



Revus

Journal for Constitutional Theory and Philosophy of
Law / Revija za ustavno teorijo in filozofijo prava

17 | 2012

Pravo, nogomet in nauk o razlaganju

Multikulturalna demokratija i uloga Saveta Evrope u politici ustavne zaštite ljudskih i manjinskih prava

Primer manjinskih prava nedržavljana

Multicultural Democracy and the Role of the Council of Europe in the Policies of Constitutional Protection of Non-Citizen Minority Rights

Lidija R. Basta Fleiner



Electronic version

URL: <http://journals.openedition.org/revus/2199>

DOI: 10.4000/revus.2199

ISSN: 1855-7112

Publisher

Klub Revus

Printed version

Date of publication: 10 juin 2012

Number of pages: 7-17

ISSN: 1581-7652

Electronic reference

Lidija R. Basta Fleiner, « Multikulturalna demokratija i uloga Saveta Evrope u politici ustavne zaštite ljudskih i manjinskih prava », *Revus* [Online], 17 | 2012, Online since 08 January 2013, connection on 22 September 2020. URL : <http://journals.openedition.org/revus/2199> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/revus.2199>

All rights reserved

Multikulturna demokratija i uloga Saveta Evrope u politici ustavne zaštite ljudskih i manjinskih prava

Primer manjinskih prava nedržavljana

1 UVOD

Demokratski *acquis* Saveta Evrope (SE), sadržan u čitavom nizu dokumenata, ključan je za ulogu SE u razvoju demokratije i vladavine prava država koje su mu pristupile nakon pada komunizma.¹ Ovaj članak se bavi uticajem SE na politiku ustavne zaštite ljudskih i manjinskih prava, uzimajući za primer manjinska prava nedržavljana s obzirom na njihov značaj za nove države Zapadnog Balkana. Usmeravajuća uloga SE na ovom polju prepoznaje se pre svega u izveštajima i mišljenjima Evropske komisije za demokratiju putem prava, poznatije kao Venecijanska komisija, a zatim i mišljenjima Savetodavnog komiteta (SK) kao monitoring tela za primenu Okvirne konvencije za zaštitu nacionanih manjina (OKZNM). Dokumenta oba ekspertska tela rečito govore o tome kako SE vidi napredak u ostvarivanju sistemskih pretpostavki za delotvornu ustavnopravnu zaštitu ljudskih i manjinskih prava kao uslova *sine qua non* za demokratsku vladavinu. Više od toga: ona bitno proširuju međunarodnopravne standarde za manjinsku zaštitu nedržavljana.

S obzirom na neposrednu vezu između ustvotvorstva i sveobuhvatne, delotvorne zaštite manjinskih prava sa jedne, i demokratske vladavine (*democratic governance*) sa druge strane, tekst će prvo razmotriti izazov multikulturalizma za odgovarajuću politiku ustavne zaštite manjinskih prava (2). Analiza na primeru drugog ciklusa monitoringa primene OKZNM u Srbiji ukazuje na značaj jurisprudencije SK za nastanak fleksibilnijeg pristupa primeni kriterijuma državljanstva za manjinsku zaštitu, koji preuzima i Venecijanska komisija (3).

1 Neka od njih imaju *ius cogens* status i neposredno utiču na institucije i funkcionisanje demokratije u državama članicama, a druga imaju status preporuka. Najznačajnije izvore za demokratski *acquis* Saveta Evrope čine: konvencije, ugovori i povelje; preporuke Komiteta ministara, preporuke, rezolucije i mišljenja Parlamentarne skupštine, izveštaji najvažnijih ekspertskih tela SE, pre svega Venecijanske komisije i GRECO (Group of States Against Corruption), kao i rezolucije Komiteta i mišljenja monitoring tela za konvencije SE. *Developing Democracy in Europe: An analytical Summary of the Council of Europe's acquis*, Council of Europe, 2004, 11–12.

Nema sumnje da je do fleksibilnosti u zahtevu državljanstva za manjinsku zaštitu pre svega došlo zahvaljujući kvalitativnom preokretu u nivou međunarodnih zahteva za manjinsku zaštitu, bar kada je reč o Evropi. OKZNM je prvi međunarodni dokument koji u formi „tvrđog prava“ (*hard law*) manjinska prava proglašava delom univerzalnih, osnovnih ljudskih prava, dakle: sastavnim delom međunarodnog Billa o pravima. U ovom kontekstu se najbolje i prepoznaje osobenost SE kao „ustavnopravnog savetnika“ u odnosu na neke od poznatih primera „ustavotvorstva“ najuticajnijih aktera međunarodne zajednice u strategiji pacifikacije društava i demokratske rekonstrukcije država nakon etničkih ili „preventivnih“ ratova.²

2 KONTEKST

Problem nacionalnih manjina kao politički neravnopravnih grupa sa posebnim kulturnim identitetom empirijski je dokazao da se „liberalno-demokratska univerzalnost“ katkada ne proteže čak ni do granica određene države. Na delu je partikularizam u okviru političke zajednice koja sebe vidi kao demokratsku, dakle univerzalnu. Međutim, nacija kao suvereni narod - demos - nije više isto- vetna sa narodom.

Iz ovog ugla posmatran, multikulturalizam jeste ujedno ključni fenomen i epohalni izazov za post-moderni konstitucionalizam. Kao zahtev za vraćanje grupnog kulturnog identiteta u sferu politike i ustava, multikulturalizam razotkriva partikularnost današnje „univerzalnosti“, tačnije: ne-demokraciost individualističkog liberalizma u multi-etničkim, multi-jezičkim, a - tendencijski - i multi-religioznim društvima, i to na globalnom planu. Dugo vremena su tolerancija prema pravima drugih i poverenje u odluku većine - određujuće vrline liberalnog građanstva - bili pravi odgovor na strukturnu ambivalenciju u odnosu između demokratije i individualne slobode. Multikulturalizam je savremenu misao o demokratskoj politici stavio pred novi, nimalo jednostavan zadatak: da pronađe imanentan odgovor na pitanje sudbinsko za svaki demokratski konstitucionalizam utemeljen u individualističkom liberalizmu, a to je: Da li većina po definiciji uvek zastupa legitimnu, dakle suverenu volju naroda? U ime toga pitanja komunitaristički argument o načelu multikulturnog građanina (*multicultural citizenship*) poziva na preispitivanje jednog od konstitucijskih

- 2 Dok je moderno ustavotvorstvo bilo ključni činilac konstituisanja modernih nacija, ova najnovija post-moderna ustavna paradigma raskida sa immanentnom vezom između ustava i demokratije. Reč je zapravo o fenomenu oživljavanja ustavotvorstva kao donošenja novih ustavnih dokumenata i ujedno odumiranja ustavotvorstva kao autentičnog čina demokratskog konstitucionalizma. Više: Lidija Basta Fleiner, *The International Community and Constitution-Making*, u: F. Hufen (ur.), *Verfassungen. Zwischen Recht und Politik*. Festschrift zum 70. Geburtstag für Hans-Peter Schneider, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2008, 491–499.

načela moderne političke zajednice, po kojem prostor političkog odlučivanja ostaje sistemski zatvoren za artikulaciju razlika u kulturnom identitetu, pre svega etničkog i religijskog.

S tim u vezi, Rezolucija Parlamentarne skupštine Saveta Evrope (PSSE) iz 2006. o multikulturnoj naciji kao građanskom konceptu (*multicultural citizenship*) označava prekretnicu u dosadašnjem diskursu o međunarodnim standardima za ustavnopravni statusu manjina, i to ne samo u SE, već i u odnosu na druge najznačajnije međunarodne organizacije, uključujući i UN.³ Istovremeno je reč o neverovatnom paradoksu. Ponovimo da OKZNM kao najznačajnija konvencija SE za manjinsku zaštitu proglašava manjinska prava delom međunarodnog Bila o pravima, dakle osnovnim. Štaviše, ova konvencija prva u vidu participacionih prava reguliše i političku dimenziju manjinskog položaja. Uprkos tome, ona se zaustavlja na liberalnom shvatanju tolerancije kao isključivo individualne slobode. Države-potpisnice obavezuju se da garantuju punu i efektivnu ravnopravnost pripadnicima nacionalnih manjina, a ne manjini kao grupi. Iako UN Deklaracija iz 2007. o pravima starosedelaca (UN Declaration on Indigenous Peoples) na velika vrata uvodi kolektivna prava za starosedelačke narode, nema sumnje da kolektivna prava za nacionalne manjine još dugo neće postati međunarodnopravni standard manjinske zaštite. Post-moderni konstitucionalizam za sada nije uspeo da racionalno, analitički pobedi podzrenje koje je nama na ovim prostorima iz razumljivih razloga blisko: naime, kako je moguće trajno pomiriti dva podjednako značajna konstitucijska načela: o teritorijalnoj celovitosti i suverenitetu jedne države, sa jedne strane i o konsekventno demokratskoj integraciji manjina u tu istu državu, sa druge.⁴

Demokratski *acquis* SE razvija se proaktivno i fleksibilno, ali nije lišen ambivalencije. Razlog tome valja tražiti u činjenici da demokratizacija u novim državama članicama nakon pada komunizma podrazumeva istovremenu konstitucijsku promenu i sistemsku političku reformu. Istovremeno, Savet Evrope od najveće zapadnoevropske regionalne organizacije koja promoviše liberalne

3 „Opšti trend u razvoju nacionalne države odlikuje transformacija, zavisno od slučaja, od etnocentrične ili monoetničke građanske države, ka multikuturnoj naciji i državi.“ - PACE Resolution 1735(2006), URL: <http://assembly.coe.int/main.asp?Link=/documents/adopted-text/ta06/errec1735.htm>.

Debata o legitimacijskim temeljima Srbije u ustavnim raspravama nakon 2000. godine pokazala je da je zapravo reč o konstitucijskom izazovu određenja Srbije kao političke zajednice, odnosno demokratske nacionalne države upravo s obzirom na prirodu ustavnog statusa manjina. Vidi: Lidija R. Basta Fleiner, Introductory Remarks, u: L. R. Basta Fleiner (ur.), *Constitutional Reform in Serbia and Yugoslavia*, Belgrade Centre for Human Rights, Beograd, 2001, 9–16.

4 Kolikog paradoksalno zvučalo, ovo pitanje ima samo jedan odgovor: U državi sa većim brojem etničkih zajednica, dosledna demokratska integracija manjina u političku zajednicu kao naciju na kojoj se temelji država, ostaje jedino sistemsko obezbeđenje za njenu teritorijalnu celovitost i njen suverenitet. O tome više: Lidija R. Basta Flajner, *Beseda povodom dodele nagrade „Miodrag Jovičić“*, Beograd, oktobar 2008. g.

vrednosti prerasta u globalnu evropsku organizaciju,⁵ sa zadatkom da u novom povesnom kontekstu potvrdi univerzalnost vladavine prava i zaštite ljudskih prava, uključujući i manjinska prava, kao strukturne uslove demokratske vladavine. Razumljivo je što strategija demokratizacije SE kada je reč o novim članicama mora da uzme u obzir odnose realne političke moći koji stoje iza novih demokratskih institucija, kao i uticaj istorijskih prilika na odluku o određenim institucionalnim aranžmanima.⁶ Štaviše, pomenuta rezolucija PSSE o multikulturnom građanstvu (*multicultural citizenship*) jedan je u nizu dokaza da demokratski *acquis* SE za njegove najznačajnije organe i ekspertsku tela ne ostaje dogmatski vezan za ustavni status građanina kao konstitutivno načelo političke zajednice nacionalnih država. Demokratski standardi se stalno preispituju i razvijaju. Institucionalno-pravna rešenja i odgovori na rastući multikulturalizam evropskih društava prestaju da budu tema isključivo normativnih akademskih rasprava između liberalizma i komunitarizma. Postaje jasno da je pravna zaštita kulturnog identiteta ne samo za nacionalne već i etničke/migranstske manjine uslov socijalnog mira u mnogim do juče monoetničkim državama (Irska, npr.).⁷ U prilog inherentnoj vezi između migranata, nacionalne države i stabilnog, tolerantnog društva zalaže se i Izveštaj Venecijanske komisije iz 2006. o manjinskim pravima nedržavljana.⁸ Konačno, već je Preporuka PSSE 1623 iz 2003. g. utvrdila da “države nemaju bezuslovno pravo da odlučuju o tome kojim

5 Belorusija nije član SE, razlog je u odbijanju da ukine smrtnu kaznu.

6 I nakon poznate debate između Horovica i Linca o relativnim prednostima prezidencijalizma odnosno parlamentarizma za demokratizaciju, za najveći broj autora koji su se bavili efektima „institucionalnog izbora“ (institutional choice) na stepen i brzinu demokratizacije, parlamentarizam ostaje „bolji“ sistem vlasti. S druge strane, političari i ustavotvorci većinom ostaju „gluvi“ na ovu poruku. Nijedan predsednički sistem nije se do sada zamenjen parlamentarnim, dok je obrnuti trend gotovo postao pravilo. Reč je pre svega o latinoameričkim i postkomunističkim tranzicionim državama. U oba slučaja su predsednički i polupredsednički sistemi viđeni kao optimalni institucionalni izbor u sasvim osobenim prilikama prve faze demokratske tranzicije, jer su istovremeno obezbeđivali demokratski legitimitet i efektivnu i efikasnu vladavinu. Više o tome: Lidija R. Basta Fleiner, *Governmental Systems in Multicultural Societies*, Fribourg 2005. URL: http://www.federalism.ch/files/documents/governmental-systems_tipsheet_209.01_final.pdf.

7 Migranstske etničke grupe, za razliku od nacionalnih manjina, žive u uslovima teritorijalne razdvojenosti od svog kulturnog identiteta. Štaviše, u velikom broju slučajeva opstaje rascjep između (stečenog) državljanjskog statusa i kulturnog identiteta. Uprkos tome, ili upravo zbog toga, nova rasprava u EU i SE o politici prema migrantima „prelazi Rubikon“ i počinje da gleda na kulturni identitet migrantskih manjina kao deo predmeta zaštite putem njihovih prava. Više o tome Lidija Basta Fleiner, *Participation rights under the FCNM: towards a legal framework against social and economic discrimination*, u: *Institutional accommodation and the citizen: legal and political interaction in a pluralist society*, Council of Europe, Trends in social cohesion, Strasbourg, 2009, 67–84.

8 *Report on Non-Citizens and Minority Rights*, 15-16th December, 2006 - CDL-AD(2007)001. URL: [http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD\(2007\)001-e.pdf](http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)001-e.pdf). O Izveštaju će biti više reči u analizi drugog ciklusa monitoringa za OKZNM.

će grupama, tačnije njihovim pripadnicima na svojoj teritoriji priznati status nacionalne manjine u smislu OKZNM.⁹

Ovakav „strateški dinamizam“ u određivanju i tumačenju sopstvenog demokratskog *acquis*-a legitimisao je Savet Evrope u ulozi pružanja „prve pomoći“ pri ustavnom rekonstituisanju novih država članica. To je obrazac. Međutim, postoje i indikativni izuzeci od ovog pravila. Nemajući uvek uporište u nacionalnom demokratskom konsensusu datih država, stavovi ključnih organa i tela SE (prevashodno Parlamentarne skupštine i Venecijanske komisije), kao i njegovih ugovornih monitoring tela (Savetodavni komitet za OKZNM, npr.) pretendovali su u nekim slučajevima na to da neposredno utiču ili posredno „intervenišu“ u najosetljivija pitanja ustavnog ustrojstva tih zemalja. Jasno je zašto je angažman SE kao „posrednog zakonodavca“ u takvim slučajevima izazivao kontroverzne debate u organima SE i negativne reakcije neposredno zainteresovanih država.¹⁰

3 NADZOR NAD PRIMENOM OKZNM I FLEKSIBILNOST DRŽAVLJANSTVA KAO KRITERIJUMA ZA MANJINSKU ZAŠTITU

3.1 Pravna priroda i značaj OKZNM

Već je rečeno da OKZNM otvara novo poglavlje u međunarodnopravnoj manjinskoj zaštiti i postavlja kamen temeljac za novu prirodu i viši stepen zaštite manjinskih prava. Može zvučati preterano, ali nije. Uprkos tome što OKZNM sadrži opšta načela i ustanovljava dužnosti država ugovornica i što ne jemči utuživa individualna prava (izuzetak bi predstavljao član 3 koji utvrđuje pravo pojedinca da slobodno odluči o tome da li pripada određenoj nacionalnoj manjini ili ne). Da ponovim zašto: OKZNM je prvi multilateralni ugovor koji *obavezuje* ugovornice da prava pripadnika manjina priznaju i štite kao osnovna prava. Postavši deo integralne međunarodne zaštite ljudskih prava, manjinska prava ne spadaju više u isključivi domen unutrašnjih pitanja država ugovornica. Nadalje, uspostavljajući punu i delotvornu jednakost (*full and effective equality*) kao odlučujući standard za manjinsku zaštitu, Konvencija uvodi viši nivo

9 “Svaka odluka o priznanju statusa nacionalne manjine mora da poštuje načelo zabrane diskriminacije i da bude u skladu sa odredbama i duhom Okvirne konvencije”.

10 Ovde nije reč samo o novim državama članicama SE (Mišljenje Venecijanske komisije o referendumu za nezavisnost Crne Gore, npr.). Na primer, pozivajući se na Mišljenje Venecijanske komisije, Parlamentarna skupština SE usvojila je Rezoluciju 1301/(2002) o zaštiti nacionalnih manjina u Belgiji i osudila odlaganje ratifikacije OKZNM od strane ove države. Reakcija flamanske zajednice bila je burna i do danas ostala apodiktički negativna. Time su duboke razlike između flamanske i valonske zajednice o jezičkoj politici u Belgiji dobile novi podsticaj i dodatne argumente u raspravi o tome da li treba dati prednost teritorijalnom ili personalnom načelu. Danas se čini da Belgija nikada nije bila dalje od kompromisnog rešenja.

anti-diskriminacionih standarda. Ovi načelno u mnogim slučajevima podrazumevaju dodatna prava za lica koja pripadaju manjinama. Na kraju, ali svakako ne i manje važno, valja podsetiti na to da član 15 Konvencije,¹¹ koji ustanovljava dužnosti država ugovornica u ostvarivanju participativnih prava pripadnika nacionalnih manjina, ide mnogo dalje od člana 27 Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima zahvaljujući tome što se već u članu 4(2) OKZNM jemči učešće u društvenom, ekonomskom, kulturnom i političkom životu kao meru za ostvarivanje pune i delotvorne jednakosti.¹²

Sa stanovišta nadzora nad primenom Konvencije to znači da kada primenjuju Konvenciju, strane ugovornice imaju *obavezu rezultata* (*obligation of result*). Drugim rečima, ustavnopravna i zakonska regulativa same po sebi ne predstavljaju ispunjenje obaveza države ugovornice iz OKZNM; nivo i domet primene ocenjuju se s obzirom na strateške mere u politici državnih organa ugovornica i realni efekat tih mera na položaj pripadnika manjina. Glavni organ nadzora je Komitet ministara, kome u oceni dovoljnosti mera preduzetih od strane ugovornice radi ostvarenja načela utvrđenih u Okvirnoj konvenciji pomaže Savetodavni komitet.¹³

3.2 JURISPRUDENCIJA SK I PROBLEM DRŽAVLJANSTVA

Drugo Mišljenje Savetodavnog Komiteta o primeni OZNKM od strane Srbije i Komentar Vlade Srbije

U drugom Mišljenju Savetodavnog komiteta o primeni Okvirne konvencije od strane Srbije¹⁴ jedno od ključnih pitanja jeste neodgovarajuća primena uslo-

11 Ugovornice će stvoriti neophodne uslove za efektivno učešće pripadnika nacionalnih manjina u kulturnom, društvenom i ekonomskom životu i u javnim poslovima, naročito onim koji se njih tiču.

12 „OKZNM ujedno prva priznaju političku dimenziju manjinskih prava, a da pri tom „izbegava opasnu i radikalnu težnju za samoopredeljenjem“. Will Kymlicka, *Cultural Rights and Minority Rights: A European Experiment, manuscript*. – Više nego bilo koji drugi član OKZNM član 15 otkriva strukturnu neodređenost u pogledu individualne ili kolektivne prirode manjinskih prava i ambivalentnost argumenta da je u slučaju manjinskih prava reč o „grupnom vršenju individualnih prava“, kako Izveštaj uz OKZNM (Explanatory Report) gotovo u formi antinomije teži da naglasi jasnu razliku između individualnih i kolektivnih prava. Očigledno je da OKZNM ostaje utemeljena na liberalnim načelima tolerancije, koja se u osnovi vezuje za individualnu slobodu. Participativna prava su ta koja bi trebalo da posreduju između pojedinca i grupe. O tome više Lidija R. Basta Fleiner, *Participation Rights as Foundational in the Framework Convention for the Protection of National Minorities*, u: Li Lin, Lixixia, L. R. Basta Fleiner (ur.), *Minority Rights in China*, Paths International Ltd., Reading (UK) 2012, 343–360.

13 Postupak nadzora i obaveze države ugovornice utvrđene su u Odeljku IV, cl. 24 – 27 OKZNM, kao i Rezolucijom Komiteta ministara (97)10.

14 *Drugi izveštaj o primeni OKZNM – ACFC/SR/II (2008)001* podnet od strane Srbije 4. marta 2008. godine. Savetodavni komitet usvojio je *Drugo mišljenje o Srbiji* 19. marta 2009. g

va državljanstva za uživanje manjinskih prava. Komitet ostaje dosledan svom stavu da se manjinska prava kao deo međunarodnopravno garantovanog korpusa osnovnih ljudskih prava moraju primenjivati na što široj osnovi.

Ovakav stav Savetodavnog komiteta je razumljiv ako se imaju u vidu promene do kojih je došlo nakon 2000. godine kada je reč o međunarodnopravnim standardima u odnosu na državljanstvo kao ključni uslov za uživanje manjinskih prava. Jurisprudencija SK od 1998. do danas odigrala je u tom pogledu više nego značajnu, rekla bih, odlučujuću ulogu. Naime, već u drugom ciklusu monitoringa Savetodavni komitet se definitivno okreće fleksibilnoj i kontekstualizovanoj primeni državljanstva kao uslova za manjinski status.

U fazi izrade nacrtu Okvirne konvencije devedesetih godina neslaganje o definiciji nacionalnih manjina zapravo je odslikavalo mnogo dublje, suštinske razlike u konceptu i političkim prioritetima u vezi sa samom prirodom manjinskih prava, o čemu je već bilo reči. To je bio jedan od glavnih razloga da Okvirna konvencija prepusti ugovornicama odluku o tome kome će dodeliti status nacionalne manjine (*margin of appreciation*). Ovakvo rešenje presudno je uticalo na Savetodavni komitet da se u procesu monitoringa opredeli za „nadzor primene svakog člana ponaosob“ (*article-by-article-approach*). To mu je omogućilo da u nadzoru primene člana 3 Konvencije (pravu pojedinca da se izjasni ili ne kao pripadnik manjine bez ikakvih pravnih posledica) proveriti da li država u pitanju nije zloupotrebila pravo na utrdivanje „*ratio personae*“ kako bi unela „arbitrarna i neopravdana ograničenja“ (*arbitrary and unjustified restrictions*) za primenu OKZNM; u tom slučaju se očigledno krši navedeno opšteprihvaćeno pravilo ugovornog međunarodnog prava.¹⁵ Pored toga, normativni sadržaj, obavezujući karakter i inkluzivnost primene člana 6 Konvencije, (jedinog koji se primenjuje na „sva lica koja žive na teritoriji države

(ACFC/OP/II (2009)001). *Komentari Vlade Srbije* usledili su 26. oktobra iste godine – GVT/COM/II (2009)002. *Rezolucija sa preporukama Komiteta ministara* usvojena je 30. marta 2011. g. Detaljnije o ovoj temi, uključujući i stav Venecijanske komisije o Ustavu Srbije od 2006., vidi: Lidija R. Basta Fleiner, *Uloga Saveta Evrope u politici ustavne zaštite ljudskih prava u Srbiji nakon 2000. godine*, referat na savetovanju «Dva veka srpske ustavnosti», objavljen u Zborniku SANU, Beograd, 2011, 39–59.

15 U tome Savetodavni komitet dobija podršku Parlamentarne skupštine SE, koja u Preporuci 1623 (2003), koja smatra „da države ugovornice nemaju bezuslovno pravo da odlučuju o tome kojim grupama na svojoj teritoriji će priznati status nacionalnih manjina u smislu Okvirne konvencije. Svaka odluka o tome mora da poštuje načelo nediskriminacije i da bude u skladu sa slovom i duhom Okvirne konvencije. (...) Bilo bi veoma loše da se stvori utisak kako su evropski standardi manjinske zaštite po svojoj prirodi restriktivniji u odnosu na univerzalne standarde“. Naime, čl. 27 ICCPR ne ograničava manjinska prava na državljane, a on obavezuje sve države ugovornice Okvirne konvencije bez obzira na to što je veliki deo njih utvrdio državljanstvo kao kriterijum za primenu OKZNM.

ugovornice”)¹⁶ značajno su pomogli Savetodavnom komitetu da se u nadzoru njegove primene založi za davanje onih prava etničkim grupama bez državljanstva koja će ih u svakodnevnom životu štititi od ugrožavanja i diskriminacije po osnovu njihove etničke, jezičke ili verske pripadnosti.¹⁷

Mišljenja Komiteta o Hrvatskoj i Bosni i Hercegovini iz 2001. predstavljaju zaokret u stavu Komiteta, a koji Vencijanska komisija sledi. Reč je o tome da se uživanje prava nacionalnih manjina, kao osnovnih ljudskih prava, ne može generalno, a priori, isključivo vezati za državljanstvo (videti paragrafe 138-143 Izveštaja Venecijanske komisije). Komitet i Venecijanska komisija u ovakvom pristupu imaju u vidu razlog zajednički za sve države nastale raspadom Jugoslavije: da su dojučerašnji narodi „preko noći“ postali nacionalne manjine (vidi paragraf 76 Izveštaja Venecijanske komisije).

U već pomenutom Izveštaju o manjinskim pravima za nedržavljanke iz 2006., Venecijanska komisija pozdravlja ovakav napredak u pristupu Savetodavnog Komiteta kao dokaz „da je na delu mnogo fleksibilnija i izdiferenciranija praksa monitoringa i primene OKZNM“, čak i u onim slučajevima gde su ugovornice formalno ostale pri svojoj prvobitnoj poziciji da uživanje manjinskih prava uslovljavaju državljanstvom. Kao i Savetodavni komitet, Venecijanska komisija takođe shvata primenu „arbitrarnih i neopravdanih razlika“ kao nedvosmisleno diskriminatornu za priznavanje manjinskih prava.¹⁸ Novi, fleksibilniji i kontekstualizovani pristup državljanstvu kao elementu manjinskog statusa bitno pooštrava međunarodnopravne standarde za ocenu da li je pri uslovljavanju manjinskih prava državljanstvom u datom slučaju reč o „arbitrarnim i

16 1. Ugovornice će podsticati duh tolerancije i međukulturnog dijaloga i preduzimaće efikasne mere za unapređenje uzajamnog poštovanja i razumevanja i saradnje među svim licima koji žive na njihovoj teritoriji, bez obzira na njihov etnički, kulturni, jezički ili verski identitet, posebno u oblasti obrazovanja, kulture i medija.

2. Ugovornice se obavezuju da preduzmu odgovarajuće mere zaštite lica izloženih pretnjama ili diskriminaciji, neprijateljstvima ili nasilju zbog svog etničkog, kulturnog, jezičkog ili verskog identiteta.

17 A. Eide, bivši predsednik Savetodavnog komiteta, podseća na to da je danas opšteprihvaćeno da države ugovornice preuzimaju tri nivoa obaveza u odnosu na ljudska prava: da ih poštuju (*respect*), štite (*protect*) i obavezu da ih ispunjavaju (*obligation to fulfil*). „Jasno je iz prakse SK da države ugovornice imaju obavezu da podstiču duh tolerancije i među-kulturnog dijaloga između svih grupa koje žive na njenoj teritoriji, nezavisno od državljanstva (6.1), i da države isto tako imaju obavezu da manjine nezavisno od njihovog državljanškog statusa zaštite od pretnji ili akata diskriminacije (6.2).- Vidi: *Venice Commission Round-Table on „Non-Citizens and Minority Rights“*, Geneva, 2006 – CDL(2006)055-2 - [http://www.venice.coe.int/docs/2006/CDL\(2006\)055-e.asp](http://www.venice.coe.int/docs/2006/CDL(2006)055-e.asp).

18 „Svaka država će obezbediti svakome na teritoriji svoje jurisdiksije, uključujući i nedržavljanke, ljudska prava garantovana opštim ugovorima o ljudskim pravima koji ih obavezuju (...) Restriktivna deklaracija ugovornice prilikom ratifikacije OKZNM, kao i nacionalno zakonodavstvo o manjinama, koji status nacionalne manjine vezuju za državljanstvo, ne mogu ni u kom pogledu osloboditi ovih međunarodnopravnih obaveza“. *Izveštaj Venecijanske komisije*, stav 132.

neopravdanim razlikama“. U tom svetlu valja tumačiti i značaj koji Savetodavni komitet i Venecijanska komisija daju dodatnim kriterijumima za uživanje manjinskih prava nedržavljanja, uključujući legalizovani boravak, brojčanu veličinu, vremenski činilac i koncentrisanost na određenoj teritoriji. Drugim rečima, Savetodavni komitet i Venecijanska komisija brane svojim pristupom dva podjednako značajna, inače standardna međunarodnopravna načela – prvo, po kojem se državljanstvo kao kriterij ne može od strane država ugovornica koristiti za uvođenje “neopravdanih i arbitrarnih razlika” (*unjustified and arbitrary distinctions*); i drugo, po kojem restriktivne deklaracije država ugovornica nakon ratifikacije Okvirne konvencije, kao ni zakonske definicije manjina putem državljanstva, ne oslobađaju države članice ostalih međunarodnopravnih ugovornih obaveza u odnosu na zaštitu osnovnih ljudskih prava.

Prigovorom „neodgovarajuće primene uslova državljanstva“ (*undue citizenship requirement*) u manjinskoj zaštiti u toku drugog ciklusa nadzora nad primenom OKZNM u Srbiji Savetodavni komitet dosledno sledi već nastali kontinuitet u kontekstualizovanom i fleksibilnijem tumačenju državljanstva kao uslova za uživanje manjinskih prava. On poziva i Srbiju na što liberalniju primenu uslova državljanstva, imajući posebno u vidu činjenicu da su posledice raspada SFRJ na državljanski status osetile ne samo izbeglice i raseljena lica (*internally displaced persons*), već i mnogi koji su odlučili da ostanu tamo gde ih je zadesio nestanak zajedničke države: „Savetodavni komitet žali što su sprski organi vlasti zadržali uslov državljanstva u opštoj definiciji nacionalnih manjina u članu 2 Zakona o zaštiti prava i sloboda nacionalnih manjina u Srbiji. U prvom Mišljenju, npr. za tadašnju Srbiju i Crnu Goru, Savetodavni komitet smatra da takav uslov državljanstva može samo da negativno utiče na ona lica čije državljanstvo, posle raspada Jugoslavije i sukoba na Kosovu, nije razrešeno. To je posebno slučaj sa Romima, koji imaju poteškoće u pribavljanju uverenja o državljanstvu, pre svega zbog toga što ne poseduju lična dokumenta“ (stav 35). Komitet, dakle, u kontekstu raspada zajedničke države vidi ključni razlog da primenu uslova državljanstva na manjinsku zaštitu u Srbiji oceni „neodgovarajućom“. Podržan od strane Venecijanske komisije, on pri tom ima u vidu zajednički razlog za sve države nastale raspadom Jugoslavije: da su dojučerašnji narodi „preko noći“ postali nacionalne manjine.¹⁹

S obzirom na posebno veliki broj lica sa nerešenim državljskim statusom u Srbiji nakon raspada Jugoslavije, Savetodavni Komitet ih opravdano smatra najnezaštićenijim delom populacije. Zato i s pravom naglašava da uslov državljanstva u ovom slučaju protivureči „duhu Okvirne konvencije“, po kojem i pripadnici nepriznatih manjinskih grupa treba da budu zaštićeni uživanjem onih prava Konvencije koja nisu tipična prava građanina (kao biračko pravo, npr.). Komitet dalje navodi rešenja u članu 22(2) Ustava (pravo na obraćanje međuna-

¹⁹ Izveštaj Venecijanske Komisije o manjinskim pravima nedržavljana, stavovi 75–76 i 138–143.

rodnim institucijama) i u članu 129 Krivičnog zakonika o inkriminaciji povrede prava na upotrebu jezika i pisma, kao primere neodgovarajuće, dakle: diskriminatorne primene uslova državljanstva za uživanje nekih manjinskih prava od suštinskog značaja za sâm cilj manjinske zaštite (stavovi 57 i 58).

Konačno, u nadzoru primene člana 4. OKZNM Savetodavni komitet se pridružuje napred iznetom mišljenju Venecijanske komisije (strana 9) i član 76. Ustava Srbije označava *načelno diskriminatornim* u odnosu na manjinsku zaštitu. Problematičnim smatra što se usvajanje pozitivnih mera isključivo vezuje za „uklanjanje izrazito nepovoljnih uslova života koji ih posebno pogađaju“. Drugim rečima, efikasna zaštita od diskriminacije pripadnika nacionalnih manjina ne može se svesti na načelo jednakih prava za sve. Stoga „takva odredba nije u skladu sa načelima koji proizlaze iz člana 4(2) Okvirne konvencije“, a koji „izričito predviđa preduzimanje „odgovarajućih mera“ i da se takve mere neće smatrati postupkom diskriminacije. (...) Cilj takvih mera jeste da rešavaju situacije nejednakosti između pripadnika jedne nacionalne manjine i pripadnika većine, uzimajući u obzir upravo okolnosti u kojima se nalaze pripadnici nacionalne manjine“. S duge strane, „takve mere moraju biti proporcionalne i odgovarajuće, tj. one ne bi trebale da prelaze, ni vremenski ni obimom, granice neophodne kako bi se postigao cilj potpune i delotvorne jednakosti“.²⁰

Kao i u odgovoru na primedbe o neodgovarajućoj primeni uslova državljanstva, Komentar u ovom slučaju navodi „da Ustav ipak sadrži i druge odredbe koje, ukoliko se sistematski i teleološki tumače, ne vode shvatanju da je namera ustavotvorca bila da usvajanje pozitivnih mera u korist pripadnika nacionalnih manjina dopusti samo ukoliko se takve mere preduzimaju za eliminisanje izuzetno nepovoljnih uslova života.²¹ Međutim, paradoksalno je u ovom slučaju što se upravo putem teleološkog tumačenja može dokazati da su ovako formulisani uslovi za uvođenje pozitivnih mera u suprotnosti sa samim ciljem ovoga člana, onako kako ga sam ustavotvorac postavlja: puna ravnopravnost u ekonomskom, socijalnom, kulturnom i političkom životu! Posebno problematičnim valja oceniti formulaciju „izrazito“, i to iz dva razloga; prvo, zato što ova kva formulacija snižava nivo zaštite manjinskih prava utvrđenih u članu 14(2) Ustava, po kojem „Država jemči posebnu zaštitu nacionalnih manjina radi ostvarivanja potpune ravnopravnosti i očuvanja njihovog identiteta“; i drugo, zato što ovakav, istovremeno restriktivno i lapidarno formulisani razlog dodat-

²⁰ *Mišljenje SK*, stav 63.

²¹ „Ustav u članu 21 predviđa jednakost pred Ustavom i zakonom i zabranu diskriminacije. U stavu 4 toga člana, Ustav predviđa da se ne smatraju diskriminacijom posebne mere koje Republika Srbija može uvesti radi postizanja pune ravnopravnosti lica ili grupe lica koja su suštinski u nejednakom položaju sa stalim građanima, što se svakako odnosi i na nacionalne manjine. (...) Ustav sadrži i nekoliko odredaba koje se mogu smatrati posebnim ustavnopravnim osnovom za preduzimanje pojedinačnih mera afirmativne akcije u korist pripadnika nacionalnih manjina“ (*Komentar*, stav 63).

no usložnjava elemente za primenu pozitivnih mera kao ustavnog standarda za delotvornu manjinsku zaštitu.

Ponovo će sve zavisiti od tumačenja Ustavnog suda. Venecijanska komisija je u pravu: od njega se u stvari očekuje ništa manje nego da razreši sistemsku nedoslednost u izvodjenju osnovnog ustavnog načela o zabrani diskriminacije, i da svojim tumačenjem „konstruiše“ nepostojeću konzistentnost Ustava od 2006. godine u zaštiti opštih ljudskih i manjinskih prava. U odnosu na uslove za punu i delotvornu jednakost pripadnika manjina kao uslov sine qua non odsustva diskriminacije, zadatak – najblaže rečeno – nije jednostavan, a nije ni realno ostvarljiv. Tumačenje Ustavnog suda Srbije može (i moralo bi) da delimično nadoknadi odsustvo delotvorne ustavne zabrane diskriminacije u odnosu na manjine. Sa druge strane, za širi sistemski problem nema rešenja: u kontinentalnoevropskim pravnim sistemima, čak i u zemljama sa dužom tradicijom kompetentnog i nezavisnog ustavnog sudstva, odluke ustavnog suda ni u kom slučaju ne mogu u celosti ispuniti zahteve koje čl. 4(2) Konvencije postavlja pred državu ugovornicu OKZNM.

Lidija R. Basta Fleiner,

stalni gostujući profesor Univerziteta u Beogradu

i potpredsednik Savetodavnog komiteta za nadzor nad

Okvirnom konvencijom za zaštitu nacionalnih manjina pri Savetu Evrope

