

Miodrag Jovanović

*Pravni fakultet
Univerzitet u Beogradu
miodrag@ius.ac.bg.rs*

Društveni identitet i pravni subjektivitet – kolektiviteti kao subjekti prava?*

Apstrakt: Ovaj rad nastoji da pokaže da pravnoteorijsku obradu pitanja koje se tiče promovisanja izvesnih kolektivnih entiteta u status titulara prava nije moguće na zadovoljavajući način izvršiti unutar metodoloških obrazaca bilo Hartove analitičke jurisprudencije, bilo Kelzenove Čiste teorije prava. Pokazuje se da je pitanje konceptualizacije kolektivnih prava u dobroj meri pitanje opravdavanja, a ne pukog analiziranja ili opisanja. U tom smislu, ovaj rad je fokusiran na rasvetljavanje različitih aspekata problema pravnog oblikovanja društvenog identiteta relevantnih kolektiviteta u svrhu konstrukcije pravnog subjektiviteta. U prvom delu se u kratkim crtama pokazuje da je pitanje pravnog subjektiviteta generalni problem sa kojim se suočava pravna teorija i da, otuda, nema ničeg specifično novog u vezi sa kolektivitetima kao potencijalnim titularima prava. Drugi deo rada posvećen je detaljnijem razmatranju društvene i pravne "konstrukcije različitosti", na kojem je zasnovan koncept kolektivnih prava. Krajnji zaključak je da pravna teorija kolektivnih prava ove zadatke teško može obaviti bez oslona na metodološki aparat kako sociološke, tako i antropoloških disciplina.

Ključne reči: kolektivni entiteti kao subjekti prava, pravno oblikovanje društvenog identiteta, društvena i pravna konstrukcija različitosti

Uvod

U savremenoj pravnoj teoriji, pogotovo onoj anglo-američkoj, dominantni su zastupnici analitičke jurisprudencije, koji najvećma slede osnovne postavke učenja Herberta Harta. Uz sve ono što ih međusobno razlikuje¹, pobornici ove teorije su složni u uverenju da pravna teorija treba da ostane moralno neutralna i da se uzdrži od opravdavanja koncepata koje proučava (Hart 1994, 240).

* Ovaj rad je urađen u okviru istraživanja na projektu *Razvoj pravnog sistema Srbije i harmonizacija sa pravom Evropske Unije – Pravni, ekonomski, politički i sociološki aspekt*.

¹ Jedno od važnih pitanja na kojem se lome koplja tiče se pitanja da li vrednosni sudovi imaju ikakvu ulogu u analitičkoj jurisprudenciji. Vidi: Dickson (2004).

Ukratko, "zadatak analitičke jurisprudencije je da *opisuje* pravni poredak u filozofskim terminima, a ne da ga *vrednuje*" (Coyle 2005, 16). Na sličan način razmišljaju i sledbenici Kelzenove Čiste teorije prava (*Reinerechtslehre*), koji teže da zasnuju pravnu nauku, a "nauka treba da opiše svoj predmet onakav kakav je on stvarno, a ne da propiše kakav treba ili ne treba da bude s gledišta nekog specifičnog suda vrednosti" (Kelzen 1951, 13).²

Problem sa ovim pristupima uočava se kada se u pravne sisteme uvode potpuno novi pojmovi koje je potrebno pravnoteorijski konceptualizovati. Takav jedan nov pojam jesu 'kolektivna prava'. I međunarodnopravni instrumenti, kao i instrumenti unutrašnjeg prava, sve češće operišu ovim pojmom³, ili, ako ga izričito ne pominju, onda usvajaju jezičke formulacije koje ostavljaju prostora za tumačenja po kojem su titulari izvesnih prava kolektiviteti, odnosno grupe.⁴ Pitanja koja, pri tom, iskrsavaju po svojoj prirodi su takva da ostaju izvan domašaja i analitičke jurisprudencije i Čiste teorije prava, a zahtevaju odgovor pravne teorije. Recimo, da li kolektiviteti predstavljaju entitete koji poseduju potrebna svojstva da uopšte budu nosioci prava? Ako i poseduju, da li se isti efekat ne može postići preko individualnih prava pripadnika grupe? Ako to, ipak, nije moguće, šta je kriterijum na osnovu kojeg neko pravo definišemo kao "kolektivno"? U kakvom odnosu su kolektivna prava prema individualnim pravima kako ne-članova, tako i članova grupe? Po čemu se kolektiviteti kao titulari prava razlikuju od druga dva tradicionalna subjekta prava – fizičkih i pravnih lica?

Čini se, stoga, da pri pravnoteorijskoj konceptualizaciji "kolektivnih prava" ključno pitanje "nije da li ova prava 'postoje'", već "da li *treba* da postoje" (Galenkamp 1991, 293). To je pitanje koje se tiče ne samo pravno-filozofskog opravdanja koncepta⁵, već i njegove prethodne pravnoteorijske obrade koja ne može u potpunosti biti prepuštena slobodnoj normotvoračkoj delatnosti. Ovaj

² O razlikama između ova dva pravca pravnog pozitivizma, vidi: Kelsen (1941-42).

³ Ustav Srbije iz 2006. godine ne samo da poznaje pojam "kolektivnih prava", već je i jedini ustavni dokument na svetu koji nastoji da ga definiše. O tome više u: Jovanović (2009).

⁴ Neretko se, recimo, u međunarodnopravnim instrumentima govori o pravu pripadnika određenih grupa da svoja prava vrše "u zajednici sa drugima", što izaziva nedoumice da li je tu reč o "kolektivnim pravima". U Izveštaju-objašnjenju (*Explanatory Report*) *Okvirne konvencije za zaštitu nacionalnih manjina* se povodom upotrebe te formulacije u članu 3 (2) napominje da se "mogućnost zajedničkog vršenja ovih prava i sloboda ... razlikuje od pojma kolektivnih prava", premda se ovaj potonji koncept dalje ne definiše. *Framework Convention for the Protection of National Minorities – Explanatory Report*, ETS no. 157, tačka 37.

⁵ Na drugom mestu sam detaljnije zastupao tezu da koncept kolektivnih prava dobija svoj puni smisao tek ako se zasnuje na poziciji "vrednosnog kolektivizma" (v. Jovanović 2008a, 89-107).

rad će biti posvećen prevashodno ovom potonjem problemu. Pri tom, u prvom delu će u kratkim crtama biti pokazano da je pitanje pravnog subjektiviteta generalni problem sa kojim se suočava pravna teorija i da, otuda, nema ničeg specifično novog u vezi sa kolektivitetima kao potencijalnim titularima prava. Drugi deo rada biće posvećen detaljnijem razmatranju društvene i pravne "konstrukcije različitosti", bez koje nema ni samog koncepta kolektivnih prava. Tom prilikom biće pokazano da pravna teorija ove zadatke teško da može obaviti bez oslonca na metodološki aparat kako sociološke, tako i antropoloških discipline.

"Pravni subjektivitet" – permanentni pravnoteorijski problem

Jedna od velikih ironija, ako ne i tragičan nedostatak pravne teorije jeste da nakon više vekova razvitka još uvek ne barata preciznim kriterijumima za utvrđivanje pravnog subjektiviteta titulara prava.⁶ U građanskom i krivičnom pravu, ovo pitanje se prevashodno svodi na problem utvrđivanja trenutka u kojem će se fetusu priznati pravni status, jer "ako fetusi nisu 'lica', onda se ne primenjuje dužnost pažnje i majka može postupati sa fetusom kao što bi postupala sa sopstvenim telom" (Losco 1989, 268). U kompanijskom pravu, akcenat je na pitanju u kojoj se meri za priznati pravni entitet može reći da poseduje zasebnu egzistenciju, nezavisnu i različitu od svojih članova i akcionara.⁷ Ovo pitanje je pretežno motivisano nastojanjem pravnih sistema da spreče zloupotrebu korporativnog subjektiviteta u cilju nedozvoljenog ponašanja, izbegavanja odgovornosti ili neispunjavanja poreskih obaveza.⁸ Najzad, u među-

⁶ O aktuelnim raspravama na ovu temu u nemačkoj pravnoj teoriji, koje u važnim crtama slede linije devetnaestovekovnog doktrinarnog sukobljavanja, više u: Kirste (2001).

⁷ Još sredinom 1980-ih, Den-Koen je pisao da je "[i]deja da akcionari poseduju kompaniju izgubila mnogo na svojoj kredibilnosti." Naime, "značaj individualnih akcionara za kompaniju sve je manji, čak i u njihovom svojsvu investitora", utoliko što je "značajan udeo investicionih fondova koji su dostupni velikim kompanijama ili samogenerisan ili pribavljen od strane institucionalnih investitora kakvi su banke, investicione kompanije, osiguravajuće kompanije i penzioni fondovi." U isto vreme, "akcionari, takođe, postaju sve manje vezani za određenu kompaniju. U skladu sa preporukama teorije portfolija, verovatnije je da će udeli investitora biti diverzifikovani na mnogo kompanija." Otuda se "kompanija ne može više identifikovati sa jednom homogenom grupom pojedinaca" (Dan-Cohen 1986, 18-19).

⁸ U tom smislu, mnogi pravni sistemi poznaju institut "probijanja vela". Moglo bi se reći da danas "[p]robijanje vela jeste najčešće korišćena doktrina kompanijskog prava za odlučivanje kada će akcionar ili akcionari biti odgovorni za obaveze kompanije" (Strasser 2005, 637).

narodnom javnom pravu, debata se još uvek vodi u vezi sa nužnim uslovima za sticanje statusa države, koja je i dalje ključni pravni subjekt ovog pravnog sistema (v. Carty 2007, posebno Ch. 3, "International Legal Personality"). *Konvencija iz Montevidea*, iz 1933. godine, ostaje do današnjeg dana jedini međunarodnopravni instrument koji propisuje uslove za sticanje statusa države⁹, ali ono što je trajni problem međunarodnopravne prakse tiče se "zamađljivanja razlika između toga šta je potrebno da bi se postalo država i šta je potrebno da bi druge države priznale državu kao takvu" (Grant 1999, 445).

Imajući sve ovo na umu, problemi koji se javljaju u vezi sa konceptualizacijom zasebnog pravnog subjektiviteta relevantnih kolektivnih entiteta potvrđuju da je takvo stanje stvari pre pravilo, nego izuzetak u ovoj oblasti pravne teorije. Kao što sam na drugom mestu nastojao da to opširnije obrazložim, distinktivno obeležje kolektivnih prava tiče se pre svega prirode njihovih potencijalnih titulara (v. Jovanović 2005). Drugim rečima, "pojam 'grupno' u 'grupnim pravima' opisuje prirodu titulara prava." Stoga, grupno, odnosno kolektivno pravo jeste "pravo posedovano od strane grupe kao grupe, a ne zasebno od strane njenih članova" (Jones 2008). Ovde je reč o "*de facto*, pred-pravno egzistirajućim nesvodivim kolektivitetima, koji poseduju kolektivne interese" (Galenkamp 1991, 297).¹⁰ Za razliku od države, kompanije ili univerziteta, ove grupe predstavljaju "genuine kolektivitete" (Otfried 1999, 385), ali da bi postali pravni subjekti oni kao takvi moraju biti priznati od strane pravnog poretka. To, za uzvrat, u prvi plan stavlja problem "kako definisati granice kolektiviteta na ne-arbitraran i ne-prinudan način" (Kis 1996, note 6). S jedne strane, to je pitanje *pravne nomotehnike*, ali s druge strane, to je i pitanje koje nužno odslikava fundamentalne vrednosne stavove o statusu određenih grupa i njihovom odnosu sa pojedincima, kako članovima, tako i ne-članovima, i kao takvo poseduje potencijal da značajno preoblikuje svakodnevnu percepciju društvenog života relevantnih društvenih aktera. Šta više, način na koji će koncept titulara kolektivnih prava biti nomotehnički uobličen značajno će uticati na pravnu praksu, odnosno na potonje procese pravnog tumačenja i primene. Otuda, ovaj problem ne bi trebalo tretirati kao da pripada isključivom domenu normotvoračke delatnosti, već mu i pravna teorija mora posvetiti punu pažnju.

⁹ U članu 1 se kaže: "Država kao lice u međunarodnom pravu trebalo bi da poseduje sledeća obeležja:

(a) stalno stanovništvo; (b) definisanu teritoriju; (c) vladu; i (d) sposobnost da stupi u odnose sa drugim državama." 1933 *Montevideo Convention on the Rights and Duties of States*, stupila na snagu 26. decembra 1934.

¹⁰ Kao što to primećuje i Boshamerova, u slučaju ovih kolektiviteta, "ne postoje regulisane procedure prijema i izlaska, nema članskih karata, nema članarina" (Boshammer 2003, 122).

Društvena i pravna "konstrukcija različitosti"

Osnovna normativna pretpostavka svake priče o kolektivnim pravima tiče se priznanja jedinstvenosti grupne partikularnosti u odnosu na univerzalnost "istosti".¹¹ Stoga, svaki pokušaj da se konceptualizuje titular kolektivnih prava nužno predstavlja primer pravne konstrukcije različitosti relevantne grupe. U tom smislu, Hajnce sugerise da je u procesu "konstrukcije razlike" moguće uočiti tri koraka.¹² Prvi od njih jeste "priznanje drugih ljudi ili grupa kao takvih – kao drugačijih od svoje sopstvene, na osnovu, recimo, porekla, geografije, jezika, anatomije, religije ili običaja." Drugi korak "sastoji se u imenovanju razlike", dok se treći odnosi na "vrednovanje te razlike na način da joj se pripisuje normativni značaj."¹³ Ovaj poslednji korak može, međutim, biti dalje raščlanjen, utoliko što su normativni zaključci u korelativnom odnosu sa druga dva koraka – "Jedan normativni korelat je supremačizam, a drugi egalitarizam" (Heinze 1999, 35). Koristeći ovu shemu za testiranje međunarodnih dokumenata za zaštitu ljudskih prava, Hajnce zaključuje da je ona podložna još jednoj dodatnoj podeli, na "univerzalistički egalitarizam" (koji je, na primer, zastupljen u Univerzalnoj deklaraciji o ljudskim pravima) i "diferencijalistički egalitarizam" (koji je, na primer, zastupljen u Konvenciji o autohtonim i plemenskim narodima u nezavisnim državama). Dok se u prethodnom slučaju 'jednakost' razumeva na način da "nikakve razlike među narodima ne mogu opravdati različit tretman", dotle se u potonjem slučaju ona razume na način "da su razlike vredne i da mogu i treba da budu održavane na jednakim osnovama" (ibid, 36).

Hajnceova shema predstavlja pogodno metodološko sredstvo za pravnoteorijsku konceptualizaciju kolektivnih prava. Prvi korak priznanja različitih kolektiviteta pokazuje nam da se inicijalni problem tiče određivanja mogućih kandidata za status titulara kolektivnih prava. Naime, očigledno je da ne bi mogli svi društveno prepoznatljivi markeri grupnog pripadništva da budu jed-

¹¹ Može se reći da je ovo stanovište generalno prihvaćeno od strane različitih struja političke teorije multikulturalizma. Za liberalno-egalitarnu kritiku multikulturalizma, kao jedne "anti-prosvetiteljske" politike koja je usmerena protiv univerzalizma. Vidi, npr.: Berry (2001).

¹² Apaja predlaže drugačiju trostepenu teoriju društvenog označavanja. Prema ovom modelu, prvi korak se tiče postojanja "društvene koncepcije" o određenoj grupi osoba. Sledeći korak "jeste interiorizacija tih oznaka kao dela individualnih identiteta bar nekih od onih koji su tako označeni." Najzad, "krajnji element društvenog identiteta predstavlja postojanje obrazaca ponašanja prema O-ima (O je skraćeniica za označene osobe, M. J.), na način da se O-i ponekad *tretiraju kao O-i*" (Appiah 2005, 66-68).

¹³ On naglašava da ovaj proces u tri koraka "nastoji samo da rekonstruiše tri odlučujuća 'momenta' – ali ne u striktno temporalnom smislu", kao i da je funkcija ove sheme "heuristička" (Heinze 1999, 34).

nako relevantni za eskternu percepciju i priznanje zasebne grupne egzistencije.¹⁴ Pa tako, vlasnici starih Folksvagenovih "buba" teško da bi bili društveno priznati kao distinktivna grupa, uprkos povremenim javnim okupljanjima i defileima¹⁵, nasuprot, na primer, grupi pristalica nekog značajnog fudbalskog kluba. S druge strane, većina ljudi bi intuitivno napravila razliku između društvenog priznanja distinktivne prirode grupe pristalica jednog fudbalskog kluba i istog takvog priznanja jedne distinktivne etničke grupe.¹⁶ To je stoga što se proces društvenog priznanja grupe veoma često odvija uz prečutnu pretpostavku da priznata grupna različitost treba da konstituiše osnovu za različiti (moralni, pravni, politički) tretman date grupe.

U tom smislu, očito je da je društveno priznanje grupne distinktivnosti nužan, ali ne i dovoljan uslov za pravno priznanje statusa titulara kolektivnih prava. Stoga, ako odbacimo ideju da su čak i sve priznate društvene grupe potencijalni kandidati za status nosilaca kolektivnih prava, onda treba da budemo spremni da ponudimo dodatne argumente za ovo daljnje sužavanje mogućih titulara. Jedno od najtežih pitanja jeste da li određene društvene grupe, kakve su žene, seksualne manjine ili lica sa invaliditetom, treba da uživaju isti status sa "konstitutivnim"¹⁷ ili "askriptivnim" (Williams 1995, 53) grupama, zasnovanim na etnicitetu, veri, jeziku. Jedan pristup bio bi da se sve ove grupe tretiraju na manje-više isti način, budući da neki od identitetskih markera ovih društvenih grupa, poput pripadnosti polu, za najveći broj ljudi predstavlja nepromenljivo obeležje njihovog identiteta, pa bi otuda i grupe zasnovane na ovim obeležjima trebalo da budu tretirane kao "konstitutivne".¹⁸ U isto vreme,

¹⁴ Govoreći o etničkom identitetu, Putinja i Stref-Fenar kažu "da se etnički identitet nikad ne definiše na čisto endogen način, prenošenjem etničke suštine i kvaliteta kroz *membership*, nego ... se konstruiše u odnosu između kategorizacije koju vrše nečlanovi i identifikacije s jednom posebnom etničkom grupom." Oni taj dijalektički proces nazivaju "kategorijalnim atribuiranjem". Upravo taj odnos "između egzogene i endogene definicije etničke pripadnosti čini etnicitet dinamičkim procesom koji je uvek podložan redefinsianju i prekomponovanju" (Putinja i Stref-Fenar 1997, 160).

¹⁵ To svakako ne znači da oni ne mogu da osnuju posebno udruženje vlasnika ovih automobila, u kom slučaju bi takvo udruženje bilo pravno priznato kao zasebno pravno lice.

¹⁶ Stoga, čak i pre no što su ponudili konkretnije kriterijume za određenje nacija i naroda kao tipičnih "obuhvatajućih grupa" (*encompassing groups*) i najpogodnijih kandidata za pravo na samoopredeljenje, Margalit i Raz odbacuju navijače Totenhema kao grupu koja "očigledno" ne može da se kvalifikuje za vršenje ovoga prava (Margalit and Raz 1990, 443).

¹⁷ Prilikom definisanja "konstitutivnih grupa", Boshamerova suštinski sledi šest kriterijuma Margalita i Raza za određivanje "obuhvatajućih grupa". Vidi: Boshammer (2003, 85-90).

¹⁸ Takav pristup usvaja Merion Jang kada govori o potencijalnim kandidatima za "politiku različitosti" (Young 1990, 48-63).

za neke od ovih društvenih grupa, poput seksualnih manjina, moglo bi se reći da zadovoljavaju osnovne uslove koji se zahtevaju za napred pomenute "tradicionalne" manjinske zajednice.¹⁹

Drugi pristup bio bi da se pomenute grupe tretiraju na različit način. U nastojanju da opravda takvu poziciju svoje "liberalne teorije manjinskih prava", Kimlika razmatra dve društvene grupe – gluve osobe i gej-zajednicu – u kontekstu kanadskog društva. On, najpre, primećuje da se one kreću ka kvazi-kulturnom obrascu vlastitog identiteta. To znači da oni sebe više ne definišu isključivo u pojmovima medicinskog stanja ili bioloških dispozicija, već i u terminima zajedničke istorije i načina života. Stoga, "ono što ove društvene pokrete čini 'novim' ... jeste činjenica da su oni ukorenjeni ne u 'zajedničkom interesu', već u 'zajedničkom identitetu'" (Kymlicka 1998, 91). I pored toga, Kimlika je mišljenja da se ove grupe ne mogu u potpunosti poistovetiti sa etničkim ili nacionalnim grupama. Kod gej zajednica, recimo, problem proističe iz nedostatka intergeneracijskog kontinuiteta, jer se stupanje u ovu grupu obavlja u formi tzv. sekundarne socijalizacije, kada su mnogi drugi i snažniji identiteti pripadnika već izgrađeni (ibid, 98). Na drugoj strani, činjenica je da gluve osobe od detinjstva odrastaju u sredini koja je obeležena posebnim jezikom znakova i specifičnim načinom života. Pa ipak, mali broj osoba koje pripadaju ovoj grupi i odsustvo teritorijalne koncentrisanosti čine, kao i u prethodnom slučaju, svaku zamisao nekog oblika prava na samoupravu ovih grupa potpuno nerealnim (ibid, 101).

Na ovom mestu nije moguće ući u detaljniju analizu ovoga problema. Ipak, ako se temeljna kolektivna prava, poput onih na fizičku egzistenciju i očuvanje kulturnog identiteta, utemelje na odgovarajućim inherentnim interesima kolektiviteta, odnosno na poziciji "vrednosnog kolektivism"²⁰, onda se jasno uočava da se u slučaju pomenutih društvenih grupa teško može govoriti bilo o ugroženosti njihove fizičke egzistencije²¹, bilo o postojanju nekakve distinktivne kulture, čija bi zaštita predstavljala intrinzično dobro. Na posletku, nisu ove ili slične

¹⁹ Hajnce smatra da "[s]eksualne manjine najvećma dele kulturni i istorijski položaj koji je jednako snažan ili slab kao i onaj koji dele mnoge etničke, verske ili jezičke grupe. Oni nisu beznačajna normativna kategorija izvan diskursa ljudskih prava." Stoga, zaključuje on, poricati ovoj grupi međunarodnopravni status manjine, značilo bi "naglasiti arbitarnost, a ne koherentnost ovoga koncepta" (Heinze 1999, 72, 73).

²⁰ S dosta osnova se može braniti teza da su ova najtemeljnija kolektivna prava stekla status univerzalnih. Vidi opširnije u: Jovanović (2010).

²¹ To se odnosi i na homoseksualce, iako postoje zemlje u kojima su oni izloženi žestokom progonu. Ipak, osnovna namera ovih društava je pre da spreče javno izražavanje i društveno priznanje manjinskog seksualnog identiteta, nego da fizički unište ovu grupu. U tom smislu treba sagledavati i tzv. "parade ponosa", kao manifestacije kojima se od šire društvene zajednice zahteva da prizna kao legitimno distinktivno obeležje njihove grupe.

društvene grupe, već upravo "tradicionalne" etnokulturne zajednice, te koje "predstavljaju najubedljivije slučajeve podriivanja političke legitimnosti postojećih država."²² Stoga, dok prethodne grupe mogu ponekad, prvenstveno na osnovu razloga istorijskih nepravdi ili isključivanja, da budu ovlašćene na mere *pozitivne diskriminacije*, koje "se smatraju izuzecima, privremeno celishodnim sredstvima, često sa tačno određenim vremenskim ograničenjem" (Horowitz 1985, 657), potonje grupe se po pravilu kvalifikuju za titulare *kolektivnih prava*, "koja se smatraju inherentnim i trajnim" (Kymlicka 1995, 33).

Drugi korak u Hajnceovoj shemi tiče se imenovanja grupne različitosti. Njega je često teško odvojiti od ostala dva koraka – priznavanja i pripisivanja normativnog značaja.²³ Neretko se dešava da je društveni identitet zasnovan na egzogenoj definiciji koja polazi od pojednostavljajućih sličnosti – "Taj fenomen je naročito vidljiv u migratornim situacijama, kada autohtono stanovništvo obično teži da, često na osnovi kakve pežorativne crte (kao što je rasa), zajedničkom identifikacijom objedini novodošle grupe koje same sebe opažaju kao kulturno raznovrsne" (Putinja i Stref-Fenar 1997, 162). Ofe, u tom smlislu, navodi primer politike nemačkih lokalnih vlasti, koje osnivaju posebna savetodavna tela, tzv. Savete za strance (*Ausländerberate*), čiji članovi zastupaju na desetine različitih etničkih identiteta. Pretpostavka od koje država polazi u ovom slučaju, a koju teško da dele sami pripadnici ove "grupe", jeste da je za sve njih zajednički identitet "stranaca" (Offe 1998, note 26). Ponekad, međutim, dolazi i do prihvatanja egzogene definicije, kakav je slučaj s američkim Indijancima, koji su dugo održavali plemensku samoidentifikaciju, ali su nakon decenijskog jednoobraznog administrativnog tretmana, vođeni zajedničkim osećajem potlačenosti, najvećma prihvatili novi opšti identitet.²⁴

Unekoliko paradoksalno je da društveno imenovanje distinktivnosti manjinske grupe prema njenim sopstvenim lingvističkim kriterijumima samoidentifikacije može ponekad odslikavati većinski stav supremačizma i nepošto-

²² Ovim rečima Valadez objašnjava svojim kritičarima, pre svega Marti Nusbaum, zašto u svojoj knjizi *Deliberative Democracy, Political Legitimacy, and Self-Determination in Multicultural Societies* (Westview Press, Boulder, 2000) on stavlja akcenat na etnokulturne grupe, ne pominjući pomenute društvene grupe, posebno žene (Valadez 2003, 107).

²³ "Sa kognitivno-psihološkog stanovišta", kaže Hajnce, prva dva koraka "su snažno isprepletana". S druge strane, "korak tri ne proizlazi nužno iz koraka jedan ili dva u hronološkom smislu." Šta više, dešava se da imenovanje i priznanje služe opravdavanju normativnog zaključka, koji je već ranije stvoren i to na *ad hoc* osnovi (Heinze 1999, 34).

²⁴ Kako to primećuje Mitnick, "društvena oznaka 'američki Indijanac' više otkriva pravi prvobitni cilj evropskih istraživača (da otkriju trgovinski put do istočne Indije), nego što nešto otkriva o etnički različitom stanovništvu kojem je ova oznaka pripisana" (Mitnick 2006, 76).

vanja grupe. Na primer, dobro je poznat slučaj iz srpskog javnog diskursa u kojem se katkad koristi termin *Šiptar* da bi se označio pripadnik albanske manjinske etničke grupe. Iako se u albanskom jeziku ovaj termin (*Shqiptar*) uobičajeno koristi za etničku samoidentifikaciju pripadnika grupe, identično egzogeno imenovanje grupne različitosti je u specifičnom istorijskom i društvenom kontekstu shvaćeno, od strane pripadnika manjinskog kolektiviteta, kao izraz nepoštovanja i stigmatizacije.²⁵

Treba, takođe, imati na umu i činjenicu da društveno imenovanje, u ma koje pravne svrhe da se koristi, može na prvi pogled izgledati kao promovisanje normativnog ideala "univerzalističkog egalitarizma", a da se time zapravo skriva društveni otpor određene grupe da bude imenovana i tretirana kao nedistinktivna. Tu su najčešće po sredi slučajevi nasilne asimilacije manjinskih kolektiviteta u većinsku etnokulturnu grupu. U tom smislu, ilustrativan je slučaj kurdske manjine u Turskoj. Kimlika primećuje da ovde "problem nije u tome što Turska odbija da prihvati Kurde kao svoje državljane. Problem je upravo u njenom nastojanju da primora Kurde da sebe vide kao Turke" (Kymlicka 1999, 134). U tu svrhu, vlada ih je zvanično u svojim aktima dugo i nazivala "planinskim Turcima", a sve do 1990. godine je zabranjivala upotrebu kurdske jezika, u pokušaju da pripadnike ove nacionalne manjine nasilno asimiluje.²⁶ Na sličnu praksu ukazuje Dimitrijević. On pominje slučaj tzv. "statiističkog genocida" koji je Bugarska, za vreme komunističkog režima, izvršila nad Makedoncima. Od 187.789 osoba koje su se na popisu 1956. godine izjasnile kao Makedonci, samo njih 9.632 je 1965. godine zavedeno u istoj rubrici, a ostali su na razne načine privoljeni da se izjašnjavaju kao pripadnici većinskog naroda (Dimitrijević 1995, 42).

Najzad, društveno imenovanje može otvoreno voditi u pravno institucionalizovani supremačizam jedne grupe nad drugom, kao, na primer, u slučaju zloglasnih nirnberških rasnih zakona, donetih za vreme nacističke Nemačke. Taj primer je istovremeno podsetnik da u slučajevima institucionalizacije pravnog subjektiviteta kolektivnih entiteta nomotehnika ne bi trebalo pošto-poto da teži idealu "pravne određenosti", koristeći jezik "tvrdih" identitetskih markera, jer onda lako može da završi u "pravnoj eugenici", nalik onoj nacističkoj.²⁷

²⁵ Ipak, valja podsetiti da ovaj termin nikada nije korišćen u pravnim aktima.

²⁶ Hanum kaže: "Konstatna politika države Turske od njenog nastanka bila je uništavanje kurdske kulture i prisilna asimilacija Kurda u čisto tursko društvo" (Hanum 1990, 188). Suočena s oštrim kritikama od strane zvaničnika Evropske Unije, Turska zarad svog ulaska u EU u poslednje vreme nastoji da promeni svoju politiku prema Kurdima.

²⁷ Uzmimo sličan primer zakonodavnih nastojanja s početka 20. veka da se primeni tzv. "pravilo jedne kapi" (*one drop rule*), kako bi se definisalo ko se u Sjedinjenim Državama može smatrati "belcem". Jedan od ovih zakona, koji su zbirnim imenom nazvani "Jim Crow laws", jeste akt države Virdžinije o rasnom integritetu iz 1924. godine koji,

Čak i pod pretpostavkom da se složimo da sadašnje pravo u ovoj oblasti pokazuje izvesna obeležja takve tendencije (Heinze 1999, 50-51), pravna teorija kolektivnih prava bi morala ovom problemu da priđe sa znatno većim oprezom. To valja učiniti, ako ni zbog čega drugog, a ono zbog okolnosti da je i u drugim, manje problematičnim oblastima prava, nomotehnički ideal pravne određenosti putem "preciznih" jezičkih formulacija teško ostvariv i ne vodi nužno do "lakih slučajeva" tumačenja i primene.²⁸ Ovaj zaključak još pre važi za pravnu konceptualizaciju pravnog subjektiviteta kolektivnih entiteta.

Zaključak

Jedna od uvodnih lekcija na studijama prava jeste ona o postanju pojma lica, odnosno subjekta prava. Studenti se upoznaju s etimologijom ovog termina i saznaju da je reč *persona* izvorno značila masku pod kojom je nastupao glumac u drevnom pozorištu. Ona je imala dvostruku ulogu – da prikrije prirodni lik glumca i da oživi jedan od karaktera u drami. Ta dvostruka priroda maske dobija nov smisao u pravnom životu, pa tako u starom Rimu pravimo razliku između čoveka, kao takvog, i građanina, koji ima *personu* – "Čovek bez persone nije mogao imati ni prava, ni dužnosti, pa je bio samo čovek (*homo*) i zato najčešće rob" (Vasić i Čavoški 1997, 183).

Čak i u današnje vreme, kada je ropstvo iščezlo iz pravnih sistema, a svi ljudi postali subjekti prava samim činom rođenja, još uvek je moguće povlačiti razliku između čoveka, kao ljudskog bića, i "fizičkog lica", kao subjekta prava. Na tu razliku je najdoslednije ukazivao Kelzen, govoreći da je ne samo "pravno lice", već i "takozvano fizičko lice jedna veštačka konstrukcija pravne nauke", da je, u tom smislu, i ono "takođe samo jedno 'pravno' lice" (Kelsen 1960, 176). Drugim rečima, fizičko lice "nije čovek", on je "personifikacija jedinstva" pravnih normi koje ga ovlašćuju i obavezuju na izvesno ponašanje. Utoliko se za fizičko lice ne može reći da predstavlja "prirodnu realnost", već je pre jedan "pomoćni pojam" pravnog mišljenja (ibid, 178).

Ne ulazeći na ovom mestu u zasnovanost ovih Kelzenovih stavova, oni ipak otkrivaju jedno važno obeležje pravnog uređenja društvenog života. Kada pravni poredak reguliše položaj pojedinaca u društvu, on nepobitno nešto dodaje i oduzima od našeg pred-pravnog, "prirodnog" identiteta, a u meri u kojoj

inter alia, predviđa: "Za potrebe ovog zakona, termin 'bela osoba' odnosiće se samo na osobe koje nemaju nikakvog traga druge krvi do one beljačke (*Caucasian*); ali i osobe koje imaju jednu šesnaestinu ili manje od toga krvi američkog Indijanca i nemaju druge ne-beljačke krvi smatraće se belim osobama." *An Act to Preserve Racial Integrity* (1924), dostupno na: www.eugenicsarchive.org/html/eugenics/index2.html?tag=1239.

²⁸ O ovom problemu generalno u: Bix (1993).

je čovek biće stvoreno za život u zajednici (*zoon politikon*), i od našeg "društvenog" identiteta.²⁹ Kada je reč o pravnim licima, tu je efekat pravnog zahvata u sirovu društvenu realnost još očigledniji, pa je dugo bila dominantna teorija po kojoj su sva pravna lica zapravo "veštačka lica" (*persona ficta*) i puke tvorevine pravnog poretka.³⁰ Institucionalizacija kolektivnih prava nalaže priznanje trećeg subjekta prava – kolektivnih entiteta, koji su različiti i od fizičkih i od pravnih lica. Oni poseduju zajedničke osobine s oba tradicionalna tipa subjekata prava. S prethodnima, oni dele pred-pravni, *de facto* identitet, koji je najvećma društveno formiran, a s potonjima potrebu da kao takvi budu priznati od strane pravnog poretka.³¹ Ipak, valja uvek imati na umu da "pravo i pravno konstituisane veze između lica osvetljavaju društvene percepcije identiteta, a društvene percepcije neizbežno utiču na samorazumevanje, a povremeno čak njime i dominiraju." Utoliko se može reći da i ljudska bića i kolektivni entiteti "nikada nisu puki produkti predeterminisanih konstitutivnih privrženosti", niti su pak "jednostavno samokonstituisani". Oni su "delom, takođe, konstituisani putem subjektivnih prava" (Mitnick 2006, 84).

Ovaj tekst je imao za cilj da pokaže da pravno oblikovanje društvenog identiteta kolektivnih entiteta i njihovo promovisanje u status subjekata prava jeste složen proces koji ne može biti prepušten (samo)volji normotvorca. Pravna teorija mora da da svoj sud o konstrukciji pravnog subjektiviteta kolektivnih entiteta. Na tom zadatku, ona je osuđena da ide dalje od pravnog (normativnog) metoda i da se oslanja na methodske postupke disciplina poput sociologije i kulturne antropologije (cf. Türk 2008), jer samo na taj način može adekvatno da se uhvati u koštac s ozbiljnim prigovorima na račun koncepta kolektivnih prava – da članstvo u grupama može biti fluidno i nesigurno, da priznanje kolektivnih prava može fiksirati kolektivne identitete na suviše rigi-

²⁹ Što su norme opštijeg tipa, pravni poredak sve više apstrahuje jedinstvene i individualne karakteristike naših identiteta. U konceptu "univerzalnih ljudskih prava", koja uživamo u svojstvu pripadnika ljudskog roda, to apstrahovanje neponovljive ljudske individualnosti dostiže svoj vrhunac. S druge strane, u postupku primene prava, sve opšte norme se 'individualizuju' i primenjuju na ovde-sada situacije i konkretne pojedince.

³⁰ Ta teorija je napuštena onda kada je se u praksi pokazalo da vodi slučajevima igravanja odgovornosti pravnih lica. Nisu, ipak, svi autori tog doba zastupali ovo stanovište. Oto Gierke je smatrao da je za pravnu teoriju pitanje ljudskih grupa (*Verbände*) ne samo "prethodno", nego i "središnje" pitanje. On je smatrao da se devetnaestovekovna pravna teorija "slomila" upravo na pitanju kojoj "realnosti" pripadaju ljudske grupe, poput države, crkve ili udruženja, zastupajući tezu da su one obična "fikcija" i veštačka tvorevina pravnog poretka. Nasuprot tom stanovištu, Gierke je zastupao ideju o pred-pravnoj, organskoj prirodi ovih entiteta (Gierke 1902, 5, 6).

³¹ Ova sličnost proističe iz činjenice da se neće svaka društvena grupa kvalifikovati za potencijalnog titulara kolektivnih prava, kao što se ni bilo koja grupa ljudi sa određenom imovinom neće kvalifikovati da bude priznata kao pravno lice.

dan način i predstavljati svojevrsni vid prinude (Appiah 1994, 162-3), odnosno favorizovanja "hegemonističkog tumačenja zajednice" (Freeman 1995, 39), da priznanje kolektivnih kulturnih praksi često vodi povredama individualnih prava pripadnika grupe, itd.³² Na sva ova pitanja odgovore može dati tek jedna sveobuhvatna pravna teorija kolektivnih prava.

Literatura:

- Appiah, K. Anthony. 1994. Identity, Authenticity, Survival – Multicultural Societies and Social Reproduction. In *Multiculturalism (Examining the Politics of Recognition)*, ed. Amy Gutmann, 149-164. New Jersey: Princeton University Press.
- Appiah, Kwame Anthony. 2005. *The Ethics of Identity*. New Jersey: Princeton University Press.
- Berry, Brian. 2001. *Culture and Equality – An Egalitarian Critique of Multiculturalism*. Cambridge: Polity Press.
- Bix, Brian. 1993. *Law, Language, and Legal Determinacy*. Oxford: Clarendon Press.
- Boshammer, Susanne. 2003. *Gruppen, Rechte, Gerechtigkeit*. Berlin, New York: Walter de Gruyter.
- Carty, Anthony. 2007. *Philosophy of International Law*. Edinburgh: Edinburgh University Press.
- Colchester, Marcus. 2002. Indigenous Rights and the Collective Conscious. *Anthropology Today* 18 (1): 1-3.
- Coyle, Sean. 2005. Two Concepts of Legal Analysis. In *Jurisprudence or Legal Science? A Debate about the Nature of Legal Theory*, eds. Sean Coyle and George Pavlakos, 21-47. Oxford: Hart Publications.
- Dan-Cohen, Meir. 1986. *Rights, Persons, and Organizations - A Legal Theory for Bureaucratic Society*. Berkeley: University of California Press.
- Dickson, Julie. 2004. Methodology in Jurisprudence: A Critical Survey. *Legal Theory* 10: 117-156.
- Dimitrijević, Vojin. 1995. The Post-Communist Apotheosis of the Nation-State and the Old and New Minorities. In *Nationalism and Minorities*, eds. Michael Freeman et al., 37-44. Belgrade: Centre for Human Rights, University of Essex, Institute of Social Sciences.

³² Sukob između kolektivnih i individualnih prava je ozbiljan test za svako pravno-teorijsko uobličavanje kolektivnih prava. Vidi više o tome u: Jovanović (2008b). Antropolozi su sa svoje strane prepoznali "novu vrstu građanske službe", koja bi se sastojala u pružanju "bogatstva znanja i uvida" kolektivitetima, kako bi ovi mogli "da razmotre koje bi granice trebalo da postave" kolektivnim pravima da njima ne ugrožavaju individualna prava pojedinačnih pripadnika. Znak spremnosti relevantnih kolektiviteta na takvu vrstu saradnje moguće je naći, na primer, u Deklaraciji iz Manile, iz 2000. godine, u kojoj su autohtoni domorodački narodi prihvatili da razmotre svoje tradicionalno nasleđe i da se "iskreno suoče sa onim drevnim praksama koje mogu voditi ugnjetavanju autohtonih žena i dece" (Colchester 2002, 3).

- Freeman, Michael. 1995. Are there Collective Human Rights?. *Political Studies* 18: 25-40.
- Galenkamp, Marlies. 1991. Collective Rights: Much Ado About Nothing? A Review Essay. *Netherlands Quarterly for Human Rights* 9 (3): 291-307.
- Gierke, Otto. 1902. *Das Wesen der menschlichen Verbände*. Rede bei Antritt des Rektorats gehalten in der Aula der Königlichen Friedrich-Wilhelms-Universität, am 15. Oktober, in Berlin, Germany.
- Grant, Thomas D. 1999. Defining Statehood: The Montevideo Convention and Its Discontents. *Columbia Journal of Transnational Law* 37 (2): 403-457.
- Hannum, Hurst. 1990. *Autonomy, Sovereignty, and Self-Determination – The Accommodation of Conflicting Rights*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press.
- Hart, Herbert. 1994. *The Concept of Law*. Oxford: Clarendon Press.
- Heinze, Eric. 1999. The Construction and Contingency of the Minority Concept. In *Minority and Group Rights in the New Millennium*, eds. Deirdre Fottrell and Bill Bowring, 25-74. The Hague: Martinus Nijhoff Publishers.
- Höffe, Otfried. 1999. *Demokratie im Zeitalter der Globalisierung*. München: Verlag C. H. Beck.
- Horowitz, Donald L. 1985. *Ethnic Groups in Conflict*. Berkley: University of California Press.
- Jones, Peter. 2008. Group Rights. In *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, ed. Edward N. Zalta. Dostupno na: <http://plato.stanford.edu/archives/win2008/entries/rights-group>.
- Jovanović, Miodrag A. (ur.) 2009. *Kolektivna prava i pozitivna diskriminacija u ustavnopravnom sistemu Republike Srbije*. Beograd: Službeni glasnik (u štampi).
- Jovanović, Miodrag A. 2005. Recognizing Minority Identities Through Collective Rights. *Human Rights Quarterly* 27 (2): 627-651.
- Jovanović, Miodrag A. 2008a. Postoje li kolektivna prava? (I deo). *Anali Pravnog fakulteta* 51 (1): 89-107.
- Jovanović, Miodrag A. 2008b. Postoje li kolektivna prava? (II deo). *Anali Pravnog fakulteta* 51 (2): 25-46.
- Jovanović, Miodrag A. 2010. Are There Universal Collective Rights?. *Human Rights Review* 11 (1) (u pripremi).
- Kelsen, Hans. 1941/42. The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence. *Harvard Law Review* 55: 44-70.
- Kelsen, Hans. 1960. *Reine Rechtslehre - Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit*. Wien: Deuticke.
- Kelzen, Hans. 1951. *Opšta teorija prava i države*. Beograd: Arhiv za pravne i društvene nauke.
- Kirste, Stephan. 2001. Dezentrierung, Überforderung und Dialektische Konstruktion der Rechtsperson. In *Verfassung - Philosophie - Kirche (Festschrift für Alexander Hollerbach zum 70. Geburtstag)*, hrsg. Joachim Bohnert u. a., 319-361. Berlin: Duncker & Humblot.
- Kis, Janos. 1996. Beyond the Nation State. *Social Research* 63 (1): 191-245.
- Kymlicka, Will. 1995. *Multicultural Citizenship – A Liberal Theory of Minority Rights*. Oxford: Clarendon Press.

- Kymlicka, Will. 1998. *Finding Our Way – Rethinking Ethnocultural Relations in Canada*. Oxford: Oxford University Press.
- Kymlicka, Will. 1999. Misunderstanding Nationalism. In *Theorizing Nationalism*, ed. Ronald Beiner, 131-140. New York: State University of New York Press.
- Losco, Joseph. 1989. Fetal Abuse: An Exploration of Emerging Philosophic, Legal, and Policy Issues. *The Western Political Quarterly* 42 (2): 265-286.
- Margalit, Avishai and Joseph Raz. 1990. National Self-Determination. *The Journal of Philosophy* 87 (9): 439-461.
- Mitnick, Eric J. 2006. *Rights, Groups, and Self-Invention (Group-Differentiated Rights in Liberal Theory)*. Aldershot: Ashgate.
- Offe, Claus. 1996. "Homogeneity" and Constitutional Democracy: Coping with Identity Conflicts Through Group Rights. *Journal of Political Philosophy* 6 (2): 113-141.
- Putinja, Filip i Žoslin Stref-Fenar. 1997. *Teorije o etnicitetu*. Beograd: Biblioteka XX vek.
- Strasser, Kurt A. 2005. Piercing the Veil in Corporate Groups. *Connecticut Law Review* 37: 637.
- Türk, Danilo. 2008. Introduction: Group Rights and Human Rights. In *The Tension Between Group Rights and Human Rights: A Multidisciplinary Approach*, eds. Koen De Feyter and George Pavlakos, 1-8. Oxford and Portland: Hart Publishing.
- Valadez, Jorge. 2003. Response to My Critics. *Philosophy and Social Criticism* 29 (1): 107-124.
- Vasić, Radmila i Kosta Čavoški. 1997. *Uvod u pravo II*. Beograd: Draganić.
- Williams, Melissa S. 1995. Political and Juridical Approaches to Justice toward Groups. In *Citizenship and Rights in Multicultural Societies*, eds. Michael Dunne and Tiziano Bonazzi, 53-65. Keele: Keele University Press.
- Young, Iris Marion. 1990. *Justice and the Politics of Difference*. New Jersey: Princeton University Press.

Miodrag Jovanović

Social Identity and Legal Personality –
Collective Entities as Legal Entities?

The paper argues that the legal-theoretical treatment of the issue of promoting certain collective entities to the status of legal entities cannot be satisfactorily accomplished within the methodological models of either Hart's analytical jurisprudence or Kelsen's Pure Theory of Law. The question of the conceptualization of collective rights proves to be largely a question of justification rather than one of mere analysis or description. In this sense, the paper proposes to elucidate various aspects of the problem of the legal shaping of the social identity of relevant collective entities with the purpose of constructing legal personality. The first section of this paper briefly shows that the qu-

estion of legal personality is a general problem of legal theory, and that there is consequently nothing specifically new about collective entities as potential legal entities. The second section of the paper considers in greater detail the social and legal "construction of diversity", on which the concept of collective rights is based. Finally, the paper suggests that the legal theory of collective rights can hardly accomplish these tasks without recourse to the methodological apparatus of both sociological and anthropological disciplines.

Key words: collective entities as legal entities, legal shaping of social identity, social and legal construction of diversity

Miodrag Jovanović

Identité sociale et personnalité juridique –
Les collectivités en tant que sujets de droit?

Ce travail s'efforce de démontrer que le traitement théorico-juridique de la question de la promotion de certaines entités collectives en titulaires du droit est impossible à faire de manière satisfaisante à l'intérieur des modèles méthodologiques existants, qu'il s'agisse de la jurisprudence analytique de Hart ou de la Théorie pure du droit de Kelsen. Il s'avère que la question de la conceptualisation des droits collectifs est dans une large mesure une question de justification, et non pas de simple analyse ou de description. En ce sens, ce travail se concentre sur l'élucidation des différents aspects du problème du façonnement juridique de l'identité sociale des collectivités utiles à la construction de la personnalité juridique. La première partie du travail montre dans les grandes lignes que la question de la personnalité juridique est un problème général auquel est confrontée la théorie juridique, ce pourquoi il n'y a rien de particulièrement nouveau concernant les collectivités comme titulaires potentiels du droit. La deuxième partie du travail est consacrée à une étude plus détaillée de la 'construction de la diversité', sociale et juridique sur laquelle repose le concept des droits collectifs. La conclusion ultime est que la théorie juridique des droits collectifs peut difficilement accomplir ces tâches sans s'appuyer sur l'appareil méthodologique aussi bien de la sociologie que des disciplines anthropologiques.

Mots-clés: entités collectives en tant que sujets de droit, façonnement juridique de l'identité sociale, la construction sociale et juridique de la diversité