

Ustavnost promjena Ustavnog zakona o pravima nacionalnih manjina i izbornog zakona¹

Arsen Bačić

**Ustav ne poznaje diferencijaciju
nacionalnih manjina, nego
predviđa i određuje da su sve
nacionalne manjine jednake i
ravnopravne**

Uvaženi kolega mr. sc. Arlović,²

zahvaljujem se na povjerenju koje ste mi ukazali u Vašem pismu od 14. veljače 2011, kojim ste

(I) zatražili mišljenje o opravdanosti podnesenih prijedloga za ocjenu ustavnosti čl. 1. i čl. 4. *Ustavnog zakona o izmjenama i dopunama Ustavnog zakona o pravima nacionalnih manjina* (NN 80/10) i više članaka *Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o izborima zastupnika u Hrvatski sabor* (145/10), i odgovor na sljedeća dva pitanja:

(II) je li ustavnopravno dopušteno podvesti "zastupnike nacionalnih manjina" iz čl. 15. st. 3. pod zastupnike iz čl. 71. (72.) Ustava?

(III) proizlazi li iz čl. 15. st. 3. Ustava da mandat "zastupnika nacionalnih manjina" mora imati određene specifičnosti u odnosu na mandat "općih zastupnika" iz čl. 71. (72.) Ustava?

Na temelju predočenih podnesaka iznosim sljedeće

MIŠLJENJE

o tome zašto je opravdano ocjenjivati suglasnost s Ustavom navedenih odredaba Ustavnog zakona o pravima nacionalnih manjina i odgovarajućih odredaba izbornih zakona.

Imajući u vidu načelna stajališta ustavnopravne znanosti i komparativna stajališta, identificirane pozitivne odredbe hrvat-

skog ustavnog i parlamentarnog prava te konkretne podneske Ustavnom sudu RH zaključujem sljedeće:

I.

Jesu li opravdani podneseni prijedlozi za ocjenu ustavnosti čl. 1. i čl. 4. Ustavnog zakona o izmjenama i dopunama Ustavnog zakona o pravima nacionalnih manjina (NN 80/10) i više članaka Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o izborima zastupnika u Hrvatski sabor (NN 145/10)?

Odredbe čl. 1. i čl. 4. Ustavnog zakona o pravima nacionalnih manjina nisu u suglasnosti s Ustavom RH jer su protivne tekstu i cilju odredaba čl. 3. Ustava o jednakosti i nacionalnoj ravnopravnosti kao najvišim vrednotama ustavnog poretka Republike Hrvatske, i čl. 14. i 15. o jednakosti pred zakonom (čl. 14.) i ravnopravnosti svih nacionalnih manjina (čl. 15).

Čl. 1. Ustavnog zakona o pravima nacionalnih manjina nije u suglasnosti s čl. 3, čl. 14. i čl. 15. Ustava jer njegovu generalnu formulaciju diferencijacije nacionalnih manjina Ustav ne poznaje. Ustav RH predviđa i određuje da su sve nacionalne manjine jednake i ravnopravne.

Članak 3.

Sloboda, jednakost, nacionalna ravnopravnost i ravnopravnost spolova, mirotvorstvo, socijalna pravda, poštivanje prava čovjeka, nepovredivost vlasništva, očuvanje prirode i čovjekova okoliša, vladavina prava i demokratski višestranački sustav najviše su vrednote ustavnog poretka Republike Hrvatske i temelj za tumačenje Ustava.

Članak 14.

Svatko u Republici Hrvatskoj ima prava i slobode, neovisno o njegovoj rasi, boji kože, spolu, jeziku, vjeri, političkom ili drugom uvjerenju, nacionalnom ili socijalnom podrijetlu, imovini, rođenju, naobrazbi, društvenom položaju ili drugim osobinama.

Svi su pred zakonom jednaki.

Članak 15.

U Republici Hrvatskoj jamči se ravnopravnost pripadnicima svih nacionalnih manjina.

Ravnopravnost i zaštita prava nacionalnih manjina uređuje se ustavnim zakonom koji se donosi po postupku za donošenje organskih zakona.

Zakonom se može, pored općega biračkog prava, pripadnicima nacionalnih manjina osigurati posebno pravo da biraju svoje zastupnike u Hrvatski sabor.

Pripadnicima svih nacionalnih manjina jamči se sloboda izražavanja nacionalne pripadnosti, slobodno služenje svojim jezikom i pismom i kulturna autonomija.

Članak 4. Ustavnog zakona o pravima nacionalnih manjina nije u suglasnosti s Ustavom jer je njegovo *expressis verbis* navođenje naziva jedne konkretne političke asocijacije od više njih koje postoje unutar korpusa (srpske) nacionalne manjine protivno načelu jednakosti pred zakonom (čl. 14. st. 2. Ustava), broj 8 - prosinac 2011.

načelu ravnopravnosti svih nacionalnih manjina (čl. 15. st. 1) te karakteru općenitosti najviših pravnih akata.

Argumentacija

Ad 1.

Iskazano mišljenje o protivnosti navedenih odredaba Ustavnog zakona s Ustavom RH ima u vidu da je konstitucionalizirana pozicija jednakosti i ravnopravnosti *conditio sine qua non* Ustava i učvršćivanja konstitucionalizma. Mada se kao i u većini drugih država i u Hrvatskoj konstitucionalizam identificira s pisanim ustavom, ipak treba imati na umu da nisu svi ustavni tekstovi posvećeni načelima niti su u službi ciljeva konstitucionalizma. Ustav RH afirmira konstitucionalizam iz sljedećih razloga:

- Suvremeni hrvatski konstitucionalizam počiva na narodnom suverenitetu. Narod je *locus* suvereniteta; volja naroda je izvor autoriteta i temelj legitimne vlasti.
- Konstitucionalistički je ustav preskriptivan, on je pravo; ustav je najviši zakon. Vlast se mora podvrći ustavnim zahtjevima
- S narodnim suverenitetom povezane su ideje vladavine prava i demokratska načela. Konstitucionalizam prema tome zahtijeva predanost političkoj demokraciji i predstavničkom sistemu. Narod ostaje suveren čak i u razdobljima krize u državi. Konstitucionalizam isključuje vladu koja upravlja akterima, osim u situacijama koje ustav dopušta i koje su pod kontrolom demokratskih političkih institucija.

Članak 4. Ustavnog zakona o pravima nacionalnih manjina nije u suglasnosti s Ustavom jer je njegovo *expressis verbis* navođenje naziva jedne konkretne političke asocijacije od više njih koje postoje unutar korpusa (srpske) nacionalne manjine protivno načelu jednakosti pred zakonom

- Konstitucionalizam traži da država poštuje i osigurava individualna prava, koja su u suštini ista ona koja priznaje *Opća deklaracija o ljudskim pravima*. Prava mogu biti podvrgnuta određenim ograničenjima u javnom interesu, ali i takva ograničenja imaju svoje granice.
- Ustavna vladavina uključuje institucije nadzora i osiguranje poštivanja ustavnog teksta, sve u korist ograničavanja vlade i poštivanja ljudskih prava.
- Konstitucionalizam danas može označavati i implicitni respekt "samoodređenja" – pravo "naroda" da izabere,

promijeni ili zaključi svoju političku povezanost (usp. OSCE, 1999).

Ad 2.

Organsku povezanost suvremenog demokratskog konstitucionalizma, jednakosti i ravnopravnosti ilustriraju rješenja transnacionalnog i nacionalnog prava. Pozvati se možemo na sljedeće:

(a) Međunarodno pravo i manjinska reprezentacija. Ogromna mašinerija Ujedinjenih naroda koja radi u korist ljudskih prava posebno se usredotočuje na jedan od temeljnih principa ljudskih prava, a to je načelo jednakosti. O načelu jednakosti govori više međunarodnih ugovora, među kojima su najznačajniji: *Međunarodna konvencija o eliminaciji svih oblika rasne diskriminacije* (ICERD), *Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima* (ICCPR) te *Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima* (ICESR) itd. Kada je riječ o političkoj participaciji manjina, taj oblik participacije potencijalno zahvaća široki prostor – prije svega "participaciju u političkom odlučivanju" koja se ne odnosi samo na izborni sustav i glas u zakonodavnom procesu, već i na "razumsku" reprezentaciju u javnoj upravi, policiji i sudstvu.

U prostoru zaštite manjinskih prava međunarodno pravo računa s "paradoksom načela jednakosti": riječ je o politici prema kojoj manjine traže diferencirani tretman ili posebne mjere, ali zato da bi iskusile stvarno ili suštinski jednaki tretman u usporedbi s ostatkom populacije. Upravo se ta potreba da se stvari/osobe tretiraju formalno različito kako bi se ostvario suštinski jednaki tretman i naziva paradoksom načela jednakosti. Pojašnjava "specijalnih" ili diferencijalnih prava nije nužno u kontradikciji s postojanjem "jednakih" prava (Henrard, 2007).

(b) Supranacionalno pravo EU i zaštita manjina. Europsko vijeće (*European Council*) se nakon sastanka u Kopenhagenu 7. svibnja 1978. godine pridružilo zajedničkoj *Deklaraciji* Europskog parlamenta, Vijeća i Komisije u kojoj se naglašavala "primarna važnost koja se daje zaštiti temeljnih prava koja proizlazi iz ustava država članica i *Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda*. Europsko vijeće je tada potvrdilo da su "poštivanje i ostvarivanje reprezentativne demokracije i ljudskih prava u svakoj državi članici suštinski elementi članstva u Europskim zajednicama". Na sastanku u Kopenhagenu iz 1993. godine Europsko vijeće je tome pridružilo još neke zahtjeve i kriterije koje su za ulazak u EU trebale ispuniti sve države kandidatkinje. Prije svega se radilo o tome da članstvo u Uniji traži da zemlja kandidatkinja ostvari stabilnost institucija koje garantiraju demokraciju, vladavinu prava, ljudska prava te poštovanje i zaštitu manjina (usp. Lenaerts i Van Nuffel, 2005). *Lisabonski ugovor* (2007) produžetak je takve orijentacije.

(c) Pravo Europske konvencije za ljudska prava i temeljne slobode i zaštita manjina. ECHR (1950) govori o važnosti "efektivne političke demokracije". Iz samog teksta Konvencije i njenih protokola proizlazi niz pozitivnih obligacija za državu stranku Konvencije. Svaka od njih može doprinijeti realiziranju jednakih političkih prava.

Vажnost pozitivnih obligacija pokazala se je u praksi Europskog suda za ljudska prava (ECtHR) koji je osuđivao nacionalno pravo koje je omogućavalo isključivanje posebno ranjivih

manjina iz mogućnosti glasovanja (*Malka v. Poland* App. No. 56550/00 11 April 2006).

U slučajevima *Podkolzina* (2002) i *Grosaru* (2010) ECtHR je iskazivao zabrinutost zbog prakse nekih država i političkih stranaka u tim državama da kontroliraju određene aspekte političkog procesa koji je išao na štetu manjina.

ECtHR je u odlukama *Frysje Nasjonale Patrij v. Netherlands* (1985) i *Clerfayt v. Belgium* (1997) odlučivao o pitanju manjinskih jezika u izbornom procesu. Iako je ECtHR prihvatio mogućnost stvaranja posebnih sistema koji bi priznali lingvističke manjine, nije se dalo zaključiti da Sud traži postojanje specijalne reprezentacije za manjine.

ECtHR je zauzeo blagonaklona stajališta prema pozitivnim obligacijama države na području usvajanja posebnih mjera koje bi jačale reprezentaciju manjina (slučaj podreprezentativnosti). U odluci *Tānase* (2010) Sud je zaključio da glasači koji imaju dvostruko državljanstvo imaju "pravo da ih predstavljaju zastupnici koji reflektiraju njihovu brigu i političke poglede". Ipak, iz stavova Suda nije do kraja jasno da li se manjinski interesi štite imajući predstavnika koji dijeli njihove karakteristike, ili jedan broj predstavnika koji su – i u slučaju da ne dijele njihove karakteristike – zainteresirani da osvoje glasove manjine.

Na manjinsku reprezentaciju uvelike utječe izbor i oblik izbornog sustava. Tradicionalno se je ECtHR složio sa širokom *granicom procjene* kad je u pitanju opredjeljivanje za tip izbornog sistema (*Liberal Party v. United Kingdom*, 1980).

U odluci *Yumak v. Turkey* (2008) ECtHR je podržao izborni prag (kvotu) od 10% kao dostatnu da stranka bude izabrana u turski parlament. Međutim, tako visoko postavljeni izborni prag (5% je najčešći) je značio da je gotovo 45% turskih birača ostalo bez predstavnika u parlamentu.

Iako je Europski sud za ljudska prava prihvatio mogućnost stvaranja posebnih sistema koji bi priznali lingvističke manjine, nije se dalo zaključiti da traži postojanje specijalne reprezentacije za manjine

Odluka *Tānase* (2010) je važna jer je Sud naglasio da birači imaju pravo da ih predstavlja kandidat s kojim dijele svoje poglede (usp. O'Connell, 2010).

(d) Države članice EU – neki primjeri. Etnička raznolikost izbornog tijela na različite se načine reflektira i u jednom broju država članica Europske unije. Riječ je o različitim modelima raznolikosti. S jedne strane postoje "historijske" etničke i/ili nacionalne manjine koje su uglavnom koncentrirane u posebnim geografskim područjima, a s druge strane postoje sekcije populacije koje se nužno ne moraju strukturalno i kolektivno smatrati "manjinama", ali koje sebe s individualnog stajališta sagledavaju "različitim" od većine.

Tako Poljska i Grčka imaju sasvim suprotna stajališta glede strukturiranja parlamentarne reprezentacije svojih historijskih manjina (njemačka manjina u Poljskoj i turska manjina u Grčkoj). U Francuskoj se pitanje parlamentarne reprezentacije "različitosti" skupina, tj. ljudi koji dolaze iz bivših francuskih kolonija (Ustav iz 1958. ih označava: *la Communauté, les territoires d'outre*) otvara jedino u vezi s podrijetlom individualnih kandidata i izabranih predstavnika – mada je i to rijetkost. Ipak, u Francuskoj je 2010. godine na regionalnim izborima po prvi puta izabran jedan kandidat iz sjevernoafričke (berberske) etničke skupine, i to zahvaljujući izbornim alijansama koje nisu ograničene samo na manjinske ili regionalne stranke. U pitanju reprezentacije etničkih manjina nijedna europska zemlja nije na svoju ruku uvela mjere za povećanje njihove reprezentativnosti.

Političke organizacije njemačke manjine u Poljskoj, turske manjine u Grčkoj i berberske manjine u Francuskoj izabrale su različitu izbornu strategiju, koja ide od zahtjeva za potpunom autonomijom do integriranja u veću nacionalnu stranku i strukturalni savez s novom nacionalnom političkom formacijom koja će biti široko otvorena za prava etničkih i/ili religijskih manjina. Potonja je strategija donijela uspjeh Berberima u Francuskoj, dok je Nijemce strategija za političkom autonomijom odvela do progresivnog izbornog propadanja, što se vjerojatno može objasniti time što njemačka manjina u Poljskoj ne glasuje isključivo prema etničkoj liniji već je privlače i generalne nacionalne stranke.

Prístup koji optira formiranju strateške alijanse donosio je uspjehe na nacionalnim i regionalnim izborima i drugim manjinama koje bi inače imali svoje predstavnike samo na lokalnoj razini. Tako su Nijemci u Danskoj (1973-1979) izabrali zastupnika koji je, na temelju sporazuma kandidata iz njihove stranke (*Schleswigsche Partei*) postavljen na listu nacionalne centrističke stranke (*Democratic Centre*). Slovenci su (*Enotna Lista*) u Austriji (1986-1990) i (1998-1999) u saveznoj državi Carinthiji uspjeli preko alijanse s Liberalnim forumom i Zelenima osvojiti mjesta u saveznom parlamentu (usp. Lambert, 2010; Pilati, 2010).

II.

Je li ustavnopravno dopušteno podvesti "zastupnike nacionalnih manjina" iz čl. 15. st. 3. pod zastupnike iz čl. 71. (72.) Ustava?

Članak 15. stavak 3. Ustava Republike Hrvatske nije u kontradikciji s člancima 1., 3., 45., 71. (72) i 74. (75.) Ustava Republike Hrvatske.

Odgovarajuće odredbe Ustava RH (1., 3., 45., 71. (72) i 74. (75.), te zakonske (Zakon o izborima... čl. 2., st.1, čl. 4....) i poslovničke odredbe Hrvatskog sabora (čl. 7., 71.), "zastupnike nacionalnih manjina" primarno određuju kao zastupnike Hrvatskog sabora!

Članak 15., a posebno stavak 3. treba promatrati u svjetlu mogućnosti koje hrvatski Ustav – kao i drugi suvremeni ustavni dokumenti – otvara na području međugre između identiteta i različitosti. Iako je temeljno obilježje svakog Ustava pa tako i hrvatskog preskriptivna dimenzija – Ustav naime određuje nor-

mativne kriterije kojima se identitet i različitost kritički evaluiraju, Ustav reflektira i rastuću važnost međunarodnog prava (ugovora) za nacionalnu državu, koji imaju za posljedicu delimitaciju suvremenih ustavnih identiteta. Naime, refleksija mogućnosti o kojima govori međunarodno pravo prije svega može služiti uklanjanju "genetskih defekata" ustava i prava nacionalnih država koje nisu blagonaklone prema manjinama.

Argumentacija

Ad 1.

Na postavljeno pitanje koje se odnosi na samu suštinu konstitucionalizma, jednakosti i reprezentacije moguć je jednostavan odgovor. Ustavno i parlamentarno pravo Republike Hrvatske ne pravi supstancijalnu razliku između svojih zastupnika jer bi to bilo suprotno konstitucionaliziranim načelima konstitucionalizma, reprezentacije i jednakosti.

Konstitucionalizam je u razvoju suvremene ustavnodemokratske države povezoao ideju jednakosti (*all men are created equal*) s idejom suvereniteta (*We the People*) koji su u jednom dijalektičkom razvoju omogućili kompleksnu sliku njenog identiteta, različitosti i legitimiteta (usp. Rosenfeld, 1994).

Korijeni javne vlasti suvremene ustavnodemokratske države leže u ideji reprezentacije. Temeljna pitanja reprezentativne forme ustavnodemokratske države su bila i ostala ista: tko se predstavlja? Odgovori se od E. Sieyosovog *Qu'est-ce que le tiers-état?* (1789) preko američkih ustavotvoraca i njihove poruke *We The People u Deklaraciji o nevisnosti* i Ustavu SAD (1787), pa do suvremenih ustavotvoraca ne razlikuju, i to zato jer je odgovor toliko evidentan: objekt reprezentacije je narod. U modernim državama vlada ne zahtijeva da vlada nad narodom. Izabrani političari djeluju u ime naroda, vlada predstavlja narod. U tom bi se smislu reprezentativnu vladu trebalo razumjeti kao metodu pomoću koje je narod u stanju upravljati samim sobom. Međutim, reprezentacija u masovnim društvima nije samo puki mehanizam koji osigurava čujnost glasova svih građana, zato jer su svi ljudi rođeni jednaki (*all men are created equal*) i nije samo produkt povijesnog razvoja. Zbog svoje sposobnosti da upravlja konfliktima na učinkovit način, reprezentativni je sistem superioran oblik vlade (usp. Hont, 1995; prema Loughlin, 2004:63). U njemu se polako ali sigurno neutralizira i dekonstruira generalna tendencija koja povezuje jednakost s identitetom i nejednakost ili inferiornost s različitošću. Dugo su se etničke, rasne, spolne, religijske i druge različitosti koristile kako bi se njima impostirali biljezi inferiornosti. Jednakost se odbacivala upravo zbog duge povijesti korištenja određenih razlika kao znakova inferiornosti.

Ipak, sva razmatranja o jednakosti koje ima u vidu suvremeni konstitucionalizam sugeriraju da se dobrovoljni ili prihvaćeni identiteti, ili različitosti uvažavaju sve dotle dok se na njih poziva u svrhu proširivanja zaštite fundamentalnih interesa. S druge strane, različitosti ne bi trebalo uvažavati onda ukoliko one vode slabljenju ustavno značajnih obzira prema jednakosti. Organsku povezanost između načela konstitucionalizma, reprezentacije i jednakosti ilustriram sljedećim primjerima.

2.1. Primjer SAD. Prva je ustavna demokracija na svijetu povijesno vezana uz isključenost Afroamerikanaca iz političke zajednice. Pitanje o demokratskom uključivanju stalno je otvoreno, ali mu danas cilj više nije puko ostvarivanje formalnog prava na glasovanje. Danas se potiskivanje rasne (etničke) manjine na fundamentalan način povezuje uz nedostatak političke vlasti. Iako Afroamerikanci (i druge manjine) danas imaju biračko pravo, njihov je zakonodavni utjecaj na javnu politiku koja upravlja njihovim životima oskudan (usp. Sarmah, 2007; Peniel, 2008). To je i prvi razlog zbog čega su pitanja glasovanja, reprezentacije, rase, vlasti i isključivanja u samom centru recentnih odluka Vrhovnog suda SAD.

Suština najnovijih odluka Vrhovnog suda SAD o manjinskoj reprezentaciji tiče se sukoba dva pogleda na klauzulu o jednakosti iz XIV. amandmana na Ustav SAD. Prvom je irelevantna boja kože (*color-blind*), drugi je svjestan značaja rasne i manjinske raznolikosti (*color-conscious*)

Tijekom 1990-ih Vrhovni sud SAD donio je kontroverznu odluku *Shaw v. Reno* 509 U.S. 630; 1993 o manjinskoj reprezentaciji. Sud je zauzeo stav da su određena izborna područja s afričkom većinom povrijedila ustavnu klauzulu o jednakoj zaštiti iz XIV. amandmana. Konkretno, Sud je u predmetu *Shaw* razmatrao pitanje ustavnosti XII. distrikta – većinski-manjinskog područja u North Carolini. Ono što je utjecalo na negativni stav Suda prema distriktu bio je njegov neobičan geografski oblik koji je praktično slijedio uglavnom kućanstva crnih glasača. Zato su bijeli glasači tužili državu dokazujući da je država N. Carolina stvorila neustavno rasni *gerrymander* i time povrijedila njihovo ustavno pravo na participaciju u bitno "daltonističkom" izbornom procesu, dakle procesu koji je slijep za boje (*color-blind electoral process*). Kontroverzu je pojačala činjenica da je nakon objave rezultata izbora u XII. distriktu, N. Carolina, prvi put nakon rekonstrukcijske ere (1865-1877), u tom distriktu dobila svog prvog afroameričkog predstavnika u Kongresu SAD.

Shaw v. Reno (1993) predstavlja dramatično odvajanje Suda od njegove ranije pozicije po kojoj će se rasno svjesni pristup izradi izbornih područja s vremenom tražiti kako bi se nastojala sačuvati sposobnost rasnih manjina da izaberu kandidate po vlastitom izboru. Treba imati na umu da je predmet *Shaw v. Reno* (1993) došao pred Sud u vrijeme kada su Amerikanci bili uočljivo podijeljeni oko pitanja na koji način manjinama proširiti pravne mogućnosti uključivanja u život zajednice. Na jednoj strani brojne su liberalne grupe dokazivale da se manjinama

trebaju dati posebne prednosti, i to ne samo u pitanju izbora vlastitih predstavnika, već i u visokom školstvu i na radnom mjestu. S druge strane, umjereni i konzervativci su se žalili da su rasne (manjinske) preferencije krajnje sumnjive i da iste nisu ništa drugo nego izvrnuta diskriminacija što je, po njima, dokazivao slučaj izbornog područja u N. Carolini.³

Suština najnovijih odluka Vrhovnog suda SAD o manjinskoj reprezentaciji se tiče sukoba dva pogleda na klauzulu o jednakosti iz XIV. amandmana na Ustav SAD. Prvom je irelevantna boja kože (*color-blind*); drugi je svjestan značaja rasne i manjinske raznolikosti (*color-conscious*). Središnje mjesto tradicionalnog tumačenja je da posljednje odluke suda o izbornim područjima ne pristaju dihotomiji *color blind/color conscious*. Većina je u Sudu podijeljena između "rasne" dozvole koju sadržava Zakon o izbornim pravima (*Voting Rights Act*) i zabrane prevelikog utjecaja "rase" kojim se pretpostavlja ide protiv Ustava. Riječ je zapravo o dvije koncepcije demokracije. Dok većina iz spomenutih odluka inzistira na individualističkoj koncepciji demokracije, manjina naglašava neravnotežu u političkoj vlasti između dominantne (bijele) većine i manje snažne (crnačke) manjine. Individualistička koncepcija sagledava demokraciju kao sistem vlasti koji u političkom procesu predstavlja interese pojedinaca, a ne rasnih (manjinskih) grupa. S druge strane, stajalište manjine u Sudu sagledava demokraciju kao posredovanje relativne političke vlasti grupa u društvu. Stajalište većine je donekle paradoksalno jer njihove odluke istodobno negiraju i priznaju relevantnost rasnih grupa u reprezentaciji (usp. Dawood, 2003).

2.2. Primjer Kanade i Izraela. Iako su Izrael i Kanada većinske demokracije, i jedna i druga država poznate su po naporima da se priznaju manjinska prava.

2.2.1. Izrael kao "židovska i demokratska država". Iako je Izrael kao "židovska i demokratska država" sve angažiraniji u politici protiv diskriminacije arapskih građana, najviši domet priznavanja građanskih prava manjina ova je država dostigla forsirajući klasični tip predstavljanja koji se naziva "odgovarajuća reprezentacija". Pojam *odgovarajuće reprezentacije* inače je plod izraelske antidiskriminacijske legislative koja je oblikovala

Generalno, Izrael priznaje jednakost u općim građanskim pravima (osobna, politička, socijalna, ekonomska), ali ne i na području grupno diferenciranih prava

dva tipa takve reprezentacije. Klasična "odgovarajuća reprezentacija" donosi korist članovima manjinskih zajednica bez izravnog uključivanja zajednice kojoj pripada ciljani pojedinac. Ova vrst reprezentacije najpoznatija je u području zapošljavanja. Drugi tip "odgovarajuće reprezentacije" nastao je u pokretu za manjinska prava. Za razliku od klasičnih programa afirmativne tužbe, ovaj tip izravno uključuje manjinske zajednice. Ov-

dje manjinska zajednica određuje tko i kako uživa beneficije.

Na postojanje ova dva tipa reprezentacije ukazao je Vrhovni sud Izraela. Naime, VSI je naložio da se građanima arapsko-palestinskog porijekla omogući "odgovarajuća reprezentacija" u Vijeću zemaljske uprave Izraela koje u ime države upravlja ogromnim površinama zemljišta. Odluka je zapamćena zbog toga jer je naglašavala potrebu da reprezentacija bude više od isprazne fraze, dakle puno više od pukog postavljanja jednog arapskog predstavnika u toj važnoj upravi. Ipak, odluka je ostala bez odjeka unutar arapsko-palestinske zajednice, možda i zbog toga jer Sud nije rješavao pitanje na koji će se način izabrati taj predstavnik.⁴

Međutim u odluci *Adalah vs. Municipality of Tel-Aviv-Jaffa* Sud je na impresivan način artikulirao razlike između kulturnih grupa u izraelskom društvu. Predmet se tiče osjetljivog pitanja grupno-diferenciranih prava arapske manjine. Generalno, Izrael priznaje jednakost u općim građanskim pravima (osobna, politička, socijalna, ekonomska), ali ne i na području grupno-diferenciranih prava. Značaj odluke VSI u ovoj odluci koja je na području jezičnih prava napravila razliku između domovinskih i useljenih manjina u tome što je po prvi put arapsko-palestinskoj manjini bila priznata posebnost kao domovinskoj manjini.⁵

Unatoč progresivnoj demokratizaciji kanadskog sustava manjinske reprezentacije, problem rasipanja glasova postojećih manjina (*visible minority vote dilution*) još je otvoren

2.2.2. Kanada kao pluralno i multikulturalno društvo. Za razliku od Izraela, Kanada je svojom politikom reprezentacija odavno riješila pitanje svog "demokratskog deficita". U ovoj zemlji reforme koje imaju cilj poboljšati reprezentaciju manjinskih grupa i žena stalno se opravdavaju kao suštinske promjene načina na koji građani biraju svoje demokratske predstavnike. Važan, ako ne i najvažniji, element debate o redizajniranju izbornog sustava u Kanadi je temeljno pitanje jednakosti izbornih prava. Iako pod postojećim ustavnim i zakonskim odredbama svi odrasli kanadski građani imaju biračko pravo, aktualna težina njihovih glasova u potpunosti zavisi i o tome gdje žive. To se prije svega ima zahvaliti načinu raspodjele mandata unutar i između kanadskih provincija.

Naime, ustavne garancije o minimumu mandata za provincije kojima stanovništvo opada prema cjelini stanovništva u Kanadi, zajedno s ograničenjima rasta Donjeg doma saveznog parlamenta (*House of Commons*), znače da reprezentacija iz provincija čija populacija raste značajno ne održava korak s novom demografskom stvarnošću. To jednostavno znači da pali glasovi u Ontariju, British Columbiju i Alberti vrijede mnogo manje od glasova u drugim provincijama. Drugo, unutar provincija ruralna područja su nadpredstavljena u odnosu na urbana područja. Ustavnost ove prakse podržao je Vrhovni sud Kanade u slučaju broj 8 - prosinac 2011.

Reference re Provincial Electoral Boundaries (Carter Decision) u kojemu je Sud zaključio da se biračko pravo koje garantira čl. 3. kanadske Povelje o pravima odnosi na pravo *efektivne reprezentacije*, a ne na paritet u biračkoj ovlasti.

Unatoč progresivnoj demokratizaciji kanadskog sustava manjinske reprezentacije, problem rasipanja glasova postojećih manjina (*visible minority vote dilution*) još je otvoren. Pitanje daljnjeg reformiranja koje potiču uvjeti života i razvoja kanadskog društva u cjelini i dalje se kreće oko pitanja imaju li glasači postojećih manjina jednako pravo glasovanja (usp. Pal i Chudhry, 2007).

Ad 2.

Ipak, u tumačenju čl. 15. Ustava RH treba imati u vidu da isti korespondira sa suvremenom teorijom i praksom ustavne demokratske države jer otvara mogućnost propitivanja jednog od temeljnih pitanja suvremene ustavne demokracije, a to je: je li manjinsko (etničko) glasovanje dobro za demokratsku državu?

Ovo je pitanje široko raspravljeno u suvremenoj literaturi ustavnog i izbornog prava. U jednom od temeljnih i utjecajnih djela suvremene političke misli A. Lijphart snažno zagovara potrebu da pluralna društva u svojim političkim institucijama formaliziraju etničku reprezentaciju. To je važno zbog toga jer svako uključivanje odnosno isključivanje etničke reprezentacije *volens nolens* izravno oblikuje konkretni demokratski politički proces.

Pitanje etničke reprezentacije povezivalo se i s klasičnim pitanjem o postojanju uspješne demokracije. Naime, obogaćuje li etnička reprezentacija ustavnodemokratsku državu, odnosno u kojoj mjeri joj pomaže na putu uspješnog ispunjenja ciljeva ustavne demokracije? Minimalističke definicije demokracije definiraju demokratsku vladavinu uglavnom kroz postojanje i upotrebu natjecateljskih izbora, ali druge definicije naglašavaju potrebu postojanja dodatnih faktora koji su također potrebni za funkcioniranje demokratskog društva. Tako je američki politolog R. Dahl isticao nužnost postojanja participacije, odnosno

Glasovanje po etničkom ključu je po svojoj prirodi ona odluka koju potiče osjećaj pripadnosti etničkom identitetu i grupi te uvijek predstavlja manifestaciju politiziranog kolektivnog identiteta

ideje da demokracija mora "kompletno ili gotovo kompletno odgovarati *svim* svojim građanima". L. Diamond posebno naglašava zaštitu manjinskih prava, jednakost pred zakonom, pravo svih grupa da formiraju stranke i da se natječu u izborima. Uključivanje manjinskih interesa u vladu je nužna komponenta demokratskog društva. U demokraciji etničke grupe imaju pravo formirati svoje stranke, stvarati strategiju i glasovati za

etničku stranku kojoj je cilj uključiti se u natjecateljski izborni proces. No, te grupe mogu postojati i kao puka podrška drugim strankama, očekujući da u donošenju političkih odluka one zastupaju njihov interes.

Glasovanje po etničkom ključu je po svojoj prirodi ona odluka koju potiče osjećaj pripadnosti etničkom identitetu i gru-

Etničko glasovanje kao primjer "strategije glasovanja" može biti iskaz ravnoteže između snažnog osjećaja identiteta i različitosti, s jedne strane, i osjećaja lojalnosti i pripadnosti državnoj cjelini, s druge strane

pi te uvijek predstavlja manifestaciju politiziranog kolektivnog identiteta. A takvi politizirani kolektivni identiteti usmjeravaju pažnju ljudi (zastupnika) prema njihovim kolektivnim (ili socijalnim) identitetima, a ne više suprotstavljenim individualnim ili osobnim identitetima. Kolektivni identitet postaje primarni regulator njihovog ponašanja.

Naravno, mogućnost etničkog glasovanja i reprezentacija manjinskih interesa čini vladu odgovornijom prema svim njenim građanima, ono omogućuje angažiranje manjina u političkom procesu, te dopušta grupama osiguravanje zaštite njihovih etničkih i kulturnih prava (Lijphart, 1977; 1994; Dahl, 1972; Diamond, 1999).

Etničko glasovanje kao primjer "strategije glasovanja" može biti iskaz ravnoteže između snažnog osjećaja identiteta i različitosti te osjećaja lojalnosti i pripadnosti državnoj cjelini. Etničko glasovanje traži politizirani etnički identitet, što ga potiču razumijevanje za zajedničke poteškoće i neprijateljski odnosi. U isto vrijeme, etničko glasovanje traži da članovi manjinske grupe priznaju državu kao legitimni autoritet i iskazuju vjeru da će ona pružiti odgovore na grupnu mobilizaciju i zahtjeve, što u krajnju ruku dijelom zavisí i od mobilizacijskog potencijala određene grupe u društvu (usp. OSCE, 1999).

III.

Proizlazi li iz čl. 15. stavka 3. Ustava zahtjev da mandat zastupnika nacionalnih manjina mora imati određene specifičnosti u odnosu na mandat "općih zastupnika" iz čl. 71 (72) Ustava?

Imajući u vidu projekciju ustavnopravnog poretka (čl. 3. Ustava), a posebno smisao i značaj i ulogu reprezentacije unutar ustavnopolitičkog sistema Republike Hrvatske, moguć je zaključak o integralnom karakteru zastupničkog mandata jer bi svako naglašavanje njegovog dualističkog karaktera bilo suprotno čl. 1., čl. 71., i čl. 75. st. 1.

Na evoluciju i konsolidaciju određenog karaktera zastupničkog mandata mogu danas utjecati tri razine političke jednako-

sti: (1) riječ je o kapacitetu koji zastupnički mandat oblikuje kao rezultat političke jednakosti u smislu da je isti konsekvencija prava na sudjelovanje u izborima svakog građanina unutar određene jurisdikcije; (2) mandat je u pravilu izraz prava na jednaku težinu glasa; (3) mandat je rezultat jednakosti u procedurama i mehanizmima koji se koriste u glasovanju.

Činjenica da pripadnici nacionalnih manjina mogu imati pravo biranja "svojih zastupnika", o čemu govori čl. 15. st. 3, ne mijenja smisao tradicionalnih aksioma o suverenoj vlasti i njenom predstavnštvu u Republici Hrvatskoj i suštinskoj jednakosti "elektoralnih struktura". Na to posebno jasno ukazuju *Izvorišne osnove* Ustava RH i niz odredaba u normativnom dijelu Ustava koje izravno oblikuju determinante odnosa između demokracije i reprezentacije u kojemu demokratski predstavnički mandat predstavlja fundamentalno legalistički izvor aktivističkog karaktera zastupničke funkcije.

U suvremenom političkom prostoru Republike Hrvatske, koji također karakterizira i međuigra *demosa* i *etnosa*, Ustav daje prednost demokratskom mandatu koji je pravilo u odnosu na etnički mandat koji je izuzetak. To je tako između ostaloga i zato jer se u Republici *demosa* u cjelini sastoji od zajednice slobodnih i ravnopravnih građana koje ona povezuje svojim ustavnim i drugim pravom, dok se *etnos* prije svega povezuje uz zajednicu čije članove ujedinjuju predpolitički atributi poput jezika, kulture, podrijetla, religije, pa čak i rase.

U suvremenom političkom prostoru Republike Hrvatske Ustav daje prednost demokratskom mandatu koji je pravilo u odnosu na etnički mandat koji je izuzetak

Izvorišne osnove

(...) Poštujući, na slobodnim izborima odlučno izraženu volju hrvatskoga naroda i svih građana, Republika Hrvatska oblikuje se i razvija kao suverena i demokratska država u kojoj se jamče i osiguravaju ravnopravnost, slobode i prava čovjeka i državljanina, te promiče njihov gospodarski i kulturni napredak i socijalno blagostanje.

Članak 1.

Republika Hrvatska jedinstvena je i nedjeljiva demokratska i socijalna država.

U Republici Hrvatskoj vlast proizlazi iz naroda i pripada narodu kao zajednici slobodnih i ravnopravnih državljanina.

Narod ostvaruje vlast izborom svojih predstavnika i neposrednim odlučivanjem.

Članak 71.

Hrvatski sabor je predstavničko tijelo građana i nositelj zakonodavne vlasti u Republici Hrvatskoj.

Članak 75. (st. 1.)

Zastupnici u Hrvatskom saboru nemaju obvezujući mandat.

Argumentacija**Ad 1.**

Za suvremenu ustavnopravnu misao demokracija i reprezentacija su u tolikoj mjeri povezane da su postale gotovo konceptualno neodvojive. Imajući u vidu čvrstinu veze između demokracije i predstavnštva temeljno je pitanje još uvijek ono staro pitanje: na koji način najbolje ostvariti političku reprezentaciju? Je li zastupnik puki opunomoćenik onih koje predstavlja, ovlaštenik koji prenosi njihove instrukcije, ili je povjerenik ustvari zastupnik koji slobodno i racionalno djeluje u interesu onih koje zastupa i to na način da on sam i to u skladu s vlastitim prosudbama odlučuje o tome što je najbolje činiti u interesu onih koje zastupa?

**Iz karaktera slobodnog mandata
proizlazi ništavnost pokušaja
afirmiranja imperativnog mandata
kao radnje kojom se između
mandatara i mandata uspostavlja
odnos zavisnosti i odgovornosti**

Parlamentarni mandat kao *punomoć koju su zastupnici dobili od birača* u najvećem broju parlamentarnih uređenja karakterizira prije svega imperativ slobode, što znači da je zastupnik u obnašanju svoje zastupničke funkcije slobodan i neovisan te da pravno nije vezan za nikakvu aktivnost prije samog izbora niti za bilo kakvu manifestaciju volje njegovih birača nakon izbora. Iz karaktera slobodnog mandata proizlazi ništavnost pokušaja afirmiranja imperativnog mandata kao radnje kojom se između mandatara i mandata uspostavlja odnos zavisnosti i odgovornosti.

Status eminentno slobodnog karaktera parlamentarnog mandata u smislu njegove neovisnosti omogućuje postojanje posebnih zaštita, prije svega ustavnih i parlamentarnih imuniteta te modaliteta glasovanja koje prije svega karakteriziraju javnost i osobnost. Međutim, sva ta parlamentarna sredstva djelovanja i zaštite zastupnika imaju pečat ustavnog, dakle općeg, a ne pukog parcijalnog i funkcionalnog karaktera.

Bilješke

1 Mišljenje koje je na zahtjev Ustavnog suda Republike Hrvatske napisao Arsen Bačić. Uredništvo je u tekstu izvršilo manja kraćenja, jezične intervencije i intervencije potrebne zbog prilagodbe formatu časopisa. Intervencije uredništva ni na koji način ne utječu na semantiku teksta, niti iskrivljuju

mišljenje autora. Oprema teksta je redakcijska, a različiti naglasci u samom tekstu autorovi (nap. ur.).

- 2 Mato Arlović, sudac ustavnog suda RH (nap. ur.).
- 3 Vrhovni sud SAD imao je nakon odluke u predmetu *Shaw v. Reno* (1993) još nekoliko sličnih odluka. U predmetu *Miller v. Johnson* 515 U.S. 900. (1995) Sud je proširio svoju argumentaciju iz *Shawa* stajalištem da bi svaki plan uređivanja područja bio ništetan ukoliko bi "rasa bila dominantan faktor" motivirajući time zakonodavno tijelo prilikom izrade novog plana. Svoju novu jurisprudenciju Sud je primijenio u *Bush v. Vera* (1996) i *Shaw v. Hunt* (1996) kako bi preokrenuo ustavnost većinsko-manjinskih područja. U svim slučajevima sudačka je manjina (*dissenting justices*) oštro kritizirala novu poziciju Suda u oblasti manjinske reprezentacije. Usp. Hall (1999).
- 4 Usp. *Association for Civil Rights in Israel v. Israel* HCJ 6924/98 *Ass'n for Civil Rights in Israel v. Israel* [2001] IsrSC 55(5) 15., cit. pr. Saban (2006).
- 5 Usp. HCJ 4112/99 *Adalah vs. Municipality of Tel-Aviv-Jaffa* [2002] IsrSC 56(5) 393, cit. pr. Saban (2006).

Literatura

- Dahl, R. A. (1972). *Polyarchy: Participation and Opposition*. New Haven: Yale University Press.
- Dawood Y. A. (2003). Minority Representation, the Supreme Court, and the Politics of Democracy. *Studies in Law, Politics and Society*. (28): 33-72.
- Diamond, L. (1999). *Developing Democracy: Toward Consolidation*. Baltimore: Johns Hopkins University Press.
- Hall, K. L. (ur.) (1999). *The Oxford Guide to United States Supreme Court Decisions*. Oxford: Oxford University Press.
- Henrad, K. (2007). The Protection of Minorities through the Equality Provisions in the UN Human Rights Treaties: The UN Treaty Bodies, *International Journal of Minority and Group Rights*. 14: 141-180.
- Hont, I. (1995). The Permanent Crisis Of A Divided Mankind: Contemporary Crisis of the Nation State in Historical Perspective. U: Dunn, J. (ur), *Contemporary Crisis of Nation State*. Oxford: Blackwell. Str. 166-231.
- Lambert, P.-Y. (2010). An Overview of Parliamentary Representation of Ethnic Diversity in Poland, Greece and France. *ENARgy*. Dostupno na: http://cms.horus.be/files/99935/MediaArchive/publications/ENARgy_08_2010_EN_LR.pdf
- Lenaerts, K., Van Nuffel, P. (2005). *Constitutional Law of the European Union*. London: Thompson.
- Lijphart, A. (1977). *Democracy in Plural Societies*. New Haven: Yale University Press.
- Lijphart, A. (1994). *Electoral Systems and Party Systems: A Study of Twenty-Seven Democracies, 1945-1990*. New York: Oxford University Press.
- Loughlin, M. (2004). *The Idea of Public Law*. Oxford: Oxford University Press.
- O'Connell, R. (2010). Realising Political Equality: The European Court of Human Rights and Positive Obligations in a Democracy. *NILQ*. 61 (3): 263-279.

- OSCE High Commissioner on National Minorities (1999). *The Lund Recommendations on the Effective Participation of National Minorities in Public Life & Explanatory Note*. Haag: OSCE.
- Pal, M., Choudhry, S. (2007). Is Every Ballot Equal? Visible Minority Vote Dilution in Canada, *IRPP Choices*. (13) 1: 3-30. Dostupno na: <http://www.irpp.org/choices/archive/vol13no1.pdf>
- Peniel E. J. (2008). *From Black Power to Barack Obama*. Dostupno na: <http://www.brooklynrail.org/2008/02/express/from-black-power-to-barack-obama>
- Pilati, K.. (2010). Factors Hindering and Favouring Political Participation by Migrants and Minorities in Europe. *ENARgy*. Dostupno na: http://cms.horus.be/files/99935/MediaArchive/publications/ENARgy_08_2010_EN_LR.pdf
- Rosenfeld, M. (1994). *Constitutionalism, Identity, Difference, And Legitimacy*. Durham: Duke.
- Saban, I. (2006). Appropriate Representation of Minorities: Canada's Two Types Structure and The Arab Palestinian Minority in Israel. *Penn State International Law Review*, (24) 3: 563-594.
- Sarmah, S. (2007). Is Obama Black Enough?, *Columbia Journalism Review*. Dostupno na : http://www.cjr.org/politics/is_obama_black_enough.php ■