, утврђивање чињеница је од суштинског значаја. Ако студент може да докаже да није варао, он ће положити испит са високом оценом. Ако професор пронађе текст који је студент преписао, студент ће пасти на испиту. Међутим, главни проблем односи се на чињеницу да највероватније ни студент ни професор не могу да пруже разумне доказе за своје аргументе. Како одличан студент може да докаже да није преписао текст из већ постојеће књиге? Како професор може да пронађе текст који је безуспешно тражио? Стога се поставља питање која врста одлуке може да се донесе у спору у којем се не могу установити чињенице засноване на доказу који би ван сваке разумне сумње потврдио истинитост чињеница.

1.2.1.4. Кредибилитет државне управе

Независтан посредник захтевао би од професора да оцене текстове које су написали студенти и да одбију да их оцене само ако могу да докажу да је студент преписао текст. Ако немају никакав доказ, они не могу да тврде да су студенти варали. Ово би могло да буде разумно решење. Ипак, ако погледамо управни поступак у Швајцарској, видимо да су управним органима дата бланко овлашћења да одлучују о истини након што је грађанима пружена прилика да изложе своје виђење чињеница.

У чувеном случају *Belilos*, Европски суд за људска права је 1987. године донео одлуку у којој се каже да се чл. 6 Европске конвенције о људским правима (ЕКЉП) у целости може применити на Швајцарску. Стога, у управним случајевима према чл. 6, о чиње-

ницама би требало да одлучује независан суд, а не чисто управни суд.² У случају *Belilos*, оптуженој је управни полицијски суд досудио новчану казну пошто је проглашена кривом због учествовања на не-легалним демонстрацијама. Она је тврдила да није учествовала на тим демонстрацијама, већ је била у ресторану како би добила алиментацију од свог бившег мужа. Понудила је сведочење свог бившег мужа. Полицијски суд је одлучио да нема потребе да се позове њен бивши муж, јер ју је један полицајац препознао као једну од учесница на демонстрацијама.

1.2.1.5. Традиционалан концепт јавног права

Према традиционалном концепту управног права у земљама са континенталном правном традицијом, управни органи не само да имају овлашћење да донесу коначну одлуку о чињеницама, већ такође имају овлашћење да одбију предложене доказе, уколико процене да за то нема потребе. Сходно томе, у земљама са континенталном правном традицијом влада мишљење да управни органи имају велики степен кредибилитета јер се они сматрају институцијама које бране и унапређују јавни интерес. Стога се полазило од претпоставке да државни службеници који раде у служби јавног интереса не могу никада представљати приватну страну у спору са грађанима. Тек је унутар јурисдикције Европског суда за људска права, Швајцарска била приморана да промени свој став и процедуру у погледу управних случајева. У складу са тим, уставни амандман донет под утицајем чл. 6 ЕКЉП-а, омогућава грађанима право на приступ независном суду, кадгод воде правни спор са управом. У оваквим околностима, важно је да суд, који сада уместо државне управе одлучује о чињеницама, буде потпуно независан од државне управе.

1.2.2. Институционални услови за независно утврђивање чињеница

Елис, посредник у спору око колача, не представља одрживу институцију. Она је приватно лице које је било у стању да успостави општи кредибилитет непристрасног посредника у свађи између деце, на сопствену иницијативу и користећи сопствене способности. Да би постала институција, деца би требало да прихвате чињеницу да за све врсте расправа постоји нека особа која припада институцији коју поставља друга институција, на пример школа, која је компетентна за посао посредовања. Сада би требало одговорити на питање како таква институција стиче кредибилитет код деце. Овај кредибилитет зависи од различитих фактора, као што су:

- легитимитет институције (аутори устава, законодавац) која оснива орган посредовања;

² *Belilos v. Switzerland*, 132 Eur. Ct. H.R. (ser. A) (1987).

- легитимитет концепта институције, њене функције и њене надлежности;
- легитимитет процедуре утврђивања чињеница и легитимност положаја странака у овом поступку;
- легитимитет тела које врши избор и процедуре избора или постављења лица у институцију и
- легитимитет особе изабране и постављене на положај у тој институцији.

1.2.2.1. Адверзативно насупрот инквизиторијалном утврђивању чињеница

Један од најважнијих чинилаца којима се осигурава кредибилитет правосуђа јесте гарантовање независног утврђивања чињеница. Прво питање које треба поставити у вези са овим задатком, јесте која институција је подеснија за доношење одлука о чињеницама: независан судија, порота или државна управа? У земљама са англосаксонским правним системом, адверзативни систем, заснован на једнаким шансама страна да убеди независну пороту у своје виђење чињеница, развијен је под окриљем доктрине *habeas corpus*. У државама са континенталном правном традицијом, адверзативни систем дозвољен је само у грађанско-правним споровима, док су у управним и кривичним споровима, државна управа или тужилац задужени за испитивање истине. Судија може да интервенише у изузетним случајевима, само ако је очигледно да државна управа искривљује истину. Развој управног поступка и гарантовање једнаких шанси за стране у поступку који су истакнути у Европској конвенцији коначно су утицали на то да се оба ова система споје. Међутим, остале су неке значајне разлике у погледу утврђивања чињеница.

1.2.2.2. Претпоставке

Размотримо чувену одлуку Соломона, судије који је морао да донесе одлуку у спору између две жене које су се бориле за дете. С обзиром на то да су обе жене тврдиле да су родиле то дете, Соломон је морао да открије која од њих је биолошка мајка која има право да задржи дете. Соломон је предложио да се дете исече на два дела и да свака од жена добије по један део. Као што су сви претпостављали, једна од жена снажно се противила овом предлогу и желела је да се одрекне детета зарад његовог живота и да га препусти противничкој страни. За судију Соломона, ова реакција представљала је јасан доказ да је та жена права, то јест, биолошка мајка детета. Соломонов предлог сматра се мудрим, правденим и ефикасним начином утврђивања чињеница.

Међутим, ово утврђивање чињеница засновано је, наравно, на важним претпоставкама. Пре свега, сматра се да је Соломон непристрасан арбитар који ни на који начин није повезан са странама у спору, нити са дететом, у евентуалном својству оца. Соломон је, надаље, претпоставио да ће се биолошка мајка противити наношењу штете свом детету, што се може узети као генерално прихваћена претпоставка. Ово би могло бити тачно 90%, али шта је са преосталих 10%? Да је жена која се противила убиству детета била „погрешна“ мајка, и даље би у најбољем интересу детета било да се оно да мајци која се противи убиству, зато што би она, иако није биолошка мајка, могла да буде боља мајка од мајке која се није противила предлогу да се дете исече. Стога је утврђивање чињеница засновано на претпоставкама за које се може испоставити да су погрешне.

Када се сагледају сви ови примери, испоставља се да су независност судије и његова непристрасност у погледу страна у спору од фундаменталног и суштинског значаја. Реч је о *conditio sine qua non*. Овим се, међутим, не решава питање процедуре у вези са утврђивањем чињеница.

1.2.2.3. Независно утврђивање чињеница и политички притисак

Ако је државна управа задужена за утврђивање чињеница у конкретним случајевима, може се десити да она буде суочена са супротстављеним интересима, као у случају тражилаца азила. У политичком је интересу, рецимо Швајцарске, да ограничи број тражилаца азила и да једном мањем броју тражилаца азила додели избеглички статус. Ово је у потпуној супротности са интересом тражиоца азила, који се боји да ће бити прогоњен, мучен или убијен када се врати у своју домовину. У процесу утврђивања чињеница, управни органи морају да одговоре на следеће питање – у којој мери је тражилац азила угрожен у земљи из које потиче и морају такође да проуче конкретне податке о општој ситуацији у дотичној земљи и опасност која прети тражиоцу азила од стране власти у тој земљи. Такво утврђивање чињеница и процена конкретне опасности даје државној управи широка дискрециона овлашћења. У великом броју случајева, државна управа има много посла око утврђивања истине. Због тога садашњи швајцарски закони захтевају од државне управе само да оцени кредибилитет тражилаца азила и да донесе коначну одлуку засновану само на њиховом кредибилитету. Због тога се дешава да чак и када тражиоцима азила заиста прети опасност у њиховој земљи, њихов захтев за азил буде одбијен само по основу недостатка кредибилитета.

1.2.2.4. Порота као истражитељ чињеница

У земљама са англосаксонском правном традицијом, у процедури заснованој на принципу поштеног суђења, дужност утврђивања

чињеница најчеће се додељује странкама од којих је затражено да убеде независну пороту путем подношења доступних доказа. Чланови ове пороте бирају се насумично. Странке морају да изнесу чињенице и потребне доказе пред пороту, а порота затим мора да донесе одлуку у којој саопштава које чињенице сматра релевантним и истинитим. У овом, такозваном „адверзативном поступку“ стране се налазе у равноправном положају и боре се за своје виђење чињеница пред независном поротом. Тако ће порота сматрати релевантним само оне изнете чињенице које су поткрепљене убедљивим доказима. Свака страна мора да брани своје интересе, те тако ниједна страна не ужива посебне привилегије, нити углед, приликом утврђивања чињеница.

1.2.2.5. Судија као истражитељ чињеница

У земљама континенталне правне традиције, о чињеницама одлучује судија, а само ретко порота. У кривичним случајевима, тужилац често добија посебан положај, јер се полази од претпоставке да тужилац износи чињенице, не само као противник оптуженог, већ и у својству државног службеника који брани јавне интересе, укључујући и интересе оптуженог. Као последица тога, јавни тужилац има већи кредибилитет у односу на оптуженог, којем, с друге стране, када је реч о кривичним поступцима, стоји на располагању принцип да у сумњи треба одлучити у корист оптуженог. Док су у земљама англосаксонског права ови принципи развијени путем судских прецедената, у земљама континенталног права они се примењују путем закона.

1.2.2.6. Истина коју утврђује државна управа

У оквиру система адверзативних судских поступака, обе стране су равноправне. Унутар таквог система, независност и непристрасност суда као посредника који није привржен ниједној од страна, уверљивије су него у систему који овлашћење доношења одлука о чињеницама ставља у руке државној управи, што је, с обзиром на истражни метод, случај у континенталном правном систему. Да би се проценила независност судства, важно је такође да се проуче процедуре. У инквизиторијалним системима, заснованим на истраживањима које спроводи државна управа, ограничене су могућности које стоје на располагању судовима, када је реч о независном утврђивању чињеница. Често се дешава да чињенице које изнесе државна управа они морају да прихвате здраво за готово. Само у случајевима разумне сумње у објективност чињеница, суд може да захтева додатно утврђивање чињеница. Стога су неопходне неке додатне гаранције одговарајућег правног поступка, попут чл. 6 ЕКЈП-а. Ова права захтевају од судова да у кривичним поступцима доделе важна права оптуженом како би се гарантовало поштено суђење и одговарајући правни поступак, а нарочито могућност ефикасне одбране на суду.

1.2.2.7. Избегавање правде линча

Данас је у различитим земљама присутна неколицина политичких трендова којима се заговара већа политичка обавеза судства и већа зависност судства од политике. Творци таквих нових политичких дешавања требало би да се сете чувених случајева *Мисисипи* који су се одиграли у Сједињеним Државама и који су обавезали Конгрес да донесе законе о грађанским правима. У овим случајевима, оптужени који су припадали афро-америчкој заједници нису имали никакве шансе да буду ослобођени оптужби за убиство, иако су били невини, зато што су судије и порота били изложени притиску расистичке руље. Ако судови подлегну утицају политике и етничке припадности, они ће доносити одлуке у складу са предрасудама јавног мњења, а не у складу са законом. Ако је циљ правосуђа, као што је већ одлучено у чувеном случају *Bonham* из 1610. године³, да осигура владавину закона, а не људи, правосуђе мора да постигне што је могуће већу независност од политичког притиска.

2. НЕЗАВИСНИ СУДОВИ

2.1. Предуслов за међународну обавезу поштовања људских права

Сви међународни правни документи којима се обезбеђују основни елементи владавине права дају јасну предност принципу независних, непристрасних и компетентних судова, установљених законом. Стога се у чл. 14 Међународног пакта о грађанским и политичким правима каже:

Сви су пред судовима једнаки. Свако има право да његова ствар буде правично и јавно саслушана од стране надлежног, независног и непристрасног суда, установљеног законом, који ће одлучивати било о основаности ма какве оптужбе кривично-правне природе уперене против њега, било у споровима о његовим правима и обавезама грађанске природе.

Судови стога више нису лична својина владара, свештеника нити политичара високог ранга. Људима би требало да владају закони, а не људи!

2.1.1 Људска грешка

Судови и трибунали су институције које се оснивају путем права. Стога, унапред морају да буду познати надлежност, овлашћења и, наравно, судска пракса суда са којим особа долази у контакт. Када су упознате са судском праксом суда, стране у једном поступку могу

³ 8 Co. Rep. 114 (Court of Common Pleas [1610]).

боље да бране свој случај тако што ће своје аргументе заснивати на одлучујућим прецедентима. Поред тога, унапред се мора знати ко ће бити судија. Иако судије долазе из различитих правних традиција и могу да припадају различитим партијама, они морају да буду само под утицајем закона. Међутим, при тумачењу правних текстова они, у извесној мери, морају да узму у обзир сопствена лична уверења, образовање и лична искуства.

Основна идеја није да се постави неки велики владар у чији ће се интегритет имати поверења, нити да се целокупан правосудни систем преда у руке најморалнијем, најчаснијем и најлегитимнијем лицу. Оно што је, међутим, важно, јесте легитимност институције, а то је у овом случају, суд, легитимност судског поступка и легитимност процедуре избора судија. Ови елементи су основа гаранције непристрасности и независности суда.

2.1.2. Моћни судови у погледу власти

Прво и основно, суд мора да буде компетентан. Овај услов може да се сагледа из два различита угла. Суд је компетентан ако је његова надлежност установљена законом и ако суд има овлашћење да одлучује независно о својој компетентности. Надаље, компетентност суда такође подразумева његово овлашћење да управља странкама како би поступак био вођен на непристрасан начин. Овде се уочавају јасне и значајне разлике између система англосаксонског права и система континенталног права, нарочито у случајевима када државна управа учествује у поступку у својству странке. Пре свега, у континенталном правном систему, притужбе на рачун државне управе увек су упућене против анонимне власти која је део хијерархије државне управе, као једне од страна у поступку. У оквиру англосаксонског правног система, тужба против државне управе често је персонализована, нпр. *Marbury v. Madison*⁴, како би се означила конкретна особа која мора да брани интересе управе у својству стране у поступку. Као последица тога, особа која учествује у поступку у име државне управе може током суђења да одговара за свој став пред судијом. Управо судија, користећи овлашћење забране непоштовања суда, може да наложи члану државне управе да, рецимо, преда релевантна документа неопходна за утврђивање чињеница. Уколико они то одбију, судија је овлашћен да осуди страну у поступку на новчану казну, па чак и на казну затвора. Када судија донесе коначну одлуку, она или он могу да пропишу било коју меру која је потребна да би се поново успоставила владавина права.

⁴ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803).

У случају одбијања, та особа је одговорна за извршење пресуде и може такође да буде кажњена новчаном казном или казном затвора. У континенталном правном систему, анонимни државни орган као такав не може бити осуђен на новчану казну, нити на казну затвора. Стога судија има веома ограничено овлашћење у погледу државне управе, јер не постоји никаква санкција којом се може казнити нека апстрактна власт у случају да та власт одбије да прихвати одлуку судије. Ово би могло да буде један од важних разлога зашто, у континенталном правном систему, судија нема никакво овлашћење да спроведе своје одлуке, захтева конкретне мере, нити да забрани одређене активности и примени своје пресуде у погледу државне управе.

Због тога једина тужба која је могућа унутар управног права у континенталном правном систему јесте захтев да се поништи акт управе. Традиционалан англосаксонски правни лек судске забране или наредбе не постоји у континенталном правном систему.

2.2. Зашто државна управа не може да функционише као независан судија?

2.2.1. *Поступање у јавном интересу*

У швајцарском систему управног права, који је био под утицајем француског и немачког система, државна управа имала је дуго времена значајна овлашћења која су јој омогућавала да функционише као независан судија. Основна идеја у позадини овог овлашћења јесте уверење да државна управа делује у јавном интересу. Од ње се тражи да испуни вољу законодавне власти и стога су јој потребна независна овлашћења како би применила постојеће позитивно право. Поступајући у име извршне власти, државна управа мора да има на располагању иста средства принуде у погледу обичних грађана која има и судија. Стога је државна управа овлашћена да принуди на правне обавезе путем управних аката, а потом да спроведе ове акте уз помоћ присилних средстава извршења. Ове административне одлуке могу такође да садрже конкретне претње новчаним казнама за оне субјекте који се не придржавају наредби државне управе.

2.2.2. *Хијерархија државне управе нема никакав кредибилитет*

Полазећи од овог убеђења, велики број притужби на незаконите акте државне управе могле су да буду упућене управним органима на наредном нивоу хијерархије. У великом броју случајева, државна управа није могла да буде тужена пред независним судијом. Уместо тога, државна управа, као институција која делује у јавном интересу, имала је пуни кредибилитет као независан правни актер.

2.2.3. Независност према члану 6 ЕКЈП-а

Овај концепт радикално је био промењен са усвајањем Европске конвенције о људским правима (ЕКЈП), а нарочито члана 6 ове Конвенције. Прекретница у Швајцарској, када су у питању судски случајеви, био је случај *Belilos*, који јасно илуструје проблем независности и кредибилитета државне управе. Случај је започео када је Марлен Белилос досуђена новчана казна због учествовања на недозвољеним демонстрацијама у Лозани, главном граду швајцарског кантона Вода. Белилосова је порицала да је учествовала на овим демонстрацијама и тврдила је да је у то време била у ресторану на састанку са својим бившим мужем како би од њега добила новац за алиментацију. Према правном систему кантона Вод, ако субјект одбије да плати новчану казну досуђену према кантоналном кривичном праву, такозвани полицијски суд има обавезу да преиспита случај. Овај полицијски суд састављен је од бивших полицајаца који, на одређено време, суде у судским поступцима. Њима је, као члановима полицијског суда, додељен извршан степен независности. Влади кантона нарочито није дозвољено да даје било какве директиве овом суду, нити било ком од његових чланова.

Госпођа Белилос је посебно тврдила да управно тело, као што је полицијски суд, не може да се сматра независним судом према чл. 6 ЕКЈП-а. Полицијски суд није поуздано непристрасан када се од њега тражи да одлучи о чињеницама које, с једне стране износи полиција, а с друге стране, приватно лице у својству сведока. Према чл. 6 ЕКЈП-а, о пресудама у кривичним поступцима, као и о одлукама државне управе којима се крше грађанска права, може одлучивати само непристрасан и независан суд предвиђен законом који је у потпуности надлежан за случај који треба да се води на јавном суђењу. Надаље, када је реч о полицијским питањима, полицијски суд не може да буде сматран непристрасним.

Суд се у вези са овим конкретним случајем позвао на основе из чл. 6. Суд је морао да одлучи да ли полицијски суд кантоналне државне управе може да се сматра независним судом у смислу чл. 6 ЕКЈП-а. Суд је ово одбио наводећи следеће разлоге: Полицијски суд или општински суд састављен је од појединачних чланова који су, када је реч о њиховој конкретној функцији, у мањој или већој мери независни. Међутим, с обзиром на то да извршни органи могу да их, као чланове суда који припадају служби полиције, поново поставе на административне положаје унутар полиције, овај суд се не може сматрати истински независним. На одлуке судија могли би да утичу њихови сопствени интереси који се односе на напредовање у каријери службеника државне управе. Тако је извршна власт која одлучује о

евентуалном постављању на ову последње поменућу функцију вршила *de facto* важан утицај на доношење одлука општинских судова.

2.2.4. Зависност од политике и државне управе

Пошто је постојала могућност да чланови овог општинског суда буду заинтересовани за сопствено будуће напредовање у послу које би им омогућила извршна власт постављањем на нове административне функције, они се не могу сматрати независним у функционалном смислу. Поверење у независност судства не треба доводити у питање зато што чланове поставља извршна власт. Овде није спорна изборна процедура, већ се ради о томе да чињеница да су чланови заинтересовани за унапређење у оквиру своје функције угрожава кредибилитет општинског суда.

И заиста, ако анализирамо овај конкретан случај, морамо признати да суд састављен од бивших полицајаца који могу поново да обављају ову функцију има веома слаб кредибилитет када треба да оцени кредибилитет приватног лица у својству сведока и бившег мужа госпође Белилос који негира званичну изјаву полицајца који тврди да ју је видео како учествује на демонстрацијама. Како суд састављен од полицајаца који имају интерес да поново раде унутар исте државне управе може да тврди за себе да је независан суд када он мора да донесе одлуке о чињеницама око којих се споре полицајци и приватна лица?

2.2.5. Научена лекција

Овај случај је такође занимљив и када је реч о једном другом питању. Госпођи Белилос досуђена је новчана казна зато што је суд пресудио да је она била на демонстрацијама, што је чињеница коју је госпођа Белилос негирала. Суд није веровао њеној изјави, нити сведочењу њеног бившег мужа. Он је само веровао свом полицајцу и колеги који је током суђења потврдио да ју је видео на демонстрацијама. Овде се суочавамо са проблемом непристрасног утврђивања чињеница које спроводи суд састављен од бивших полицајаца. Чак и ако би ови бивши полицајци сматрали да на њих не утиче њихов некадашњи посао и ако би тврдили да немају никакве позитивне предрасуде у погледу свог колеге у својству сведока, људи изван државне управе увек би сумњали у истинитост таквих тврдњи. Иако је општински суд можда праведно поступио, то није било тако доживљено.

2.3. Систем теже и противтеже

При анализирању принципа поделе власти, намеће се добро позната Монтескјеова реченица из Поглавља XI његовог дела *Дух закона*:

Међутим, свакодневно искуство показује нам да је сваки човек који има власт склон да ту власт злоупотреби и да искористи своју власт до крајњих граница. Зар није чудно, а опет и истинито, рећи да су самој врлини потребна ограничења? Да би се спречила ова злоупотреба, потребно је, по самој природи ствари, да власт буде контрола власти. Влада може да буде конституисана тако да ниједан човек не буде приморан да чини ствари на које га не обезује закон, нити да се уздржава од ствари које закон допушта.⁵

Виспрено схватање према којем „власт квари, а апсолутна власт апсолутно квари“ (Лорд Ектон)⁶ налази се у самој основи принципа поделе власти.

2.3.1. Да људима влада закон

Сви филозофи који заговарају владавину права нарочито су инсистирали на томе да судство треба да буде независно од извршне и законодавне власти. Ово не значи да извршна власт не може да поставља судије. Нити значи да извршна власт не може да врши извесну дисциплинску контролу над понашањем судија. Минималан стандард који се тражи јесте да судије никада не могу да се уклоне са положаја због одлука које су донели или аргумената које су изложили на суду, да ниједну одлуку не може да поништи извршна власт и да извршна власт нема овлашћење да изда директиву у вези са самом функцијом или судском праксом суда. Ако, рецимо, извршна власт поставља судије, као што је то случај у САД-у, а Устав предвиђа да они могу доживотно да обављају функцију и да њихова плата не може да буде смањена док обављају своју функцију, такве гаранције представљају противтежу утицају извршне власти када она поставља судије на положај. Стога се увек морају сагледати сви аспекти система теже и противтеже између две делатности како би се проценила независност судија у конкретном случају. Исто важи и за законодавну власт и њено овлашћење импичмента или њеног овлашћења да одузме имунитет у случају кривичне оптужбе подигнуте против судије.

⁵ Montesquieu, *Spirit of Laws*, Cambridge 1989, Chapter XI.

⁶ Први барон Ектон (John Emerich Edward Dalberg Acton, first Baron Acton, 1834–1902) у писму бискупу Крејтону (Bishop Mandell Creighton) из 1887. године

2.3.2. *Случај Мухамедове карикатуре*

Недавно је цео свет био уздрман због карикатуре која је најпре објављена у данским дневним новинама, а потом и у многим другим европским новинама. На овој карикатури приказан је пророк Мухамед са турбаном на глави испод кога се видела бомба. За велики број Муслимана објава ове карикатуре представљала је неприхватљив расистички чин, јер се тиме сугерисало да је религија као таква терористичка и да су сви верници исламске вере или терористи или поборници тероризма.

Претпоставимо да би у овом конкретном случају законодавна власт морала да примени уставну гаранцију слободе штампе и кривични закон којим се забрањује свако објављивање расистичког садржаја. Она би тако морала да вага, с једне стране, уставом гарантовану слободу штампе и слободу мишљења, а са друге стране, право верника да не буду изложени омаловажавању због својих верских убеђења и да буду заштићени од сваке врсте расизма. Да ли бисмо могли да очекујемо да ће законодавна власт одлучивати о овом питању непристрасно и да неће узети у обзир политичке интересе било оних који бране слободу штампе, било оних који бране ислам?

И заиста, законодавна власт би употребила сва средства да убеди јавност у то да она, будући да је створила закон, најбоље зна које циљеве треба постићи и да због тога закон треба тумачити на начин који одреди законодавство. Међутим, такве одлуке могу да буду уверљиве само ако их донесе суд који је надлежан за питања људских права. Само суд може да на уверљив начин процени све различите супротстављене интересе у таквом случају.

2.3.3. *Осуда Томаса Мора*

У овом контексту чувена је осуда коју је у XVI веку енглески Парламент под краљем Хенријем VIII изрекао на рачун Томаса Мора. У овом случају, парламент је морао да одлучи да ли би одбијање Томаса Мора да призна да је Краљ врховни поглавар цркве требало сматрати велеиздајом. Пошто је овај закон донео парламент, при примени овог закона, парламент је сам себи био судија који је одлучивао о овом случају. Међутим, они који доносе закон не могу никада да дају мишљење о његовом садржају, тумачењу и примени у конкретном случају. Они би увек посматрали закон према најподеснијим политичким приликама и не би га тумачили на начин који би свако разумео, већ само на начин који они у датом моменту разумеју, узимајући у обзир актуелну већину и њен конкретан интерес.

Из истог разлога, од извршне власти не може се тражити и да примењује и спроводи закон и да буде крајња правна инстанца у слу-

чају када је њено тумачење предмет спорења. Када извршна власт примењује законе које је одобрио парламент, на суду је да одлучи да ли она извршава вољу парламента на исправан начин и у складу са уобичајеним схватањем. Уколико постоји спор о ограничењу брзине, рецимо, у погледу тога да ли 5 километара или само 3 километра преко дозвољене брзине треба да се толерише према закону, коначну одлуку о том питању требало би да донесе независан суд. Надаље, када је реч о утврђивању чињеница, овлашћење да се донесе коначна одлука о чињеницама не би требало да припада државној управи, већ га треба доделити суду. Како би то било, рецимо, да полицајац који регулише саобраћај у исто време спроводи саобраћајне прописе и кажњава новчаном казном возача који крши саобраћајне прописе? Могло би да се деси да полицајац превиди неке основне чињенице које би независан суд препознао, углавном због тога што постоји противничка страна која може да изнесе другачија виђења чињеница или друге аргументе у погледу закона. Полицајац, међутим, не може да буде сам свој судија када одлучује о правилима које треба применити и овлашћењу да се примене санкције и донесе коначна одлука о новчаним казнама или чак о затворској казни за возача који крши закон. Такво овлашћење може да врши само независан суд.

2.4. Независне судије

2.4.1. Избор и кандидовање судија

У појединим земљама, као што су Немачка и Шпанија, уставни судови састављени су од судија који се бирају на одређено време и не могу да буду поново изабрани у следећи мандат. У обема земљама, уставни суд је посебна грана судства чија је надлежност ограничена на контролу уставности било ког закона или било које друге државне активности. Стога је једино уставни суд надлежан за устав. Сви други редовни судови морају да се обрате овом уставном суду за решавање свих питања која се тичу устава.

У другим случајевима, највиши судови, као што су Врховни суд у САД-у и Дом лордова у Британији, састављени су од судија који су доживотно постављени на ту функцију. Међутим, само је амерички Врховни суд установио (1803. године) своју надлежност над уставом, на основу чувеног случаја *Marbury v. Madison*. У овом случају, главни судија Маршал следио је принцип према којем је судска власт суверена у сваком случају и када се од судства тражи да пресуди у правном спору, од њега се такође тражи да проучи највиши правни акт – Устав. Када дође до закључка да је законодавна власт прекршила устав, оно мора да има овлашћење да изврши контролу закона који је донела законодавна власт. Не могу се постављати ограничења на деловање судства када оно одлучује о случају према

принципу правде јер Америком, као што је то рекао главни судија Маршал, морају да владају закони, а не људи.

2.4.2. Функција на одређено време или доживотна функција

Ако се судије постављају на доживотну функцију или на одређено време, они су, наравно, чврсто уклопљени у дух времена и друштва. У изузетним случајевима, може се десити да буду помало прогресивни у односу на главну струју у актуелном друштвеном мишљењу, али од њих се не може очекивати да доносе одлуке које водећи интелектуалци тог друштва не могу уопште да разумеју.

Ако судију поставља извршна власт, као што је случај у Сједињеним Државама, извршна власт би лако могла да злоупотреби ово овлашћење како би поставила на функцију оне судије чији су ставови у складу са председниковим. Равнотежа између две странке се може одржавати ако се на функцији председника смењују припадници и једне и друге странке. Међутим, ако се већина судија Врховног суда кандидује из редова једне странке, онда тај суд губи свој кредибилитет. То би било још драстичније ако би председници, као што се данас дешава, показивали склоност да на функцију постављају судије које су ближе екстремнијој, а не умеренијој струји страначке идеологије.

2.4.3. Нема неограничене независности

Заправо, уставни суд, или врховни суд овлашћен да контролише уставност законодавних аката, није никада у потпуности независан. Судије су део друштвене и политичке реалности. Па ипак, од њих се очекује да у својим пресудама о случајевима износе аргументе који су разумљиви правничкој професији. Политичка идеологија може увек да одмерава такве аргументе и да на њих утиче. Али на њих никада не смеју да утичу само политички интереси судија, јер они не подлежу никаквој процедури обнављања.

Судија индијског Врховног суда испричао ми је једном шокантну причу о једном од својих случајева. У случају у којем је он пресуђивао о кривичној оптужби подигнутој против сина председника једне од савезних држава (Главни министар), Главни министар му је рекао да ће уколико донесе пресуду против његовог сина бити одмах послат у затвор чим напусти суд. Упркос овим ужасним претњама, судија је осудио сина Главног министра.

Очигледно је да нема много судија који би поступили на овакав начин. Овај случај показује колико је тешка дилема коју државни систем представља судству. Постојање политичке власти која контролише судство често за последицу има злоупотребу. Можемо, ре-

цимо, споменути страшне одлуке које су готово сви судови доносили током владавине нацистичког режима. Лојалност судија, њихов страх да не буду ухапшени и апсолутна власт Фирера нису били ограничени, када је реч о судијама и целокупном судству.

Други пример односи се на Швајцарску, у којој је вођен чувени судски случај у којем је полицијски командир осуђен због тога што је фалсификовао документа јеврејским избеглицама који су желели да илегално уђу у Швајцарску. Ова одлука преиначена је тек 40 година касније, осамдесетих година XX века, уз образложење да полицијски командир Гринингер није био крив зато што је помагао људима којима је претила опасност да умру у концентрационом логору.⁷

Судије нису имуне на општеприхваћене политичке и друштвене ставове државе и друштва. Добро су познате скандалозне одлуке америчког Врховног суда против Американаца јапанског порекла донете током Другог светског рата. Данас је судски систем, или боље рећи непостојање судске контроле, над кампом такозваних нелегалних бораца у Гватанаму предмет великих оспоравања. Затвореници у Гвантанаму називају се нелегалним борцима како би били искључени из заштите прописане Женевском конвенцијом и годинама нису имали приступ суду. Поред тога, за суђење су задужене војне комисије. Иако је у случају *Hamdan v. Rumsfeld*, Врховни суд донео одлуку према којој су војне комисије установљене декретом Председника незаконите, Конгрес сада, на основу конгресног овлашћења, доноси нови закон којим се предвиђа оснивање таквих комисија.⁸ Како један војни суд правде може заиста да буде независан у погледу затвореника?

2.4.4. Контролисање судија

Елементи горепоменуте контроле ограничавају понашање судија, вођење суда и његову компетентност све дотле док се не односе на његове одлуке донете током суђења. Контрола над одлукама донетим на суду често зависи од тога да ли странке имају могућност да се жале вишој судској инстанци. Одлуке суда су често јавне и могу се критиковати у јавности или у јавном правничком дискурсу. У Сједињеним Државама, против судија се на државном или савезном нивоу може водити поступак импичмента. Ова традиција импичмента преузета је из старог британског система. У британском Парламенту, међутим, од 1806. године није донета ниједна одлука у поступку импичмента. С друге стране, у Сједињеним Државама, судије су у претходним годинама осуђиване у поступцима импичмента.

⁷ <http://www.hagalil.com/schweiz/gruening.htm>

⁸ *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U.S. 557 (2006).

3. НЕПРИСТРАСНА ПРАВДА: *NEMO IUDEX IN CAUSA SUA* (НИКО НЕ МОЖЕ ДА СУДИ У ПОСТУПКУ У КОЈЕМ УЧЕСТВУЈЕ У СВОЈСТВУ СТРАНКЕ)

3.1. У којој мери судија може да буде независтан?

Принцип према којем нико не може да буде судија у поступку који се ње/њега тиче вероватно је један од најважнијих и најстаријих правних принципа, чији корени досежу све до древног римског права. И заиста, чим приватни интереси судије постану део случаја о којем одлучује, до правде се не може доћи.

Размотримо један од најупечатљивијих случајева из недавне прошлости: правду линча која је спровођена у јужним деловима Сједињених Држава, нарочито у Мисисипију 60-их година XX века. У овој области, где сегрегација и даље функционише на друштвеном нивоу, хиљаде Афро-Американаца убијено је због правде линча. Линчовање је поступак у којем руља, обично неколико десетина или неколико хиљада људи, узима закон у своје руке како би повредили или убили особу која је оптужена за неко недело. Тај наводни прекршај креће се од озбиљних кривичних дела, као што су крађа или убиство, до пуког кршења локалних обичаја и вређања локалних осећања. Питање жртвине кривице је обично споредно, јер руља обавља улогу тужиоца, судије, пороте и извршитеља. Одговарајући правни поступак уступа место тренутним страстима и корисним циљевима.

Руља, која преузима улогу „судије“, служи сопственим емоцијама и интересима. У свим овим случајевима, главни интерес за линчовање Афро-Американаца било је да се одржи незаконита сегрегација и да се Афро-Американцима забрани да ступе у друштво засновано на једнаким правима. Шерифи нису предузимали ништа против великог броја ових злочина, нити су тужиоци кривично гонили починиоце злочина, нити су судије и порота били непристрасни у случајевима који су из неког разлога доспели на суд. И заиста, државно судство било је потпуно на страни белачке већине. Стога није постојала непристрасна правда када је реч о злочинима линчовања, а ни када је реч о Афро-Американцима који су доспели на суд јер су починили другу врсту злочина. Смртна казна је била регуларна ствар када је реч о злочинима које су починили припадници дискриминисаних раса, а само у изузетним случајевима извршавана је – ако је уопште и извршавана – над белцима.

Ови случајеви расне дискриминације откривају веома посебан и савремен проблем примене принципа непристрасних судија и поротника. У земљама са етничким поделама, инволвиран лични интерес често се не тиче личног благостања нити личне погодности, већ пре

интереса расне или етничке већине да задржи своје привилегије и деградира мањине као грађане другог реда зарад интереса већине.

Осим тога, ови случајеви откривају да је у стварности изузетно тешко применити принцип према којем нико не може да суди о сопственој ствари, без обзира на то што тај принцип нико не доводи у питање. Може се десити да на ову стварност чак и не утичу подељене етничке групе; она се такође може приметити у подели између образованих и необразованих људи или између богатих и сиромашних људи. Само због свог образовања или свог економског богатства, оптужени могу да имају користи од судије који има позитивне предрасуде засноване на њиховом друштвеном положају, или се, пак, могу осетити дискриминисаним због свог друштвеног положаја. У Сједињеним Државама, питање непристрасног судије проширено је на питање избора чланова пороте. Адвокати који учествују на суђењима пролазе посебну обуку за процену кандидата за место поротника које ће изабрати одређена страна на суђењу. Људи који морају да се одазову позиву да буду поротници бирају се насумице. Стога, за разлику од политичких избора, свако мора да се одазове и одазива се на позив да буде поротник. Сваки грађанин представља потенцијалног кандидата за поротника. Ова кандидатура не зависи од богатства, од припадности било којој политичкој партији, нити од тога да ли је неко верник или не. Стога је овај избор истински демократски. Међутим, још увек постоје извесне сумње у погледу независности пороте. Када је реч о смртној казни, проценат Афро-Американаца који су погубљени далеко је већи од процента који њихови припадници чине у целокупном становништву. И заиста, 40% оних над којима је држава извршила смртну казну јесу Афро-Американци, који чине само 12% целокупног америчког становништва. Што се тиче смртне казне, они који се противе смртној казни искључују се из пороте на суђењу за злочин за који се може одредити ова врста казне.

3.2. Независност од кога?

Од кога би то судија требало да буде независан? Очигледно је да је судија који је слаба личност и који зависи или од свог партнера или од своје деце или родитеља, не може да буде смењен са своје функције. Осим тога, не постоји никаква правна могућност да се спречи таква врста зависности. Могло би се чак поставити питање да ли је потребна таква независност. Овде би требало да се вратимо на корене вредности независности судије. У свом делу *Дух закона*, Монтескје постулира поделу власти зарад индивидуалне слободе. Према његовом мишљењу, циљ принципа поделе власти јесте боља заштита индивидуалне слободе. Ако је ово главни циљ судске независности,

онда друштвена или породична зависност не би требало да представља разлог за узнемиреност чак ни најсумњичавијих теоретичара судске независности.

Међутим, принцип судске независности нема само политичке корене, већ корене има и у концепту правде. Једна судска одлука може да се сматра праведном ако су све странке у поступку имале исте могућности да изнесу свој случај пред суд. Ово, међутим, може да доведе до праведне одлуке само ако судија или порота која заседа на случају нису изложени утицају који долази ван суда. Сваки утицај који долази ван суда може да штети једној страни и стога да ту страну дискриминише.

Међутим, овде морамо да направимо разлику између утврђивања чињеница и „утврђивања права“. Што се тиче утврђивања чињеница, требало би да само стране које су представљене на суђењу и судија утичу на утврђивање чињеница. Спољашњи утицај медија или лица која нису сведоци не би требало ни на који начин да одређује исход утврђивања чињеница које су релевантне за пороту. Управо из овог разлога, у америчкој традицији, чланови пороте се држе изоловано од јавности док траје суђење како би се онемогућио спољашњи утицај на случај. Што се тиче утврђивања релевантног права, судија мора да поштује и примењује право, и само право. Стога, сваки аргумент за одређено тумачење права требало би да се стави на располагање судији који има дужност да одлучи који је начин аргументације у погледу одређеног тумачења најубедљивији. Аргументи који долазе споља не би требало никада да приморавају судију на одређену одлуку, нити да врше притисак на њега. Он/она треба да има одговарајуће схватање и аргументацију за које сматра да су најубедљивији, а тиме и успешни. Свака врста правног промишљања које долазе споља може да буде корисно уколико омогућава судији да следи и примењује закон и само закон.

3.3. Приступ правди

Чак и најнезависнији судови не могу да унапреде владавину права у земљи у којој грађани немају приступ правди. Овај општи приступ мора да буде омогућен нарочито за случајеве евентуалних кршења људских права које почине државни службеници и државна управа. Зато је најшкакљивије питање, када је реч о приступу правди, да ли грађани имају могућност да туже државну управу за кршење људских права.

Што се тиче проблематике приступа правди, најпре морамо да будемо свесни чињенице да из историјских разлога два основна правна система, англосаксонски и континентални, имају веома различито виђење приступа правди. Континентални правни систем онемогућава

покретање судског поступка по основу тужби против државне управе зато што он спречава сваку надлежност традиционалних судова на пољу јавног права. У англосаксонском правном систему, покретање судских поступака против државне управе сматрано је покретањем судских поступака против оних који служе Круни. Пошто монарх не може да буде тужена страна на суду, и пошто су судије такође у служби Круне, овај приступ правди био је могућ само путем традиционалног англосаксонског правног лека судске забране, који се у већини случајева није могао применити против службеника Круне. Међутим, институција Лорда канцелара, која је могла да обезбеди додатне правне лекове за приступ правди у случајевима покренутих против државне управе, већ је била омогућена појавом *habeas corpus*-а, којим се захтевала правна основа за хапшење појединаца, а касније је то допуњено и применом традиционалних јавноправних лекова.

То је разлог што ћемо најпре описати виђења која различити правни системи имају у вези са приступом правди, а затим ћемо размотрити значај ширег приступа правди на пољу људских права.

4. РАЗЛИЧИТИ ПРАВНИ СИСТЕМИ У ПОГЛЕДУ ЈАВНОГ ПРАВА И ПРИВАТНОГ ПРАВА

4.1. Гаранције људских права

У чувеном случају *Brown v. Board of Education*, Врховни суд Сједињених Држава наложио је државним школама да приме децу из афро-америчких породица.⁹ Чињеница да је овај случај доспео на суд последица је постојања правног лека судског налога. Родитељи су били у могућности да, користећи правни лек судског налога, затраже од суда да наложи школи да прими децу. Сам суд био је у могућности да примени своју одлуку, као и у случају непоштовања суда, будући да је могао да наложи школи да прими децу.

У континенталном правном систему било би доста теже обезбедити правни лек уз помоћ којег би се деци омогућило да буду примљена. Уобичајени правни лек јесте захтев грађана да се поништи одлука. Међутим, у случају *Brown* није постојала одлука која је могла да се поништи: родитељи су тражили позитиван одговор школе. Стога, у континенталном правном систему, родитељи би морали да чекају да добију негативан одговор од школе. Но, чак и да се одлука поништи, суд не би имао овлашћење да примени позитивну одлуку. Непостојање правних лекова у континенталном правном систему још је више изненађујуће у случајевима где се људска права сурово крше, као рецимо, када се муче затвореници. Чувени случај израелског Врховног

⁹ *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954).

суда, који је у септембру 1999. године донео одлуку да је мучење затвореника засновано на управно-правним правилима забрањено, можда никада не би доспео на суд у континенталном правном систему. Актуелне тужбе против европских држава, које су дозволиле америчкој обавештајној служби да употреби њихов ваздушни простор како би транспортовала затворенике са циљем да их изложи мучењу у иностраној земљи, вероватно никада неће dospети на суд због непостојања правних лекова.

Ови примери јасно указују на однос између гаранције људских права и правних лекова којима се омогућава приступ правди. Можда у уставу једне земље и постоје извршне формулације у погледу људских права, али ако су управно право и правни лекови којима се обезбеђује приступ правди ограничени, чак и најбољи избор људских права не може заиста да поправи ситуацију у земљи када је реч о људским правима.

Исто се може рећи и када је реч о међународним уговорима којима се штите људска права. Ефикасност ових уговора унутар различитих држава зависи пре свега од тога да ли домаћи судови могу да примене ове ратификоване уговоре. Питање примењивости зависи од тога да ли држава заговара монистички или дуалистички концепт међународног права. Према монистичком концепту, међународни уговори се могу примењивати интерно, без додатних законодавних аката. Већина земаља континенталне правне традиције у мањој или већој мери, следи монистички систем. У дуалистичком систему, а то је правило у земљама англосаксонске правне традиције, с изузетком САД-а, национални суд може примењивати међународно право само уколико је, након што га је ратификовала дотична држава, инкорпорирано у законе донете у оквиру домаћег правног система. Тако, рецимо, у Уједињеном Краљевству судови дуго времена нису могли да примењују Европску конвенцију о људским правима. Тек су након доношења Закона о људским правима из 1998. године британски судови могли да примењују одредбе Европске конвенције.

Што се тиче гаранција људских права, морамо такође бити свесни чињенице да постоје различити приступи ова два правна система. У англосаксонској правној традицији, у том погледу, нагласак је на процедури и правним лековима. Стога се у центру пажње англосаксонске правне традиције налазе праведна процедура, право на случајног (природног) судију, као и независни судови. Континентална правна традиција више је усредсређена на супстантивне гаранције, као што су људско достојанство и слободе. Стога се сматра да је најважније људско право људско достојанство, док је у земљи са континенталном правном традицијом очигледно да је најважније право *habeas corpus*, којим се свакој особи којој је ускраћена слобода гарантује приступ независном судству.

4.2. Рат против тероризма или нико не може да буде судија у сопственом поступку

Велики број организација за људска права оптужило је 2005. године Сједињене Државе и поједине европске државе да су транспортовале лица осумњичена за тероризам у земље у којима нису надлежне за истрагу, како би избегле позивање ових лица на права *habeas corpus*-а и одговарајућег правног поступка, која им се гарантују унутар домаће јурисдикције. Таква пракса оправдана је навођењем аргумента да су терористи непријатељи владавине права и да зато немају право да буду привилеговани по основу права која се дају грађанима ових земаља. Наравно, у таквим случајевима, не гарантује се независност судства. Најпре, позивајући се на околност рата, власти сматрају да су терористи непријатељи које треба победити коришћењем свих средстава. Они сматрају да њихова цивилизација има сва права овог света да одбрани себе и свој опстанак.

Да ли је, у таквом случају рата, могућа било каква судска независност? Када је реч о традиционалним ратовима, право оружаних сукоба обезбеђује неке основне гаранције ратним затвореницима. Оно забрањује непријатељској држави да своје затворенике третира као криминалце и да их оптужује за кривична дела, без обзира на чињеницу да су они можда током рата убили војнике непријатељске државе. Међутим, ако буду оптужени за ратне злочине, чак и непријатељска држава може да подигне оптужницу против њих. Овде су исцрпљене све могућности владавине права и долази се до основног питања да ли они који воде рат на начин којим се крши владавина права могу да захтевају да се и на њих примењује владавина права. Важно је да се схвати да је циљ независности судства не само гарантовање поштеност суђења оптуженима, већ и обезбеђивање најбољих могућих стандарда да се стварне чињенице сазнају. Уколико тајна служба, која је изложена притиску да мора да обезбеди све могуће информације о могућим терористичким активностима, може да испитује потенцијалне осумњичене, а да при том уопште не одговара за своје поступке, не постоји никаква гаранција да ће таква служба обезбедити потпуну истину. У том случају се пре може претпоставити да ће информације бити пречишћене како би се избегао било какав могући политички притисак.

Надаље, лица из тајне службе ће бити потпуно слободна да раде шта желе са тим осумњиченим лицима. Они ће користити сва расположива средства да својим надређенима доставе информације и користе сва расположива средства да до тих информација дођу. Пошто имају потпуну и неконтролисану власт над својим затвореницима, лако показују спремност да натерају затворенике да осете све

њихове личне фрустрације. Чувена изрека Лорда Ектона да власт квари, а апсолутна власт апсолутно квари, такође се може применити на ситуације када се само једно лице, у својству затвореника, налази под тоталном контролом друге особе која не сноси никакву одговорност за своје понашање, а која има сву могућу физичку и психолошку моћ над жртвом.

Покушају да ову дилему разрешим навођењем одлуке израелског Врховног суда у којој су изнети аргументи против правила мучења која је установила државна управа. Овај суд представља изванредан пример судске институције која опстаје у веома напетом и контроверзној политичкој средини. Не мора се подржавати израелска политика, да би изразило дивљење према судијама који доносе одлуке у овом веома осетљивом контексту. Стога сматрам да се не може пронаћи убедљивији доказ о достојанству независног суда од оног садржаног у речима које је написао Врховни суд земље која се налази у сталном страху за сопствену будућност:

Одлучивање о овим захтевима веома је тешко пало овом Суду. Истина, са правне тачке гледишта, раван је пут који је пред нама. Међутим, ми смо, ипак, део израелског друштва. Нама су познати његови проблеми и наш живот је део његове историје. Ми нисмо изоловани у некој кули од слоноваче. Ми живимо живот ове земље. Свесни смо сурове реалности у којој се повремено суочавамо са тероризмом. Узнемирава нас то што сматрамо да ће ова одлука угрозити способност да се на одговорачући начин носимо са терористима и тероризмом. Па ипак, ми смо судије. Наша браћа по професији нас обавезују да поступамо по закону. То је у исто време и стандард који сами себи постављамо. Док судимо на суду, и сами смо изложени просуђивању. Стога морамо да поступамо у складу са својом најчистијом савешћу, када доносимо одлуке по закону. Речи заменика председника Врховног суда, судије Ландауа, говоре јасно у прилог томе: „Ми имамо одговарајуће изворе на основу којих обликујемо своје одлуке и немамо потребу, а док судимо и забрањено нам је, да своја лична виђења која имамо као грађани ове земље уносимо у своје одлуке. Ипак, постоји велика бојазан од могућег мишљења да је Суд одступио од своје улоге и да се спустио на ниво јавне дебате и страха да ће његово одлучивање бити ометано негодовањем једног дела становништва и апсолутним и емотивним одбијањем другог дела становништва. У том смислу, себе доживљавам као некога чија је дужност да доноси одлуке по закону у свим случајевима који доспеју на Суд. Мене чврсто обавезује ова дужност. Исто тако, унапред сам веома свестан чињенице да јавност генерално неће обраћати пажњу на правно образложење, већ само на крајњи исход, као и да постоји ризик да се угрози одговарајући статус Суда, као институције која је изнад пристрас-

них дебата. Шта да се ради, када је то функција и улога нас као судија.“¹⁰

5. ЗАКЉУЧАК

Које основне закључке можемо извући из ових размишљања о судској независности? У принципу, видели смо да судство не зависи само од добрих закона и добрих правних принципа, већ зависи и од процедура, правног система и правне културе, као и од положаја суда и судија. Правда не само да мора бити задовољена, већ се мора видети да је она задовољена. Чак и најбољи јаки правни принципи не могу да гарантују правду ако не постоји одговарајућа процедура и одговарајућа гаранција независности судства.

Још увек не постоји одговор на питање које треба да решимо: да ли би отворена демократска скупштина или парламент био много бољи судија и исто тако независтан као што су суд и судство? Право може да обезбеди сигурност само уколико је предвидиво. Међутим, сам појам парламента и законодавства не може да буде предвидив у погледу прошлости, већ може да предвиди будућност и да обезбеди креативне прописе за будуће догађаје. Људи, с друге стране, треба да знају који прописи су важећи и које морају да поштују. Право мора да буде предвидиво. Овај принцип може гарантовати само систем судова који потпуно познају право које ће се примењивати у одређеном случају и који су способни да установе чињенично стање у чврстој сарадњи са супарничким странама. Судије морају да гледају у прошлост, док политичари треба да гледају у будућност. Ово је главни разлог због којег судство, које је најсагласније са принципом предвидивости примене права, треба да буде независно.

Dr Thomas Fleiner

Full Professor

University of Fribourg, Faculty of Law

THE INDEPENDENCE OF THE JUDICIARY

Summary

The author argues that even the best catalogue of human rights cannot guarantee justice if the remedies for human rights violations are lim-

¹⁰ H.C. 390/79 *Dawikat v. The State of Israel*, 34(1) P.D. 1, 4.

ited. In that respect, the author emphasizes that all international instruments providing for the basic elements of the rule of law give a clear priority to the principle of independent, impartial and competent courts provided by law. The essential elements of the independence of judiciary include: the fact-finding procedure, the institutional organization of the court, the procedure for the election of judges, the protection and guarantee of judges' independence, their competences and their capacities. This essay covers all those elements, and highlights that courts must guarantee political independence and impartiality; they must be prescribed by law and accessible to every individual; procedures must be credible, and the courts must have the power to implement judgments. These guarantees are particularly endangered in the currently waged war on terrorism, because it is often forgotten that law can provide security only if it is predictable. Finally, it is stressed that the independence of judiciary depends on the legal education and legal culture of one country. In this regard, the author provides an overview of different legal cultures and their distinctive approaches to the power and independence of judiciary.

Key words: *Judicial independence. – Fact finding. – Protection and guarantees of independence. – Competency. – Impartiality.*

Др Драгољуб Поповић

судија Европског суда за људска права

АУТОНОМНИ КОНЦЕПТИ ЕВРОПскоГ ПРАВА ЉУДСКИХ ПРАВА

Институционална независност Европског суда за људска права делимично се огледа у такозваним „аутономним концептима“, развијеним у јуриспруденцији Суда. Аутор настоји да дефинише и истражи основна обележја ових аутономних концепата. Иако примећује да је тешко понудити једну кохерентну дефиницију, зато што у правној теорији не постоји одговарајући приступ, аутор предлаже да их схватимо као термине које примећује Европски суд за људска права, а који постоје у националним правним системима земаља уговорница Европске конвенције о људским правима, с тим што им је дато посебно значење у јуриспруденцији Суда. Понекад се значење ових концепата, које им приписује Суд, може разликовати од готово универзално прихваћеног значења правних појмова, као што је то случај са појмом „law“, или им недостаје подршка упоредног права, као што је то случај са концептом грађанских права и обавеза. Аутор даље објашњава да су аутономни концепти подложни развоју, што значи да они који су тренутно у употреби могу бити значајно у супротности са оним старим. Стога, аутор закључује да правници који се баве јуриспруденцијом Европског суда за људска права морају бити свесни чињенице да такви концепти представљају типичне производе судски створеног права. Поред тога, имајући на уму да је Европски суд за људска права део националног права његових садашњих држава чланица, судије и правници тих земаља морају бити спремни да оперишу овим концептима. Да би се постигао овај циљ, неопходно је обезбедити систематску и благовремену правну обуку и предавања о овој теми.

Кључне речи: Аутономни концепти. – Европско право људских права. – Јуриспруденција Суда. – Судски створено право.

1. ШТА СУ АУТОНОМНИ КОНЦЕПТИ?

Иако се често спомињу и често су предмет расправа, аутономне концепте европског права људских права није лако дефинисати.

Они представљају производе судског права (*judge-made law*) или, тачније речено, достигнућа судске праксе (*case law*) Европског суда за људска права (у даљем тексту – Суд). Сами аутономни концепти јављају се као резултат примене одредби Европске конвенције о људским правима (у даљем тексту – Конвенција) на Суду.

Аутори нису једногласни када је реч о могућој дефиницији појма *аутономних концепата* као таквих. У основним приручницима европског права људских права они се обично спомињу, али готово никада се за њих не дају одговарајуће дефиниције.¹ У судској пракси Суда не може се увек пронаћи задовољавајуће утемељење правне дефиниције, а аутори често замерају Суду да његовој судској пракси недостају „општи и апстрактни“ појмови.² Будући да је ово тачно, аутори нису пропустили шансу да покушају да створе саме ове појмове. У њиховом трагању за дефиницијама могу се уочити два основна приступа. Један такав метод односи се на обезбеђивање једноставног означавања појма *аутономног концепта*, док је други метод сложенији.

Примери првог приступа могу се, између осталог, пронаћи код Махонија и Лича. Другопоменути аутор полази од мишљења да су аутономни концепти они „термини из Конвенције“ за које ће „класификација према националном праву представљати фактор у утврђивању Суда да ли је Конвенција примењива, али неће бити одлучујући фактор.“³ Махони, са своје стране, инсистира на чињеници да аутономан концепт осигурава „универзалност међународног стандарда“ и такође наглашава да закони које доносе државе уговорнице обезбеђују „изворе за дедуцирање заједничког језгра концепта.“⁴

Сложенији приступи проблему дефинисања аутономних концепата европског права људских права у основи доводе до истих резултата. Лекас је недавно покушао да изврши дубљу анализу. Један од његових закључака јесте да су аутономни концепти „технички термини који се употребљавају у националним правним изворима и

¹ F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris 2005, 232–233; C. Ovey, R. White, Jacobs & White, *European Convention on Human Rights*, Oxford–New York 2002, 31–32; C. Grabenwarter, *Europäische Menschenrechtskonvention*, München 2003, 48–49.

² E. Kastanas, *Unité et diversité: notions autonomes et marge d'appréciation des Etats dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles 1996, 374.

³ P. Leach, *Taking a Case to the European Court of Human Rights*, Oxford – New York 2005, 165.

⁴ P. Mahoney, „The Comparative Method in Judgments of the European Court of Human Rights: Reference Back to National Law“, *Comparative Law Before the Courts* (eds. G. Canivet, M. Andenas, D. Fairgrieve) London 2004, 145–146.

имају посебно, неуобичајено значење.“ На тај начин, он истиче постојање појаве коју он назива „ексцентричним речником права“.⁵ Међутим, овај аутор такође тврди да је проблем класификације на националном нивоу од суштинског значаја у случајевима пред Судом у којима аутономни концепти могу да се примене.⁶ У тим случајевима, Суд неизоставно мора да у својим одлукама изнесе разлоге због којих сматра да су одређене класификације на националном нивоу погрешне.⁷

Укратко, требало би истаћи да су аутономни концепти они термини које Суд примењује, а који постоје у националним правним системима држава уговорница Конвенције, али којима је дато посебно значење у судској пракси Суда. Онај ко жели да примени одредбе Конвенције, мора да се бави овим концептима и да их на прави начин схвати.

2. ГЛАВНЕ ОДЛИКЕ АУТОНОМНИХ КОНЦЕПАТА

Аутономни концепти, типични производи судског права, обично нису прецизно дефинисани. Неки од њих су чак и у супротности са главним, општеприхваћеним ставовима правне теорије. Упркос чињеници да су такви концепти повезани са упоредним правом, њима понекад недостаје његова подршка. И на крају, али не мање важно, аутономни концепти су подложни еволуцији.

2.1. Проблем проналажења дефиниције

Да аутономни концепти нису јасно дефинисани, може се видети на примеру појма *possessions* у чл. 1 Протокола 1 Конвенције (у даљем тексту – чл. 1 Првог протокола). У наслову одредбе стоји право на имовину (*property*). У енглеској верзији, међутим, употребљен је термин *possessions*.

У овом тексту проблем није само двосмисленост енглеског термина *property*. Концепт термина *possessions*, онако како је он развијен у судској пракси Суда, у сваком случају превазилази стварност која је обухваћена појмом власништва, традиционално дефинисаног на основу римског права. Стога ће нам један холандски аутор рећи да се овај концепт „не односи на технички, правни концепт власништва“, а нешто касније и да је „концепт термина *possessions* у

⁵ G. Letsas, *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford – New York 2007, 48.

⁶ G. Letsas, 51.

⁷ G. Letsas, 53.

смислу чл. 1 Првог протокола много шири од концепта *eigendom* из холандског приватног права“.⁸

Данас је потпуно јасно да, без обзира на то шта су биле првобитне идеје аутора Конвенције, субјекти права *in rem* који нису власници понекад заиста уживају заштиту према чл. 1 Првог протокола.⁹ Судска пракса Суда прилично је далеко стигла у свом развијању аутономног концепта термина *possessions*. На почетку свог развоја, Суд је у случају *Marcks* пресудио да овај термин има аутономно значење у смислу чл. 1 Првог протокола.¹⁰ Овај концепт примењује се на широк спектар термина и ствари. Кратак преглед судске праксе Суда у вези са овом темом показује колики је његов обим.

Међу стварима, које су заштићене унутар концепта *possessions* према чл. 1, налазе се акције предузећа.¹¹ Ово се такође односи и на средства која припадају ономе што се на француском назива *propriété industrielle*, као што су, на пример, патенти.¹²

Потраживање пред домаћим судовима такође се може сврстати у категорију ствари којима припада заштита из чл. 1 Првог протокола. Такво потраживање представља *possessions* у смислу управо поменуте одредбе.¹³ На крају, али не најмање важно, појам *possessions* подразумева концепт који се тешко може означити термином *acquet*, који је у европском праву људских права познат као *legitimate expectation*.¹⁴

Примери који су овде наведени само су неки од многобројних сличне врсте и јасно показују да је тешко дати дефиницију аутономног концепта термина *possessions* у смислу чл. 1 Првог протокола. Тешко је замислити свеобухватан приступ, који би обухватио све врсте које припадају класи *possessions*, а које данас постоје у судској пракси Суда.¹⁵ Тај задатак био би још тежи када би се у обзир узимали појмови и дефиниције домаћих правних система, но тај проблем

⁸ T. Hartlief, „The Right to Own Property Under the ECHR“, *The Right to Property – The Influence of Article 1 Protocol No. 1 ECHR on Several Fields of Domestic Law* (eds. J. P. Loof, H. Ploeger, A. van der Steur) Maastricht 2000, 31–32.

⁹ E. A. Alkema, „The Concept of Property – In Particular in the European Convention on Human Rights“, *The Right to Property – The Influence of Article 1 Protocol No. 1 ECHR on Several Fields of Domestic Law* (eds. J. P. Loof, H. Ploeger, A. van der Steur) Maastricht 2000, 20.

¹⁰ *Marcks v. Belgium*, Judgments and Decisions 31 (1979), para. 63.

¹¹ *Bramelid and Malström v. Sweden*, Decisions and Reports 29, 82 (1982).

¹² *Smith Kline and French Laboratories v. The Netherlands*, app. no. 12633/87.

¹³ *Pressos Compania Naviera v. Belgium*, Judgments and Decisions A332 (1995).

¹⁴ *Pine Valley Developments Ltd v. Ireland*, Judgments and Decisions A222 (1991).

¹⁵ Упор. А. van Rijn, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights* (eds. P. van Dijk et al.) Antwerpen-Oxford 2006.

биће размотрен у даљем тексту. Довољно је рећи да су поједини аутори изнели предлоге за стварање посебног концепта на националном нивоу како би се постигла усаглашеност са оним који је развило европско право људских права. Ову идеју би требало означити као уставну својину и она би требало да обухвати сва наследна права, али не и права личности. Ови предлози, међутим, нису наишли на велику подршку.¹⁶

2.2. Противречење општеприхваћеним ставовима теорије

Аутономни концепти европског права људских права могу, у одређеним приликама, да се нађу насупрот установљеним и већ дуго времена важећим закључцима готово универзално прихваћене правне теорије. Један од најпознатијих и најистакнутијих примера ове врсте јесте појам *law*, онако како га је Суд развио.

Енглески термин је и у овом случају двосмислен, нарочито са становишта континенталне правне традиције. Оно што се на енглеском језику назива *law* на француском језику, који је други званични језик Конвенције, може се означити и термином *droit* (право) и термином *loi* (закон). Међутим, текст неколико одредби написан на француском језику прилично је јасан, и није ни неразумљив ни двосмислен, јер је употребљен термин *loi*. Могло би се можда закључити да би енглески термин *law* требало да се схвати као акт Парламента. Али, да ли би онда овај термин могао да обухвати изворе права који немају порекло у писаном праву? Да ли би, с обзиром на двосмисленост енглеског израза, формулација *prévue par la loi* написана на француском језику, требало да се схвати као нешто што се односи на домаће прецедентно право, или, на обичајно право државе уговорнице Конвенције?¹⁷

Ово питање први пут је постављено у поступку који је вођен још седамдесетих година прошлог века. Ради се о случају *The Sunday Times v. United Kingdom*¹⁸ и тиче се извештавања штампе о последицама употребе талидомида. Када га узимају труднице, он често код деце проузрокује озбиљна оштећења. Суд је сматрао да судска забрана дневних новина које су извештавале о овој теми на домаћем нивоу није била нужна у једном демократском друштву. Судска забрана на домаћем нивоу није донета према одредбама које се односе на акт Парламента, док чл. 10 Конвенције предвиђа да би мера требало да буде „законом прописана“, односно у француској верзији – *prévue par la loi*.

¹⁶ A. R. Çoban, *Protection of Property Rights Within the European Convention on Human Rights*, Aldershot 2004, 34.

¹⁷ E. Kastanas, 38.

¹⁸ *Sunday Times v. The United Kingdom*, Judgments and Decisions A30 (1979).

Закључак Суда, који је битан за горенаведену сврху, био је да би, када се у обзир узме Конвенција, концепт *law*, или онога што се на француском језику назива *loi*, требало да обухвати и писано и неписано право.¹⁹ Постоји мала вероватноћа, међутим, да ће овакав став одговарати становиштима правне теорије европског континента.

Навешћемо неколико примера којима ћемо ово објаснити. Ардент тврди да *закон (la loi)* јесте одлука коју доноси Парламент или народ у процедури која је предвиђена Уставом. Он даље тврди да само законодавац може да измени или укине такав акт.²⁰ Ово мишљење је готово идентично ставу који износи Мари-Ан Коенде, која *la loi* дефинише као опште и безлично правило које у демократији усваја народ или његови, слободно и периодично бирани, представници.²¹

Пакте се, са своје стране, позива на ауторитет Кареа де Малбера и његову монографију посвећену појму *loi*, који у мањој или већој мери следе пут који је зацртао Русо. Пакте тако дефинише *закон* у француском смислу те речи, као акт који је изгласан у Парламенту у складу са законодавном процедуром и који је прогласио шеф државе.²² Последњи француски пример јесте студија Матјеа под називом *La loi*, у којој овај аутор креће од традиционалне органске и формалне дефиниције *закона*, као акта који изгласава Парламент. Кратка анализа француског развоја институција, као и правне теорије, доводи Матјеа до закључка да *закон* у Петој француској републици јесте акт онога што он назива „супериорном влашћу“. Ова последње поменута дефиниција и данас се може наћи у француској правној теорији, где се закон описује као писани документ, о којем одлучују и гласају скупштине или га усваја народ.²³

Халер и Келц дефинишу свој „материјални појам законодавне власти“ као власт која поставља општа и апстрактна правна правила. Законодавна власт, то јест, овлашћење да се доносе ова правила, налази се у рукама Парламента, као законодавног тела.²⁴

Флајнер прави синтезу класичне немачке доктрине о овој теми тако што говори о постојању разлике између супстантивног и формалног појма закона (*Gesetz*). У том смислу, он прихвата мишљење

¹⁹ E. Kastanas, 37.

²⁰ P. Ardent, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris 2003, 44.

²¹ M. A. Cohendet, *Droit constitutionnel*, Paris 2006, 231.

²² P. Pactet, *Institutions politiques – Droit constitutionnel*, Paris 2002, 594.

²³ B. Mathieu, *La loi*, Paris 2004, 11–14.

²⁴ W. Haller, A. Költz, *Allgemeines Staatsrecht*, Basel – Genf 1999, 249.

Лабанда и широко прихваћен научни став немачких аутора, према којем сви закони који, у супстантивном значењу појма, постављају ограничења или слободи или својини, морају да буду формални закони, то јест, акти Парламента.²⁵ Требало би додати и да је српска доктрина увек била у складу са ставовима класичних немачких аутора. Најистакнутији српски аутор свих времена, Слободан Јовановић, такође је био инспирисан Лабандом.²⁶

Суд са своје стране није желео да се веже за континенталну правну теорију. Он је одбацио органски и формални приступ дефиницији правног појма, који је скоро универзално био прихваћен на европском континенту.

Суд је извршио дубљу анализу друштвене стварности, како би створио аутономан концепт за потребе Конвенције. Стога је прихватио неписано право на начин да оно потпада под категорију онога што се на француском језику назива *loi*. Суд је ипак захтевао да се неписано правило може подвести под термин *law* само ако он испуњава одређене услове. Што се тиче прецедентног права на домаћем нивоу, такво правило требало би константно да следе домаћи судови и оно би требало да буде јавно и доступно.²⁷

Приступ који се појавио у случају *The Sunday Times* од тог тренутка прихватио је и Суд. Један од случајева који то илуструју јесте случај *Kruslin v. France*. Он се тичао уплитања јавне власти у вршење права подносиоца представке на поштовање преписке и приватног живота према члану 8 Конвенције.²⁸ Суд је тумачио термин „*law*“ у његовом супстантивном, а не у формалном значењу. Он је обухватао и правне акте, ниже правне снаге од закона, па чак и „неписано право“.

У случају *Kruslin*, Суд је чак отишао корак даље него у случају *The Sunday Times*. У параграфу 48 одлуке донете у последње поменутом случају, Суд је покушао да помири гледишта два велика светска правна система „како би остварио циљ и сврху“ Конвенције. У случају *Kruslin*, Суд је на изванредан начин негирао разлику између великих правних система тиме што је у параграфу 29 своје одлуке изјавио да се ни у једном од ова два система не могу одвојити писано и неписано право.²⁹ Ово нас доводи до питања односа који постоје између аутономних концепата, с једне, и упоредног права, с друге стране.

²⁵ T. Fleiner, L. Basta-Fleiner, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin – Heidelberg 2004, 415–416.

²⁶ С. Јовановић, *О држави*, Београд 1922, 196.

²⁷ E. Kastanas, 43.

²⁸ *Kruslin v. France*, Judgments and Decisions A176 (1990).

²⁹ Д. Поповић, *Увод у упоредно право*, Београд 2007а, 45.

2.3. Изостајање подршке упоредног права

Иако су аутономни концепти у великој мери повезани са упоредним правом, и многи их чак сматрају производима упоредног приступа правним терминима, њима понекад недостаје подршка упоредног права. Другим речима, постоје аутономни концепти европског права људских права који нити представљају заједничко језгро сличних термина из правних система држава чланица, нити одговарају било ком од њихових термина.

Пример ове последње поменутог појаве јесте претходно споменути концепт *possessions*, који је створен за потребе чл. 1 Првог протокола. Не постоји ниједан национални правни систем за који би се могло рећи да поседује исти овај појам. Ово је већ предочено у вези са холандским правом.³⁰ Исто важи и за француске, аустријске, немачке и швајцарске законе и њихове грађанске законике.³¹ Ни у једном од ових националних правних система не постоји апсолутни еквивалент концепта *possessions*, који постоји у европском праву људских права.

Ако проблем сагледамо дубље и ван националног оквира, тако да у обзир узмемо велике правне системе или правне породице којима припадају државе чланице, видимо да се ситуација не мења. Ни англосаксонски правни систем, ни онај заснован на традицији римског права, нису развили концепт који је идентичан оном створеном у судској пракси Суда. Ни комплексне мреже поседа и закупа свих врста у Енглеској и Велсу, нити континентална идеја својине, једноставно дефинисана путем овлашћења власника на *usus, fructus* и *abusus*, не могу у потпуности да одговарају аутономном концепту *possessions* који је развио Суд.³²

Остали примери ове врсте могу се пронаћи у два аутономна концепта о којима ће касније бити више речи. Значење термина *грађанска права и обавезе* вероватно је јасно сваком студенту права. Међутим, проблем да се такви термини на прави начин схвате јавља се када се тражи примена чл. 6 Конвенције, из простог разлога што његова одредба не садржи дефиницију горепоменутог термина.

Шта представљају *грађанска права и обавезе* према чл. 6 Конвенције, требало би да буде одређено само у односу на судску праксу Суда. Овај аутономни концепт у релативно је уској вези са

³⁰ У вези с холандским правом, вид. Т. Hartlief.

³¹ Упор. Д. Поповић (2007а), 98, 113, 118, 122.

³² Упор. S. van Erp, „Comparative Property Law“, *The Oxford Handbook of Comparative Law* (eds. M. Reinmann, R. Zimmermann) Oxford 2006, 1051; J. Gordley, *Foundations of Private Law*, Oxford 2007, 49–53; Д. Поповић, *Европски суд за људска права*, Београд 2008, 114–115.

терминима националних правних система, али они нису у потпуности исти.

Грађанска права и обавезе обично стоје насупрот јавних обавеза и права.³³ Међутим, немогуће је утврдити тачно значење аутономног концепта ако се у обзир не узме судска пракса Суда, иако се, на први поглед, не чини да концепт као такав захтева шире објашњење. Касније ће постати јасно да су дешавања из судске праксе Суда утицала на обликовање концепта какав данас постоји. Његов образац је промењен, или, другим речима, концепт је био подложен еволуцији.

2.4. Подложност еволуцији

Чињеница да аутономни концепти европског права људских права подлежу еволуцији може се јасно увидети ако се наведе пример концепта који сам управо споменуо – концепт *грађанских права и обавеза* у смислу чл. 6 Конвенције.

Најранији случај који је важан за утврђивање грађанских права и обавеза у оквиру чл. 6 Конвенције јесте случај *Ringeisen*,³⁴ у којем је апликант шпекулисао са земљиштем у Аустрији. Иако је купио извесне парцеле земљишта од приватних лица, он је морао да се обрати одређеним управним органима током поступака вођених пред локалним органима. Стога је на Суду постављено питање да ли се представка односи на грађанска права и обавезе и да ли, у складу са тим, у овом случају треба да се примени чл. 6 Конвенције. Суд је, у параграфу 94 своје пресуде, оценио да „француски израз ‘*contestations sur (des) droits et obligations de caractère civil*’ покрива све поступке чији је исход значајан за приватна права и обавезе.“ У исто време, Суд је изнео мишљење да текст на енглеском језику потврђује такво тумачење. Чини се да одлука донета у случају *Ringeisen* ограничава могућност стварања аутономног концепта. У основи, као што су то приметили аутори, термин „грађански“ у овој одлуци схваћен је као еквивалент термина „приватни“.³⁵ На тај начин, заузети приступ одговарао је закључцима правне теорије. Без обзира на то, правило постављено у случају *Ringeisen* било је одбачено у случају *Pelegrin v. France*,³⁶ чије ће чињенице сада укратко бити изнете. Француски министар за сарадњу и развој поставио је подносиоца представке на функцију техничког саветника за владе западних афричких држава. Међутим, на основу лекарског налаза, утврђено је да је он трајно неспособан за прекоморску службу, што га је учинило неподобним за ту функцију.

³³ E. Kastanas, 375.

³⁴ *Ringeisen v. Austria*, Judgments and Decisions A13 (1971).

³⁵ E. Kastanas, 375–376.

³⁶ *Pelegrin v. France*, Reports of Judgments and Decisions, 1999-VIII.

Суд је у параграфу 64 своје одлуке истакао да „би у циљу утврђивања примењивости члана 6.1. на државне службенике [...] требало применити функционални критеријум на основу природе дужности и обавеза запослено.“ Суд је због тога осећао обавезу да у истом параграфу закључи да „мора, у складу са предметом и циљем Конвенције, да усвоји рестриктивно тумачење изузетака на заштите предвиђене чланом 6.1.“ Суд је сматрао да се чл. 6 Конвенције не односи на овај случај.

Идеја која је била у позадини пресуде у случају *Pelegrin*, по мишљењу Суда, јесте да у сектору државне службе „одређене функције подразумевају одговорности у општем интересу или учешће у вршењу овлашћења која су додељена јавним правом.“ Суд је проценио да они који обављају такве функције врше „део суверене власти.“ Држава има легитиман интерес да од својих службеника који обављају такве функције захтева „посебну везу поверења и лојалности.“ То је, заправо, било оно што је спречило Суд да чл. 6 Конвенције примени на овај случај; овде се радило о „посебној вези лојалности“, а не о *грађанским правима и обавезама*. Важно је споменути да је постојала подударност између овог мишљења Суда и става Комитета Уједињених нација за људска права, када је он применио чл. 14 Међународног пакта о грађанским и политичким правима.³⁷

Суд је годинама примењивао одлуку донету у случају *Pelegrin*. Одступање од судске праксе десило се у случају *Vilho Eskelinen and others v. Finland*,³⁸ у којем је група финских полицајаца покренула судски поступак пред домаћим судом у вези са својим платама. Поступак је вођен пред финским административним судовима. Суд је већ утврдио преседане који су довели до закључка да карактер домаће процедуре није од пресудног значаја. Према домаћим правилима могло би да се схвати да се правно средство управноправне природе односи на *грађанска права и обавезе* у смислу чл. 6 Конвенције.³⁹

У случају *Eskelinen*, Суд је пресудио у корист претпоставке примењивости чл. 6 Конвенције на обичне радне спорове. Стога је сматрано да није довољно да држава утврди да је државни службеник учествовао у вршењу јавне власти само да би се избегла примена чл. 6 Конвенције. Ако жели да избегне чл. 6 Конвенције, влада те државе треба да докаже да су испуњена два услова. Прво, приступ суду мора изричито да буде искључен из националног права, и друго, то искључивање мора бити оправдано навођењем објективних раз-

³⁷ Упор. Д. Поповић, *Међународно право људских права* (ур. Б. Димитријевић *et al.*) Београд 2006, 189.

³⁸ *Vilho Eskelinen and others v. Finland*, app. No. 63235/00 (2007).

³⁹ Упор. *Menitto v. Italy*, Reports of Judgments and Decisions, 2000-X. Ово се такође односи и на случај *Ringeisen*.

лога који су у интересу државе. Ово последње у сваком случају подлеже испитивању Суда. Суд је у случају *Eskelinen* сматрао да се чл. 6 Конвенције може применити на овај случај и да је он прекршен.

Стога је пресуда у случају *Eskelinen* на извештан начин исправила ону донету у случају *Pelegrin*, и учинила ју је мање крутом. Њен коначан исход јесте извесно исправљање концепта *грађанских права и обавеза* према чл. 6 Конвенције. Она више не искључује нужно заштиту особа које са државом вежу посебне везе лојалности. Овај концепт може у том случају да се прошири и на тужбе државних службеника који врше део државне суверене власти. То се, наравно, односи на услове попут оних у случају *Eskelinen*.

3. АУТОНОМНИ КОНЦЕПТИ И ТУМАЧЕЊЕ КОНВЕНЦИЈЕ

Аутономни концепти су, по својој суштини, важно средство тумачења Конвенције, које Суд често користи. Постоје два основна питања на која треба дати одговор у вези са њиховом функцијом. Прво се тиче ограничења на пољу примене аутономних концепата које је створио Суд. Чини се да друго питање представља други аспект исте ствари. Оно се односи на дискрециону власт Суда и начин на који он поступа током процеса доношења пресуда и одлука. Оба ова питања су теоријска по свом карактеру и захтевају шире проучавање. Стога можемо дати само кратак приказ могућих одговора.

Што се тиче другог проблема, једно од главних питања у овом погледу јесте однос између првобитних идеја аутора Конвенције и њених накнадних протокола и тумачења који се могу повезати са њиховим садашњим стварањем. Став Суда по овом питању је јасан, јер је он у више наврата поновио да Конвенцију сматра живим инструментом. Ова формулација потиче из касних седамдесетих година прошлог века, када ју је Суд употребио у једном британском случају, који, иако донекле необичан, добро илуструје ову фундаменталну дилему.

Суд је први пут описао Конвенцију као живи инструмент у случају *Tyrer v. United Kingdom*,⁴⁰ који се тицао већ дуго времена присутне праксе физичког кажњавања малолетника. Ова мера још увек постоји на Острву Ман, једном од Каналских Острва, која припадају Британској Круни. Подносилац представке је био малолетник који је увредио и физички напао старијег ученика у својој школи, који га је пријавио да је донео пиво у школу.

Подносилац представке је био осуђен на три ударца шибом, у складу са релевантним законом који важи на том острву. Он је иши-

⁴⁰ *Tyrer v. The United Kingdom*, Judgments and Decisions A26 (1978).

бан у полицијској станици, у присуству свог оца и лекара. Морао је да скине своје панталоне и гаћице и да се пресавије преко стола, док су га два полицајца држала, а трећи спроводио казну.

Суд је сматрао да се физичко кажњавање које је суд наложио може подвести под појам понижавајућег кажњавања у смислу чл. 3 Конвенције и утврдио је да је дошло до кршења ове одредбе. У параграфу 31 ове одлуке Суд је први пут представио идеју Конвенције као живог инструмента. У владином одговору изнета је теза да судски досуђено физичко кажњавање не представља кршење Конвенције „зато што оно није изазвало осуду јавног мњења на Острву.“ Суд је одбацио овакво расуђивање и навео да је „Конвенција живи инструмент који се мора тумачити у светлу постојећих прилика.“ Стога, чињеница да нека пракса дуго траје – па чак и да ужива подршку становништва – није могла ни да оправда наставак те праксе, нити да је учини сагласном са Конвенцијом. Другим речима, да искористимо мишљење Махонија, основна идеја јесте да се нека пракса или обичај који су некада били дозвољени, накнадно могу забранити.⁴¹

Приступ заснован на идеји Конвенције као живог инструмента, који је Суд заузео при решавању питања тумачења Конвенције, доводи до разматрања односа између њеног текста и налаза и закључака Суда. Ефекат који постиже овакав приступ Суда веома је сличан оном који производи употреба аутономних концепата. Аутори су приметили да су „одредбе Конвенције апстрактне и недовољне“ и да, стога, „кључ за решавање појединачних притужби лежи управо у начину на који се текст тумачи.“⁴²

Суд је очигледно изашао изван стриктне и безусловне привржености тексту Конвенције, то јест, изван приступа тумачењу које се понекад назива оригинализмом или текстуализмом.⁴³ У више наврата, Суд је показао склоност да тексту припише одређена значења која очигледно, па чак ни лингвистички, нису одговарала његовом уобичајеном значењу. Са ове тачке гледишта, чини се да техника аутономних концепата има донекле помирителску улогу. Створити њих, у одређеном смислу, значи сачувати приврженост Суда тексту Конвенције.

Сада бисмо могли да наведемо претходни пример. Суд обезбеђује заштиту својине према чл. 1 Првог протокола. Концепт *својине (property)* или *поседа (possessions)*, који је раније представљен, обухвата, између осталог, и појам легитимних очекивања. Укључи-

⁴¹ Упор. P. Mahoney, 147; вид. такође G. Letsas, 61.

⁴² S. Greer, *The European Convention on Human Rights – Achievements, Problems and Prospects*, Cambridge – New York 2006, 193 (у вези са C. Gearty, чланак из 1993).

⁴³ G. Letsas, 59–60.

вањем овог појма у концепт својине, Суд би могао да остане веран тексту. Чинећи то, Суд излази изван оквира „првобитног“ или „убичајеног“ значења појма *својине* или *поседа* како би применио одређену одредбу, садржану у тексту. Да би могао да примени ту одредбу, Суд мора да се држи аутономног концепта, тиме проширујући значење појма употребљеног у тексту Конвенције.

Тако се приврженост Суда тексту Конвенције постиже незнатно различитим схватањем одређених појмова у односу на првобитне намере и значење које су имали на уму аутори Конвенције. Ово, у извесној мери, показује креативност Суда, која би, међутим, требало да се користи у разумним границама. Њих постављају друштвене потребе и различити изазови савременог света. У доктрини се истиче да је Суд у овом погледу инспирисан чл. 31(1) Бечке конвенције о уговорном праву, који прописује да уговор мора да се тумачи „у светлу свог предмета и циља.“⁴⁴

Што се тиче другог, раније поменутог питања, сада би се могло закључити да Суд има дискрециону власт у стварању аутономних концепата. Међутим, прво питање – колико далеко Суд може да иде у свом увођењу ограничења на пољу примене аутономних концепата, и даље остаје нерешено. Требало би увек имати на уму да су ова два питања међусобно уско повезана и да се не могу одвојити једно од другог. Кадгод Суд ствара аутономни концепт, неминовно искрсава проблем његових граница. Ово подразумева границу судског самоограничавања.

Судска креативност и судска дискрециона власт представљају питања од ширег интереса. Она не би требало да се постављају искључиво у погледу области људских права, иако веома често ова права и њихова примена подстичу Суд на изношење нових и свежих идеја. Без обзира на чињеницу што се јавља и на националном нивоу, ово питање је подигнуто на ниво од посебног значаја у раду једног међународног суда правде.

Што се тиче тумачења Конвенције од стране Суда, требало би истаћи да су постојале, и вероватно још увек постоје, судије које нису благонаклоне према ширем погледу на аутономне концепте. Анализирајући такве ставове, Лецас је дошао до кључног питања, које је он на изванредан начин формулисао: „Да ли аутономни концепти представљају случај нелегитимног судског законодавства?“⁴⁵

Овде се слажем са Лецасом. Он сматра са судска дискрециона власт произилази из неслагања о могућим тумачењима текста Конвенције. Судије се само опредељују за једну од могућности које нуди

⁴⁴ Jacobs & White, 34–35.

⁴⁵ G. Letsas, 49.

логика. Они имају обавезу да изнесу образложења својих одлука, то јест, својих избора, али се судска дискрециона власт као таква не може доводити у питање.⁴⁶ Очигледно је да пред Судом у Стразбуру, као и пред осталим судовима, без обзира на то да ли се ради о националном или међународном нивоу, странке износе различита тумачења правних одредби. Задовољење правде у одређеном случају у суштини не значи ништа друго до прављење избора између могућих тумачења.

Коришћење аутономних концепата у европском праву људских права, на начин како су они развијени у судској пракси Суда, доводи, стога, до питања полазних тачака тумачења, то јест, шта би се десило да Суд мора да донесе одлуку у потпуном одсуству текста. Могли бисмо замислити неку судску инстанцу, која има овлашћење да суди, било на националном или међународном нивоу, без текста чијих би појединих одредби требало да се држи. Такво тело би, по мом мишљењу, могло да спроводи правду. Оно би морало да почне са доношењем пресуда и одлука, а касније и да се њима обавезе. Ово, заузврат, проузрокује проблем функционисања прецедената и доктрине *stare decisis* у судској пракси Суда.⁴⁷ Ово је сложено питање, којем аутори још увек нису посветили довољно пажње, и које, у сваком случају, захтева додатна разматрања која је немогуће изнети у овом раду.

4. БАВЉЕЊЕ АУТОНОМНИМ КОНЦЕПТИМА НА НАЦИОНАЛНОМ НИВОУ

Већ је истакнуто да аутономни концепти углавном потичу од израза из националних правних система држава уговорница Конвенције. Термини који функционишу као полазне тачке за стварање аутономних концепата остају у употреби и на нивоу домаћег права и у парницама пред домаћим судовима. У исто време, Конвенција представља извор права у државама чланицама и примењују је домаћи судови. Аутономни концепти, стога, коегзистирају са терминима од којих они вуку порекло и требало би да се једнако примењују.

Ситуација паралелног постојања аутономних концепата и домаћих правних термина на националном нивоу захтева објашњење. Једно од главних питања тиче се начина на који се Конвенција инкорпорира у домаћи правни поредак.⁴⁸ Земље са монистичким при-

⁴⁶ *Ibid.*, 53–54.

⁴⁷ Вид. Д. Поповић (2008), 105–109.

⁴⁸ У вези с инкорпорацијом, вид. С. Grabenwarter, 18–25.

ступом односу између међународног и националног права у овом погледу вероватно ће се разликовати од оних које следе дуалистички приступ.

Тема која с разлогом захтева разматрање јесте да ли и у којој мери аутономни концепти европског права људских права могу да доведу до трансформације домаћих правних концепата. Овај процес је прилично сложен и заслужује посебно истраживање пре него што се донесу закључци опште природе, али мора се рећи да се напори ове врсте већ појављују у доктрини.⁴⁹

Пошто су аутономни концепти примењиви на националном нивоу, они би требало да буду присутни на студијама права како би се будући правници припремили за бављење овим концептима. Ово се, пре свега, односи на судије, али је исто тако важно и за адвокате и јавне тужиоце, што доводи до закључка да би подучавање о постојању и познавање аутономних концепата требало да пронађе своје место у наставним плановима правних факултета. Аутономни концепти европског права људских права свакако потпадају под категорију оних концепата за које се сматра да имају универзални значај, а уз то и одређени статус у позитивном праву,⁵⁰ што је разлог због којег би требало да буду међу ударним темама на универзитетима.

Рано проучавање аутономних концепата такође је веома препоручљиво, пошто се они примењују и постоје на националном нивоу, заједно са националним правним концептима од којих се, упркос њиховој очигледној сличности, ипак неизбежно разликују. Националне и европске концепте је боље учити паралелно, а не националне третирати као догму коју студенти права касније морају да доводе у питање и да траже одступања од ње. У том смислу, слажем се са Леграндом који сматра да би студенти требало да буду упућени у упоредно право, не само да би избегли појаву коју он назива *l'imperium des textes*, већ и да би избегли уобичајени аподиктични карактер свог националног права.⁵¹ Ово је велики изазов за савремене правне студије, нарочито када се имају у виду одређене специфичности које долазе до изражаја приликом разматрања и упоређивања традиционалних и нових демократија.⁵²

⁴⁹ Упор. фн. 16.

⁵⁰ Упор. S. Casese, *Oltre lo Stato*, Roma-Bari 2006, 107.

⁵¹ P. Legrand, *Le droit comparé*, Paris 1999, 69.

⁵² Упор. D. Popović, „La raison comparatiste et la liberté. Problème de renforcement du pouvoir judiciaire dans les nouvelles démocraties“, *Mélanges en l'honneur de Slobodan Milacic – Démocratie et liberté: tension, dialogue, confrontation* (eds. J. du Bois de Gaudusson et al.) Bruxelles 2007b, 244–246.

5. ЗАКЉУЧАК

Аутономни концепти су подложни засебној еволуцији унутар европског права људских права. Њих није лако дефинисати, пошто они измичу установљеној правној теорији и упоредном праву. Они су типични производи судски створеног права.

Аутономни концепти служе као средство за тумачење Конвенције од стране Суда. Укореењени су у судској креативности, што је очигледно добар одговор на различите изазове који стоје пред данашњим светом.

Аутономни концепти утичу на развитак права на националном нивоу и требало би да имају користи од темељног сагледавања у процесу израде универзитетских наставних планова. Аутономни концепти још увек захтевају екстензивна истраживања. Што више научни кругови буду истраживали ограничења и последице аутономних концепата, то ће ефикаснија бити заштита људских права у Европи.

Dr Dragoljub Popović

Judge of the European Court of Human Rights

AUTONOMOUS CONCEPTS OF THE EUROPEAN HUMAN RIGHTS LAW

Summary

The institutional independence of the European Court of Human Rights (ECHR) is partly illustrated in the so-called „autonomous concepts“ developed in the Court’s jurisprudence. The author tries to define and to explore main features of those autonomous concepts. Although the author notices that it is hard to provide a coherent definition, because a proper approach by legal theory is lacking, the author proposes to treat them as terms applied by the ECHR, which exist in national legal systems of Contracting Parties to the European Convention on Human Rights, but they are given a special meaning in the Court’s jurisprudence. Sometimes, the meaning of those concepts as determined by the Court may differ from almost universally accepted meaning of legal notions, such as that of law, or they can lack support of comparative law, such as the case with the concept of civil rights and obligations. The author further explains that autonomous concepts are susceptible to evolution, which means that those being currently in use might be quite opposite to the old ones.

Therefore, the author concludes that a practitioner who deals with jurisprudence of the ECHR must be aware of the fact that such concepts are typical products of a judge-made law. Moreover, bearing in mind that the ECHR is a part of national law of its member states nowadays, national judges and practitioners must be prepared to handle with those concepts. To achieve this goal, it is necessary to provide systematic and early legal training and studies on this matter.

Key words: *Autonomous concepts. – European human rights law. – Court's Jurisprudence. – Judge-made law.*

Мр Александар Гајић

асистент Правног факултета Универзитета у Београду

МЕЂУНАРОДНИ КРИВИЧНИ СУД ЗА БИВШУ ЈУГОСЛАВИЈУ – ИЗ ПЕРСПЕКТИВЕ ЉУДСКИХ ПРАВА

Овај рад бави се правом и праксом Међународног кривичног трибунала за бившу Југославију из перспективе људских права. Аутор посебно настоји да објасни методе којима Трибунал тежи да заштити људска права страна у поступку. У том смислу, аутор критикује одлуку донету у случају Тадић, где је Судско веће заузело став да га принципи људских права не обавезују због његове јединствене структуре и природе самог предмета којим се оно бавило. Испитујући даље да ли је надлежност Међународног кривичног трибунала за бившу Југославију у сагласности са стандардима људских права, овај аутор проучава три групе питања. Прво, истражују се одређена материјално-правна питања како би се одредило да ли је Међународни кривични трибунал за бившу Југославију укључен у такозвани прогресивни развој или ово тело само примењује постојећа правила међународног хуманитарног права. Друго, аутор истражује принцип „једнакости оружја“ и закључује да је он једностран, јер не постоји реална могућност да оптужени на одговарајући начин проуче све материјале који им могу послужити као олакшавајућа околност или их пак ослободити оптужби. Поред тога, аутор сматра да би се при изношењу доказа у кривичним поступцима требало држати стандарда „ван разумне сумње“, а не стандарда „вероватноће“. Такође, стандард једнообразности апелационог преиспитивања коју примењује Жалбено веће у значајној мери ограничава право на жалбу. Аутор закључује да надлежност Међународног кривичног трибунала за бившу Југославију јесте и биће критички процењивана, нарочито у покушајима да се створе солидне основе за јуриспруденцију Међународног кривичног суда.

Кључне речи: *Јуриспруденција Трибунала. – Случај Тадић. – Прогресивни развој. – Принцип ‘једнакости оружја’. – Стандард ‘ван разумне сумње’.*

Ово је критичан период за међународно кривично правосуђе; период сутона, који ће се показати или као освет међународног права или као његов сумрак.

Антонио Касезе¹

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Универзална декларација о људским правима, иако правно необавезујућа, служила је, а и даље служи, као водећи инструмент у оцени достигнућа стандарда заштите људских права како на унутрашњем, тако и на међународном плану. У преамбули Универзалне декларације се наводи да „људска права треба да буду заштићена владавином права“. Данас нико не може да тврди да међународно право не штити у довољној мери људска права у кривичним поступцима. Међутим, да ли се та права у потпуности спроводе, и како се тумаче, је сасвим друго питање, које се подједнако поставља и у међународном правном поретку и у унутрашњим правним порецима. Међународни и унутрашњи правни системи се суочавају са разним „потешкоћама“ и подложни су критици. Шездесетогодишњица најзначајнијег инструмента за заштиту људских права у историји човечанства је добра прилика да се, из угла заштите људских права, изнесе неколико критичких напомена о праву које примењује и пракси Међународног кривичног трибунала за бившу Југославију (МКТЈ).

По природи ствари, темељно разматрање свих оних питања која су вредна пажње је немогуће учинити у једном чланку; пре би се могла изнети опаска да се овој теми може посветити читава библиотека. У овој презентацији настојаћемо да изнесемо неколико напомена о неколико питања која засигурно спадају у ред најважнијих.

Нема сумње да јуриспруденција МКТЈ има кључну улогу у даљем развоју међународног кривичног права. Међутим, МКТЈ је *ad hoc* трибунал, његове одлуке немају обавезујуће дејство прецедената за друге судове и трибунале, осим у смислу могућег уверавајућег ауторитета *ratio decidendi* његових одлука, што у многоме зависи од одговора на питање да ли је јуриспруденција МКТЈ у складу са међународно признатим нормама и стандардима људских права. Како је закључио судија МКТЈ Дејвид Хант:

О Трибуналу се неће судити по броју осуђујућих пресуда које је изрекао, или по брзини са којом је спровео стратегију

¹ A. Cassese, „Opinion: The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia and Human Rights“, *European Human Rights Law Review* 2/1997, 352.

окончања рада Трибунала (completion strategy) коју је наметнуо Савет безбедност, већ према томе да ли су суђења била правична.²

Правичност суђења и заштита људских права у поступцима пред МКТЈ могу се разматрати само у светлу међународно признатих норми и стандарда људских права. Не занемарујући права жртава да знају истину, као и потребу заштите сведока,³ мора се нагласити да: „уколико права оптуженог, како су дефинисана у међународној регулативи, представљају корак уназад од тих истих права из националних регулатива, онда ће МКТЈ скренути са свог пута.“⁴

Јуриспруденција МКТЈ јесте, а засигурно да ће и у будућности бити још више, под сталном лупом критичке анализе, нарочито у настојању да се изгради солидна основа за развој предстојеће јуриспруденције Међународног кривичног суда. Међународни кривични суд се суочава са бројним проблемима, и тек неколицину је имао прилике да успешно реши. При томе, не изненађује чињеница да досадашња јуриспруденција Међународног кривичног суда не следи решења установљена у јуриспруденцији МКТЈ.⁵ Међутим, сувише је рано да се износе коначни закључци о односу јуриспруденција ова два међународна кривична суда будући да је Међународни кривични суд тек отпочео са радом.⁶

² Dissenting Opinion of Judge David Hunt on Admissibility of Evidence in Chief in the Form of Written Statement, *Prosecutor v. Slobodan Milosevic*, 21 October 2003, para 22.

³ Вид., P. Chifflet, „The Rule and Status of the Victim“, *International Criminal Law Developments in the Case Law of the ICTY* (eds. G. Boas, W. A. Schabas) The Hague 2003. Статут Међународног кривичног суда пружа могућност пуног учешћа жртава у суђењима, које заступају њихови сопствени правни заступници.

⁴ J. Solan, „The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia and Fair Trial Rights“, *Leiden Journal of International Law* 2/1996, 501. Судија Шомбург експлицитно каже да „лице које је оптужено пред МКТЈ или МКТР не може имати ограниченију заштиту својих људских права само зато што се његово суђење одвија пред међународним кривичним трибуналом, уместо пред националним судом.“ W. Schomburg, „The Protection of Human Rights of the Accused Before the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia (ICTY) and Rwanda (ICTR)“, *Internationale Strafgerichtsbarkeit – Status quo and Perspektiven* (eds. K. Bard, R. Soyer) Wien – Gratz 2005, 76.

⁵ На пример, по питању припреме сведока за суђење, обавеза Тужилаштва у погледу обелодањивања доказа, дужности Тужилаштва током истраге, система заштите жртава и сведока итд. Такође, Статут Међународног кривичног суда није заснован на јуриспруденцији МКТЈ, иако је она имала значајну улогу приликом израде Статута Међународног кривичног суда. Многа материјалноправна питања која се тичу, на пример, облика одговорности, регулисана су на потпуно другачији начин него што то произилази из јуриспруденције МКТЈ.

⁶ Прво суђење је почело тек 26. јануара 2009. у предмету *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo* (ICC-01/04-01/06).

Из јуриспруденције МКТЈ могу се извући и позитивна и негативна искуства. Будући да је унапређење заштите људских права питање од највишег значаја, прво се морају истаћи „негативна искуства,“ како би се избегла даља одступања од владавине права, унапредила заштита људских права, и не мање важно, како би уочени недостаци послужили као основ за могуће преиспитивање пресуда и одлука Жалбеног већа МКТЈ.⁷

2. ОПШТИ ПРИСТУП МКТЈ ЉУДСКИМ ПРАВИМА

Да би се разумели проблеми везани за методе путем којих МКТЈ тежи да заштити права оптужених, жртава и сведока који се пред њим појављују, као и да ли је ова заштита у складу са релевантним међународно признатим нормама и стандардима, неопходно је имати у виду општи приступ питањима људских права који заговарају судска већа МКТЈ и који је отелотворен у одлукама МКТЈ. Овај општи приступ је формулисан у првом суђењу пред МКТЈ (*Тужилац против Тадића*),⁸ и у целокупној јуриспруденцији МКТЈ тешко је пронаћи одступања од ставова која су заузета у овом предмету.

Претресно веће I је стало на становиште да није везано универзалним начелима о заштити људских права на начин на који их тумаче друга тела која се баве заштитом људска права, због јединствене структуре МКТЈ и природе предмета којима се бави. Посебно, Веће је нагласило да су чл. 14. Међународног пакта о грађанским и политичким правима и чл. 6. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода

предвиђени да се примењују у уобичајеним кривичним... поступцима. Насупрот томе, Међународни трибунал се бави злочинима за које се сматра да су тако ужасни да захтевају да буду обухваћени универзалном судском надлежношћу. Међународни трибунал, на неки начин, може да се упореди са војним судовима чије су могућности за правичан поступак

⁷ Уопште узев, Жалбено веће има овлашћење да преиспитује претходне одлуке, нарочито „када сматра да је претходна одлука погрешна или када је прозроковала неостваривање правде“. Међутим, Статут МКТЈ предвиђа веома узан оквир за преиспитивање коначних пресуда (захтев за преиспитивање је прихватљив само у случају да се истиче нека новооткривена релевантна чињенице). (Вид. нпр. *Prosecutor v. Delalić et al.*, Case No. IT/96/R/R119, Appeals Chamber, Decision on Motion for review, 25 April 2002, paras.16–17, *Prosecutor v. Jelisić*, Case No. IT-95-10-R, Appeals Chamber, Decision on Motion for Review, 2 May 2002.)

⁸ *Prosecutor v. Tadić*, Decision on Prosecutor's Motion Requesting Protective Measures For Victims and Witnesses, Trial Chamber, Case No. IT-94-1-T, 10 August 1995.

(*due process*) често ограничене, а правила доказног поступка мање стриктна,⁹

и поред тога истакао:

као таква, тумачења других судских тела, члана 14. Међународног пакта о грађанским и политичким правима и члана 6. Европске конвенције за заштиту људских права, имају ограничену релевантност приликом примене одредаба Статута и Правилника о поступку и доказима МКТЈ, јер ова тела тумаче те одредбе у контексту сопственог правног оквира.

Веће је закључило да универзална начела о људским правима нису применљива на исти начин као у унутрашњим правним системима, будући да је МКТЈ сроднији војним судовима, и као такав треба да усвоји контекстуални приступ тумачењу људских права.

Да ли је овај приступ у складу са општеприхваћеним нормама и стандардним људских права је више него проблематично, нарочито уколико се имају у виду резерве које су, потпуно оправдано, исказала разна тела за заштиту људских права у погледу остваривања права на правично суђење пред војним трибуналима,¹⁰ као и у погледу сумњи да ли је контекстуални приступ исправан метод тумачења (а његову исправност оспорава и, примера ради, Комисија УН за међународно право). Општи приступ тумачења људских права за који се определио МКТЈ посебно забрињава ако се посматра са позиције очекивања да МКТЈ доследно примењује међународно признате стандарде људских права. Ово очекивање је изражено, на недвосмислен начин, у Извештају Генералног секретара УН, у коме се каже:

Опште је признато начело да Међународни трибунал мора у потпуности да поштује међународно прихваћене стандарде о правима оптужених у свим фазама поступка. По мишљењу генералног секретара такви међународно прихваћени стандарди посебно су садржани у члану 14 Међународног пакта о грађанским и политичким правима.¹¹

Извесни чланови Жалбеног већа чини се да се не слажу са овим општим приступом (иако не изричито), али и поред тога увек

⁹ *Ibid.*, para 27. У предмету *Тужилаштво против Купрешкића*, Жалбено веће је истакло: „Међународни трибунал мора увек да пажљиво процени одлуке других судова пре него што се позове на тај необавезујући судски прецедент као на постојеће право.“ Judgment, para. 542.

¹⁰ B. G. McIntyre, „Defending Human Right in the Arena of International Humanitarian Law: Human Rights in the Jurisprudence of the ICTY“, *International Criminal Law Developments in the Case Law of the ICTY* (eds. G. Boas, W. A. Schabas) The Hague 2003a, 195.

¹¹ Report of the Secretary General Pursuant to Paragraph 2 of Security Council Resolution 808(1993), S/25704, para. 106.

гласају за одлуке које су у потпуности у складу са пређашњом јуриспруденцијом. На пример, у једном од научних радова које је објавио за време мандата судије Жалбеног већа МКТЈ, судија Волфганг Шомбург је написао:

Особа која је оптужена пред МКТЈ... не може имати ограниченију заштиту људских права само зато што се његово суђење одвија пред међународним кривичним трибуналом уместо пред националним судом.¹²

Овај приступ се чини исправним и заснован је на изричитом становишту судије Шомбурга да стандарди из Међународног пакта о грађанским и политичким правима „пружају јасне смернице не само за *ad hoc* трибунале“.¹³ Нажалост, пракса није увек у складу са приступом који је заговарао (али није примењивао) судија Шомбург.

Права оптуженог, која су утемељена у Међународном пакту о грађанским и политичким правима, такве су природе да ни један међународни суд нема овлашћење да их дерогира, будући да су призната као минимални стандард, те од њих нису дозвољена никаква одступања (осим оних изричито уређених овим међународним уговором), без обзира на предмет кривичног поступка. Како је луцидно запазила Габријела Мекинтајер, један од правних сарадника Жалбеног већа у МКТЈ:

оправдавајући одступање од универзалних принципа признатих од стране међународне заједнице, спорно је да ли Трибунал успоставља хијерархију права у којој ове универзалне норме могу да буду подривене.¹⁴

МКТЈ нема право претходника на чију јуриспруденцију би могао да се ослонити. Како износи Касезе:

Нирнбершки и Токијски трибунали припадају добу које је претходило кодификованим људским правима. Према међународном праву, права гарантована оптуженима била су рудиментарна, а у пракси се нису увек у потпуности поштовала.^{15 16}

¹² W. Schomburg, 76.

¹³ *Ibid.*, 74–75.

¹⁴ G. McIntyre (2003a), 194–195.

¹⁵ A. Cassese (1997), 331. Вид. и Decision on the Prosecutor’s Motion Requesting Protective Measures for Victims and Witnesses, *The Prosecutor v. Tadić*, 10. August 1995, para. 20–21.

¹⁶ „Као тело које је јединствено у међународном праву, Међународни трибунал има мало прецедената који могу да послуже као смернице. Међународни кривични трибунали у Нирнбергу и Токију су имали само основна правила поступка“. Decision on the Prosecutor’s Motion Requesting Protective Measures for Victims and Witnesses, *The Prosecutor v. Tadić*, 10. August 1995, para 20.

Међутим, МКТЈ припада добу кодификованих људских права, кларификованих од стране различитих тела (међу њима и судских)¹⁷ која се баве заштитом људских права, и чини се да његов задатак треба да буде спровођење достигнутих стандарда људских права, а не одступања од њих. С друге стране, да ли је јуриспруденција МКТЈ у складу са овим стандардима не може се утврђивати само на основу општих разматрања и општих становишта, већ и на основу темељних анализа.

3. НЕКА МАТЕРИЈАЛНО-ПРАВНА ПИТАЊА (*Nullum crimen sine lege*)

Контекстуални приступ има потенцијал да озбиљно угрози права оптуженог. Проблематичан је и сам контекст унутар ког МКТЈ тумачи релевантна правила, и то не само ради утврђивања процесних права оптуженог и његове одбране већ и материјалног права. Контекстуални приступ који примењује МКТЈ је нарочито проблематичан у домену утврђивања правила Међународног хуманитарног права и правила којима се регулишу основи (видови) кривичне одговорности. Неколико примера се чини довољним да оправда ову забринутост, те да покрене лавину питања о применљивости принципа *nullum crimen sine lege* од стране МКТЈ.

Извесни аспекти правила о репресалијама у међународном праву чини се да представљају добру полазну тачку, будући да изгледа да јуриспруденција МКТЈ није у складу са јасно утемељеним међународним обичајним правом и да МКТЈ, у примени контекстуалног приступа у тумачењу правила о репресалијама, дозвољава себи слободу да процени утицај новоформираног међународног кривичног правосуђа.

Наиме, Жалбено веће је становишта да:

...иако су репресалије могле имати минимум оправдања у прошлости када су практично биле једини ефикасан начин да се непријатељ присили да прекине са противправним ратним деловањем и да убудуће поштује међународно право, данас се оне више не могу оправдати на тај начин. Данас су средства да се неко присили на поштовање међународног права шире доступна и, што је још важније, почињу да се показују као прилично делотворна у кривичном гоњењу и кажњавању за ратне злочине и злочине против човечности пред националним и међународним судовима. Та средства служе томе да се пред лице правде изведу они који су одговорни за сваки такав зло-

¹⁷ Примера ради, Европски суд за људска права, Интерамерички суд за људска права.

чин, као и да одврате, мада у ограниченом обиму, од бар најочитијих кршења међународног хуманитарног права.¹⁸

Само постојање међународног кривичног правосуђа не може се узети за елемент контекста који Трибунал треба да узме у обзир приликом утврђивања права које треба да примени. Свако ко је упознат са правилима о репресалијама зна да репресалије, да не би биле противправне, морају да буду предузете као крајње средство, док трају тешка кршења међународног хуманитарног права и једино као средство да се прекине са тешким кршењима међународног хуманитарног права и да се страна у сукобу примора да поштује правила међународног права.¹⁹ Репресалије су превасходно мера за заустављање тешких кршења међународног хуманитарног права и стога су ове противмере нужне, посебно с обзиром на развој ситуације у којој су кривично гоњење и кажњавање далеко од реалности тренутка када такве мере морају да буду спроведене како би се сачували животи и заштитиле друге фундаменталне људске вредности.²⁰ Штавише, далеко од тога да је међународно кривично правосуђе делотворно на начин и у мери како то тврде већа МКТЈ. Пракса је јасан показатељ да се делотворност међународног кривичног правосуђа може процењивати једино у контексту постконфликтне ситуације и воље држава да сарађују са тужилаштвом. Нема никаквог основа за тврдњу да су међународни кривични трибунали делотворни током оружаног сукоба или барем у периоду у коме су они који су оптужени на власти.

Поједини облици одговорности које примењује МКТЈ изгледа да нису у складу са правилима међународног права. Нарочити проблем представља такозвани трећи тип удруженог злочиначког подухвата као облика кривичне одговорности, што је потпуна иновација јуриспруденције Трибунала. Будући да простор који нам стоји на располагању не дозвољава чак ни елементарно разматрање овог облика одговорности, чини се примереним да се нагласи да МКТЈ примењује веома низак стандард *mens rea* приликом изрицања осуда

¹⁸ *The Prosecutor v. Zoran Kupreškić*, Judgment, 14 January 2000, para. 530.

¹⁹ Вид. нпр. С. Greenwood, „The Law of War (International Humanitarian Law)“, *International Law* (ed. М. Evans) New York 2003, 820. Додатни Протокол I уз Женевску конвенцију забрањује репресалије против цивилног становништва, цивилних објеката и неких других предмета (чл. 51(6), 52(1), 53(2) и 56 (4)). Гринвуд је истакао да „су ове одредбе контроверзне“ те да се „не сматрају делом обичајног међународног права“. *Ibid.*

²⁰ Чак и бивши председник МКТЈ, Антонио Касезе, који је био члан Већа које је изнело спорно становиште, је признао да МКТЈ „није одвратио особе од даљег чињења злочина[...]. Нити је значајно допринео поновном успостављању мира или помирењу супротстављених етничких и верских група“, А. Cassese, „The ICTY: A Living and Vital Reality“, *Journal of International Criminal Justice* 2/2004, 596–597.

за најтеже злочине. Наиме, без статутарне одредбе, путем контекстуалног тумачења Статута, МКТЈ уводи три типа удруженог злочиначког подухвата, омогућавајући да се оптужени огласи кривим за злочин који није извршио, није наредио његово извршење, нити на било који начин учествовао у његовом извршењу.

За трећи облик удруженог злочиначког подухвата, оптужени се сматра одговорним за неко кривично дело које излази из оквира заједничког циља ако је, у зависности од околности дотичног предмета, (i) било предвидиво да би неко од чланова те групе могао извршити такво кривично дело и ако је (ii) оптужени својевољно прихватио ту могућност (*dolus eventualis*).²¹

Овај концепт тешко да је *lex lata* савременог међународног права и не изненађује што је акроним овог облика одговорности (*JCE*) стекао колоквијалну интерпретацију која се изражава речима – *just convict everybody*. Насупрот правилима која су створиле судије МКТЈ, Статут Међународног кривичног суда (међународни уговор који се са сигурношћу може сматрати да одражава позитивно међународно право и његов прогресивни развој) не омогућава кажњавање за овакав облик *mens rea*.²²

Изгледа да су границе командне одговорности, као облика одговорности који има своје јасно утемељење у међународном обичајном и уговорном праву, биле сувише уске за осуду оптужених „вишег ранга“ (политичко и војно руководство). Иако основна идеја удруженог злочиначког подухвата није лишена валидности (одговорност за учешће у „удружењу“ које има за циљ вршење злочина или да оствари легалан циљ путем вршења злочина) и инкорпорисана је у Статут Међународног кривичног суда²³, у пракси МКТЈ-а је уништена увођењем елемената који су страни самој природи ратних злочина и злочина против човечности.

Како је истакао проф. А. М. Данер:

²¹ Вид. нпр. *Prosecutor v. Martić*, Trial Chamber, Judgment, 12 June 2007, para. 439; Judgment, Appeals Chamber, 8 October 2008, para. 68.

²² Вид. чл. 30 Статута Сталног кривичног суда.

²³ „Римски статут Међународног кривичног суда каже да је појединац кривично одговоран за злочин уколико почини, нареди, или помогне и подстакне злочин, или „на други начин допринесе чињењу или покушају чињења таквог злочина од стране групе лица која дејствује са заједничким циљем.“ Дакле, удружени злочиначки подухват, под једним од својих алтернативних назива (доктрина заједничког циља), је обухваћена Статутом Међународног кривичног суда. Ова одредба Статута Међународног кривичног суда није заснована на јуриспруденцији МКСЈ, [...] већ је преузета из Међународне конвенције о сузбијању терористичког бомбардовања.“ А. Marston Danner, J. S. Martinez, „Guilty Associations: Joint Criminal Enterprise, Command Responsibility and the Development of International Criminal Law“, *California Law Review* 1/2005, 154.

У пракси, удружени злочиначки подухват (као облик одговорности, прим. А. Гајић) представља огроман пренос овлашћења са међународних судија на тужиоце, који имају енормну дискрецију да одлучују колико престапа да вежу за сваког од оптужених. Због тога што је ова доктрина веома „лабава“, удружени злочиначки подухват се опасно приближава одговорности због удруживања. То је нарочито проблематично у светлости још увек крхке легитимности међународног кривичног права.²⁴

Парадоксално, удружени злочиначки подухват је дефинисан „као облик одговорности у оквиру значења ‘почињења’ сходно члану 7(1) Статута“.²⁵ Дакле, оптужени може бити проглашен кривим за извршење злочина, чак и уколико није био свестан да се злочин догодио, чак и ако није подржавао или планирао тај злочин, чак и ако не може бити проглашен кривим за помагање и подржавање злочина. Уводећи концепт удруженог злочиначког подухвата Тужилаштво је готово сигурно да ниједан од *high-level* оптужених неће моћи да избегне осуђујућу пресуду.

4. ОБЛИК ИСТРАГЕ, ОБЕЛОДАЊИВАЊЕ ДОКАЗНОГ МАТЕРИЈАЛА И МОГУЋНОСТИ ОПТУЖЕНОГ ДА ПРИПРЕМИ СВОЈУ ОДБРАНУ (НАЧЕЛО ЈЕДНАКОСТИ ОРУЖЈА)

Почетна тачка сваке дискусије о природи одређеног кривичног поступка је форма истраге, нарочито улога главног истражног тела, у случају МКТЈ, Тужилаштва. Опште је прихваћено да облик истраге у доброј мери детерминише обавезе странака у каснијим фазама поступка, као и начин извођење доказа. Форма истраге има значајан утицај на оптуженог и може послужити као поуздан критеријум за утврђивање да ли је поступак (у претпретресној и претресној фази) такав да оптуженом омогућава да у односу на тужилаштво буде у позицији једнакости оружја, што је једно од основних начела у оквиру права на правично суђење.

²⁴ A. Marston Danner, „Joint Criminal Enterprise and Contemporary International Criminal Law“, *The American Society of International Law Proceedings of the 98th Annual Meeting* (Mapping New Boundaries, Shifting Norms in International Law), 31 March– April 2004, Washington, DC, 188.

²⁵ *Тужилац против Тадића*, Пресуда, Жалбено веће, пара. 190; *Тужилац против Стакића*, Пресуда, Жалбено веће, пара. 62; *Тужилац против Милана Милутиновића, Николе Шаиновића и Драгољуба Ојданића*, предмет бр. IT-99-37-AR72, Одлука по приговору Драгољуба Ојданића на ненадлежност – удружени злочиначки подухват, 21. мај 2003, пара. 20, 31; *Тужилац Против Милана Мартића*, Пресуда Претресно веће, пара. 435.

У МКТЈ, истрага је у потпуности једнострана. Иако је поступак пред МКТЈ адверсаријалне природе, ова одлика истраге је веома проблематична.²⁶ Наиме, оно што је Тужилаштво чинило, а и даље ради, је спровођење истрага у циљу изношења и поткрепљивања оптужби, а не истраге која би једнако обухватала и инкриминишуће и ослобађајуће доказне материјале.²⁷

Тужилаштво има обавезу, према правилу 68 Правилника о поступку и доказима, да одбрани обелодани све ослобађајуће и олакшавајуће доказне материјале које поседује. Међутим, правило 68 Правилника ствара потешкоће јер Тужилаштво само одређује шта је противно његовој позицији²⁸ и не постоји стварна могућност да оптужени адекватно испита материјале које је прикупило Тужилаштво. Као што је Претресно веће закључило:

Правило 68...се не преводи у право Одбране да добије све доказе Тужилаштва који могу бити корисни у одбрани од оптужби које су наведене у оптужници.²⁹

²⁶ „У већини *common law* јурисдикција полиција и тужилаштво имају обавезу да спроведе све разумне истраге у вези са наводним злочиним и уколико се пронађе ослобађајући материјал о томе се мора обавестити одбрана. Међутим, у земљама *civil law*-а, тужилаштво има обавезу да трага за таквим материјалом.“ V. Tochilovsky, „Proceedings in the International Criminal Court: Some Lessons to Learn from ICTY Experience“, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 4/2002, 269, фн. 6.

²⁷ Вид. V. Tochilovsky (Trial Attorney of the Prosecution of the ICTY and its representative at the conference establishing the ICC), 269. Вреди поменути примедбу Точиловског (на истој страни). „Оваква једнострана истага је прилично страна правним формама *civil law* јурисдикција. На пример, у једном предмету пред МКТЈ, бранилац је реаговао на такву наводно ‘једнострану’ истрагу од стране тужилаштва на следећи начин – „Тражили смо од истражитеља да дођу у Витез и да не интервјуишу само једну страну [...]. Било је то први пут да сам се суочио са проблемом „моји сведоци“ и „ваши сведоци“, јер у земљи у којој смо радили, обично смо имали сведоке суда...“ (*Kupreškić*, IT-95-16-T, Transcript, 27 August 1998).

²⁸ Претресно веће се ослања на добру веру Тужилаштва, и истовремено признаје да постоји извесни субјективизам приликом утврђивања које су информације или докази ослобађајући. (*Prosecutor v. Tihomir Blaškić*, Decision of April 1998). Са друге стране, „Тужилаштво нема обавезу да се консултује са оптуженим ради доношења одлуке о томе који материјал сугерише невиност или олакшава кривицу оптуженог или утиче на кредибилитет доказа Тужилаштва. Питање који доказ може бити ослобађајући је првенствено на чињеницама заснован суд који доноси Тужилаштво и који је обухваћен одговорношћу Тужилаштва“. *Prosecutor v. Blaškić*, Judgment, Case No. IT-95'14'A, 29 July 2004, para. 264. Вид. и: *Prosecutor v. Brđanin and Talić*, Case No.: IT-99-36-T, Decision on Motion for Relief from Rule 68 Violations by the Prosecutor and for Sanctions to be Imposed Pursuant to Rule 68bis and Motion for Adjournment While Matters Affecting Justice and a Fair Trial Can be Resolved, 30 Oct. 2002, para. 30.

²⁹ *Prosecutor v. Blagojević et al.*, case No. IT-02-60-PT, Trial Chamber II, Joint Decision on Motions Related to Production of Evidence, 12 December 2002, para. 26.

Жалбено веће тврди да је:

на Тужилаштву да одреди да ли доказ јесте или није ослобађајући. Веће се не меша у вршење ове дискреције Тужилаштва, осим уколико се не покаже да је Тужилаштво злоупотребило своју дискрецију.³⁰

Одбрана и већа МКТЈ немају приступ досијеу Тужилаштва. Тужиочеву обавезу обелодањивања одређује само Тужилаштво (тужилаштво као судија у сопственој ствари), јер критеријуми шта јесте а шта није у корист одбране, за сврху испуњавања обавезе обелодањивања, је у потпуности на Тужилаштву. Одбрани није дозвољено да спроводи такозвану *fishing expedition* претрагом материјала који се налази у поседу Тужилаштва. Наиме, Веће неће дозволити приступ материјалима у поседу Тужилаштва „осим уколико Одбрана не покаже да су конкретни докази релевантни за припрему одбране и да су у поседу Тужилаштва или да Тужилаштво има контролу над овим доказима“.³¹

Категоризацију доказног материјала као инкриминишућег или ослобађајућег одређује Тужилаштво, а не Одбрана или Претресно веће. Понекад шта је инкриминишуће, а шта ослобађајуће, зависи од тумачења, и обе стране се могу позивати на иста документа ради поткрепљивања својих теза. Чини се да би значајан помак у остваривању начела једнакости оружја био уколико би се у претпретресној фази поступка потенцијални доказни материјал једноставно класификовао као релевантан или ирелевантан, и када би био доступан одбрани од самог почетка претпретресног поступка. Насупрот МКТЈ, Међународни кривичног суда прихвата решење, или му је веома близу, да сви релевантни материјали буду доступни свим странама у поступку, укључујући ту и претресно и претпретресно веће.

За разлику од МКТЈ, Статут Међународног кривичног суда изричито уређује обавезе Тужилаштва, које су у потпуности у складу са начелима правичног суђења и једнакости оружја. Члан 54. Статута МКТЈ је изричит:

Ради утврђивања истине, истрага треба да буде довољно широка како би обухватила све чињенице и доказе релевантне за оцену да ли постоји кривична одговорност према овом Ста-

³⁰ Вид. *Prosecutor v. Brđjanin*, Decision on Appellant's Motion for Disclosure Pursuant to Rule 68 and Motion for an Order to the Registry to Disclose Certain Materials, Case No. IT-99-36/A, Appeals Chamber, 7 December 2004, 3, *Prosecutor v. Blaškić*, Judgment, Appeals Chamber, Case No. IT/95/14/A, 29 July 2004, para. 264.

³¹ Вид. *Prosecution v. Delalić and others*, Decision on the Motion by the Accused Zjenil Delalić for the Disclosure of Evidence, Case No. IT-96-21-PT, September 1996, para. 9.

туту, и при њеном спровођењу, истражују се на једнак начин и инкриминишуће и ослобађајуће околности.

Спровођење ове одредбе није без одговарајуће контроле, будући да Претпретресно веће Међународног кривичног суда може да затражи од Тужилаштва да трага за ослобађајућим доказима, на пример да интервјуише сведока;³² па чак може да донесе одлуку о прекиду поступка уколико Тужилаштво не обелодни Одбрани или не учини доступним судијама важан потенцијално ослобађајући материјал.³³

Једнакост оружја није одлика МКТЈ, јер је Тужилаштво у много бољем положају од одбране у погледу особља, финансијских средстава, спољне подршке, а поготову с обзиром на обавезе држава да сарађују са Тужилаштом. Такве могућности, и једнаке обавезе држава, нису присутне на страни одбране. Овакав структурални дефект МКТЈ је елиминисан из система Међународног кривичног суда.

Док је код Међународног кривичног суда спроведена сама идеја да је Тужилаштво независно тело које трага за истином, код МКТЈ Тужилаштво је орган Трибунала чији је примарни циљ да издејствује осуду оптуженог. Док је природа положаја Тужилаштва да стреми осуди оптуженог, обавезе Тужилаштва Међународног кривичног суда су такве природе да у највећој могућој мери анулирају разлике у стварним могућностима Тужилаштва и одбране да спроводе истраге, и да у сваком случају чине поступак праведним и принцип једнакости оружја остваривим у највећој могућој мери.

Већа МКТЈ схватају начело једнакости оружја само као процедуралну једнакост,³⁴ уводећи једновремено озбиљна ограничења овог начела. МКТЈ не узима у обзир очигледну неједнакост између Тужилаштва и Одбране у погледу њихових могућности да припреме своје случајеве.³⁵ Институционалне предности Тужилаштва у погледу финансијских средстава, особља, сталне обавезе држава да сарађују са Канцеларијом Тужилаштва, сталне истраге, подршке различитих невладиних организација, итд. чини могућим да буду у потпуности спремни за вођење поступка чак и пре подизања оптужнице, а

³² V. Tochilovsky, 269.

³³ *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Trial Chamber 1, Decision of 13 June 2008.

³⁴ Вид. *Prosecutor v. Tadić*, Appeal Judgment, 15. July 1999, paras. 48–50.

³⁵ G. McIntyre, „Equality of Arms – Defending Human Rights in the Jurisprudence of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia“, *Leiden Journal of International Law* 2/2003, 272. „Ова неједнакост произилази из процедура Трибунала и последица је институционалних предности канцеларије Тужилаштва као органа Трибунала. [...] у контексту Трибунала, ако се поштује пун опсег принципа једнакости оружја и да је кривични поступак пред Трибуналом правичан поступак, принцип једнакости оружја би требало тумачити на много шири начин, а не као актуелну процедуралну једнакост.“

једновремено немају обавезу да истражују и инкриминујуће и ослобађајуће доказе. Нарочито оптужени који се самозаступа има веома ограничене могућности да се припреми за суђење, знатно ограниченије него када га заступа бранилац.

5. СТАНДАРД „ВАН РАЗУМНЕ СУМЊЕ“ И СТАНДАРД ПРЕИСПИТИВАЊА ЧИЊЕНИЧНИХ НАЛАЗА ПРЕТРЕСНОГ ВЕЋА ПО ЖАЛБИ

Како је истакао судија Ричард Меј, стандард доказивања ван разумне сумње је фактор „који иде за очувањем правичности и равноправности странака пред међународним кривичним трибуналима“.³⁶ Овај стандард доказивања има свој јасан основ у Статуту и Правилнику о поступку и доказима, али ипак, нека претресна већа га не примењују на исправан начин.

Примера ради, у пресуди донетој у предмету *Тужилац против Милана Мартића*, Претресно веће је изразило своје становиште у погледу релевантног стандарда доказивања не у главном тексту, већ у фусноти, истакавши следеће:

Према схватању Претресног већа, „критеријум ‘ван разумне сумње’ означава висок степен вероватноће; он не означава нешто што је извесно или доказано без сенке сумње“.³⁷

Претресно веће је, дакле, било становишта да захтевани стандард доказивања, ван разумне сумње, који је највиши могући стандард доказивања, не означава „извесност“ (*certainty*). Скорашња јуриспруденција Међународног суда правде пружа убедљиве разлоге у прилог тезе да је одређење стандарда доказивања, које је заговарало Веће које је поступало у предмету *Мартић*, погрешно. У спору који се тичао тумачења и примене *Конвенције о спречавању и кажњавању злочина геноцида (Босна и Херцеговина против Србије и Црне Горе)* Међународни суд правде је захтевани стандард доказивања јасно дефинисао, истакавши, између осталог, следеће:

У погледу захтева тужиоца за утврђењем да је тужени прекршио своје обавезе спречавања и кажњавања геноцида и изручења особа оптужених за геноцид, Суд захтева доказ на високом нивоу извесности који је примерен тежини оптужби.³⁸

³⁶ R. May, M. Wierda, „Trends in International Criminal Evidence: Nuremberg, Tokyo, the Hague and Arusha“, *Columbia Journal of Transnational Law* 3/1999, 725.

³⁷ *Prosecutor v. Milan Martić*, IT-95-11-T, Trial Chamber I, Judgment, 12 June 2007, фн. 19.

³⁸ *Case Concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment, 26 February 2007, para. 210.

Другим речима, стандард „ван разумне сумње“ није ништа друго до *висок ниво извесности*. Ово становиште налази свој чврст ослонац у јединственој јуриспруденцији разних судова, као и у литератури.³⁹

Иако је Жалбено веће утврдило да је стандард доказивања, како га је дефинисало Претресно веће, „нејасан, те да није у складу са захтеваним стандардом доказивања у кривичним поступцима“,⁴⁰ жалбени основ (погрешна примена права) је одбачен.⁴¹ Упркос томе што је утврдило да се Претресно веће позвало на погрешан стандард доказивања, Жалбено веће је установило да „други искази Претресног већа који се тичу стандарда доказивања показују да је Претресно веће правилно разумело захтевани стандард доказивања“,⁴² и у фусноти упутило на фусноту бр. 141 Пресуде Претресног већа у којој се указује на релевантне параграфе из неколицине пресуда Трибунала, међу којима и пресуду донесену у предмету *Тужилац против Лимаја и осталих*.

Неправилна артикулација стандарда доказивања „ван разумне сумње“ проузрокује тешкоће и у жалбеном поступку. Стандард преиспитивања пресуде по жалби је судијско право (*judge made law*), које је веома уско концептуализовано. Када Одбрана или Тужилаштво поднесе жалбу наводећи као жалбени основ погрешно утврђено чињенично стање које је довело до неостваривања правде, треба да демонстрира да оспоравани налаз „не би могао да прихвати ниједан разуман пресудитељ о чињеницама.“ („no reasonable trier of fact could

³⁹ „Традиционално, у међународном правосуђу, осим *prima facie* доказа који је резевисан за прелиминарни поступак, примењују се два стандарда доказивања, доказ ван разумне сумње, који захтева *висок ниво извесности*, и стандард претежног доказа. Овај други стандард означава да оцена доказа указује на посебан правац, иако остаје основана или чак више него основана сумња. Међународни судови или трибунали нису се строго придржавали ових стандарда, већ су их комбиновали или, тамо где је то било примерено с обзиром на околности случаја, модификовали. Стандард „чињенично и правно заснован“ из члана 28. Статута Међународног суда правде није стандард доказивања у смислу „претежног доказа“, већ је пре упоредив са стандардом доказивања у смислу „доказа ван разумне сумње“, који се примењује у многим националним правним системима“ М. Kazazi, *Burden of Proof and Related Issues*, The Hague 1997, 324; Separate Opinion of Vice-President Wolfrum, The M/V „Saiga“ (no. 2) Case (*Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea*), International Tribunal for the Law of the Sea, Merits, para. 12. Вид. такође, C. F. Amerasinghe, *Evidence in International Litigation*, Leiden – Boston 2005, 235–238.

⁴⁰ *Prosecutor v. Milan Martić*, Judgment, Appeals Chamber, 8. October 2008, para. 58.

⁴¹ Жалбено веће је нажалост закључило да „Мартић није успео да покаже да је Претресно веће заправо погрешило у примени стандарда доказивања“, чак и ако се оспорени налаз не тиче погрешно утврђеног чињеничног стања (што је било резервисано за друге жалбене основе) већ погрешно утврђеног/примењеног права.

⁴² *Ibid.*, para. 59.

have made the impugned finding“). Другим речима, када Одбрана поднесе жалбу „Жалбено веће ће разматрати да ли ниједан разуман пресудитељ о чињеницама не би могао да дође до закључка о кривици ван разумне сумње“ у смислу да чињенични закључак „не би могао да буде прихваћен од стране било ког разумног Трибунала“.

Као што је сумирало Жалбено веће:

Када се разматрају наводи о погрешно утврђеном чињеничном стању, Жалбено веће ће утврдити да ли *ниједан разуман пресудитељ о чињеницама не би могао да изрекне осуђујућу пресуду ван разумне сумње*. Жалбено веће узима у обзир да, приликом утврђивања да ли је налаз Претресног већа *разуман* или није, неће лако изменити налазе чињеница Претресног већа.

Жалбено веће примењује исти стандард „разумности“ у погледу навода о погрешно утврђеном чињеничном стању, без обзира да ли је чињенични налаз Претресног већа заснован на директним или посредним доказима. Штавише, Жалбено веће се редовно позива, као на опште начело, на схватање које је изражено, примера ради, у предмету *Купрешкић и остали*:

У складу с јуриспруденцијом Међународног суда, задатак саслушања, оцењивања одмеравања тежине доказа који се изводе на суђењу припада првенствено претресном већу. Стога се Жалбено веће, према чињеничном стању које је утврдило претресно веће, мора односити с одређеном дозом уважавања. Жалбено веће може уместо налаза претресног већа донети свој налаз само ако доказе на које се позвало претресно веће, не би прихватито ниједан разуман пресудитељ о чињеницама или ако су докази оцењени „потпуно погрешно“.⁴³

Најмање два проблема се јављају. Први се скрива у становишту Жалбеног већа да чак и ако два претресна већа поступају у доброј вери и примењују исти стандард доказивања могу да дођу до различитих закључака.⁴⁴ Стандард жалбене ревизије није да ли је Жалбено веће уверено да је Претресно веће донело закључак „ван разумне сумње“. Оно што Жалбено веће заправо испитује је да ли су оспорени чињенични налази разумни, а не да ли су у складу са стандардом доказивања „ван разумне сумње“.

Друго питање се тиче природе жалбеног поступка. Стандард жалбене ревизије одговара стандарду жалбене ревизије у *common law* системима у ком су функције пресуђивања подељене између

⁴³ *Kupreškić et al.*, Appeal Judgment, para. 30.

⁴⁴ „У складу са јуриспруденцијом Трибунала, задатак саслушања, оцењивања и одмеравања доказа презентованих на суђењу је остављен Претресном већу [...]. Ваља имати на уму и то да двоје судија, који обоје поступају разложно, на основу истих доказа, могу извести различите закључке.“ *Купрешкић и остали*, Пресуда, Жалбено веће, para. 30.

судија и лаичке пороте. Пошто судија није тај који доноси закључке о чињеницама, већ лаичка порота, стандард жалбене ревизије и не може да буде да ли је порота применила одговарајући стандард доказивања, већ да ли је судија дао исправна упутства пороти у вези са стандардом доказивања ван разумне сумње. Да би усвојио жалбу, „жалбени суд мора да буде уверен да ниједна разумна порота не би могла да дође до таквог закључка“.⁴⁵

Док је овај стандард одговарајући у систему у коме је утврђивање чињеница резервисано за лаичку пороту, у систему у коме професионалне судије утврђују и право и чињенице, одговарајући стандард доказивања би морао да буде – да ли је Претресно веће донело закључак „ван разумне сумње“.

Стандард жалбене ревизије који Жалбено веће примењује на униформан начин значајно ограничава право на жалбу.⁴⁶ Из стандарда жалбене ревизије следи да погрешно утврђено чињенично стање које је довело до неостваривања правде не постоји када Претресно веће усвоји закључак који није у складу са стандардом доказивања ван разумне сумње, већ само када је очигледо да је релевантна чињеница погрешно утврђена или ако је утврђено чињенично стање такве природе да „не би могао да га прихвати ниједан разуман трибунал.“ Чини се да овај приступ није конзистентан са природом Већа МКТЈ које чине професионалне судије, нити да је у складу са чл. 25. Статута МКТЈ.

6. ЗАКЉУЧНА НАПОМЕНА

Нажалост, многи мандат МКТЈ схватају у смислу доношења осуђујућих пресуда, искључујући из видокруга могућност доношења и ослобађајућих пресуда. Мандат сваког суда јесте и мора да буде да спроводи правична суђења, да примењује важеће право и да очува интегритет правосуђа. МКТЈ је *ad hoc* трибунал и његове одлуке немају обавезујуће дејство прецедената пред другим судовима и трибуналима, осим могућег уверавајућег ауторитета *ratio decidendi* његових одлука, што у многоме зависи од одговора на питање да ли је јуриспруденција МКТЈ у потпуности у складу са међународно признатим нормама и стандардима људских права. Да цитирамо још

⁴⁵ Вид. нпр. R. Clyton, H. Thomlinson, *Fair Trial Rights*, New York 2001, vii.

⁴⁶ „Генерални секретар сматра да Статут треба да предвиди право на жалбу. То право је темељни елемент грађанских и политичких права појединаца и оно је, међу осталима, укључено у Међународни пакт о грађанским и политичким правима. Из тог разлога, Генерални секретар је предложио да треба да постоји Жалбено веће Међународног трибунала.“ *Извештај генералног секретара у складу са тачком 2 Резолуције Савета безбедности 808 (1993)*, УН документ S/25704, 3. мај 1993., параграф 116.

једном судију Дејвида Ханта: „О Трибуналу се неће судити према броју осуђујућих пресуда.... већ према томе да ли су суђења била правична.“⁴⁷

Aleksandar Gajić, LL.M

Lecturer

University of Belgrade, Faculty of Law

INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA – HUMAN RIGHTS PERSPECTIVE

Summary

This paper deals with the law and practice of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia from the human rights perspective. In particular, the author tries to clarify methods by which the Tribunal has sought to protect human rights of parties in the proceedings. In that respect, the author criticizes the Tadić decision where the Trial Chamber held that it was not bound by universal human rights principles because of its unique structure and the nature of subject matter it dealt with. In his further analysis of the question whether the ICTY's jurisprudence is in line with human rights standards, the author explores three sets of questions. First, certain substantive law issues are investigated in order to determine whether the ICTY is involved in the so-called progressive development, or this body merely applies the existing rules of International Humanitarian Law. Second, the author explores the equality of arms principle and concludes that it is one-sided, because there is no real possibility for the accused to properly examine all exculpatory and mitigating materials. In addition, the author argues that in criminal matters, it is the 'beyond reasonable doubt' standard of proof rather than the 'probability standard' that should be preserved. Besides, the standard of appellate review uniformity applied by the Appeals Chamber significantly restricts the right of appeal. The author concludes that the ICTY's jurisprudence is, and will be critically evaluated, particularly in attempts to build some solid basis for the imminent jurisprudence of the International Criminal Court.

Key words: *ICTY's jurisprudence. – Tadić case. – Progressive development. – Arms Principle. – 'Beyond reasonable doubt' standard.*

⁴⁷ Dissenting Opinion of Judge David Hunt on Admissibility of Evidence in Chief in the Form of Written Statement, *Prosecutor v. Milošević*, 21 October 2003., para. 22.

Др Патрик Торнбери

редовни професор Факултета за политику, међународне односе и филозофију Универзитета Кил

ПОЈАМ ЖРТВЕ ПРЕМА МЕЂУНАРОДНОЈ КОНВЕНЦИЈИ О ЕЛИМИНАЦИЈИ СВИХ ОБЛИКА РАСНЕ ДИСКРИМИНАЦИЈЕ

Аутор осветљава рад Комитета за елиминацију расне дискриминације, њене процедуре и концепт дискриминације, усредсређујући се пре свега на питање „жртва“ расне дискриминације. При том, аутор покушава да утврди који то појединци и заједнице имају активну легитимацију по основу Међународне конвенције о елиминацији свих облика расне дискриминације.¹ Аутор сматра да се пред Комитетом за елиминацију расне дискриминације налази већи изазов од оног који је донела борба против апартхејда и колонијализма шездесетих година XX века, када је Конвенција донета. Стога Комитет као жртве расизма признаје и етничке и националне мањине (с посебним нагласком на Роме), аутохтоне (домородачке) народе, касте, странце, као и групе чији се идентитети „преклапају“ са овим идентитетима, као што су оне засноване на вери, идентитету и полу. Данас велики број чинилаца утиче на то да одређене групе буду изложене расизму, између осталог економске миграције, конфликт праћен масовним прогоном, стварање и сукцесија држава, акције сузбијања тероризма, говор мржње и слично. Овакав развој убрзан је догађањима у вези са правима мањина, аутохтоних народа, жена и других група и категорија. Аутор посебно наглашава да се тумачење Међународне конвенције о елиминацији свих облика расне дискриминације удаљило од првобитне верзије њених аутора, што показује да је Конвенција један живи инструмент који се тумачи у складу са данашњим изазовима. Међутим, остаје питање да ли Конвенција и даље представља најпогодније средство за утврђивање ко су жртве расне дискриминације, или је ипак потребно да се она у извесној мери измени.

Кључне речи: *Комитет за елиминацију расне дискриминације. – Жртве расне дискриминације. – Специјалне мере. – Мањине. – Аутохтони народи.*

¹ У даљем тексту „Конвенција“ или „МКЕРД“.

1. УВОД²

Овај рад бави се оним што је Комитет за елиминацију расне дискриминације (КЕРД) урадио приликом изношења свог мишљења о томе која лица и заједнице имају право на заштиту према Конвенцији о елиминацији свих облика расне дискриминације. У питању је аналитички и концептуални приступ. Дескриптивни делови овог рада не односе се само на историјат Комитета, али су разни историјски моменти у његовом дугом постојању употребљени како би се илустровале сталне теме Конвенције. У овом раду укратко су описани контекст у коме се Конвенција појавила, релевантне норме Конвенције, процедуре које Комитет користи, категорије лица које је Комитет током свог рада дефинисао као „жртве“ расне дискриминације и *проблематика* политике Конвенције о културној различитости и мултикултурализму. Рад се завршава разматрањем актуелних изазова са којима су сусреће Комитет (а у ширем смислу системи људских права), уз коментар о могућим дешавањима у раду Комисије и питањима која заслужују њену посебну пажњу.³

² Преглед Конвенције и испитивање специфичних аспеката представљени су, између осталог, у следећим радовима: М. Banton, *International Action Against Racial Discrimination*, Oxford 1996, и М. Banton, „Decision-taking in the Committee on the Elimination of Racial Discrimination“, *The Future of UN Human Rights Treaty Monitoring* (eds. P. Alston, J. Crawford) Cambridge 2000; N. Lerner, *The UN Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*, Alphen aan den Rijn 1980; T. Meron, „The Meaning and Reach of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination“, *American Journal of International Law* 2/1985; K. J. Partsch, „The Committee on the Elimination of Racial Discrimination“, *The United Nations and Human Rights: A Critical Appraisal* (ed. P. Alston), Oxford 1992; E. Schwelb, „The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination“, *International and Comparative Law Quarterly* 4/1966; P. Thornberry, „Confronting Racial Discrimination: A CERD Perspective“, *Human Rights Law Review* 2/2005. Многи аспекти Конвенције обрађени су у следећим радовима: *Discrimination and Human Rights* (ed. S. Fredman) Oxford 2001 – вид. нарочито К. Boyle, А. Baldaccini, „A Critical Evaluation of International Human Rights Approaches to Racism“, *ibid.*, 135; вид. такође W. Vandenhole, *Non-Discrimination and Equality in the view of the UN Human Rights Treaty Bodies*, Antwerp 2005.

³ У овом раду термин „жртве“ односи се на категорије група или лица заштићених Конвенцијом које је КЕРД као такве признао у својој пракси; он не би требало да се поистовети са ужим питањем „ко је жртва?“, на које је одговор дат у чл. 14 Конвенције о процедури комуницирања са Комитетом. У вези с овим последње поменутих питањем вид. нарочито случајеве *POEM and FASM v Denmark*, Communication No. 22/2002, A/58/18, Annex III A; *Documentation and Advisory Centre on Racial Discrimination v. Denmark*, Communication No. 28/2003, A/58/18, Annex III B; *The Jewish Community of Oslo et al. v. Norway*, A/60/18, Annex III B.

2. КОНТЕКСТ

Забрана расне дискриминације у међународном праву изражена је у оним члановима Повеље Уједињених нација у којима се забрањују разлике у уживању људских права засноване на „раси, полу, језику или вери“. Списак забрањених основа дискриминације проширен је у каснијим документима о људским правима, али суштинска забрана расне дискриминације налази се на листи кључних савремених докумената. За разлику од Повеље, која забрањује расну дискриминацију, Пакт Друштва народа не спомиње ову забрану, упркос настојањима Јапана да се у овај документ унесе одредба о једнакости нација и народа.⁴ Ћутање о овој теми показује да се у раном XX веку благонаклоно гледало на „хијерархијско“ поимање народа и нација, будући да је тај период карактерисала ситуација у којој је велики део човечанства био потчињен великим колонијалним системима.⁵ Забрана расне дискриминације у документима Уједињених нација представљала је мали напредак у напорима међународног права: систем Друштва народа за заштиту мањина (развијен паралелно са Пактом) претходно је покушао да реши „расна, верска и језичка“ питања на структурисан начин, али његови географски домети примене били су ограниченији од „универзалних“ инструмената из опуса Уједињених нација.

Подкомисија Уједињених нација за спречавање дискриминације и заштиту мањина конципирала је део својих обавеза под називом „спречавање дискриминације“ као „спречавање сваке активности којом се појединцима или групи оспорава једнак третман који би они могли да пожеле.“⁶

Генерални секретар у свом меморандуму каже следеће:

стога, да би се спречила дискриминација, морају се пронаћи извесна средства за сузбијање или елиминисање неједнаког третмана који може да има штетне последице, у циљу спречавања сваког поступка или понашања који подразумевају прављење неповољне разлике између појединаца само зато што они припадају одређеним друштвеним категоријама или групама.⁷

Према овом тумачењу, једнакост треба да се постигне сузбијањем или елиминисањем одређених облика понашања, а не путем

⁴ W. A. McKean, *Equality and Discrimination under International Law*, Oxford 1983, 16–19.

⁵ *Race and Racism* (ed. B. Boxill) Oxford 2001.

⁶ E/CN.4/52, Section V.

⁷ The Main Types and Causes of Discrimination, UN Sales No. 49.XIV.3, para. 6, 7.

позитивне „политике различитости“⁸ и признавања специфичних група. Однос између недискриминације и права мањина и аутохтоних група, тј. између „елиминације“ као једног стожера недискриминације и „признања као стожера“ мањинских и аутохтоних права, само је делимично обрађен у Конвенцији.

Декларацију о елиминацији свих облика расне дискриминације⁹ усвојила је Генерална скупштина Уједињених нација 1963. године; у њој није садржана дефиниција „расне дискриминације“. Концепти развијени на ограниченом пољу запошљавања и избора занимања искоришћени су у МКЕРД-у.¹⁰ Део I Конвенције, који следи након кратке, али сложене преамбуле, има једноставну нормативну структуру, у којој се налазе: дефиниција расне дискриминације (члан 1), праћена званичним преузимањем обавезе елиминисања расне дискриминације „у свим њеним облицима“ (члан 2), осуда расне сегрегације и апартехејда (члан 3), драконски члан 4 о говору мржње, отворена листа права за које се узима принцип недискриминације (члан 5), кратак члан о правним лековима (члан 6) и члан о едукацији усмереној ка толеранцији и антирасизму (члан 7). У Делу II Конвенције установљава се Комитет за елиминацију расне дискриминације и представљају се њене процедуре. До сада су 173 државе потписале Конвенцију.

3. КЕРД И ЊЕНЕ ПРОЦЕДУРЕ: РЕЗИМЕ

Генерално гледано, Комитет, састављен од 18 чланова, функционише тако што анализира и разматра извештаје које државе морају, према члану 9(1) Конвенције, да подносе

(а) у року од годину дана након што конкретна држава прихвати Конвенцију и

(б) сваке друге године и сваки пут када Комитет то затражи. Комитет може да тражи додатне информације од држава уговорница.

Након сваког обављеног дијалога са државом чланицом, Комитет износи низ закључних запажања која садрже елементе похвале, изразе забринутости и препоруке за даље поступке.¹¹ Тамо где је прикладно, Комитет ће такође признати да постоје проблеми у примени Конвенције

⁸ I. M. Young, *Justice and the Politics of Difference*, Princeton 1990.

⁹ Садржана у Резолуцији 1904 (XVIII) Генералне Скупштине, која је усвојена 20. новембра 1963.

¹⁰ Discrimination (Employment and Occupation) Convention 1958, ILO Convention No. 111.

¹¹ У „прегледу“ метода које Комитет користи у свом раду из 2001. године, изнет је аргумент да би „у интересу транспарентности, требало да се настави усвајање закључних запажања на јавним састанцима“, А/56/18, пара. 479. Међутим, у

до којих долази у неким државама услед различитих непогода, укључујући и оне изазване људским фактором. Овај систем користи чланове Комитета као известиоце о ситуацији у земљи, који преузимају обавезу да воде разговоре са владом те земље. Седнице КЕРД-а обично се одржавају у Женеви: посете земљама нису део њеног уобичајеног *modus operandi*. Извештаји поднети са закашњењем од пет и више година могу да подлегну процедури ревизије, током које КЕРД може да одлучи да испита ситуацију у земљи о којој није поднет извештај. „Претња“ ревизијом обично издејствује или подношење извештаја или изношење разлога због чега он није поднет. Комитет је 1996. године донео одлуку да ће у случају неподношења инцијалног извештаја,

Комитет за иницијални извештај сматрати све информације које је држава уговорница поднела органима Уједињених нација или, уколико таквих материјала нема, извештаја и информације које су припремили органи Уједињених нација.¹²

Комитет је недавно усвојио додатну процедуру за проверу примене својих препорука: на 65. седници, одржаној 2004. године Комитет је именовao координатора и заменика координатора.¹³ Поред основних разговора, КЕРД „сумира“ своја гледишта и праксу у вези са одређеним питањима о расној дискриминацији у општим препорукама, којих је до данас донето укупно 31.¹⁴

Конвенцијом су предвиђена два различита поступка. Први од ова два, процедура по међудржавним представкама из чл. 11–13 Конвенције, није активирана, док је процедуру предвиђену чланом 22, према којој спорови који се односе на „тумачење или примену Конвенције“ могу бити упућени Међународном суду правде, недавно искористила Грузија против Руске Федерације.¹⁵ Процедура по индивидуалним представкама, које могу упутити „појединци или групе појединаца [...] који тврде да су жртве кршења права“, предвиђена је у чл. 14 Конвенције. Разматрање питања о томе ко може имати активну легитимацију према чл. 14 било је тема недавних седница Комитета.¹⁶ Представке поднете на основу чл. 14 нису закупиле пажњу Комитета у истој мери као аналогне процедуре према, рецимо, Међународном пакту о грађанским и политичким правима из 1966. године

„прегледу“ из 2003. године каже се да ће се „састанци Комитета ради усвајања закључних запажања одржати без присуства јавности“. A/58/18, Annex IV.

¹² A/51/18, para. 608.

¹³ Вид. Rule 65.2. of the rules of procedure, and Guidelines on follow-up to concluding observations and recommendations, A/61/18, Annex VI.

¹⁴ Compilation of General Comments and General Recommendations adopted by Human Rights treaty Bodies, HRI/GEN/1/Rev. 9, 27 May 2008.

¹⁵ International Court of Justice press release 2008/23, 12 August 2008.

¹⁶ Вид. између осталог случај *Jewish Community of Oslo et al. v. Norway*, A/60/18, Annex III B, para. 7.4.

(ПГП). Стога, пракса Комитета је сиромашна, јер се фокусира на основно разумевање концепата, структура и норми.¹⁷

КЕРД је 1993. године усвојио Смернице за благовремено упозоравање и хитне акције,¹⁸ а допунио их је 2007. године.¹⁹ Смернице су представљене као измена текста из 1993. године „у светлу праксе Комитета од 1993. године и актуелних потреба и скорашњих догађаја.“²⁰ Због своје опште превентивне природе,²¹ смернице наводе директну везу са спречавањем геноцида у свом подсећању на говор „Стокхолм“ Генералног секретара из 2004. године о спречавању геноцида,²² сталне обрасце расне дискриминације „у појединим случајевима са геноцидним димензијама“²³ и речи Специјалног саветника Генералног секретара о спречавању геноцида.²⁴ Већина ситуација којима се баве смернице не односе се на сам геноцид, а „индикатори“ за покретање процедуре укључују значајно ограничење, с обзиром на то да такви индикатори

могу бити присутни у ситуацијама које не захтевају моментално спречавање и окончавање озбиљних повреда Конвенције, Комитет ће проценити њихов значај у светлу *озбиљности и размера ситуације*,²⁵ укључујући ескалацију насиља или непоправљиву штету која може да буде нанета жртвама дискриминације по основу расе, боје, порекла или националне или етничке припадности.²⁶

4. ПОЈАМ ДИСКРИМИНАЦИЈЕ

У вези са основним појмом дискриминације, Комитет је у својој Општој препоруци XIV (42)²⁷ истакао да „разлике у третману

¹⁷ Комитет је такође развио додатну процедуру за индивидуалне представке: A/61/18, Glava VII.

¹⁸ A/48/18, Annex III (упутства о благовременом упозорењу).

¹⁹ A/62/18, Annex III (измењена упутства о благовременом упозорењу).

²⁰ Измењена упутства о благовременом упозорењу, пара. 3.

²¹ Наведени су, између осталог, извештај Генералног секретара „In Larger Freedom“, у којем се наглашава спречавање кршења људских права (A/59/2005, para. 106), захтев Генералног секретара упућен Високом комесару Уједињених нација за људска права за доношење плана акције у којем је нагласио значај превенције (A/59/2005/Add.3).

²² Измењена упутства о благовременом упозорењу, пара. 4.

²³ *Ibid.*, para. 7.

²⁴ *Ibid.*, para. 14.

²⁵ Курзив мој.

²⁶ *Ibid.*, para. 12.

²⁷ A/48/18, Chapter VIII B.

неће представљати дискриминацију ако су критеријуми, процењени у односу на предмет и циљ Конвенције, легитимни.“ Насупрот томе, разлике у третману представљаће дискриминацију

ако се критеријуми за такво различито поступање, процењени у односу на предмет и циљ Конвенције, не примењују у складу са легитимним циљем и нису сразмерни остварењу овог циља.²⁸

Комитет је дао препоруке и о дискриминацији међу етничким групама и о дискриминацији особа које припадају тим групама. „Дискриминација“ не би требало да означава једнообразност поступања у ситуацијама у којима постоје значајне разлике између два појединца или групе. Комитет је инсистирао да, приликом процене дискриминације, треба „узети у обзир специфичне карактеристике етничких, верских или културних група“,²⁹ и да, између осталог, „политика присилне асимилације значи расну дискриминацију.“³⁰ Захтев изнет у Општој препоруци 24³¹ за једнообразну примену критеријума за утврђивање постојања етничких група на територији државе, уз избегавање „различитог третмана“ различитих група становништва, није у супротности са њеним изнијансираним приступом дискриминацији. У овој препоруци се не сугерише да све групе треба да буду третиране исто, без обзира на прилике, већ се у њој тражи једнообразност приступа критеријуму за утврђивање постојања група,³² које би, у супротном, влада могла произвољно да изостави из примене принципа недискриминације. Постоје различити и многобројни облици дискриминације који су утврђени Конвенцијом. Конвенција се изричито бави поступањем чији је „циљ или ефекат“³³ дискриминација, тако да КЕРД може да критикује поступке државе у којима постоји ненамерна дискриминација. КЕРД такође користи термине директне и индиректне дискриминације,³⁴ дискриминације *de*

²⁸ CERD General Recommendation 30 on Discrimination Against Non-Citizens, para. 4.

²⁹ A/60/18, para. 169 (Лаос).

³⁰ A/60/18, para. 318 (Туркменистан).

³¹ A/54/18, Annex V; W. Vandenhole, 100–101.

³² У закључним разматрањима јасно је предочено да контекст нацрта (који је увео члан Комисије Дијакону) има пре карактер „демографске информације“, него супстантивног третман – CERD/C/SR.1281, para. 27.

³³ У вези с критиком основних концепата, вид. *New Trends in Discrimination Law – International Perspectives* (eds. L. Hannikainen, E. Nykanen) Turku 1999.

³⁴ „Индиректна“ дискриминација се изричито не користи у ИКЕРД-у. Дистинкција „циљ или ефекат“ није нужно исто што и разлика између „директне и индиректне“ дискриминације: на пример, и директан и индиректан дискриминација могу да буду „сврнисходне“. КЕРД је објаснио неке важне дистинкције у случају *Ms L.R. v. Slovakia*, Communication No. 31/2003, A/60/18, Annex III A, para. 10.4.

jure и *de facto*,³⁵ системске³⁶ или структурне дискриминације³⁷, као и случајеве двоструке или вишеструке дискриминације у којима долази до међусобног преплитања различитих основа.³⁸

Конвенција се бави дискриминацијом у „јавном животу“, што је термин који није дефинисан у Конвенцији, али који мора да се сагледа у светлу свих активности које су забрањене Конвенцијом, и не своди се, на пример, на дискриминацију у сфери државне управе.³⁹ Конвенција обавезује државе да интервенишу у случајевима дискриминације коју спроводе недржавни актери – тиме што ће, рецимо, забранити и окончати „расну дискриминацију коју спроводе било која лица, група или организација“.⁴⁰ Јавна места експлицитно су наведена у члану 5(ф) којим се забрањује дискриминација у погледу „права приступа било ком месту или служби који су намењени јавној употреби, као што су саобраћајнице, хотели, ресторани, кафићи, позоришта и паркови.“ У тексту Конвенције се, међутим, не прави било каква прецизнија разлика између приватног и јавног, и требало би имати на уму да је „слобода удруживања“ право које је од дискриминације заштићено Конвенцијом: што може имати импликације по већи степен „интервенционизма“ у унутрашњу структуру „организација“ на нижем ниову. Према једном аутору, упућивање на „јавни живот“ „додато је како би се дискриминација унутар приватних односа уклонила из Конвенције.“⁴¹ Иако ово питање није много заокупљало творце Конвенције, у поређењу са, на пример, дискусијама о „националној или етничкој припадности“ или „пореклу“ у чл. 1, њиме су се нарочито бавиле западне владе, укључујући и случајеве у вези са чл. 4 Конвенције.⁴² Комитет је 1993. године водио

³⁵ W. Vandenhoe, 38–39.

³⁶ Нпр. Закључна запажања о Лаосу, А/60/18, пара. 168, у којем су направљене значајне дистинкције.

³⁷ Нпр. А/59/18, пара. 57 (Бразил).

³⁸ Више речи о томе, *infra*.

³⁹ Т. Meron, 293.

⁴⁰ Чл. 2(d). В. такође чл. 4(a). У Општој препоруци 20 – А/51/18, Annex VIII – Комитет наводи следеће (пара. 4): „У мери у којој приватне институције утичу на уживање права или доступност могућности, држава уговорница мора осигурати да резултат нема ни циљ ни ефекат стварања или одржавања расне дискриминације.“

⁴¹ М. Banton (1996), 195.

⁴² Представник Аустралије у Трећем комитету Генералне Скупштине оштро је изнео став наводећи ранију изјаву да се од Аустралије не може очекивати да „доносе посебан закон како би кривично гонила и казнила свако лице чија се изјава може протумачити као заговарање расне дискриминације[...] ако се то чини, лако би могло да се догоди да се од људи чије би се спорне идеје у супротном могле одбацивати разумним аргументима, или вероватније исмевањем, направе мученици.“ А/С.3/СР.1306, пара. 5. Вид. такође, А/С.3/СР. 1315, пара. 1–3 (УК); СР.1316, paras. 3–4 (Холандија); и СР.1318, пара. 56 (Ирска).

дугу расправу као одговор на нацрт „препорука о јавном животу“,⁴³ током које су изнети закључци о све ширем делокругу Конвенције у светлу појава као што су „приватизација јавног живота“⁴⁴ и „приватизована дискриминација“.⁴⁵ Дата је подршка за проширивање Конвенције на односе између појединаца и односе између појединаца и недржавних ентитета.⁴⁶

У овој сфери, случај пословних корпорација тренутно представља видљив проблем за Комитет. Било би можда лакше да се њихов случај уврсти у Конвенцију у смислу квази-јавних функција које обавља корпоративни сектор, нарочито када се ради о јаким транснационалним корпорацијама. Комитет је заузео став да држава сноси крајњу одговорност за дискриминацију изазвану у сфери приватног пословања, нарочито у случајевима који се односе на аутохтоне народе⁴⁷ и Роме,⁴⁸ али такође и на групе по основу порекла, као и на друге групе.⁴⁹ Став према којем пословне корпорације треба да поштују државне законе о расној дискриминацији имплицитно произлази из препорука КЕРД-а, иако не постоји потпуно јасан одговор на питање на који начин се таква одговорност преплиће са принципом државне одговорности. О овом принципу су недавно изнета разматрања у вези са аутохтоним народима у случајевима који се, између осталог, тичу Канаде и Сједињених Држава. У закључним запажањима о Канади, КЕРД је комбиновао опсервације о транснационалним корпорацијама са опсервацијама о „екстратериторијалности“, препоручујући да „држава уговорница истражи начине на које би транснационалне корпорације регистроване у Канади могле да одговарају за своје послове“, захтевајући информације у следећем периодичном извештају „о ефектима активности транснационалних корпорација регистрованих у Канади на аутохтоне народе у иностранству и о

⁴³ CERD/C/SR.969, paras. 19–44.

⁴⁴ SR.969, para. 26 (ван Бовен).

⁴⁵ *Ibid.*, para. 39 (Ага Шаи).

⁴⁶ *Ibid.*, para. 29 (Дијакону).

⁴⁷ Вид. нпр. закључна запажања о Гватемали, А/61/18, para. 119; Гвајани, *ibid.*, para. 147; Нигерији, А60/18, para. 294; и Суринаму, А/59/18, paras. 194 и 198 – нарочито је упечатљив последњи параграф, у којем Комитет препоручује „да се у споразуме са великим пословним подухватима – уз консултовање са народима којих се он тиче – унесе ставка у којој се саопштава на који начин ће ови подухвати допринети унапређивању људских права у областима као што је образовање.“

⁴⁸ У пракси Комитета, у извесном броју прилика говори се о дискриминацији коју спровode банке, клубови, итд. Вид. *Dragan Durmic v. Serbia and Montenegro*, Communication No. 29/2003, А/61/18, Annex IV; вид. такође закључна запажања КЕРД-а о БиХ, А/61/18, para. 38, и Општу препоруку 27 о дискриминацији Рома, А/55/18, Annex V.C.

⁴⁹ CERD General Recommendation 29 on article 1, para. 1 (Descent), А/57/18, Chapter XI F.

свим предузетим мерама“.⁵⁰ Активности корпорација у вези са земљиштем и територијама аутохтоних народа заузимају значајно место у КЕРД-овој процедури раног упозорења и хитних акција.

5. СПЕЦИЈАЛНЕ МЕРЕ

Конвенција иде даље од овог изузећа специјалних мера из забране дикриминације. У контексту поступања држава у вези са „предузимањем политике елиминације расне дискриминације путем свих одговарајућих средстава и без одлагања“,⁵¹ у чл. 2.2. каже се да је обавезно⁵² предузимање „специјалних и конкретних мера како би се осигурао одговарајући развој и заштита одређених расних група или појединаца који им припадају [...] када прилике то налажу.“ Формулација из чл. 1.4. прилагођена је како би се осигурало да такве мере „ни у ком случају не изискују [...] одржавање неједнаких и засебних права различитих расних група након што буду остварени циљеви зарад којих су оне предузете.“ У нацрту Конвенције, један број држава изразио је резерве у погледу укључивања специјалних мера – тврдећи, *inter alia*, да би оне водиле трајном одвајању од шире заједнице,⁵³ да би отвориле простор за све врсте „правног маневрисања како би се оправдале различите врсте расне дискриминације“,⁵⁴ итд. На појам специјалних мера сада се повољније гледа у општем дискурсу о људским правима.

Када је реч о суштини, Фредман наводи Келерову изјаву да одредба из МКЕРД о специјалним мерама „не захтева ништа више од исправљања дискриминације из прошлости“.⁵⁵ Слично томе, Бојл и Балдаћини тврде да одредба о афирмативној акцији препознаје „потребу да се изађе у сусрет различитости и да се исправе непогодности које потичу од некадашње дискриминаторне политике и прак-

⁵⁰ A/62/18, para. 78. Вид. такође, закључна запажања из 2007. године о САД, CERD/C/USA/CO/6, para. 30.

⁵¹ Чл. 2.1. У Конвенцији се такође захтева унапређивање међурасног разумевања. КЕРД запажа да, у циљу елиминације дискриминације и унапређивања разумевања, „државе морају да буду спремне да употребе и присилу и убеђивање – користећи моћ закона да забрани и казни, као и моћ образовања и информисања да просветли и увери.“ General Recommendation 14, A/48/18, chapter VIII B.

⁵² (курзив мој).

⁵³ Chile, E/CN.4/Sub.2/SR.416, para. 13.

⁵⁴ Ivory Coast, A/C.3/SR.1306, para. 23.

⁵⁵ S. Fredman, „Combating Racism With Human Rights: the Right to Equality“, *Discrimination and Human Rights* (ed. S. Fredman) Oxford 2001, 42. Наведени аутор је P. Keller, „Rethinking Ethnic and Cultural Rights in Europe“, *Oxford Journal of Legal Studies* 1/1999, 55.

се, које су се развиле у структурне обрасце неправде⁵⁶. Остављајући по страни очигледну чињеницу да све садашње дискриминације проистичу из одређених пракси, „историјских“ или скорашњих, не би било неразумно предложити да би одредбе требало да се примене на проактиван, ка будућности усмерен начин, како би се спречиле нове институционализације расизма и заштитиле нове жртве неповољног положаја. Ово је јасно предочено од стране КЕРД-а у његовој Општој препоруци 32 о значењу и обиму специјалних мера, у параграфу 22 у којем се каже да „није неопходно да се докаже ‘историјска’ дискриминација да би програм специјалних мера био важећи; нагласак би требало да се стави на исправљање постојећих неједнакости и на спречавање појаве даљих неравномерности“⁵⁷. Широка „оправдања“ која су у Конвенцији предвиђена за специјалне мере тичу се „одговарајућих побољшања“ или „одговарајућег развоја и заштите“ одређених група или појединаца, а обавеза поступања се предвиђа на основу елегантне фразе „када то околности налажу“.

6. ОСНОВЕ И ЖРТВЕ РАСНЕ ДИСКРИМИНАЦИЈЕ

Док „раса“ као таква није дефинисана, појам „расне дискриминације“ дефинисан је као

свако прављење разлика, искључивање, ограничење или давање предности засновано на раси, боји, пореклу или националној или етничкој припадности, које има за циљ или ефекат да поништи или угрози признање, уживање или вршење на једнаким основама, људских права и основних слобода у политичкој, економској, културној или било којој другој сфери јавног живота.⁵⁸

Кровни појам у Конвенцији није „раса“, већ „расна дискриминација“. „Раса“ је представљала специфичан, европски начин разматрања и подређивања оних који су се сматрали различитим; Конвенција уводи нове четири „основе“ у *pari materia*. Док новине умањују потешкоћу да се „раса“ користи у Конвенцији,⁵⁹ овај концепт подстакао је неке државе уговорнице да објасне ограничења у његовој употреби.⁶⁰ Без обзира на то, Комитет подстиче државе да расу укључе

⁵⁶ K. Boyle & A. Baldaccini, 157.

⁵⁷ CERD/C/75/Misc.7/Rev.2 (2009, необјављена верзија, у поседу ОНСНР Секретаријата).

⁵⁸ Чл. 1.1.

⁵⁹ T. Todorov, „Race, Writing and Culture“, *Race, Writing and Difference* (ed. H. L. Gates, Jr.) Chicago 1986.

⁶⁰ Вид. нпр. недавну (2008) изјаву Немачке у њеном осамнаестом периодичном извештају: „Немачка влада користи термин ‘расна дискриминација’ онако како

као основу дискриминације у домаћем праву, као вид остваривања „пуне садржине“ Конвенције.⁶¹ КЕРД поклања пажњу широком обиму група – савременим жртвама расне дискриминације; разним замишљеним „другима“ савременог света. Жртве расне дискриминације појављују се као последица процеса глобализације, као и традиционалних непријатељстава и пракси, историјских неједнакости и традиционалних система који настављају да изазивају дехуманизацију. Осветљавање појма жртве није се десило само због грубе силе „догађаја“, већ и као последица развоја признавања дистинктивних категорија субјеката људских права, по основу њиховог статуса, пола, историје, културе и идентитета, што започиње са Универзалном декларацијом о људским правима. Разликовање засебних категорија омогућило је Комитету да продуби своја испитивања о постојећој дискриминацији, с обзиром на то да се оне тичу постојећих људских бића, а не апстракција.

7. МАЊИНЕ

КЕРД није издао општу препоруку о односу између конвенције и мањинских права, а можда је то требало да учини.⁶² Међутим, Комитет је посветио доста времена мањинама, иако се у Конвенцији посебно не наводе мањине – нити аутохтони народи. У основи приступа Комитета према недискриминаторним нормама налази се захтев за искреним приступом проблему различитости и скептицизам у погледу тврдњи о хомогености. Данас се ретко дешава (иако су познати неки случајеви)⁶³ да владе износе тврдње о потпуној хомогености становнишва – или о томе да на територији државе нису забележени случајеви расне дискриминације. Као одговор, Комитет непрестано инстистира на подношењу демографских података. Када је реч о распону група признатих од стране држава уговорница, кључне изјаве из Опште препоруке 24⁶⁴ које се односе на ситуацију у којој

је он дефинисан у Конвенцији. То ни на који начин не значи да она подржава теорије и доктрине које тврде да постоје различите људске расе. Немачка влада се стога позива на декларацију објављену у име Европске уније на Светској конференцији против расизма одржаној 7. септембра 20001. године.“ CERD/C/DEU/18, 7, фн. 1.

⁶¹ Нпр., А/58/18, пара. 530 (Уједињено Краљевство). Исти скуп закључних запажања користи термине „расне предрасуде“ (пара. 532) и „расних мањина“ (пара. 538); императив да се укључе све основе утврђене у чл. 1 односи се на избегавање „различитих нивоа заштите“ (пара. 534).

⁶² Р. Thornberry (2005), 257–266.

⁶³ У вези с недавним примерима запажања КЕРД-а о таквој тврдњи, вид. А/61/18, пара. 84 – Закључна запажања о Салвадору, *ibid.*, пара. 359 (Оман); Јемен, *ibid.*, пара. 442.

⁶⁴ А/54/18, Annex V.

држава уговорница признаје неке етничке групе, док друге не узима у обзир, већ су истакнуте, укључујући и захтев за једнообразним критеријумима за постојање група. Комитет није утврдио опште критеријуме за утврђивање постојања свих група из чл. 1, али је ово урадио за дисидентске групе/касте у Општој препоруци 29. КЕРД узима индивидуално самоопредељење као *prima facie* радни принцип, када је реч о припадности расним или етничким групама.⁶⁵ Комитет, *inter alia*, доводи у питање владино коришћење терминологије и може, рецимо, да одлучи да провери државе уговорнице у погледу тога да ли означавање група које се појављује у извештајима државе одговара преференцијама дотичне заједнице.⁶⁶ У таквим случајевима, Комитет води рачуна о томе да непримерена терминологија може да представља покушај утапања идентитета, којим се баца сенка на примену принципа недискриминације.

КЕРД је испитивао државе у вези са термилошким разликовањем „националних мањина“ и „етничких група“ како би утврдио да ли избор утиче на стандарде уживаних права.⁶⁷ Комитет веома бржљиво испитује случајеве у којима држава искључује примену Конвенције, тако што признаје групе само као „друштвене“, али не и као „културне“,⁶⁸ а нарочито оне у којима су концепти „културне различитости“ ефективно деградирани на ниво „социјално проблематичних“.⁶⁹ Када је реч о мањинама, практично сви аспекти специфичних мањинских права, као и њихов однос према општим нормама људских права, у неком од момената су представљали предмет препорука. Грађанска и политичка права, економска и социјална права, пракса сегрегације, као и језичка и културна права, сталан су део праксе Комитета.⁷⁰ Међу мањинама, Роми заузимају најзначајније место у раду КЕРД-а, при чему се узимају у обзир многи аспекти њихових права, почев од специфичних питања, као што је образовање у „специјалним школама“⁷¹, до ширих, свеобухватних облика дискримина-

⁶⁵ General Recommendation 8, A/45/18, chapter VIII 1.

⁶⁶ A/61/18, para. 138, где се предлаже да Гвајана објасни да ли термин „Америндијанци“ којим се описују заједнице, њима одговара. Генерална предност означавању група именима која њима одговарају јавља се у Општој препоруци 27 о Ромима: A/55/18, Annex V. C., para. 3.

⁶⁷ A/61/18, para. 166 – закључна запажања о Литванији; *ibid.*, para. 271 о Естонији. Вид. такође, закључна запажања о Словенији, A58/18, para. 234.

⁶⁸ A/60/18, para. 144; CERD/C/SR.1687, para. 35 – у вези с путујућим Ромима у Републици Ирској.

⁶⁹ У вези с петнаестим и шенаестим периодичним извештајем Јемана, вид. CERD/C/SR.1765, para. 39; A/61/18, para. 449 (у вези са Ал-Ахдам).

⁷⁰ W. Vandenhole, 96–100.

⁷¹ Закључна запажања о Мађарској, A/57/18, para. 382; Чешкој Републици, A/58/18, para. 386.

ције.⁷² Клима јавног мњења унутар друштава, укључујући и обрасце које стварају политичари и медији, такође је предмет анализе. У случају Италије, Комитет је препоручио

да држава уговорница повећа своје напоре како би спречила расно мотивисане увреде и говор мржње и осигурала ефикасну примену одредби кривичног права. Комитет подсећа на то да право на слободу изражавања носи са собом посебне дужности и обавезе, а нарочито обавезу да се не шире расистичке идеје. Он такође препоручује држави уговорници да предузме одлучну акцију како би се супротставила свакој тежњи, нарочито политичара, да се за мету, предмет стигме, стереотипа или означавања узимају људи на основу расе, боје, порекла и националне или етничке припадности или да се расистичка пропаганда користи у политичке сврхе.⁷³

Може се приметити да се расправа о питањима Рома не односи само на Европу, на пример, у запажањима о Бразилу спомињу се „Цигани“,⁷⁴ а у онима о Еквадору, спомињу се Роми.⁷⁵

8. АУТОХТОНИ НАРОДИ

Дискриминација према аутохтоним народима такође често закупа Комитет, који је 1997. године издао Општу препоруку 23 о аутохтоним народима.⁷⁶ У препоруци се, између осталог, подсећа на чињеницу да је Генерална скупштина потврдила да се одредбе МКЕРД-а примењују на аутохтоне народе. Комитет често позива државе које још то нису урадиле, да ратификују Конвенцију 169 МОП-а, текст у којем се избегава проблематичан језик самоопредељења.⁷⁷ У последње време, Комитет препоручује и употребу амбициознијег текста Декларације Уједињених нација из 2007. године о правима аутохтоних народа,⁷⁸ у којој се говори о самоопредељењу, као појму на

⁷² Приступ Комитета видљив је у Општој препоруци 27, A/55/18, Annex V C. Доказано је да су права припадника ромске популације прекршена у случају *Koptova v. Slovakia*, 13/1998, Annex II B; *Ms L. R. et al. v. Slovakia*, 31/2003, A/60/18, Annex III A; и *Dragan Durmic v. Serbia and Montenegro*, A/61/18, annex IV. У вези с наставком ова три случаја, вид. A/62/18, Annex VI.

⁷³ CERD/C/ITA/CO/15, para. 15; вид. такође, *ibid.*, para. 16.

⁷⁴ A/59/18, para. 62.

⁷⁵ CERD/C/EQU/CO/19, para. 11 (2008).

⁷⁶ General Recommendation 23, A/52/18, Annex V. Para. 4(b) Препоруке односи се на дискриминацију засновану на „аутохтоном пореклу или идентитету“.

⁷⁷ M. Tomei, L. Swepston, *Indigenous and Tribal Peoples: A Guide to ILO Convention No. 169*, Geneva 1996, 8–9.

⁷⁸ A/61/L/67, Annex.

основу којег треба тумачити Конвенцијом утврђене обавезе према аутохтоним народима.⁷⁹ Поред закључних запажања о извештајима држава, низ ситуација у вези са аутохтоним групама био је и још увек јесте предмет разматрања у КЕРД-овој процедури благовременог упозорења и хитне акције, укључујући одлуке Комитета у вези са одговарајућим новозеландским актом (*Foreshore and Seabed Act*) из 2004. године⁸⁰ и Сједињеним Државама у случају Западних Шошона.⁸¹

Комитет је у пар наврата заступао шире тумачење аутохтоних права, нарочито када је користио концепт „на чињеницама заснованог пристанка“. Комитет је јасно изложио свој став о овом концепту у Општој препоруци 23. Државама уговорницама је препоручено да

обезбеде припадницима аутохтоних народа једнака права у погледу ефикасног учешћа у јавном животу и да се постарају да ниједна одлука која се директно односи на њихова права и интересе не буде донета без њиховог пристанка заснованог на чињеницама.⁸²

Одредбе о пристанку заснованом на чињеницама биле су предмет нарочитог разматрања Комитета. Док су поједини чланови наводили ограничења из Конвенције 169 МОП-а⁸³ у вези са пристанком заснованом на чињеницама – то јест то да Конвенција није подразумевала право вета аутохтоних народа,⁸⁴ други су заузели чвршћи став.⁸⁵ Што се тиче суштине препоруке, чини се да је на чланове

⁷⁹ CERD/C/USA/CO/6, para. 29; вид. такође, закључна запажања о Фицију, CERD/C/FJI/CO/17, para. 13. Ставови Комитета о праву на самоопредељење артикулисани су у Општој препоруци 21, A/51/18, Annex VIII B.

⁸⁰ A/60/18, Ch. II.

⁸¹ A/61/18, Ch. II.

⁸² General Recommendation 23, para. 4.d. Вид. такође, para. 5.

⁸³ Овде су нарочито значајни чланови 6 и 7 Конвенције 169, којима су установљени модалитети за „консултацију“ и „учешће аутохтоних народа у примени принципа Конвенције“.

⁸⁴ Члан КЕРД-а Дијакону изнео је мишљење да је „идеја пристанка подразумевала право вета, што није било у складу са духом Конвенције 169 МОП-а, која је, наспрот томе, била заснована на идеји консултације путем одговарајућих канала. У појединим случајевима [...] постојао је разлог за инсистирање на претходном консензусу, али било је много других случајева у којима је мала заједница могла да омета доношење одлука које би користиле свим грађанима. Комитет би требало да води рачуна да у том погледу не уводи новине.“ CERD/C/SR.1235, para. 69; и, *ibid.*, para. 78. Речи упозорења упутили су и следећи чланови – Ахмаду (*ibid.*, para. 70), Шахи (*ibid.*, para. 73), Ван Бовен (*ibid.*, para. 71). Право вета нарочито су подржали следећи чланови КЕРД-а – Абул-Наср (*ibid.*, para. 72), Валенсија Родригез (*ibid.*, para. 77), Волфрум (*ibid.*, para. 67, 74, 80), и Гарвалов (*ibid.*, para. 82).

⁸⁵ Према мишљењу Гарвалова (CERD/C/SR.1235, para. 82), „два термина – ‘пристанак’ и ‘учешће’ означавала су потпуно различите ствари. Ако аутохтони на-

утицао нацрт Декларације Уједињених нација о правима аутохтоних народа, као и догађаји у Латинској Америци.⁸⁶ У параграфу 4 прави се разлика између „општег“ права ефикасног учешћа у јавном животу и ужег принципа, који инсистира на пристанку заснованом на чињеницама, када је реч о „одлукама“ које се директно тичу права и интереса аутохтоних народа.⁸⁷ Концепту „пристанка заснованог на чињеницама“ очигледно је дата предност у односу на концепт „учешћа заснованог на чињеницама“.⁸⁸ У конкретним случајевима, Комитет није увек снажно инсистирао на принципима пристанка заснованог на чињеницама, чак ни у случајевима када је било очигледно могуће пратити овај принцип и када се Комитет позивао на Општу препоруку 23;⁸⁹ у осталим случајевима, принципу је јасно дат истакнут значај.⁹⁰ Текст Декларације Уједињених нација о правима аутохтоних народа на више места упућује на „слободан, претходни пристанак заснован на чињеницама.“⁹¹

роди треба да дају свој „пристанак“, они морају да се сложе са предлогом; они би могли да „учествују“ и изразе своје одобравање или неодобравање, а да при том реално немају никакав утицај на коначну одлуку.“ Њему се више допадала реч „пристанак“.

⁸⁶ Волфрум, SR.1235, para. 93.

⁸⁷ Вид. коментаре које је дао Волфрум, SR.1235, para. 67, 74 и 75; и Абул-Наср, *ibid.*, para. 72.

⁸⁸ CERD/C/SR.1235, para. 60 (Волфрум, када говори о предлогу који је дао Дијакону).

⁸⁹ На пример, у својим закључним запажањима из 2004. године о Суринаму, а у вези са концесијама за експлоатацију шуме и рудника, Комитет је, узимајући у обзир тврдњу државе уговорнице да „постоје механизми који гарантују да ће аутохтони и племенски народи бити обавештени и консултовани пре него што било која концесија за експлоатацију шуме и рудника на њиховом земљишту буде додељена“, изразио забринутост да се „консултације те врсте ретко дешавају“. Сходно томе, Комитет је позвао власти да „провере да ли функционишу механизми за обавештавање и консултовање аутохтоних и племенских народа, и препоручује држави уговорници да настоји да постигне споразум са дотичним народима, колико год је то могуће, пре додељивање било каквих концесија.“ A/59/18, para. 192. Иако се параграф 202 ових запажања позива на Општу препоруку 23, можемо приметити да у горенаведеним и другим елементима ових запажања није присутан принцип пристанка заснованог на чињеницама, нарочито у para. 188–202.

⁹⁰ На пример, у закључним запажањима о САД-у, у параграфу у којем је изражена брига, између осталог, за информације о плановима за проширење рударског и нуклеарног отпада на земљишту предака Западних Шошона, Комитет је држави уговорници скренуо пажњу „на Општу препоруку 23 о аутохтоним народима, која наглашава значај остваривања пристанка аутохтоних заједница, заснованог на чињеницама, и позива на [...] признање и накнаду за претрпљене штете.“ A/56/18, para. 400.

⁹¹ Декларација о аутохтоним народима, чл. 10, 11, 19, 28 и 29; чл. 32 односи се на „слободан и на чињеницама заснован пристанак“.

9. МАЊИНЕ, КУЛТУРНА РАЗЛИЧИТОСТ И ПОЛИТИКА КОНВЕНЦИЈЕ

Чињеница да се КЕРД често хвата у коштац са проблемом културне различитости доводи у питање меру у којој дискурс једнакости, који користи Конвенција, може да се споји са дискурсом различитости. Он се може уобличити као расправа о интеграцији и асимилацији, о једнакости и специјалним мерама, о недискриминацији и мањинским правима, или – модерно речено – о „изму“ „мултикултурализма“. КЕРД-у недостаје Општа препорука о мањинама и мултикултурализму која би била „стандард“, упркос мишљењима чланова КЕРД-а да би Комитет требало да делује у циљу усвајања такве опште препоруке.⁹² Комитет је 2005. године (без одлуке) разматрао питање мултикултурализма.⁹³ Један члан Комитета⁹⁴ подсетио је на дужност КЕРД-а по питању недискриминације и изнео је тврдњу да поједине препоруке КЕРД-а нису послужиле сврси недискриминације, већ су можда, напротив, водиле увећавању социјалних различитости. Овај члан такође је изнео мишљење да амбициозни модели мањинских права *made in Europe* можда нису подесни за Африку и Америку, укључујући, на пример, мере на пољу вишејезичког образовања.⁹⁵ Остали чланови истакли су да се појам интеграције, који користи Комитет, разликовао од асимилације и да процес изградње нације мора да буде заснован на широком поштовању људских права и културне различитости.⁹⁶ Један члан довео је у питање схватање, према којем су процес изградње нације ометале политике поштовања културне различитости и подвукао је разлику, коју су истакли и остали чланови, између политике Конвенције и програма асимилације.⁹⁷ Став према којем би питања мањина, укључујући област језика, требало да се анализирају од случаја до случаја, уз нужну флексибилност, наишао је на широку подршку.⁹⁸ Када је реч о самом мултикултурализму, демографска реалност мултикултурног карактера становништва генерало је признавана, с различитим степенима наглашавања, али су импликације политичких мера које су одатле проистекле схваћене на различите начине. Могуће је да су критике упућене „ев-

⁹² Thornberry, CERD/C/SR.1724, para. 11; Agha Shahi, *ibid.*, para. 26.

⁹³ CERD/C/SR.1694, 8. mart 2005.; CERD/C/SR.1724, 17. avgust 2005.

⁹⁴ Lindgren Alves: CERD/C/SR.1724, para. 2–4.

⁹⁵ „[...] тиме што примењује европски модел на Африку или Латинску Америку, Комитет само подстиче фрагментацију у земљама које су се бориле да створе јединство.“ – SR.1724 para. 3.

⁹⁶ Thornberry, SR.1724, para. 7.

⁹⁷ Pillai, SR.1724, para. 17–19; Valencia Rodriguez, SR.1694, para. 25–26.

⁹⁸ На пример, Sicilianos, SR.1724, para. 12.

ропском моделу“ мањинских права засноване на схватању да „европски“ стандарди представљају равноправно учење свих мањинских језика у држави, без обзира на ограничавајуће околности.⁹⁹ У пракси није очигледно да је КЕРД (или било које друго тело предвиђено међународним уговорима) усвојио приступ, којим државама са ограниченим ресурсима поставља неразумне захтеве; напротив, може се са сигурношћу тврдити да својим приступом пажњу поклања приликама и избегава неразумне налоге државама са ограниченим ресурсима.¹⁰⁰ То је резултат расправа у којима су изложена различита схватања мултикултуралзма, која се крећу од неопходног представљања стварности културне различитости до рецепта за сегрегацију и социјалну фрагментацију.

10. СПЕЦИЈАЛНЕ МЕРЕ: ПРИМЕНА НА МАЊИНЕ, АУТОХТОНЕ НАРОДЕ И ОСТАЛЕ

Аутохтоне групе и мањине уживају своја права према међународном праву која постоје независно од раније размотрених одредби Конвенције о специјалним мерама. Комитет не прави увек разлику између случајева „признавања специфичних мањинских/аутохтоних права“ и „специјалних мера“, већ препоруке државама уговорницама у вези са аутохтоним групама може да да или у оквиру или ван оквира парадигме специјалних мера.¹⁰¹ Поновни пораст интересовања за концепт специјалних мера и њихов однос са мањинским и аутохтоним правима може се запазити у разматрању које је Комитет спровео о седамнаестом периодичном извештају Новог Зеланда.¹⁰² Извештај садржи дугачак део о специјалним мерама у складу са чланом 2.2. Конвенције који обухвата, *inter alia*, и низ информација о рибогацији Лиштима Маора, Закону о обали и морским дубинама, Закону о маорском земљишту, образовању Маора и Пасифика, маорском језику, итд.¹⁰³ Број материјала подведених под категорију специјалних мера

⁹⁹ „Да ли је разумно или реалистично тражити од владе Нигерије да призна свих 250 мањинских група које живе на њеној територији и да обезбеди образовање на свим мањинским језицима?“ – Lindgren Alves, SR.1724, para. 3.

¹⁰⁰ The Practice of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination With Respect to Multiculturalism, CERD/C/67/Misc. 5, 3 August 2005.

¹⁰¹ Вид. нпр. Закључна запажања о Бангадешу у вези са специјалним мерама. У вези са обухватнијим низом препорука, укључујући велики број оних које се не односе само на оквир „специјалних мера“ или „афирмативне акције“, вид. A/57/18, paras. 315–43 – Закључна запажања о Канади.

¹⁰² Петнаести, шеснаести и седамнаести извештај Новог Зеланда, поднети као један документ, CERD/C/NZL/17, 18. July 2006.

¹⁰³ CERD/C/NZL/17, para. 51–172.

навео је државног известиоца да постави питање зашто је држава уговорница сматрала да историјски споразум о насељавању потпада под специјалне мере. На овом питању инсистирали су други чланови Комитета који су тврдили да треба повући разлику између таквих специјалних мера, с једне стране, и аутохтоних и мањинских права, с друге стране, а нарочито да специјалне мере према члану 2.2. представљају изузетак и да су привремене по својој природи, док аутохтона и мањинска права треба да се уживају када дотичне заједнице постоје у држави потписници.¹⁰⁴ Изјава Комесара Новог Зеланда за расна питања подржала је ову критику коју су упутили чланови – Комесар је „јасно ставио до знања да специјалне мере не би требало да се поистовећују са владиним уговорним обавезама, аутохтоним правима, нити са општим социјалним и економским мерама намењеним одређеним етничким групама“.¹⁰⁵ Одговор делегације Новог Зеланда био је да ће, имајући у виду коментаре чланова Комисије, питање обима специјалних мера бити преиспитано.

Забринутост Комитета делимично се односила на потенцијалну слабост историјских споразума (укључујући Споразум Ваитанги), ако су такви чак и имплицитно укључени као привремена мера, што је била примедба маорске групе предочена Комитету.¹⁰⁶ У закључним запажањима о Новом Зеланду, Комитет је изразио своју забринутост у погледу тога да су „у извештају државе уговорнице, историјски споразуми категорисани као специјалне мере за одговарајући третман и заштиту Маора,“ при том узимајући у обзир „став који је изнела делегација, према којем би таква категоризација заиста требало да буде размотрена.“ Сходно томе, Комисија је скренула пажњу држави уговорници на чињеницу

да би требало повући разлику између специјалних и привремених мера за побољшање положаја етничких група, с једне стране, и трајних права аутохтоних народа, с друге стране.¹⁰⁷

Важност разликовања трајних права аутохтоних и других група и специјалних мера даље је објашњена у Општој препоруци 32 КЕРД-а, у којој се саветује да специјалне мере

не би требало мешати са посебним правима која се односе на одређене категорије лица или заједнице, као што су, на при-

¹⁰⁴ Расправе са 1821. и 1822. седнице, одржане 31. јула и 2. августа 2007. године.

¹⁰⁵ Изјава Јориса де Бреса, Комесара за расна питања при Комисији за људска права Новог Зеланда (садржана у документацији аутора). Вид. такође, *Guidelines on Measures to Ensure Equality*, које је припремила Комисија Новог Зеланда за људска права (без назначеног датума, у документацији аутора).

¹⁰⁶ Treaty Tribes Coalition, Aotearoa Indigenous Rights Trust, Maori Party, Te Whanau a Apanui and Peace Movement Aotearoa.

¹⁰⁷ CERD/C/NZL/CO/17, 15. August 2007, para. 15.

мер, права припадника мањина ... права аутохтоних народа ... и права жена да не буду исто третиране као мушкарци ... Таква права представљају трајна права ... Државе уговорнице требало би пажљиво да уоче разлике између специјалних мера и трајних људских права у свом праву и пракси. Разлика између специјалних мера и трајних права подразумевају чињеницу да они који имају трајна права могу такође да имају користи од специјалних мера.¹⁰⁸

11. ПОРЕКЛО И КАСТЕ

Израз „порекло“ представља широко тумачен основ дискриминације, који је Комитет само делимично искористио у вези са кастом и аналогним системима стратификације.¹⁰⁹ Суштина приступа који је Комитет усвојио према кастама односи се на позивање на „порекло“ а не „расу“, иако се термин „раса“ употребљавао у интервенцијама Далита у Уједињеним нацијама а ове категорије се преклапају у многим историјским и савременим радовима написаним о кастама.¹¹⁰ Поред приповедања о раси и историји и процеса самоидентификације и самоописивања које они подразумевају, егзогамна приписивања или поправљања атрибута касте становништва, указују на процесе приписивања који се додају појмовима „раса“, „боја“ или „етничитета“, засноване наводно на непроменљивим карактеристикама или неисправљивој „другости“.¹¹¹ Другим речима, касте или аналогни облици друштвене стратификације налазе се на истој нози са другим основама у чл. 1 и на одговарајући начин су донете унутар његовог оквира.¹¹²

Усвојена након живописне тематске дискусије 2002. године,¹¹³ Општа препорука 29 о дискриминацији заснованој на пореклу,¹¹⁴

¹⁰⁸ CERD/C/75/Misc.7/Rev.2, para 15.

¹⁰⁹ P. Thornberry, „The Convention on the Elimination of Racial Discrimination, Indigenous Peoples and Caste/Descent-Based Discrimination“, *International Law and Indigenous Peoples* (eds. J. Castellino, N. Walsh) Leiden – Boston 2005, 17; M. Banton (1996), 151 подсећа на чињеницу да је КЕРД користио појам „порекла“ у случају сукоба у Сомалији.

¹¹⁰ Вид. вишеструка упућивања на преплитање појмова „расе“ и „касте“ у S. Bayly, *Caste, Society and Politics in India*, Cambridge 1999.

¹¹¹ K. Booth, „Three Tyrannies“, *Human Rights in Global Politics* (eds. T. Dunne, N. J. Wheeler) Cambridge 1999, 31.

¹¹² Вид. A. Sicilianos, „L'Actualité et les potentialités de la Convention pour l'élimination de la discrimination raciale“, *Revue Trimestrelle des Droits de L'Homme* 64/2005.

¹¹³ CERD/C/SR.1531.

¹¹⁴ A/57/18, Chapter XI F.

подстиче државе да препознају проблеме и да их реше путем права и праксе. Општа препорука уследила је након Светске конференције о расизму, одржане у Дурбану, на којој је питање касте решавано након енергичних дипломатских напора Индије. Комитет је имао своје независне разлоге да истражи ово питање, како би боље разумео кључни термин из Конвенције и наставља да се бори са питањем касте и дискриминације засноване на пореклу.¹¹⁵ Индија оспорава примену Конвенције на питања касте уз образложење да се „раса“ разликује од „касте“.¹¹⁶ Након што је КЕРД недавно поновио своју тврдњу да је „дискриминација заснована на основу припадности касте у потпуности покривена Конвенцијом“,¹¹⁷ Индија је још једном одговорила да се Конвенција не бави питањем каста.¹¹⁸ Јапан је изнео слична запажања у вези са питањем Бураку народа у ограниченијем смислу.¹¹⁹ Ово питање представља један вид ширег питања утврђивања статуса групе, укључујући тврдње држава о јединствености у друштвеним аранжманима, које настоје да избегну подвођење под наводно транскултурне категорије међународног права. У том смислу, упутно је приметити да Индија не прихвата мишљење да Конвенција покрива ситуацију њених „распоређених племена“,¹²⁰ која су, без обзира на стање аргумената у погледу покривености касте, јасно покривена домаћајем Конвенције.

12. НЕ-ГРАЂАНИ

Члан 1.2. Конвенције предвиђа да се он „неће примењивати на разлике, искључивања, ограничења, нити на давање првенства између грађана и не-грађана,“ али у својој пракси, Комитет примењује уже тумачење ове одредбе. Комитет је разматрао дискриминацију против имиграната/тражилаца азила и разних категорија не-грађана и људи у покрету, као и дискриминацију која настаје услед анти-те-

¹¹⁵ Закључна запажања о Малију, А/57/18, пара. 406; Сенегалу, *ibid.* пара. 445; УК, А58/18, пара. 544; Непалу, А/59/18, пара. 119, 120, 127, 129 и 130; Мадагаскару, пара. 315, 320; Мауританији, *ibid.*, пара. 342; и Нигерији, А/60/18, пара. 290.

¹¹⁶ Деветнаести периодични извештај Индије, CERD/C/IND/19, 29 March 2006, пара. 15–17.

¹¹⁷ А/62/18, пара. 166.

¹¹⁸ *Ibid.*, Додатак X: коментари држава уговорница о закључним запажањима које је усвојио Комитет.

¹¹⁹ У вези са закључним запажањима, вид. А/56/18, пара. 166: „Комитет, за разлику од државе уговорнице, сматра да термин „порекло“ има своје посебно значење, и да не треба да буде поистовећено са расом, нити са етничком или националном припадношћу“.

¹²⁰ А/62/18, Annex X.

рористичких мера, које нарочито тешко могу погодити азиланте и друге имигранте,¹²¹ подстичући тако државе да поштују основна права када се боре против тероризма.¹²² У Општој препоруци 11 (1993),¹²³ КЕРД је подсетио државе уговорнице на то да чл. 1.2. не сме да се тумачи као одредба којом се умањује значај права и слобода истакнутих у другим документима. Општа препорука 30¹²⁴ о дискриминацији према не-грађанима бави се питањима као што су говор мржње и расно насиље, могућност добијања држављанства, спровођење правде, протеривање и депортација и економска, социјална и културна права. Ова препорука додатно ојачава Општу препоруку 11 тиме што наглашава да ниједна ограничавајућа карактеристика Конвенције у чл. 1 не сме да доводе у питање људска права генерално, укључујући и принцип једнакости.¹²⁵

12.1. Међусобна испреплетаност 1: религија

Према мишљењу једног аналитичара, КЕРД показује склоност да прихвата здраво за готово став да су националне, етничке, језичке и верске мањине, односно културне групе различитих врста, обухваћене чланом 1.¹²⁶ Међутим, када је реч о религији, постоји једна важна ствар на коју се мора обратити пажња, а то је да Комитет покушава да пронађе „етничку“ или другу врсту везе или елемент испреплетаности између расне и верске дискриминације, да би прихватио своју надлежност.¹²⁷ Ово је последица необичне ситуације у којој се слобода мишљења, савести и вероисповести налазе, као што је већ истакнуто, међу заштићеним правима из чл. 5, иако је Конвенција примарно створена да би се бавила расном дискриминацијом. Стога, Конвенција захтева концептуализацију *расне* дискриминације

¹²¹ У вези с коментарима Комитета, вид. закључна запажања о Канади, А/57/18, пара. 338; Новом Зеланду, *ibid.* пара. 427; Руској Федерацији, А/58/18, пара. 192; Норвешкој, *ibid.*, пара. 473; УК, *ibid.*, пара. 536; Шведској, А/59/18, пара. 225; Казахстану, *ibid.*, пара. 294; и Аустралији, А/60/18, пара. 33.

¹²² Statement on racial discrimination and measures to combat terrorism, А/57/18, Chapter XI С.

¹²³ А/48/18, Chapter VIII В.

¹²⁴ А/59/18, Annex VIII.

¹²⁵ Вид. такође Општу препоруку 22 о чл. 5 и избеглицама и расељеним лицима, А/51/18, Annex VIII С.

¹²⁶ „КЕРД показује склоност да дискриминацију према мањинама третира као посебну тему, без обзира на то који су забрањени основи наведени.“ W. Vandenhoe, 95.

¹²⁷ Закључна запажања у којима се наглашава испреплетаност А/58/18, пара. 539 (УК); А/60/18, пара. 142 (Ирска); *ibid.*, пара. 246 (Грузија); *ibid.*, пара. 295 (Нигерија); *ibid.*, пара. 323 (Туркменистан).

у уживању верских слобода. Покушавајући да реши ову испретурност категорија, КЕРД је јасно ставио до знања да „су за Комитет важна верска питања која су повезана са питањима етничке припадности и ране дискриминације“.¹²⁸ У својим закључним запажањима, Комитет је навео појаве, као што су исламофобија (укључујући извештаје о овој појави након напада 11. септембра 2001. године),¹²⁹ дискриминација према Јеврејима и Сикима, дискриминација према аутохтоним религијама и скрнављење светих места, итд. – што су случајеви у којима је она опазила да постоји преклапање између вере и етничке припадности.¹³⁰

„Преплитање“ је даље размотрено у два случаја из 2007. године, у којима је испитивана оптужба о постојању говора мржње. Случај *P.S.N. v. Denmark*¹³¹ односио се на наводна кршења чланова 1 (д), 4 и 6 Конвенције путем изјава које је МП објавио на вебсајту против имиграната и Муслимана, под насловом „чланци које се нико не усуђује да објави“.¹³² Изнета мишљења поновљена су у интервјуу датом за новине, а нека од њих су раније објављена у једној књизи. Потписник петиције поднео је три тужбе према данском Кривичном закону, чији одељак 266б забрањује изјаве о раси, уз образложење да су изјаве са вебсајта, упућене одређеној групи – Муслиманима, биле понижавајуће и пропагандне и да су објављене у великом тиражу; сличне притужбе односиле су се на дотичну књигу и на интервју. Држава уговорница сматрала је да је поднесак неприхватљив зато што случај, упућујући на Муслимане, излази изван домаћаја чл. 1 Конвенције, али признајући да

је могуће у извесној мери тврдити да се изјаве односе на другу генерацију имиграната и да стварају конфликт између њих и „Данаца“, чиме, у извесном степену, подпадају под домаћаја Конвенције.¹³³

Подносилац представке је, с друге стране, тврдио да се „исламофобија, баш као и напади на Јевреје, појављује у форми расизма у великом броју европских земаља“.¹³⁴ Истакнуто је да постоји снажна мржња према народима арапског и муслиманског порекла и „култури

¹²⁸ A/60/18, para. 246 (Грузија).

¹²⁹ A58/18, para. 540 (Уједињено Краљевство).

¹³⁰ У појединим случајевима, употребљен језик не указује јасно на „преклапање“: A61/18, para. 418, у вези са извештајем о „анти-муслиманским“ изјавама.

¹³¹ Communication No. 36/2006, A/62/18, Annex V.

¹³² *P.S.N. v Denmark*, para. 1.1.

¹³³ *Ibid.*, para. 4.1. Држава уговорница такође је изнела став (*ibid.*, para. 4.12) да „право на слободу изражавања преставља императив од посебног значаја за изабране представнике народа.“

¹³⁴ *Ibid.*, para. 5.3.

и вери које су повезане са исламом¹³⁵. У својој одлуци о прихватљивости, КЕРД је напоменуо да се „оспорене изјаве посебно односе на Куран, ислам и на муслимане генерално“, без икаквог упућивања на један од пет основа утврђених у чл. 1 Конвенције.¹³⁶ Даље, иако чињенице случаја нису омогућиле Комитету да утврди шта је била намера ових изјава, „остало се при мишљењу да ниједна одређена национална нити етничка група није била директно циљана,“ као и да „Муслимани који тренутно живе у држави уговорници имају хетерогено порекло.“¹³⁷ Комитет је признао „значај преплитања између расе и религије“ и изнео став да би „био компетентан да размотри тврдњу о „двострукој“ дискриминацији на основу религије и других основа који су посебно предвиђени чланом 1,“ што није био случај у конкретном примеру.¹³⁸ Представка је, према мишљењу Комитета, била заснована само на религији, а „ислам није религија у коју верује само једна одређена група.“¹³⁹ Из тог разлога, представка је проглашена неприхватљивом. У случају *A.W.R.A.P. v. Denmark*,¹⁴⁰ Комитет је представку прогласио неприхватљивом уз образложење слично оном које је дато за одлуку у случају *P.S.N.*

Чини се да ће будући случајеви бити више примери „остварене дискриминације“ или „индиректне дискриминације“, а да ће се више ослањати на сопствене представе заједница. Случајеви могу искрснути када се у дискурсу говора мржње води рачуна о томе да се избегну директне увреде на рачун припадника расних или етничких група, и „пребаца“ језик увреда са расног/етничког терена на верски у вези са истом циљном заједницом. Комитет је, истиче се, изузетно способан да се бави таквим преформулисањем говора мржње, користећи своја постојећа средства тумачења. Није увек могуће у сваком случају повући јасну разлику између расне дискриминације и дискриминације засноване на религији: као што је то рекао бивши Специјални извештач о верској нетолеранцији, „дефиниција религије има неке заједничке карактеристике са дефиницијом етничитета, као што је етничитет од суштинске важности за верски идентитет“.¹⁴¹ За велики број заједница којима се бави КЕРД, не постоје јасне границе између

¹³⁵ *Ibid.*, para. 5.3. Подносилац петиције навео је (*ibid.*, para. 5.3.) закључна запажања Комитета из 2002. и 2006. у вези с народом „арапског и муслиманског“ порекла.

¹³⁶ *Ibid.*, para. 6.2.

¹³⁷ *Ibid.*, para. 6.2.

¹³⁸ *Ibid.*, para. 6.3.

¹³⁹ *Ibid.*, para. 6.3.

¹⁴⁰ Communication No. 37/2006, A/62/18, Annex V.

¹⁴¹ Извештај који је поднео Абделфат Амор на Светској конференцији о расизму у Дурбану, A/CONF.189/PC.1/7, 13 April 2000, para. 122.

културе или традиције и вере, а покушаји да се култура издвоји из религије може да резултира пресађивањем „структуре“ на заједницу која је вештачка и не одговора адекватно представама саме заједнице.¹⁴² Надаље, пошто основе расизма могу да буду етничка и културна непријатељства исто колико и „раса“ или боја коже, норме и духовне праксе које су саставни део идентитета групе лако могу да постану предмет исте дискриминације, као и други аспекти културе.

12.2. Међусобна испреплетаност 2: пол

У Општој препоруци 25 о родним димензијама расне дискриминације,¹⁴³ Комитет је позвао државе да анализирају однос или преклапање између расе и пола тако што ће размотрити форму или манифестацију расне дискриминације; околности у којима се дешава дискриминација; последице такве дискриминације; и доступност правних лекова и механизма притужби.¹⁴⁴ Питања „пола, расе и дискриминације“ представљају део сталног дискурса Комитета. На седницама је у великом броју случајева, поред питања трговине женама и девојкама, темељно размотрен феномен у вези са земљом порекла, као и земљама транзита и дестинације¹⁴⁵ – ХИВ/AIDS,¹⁴⁶ дискриминације према Ромима и припадницама ромске чергарске популације,¹⁴⁷ добијање држављанства по мушкој линији,¹⁴⁸ обичаји и пракса одређених група,¹⁴⁹ затворске казне за припаднице аутохтоних жена,¹⁵⁰ као и проблеми домаћица.¹⁵¹ Преклапање између расе и пола

¹⁴² Изложено је да у таквим случајевима појам „преклапања“ такође подсећа на насилно спољашње наметање .

¹⁴³ A/55/18, Annex V A.

¹⁴⁴ Комитет је са одобравањем прихватио шведски Акциони план за борбу против расизма, ксенофобије, хомофобије и дискриминације – питање сексуалног опредељења које се не спомиње често, A/59/18, para. 213.

¹⁴⁵ Недавна запажања о трговини људима укључују, у 2004, A/59/18, para. 244 (Аргентина); *ibid.*, para. 265 (Белорусија); *ibid.*, para. 293 (Казахстан); у 2005, A/60/18, para. 59 (Азербејџан).

¹⁴⁶ Закључна запажања о Уганди, A/58/18, paras. 263–86; Суринаму, A/59/18, paras. 180–210.

¹⁴⁷ Закључна запажања о Чешкој Републици, A/58/18, paras. 373–93; Словачкој, A/59/18, paras. 378–95; Ирској, A/60/18, para. 147.

¹⁴⁸ Закључна запажања о Бахамима, A/59/18, paras. 18–45; Либану, *ibid.*, paras. 46–72; Мауританији, *ibid.*, paras. 328–57; и Мадагаскару, *ibid.*, paras. 304–27.

¹⁴⁹ Вид. Закључна запажања о Непалу, A/59/18, para. 116–40; Мауританији, *ibid.*, para. 328–57; Суринаму, *ibid.*, para. 180–210; и Танзанији, A/60/18, para. 348.

¹⁵⁰ Закључна запажања о Аустралији, A/60/18, para. 41.

¹⁵¹ На пример, закључна запажања о Бахреину, A/60/18, para. 85.

потврђује често сложене мотиве за угњетавачке поступке у стварним ситуацијама.¹⁵² Да би се у Конвенцију увела забрана, потребно је да расна дискриминација буде само значајан елемент у стварању таквих ситуација; није потребно да она буде једини разлог таквог поступања.¹⁵³

13. ЗАКЉУЧЦИ И ПИТАЊА

Апстрактни „основи“ дискриминације у чл. 1 нису се одмах пренели на циљне заједнице признате у КЕРД-овој пракси. Постоје преклапања између наведених основа у чл. 1, као што *travaux* сугерише да неки од њих не обележавају јасно дефинисан концептуални простор.¹⁵⁴ *Travaux* бележи интензивну дискусију о неким терминима као што је „национално порекло“, док о другим не расправља много, као што је то случај са „пореклом“. Без обзира на то, основе дискриминације су у члану описане као питање које је у *pari materia* писаца Конвенције, пошто се односе на разлике које „не узимају у обзир одређене карактеристике појединца [...] већ [...] само колективне квалификације које произилазе из [...] чланства у одређеној друштвеној или другој групи.“¹⁵⁵

Када је реч о приступу тумачењу Конвенције, КЕРД је у више наврата истакао да „Конвенција, као живи инструмент мора да се тумачи и примењује узимајући у обзир прилике савременог друштва“.¹⁵⁶ КЕРД-ово тумачење важних области прешло је изван пут од формирања Комитета, који је започео рад у међународном окружењу које се значајно разликовало од садашњег, и то не само по чињеници да су колонијални системи и даље представљали део међународног живота и да је нови талас постколонијалног стварања нација стремио асимилацији субдржавних етничких група. Анализе које Комитет спроводи о низу ситуација у којима може да дође до дискриминације доказ су стварности која је сложенија од оне о којој говоре аутори Конвенције.

¹⁵² Комитет наводи двоструку дискриминацију према „дечи и женама“ у закључним запажињама о Малију, А/57/18, пара. 404.

¹⁵³ Закључна запажања о Аустрији, А/57/18, пара. 28, у којима је Комитет изнео став да аустријски закони о забрани прављења разлике само по основу расе, боје, итд., „представљају ужу забрану дискриминације од оне која је предвиђена Конвенцијом.“

¹⁵⁴ Вид. I. Diaconu, у документу *The Definitions of Racial Discrimination*, пара. 17.

¹⁵⁵ Вид. фн. 7, пара. 6.

¹⁵⁶ *Stephen Hagan v Australia*, Communication no. 26/2002, А/58/18, Annex III А, пара. 7.3.

Када се у обзир узме сложенија пракса, можда је неопходно покушати да се, уз коришћење терминологије Бечке конвенције о уговорном праву, утврди да ли је рад КЕРД-а најбоље описан у терминима „уобичајеног значења“, или „предмета и циља“, да и не говоримо о концепту касније праксе.¹⁵⁷ „Уобичајено значење“ није контрадикторно, пошто термини коришћени у Конвенцији, или неки њени аспекти, нису многобројни и отворени су за појашњење; као што је то случај и са „предметом и циљем“ у извесној мери. Од доношења Конвенције до данас, приступ Комитета према тумачењу можемо с разлогом описати као генерално сврсисходан и прилагодљив,¹⁵⁸ као приступ који пажњу поклања принципу ефикасног тумачења – омогућавајући да уговор функционише у корист оних којима је намењен – и као пријемчив за покрете у ширем свету људских права. Државе, наравно, имају право да се не сложе са тумачењима, али је Комитет задржао овај курс са подношљивом доследношћу и очекује од држава да на Конвенцију одговоре у светлу њене праксе. Контексти дискриминације о којима је раније било речи показују на који је начин Комитет „отпаковао“ поједине „облике“ дискриминације садржане у наслову Конвенције, ако не и „све облике“ расне дискриминације.

Стални изазови у вези са тумачењем јављају се у великом броју савремених ситуација. Питања искрсавају или се настављају у погледу последица миграције становништва, укључујући економске миграције, услед рата или сукоба који укључују масивно расељавање лица и заједница, услед сукесије и стварања држава, услед пљачкања аутохтоних територија приликом тражења „природног богатства“, услед наставка традиционалних непријатељстава, као и проналажења нових непријатеља, услед акција које предузимају државе и други у борби против тероризма, услед представа о претњи културном и верском идентитету, и услед говора мржње, укључујући онај који се шири путем интернета и других технологија, итд. У оквиру свог ангажовања око традиционалног приступа државној одговорности, Комитет се суочава са све већим бројем ситуација које су га приморале да размотри домашај Конвенције у вези са пословним корпорацијама и другим приватним актерима: овај приступ је иновативан, али очекујемо конкретне резултате.

¹⁵⁷ Бечка конвенција о уговорном праву (Vienna Convention on the Law of Treaties), 1155 U.N.T.S. 331, чл. 31 и 32. Што се тиче касније праксе и без намере да се ово питање даље разматра у овом раду, може се рећи да се налази које је утврдио Комитет могу схватити као део „касније праксе у примени уговора којим се постиже споразум страна у вези са његовим тумачењем“ у смислу чл. 31(3)(б) Бечке конвенције о уговорном праву; алтернативно, пристанак држава уговорница у овим налазима могу представљати део стварања такве праксе или јој доприносити.

¹⁵⁸ Приступ Комитета према чл. 4 био је дослован више него њен приступ у вези са основама забрањене дискриминације.

Јављају се и друге врсте проблема. Када је реч о различитости-ма културних или етничких група, питање колико Конвенција дотиче „приватну“ сферу преплиће се са питањем колико питање људских права дотиче културни простор, културне односе и традиције. О неу-бедљивој природи размишљања Комитета о „мултикултурализму“ већ је раније било речи. Што се тиче приступа које КЕРД заузима у погледу појединих традиционалних пракси у светлу стварних етничких и културних разлика, на расправи Комитета о мултикултурализму 2005. године, члан КЕРД-а де Гутез изнео је дилему:

Иако је Комитет позван да потврди вредност својствену свакој култури, ипак је било неопходно да се постави ограничење таквом признању. Ограничење би могло да се схвати као универзалност људских права, које је представљало потребу да се осигура универзално поштовање основних људских права, без обзира на религију, културу, традицију, итд. То је заправо значило да Комитет не би требало да иде толико далеко да подржи културе у којима се користе праксе или обичаји супротни основним људским правима, дефинисаним уговорима о људским правима донетим под окриљем Уједињених нација. Он је веровао да сви чланови Комитета могу да се сложе по питању таквог ограничења.¹⁵⁹

Питања о култури и обичајима често су повезана са правима жена, иако је њихов обим шири и укључивао је, на пример, питања у вези са системом касте. Одлуке Комитета зависе од потврде постојања праксе или оспоравања праксе у светлу стандарда људских права и одлучивања о томе шта треба учинити са праксама за које Комитета сматра да оспоравају принципе људских права. У великом броју случајева, неће увек одмах бити предложено да посебно утврди да је овај принцип прекршен. Не би требало да се претпоставља да је култура „инхерентно“ супротстављена људским правима: степен реци-процитета такође се подразумева пошто ће се локална схватања и примена норми решавати кроз културну визуру. Док Комитет генерално корача лагано и ублажава критике културних пракси кроз визуру државне одговорности, када је суочена са ситуацијама у којима су захтеви културе ослабљени (у случајевима масовних пребега или када је питање културног „припадања“ на неки други начин оспоравано), она може бити охрабрена да заузме чвршћи став. Нерешена питања у вези са јавним и приватним приступом Конвенције нарочито задиру у у „културну“ сферу.

Када је реч о томе шта још треба учинити, треба приметити да постоје празнине у раду Комитета. Остављајући по страни потребу за сталним побољшањем механизма надгледања, КЕРД се није коначно изјаснио о односу између мањинских и аутохтоних права и

¹⁵⁹ CERD/C/SR.1724, para. 23.

принципа недискриминације, укључујући преглед онога што би требало да се схвати под појмом „интеграције“. Постоји велика могућност да се концептуални односи овде закомпликују у будућности појавом Декларације о правима аутохтоних народа, са њеним видљиво чврстим ставом о колективним правима. Стога не постоји општа препорука о улози образовања у искорењивању дискриминације и било би корисно чак и подвући допринос образовања у промоцији толеранције; ако упоредимо, Комитет је урадио много више у вези са говором мржње од пуког доношења чл. 4 Конвенције. Разматрање улоге транснационалних корпорација које екстратериторијално спроводе дискриминаторне поступке – нарочито према аутохтоним народима – није довољно развијено; доношење опште препоруке заједно са другим уговорним телом могло би да на користан начин истакне заједничке карактеристике претњи које угрожавају постојање и идентитет аутохтоних група. Стога је Комитет у широком луку избегавао да појасни тематску расправу о расној и верској дискриминацији, питање које добија све већи значај када се узму у обзир епизоде, као што је случај „данске карикатуре“ и предузети кораци на Генералној скупштини и на Савету за људска права у циљу решавања питања „клевете религија“.

Проучавање рада КЕРД-а открива сталну сложену идентификацију жртава дискриминаторног поступања, уз мање него догматски приступ у анализи проблема и могућих правних лекова. Интелектуални оквир 60-тих година XX века вршио је притисак на Комитет упућујући на сам костур Конвенције, али нормативне извесности тог доба не могу се поновити. Ширење претпостављеног места дискриминације из колонијалног контекста и апарата расистичких држава на свет генерално, онемогућава лаку примену једноставних рецепата. Брањива архива рада у вези са људским правима, укључујући и КЕРД, синтетисала би питање да ли разумевање ситуација дискриминације одговара оном које се односи на адекватност одговора на предочене ситуације. Да ли је КЕРД на одговарајући начин утврдио ко су жртве дискриминације, да ли су жртве приметиле да им је признато достојанство и да је изнето на светло дана, и да ли је Комитет „направио разлику“ у реалном свету, јесу најважнија питања која би свакако требало поставити. Њих би требало поставити свима онима који раде на пољу људских права, али и лаицима, путницима и епископима.¹⁶⁰

¹⁶⁰ Засновано на ‘класификацији’ филозофа на лаике, путнике и епископе, коју је дао А. Ј. Ајер.

Dr Patrick Thornberry

Full Professor

School of Politics, International Relations and Philosophy, Keele University

‘BRINGING THE VICTIMS TO LIGHT’ UNDER THE
INTERNATIONAL CONVENTION ON THE ELIMINATION OF
ALL FORMS OF RACIAL DISCRIMINATION

Summary

This paper casts the light on the work of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination (CERD), its procedure and the concept of discrimination, focusing primarily on the question of „victims“ of racial discrimination. The author attempts to identify the range of persons and communities entitled to bring a communication before the International Convention on the Elimination of all forms of Racial Discrimination. The author argues that challenges faced by CERD are broader than the context of the fight against Apartheid and colonialism that was dominant in 1960s when the Convention emerged. Thus, the Committee practice on victims of racism also includes ethnic and national minorities (with a particular emphasis on the Roma), indigenous peoples, caste groups, non-citizens, as well as groups whose identities „intersect“ with those identities, such as those based on religion, identity and gender. The identification of groups vulnerable to racism emerged from many contemporary factors, such as economic migration, conflict involving massive displacement, creation and succession of States, counter-terrorism actions, hate speech, and others. This development was accelerated by developments in relation to the rights of minorities, indigenous peoples, women, and other groups or categories. The author particularly emphasizes that the interpretation of the ICERD has arguably moved beyond the original vision of the drafters, demonstrating that the Convention is a living instrument interpreted in accordance with present-day challenges. However, the problem that still remains is whether the Convention continues to be an instrument „fit for purpose“, which appropriately identifies the victims of racial discrimination, or it needs to be modified to a certain extent.

Key words: *Committee on the Elimination of Racial Discrimination. – Victims of racialDiscrimination. – Special measures. – Minorities. – Indigenous peoples.*

Др Матијас Хартвиг

истраживач

Макс Планк Институт за страно јавно и међународно право,
Хајделберг

ЉУДСКА ПРАВА У ВРЕМЕ ОРУЖАНИХ СУКОБА

Један од очигледних изазова пред којима се данас налази право људских права јесте њихова примењивост за време оружаних сукоба, што је тема овог рада. Аутор сматра да се норме људских права и норме хуманитарног права међусобно не искључују. Износећи овај став, аутор покушава да детаљно објасни примењивост норми људских права за време оружаних сукоба на основу појединих одредби које се налазе у конвенцијама из области људских права. У том смислу, аутор сматра да се инструменти људских права примењу за време оружаног сукоба и то објашњава чињеницом да ови инструменти предвиђају могућност дерогације одређених људских права у време ванредног стања или стања крајње нужде. Поред тога, Други допунски протокол уз Женевске конвенције подсећа у својој преамбули да међународни инструменти који се односе на људска права обезбеђују појединцима основну заштиту. Аутор даље тврди да је логика гаранција људских права првенствено угрожена у ванредном стању и да би било контрапродуктивно ограничити или чак елиминисати њихову примену у ситуацијама када су она најпотребнија. Овакав став потврђен је у извесном броју недавних одлука у којима се изричито подвлачи примењивост људских права за време оружаног сукоба. Ипак, проблем у примени инструмената људских права за време оружаног сукоба постоји у ситуацијама када држава поступа у оквирима своје надлежности, али изван сопствених граница. Аутор верује да је шире тумачење надлежности у складу са сврхом коју имају гаранције људских права. Другим речима, заштита би требало да се пружа где год и кад год држава делује.

Кључне речи: *Оружани сукоби. – Хуманитарно право. – Женевске конвенције. – Lex specialis. – Екстратериторијална примена људских права.*

1. УВОД

Дуго времена је доктрина међународног права правила јасну разлику између правног режима који је важио у доба мира и оног који се примењивао у време рата. Рат је третиран као ситуација у којој се сва правила хуманости суспендују. Гроцијус је истакао *Vis ac terror maxime propria bellorum*.¹ Августин је упоредио велике империје – посебно у доба рата – са криминалним бандама: *Remota itaque iustitia quod sunt regna nisis magna latrocinia*?² Државе су се понашале као да су изнад закона. Време рата је посматрано као изузетна ситуација у којој право, нарочито међународно право, игра само минорну улогу. Избијањем рата, долазило је до суспензије права, а међународно право је задржало своју снагу једино по окончању рата. У складу са овим схватањем, доминантна пракса и доктрина била је да примена уговора престаје избијањем ратног сукоба.³

Увођење правних ограничења у понашање држава у време рата представља релативно новији институт, који се везује за XIX век. Сматрано је да правила која су се развила у оквиру права рата треба да допринесу цивилизацији умањујући несрећу, а не да су усмерена ка добру; она су постала део ванредног стања које рат конституише. Најважније, ова правила се нису изводила из грађанских права која су изнад права рата, посебно не из људских права или других правила која штите појединце. Уместо тога, она су формирала аутономни правни поредак који се примењује ексклузивно у време рата.

Историја међународних људских права је сасвим другачија и надасве много краћа. На неки начин, може се рећи да она настаје тек после Другог светског рата доношењем Повеље УН и усвајањем Универзалне декларације о људским правима из 1948. године, као и регионалним инструментима за заштиту људских права и међународним конвенцијама. Увођење људских права у међународно право представљало је одговор на тешке повреде хуманитарних принципа пре и за време Другог светског рата. Људска права су довела до одбијања тоталитарних држава које сузбијају права и слободе својих грађана и успоставиле су основни стандард односа између појединца и државе. Међутим, сама сврха људских права је изазвала нека компликована питања. Било је тешко одредити однос између људских права као норми међународног права и принципа забране интервен-

¹ H. Grotius, *De iure belli ac pacis*, књ. III, одељак I, para. VI 1.

² Augustinus, *De civitate dei*, књ. IV.

³ J. Delbruck, „War, Effect on Treaties“, *IV Encyclopedia of Public International Law* (ed. R. Bernhardt) Amsterdam 2000, 1367; B. Schafer, *Zum Verhältnis Menschenrechte und humanitäres Völkerrecht*, Potsdam 2006, 10.

ције у унутрашње ствари који се налази у чл. 2, ст. 7 Повеље УН. Док принцип неинтервенције гарантује сувереност држава, која укључује одређивање облика управљања, људска права установљавају стандарде за одређивање односа између владе и њених грађана. Принцип неинтервенције је уведен с циљем да онемогући било који облик мешања у унутрашње ствари државе. Одржавање мира је био један од главних циљева УН, а непосредно после стварања УН, спровођењу људских права је дат мањи приоритет.

Универзална декларација је усвојена као необавезујућа резолуција Генералне скупштине УН-а. У регионалним системима заштите људских права, државе чланице прихватиле су надлежност судова у случају појединачних представки, али уз показивање извесне дозе неодлучности.⁴ Из тих разлога, имплементација инструмената из области људских права је била неизвесна. Узимајући у обзир потенцијално далекосежан утицај људских права, државе су биле веома невољне да преузимају обавезе које могу бити спроведене од стране међународних органа.⁵ Пошто људска права подразумевају далекосежне мере, (на пример, успостављање грађанског реда унутар државе) и због тога што људска права нису усмерена само на ограничења појединих понашања у специфичној ситуацији, државе су ставиле велики број резерви на примену инструмената о људским правима. Опрезна примена људских права у доба мира блокирала је расправу о улози коју би људских права могла да играју у време оружаних сукоба.

Ова ситуација се променила из више разлога. Прво, ратови су добили сасвим други карактер. Класични ратови су били сукоби међу државама. Међутим, после 1945. године, ратови постају све више мешавина грађанске побуне, устанка, грађанског рата и учешћа страних сила. Класични ратови између две државе постају изузетак.⁶ Уколико хуманитарно право регулише понашање државе у време рата, онда објекат оваквог регулисања нестаје због описане промене у карактеру самог рата. Питање које се намеће јесте да ли хуманитарно право може да се примени на нове облике ратовања.

⁴ Индивидуална представка пред Комитетом за људска права је омогућена Опционим протоколом, који је ступио на снагу 1976. године; Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода је предвидела обавезани поступак за појединце 1998. године, док Америчка конвенција за људска права не даје појединцима активну легитимацију пред Међуамеричким судом.

⁵ Из овог разлога, сви међународни органи који се баве људским правима могу само да прогласе неслагласност између домаћег акта и одређеног инструмента који се бави заштитом људских права, али немају овлашћење да пониште такав акт.

⁶ Као пример може послужити рат између Велике Британије и Аргентине из 1982. године (познат као Фокландски рат) или рат коалиције против Ирака из 1991. године.

Женевске конвенције из 1949. године узеле су у обзир овај проблем, али су пружиле поприлично супротан одговор, који је још увек у складу са обузетошћу међународног права међудржавним односима. Заједнички чл. 3 за све четири Женевске конвенције предвиђа минималне стандарде хуманитарног права у унутрашњим сукобима. Било је сасвим јасно да хуманитарно право неће пружити исту заштиту у таквом рату, као што је то случај у међународном сукобу. У поменутом чл. 3, дефинише се изузетак од општег правила хуманитарног права које се примењује искључиво на међународне конфликте.

Други развој односио се на питање положаја људских права у међународном праву. Првобитно, људска права су се бавила односима између појединца и државе. Ова веза је класично дефинисана као унутрашња ствар једне државе у које међународно право не треба да се меша. Међутим, после усвајања два пакта о људским правима из 1966. године, људска права су дефинитивно постала део обавезујућег универзалног међународног права. Истовремено, Савет безбедности Уједињених нација започео је праксу проглашења тешких повреда људских права као претње миру.⁷ Тако поштовање људских права више није сматрано искључиво облашћу унутрашњих послова, већ је прерасла у област међународног права. Ако људска права представљају део међународног правног поретка, онда се може поставити питање: да ли људска права важе током сукоба, посебно тамо где хуманитарно право не даје адекватну заштиту, као што то може бити случај у унутрашњим оружаним сукобима. Примена људских права у време оружаних сукоба изгледа оправдано, посебно имајући у виду да и људска права и хуманитарно право деле заједнички циљ, а то је заштита појединца од насиља државе. Дакле, међународни органи, попут Комисије за људска права, сматрају да људска права и међународно хуманитарно право међусобно конвергирају.⁸

У наредној дискусији биће анализирана три аспекта:

- општа примена људских права у време оружаних сукоба
- територијална примена инструмената људских права
- однос између људских права и хуманитарног права

⁷ Вид. нпр. Резолуцију Савета безбедности УН 794 (Сомалија); 940 (Хаити); 1199 (Србија).

⁸ Резолуција 1989/26 Н. Ј. Heintze, „ECtHR and Human Rights Standards During Armed Conflicts“, *German Yearbook of International Law* 45/2002, 61.

2. ОПШТА ПРИМЕНА ЉУДСКИХ ПРАВА ТОКОМ ОРУЖАНИХ СУКОБА

2.1. Примена норми о људским правима током оружаног сукоба према конвенцијама из области људских права

Каталог међународних људских права налази се у међународним универзалним и регионалним уговорима и необавезујућим инструментима, као што је то Универзална декларација о људским правима. До степена до којег су људска права постала део међународног обичајног права, она су то суштински постигла на основу уговора. Из тог разлога, примена норми о људским правима у време оружаног сукоба може бити најбоље проучавана у одговарајућим уговорима.

Скоро сви инструменти за заштиту људских права садрже одредбе које се баве питањем примене људских права у време оружаног сукоба. Тако одговарајуће клаузуле предвиђају могућност одступања од одређених гаранција којима се штите људска права.

На пример, чл. 15 Европске конвенције о људским правима каже:

У доба рата или друге јавне опасности која прети опстанку нације, свака Висока страна уговорница може да предузме мере које одступају од њених обавеза по овој Конвенцији, и то у најнужнијој мери коју захтева хитност ситуације, с тим да такве мере не буду у нескладу с њеним другим обавезама према међународном праву.

Из ове одредбе произлазе две последице. Прво, ова клаузула претпоставља да је уговорница конвенције, којом се штите људска права, примењује чак и у време оружаног сукоба. Друго, суспензија примене појединих права гарантованих конвенцијом је могућа само под одређеним материјалним и процедуралним условима. Материјални услов је да мора да постоји оружани сукоб; то је предмет контроле од стране органа Конвенције, чак и ако редовно изјављују да држава има широко поље слободне процене у овом контексту. Такође, неопходан је и процедурални услов, тј. држава мора да обавести Генералног секретара Савета Европе о мерама које су предузете. Све предузете мере подложне су принципу пропорционалности.⁹

Међузависност људских права и хуманитарног права постаје још евидентнија у односу на заштиту живота. Члан 15 Европске конвенције прописује: „Претходна одредба не допушта одступања од чл. 2, осим у погледу смрти проузроковане законитим ратним поступцима...” Живот је заштићен и у време оружаног сукоба, што би могло

⁹ Слична одредба може се наћи и у чл. 27 Америчке конвенције о људским правима.

да буде запањујуће, али уговорне стране могу да одступе од ове гаранције уколико правила рата оправдавају убиство особе. Закони рата утврђују ограничења у примени људских права.

Америчка конвенција о људским правима (даље АКЉП) предвиђа еквивалентну одредбу у чл. 27. Члан 4 Међународног пакта о грађанским и политичким правима (даље ПГП) исто предвиђа могућност одступања од гаранција које пружа Пакт у време јавне опасности; ванредно стање подразумева и случај оружаног сукоба. Одредба изузима нека права од дерогације, као што је то забрана мучења, право на живот, забрана ропства и друга права. То значи да се ова права примењују у време оружаних сукоба у свим околностима.

Конвенција против тортуре предвиђа у чл. 2 да:

Никаква изузетна околност не може бити оправдање за тортуру, било да је реч о ратном стању или ратној опасности, унутрашњој политичкој нестабилности или било ком другом ванредном стању.

Опет, напред речено имплицира примену ове конвенције у време оружаних сукоба. Међутим, нису инструменти људских права једини који указују на њихову примену у доба оружаних сукоба. Хуманитарно право такође указује на међународне гаранције људских права: чл. 72 Првог допунског протокола уз Женевске конвенције предвиђа:

Одредбе овог одељка су допуна правила која се односе на хуманитарну заштиту цивила и цивилних предмета који су у власти стране у сукобу, садржаних у IV конвенцији, нарочито у делу I и III, као и других применљивих правила међународног права која се односе на заштиту основних права човека за време међународног оружаног сукоба.

Ова одредба не значи да је међународно право људских права генерално применљиво у време оружаних сукоба, али претпоставља да такве норме постоје. Други допунски протокол уз Женевске конвенције у преамбули наглашава да међународни инструменти, који се односе на људска права, пружају основну заштиту људској личности. Овај протокол је намењен искључиво праву ратовања. Указујући на људска права, он их укључује у групу норми које се примењују у доба оружаних сукоба. У Коментару на допунске протоколе од 8. јуна 1977. године на Женевске конвенције од 12. августа 1949. године стоји да су Универзална декларација о људским правима, међународне конвенције, а посебно ПГП, инструменти који регулишу одређене аспекте заштите људских права, као што је то Конвенција о геноциду и регионални инструменти за заштиту људских права.¹⁰ При том,

¹⁰ Слична одредба може се наћи и у чл. 27 Америчке конвенције о људским правима.

Протокол подвлачи операбилност инструмената људских права у време оружаних сукоба, што директно произлази из одговарајућих докумената и сада је признато хуманитарним правом.

Примена уговора о људским правима у време оружаних сукоба је критикована у доктрини, као и од стране неких држава.¹¹ Истакнуто је да људска права регулишу однос између грађана и државе, док се хуманитарно право бави регулисањем понашања између држава у доба оружаних сукоба. Међутим, ова критика занемарује горе описани развој: прво, људска права нису ограничена на однос између државе и њених грађана. Чак и ако су историјски формирали део *contrat social* – како је прописано у Америчкој декларацији о независности или француској *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* – у међувремену је формиран заједнички став да су људска права основни принципи који се проширују изван односа државе и њених грађана. Они се примењују на странце; многе државе изјављују да се основна права кодификована у националним уставима такође примењују када држава преко својих органа и функционера делује у иностранству *vis-à-vis* недржављана.¹² Посебно је неопходно узети у обзир да људска права не постоје само у доба мира, како дерогативне клаузуле показују. Ово је у логици система, јер су гаранције људских права најугроженије у ванредним ситуацијама и било би контрапродуктивно ограничити или чак елиминисати њихову примену онда када су најпотребније. Такође је неопходно признати да се право оружаних сукоба примењује на унутрашње сукобе, чак интензивније. Почевши са заједничким чл. 3 на све четири Женевске конвенције из 1949. године, регулисање унутрашњих сукоба од стране хуманитарног права је касније садржано у Другом допунском протоколу из 1977. године. Проширивање примене хуманитарног права на унутрашње сукобе у којима се неспорно људска права примењују, указује на признање да људска права не завршавају своју примену у време сукоба. На крају, класична дихотомија између људских права у доба мира и хуманитарног права у доба оружаних сукоба више се не може одржати. Текстови међународних инструмената за заштиту људских права, као и тумачење и примена ових инструмената од стране међународних судова, више не подржавају ову стару дихотомију.

¹¹ *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Convention of 12 August 1949* (eds. Y. Sandoz, C. Swinarski, B. Zimmerman) Geneva 1987, 1339–1340.

¹² J. Pictet, *Development and Principles of International Humanitarian Law*, Dordrecht 1985, 3; position of Israel before the Human Rights Committee UN Doc. CCPR/C/ISR/2001/2; the position of the United States in Response of the United States to Request for Precautionary Measures – Detainees in Guantanamo Bay, Cuba, 15 April, 2002, *International Legal Materials* 41/2002, 1019.

2.2. Међународна јуриспруденција у погледу примене људских права у време оружаних сукоба

Међународни суд правде је први пут одлучивао о примени људских права у време оружаних сукоба у саветодавном мишљењу о законитости употребе нуклеарног оружја. Заснивајући своје аргументе на позитивистичком тумачењу ППП-а, Суд је истакао:

Суд примећује да заштита коју пружа Пакт о грађанским и политичким правима не престаје у доба рата, осим на основу члана 4. Пакта којим поједине одредбе могу бити стављене ван снаге у време ванредног стања.¹³

Ова судска пракса је настављена у саветодавном мишљењу о изградњи зида у Палестини:

Гледано уопштено, Суд сматра да заштита коју пружају конвенције о људским правима не престаје у случају оружаног сукоба, осим ефеката одредби о дерогацији која се могу наћи у члану 4. Међународног пакта о грађанским и политичким правима.¹⁴

Међуамерички суд је истакао, тумачећи Америчку конвенцију да:

Америчка конвенција, као и други универзални и регионални инструменти за заштиту људских права, као и Женевске конвенције из 1949. године, чине заједничко језгро апсолутних права и имају за заједнички циљ заштиту људског живота и достојанства. Ове конвенције о људским правима примењују се како у миру, тако и током оружаног сукоба.¹⁵

Међуамерички суд је дошао до овог закључка идентификујући циљеве две области међународног права, односно заштите људског живота и људског достојанства. Ако је домашај људских права и ху-

¹³ На пример, Уставни суд Немачке (*Bundesverfassungsgericht*) је одлучио да немачки органи када врше државну силу ван територије државе, морају да поштују основна права која су гарантована немачким уставом. BVerfGE Vol. 94, 324); Британски високи суд је дошао до истог закључка у случају *Al Skeini et al. v. Secretary of State for Defences* (Case No. CO/2242/2004), Judgment of 14 December 2004, England and Wales High Court) да је примена британске војне силе на војни камп подложна испитивању на основу Закона о људским правима. Врховни суд САД је недавно пресудио о притвореницима у Гвантанаму: „Чак и када САД делују изван својих граница, њихова моћ није ‘апсолутна и неограничена’, већ је подложна ‘таквим ограничењима који су предвиђени Уставом’.“ 553 U.S. Supreme Court (2008), 35, *Lakhdar Boumediene et al. v. George W. Bush*, Judgement of June 12, 2008.

¹⁴ ICJ Advisory Opinion on the Legality of the Use of Nuclear Weapons, para. 25.

¹⁵ ICJ Advisory Opinion on the Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, para. 106; quoted in ICJ Judgement on Armed Activities on the Territory of the Congo, para. 216.

манитарног права исти, не би имало смисла да се тражи њихова узамна искључивост.

Слично томе, Европски суд за људска права није оклевао да прогласи примењивост права људских права на ратни режим. У чувеном случају *Loizidou*, Суд је истакао да Турска као окупаторска сила мора да поштује обавезе преузете Европском конвенцијом о људским правима (даље: ЕКЉП). Суд се није бавио питањем примењивости међународног права људских права у време оружаног сукоба, већ се фокусирао искључиво на питање да ли је Турска у вршењу надлежности у Северном Кипру узимала њихову примену здраво за готово.

У случају *Ilascu* из 2004. године, Европски суд је приписао одговорност Руској федерацији за кршење ЕКЉП због чињенице да су руске трупе – илегално – у Придњестровљу и да подржавају сепаратистички покрет који тамо делује. Исте године, Европски суд је применио одредбе из ЕКЉП на турске војне активности на северу Ирака. Поново, суд није дискутовао о томе да ли се ЕКЉП може применити на такву ситуацију, већ је њену применљивост претпоставио. Суд је изјавио да: „битно питање које треба испитати у конкретном случају јесте да ли су у релевантно време турске трупе спроводиле операције у подручју где су се убиства десила.“¹⁶

Ова судска пракса показује да међународни судови сада сматрају да се људска права примењују у време оружаних сукоба. Ипак, судови су дошли до овог закључка без неког екстензивног објашњења.

3. ТЕРИТОРИЈАЛНО ПРОШИРЕЊЕ ПРИМЕНЕ ИНСТРУМЕНАТА ИЗ ОБЛАСТИ ЉУДСКИХ ПРАВА

Пошто је прихваћена општа примена људских права у доба оружаних сукоба, у јуриспруденцији се јавила потешкоћа са питањима примене инструмената људских права у време оружаних сукоба, који се одвијају изван територије државе уговорнице одговарајућих инструмената. Ниједан специфичан проблем не настаје у односу на понашање државе на сопственој територији, јер постоји претпоставка да држава врши надлежност на сопственој територији. Ситуација постаје компликованија уколико су у питању војне активности које се спровode изван граница државе. Како се војне активности у време оружаних сукоба често одвијају изван граница државе, проблем примене инструмената који се односе на људска права не настаје само

¹⁶ *Juan Carlos Abella v. Argentina*, Case 11.137, Report No. 55/97, Inter-Am. C.H.R., OEA/Ser.L/V/II.95 Doc. 7 rev. 271 (1997) para. 158.

изузетно. То је због појединих одредби неких уговора који се односе на њихову територијалну применљивост. Члан 2 ПГП-а гласи:

Свака држава потписница овог Пакта обавезује се да поштује и осигура свим појединцима на својој територији и под њеном јурисдикцијом права призната у овом Пакту;

Члан 1 ЕКЉП прописује:

Високе стране уговорнице обезбедиће свакоме у оквиру своје јурисдикције права и слободе дефинисане у Одељку I ове Конвенције.

Члан 1 АКЉП такође ограничава примену Конвенције на лица која се налазе под јурисдикцијом држава чланица. Ово намеће питање да ли су екстратериторијалне активности држава покривене одговарајућим инструментом којим се штите људска права. Пажљиво читајући текст чл. 2 ПГП-а могле би настати извесне недоумице. Изгледа да су екстратериторијалне акције држава изричито искључене. Многе државе чланице инсистирале су на овом ограничењу применљивости инструмената из области људских права и нису желеле да њихове екстратериторијалне активности буду испитиване на основу параметара предвиђених ПГП-ом.¹⁷

Међународни суд правде (даље: МСП) у свом саветодавном мишљењу о правним последицама изградње зида на окупираним палестинским територијама анализирао је предмет и циљ Пакта и закључио „да се Међународни пакт о грађанским и политичким правима примењује на акте које је држава предузела у вршењу својих надлежности изван своје територије.“¹⁸ Суд је пронашао да је ово решење у складу са праксом Комитета за људска права, који је дошао до истог тумачења.¹⁹ Имајући у виду став Израела да се Пакт не примењује на окупираним територијама, МСП је цитирао коментар Комитета за људска права у којем се каже да се Пакт примењују на окупираним територијама.²⁰ Доктрина брани ову позицију, тумачећи „и“ као раставни везник, укључујући лица на територији државе и лица која се налазе под јурисдикцијом државе. Било би у супротности са циљевима Пакта, када би лица на окупираним територијама, која су највише изложена кршењу људских права, била остављена без било које заштите.²¹

¹⁷ ECtHR, *Issa et al. v. Turkey*, para. 75, Judgment of 16 November 2004.

¹⁸ USA, UN Doc. CCPR/C/SR.1405 (1995), Israel, Belgium, UN Doc. CCPR/CO/81/BEL (2004), § 6 Netherlands UN Doc. CCPR/CO /72/NET/Add. 1 (2003).

¹⁹ ICJ Advisory Opinion on the Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territories, para. 111.

²⁰ Human Rights Committee, *Saldías de López v. Uruguay*, Communication No. 52/1979.

²¹ „У постојећим околностима, одредбе Пакта се примењују у корист популације на окупираним територијама, за сва понашања која предузимају власти

Значајан број одлука међународних судова може се наћи у регионалним инструментима за заштиту људских права. Надзорни органи Међуамеричког система позитивно су одговорили на питање екстратериторијалне примене Америчке конвенције,²² фокусирајући се на вршење надлежности. Европски суд за људска права такође је стао на становиште, у поменутом случају *Loizidou*, да јурисдикција није еквивалент за територијалност.²³ У изузетном случају – као што је окупација – државе врше своју надлежност изван својих граница. Европски суд за људска права наглашава да одговорност за поштовање гаранција из ЕКЉП произлази из контроле коју окупациона власт врши на окупираним територијама. Одговорност је у таквом случају независна од чињенице да ли је контрола вршена од стране оружаних снага државе или путем подређених локалних власти. Ова линија резонувања је прекинута у чувеном случају *Банковић*, који се бавио одговорношћу држава уговорница ЕКЉП због бомбардовања територије Србије, који је довео до губитка људских живота и доношења материјалне штете.

Европски суд је одбацио тврдњу грађана Србије да су државе чланице НАТО-а вршиле надлежност бомбардовањем стране територије. Полазна тачка за расуђивање Суда на овај начин је била та да су правила надлежности и територијалности идентичне. Обзиром да је Европски суд у предмету *Loizidou* истакао разлику између територијалности и надлежности, у предмету *Банковић* Суд је нагласио да се, као правило, надлежност врши на територији државе. Суд сматра да је екстратериторијално вршење надлежности изузетак, а потврду оваквог става Суд је пронашао у *travaux préparatoires*. Суд је подвукао да државе уговорнице никада нису указале на чл. 15 када су ангажовале своје оружане снаге у иностранству. Суд је повезао појам надлежности са појмом контроле која мора бити вршена у случају окупације или ако је особа ухапшена у иностранству,²⁴ али не и када је бомбардовање стране државе у питању.

Међутим, ово тумачење појма надлежности није убедљиво и одступа од раније јуриспруденције Суда, а указивање на случај *Loi-*

или агенти државе уговорнице на овим територијама која утичу на уживање права која су гарантована Пактом и подлежу одговорности државе Израел на основу принципа међународног јавног права.“ CCPR/CO/78/1SR, para. 11.

²² T. Buergenthal, „To Respect and to Ensure: State Obligations and Permissible Derogations“, *The International Bill of Rights: the Covenant on Civil and Political Rights* (ed. L. Henkin) New York 1981, 72, 81.

²³ Inter-American Commission of Human Rights, *Coard v. U.S.A.*, Case No. 10.951, Report No. 109/99; *Alejandro Jr. et al. v. Cuba*, Case No. 11.589, Report No. 86/99.

²⁴ ECtHR, *Loizidou v. Turkey*, preliminary objections, judgment of 23 March 1995 Series A 310, §71.

zidou је сумњиво. У овом случају, питање је било да ли су се радње предузете на страниј територији од стране локалне управе могле приписати Турској. Европски суд је позитивно одговорио на ово питање, истичући контролу коју је вршила окупаторска власт на окупираној територији. Суд је сматрао да контрола подразумева обавезу да се обезбеде гаранције из Конвенције и та одговорност постоји без обзира на то ко делује – органи окупационе силе или локални органи. У предмету *Банковић* ситуација је била сасвим другачија. Питање није било да ли се одређене радње, предузете на страниј територији, могу приписати држави. Било је без сумње да је бомбардовање представљало акт одговарајућих држава уговорница ЕКЉП. Могло се чак рећи да одлука за акт у питању није била донета у иностранству, већ на територији држава уговорница. Од одлуке *Soering*, опште је прихваћено да гаранције предвиђене у Европској конвенцији могу бити прекршене од стране држава уговорница, чак и ако је повреда материјализована у иностранству.²⁵ Право питање у предмету *Банковић* било је да ли су српске жртаве биле под јурисдикцијом држава чланица које су учествовале у бомбардовању? Супротно ставу Европског суда у предмету *Банковић*, надлежност државе ван њених граница не захтева апсолутну контролу над страном територијом. У предмету *Issa*, Европски суд је одлучио да, иако турске трупе нису успоставиле општу контролу над северним Ираком, одговорност по ЕКЉП је ипак била установљена због дејства турских трупа.²⁶ Исто правно резонување је постојало и у случају *Öcalan*, где је Европски суд пронашао да притварање лица у иностранству значи да се та особа налази под јурисдикцијом државе која га је ухапсила.²⁷ Европски суд је покушао да направи разлику између овог случаја и случаја *Банковић*, истичући да је *Öcalan* након притвора био приморан да се врати у Турску. Међутим, овај аспект не може бити релевантан, јер је до притвора дошло у Кенији и накнадни догађаји нису могли да успоставе надлежност која није постојала у тренутку када је особа ухапшена. Да *Öcalan* није ухапшен, већ убијен у Кенији, тада би примењивост ЕКЉП била иста. Из овога произлази да је лице „под јурисдикцијом“ државе када је изложен акту државне власти који онемогућава остваривање права и слобода гарантованих Европском конвенцијом. Бомбардовање представља вршење државне власти у истом смислу као и хапшење особа; оно је чак још екстремнији облик вршења државне власти.

²⁵ ECtHR, *Öcalan v. Turkey*, Judgment of 12 March 2003.

²⁶ У случају *Soering*, разматрано је питање да ли екстрадиција појединца у САД, где би био изложен ризику од смртне казне, представља повреду чл. 3 ЕКЉП.

²⁷ ECtHR, *Issa et al. v. Turkey*, para. 75, Judgement of 16 November 2004.

Веза између надлежности држава и државне територије може бити правило. Међутим, у међународном праву је признато да ова два појма нису идентична. Постоје ситуације у којима држава нема – или има само ограничену – надлежност над својом територијом, као што је то у случају окупације. Постоје, такође, случајеви где се надлежност остварује изван државне територије, као што је то у случају бродова и авиона који носе заставу државе, или у случају активности које спроводе амбасаде и конзулати у иностранству.²⁸ Текстуално тумачење чл. 1 ЕКЉП не дозвољава другачији исход. Ова одредба не користи појам територија, као што је то случај са чл. 2 ППП-а. Оно само говори о надлежности, а ограничавање овог појма увођењем критеријума територије не може бити оправдано. Европски суд је могао извући подршку за другачији став разматрајући одлуке којима се тумаче други инструменти за заштиту људских права, као што је то ППП и АКЉП. Упркос позивању на „територију“ у чл. 2 ППП, Комитет за људска права је одлучио да се овај међународни уговор односи и на догађаје који су се десили у иностранству.²⁹ Такође, Међуамеричка комисија је одлучила да примена АКЉП није ограничена на акте који су предузети на територији тужене државе.³⁰ Тумачење надлежности у овом ширем смислу у складу је са циљем гарантовања људских права, које мора бити остварено кад год и где год држава делује. Ограничење ефеката ових гаранција на територију државе створило би јаз, јер би државни акти предузети у иностранству били изузети од правних ограничења државне власти којима се крше људских права.

Даљи аргумент такође треба узети у обзир. Када се не би прихватила примена инструмената за заштиту људских права за екстра-територијалне акте у време оружаних сукоба, то би довело до неједнаког третмана оружаних снага које бране територију државе и инвазивних снага које нису успоставиле контролу. Под оваквим условима, снаге одбране би морале да поштују одредбе о људским правима, док то не би био случај са инвазивним снагама које делују изван граница државе. Такав неједнак третман две стране укључене у исти оружани сукоб и које се боре на истој територији, не би био у складу са општом идејом права у доба оружаних сукоба, које намеће исте обавезе за све стране.

На крају, било би чудно да су државе признале да акти државних органа који су предузети у иностранству потпадају под надлежност државе и да због тога нису изузете од контроле у односу на

²⁸ ECtHR, *Öcalan v. Turkey*, Judgement of 12 March 2003, para. 93.

²⁹ J. Frowein, W. Peukert, *Europäische Menschenrechtskonvention*, Kehl 1996, Art. 1, para. 5.

³⁰ Human Rights Committee, *Saldías de López v. Uruguay*, Communication No. 52/1979.

одговарајућа основна права гарантована у Уставу,³¹ а да међународни судови проглашавају да особе које су изложене овим актима нису под јурисдикцијом дотичне државе у смислу конкретног међународног инструмента.

Враћајући се на случај *Банковић*, неко би могао да дође до закључка да није постојао разлог за искључење примене ЕКЉП. Одлучујући на овај начин, Европски суд је покушао да избегне политичку олују. У време одлучивања, Србија није била уговорница Европске конвенције, па тако није имала ни свог судију у Европском суду. Увек постоји ризик од *Siegerjustiz* (правда победника) када све стране које су укључене у оружани сукоб немају на клупи судију који треба да одлучи о понашању странака у том сукобу.

4. ОДНОС ИЗМЕЂУ ЉУДСКИХ ПРАВА И ХУМАНИТАРНОГ ПРАВА

Упркос различитом историјском и филозофском пореклу, повезаност људских права и хуманитарног права је било прилично евидентно од самог почетка. Утицај људских права која покушавају да заштите основне људске вредности у време рата, чији је циљ управо у угрожавању тих вредности, мора бити разјашњен.

Тешко је утврдити тачан однос између хуманитарног права и права људских права. Ово питање не може бити решено у једном одговору и мора се направити разликовање између различитих ситуација. Не настаје проблем уколико су захтеви људских права и хуманитарног права идентични.³² Тада, две гране права међусобно јачају једна другу. Међутим, уколико оне долазе у сукоб или имају другачији домаћај, поставља се питање које ће право превладати. Обично се сматра да хуманитарно право представља *lex specialis* у односу на људских права.³³ МСП се такође приклонио овом ставу. Тако је Суд истакао у саветодавном мишљењу о правним последицама изградње зида на окупираним палестинским територијама:

³¹ Inter-American Commission of Human Rights, *Alejandro jr. et al. v. Cuba*, Case 11.589, Report 86/99, para. 23. Овај случај односио се на уништење два цивилна авиона на отвореном мору од стране кубанског војног авиона. Дакле, ова ситуација је упоредива са околностима у случају *Банковић*. Међутим, Међуамеричка комисија је дошла до супротног закључка у односу на Европски суд.

³² Вид. *supra* фн. 12.

³³ Нпр. чл. 105 III Женевске конвенције штити сличне вредности као и чл. 14 ППП-а – право на правично суђење, чл. 8 ППП, чл. 4 ЕКЉП, чл. 6 АКЉП садрже одредбу која је повезана са хуманитарним правом јер забрањују принудни рад. D. Schindler, „Le Comité international de la Croix-Rouge et les droits de l’homme“, *Revue internationale de la Croix-Rouge* 715/1979, 10.

Што се тиче односа међународног хуманитарног права и права људских права, постоје три могуће ситуације: нека права могу бити искључиво ствар међународног хуманитарног права; друга права могу бити искључиво ствар људских права; нека права могу бити ствар обе гране међународног права. У циљу одговора на питање које му је постављено, Суд ће морати да узме у обзир обе ове гране међународног права, односно људских права и међународног хуманитарног права као *lex specialis*.³⁴

Као *lex specialis*, хуманитарно право би требало да се примењује уколико је у супротности са нормама људских права. Међутим, може се поставити питање да ли појам *lex specialis* одговара односу који постоји између хуманитарног права и права људских права у свим случајевима. *Lex specialis* представља норму која обухвата све претпоставке *lex specialis*-а за примену, и најмање још један додатни елемент. Уколико се усваји ова дефиниција, може се поставити питање да ли се хуманитарно право заиста квалификује као *lex specialis* људских права. Да ли дозвола да се лиши живота борац у време оружаног сукоба представља заиста *lex specialis* гарантовању права на живот у режиму људских права? То би било исто као када би се узело да право цензуре представља *lex specialis* за слободу изражавања. Ако је правило *lex specialis*-а строго, онда се не могу објаснити наведене дерогационе клаузуле у инструментима људских права. У случају сукоба, хуманитарно право би једноставно имало превагу. Осим тога, морају се размотрити гаранције апсолутно заштићених људских права, као што је то забрана мучења и забрана ропства. У овој ситуацији, потпуно је неспорно да хуманитарно право неће имати превагу над одговарајућим забранама, чак и ако је у неким западним земљама овај принцип дошао под удар критике и понекад је чак и повређен. МСП није строго применио своју судску праксу на квалификацију хуманитарног права као *lex specialis*-а. Како то стоји у саветодавном мишљењу о правним последицама изградње зида на окупираним палестинским територијама, Суд балансира између људских права и војне потребе, а у конкретном случају преовладала су људска права.³⁵ Балансирање сукоба интереса ће бити најчешће коришћен метод за превазилажење конфликта између сукобљених норми две гране права, уколико такво балансирање није искључено од самог почетка.

Што се тиче норми људских права и хуманитарног права, оне не искључују једна другу, и могу да послуже као средство за тумачење норми оне друге гране међународног права. Два примера ће

³⁴ J. Frowein, „The Relationship Between Human Rights Regimes and Regimes of Belligerent Occupation“, *Israel Yearbook on Human Rights* 28/1998, 9.

³⁵ ICJ, Advisory Opinion on the Legal Consequences of the Construction of a Wall, para. 106.

бити продискутована, и то заштита живота, а потом и дерогативне клаузуле.

Члан 6 ППП-а не дозвољава одступање од права на живот у виду стављања ван снаге овог права. То би требало да значи да је живот заштићен и у време оружаног сукоба. Наиме, Комитет за људска права је у свом Општем коментару на чл. 6 ППП-а осудио ратове, као зло човечанства, зато што уништавају невинне животе. Комитет је закључио да државе имају обавезу, на основу члана 6 ППП-а, да спрече оружане сукобе.³⁶ Године 1984, Комитет је отишао корак даље сматрајући да пројектовање, испитивање, производња, поседовање и складиштење нуклеарног оружја представља један од највећих претњи праву на живот,³⁷ имплицирајући да је чл. 6 ППП-а применљив на ове акте, проширујући његову примену на наоружање које претходи оружаном сукобу.

Међутим, чл. 6 не доводи до искључења свих облика оружаног сукоба, иако оружани сукоб неминовно подразумева људске губитке, чак има за циљ лишење живота. Члан 6 ст. 1 последњег параграфа гласи: „Нико не може бити самовољно лишен живота.“ У заједничком читању ове одредбе убиство лица не сматра се произвољним лишењем живота док год државе поштују правила ратовања. Ово се огледа у чл. 15, ст. 2 ЕКЉП:

Претходна одредба не допушта одступања од члана 2 осим у погледу смрти проузроковане законитим ратним поступцима, или члана 3, 4 (став 1) и 7.

Међународни суд правде је пресудио у саветодавном мишљењу о законитости употребе нуклеарног оружја:

Тест онога што представља арбитрарно лишење живота, међутим, треба да буде утврђено важећим *lex specialis*-ом, односно, правом који важи у оружаном сукобу, које је дизајнирано да регулише вођење непријатељстава. Тако, да ли одређени губитак живота, употребом одређеног оружја у оружаном сукобу, треба да се сматра арбитрарним лишењем живота које је у супротности са чланом 6 ППП-а, може бити утврђено само на основу права које се примењује у оружаном сукобима, а не извођењем услова из Пакта.³⁸

У складу са овим схватањем је образложење да убиства у незаконитом рату могу да се сматрају као кршење чл. 6 ППП-а.³⁹ Међутим, овај закључак, који је изведен из перспективе права људских права и

³⁶ ICJ Advisory Opinion on the Legal Consequences of the Construction of the Wall in the Occupied Palestinian Territories, para. 134.

³⁷ Human Rights Committee, General Comment No. 6 of 30 April 1982.

³⁸ Human Rights Committee, General Comment No. 14 of 9 November 1984.

³⁹ ICJ, Advisory Opinion on the Legality of the Use of Nuclear Weapons, para.

тумачења арбитражног лишења, налази се у супротности са основним принципом хуманитарног права, односно строгој подели између *ius ad bellum* и *ius in bello*. Уколико квалификација аката државе на основу *ius ad bellum* има утицаја на квалификацију на основу *ius in bello*, покушај ограничења несрећа у време оружаних сукоба путем једнаког третмана свих законитих бораца био би завршен.⁴⁰ У време оружаних сукоба, државе увек криве једна другу за кршење забране употребе силе. Стога, борци ће изгубити било какву заштиту, уколико се њихов статус процењује у односу на рат у којем учествују. Цивилизација оружаних сукоба, тачније *ius in bello*, зависи од поделе на *ius ad bellum* и *ius in bello*. У овом случају, проширење људских права довело би до смањења заштите. Стога, када се хуманитарно права узима за критеријум тумачења инструмената из области људских права, мора се поштовати унутрашња логика овог права.

Још важније је тумачење дерогативних одредби у одговарајућим инструментима за заштиту људских права. Заједничко је уверење да је примена дерогативних одредби подложна принципу пропорционалности. Дерогирање гарантованих људских права је прихватљиво у време оружаних сукоба само уколико је неопходно ради одбране државе и заједничког интереса у време рата. Ако правила хуманитарног права забрањују одређено понашање, онда би дерогирање одговарајућих гаранција у инструментима за заштиту људских права били незаконити и представљали би кршење конкретног уговора. Државе не могу да се позивају на оружане сукобе како би оправдале ограничења људских права уколико закони рата не признају таква ограничења. Овде постоји одређени паралелизам између хуманитарног права и права људских права. Инструменти људских права не смеју да воде до рестриктивнијег третмана људских права од оног које дозвољава хуманитарно право. У овом смислу, Међуамеричка комисија за људска права, расправљајући о прихватљивости дерогирања гаранција из чл. 27 АКЉП, донела је одлуку да такво дерогирање не може бити у супротности са другим обавезама државе, које проистичу из међународног права.⁴¹ До ког степена хуманитарно право утиче на тумачење права људских права, тај режим утиче на примену хуманитарног права. Опште одредбе хуманитарног права су посебно отворене за утицај људских права. Заједнички чл. 3 Женевских конвенција захтева хуман третман за сва лица која не узимају активно учешће у непријатељствима. Тумачење онога што је хумано

⁴⁰ M. Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights – CCPR Commentary*, Kehl 2005, 125; K. Bennoune, „Toward a Human Rights Approach to Armed Conflict: Iraq 2003“, *U.C. Davis Journal of International Law and Policy* 1/2004, 215.

⁴¹ H. J. Heintze, „Las Palmeras v. Bamaca-Velasquez und Bankovic v. Loizidou“ *Widersprüchliche Entscheidungen zum Menschenrechtsschutz in bewaffneten Konflikten*, *Humanitäres Völkerrecht – Informationsschriften* 18/2005, 182.

може се наћи у садржају гаранција људских права. Конвенција о правима детета може да послужи као пример за даљу повезаност људских права и хуманитарног права. Члан 38. ове Конвенције обавезује све стране да поштују хуманитарно право у односу на заштиту права деце. На овај начин, хуманитарно право је некако уклопљено у Конвенцију које је превасходно схваћено као гаранција људских права посебно осетљиве групе. Овде се право људских права примењује из перспективе хуманитарног права.

Увођење посебне отворене клаузуле за људска права као допунског права, које се може применити уколико хуманитарно право не донесе одлуку о одређеном питању, може бити изведено из „Де Мартенсове“ клаузуле, које датира од настанка хуманитарног права.⁴² Она гласи:

До доношења комплетнијих правила о праву рата, Високе стране уговорнице налазе за потребно да констатују да у свим случајевима који нису регулисани прихваћеним одредбама, становништво и зараћене стране остају под влашћу и заштитом начела међународног права, која проистичу из обичаја устаљених између просвећених народа, закона човечности и захтева јавне савести.

5. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Људска права су важан део међународног права, и данас су стекла такав значај да ни једна грана међународног права није имуна на њихову важност и снагу. Чак и гране које су најудаљеније од материјалних законитости, као што је то право оружаних сукоба, долазе под контролу права људских права, барем до одређеног степена. Примена људских права у време оружаних сукоба данас представља опште место. Међутим, ближе испитивање открива прави однос између људских права и хуманитарног права, које је заправо веома компликовано. Опште прихваћена доктрина хуманитарног права као *lex specialis*-а права људских права није одржива. Решење у случају сукоба мора бити пронађено у балансирању између војне потребе и вредности људских права. Овакав приступ, међутим, представља вредносни суд о хуманитарном праву из перспективе људских права. Остаје да се види да ли ће право људских права имати довољно тежине да постави ограничења вођењу рата. Право људских права и хуманитарно права не представљају један једносмеран однос. Пригрливши хуманитарно право, људска права могу бити инфицирана ви-

⁴² *Juan Carlos Abella v. Argentina*, Case 11.137, Report No. 55/97, Inter-Am. C.H.R., OEA/Ser.L/V/II.95 Doc. 7 rev., 271 (1997), <http://www1.umn.edu/humanrts/cases/1997/argentina55-97a.html>; исто тако, Т. Buergenthal.

русом војне потребе. Ово није само теоријски проблем. Године 2006, Немачки уставни суд је пресудио да закон који овлашћује министра одбране да обори авион у ситуацији сличној терористичком нападу на САД 11. септембра 2001. године, крши принцип људског достојанства.⁴³ Ова одлука је критикована, јер је неспорно да у време оружаног сукоба хуманитарно право дозвољава убијање сопствених грађана.⁴⁴ Да ли постоје два стандарда достојанства – стандарди који важе у доба мира и у доба оружаних сукоба? Или мирнодопски стандард достојанства мора бити сагласан са стандардом достојанства у доба оружаног сукоба, што доводи до смањења заштићене вредности? Постоји нада да ће људска права, како су замишљена у миру, преовладати и постати „благ, али снажан цивилизатор“ (*gentle, however forceful civilizer*) држава у ратним временима.

Dr Matthias Hartwig

Senior Lecturer

Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht,
Heidelberg

HUMAN RIGHTS IN TIMES OF WAR

Summary

One of the obvious present-day challenges to human rights law is their applicability in times of war, which is the topic of this paper. The author argues that human rights norms and humanitarian norms do not exclude each other. In holding so, the author tries to explicate the applicability of human rights norms in times of war according to the stipulated provisions of human rights treaties. Therefore, the author argues that the human rights instruments apply in times of war and explains this thesis with the fact that these instruments provide the possibility of derogation of certain human rights in situations of emergency or necessity. Furthermore, the Additional Protocol II to the Geneva Convention recalls in its Preamble that international instruments relating to human rights offer a basic protection to individuals. The author insists that the logic of human rights guarantees is primarily endangered in emergency situations, and

⁴³ Де Мартенсова клаузула је била уведена у преамбулу II Хашке конвенције из 1899. године и у IV Конвенцију о правима и обичајима сувоземног рата из 1907. године.

⁴⁴ BVerfGE, 15. фебруар 2006, <http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen>.

that it would be counterproductive to limit or even eliminate their applicability when they are mostly needed. This position is supported by a number of recent judgments which expressly underline the applicability of human rights in times of war. Nevertheless, a particular difficulty in the application of the human rights instruments in times of war exists in situations when a State acts under its jurisdiction, but beyond its borders. The author believes that the broader interpretation of jurisdiction is in accordance with the purpose of human rights guarantees. In other words, the protection should be granted whenever and wherever a State is acting.

Key words: *Times of war. – Humanitarian law. – Geneva Conventions. – Lex specialis. – Extraterritorial application of human rights law.*

Др Дафни Барак-Ерез

редовни професор Правног факултета Универзитета Тел Авив

ТЕРОРИЗАМ И ЉУДСКА ПРАВА: ИЗАЗОВИ ОСНОВАМА ПРАВНОГ ПОРЕТКА

Овај рад бави се изазовом који доноси савремени тероризам. У њему се истражују међународне и националне иницијативе чији је циљ сузбијање терористичких акција. Ауторка сматра да се тероризам, из међународне перспективе, сматра претњом зато што он сигнализира да се нови светски поредак установљен након Другог светског рата налази у опасности. У том смислу, ауторка тврди да Женевске конвенције из 1948. године не одликавају савремену реалност и да као такве не одговарају садашњој борби са терористичким организацијама. Такође, Додатни протокол уз Женевске конвенције из 1977. године није успео да постигне универзалну прихваћеност, нарочито међу оним државама које учествују у конфликтима повезаним са тероризмом. Осим тога, велики број недавно усвојених конвенција о тероризму покривају само посебне активности повезане са тероризмом и не мењају основне норме права које се примењују за време оружаних сукоба. На националном нивоу, специфичан задатак односи се на усклађивање људских права са владиним антитерористичким мерама. Ауторка закључује да постоји нужна потреба да се преиспита примена како међународних, тако и националних правних инструмената, у светлу новонастале реалности.

Кључне речи: *Тероризам. – Женевске конвенције. – Израел. – Илегални борци. – Административни притвор.*

1. УВОД

Задатак успостављања равнотеже између људских права и владиних антитерористичких мера, често се представља као нови изазов, што по много чему није случај. Терористичке акције које се предузимају у циљу промовисања националних и политичких циљева јесу саставни део савремене историје. Ако је то тако, зашто нам онда тероризам и анти-тероризам изгледају као нешто „ново“? Разлог делимич-

но лежи у чињеници да терористичке акције надилазе границе националних и регионалних сукоба и потенцијално могу да доведу до далекосежних последица. Међутим, чини се да се разлози превасходно односе на изазове које и тероризам и анти-тероризам постављају, с једне стране, основама режима међународног права, који се искристалисао након Другог светског рата, а с друге стране аксиомима кривичног и уставног права у либералним демократијама. На страницама које следе расветлићимо ове правне нејасноће и напетости.

2. ТЕРОРИЗАМ И СФЕРА МЕЂУНАРОДНОГ ПРАВА

Прво и основно, доживљавање актуелних изазова тероризма као „новине“ повезано је са начином на који је окончан Други светски рат. Завршетак овог рата, који се тада сматрао последњим великим ратом, донео је са собом „нови светски поредак“, који се не може одвојити од основног консензуса о правима (о чему сведочи Универзална декларација о људским правима) и о начину ратовања (што је нормирано Женевским конвенцијама из 1949. године). Терористички напади из 2001. године и њихове последице представљали су новину утолико што су угрозили основу овог светског поретка. За разлику од времена Хладног рата, који је бацио сенку на светску стабилност у прошлости, актуелно значење опасности повезано је са чињеницом да не само да је промењен идентитет наших непријатеља, већ су промењени и облици њихових акција и мотива. Непријатељ више није нужно једна држава, а претпоставке светског поретка, који је искристалисан након Другог светског рата, биле су да су државе они значајни актери који морају да одговарају за своје поступке. Осећај угрожености појачан је услед суморног виђења да је могуће формирати нови међународни консензус. Стари документи рефлектују савремену стварност, али мале су шансе да они буду замењени. Разлог томе повезан је са веома различитим одговорима које различите земље дају на питање „ко су терористи“? Ова различита мишљења онемогућавају састављање нових конвенција у овој области иза такозваног вела незнања. И заиста, постоји велики број нових конвенција о тероризму, али оне се баве специфичним терористичким активностима и немају амбицију да промене основне норме закона ратовања.¹ Остали нови документи на међународној сцени примењују се само на одређену групу држава (на пример, европске иницијативе које се односе само на европске државе).² Резолуције Савета безбедности до-

¹ A. Zimmermann, R. Geiss, „Die Tötung unbeteiligter Zivilisten: Menschenunwürdig im Frieden – menschenwürdig im Krieg?“, *Der Staat* 46/2007, 377.

² Вид. нпр. Convention on the Prevention and Punishment of Crimes Against Internationally Protected Persons, Including Diplomatic Agents, 1973; International Con-

нете у овој области³ јесу меродавне, али оне нужно не одсликавају шири међународни консензус.

Аргумент да консензус формиран након Другог светског рата не може да се прилагоди изазову тероризма може се објаснити разматрањем Женевских конвенција из 1949. године. У основи ових конвенција налазе се следеће претпоставке:

- главни оружани сукоби јесу ратови између држава;
- главне борбене снаге организоване су као националне војске (са дистинктивним обележјима и јасно утврђеним командним ланцем);
- по правилу постоји јасна разлика између бораца и небораца;
- ратови имају јасно утврђене почетке и завршетке (засноване на споразумима о прекиду непријатељстава);
- војне операције изводе се на подручјима која су удаљена од места у којима живи цивилно становништво.

Додуше, Женевске конвенције предвиђају могућност одступања од ових основа, али оне су представљене као изузеци од правила.

Ако сагледамо актуелну стварност из перспективе претпоставки Женевских конвенција, јасно уочавамо њихову непримењивост.

У најзначајнијем сукобу у којем учествује главна светска сила – САД, супротстављена страна није друга држава, већ Ал-каида, међународна терористичка организација. Додуше, Сједињене Државе су нападе Авганистан и Ирак, али то су, наводно, учиниле у вези са својим главним и основним ратом (или сукобом) са Ал-каидом.

Припадници терористичких организација не испуњавају услове које Женевске конвенције прописују за борце. Разлог томе није само чињеница да они не носе униформе, већ често и то што своје операције спроводе путем хелија које нису организоване на начин који представља јасно утврђен ланац команде.

Терористичке организације често делују унутар цивилног становништва, а терористи искоришћавају подршку коју им пружају суседи и пријатељи који нису саставни део њихових организација.⁴

vention Against the Taking of Hostages, 1979; International Convention for the Suppression of Terrorist Bombings, 1997; International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism, 1999; International Convention for the Suppression of Acts of Nuclear Terrorism, 2005.

³ Вид. нпр. Council of Europe Convention on the Prevention of Terrorism, 2005.

⁴ Главне резолуције Савета безбедности које треба споменути у овом контексту јесу Резолуција 1267 Савета безбедности (1999); Резолуција 1373 Савета безбедности (2001); и Резолуција 1566 Савета безбедности (2004).

Терористички напади се дешавају спорадично и не постоје јасни почечи нити окончања непријатељстава.

Терористи покушавају да погоде цивилне мете и стога се уопште не види јасно разлика између борбених зона и цивилних подручја.

У извесној мери, ови проблеми су се појавили чак и пре 2001. године – као последица националног тероризма, али они су се појачали и представљају главну карактеристику конфликта широм света (а не само регионалних конфликта). Осим тога, важно је истаћи да најзначајнији покушај реформисања Женевских конвенција – Додатни протокол Женевских конвенција из 1977. године – није успео да добије универзалну подршку, која би укључила оне релевантне земље које су се нашле у конфликтима повезаним са терористичким акцијама.⁵

Бројне тензије између режима Женевских конвенција и актуелне стварности повезане су са неодређеношћу у погледу правног статуса припадника терористичких организација. С једне стране, они нису војници, и наводно не могу да се третирају као такви, али с друге стране, апсурдно је да им се доделе све заштите које се примењују на цивиле. Ова немогућност да се они категоризују доводи до различитих парадокса, који су главна карактеристика ратовања. Навешћемо неколико примера.

Убијање – главна претпоставка закона ратовања јесте да је законито убијати припаднике војних снага. Ако терористи нису борци, онда је нелегално убијати их без суђења. Додуше, чак и у контексту закона ратовања, правно је дозвољено убијати цивиле када су они укључени у сукобе, али ово се односи само на време док трају војни сукоби.

Притвор – када су ухваћени, терористи се не сматрају ратним затвореницима. Ово би значило да њих треба извести пред лице правде, иако се може десити да је немогуће доказати њихову кривицу на основу уобичајених прописа кривичног права, углавном због проблема са доказима.

И САД и Израел покушали су, на различите начине, да покажу да терористи који према дефиницији из Женевских конвенција нису борци не би требало да, из тог разлога, уживају додатне привилегије и имунитете које би добили ако се окарактеришу као цивиле (у случају да је то једина преостала категорија која се признаје). У САД-у, прихватање оваквог става омогућило је да борци који нису војници оружаных снага непријатељске државе буду држани у при-

⁵ У вези са случајем који је фокусиран на ограничења у употреби санкција против такве подршке рођака и пријатеља, вид. *Ajuri v. IDF Commander in West Bank* 56(6) P.D. 352.

твору без могућности да им се суди за кривична дела – на основу акта о давању овлашћења за употребу војне силе (AUMF) и војне наредбе председника Буша. Оваква политика САД-а с правом је критикована зато што су њоме у значајној мери кршена људска права – затвореници у притвору нису добијали одговарајући третман и нису могли да на суду оспоре разлог због којег су притворени. Међутим, критике упућене САД-у онемогућиле су сагледавање дубље истине: овакво поступање било је погрешно, али ни међународно право није успело да пружи јасан и функционалан систем за поступање са овим затвореницима.

Примери из Израела указују на исти проблем. Да би одговорио на овај изазов, Израел је 2002. године донео Закон о хапшењу илегалних бораца, који регулише притвор бораца који се не сматрају ратним затвореницима. Према овом закону, они би требало да се у притвору држе у хуманим условима и требало би да имају право на испитивање разлога њиховог притвора од стране редовних грађанских судова у року од четрнаест дана, а након тога у интервалу од најмање шест месеци. Овај систем, на више начина, представља разумно решење за нормативну црну рупу која у овом погледу постоји у међународном праву. Ипак, овај систем је оспорен пред Врховним судом Израела због кршења норми међународног права, с образложењем да је увео такозвану трећу категорију која не постоји у релевантним међународним конвенцијама – категорију илегалних бораца.⁶ Сличан аргумент изнет је у израелском Врховном суду у једном ранијем случају који се тичао израелске политике циљаних убиства терориста који делују против Израела изван његове територије. У овом случају изнет је такође аргумент да се Израел изложио ризику да створи трећу категорију илегалних бораца и да на њу примени нове норме које нису признате у међународном праву.⁷ Насупрот овим чињеницама, ваља приметити да је израелски Врховни суд озаконио (под одређеним условима) ове две праксе тврдећи да су обе утемељене у законима ратовања који се примењују на грађане који учествују у ратним сукобима. Сходно томе, израелски Врховни суд закључио је да су терористи цивили који учествују у рату против државе, што је било мудро решење, али у исто време, оно је у извесном смислу садржало контрадикцију у појмовном смислу. Не мање интересантна чињеница јесте да је одлука израелског Врховног суда у вези са циљаним убиствима била утемељена у Првом додатном протоколу Женевских конвенција, донетом 1977. године,⁸ (њему сâм

⁶ Међу земљама које нису прихватиле овај протокол налазе се САД и Израел.

⁷ Cr. App. 6659/06 *A v. State of Israel* (11 June 2008).

⁸ HCJ 769/02 *The Public Committee against Torture in Israel v. The Government of Israel* (13 December 2006).

Израел није приступио⁹), на начин који имплицира да су првобитне Конвенције застареле.

Као контра-аргумент онеме што је до сада изложено могла би да послужи тврдња да усредсређивање на законе ратовања није примерено – да је тероризам злочин којим треба да се баве механизми спровођења права, те стога позив на реформисање закона ратовања представља погрешан пут. Према овом мишљењу, проблем у примени Женевских конвенција не одсликава мане права, већ пре неадекватна настојања да се оне примене ван оквира традиционалних ратова. Ово је важно гледиште које треба узети у обзир, али оно не поништава у потпуности претходни аргумент. Додуше, у великом броју ситуација, када се тероризам јавља у виду злочина учињених на домаћем тлу, исправан начин да се овом проблему приступи јесте да се генерално примењују механизми спровођења права, а нарочито кривичног права, како би се учиниоци пронашли и привели правди. Без обзира на то, питања у вези са начином на који треба применити законе ратовања још увек су важна када је реч о приликама у којима земље морају да се суоче са терористима који учествују у борбеним дејствима, на њиховим територијама, па чак и изван њихових граница.

3. ТЕРОРИЗАМ И СФЕРА НАЦИОНАЛНОГ ПРАВА

Основни концепти националних правних система такође су уздрмани изазовом тероризма. Овде се главне тензије односе на могућност да се употребе превентивне мере против осумњичених терориста, а да се при том не прекрше основе кривичног права, према којем ограничења индивидуалне слободе треба да буду последица незаконитог понашања у прошлости које је већ потврђено доказима изнетим на суду.

Тензије у вези са прибегавањем парадигми превенције могу се илустровати примером притвора у превентивне сврхе. Генерално гледајући, употреба административног притвора оних који су осумњичени да представљају претњу друштву, традиционално се сматра повредом идеје демократског режима приврженог владавини права, у којем се људи изводе пред лице правде и тамо оглашавају било невиним, било кривим. Меру административног притвора користили су углавном колонијални владари и режими војне окупације (то јест, кад не траје период мира). Сходно томе, велике критике

⁹ Према одељку 51(3) овог протокола, цивили неће имати право на заштиту на које обично имају право као цивили у случајевима када „директно учествују у непријатељствима“ све док то чине – то јест „за то време“. Сходно томе, суд се у својој одлуци усредредио на дефиниције концепата „директно учешће“, „непријатељства“ и „за то време“.

упућиване су правним системима који су показали спремност да прихвате употребу административних притвора. Примери које ваља навести у том смислу јесу употреба административног притвора људи који су осумњичени за сарадњу са Ирском републиканском армијом у Британији,¹⁰ и административни притвори у Израелу.¹¹

Са појавом новог таласа тероризма, готово су престале некадашње критике против превентивних мера. Додуше, административни притвори били су поново уведени, али тако да су се, у принципу, односили на недржављане, па ипак могућност да се они употребе чак и против држављана није у потпуности искључена.¹² У Британији, Дом лордова објавио је да режим административних притвора, који је усвојен након међународних терористичких акција 2001. године, крши Закон о људским правима из 1998. године, због своје дискриминаторне примене (то јест, због тога што се примењује само на странце).¹³ Међутим, ова одлука није искључила могућност поновног усвајања овог режима који не би имао ове дискриминаторне карактеристике. На крају, Британија се одлучила да установи алтернативне превентивне мере, у форми контролних налога, који треба да се примене на недискриминаторан начин.¹⁴ Овај режим прихваћен је од стране Дома лордова, с тим што је сужен обим ограничења која су се предвиђала за контролни налог, и што је инсистирано на томе да дотична особа буде упозната са суштином оптужби поднетих против ње (али не и да јој буду обелодањени сви релевантни докази).¹⁵ У Канади, Врховни суд није био спреман да прихвати мишљење према којем примена режима притвора само на странце представља дискриминацију. Он је критиковао овакву политику само због њених процедуралних мана, то јест, због тога што притворена лица уопште нису могла да имају увид у релевантне доказе поднете против њих, због чега нису могла да се ефикасно бране.¹⁶ Стога Суд није био забринут у погледу саме идеје превентивног притвора, већ у погледу појединости режима притвора.

¹⁰ Вид. *supra* фн. 5.

¹¹ Пракса административних притвора најпре је утврђена у вези са Северном Ирском, доношењем закона Civil Authorities (Special Powers) Act (Northern Ireland), 1922. године. Касније је донето још закона о овом питању. Британија тренутно не користи режим административних притвора.

¹² Emergency Powers (Detentions) Law, 1979.

¹³ У Енглеској ова мера је уведена путем Главе 4 Закона о анти-тероризму, злочинима и безбедности из 2001. године, која је касније замењена режимом контролног налога, као што је објашњено. У Канади је ова мера била део Закона о заштити имиграната и избеглица из 2001. године (одељци 80–82).

¹⁴ *A v. Secretary of State for the Home Department* [2005] 2 W.L.R. 87.

¹⁵ У складу са Законом о спречавању тероризма из 2005. године.

¹⁶ Главни прецеденти када је реч о закону о контролним налозима јесу: *Secretary of State for the Home Department v. JJ* [2007] 3 WLR 642; *Secretary of State for*

Осим тога, канадски Врховни суд био је спреман да прихвати легитимност увођења процедуралних заштита које не би задовољиле норму кривичних суђења (као што је усвајање процедуре именовања специјалног адвоката којем се обелодањују докази и за кога се верује да док води случај неће открити доказе особи на коју се они односе). Узимајући ове примере у целини, поука коју бисмо могли из тога извући јесте да је боље признати да превентивне мере могу да буду употребљене за борбу против тероризма, а онда поразмислити о томе на који начин се оне могу регулисати тако да обезбеде ефикасну судску контролу. Потпуно негирање ове нове стварности не мора нужно да доведе до боље заштите људских права, већ пре може да доведе до незаконите употребе превентивних мера.

Други пример превентивне парадигме јесте контроверзност повезана са употребом мера физичког насиља у испитивању. У принципу, употреба таквих мера сматра се незаконитом у свим цивилизованим системима у контексту спровођења права. Ипак, постоје извесне назнаке спремности да се оне до извесне мере толеришу када се употребљавају у превентивне сврхе. У Израелу, Врховни суд је 1999. године јасно одбацио употребу физичких мера у испитивањима, али је предвидео изузетак у случају такозваног сценарија темпиране бомбе (у којем употреба физичких мера може да буде *ex post* оправдана навођењем одбране у нужди као разлога).¹⁷ Ова одлука, донета пре 2001. године, годинама је представљала једини пример овог приступа. Међутим, каснија одлука британског Дома лордова могла би да покаже да израелски Врховни суд није усамљен случај. У чувеној одлуци у којој је Дом лордова одбацио могућност употребе доказа до којих су друге земље дошле путем тортуре, за потребе судског процеса у Британији, није одбачено мишљење да податке ове врсте могу употребити органи принуде како би спречили да бомба експлодира на јавном месту.¹⁸

Све већи степен прихватања превентивног приступа огледа се такође и у тенденцији да се у законе уносе нова кривична дела чији је циљ да се забране активности за које се сматра да доприносе ескалацији тероризма. Кривична дела ове врсте односе се на изазивање или подстрекивање терористичких акција, регрутовање терориста и обучавање терориста.¹⁹ Стога она излазе ван оквира традиционалног кривичног права, које је углавном било фокусирано на

the Home Department v. MB [2007] 3 WLR 681; *Secretary of State for the Home Department v. E* [2007] 3 WLR 720.

¹⁷ *Charkaoui v. Canada* (Minister of Citizenship and Immigration) (2007) SCC 9.

¹⁸ H.C.J. 5100/94 *The Public Committee Against Torture in Israel v. the Government of Israel* 53(4) PD 817.

¹⁹ *A v. Secretary of State for the Home Department* [2006] 2 AC 221.

штетне активности и обично није било вољно да криминализује пре-лиминарне фазе и припремне активности. Другим речима, такве законодавне иницијативе узимају феномен који је био на ивици кривичног права – кривично дело припреме и завере – и дају му централно место у спровођењу права у области анти-тероризма.

4. ЗАКОНИ О ТЕРОРИЗМУ: ТЕМА КОЈУ ТРЕБА ИЗБЕГАВАТИ ИЛИ ТЕМА О КОЈОЈ ТРЕБА РАСПРАВЉАТИ

Нова терористичка претња затекла је неспремне и међународно и национално право. Поставља се питање да ли ће правници одлучити да негирају постојање ове појаве или ће одлучити да се одупру новим изазовима које поставља нова реалност, прихватајући чак и ризик да оповргну претпоставке и принципе који су се до сада сматрали фундаменталним. У току овог процеса, не би требало правити уступке када је реч о људским правима, али важно је и препознати потребу да се преиспитају начини њихове примене у новонасталим приликама.

Dr Daphne Barak-Erez

Full Professor

School of Law, University of Tel Aviv

TERRORISM AND HUMAN RIGHTS: CHALLENGES TO THE FOUNDATIONS OF THE LEGAL ORDER

Summary

This paper deals with the challenge posed by contemporary terrorism. It investigates international and national initiatives aimed at combating terrorist activities. The author argues that, from the international perspective, terrorism is considered a threat because it signals that the new world order formed after the World War II is in danger. In that respect, the author claims that the Geneva Conventions from 1948 do not represent modern reality and as such are inadequate for the current conflicts with terrorist organizations. Also, the Additional Protocol to the Geneva Conventions from 1977 has failed to achieve universal acceptance, especially among those states engaged in terrorist related conflicts. Moreover, many newly adopted conventions on terrorism covers only specific terrorism-

related activities, and do not change the basic norms of law applicable in times of armed conflict. At the national level, the specific task concerns balancing human rights with government anti-terrorism actions. The author concludes that there is an urgent need to reconsider the application of both international and national laws, in the light of the new reality.

Key words: *Terrorism. – Geneva Conventions. – Israel. – Unlawful combatants. – Administrative detention.*

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, узмеђу 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 конфликата, 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 укоренењени 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 свде 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) para. 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. Drotzky* 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.*

УПУТСТВО ЗА АУТОРЕ

Текстови по правилу не треба да буду дужи од једног табака, куцани ћирилицом. Изузетно, максимални обим текстова је 1,5 табак. Један табак износи 16 страна од 28 редова са 66 знакова у реду, односно 28.800 знакова, фонт *Times New Roman* 12.

Текст намењен за рубрику „Чланци“ мора да на почетку садржи резиме с основним налазима рада, обима до 20 редова (апстракт) и до пет кључних речи, а на крају резиме (*summary*) истог обима и исти број кључних речи на енглеском језику. Цео рад, укључујући и резиме на страном језику, подлежу стручној лектури.

Наслов рада се пише на средини, великим словима – верзалом (фонт 14). Поднаслови се пишу на средини, великим словима (фонт 12) и нумеришу се арапским бројевима. Уколико поднаслов садржи више целина, оне са такође означавају арапским бројевима, и то: 1.1. – курентом, тј. малим обичним словима (фонт 12), 1.1.1. – малим италиком словима (фонт 12), итд. са мањим фонтом.

Радови се предају у штампаном и електронском облику.

Редакција задржава право да прилагођава рад општим правилима уређивања часописа и стандарду српског језика.

ПРАВИЛА ЦИТИРАЊА

1. **Књиге** се наводе на следећи начин: прво слово имена (после чега следи тачка) и презиме аутора, назив курзивом, место издања курентом – обично, година издања. Ако се наводи и број стране, он се пише без икаквих додатака (попут стр., р., pp., ff., dd. и слично). После места издања не ставља се зарез.

Уколико се наводи и издавач, пише се курентом – обично, пре места издања.

Навођење назива издавача није обавезно, али је пожељно.

Пример: М. Петровић, *Наука о финансијама*, Савремена администрација, Београд 1994, 35.

Уколико књига има више издања, може се навести број издања у суперскрипту (нпр. 1994³).

Уколико се упућује на фусноту, после броја стране пише се скраћеница „фн.“.

Пример: М. Петровић, *Наука о финансијама*, Београд 1994, 35 фн. 3.

Уколико се у књизи помиње више места где је издата, наводе се прва два раздвојена цртицом.

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

2. **Чланци** се наводе на следећи начин: прво слово имена (са тачком) и презиме аутора, назив чланка курентом – обично под наводницама, назив часописа (новина или друге периодике) курзивом, број и годиште, број стране без икаквих додатака (као и код цитирања књига).

Уколико је назив часописа дуг, приликом првог цитирања у загради се наводи скраћеница под којом ће се периодика надаље појављивати.

Пример: М. Петровић, „Ефекти посредног опорезивања“, *Анали Правног факултета у Београду (Анали ПФБ)* 3/1995, 65.

3. Уколико постоји више аутора књиге или чланка (до три), раздвајају се зарезом.

Пример: М. Петровић, М. Поповић, В. Илић,

Уколико се цитира књига или чланак са више од три аутора, наводи се прво слово имена и презиме само првог од њих, уз додавање скраћенице речи *et alia* (*et al.*) курзивом.

Пример: М. Петровић *et al.*,

4. Уколико се у раду цитира само један текст одређеног аутора, код поновљеног цитирања тог текста, после првог слова имена и презимена аутора, следи само број стране и тачка (без додатака *op. cit.*, нав. дело и сл.).

Пример: М. Петровић, 53.

Уколико се цитира више радова истог аутора, било књига или чланака, а пошто је први пут назив сваког рада наведен у пуном облику, после првог слова имена и презимена аутора, ставља се у загради година издања књиге или чланка. Уколико исте године аутор има

више објављених радова који се цитирају, уз годину се додају латинична слова a, b, c, d, итд., после чега следи само број стране.

Пример: М. Петровић (1995а), 67.

5. Уколико се цитира текст са више страна које су тачно одређене, оне се раздвајају цртицом, после чега следи тачка. Уколико се цитира више страна које се не одређују тачно, после броја који означава прву страну наводи се „и даље“ с тачком на крају.

Пример: М. Петровић, 53–67.

Пример: М. Петровић (1995а), 53 и даље.

6. Уколико се цитира податак с исте стране из истог дела као у претходној фусноти, користи се латинична скраћеница за *ibidem* у курзиву, с тачком на крају (без навођења презимена и имена аутора).

Пример: *Ibid.*

Уколико се цитира податак из истог дела као у претходној фусноти, али с различите стране, користи се латинична скраћеница *ibid*, наводи се одговарајућа страна и ставља тачка на крају.

Пример: *Ibid.*, 69.

Када се цитира чланак у зборнику радова на енглеском или другом страном језику, после назива зборника који је писан италиком, у загради се наводе имена уредника. Уколико их је више ставља се назнака „eds.“ пре њихових имена, а ако је само један уредник, назнака пре његовог имена је „ed.“, односно одговарајућа скраћеница у другом језику (нпр. у немачком „Hrsg.“). Када се цитира чланак у зборнику радова на српском или другом језику овог говорног подручја, после назива зборника који је писан италиком, у загради се наводи име или имена уредника са знакомом „ур.“ пре имена.

Пример: А. Buchanan, „Liberalism and Group Rights“, *Essays in Honour of Joel Feinberg* (eds. J. L. Coleman, A. Buchanan), Cambridge University Press, Cambridge 1994, 1–15.

7. **Прописи** се наводе пуним називом у куренту – обично, потом се курзивом наводи гласило у коме је пропис објављен, а после зареза број и година објављивања, поново у куренту – обично.

Уколико ће се поменути закон цитирати и касније, приликом првог помињања после црте наводи се скраћеница под којом ће се пропис даље појављивати.

Пример: Закон о облигационим односима – ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78 или Закон о извршном поступку – ЗИП, *Службени гласник РС*, бр. 125/04.

Уколико је пропис измењиван и допуњаван, наводе се сукцесивно бројеви и године објављивања измена и допуна.

Пример: Закон о основама система васпитања и образовања, *Службени гласник РС*, бр. 62/03, 64/03, 58/04 и 62/04.

8. Члан, став и тачка прописа означава се скраћеницама чл., ст. и тач., а иза последњег броја се не ставља тачка.

Пример: чл. 5, ст. 2, тач. 3 или чл. 5, 6, 9 и 10 или чл. 4–12, итд.

9. Навођење судских одлука треба да садржи што потпуније податке (врста и број одлуке, датум када је донесена, публикација у којој је евентуално објављена).

10. Латинске и друге стране речи, интернет адресе и сл. се пишу курзивом.

11. Цитирање текстова с интернета треба да садржи назив цитираног текста, адресу интернет странице исписану италиком и датум приступа страници.

Пример: European Commission for Democracy through Law, Opinion on the Constitution of Serbia, [http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD\(2007\)004-e.asp](http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp), 24. мај 2007.

12. Инострана имена се транскрибују на ћирилици на српском језику како се изговарају, а приликом првог помињања у тексту њихово презиме се наводи у загради у изворном облику на страном језику курзивом, нпр. Годме (*Gaudemet*).

13. За „видети“ користи се скраћеница „Вид.“, а за „упоредити“ се користи скраћеница „Упор.“

TABLE OF CONTENTS

Miodrag A. Jovanović, Ivana Krstić, Human Rights in the 21 st Century: between Crisis and a New Beginning-----	3
Ian Brownlie, The Politics of Human Rights in Relation to the Rule of Law-----	14
Abdullahi Ahmed An-Na'im, Universality of Human Rights: Mediating Paradox to Enhance Practice-----	23
Anne van Aaken, Balancing of Human Rights – Constitutional Interpretation in International Law-----	50
Jasminka Hasanbegović, Human Rights Culture and/or Human Rights Ideology – Rhetorics and Realities-----	81
Thomas Fleiner, The Independence of the Judiciary-----	93
Dragoljub Popović, Autonomous Concepts of the European Human Rights Law-----	121
Aleksandar Gajić, International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia – Human Rights Perspective-----	138
Patrick Thornberry, 'Bringing the Victims to Light' under the International Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination-----	156
Matthias Hartwig, Human Rights in Times of War-----	186
Daphne Barak-Erez, Terrorism and Human Rights: Challenges to the Foundations of the Legal Order-----	206
Henk Botha, Human Dignity: Constitutional Right, Absolute Ideal, or Contested Value?-----	216
Instructions to Authors-----	236

Посебан број *Анала* који је посвећен 60-огодишњици од усвајања Универзалне декларације, најважнијем међународном инструменту из области људских права, посвећен је истовремено и британском професору Јану Браунлију (Ian Brownlie), који је трагично изгубио живот неколико дана пред излазак из штампе овог броја. Браунлијев рад „Политика људских права у односу на владавину права“ представља један од уводних радова, у којем аутор у свом препознатљивом стилу, оштро критикује актуелну међународну политику у контексту коришћења људских права као средства за хегемонистичку интервенцију и примену дуплих стандарда и упозорава на ту чињеницу, тражећи од великих сила да више поштују принцип владавине права.

Јан Браунли је своје знање и искуство демонстрирао као практичар у великом броју спорова пред домаћим судовима, али и пред Међународним судом правде, Европским судом правде, Европским судом за људска права и бројним арбитражама. Заступао је и једну од најпознатијих међународних невладиних организација, Амнести Интернешнел (Amnesty International) у случају екстрадиције чилеанског диктатора Пиночеа пред енглеским судовима 1999. године. Истовремено, био је и водећи теоретичар међународног права, који је током своје дугогодишње каријере предавао на универзитету у Лидсу (Leeds), Лондону (London School of Economics), Нотингему (Nottingham) и Оксфорду (Oxford). Одувек на страни правде и правичности, Браунли је био један од ретких међународних правника који је отворено критиковао нелегални напад НАТО-а на тадашњу СРЈ 1999. године, а узео је учешће и у правном тиму Србије у спору *Босна и Херцеговина против Србије* пред Међународним судом правде.

У његовој биографији остаће забележено да је био саветник америчког председника Џимија Картера (Jimmy Carter) током кризе иранских талаца 1979. године, као и да је био члан Комисије за међународно право Уједињених нација од 1997. године до 2008. године. Године 2006, добио је награду Волфганг Фридман (Wolfgang Friedmann) за животно дело из области међународног права, а британска краљица одликовала га је 2009. године титулом витеза.

Браунли је несумњиво сматран водећим ауторитетом из области међународног права и људских права. Иза себе је оставио велики број монографија и чланака, а његова књига *Принципи међународног права* (*Principles of International Law*) сматра се азбуком међународног права. Његов одлазак представља велики губитак за све искрене поштоваоце међународно-правне теорије. Браунли је био скроман човек, иако аутор велике интелектуалне моћи, непоколебљивог духа и маестралне виртуозности у писању, интелектуалац који је врсно познавао и оштро критиковао актуелно стање у међународној политици.

Поносни смо што смо имали прилике да га угостимо на нашем Факултету и што објављујемо један од његових последњих радова, без којег би овај број *Анала* био знатно сиромашнији.

CIP – Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд

34 (497.11)

АНАЛИ Правног факултета у Београду : часопис
за правне и друштвене науке = Annals of the Faculty of
Law in Belgrade : Journal of Legal and Social Sciences /
главни и одговорни уредник Сима Аврамовић. – Год. 1,
бр. 1 (1953) – . – Београд : Правни факултет, 1953–
(Београд : Досије студио). – 24 cm

Тромесечно. – Од No. 3 (2009) издање на енглеском
језику излази као трећи број српског издања. –

Преузео је: Annals of the Faculty of Law in Belgrade =
ISSN 1452-6557

ISSN 0003-2565 = Анали Правног факултета у Београду
COBISS.SR-ID 6016514