

Др Виолета Беширевић*

Abuse: The Dark Side of Fundamental Rights (ed. András Sajó),
Eleven International Publishing, Utrecht 2006, стр. 327.

Шта је заједничко у новинарским извештајима о боравку неког Палестинца шест година у израелском затвору без подигнуте оптужнице и суђења, „куповини“ избора у Мексику, увођењу обавезе плаћања школарине у свим средњим школама у Великој Британији, суђењу неком Кенијцу због тога што је претукао своју супругу и инциденту у турском парламенту изазваном белом марамом госпође Кавакци коју је имала на глави кад је као нови члан парламента приступила полагању заклетве? Не морате бити правник па да врло брзо закључите да је реч о проблемима који се у свету у коме живимо повезују са институцијом људских права.

На чињеницу да се правна традиција углавном своди на говор о основним правима, а да се највећи део судске праксе односи на одлуке поводом жалби због кршења индивидуалних права, први је, не без изненађења, указао Алексис де Токвил (*Alexis de Tocqueville*) још 1830-тих, након својих краћих боравака у САД.¹ Оно што је Токвил тада забележио као својеврстан куриозитет, данас је постала уобичајена пракса карактеристична не само за понеку правну традицију, него за савремене уставне демократије као и за, у међувремену у великој мери профилисан, међународни правни поредак. Речју, како је то већ примећено, људска права постала су *lingua franca* савременог доба.

Ако се изузму критике које долазе од диктатора, верских вођа, таблоидне штампе као и свих оних који у правима виде главног кривца за ерозију морала, породице и културе, императив „говора права“ суштински је ретко довођен у питање. Изузеци, наравно, постоје. Феминисткиње, на пример, истичу да је право на слободу изража-

* Аутор је доцент и продекан за науку Правног факултета Универзитета Унион у Београду.

¹ V. A. Tocqueville, *Democracy in America*, (енгл. превод G. Lawrence), Doubleday Anchor, New York 1969.

вања довело до понижавања и злоупотребе жена у порнографске сврхе. Модел друштва у коме су права императив оштро су критиковали следбеници некада постојећих школа у САД – Критичке правне студије (*Critical Legal Studies*) и Критичке теорије расе (*Critical Race Theory*). Приговори ових школа, које су имале исте полазне основе, о томе да су права неодређена, затворена за контрааргументе, искључива у односу на друге вредности, сувише индивидуалистичка, неосетљива на социјалне и моралне проблеме, амбивалента у односу на питање одговорности, могу се свести на један: права су, тврдили су присталице ових школа, у суштини недемократска. Међу теоретичарима, свакако је најпознатија критика „говора права“ у политичком животу САД харвардске професорке Мери Ен Глендон (*Mary Ann Glendon*). Глендонова, позната као конзервативна и критички настројена промотерка права, оптужила је доминатни дискурс грађанских и политичких права за атрофирање политичког живота у САД, потискивање јавне дискусије о друштвеним вредностима и интересима у други план и спречавање постизања компромиса око најважнијих питања у друштву.²

Иако се „империјалистички“ концепт основних људских и мањинских права ретко доводи у питање, то не значи да права, нарочито њихова примена, нису предмет многобројних расправа. О питањима садржине права са аспекта универзалности односно културне различитости, „сукоба“ права гарантованих у истом правном тексту, граница судског тумачења, позитивне дискриминације, карактера социјалних, економских и културних права, групе као уживаоца права, воде се константне полемике не само међу противницима, већ и међу поборницима људских и мањинских права.

Таман кад смо помислили да су сва контроверзна питања одавно исцрпљена, професор Андраш Шајо (*András Sajó*), конституционалиста светског угледа, шеф Катедре за компаративно уставно право на Централноевропском универзитету у Будимпешти и недавно именовани судија Европског суда за људска права, испровоцирао је још једну расправу, тврдећи да је установа приватног права – злоупотреба права – примењива и у јавном праву, циљајући ту, пре свега, на уставно право. Оно на шта Шајо циља није уврежено схватање да злоупотреба људских права представља случајеве у којима државни органи крше основна права простим порицањем постојања права, нити коришћење права у сврху напада на идеје демократије. Оно што

² M. A. Glendon, *Rights Talk: The Impoverishment of Political Discourse*, The Free Press, New York 1991. Након ове књиге, Глендонова је написала књигу о Универзалној декларацији о људским правима у којој је пружиала недвосмислену подршку концепту и циљевима ове декларације, в. M. A. Glendon, *A World Made New: Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights*, Random House, New York 2001.

је предмет његовог поимања злоупотребе основних права је чињеница да се, чак и у демократским државама, они који врше власт или имају јавна овлашћења као и уживаоци основних грађанских права и слобода, позивају на та права и на начело владавине права на начине који крше основна права других. Другим речима, позајмљујући концепт грађанског права, Шајо покушава да се „обрачуна“ с „тамном“ страном основних, уставом загарантованих права и слобода,³ која по његовом мишљењу проистиче из чињенице да уставно право све више задира у приватне односе, у којима су основна права углавном остављена без заштите.

Питање о томе да ли је установа злоупотребе права примењива у уставном праву било је предмет расправе на тринестој по реду конференцији „Појединац против државе“, одржаној 2005. године у Будимпешти, која се иначе, са различитом тематиком, одржава сваке године на Правним студијама Централноевропског универзитета. Зборник радова о којем је реч резултат је те расправе. У наставку овог приказа, укратко ћемо сагледати аргументе Андраша Шаје изнете у прилогу овог зборника (који има 70 страна), као и одговоре других аутора на питање о томе да ли су компатибилни јавно право, пре свега уставно право и злоупотреба права, као установа приватног права.

Шта, у ствари, Шајо тврди? Иако наводи да постоје различити историјскоправни и упоредно правни концепти злоупотребе права и различита мишљења савремених аутора у односу на дефинисање овог концепта,⁴ корене данашње идеје злоупотребе права он везује за другу половину 19. века и реакцију континенталног приватног права на апсолутистичку природу либералног индивидуализма оличеног, на пример, у Наполеоновом грађанском законнику.⁵ Након кратке шетње кроз упоредно право, Шајо сумира општеприхваћене услове који морају бити испуњени да би се нека појава могла окарактерисати као злоупотреба права: прво, вршење права мора да има за последицу неку врсту штете (често имовинске), и друго, многа национална законодавства траже и постојање намере шкођења.

Полазећи од чувених Волтерових речи „да се право које се пружа предалеко претвара у неправду“, Шајо потом истиче да је апсолутистичка природа субјективних права постала друштвено иритирајућа и занимљива за правну науку тек када се схватило да је центрација (економске) власти главни друштвени проблем. На моћ

³ Предмет расправе су права тзв. прве генерације односно грађанска и политичка права.

⁴ За свеобухватну расправу о историјским и савременим схватањима концепта злоупотребе права, укључујући и расправу о улози и карактеру овог института у нашем правном систему, в. В. Водинелић, *Такозвана злоупотреба права*, Номос, Београд 1997.

⁵ В. чл. 544 наведеног Законика.

титулара грађанских права почело се гледати као на привилегију подложну злоупотреби. Да би се ограничила та моћ, правна наука је у тренутку класичног либерализма утврдила критеријуме за индетификовање ситуација злоупотребе права и правно их санкционисала. Управо због тога што уставно право има за предмет монопол власти *par excellence*, очигледно је, тврди Шајо, да је, и поред оправданих критика изречених на рачун доктрине о злоупотреби права, таква доктрина потребна и у уставном праву. Прво, истиче он, модерни уставни системи у великој мери су реакција на злоупотребу власти од државе, а на штету појединца. Као и у историјском тренутку индивидуалног либерализма, и у тренутку рађања савремених уставних демократија, било је још једном потребно прогласити да је индивидуална слобода сама по себи циљ. Друго, по мишљењу овог конституционалисте, време у којем живимо умногоме подсећа на период класичног либерализма и апсолутних права, с обзиром на то да се проблеми у друштву углавном решавају уз помоћ институције основних права. Овога пута су основна, уставом загарантована права та којима се може приписати апсолутистички карактер, у смислу да представљају предуслов за достизање слободе у односу на државну власт. И треће, сама неодређеност права, као и основних начела која су такође неодређени концепти, а који играју велику улогу у уставном праву, захтевају увођење овакве доктрине у уставно право. Треба, међутим, нагласити да се овај аутор противи употреби оног концепта злоупотребе права у грађанском праву који се ослања на право и његову функцију у друштву. Директна примена таквог концепта злоупотребе у уставном праву је незамислива – уставом гарантована основу грађанска и политичка права не темеље се на друштвеним разлозима већ су изнад њих: на пример, слобода говора односи се на право говорника а не на право публике да буде информисана.⁶

Који су онда сценарији злоупотребе права у уставном праву на које Шајо алудира? Простор за злоупотребу он, пре свега, види у могућности коришћења једног права или слободе на штету права или слобода других или на штету неког уставом гарантованог интереса. Реч је, у суштини, о „хоризонталним“ ефектима уставних норми односно примени тзв. *state action* доктрине, која има циљ да заштити приватне странке од одговорности за радњу за коју иначе може бити одговорна само држава.⁷ У прилог својој тврдњи наводи примере

⁶ С тим у вези је и став овог аутора да је пракса Европског суда за људска права сузила заштиту слободе изражавања у мери у којој овај суд подржава ограничења која се односе на рад средстава за масовно комуницирање а за која је овај суд нашао да су неопходна у демократском друштву.

⁷ Према овој доктрини, послодавац, на пример, неће бити одговоран зато што је свом запосленом ограничио права на слободу говора или слободу удрживања, нити ће одговарати родитељ који је ограничио свом детету слободу кретања, као ни закупац који своје подстанаре бира на основу расе. Да би се за овакве радње одгова-

проблематичног уживања слободе религије, говора (изван контекста милитантне демократије), удруживања, као и права на једнакост. Осим у случају тзв „хоризанталних“ ефеката у коришћењу неког права који могу довести до злоупотребе, овај аутор указује и на институционалну злоупотребу, којој су пре свега склони судови у поступку оцењивања уставности законодавних аката. Шта је, пита се Шајо, ако не злоупотреба права – одлука Уставног суда Мађарске у којој је овај суд заузео став да повраћај црквене имовине верским заједницама није недозвољена дискриминација на штету других правних лица која нису имала право на повраћај конфисковане имовине у природи, с објашњењем да је повраћај у интересу уживања уставом гарантоване слободе вероисповести.⁸

У одговору на Шајове тврдње многи би подсетили на то да се, традиционално, проблеми у вези са чињеницом да је већина основних права неодређена, решавају кроз стандардне категорије сукоба права, сукоба права и јавног поретка, позивањем на дозвољена ограничења основних права кроз процес тумачења ограничавајућих клаузула (тзв. балансирање и „мерење“ пропорционалности) или алтернативно позивањем на уграђена (инхерентна) ограничења самог концепта неког права (ограничења *per definitionem*). Мишљења других аутора зборника о којем је реч такође се разикују.

Већина аутора сложила се са тврдњама Андраша Шаје да је позивање на основна права у одређеним ситуацијама неправилно и неприхватљиво, да изазива забрињавајуће последице, као и да је суочавање с том чињеницом неопходно за ефикасно и праведно функционисање уставног система. Мишљења су, међутим, подељена о томе да ли се у таквим ситуацијама може говорити о: (а) злоупотреби права у смислу доктрине приватног права (као што то заговарају Шајо и *Gianluigi Palombella*); (б) погрешној примени а не злоупотреби права (*Alexander Somek*); (ц) класичном „сукобу“ између фундаменталних права (*Matthias Mahlmann* и *Alexander Somek*); или (д) злоупотреби чији је извор судар политичких идеја односно противречности у политичком поретку (*Lester Mazor*, *Sanford Levinson*, *Patrick Macklem* и донекле *José, E. Alvarez*). По некима, извор неправилне и неприхватљиве употребе права је сама неодређена природа основних права (*Lester Mazor* и *Wiktor Osiatynski*), што је аргумент који нас враћа на већ поменућу школу Критичких правних студија и

рало у смислу повреда уставних права, потребна је директна или ближа веза са државним органом тј. његовом радњом. Опширније о томе в. N. Dorsen, M. Rosenfeld, A. Sajó, S. Baer, *Comparative Constitutionalism*, West Group, St. Paul, MN 2003, 836–839.

⁸ Одлука Уставног суда Р. Мађарске, 4/1993 (II.12) АБ хат. Треба знати да је одлука директно погодила родитеље и децу која су похађала оне државне школе којима су враћени верски елементи.

њено учење. Додаћу овде да неки сматрају да је општи концепт злоупотребе права немогућ, а поготово да је немогуће говорити о таквом концепту који би био својствен уставном праву (*Lidija Basta-Fleiner*), док су према примени ове доктрине у уставном праву нарочито критички настројени аутори прилога у овом зборнику који долазе из земаља обичајног правног система (*Walter J. Walsh* и *Lester Mazor*).

С друге стране, *Martin Kryger* с правом подсећа на то да је питање које је предмет расправе тесно повезано са принципом владавине права, а да је због чињенице да се друштва у којима живимо умногоме разликују, немогуће дати универзалну дефиницију тог принципа. Због тога се, по његовом мишљењу, питања злоупотребе основних права и злоупотребе принципа владавине права мора разматрати у контексту, што у овом зборнику чини *Zdeněk Kühn* анализирајући одлуке пољских судова донете на почетку комунистичке диктатуре, као и *Gianluigi Palombella*, који очигледну чињеницу чини још очигледнијом у делу свог текста у којем анализира злоупотребу принципа владавине права од судова САД у вези са догађајима у Гвантанамо Беју (*Guantanamo Bay*). И кад је већ поменут Гвантанамо Беј, два одлична прилога у овом зборнику, прилог Хозе Алвареза и прилог Сенфорда Левинсона, говоре о злоупотреби основних права у контексту безбедности. Алварез своју дискусију смешта у оквире међународног права, откривајући нам другу (тамну) страну борбе Уједињених нација против тероризма. О истом проблему, а по мом схватању лажној дилеми – основна права или безбедност – говори и Левинсон али у оквирима права САД: осврћући се на контраверзна овлашћења председника Буша у време ванредног стања, он алудира на чињеницу да устав више није оно што судије кажу да јесте, него је устав оно што каже председник као врховни командант. Али, као што сам већ истакла, Левинсон ову чињеницу не назива злоупотребом права нити је третира у оквиру било ког другог правног стандарда, већ је посматра у контексту „високе“ политике и назива је злоупотребом у сврху партијских интереса.

Постоје ли неки преседани који ипак указују на постојање института забране злоупотребе права у јавном праву? Када говоримо о забрани злоупотребе права треба имати на уму да је, изван приватног права, ово начело дубоко утемељено у међународном праву, почевши од Универзалне декларације о људским правима па до Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, с тим што се његова улога и значење разликују у односу на значење и улогу коју овај институт има у приватном праву. Из Шајиног прилога у овом зборнику сазнаћете и то да је забрана злоупотреба права у Јапану уставно начело које нема одлике концепта милитантне демокра-

тије, већ одлике начела приватног права, с тим што се за постојање злоупотребе не тражи намера да се дугоме нанесе штета – довољно је да само уживање права неоправдано повређује права других. Ипак, треба имати на уму да се у Јапану основна права не штите зато што чине централни део живота сваког појединца, већ зато што имају друштвену функцију: чл. 12. Устава Јапана прописује да се основна права користе у сврху јавне добробити тј. благостања. Коначно, ту је пример из много ближе правне културе. Наиме, читаоцима у Србији, као и онима којима је блиска правна традиција бивше Југославије, уставно начело злоупотребе основних слобода и права свакако је познато, мада је цео концепт који је стајао иза овог начела у најмању руку био недоречен, а као такав је и отишао у правну историју.⁹ У недостатку озбиљне уставне праксе, тешко је рећи да ли је ово, сада већ бивше уставно начело, представљало концепт који се могао активирати у случајевима укидања права или је био једна од мера милитантне демократије чија је сврха била спречавања напада на демократске принципе или је имао циљ да забрани уживање права на штету права других. Како је приликом усвајања новог устава Републике Србије изостала јавна расправа, мало знамо о разлозима за изостављање овог начела у важећем уставном тексту. Један од могућих разлога је чињеница да се у условима крхе демократије као што је наша ово начело и само могло злоупотребити и то баш у сврху негирања, укидања или снижавања нивоа у заштити основних слобода и права.

На крају, постоје два основна разлога зашто читати ову књигу. Прво, питање контрадикторности у гарантовању и остваривању основних права и слобода недовољно је расветљено у нашој правној доктрини, док је у пракси готово потпуно занемарено. Разлог је свакако чињеница што смо или потпуно били лишени права или смо живели у друштву утемљеном на квазиправима, па су се због тога поборници људских права (с правом) више бавили њиховом афирмацијом него комплексностима које се јављају у њиховој имплементацији. У овом смислу, зборник радова под називом *Злоупотреба: тамна страна људских права*, који је уредио Андраш Шајо, добар је водич кроз проблеме у вези са применом и остваривањем основних слобода и права. Друго, без обзира на то какав став неко има према кохерентности основне тезе понуђене у овој књизи, књига нуди занимљиву правну расправу о питању да ли се одређене комплексности основних права и слобода могу избећи и отклонити применом стандардних института и мера уставног права или је ипак у ту свр-

⁹ В. чл. 67. ст. 3. Устава СРЈ (*Службени лист СРЈ*, бр. 1/92), чл. 12. ст. 3. Устава Републике Србије из 1990. године (*Службени гласник РС*, бр. 1/90) и чл. 16. ст. 3. Устава Републике Црне Горе из 1992. године (*Службени лист РЦГ*, бр. 48/92).

ху непоходно „завирити“ у приватно право. Сигурно је да ће читаоци препознати многе спорне ситуације представљене у прилозима аутора који потичу из различитих правних традиција, а како ћемо их назвати – о томе можемо водити нове расправе.