

Dejan Pavlović*

*Fakultet političkih nauka
Univerzitet u Beogradu*

Sudski aktivizam u zaštiti od diskriminacije**

Apstrakt

U radu se predlaže model prevazilaženja problema na ustavu zasnovane diskriminacije manjina i izbornom procesu u BiH. Ovo pitanje se našlo u žiži evropske stručne javnosti nakon što je Evropski sud za ljudska prava doneo čuvenu presudu u slučaju Sejdić i Finci protiv BiH (decembar 2009), a potom je potvrdio u slučaju Zornić (jul 2014) i slučaju Pilav (jun 2016). Predloženi pristup i argumentacija zasnovani su na većem sudskom aktivizmu Ustavnog suda BiH, kao jedinog aktera koji ima na raspolaganju odgovarajuće i efektivne instrumente da bi se prevazišao problem. Rešenje problema u političkoj sferi, kao najčešće predlagana alternativa, do danas nije dala rezultate, imajući u vidu nespремnost političkih elita da pristupe temeljnim ustavnim promenama.

Ključne reči:

sudski aktivizam, kontrola ustavnosti, zabrana diskriminacije, manjinska prava

Proteklo je više od sedam godina od kada je Evropski sud za ljudska prava (u daljem tekstu: Sud) presudio u čuvenom slučaju Sejdić i Finci protiv Bosne i

* Email: dejan.pavlovic@fpn.bg.ac.rs

** Ovaj rad nastao je kao deo projekta „Politički identitet Srbije u regionalnom i globalnom kontekstu“, projekat br. 179076.

Hercegovine (BiH).¹ Veliko veće Suda nedvosmisleno je utvrdilo postojanje systemske diskriminacije u okviru izbornog procesa BiH, zasnovane na etničkom i rasnom poreklu.² Sud je svoj nalaz reafirmisao i u *mutatis mutandis*, sličnim presudama u slučajevima Zornić protiv Bosne i Hercegovine³ i Pilav protiv Bosne i Hercegovine.⁴ Iako, na prvi pogled, razmatranje rasne diskriminacije nije adekvatno u kontekstu BiH, imajući u vidu da se primarno radi o etničkoj diskriminaciji, Sud je zaključio da je reč o povezanim konceptima, i da je diskriminacija na osnovu etničkog porekla ujedno i vid rasne diskriminacije.⁵ Opšte je mišljenje da je izostanak sprovođenja naloga iz presude Sejdić–Finci glavni formalni razlog za stagnaciju procesa pridruživanja BiH Evropskoj uniji. Činjenica je da su političke elite u BiH i dalje u svojevrsnoj „pat poziciji”, uprkos nominalnoj spremnosti svih aktera da se napusti diskriminatorska praksa i implementira presuda Suda. Naime, smatra se da je za rešenje ovog pitanja neophodna celovita ustavna reforma, a za takav poduhvat ne postoji politička volja. U osnovi ovog rada je predlog razrešenja problema pravnim sredstvima, kao izvodljiva alternativa rešenju u okviru političkog procesa koji bi doveo do ustavnih reformi.

Osnovna teza glasi da bi Ustavni sud BiH mogao i morao da iskoristi svoje nadležnosti u polju ocene ustavnosti i razreši unutrašnji sukob normi na način da Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (u daljem tekstu: Konvencija) dodeli, odnosno prizna, višu pravnu snagu u odnosu na ostale ustavne odredbe. U tom smislu bi odredbe Konvencije mogle da posluže kao osnov za ocenu validnosti drugih ustavnih normi, naročito

1 ESLJP, predstavka br. 27996/06 & 34836/06, presuda od 22. decembra 2009.

2 Committee on the Elimination of Racial Discrimination (CERD) Report C/BIH/9–11, 18 November 2013, paragraf 51. Dostupno na <http://www.ohchr.org/en/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=15916&LangID=E> (pristupljeno 4. jula 2016).

3 ESLJP, predstavka br. 3681/06, presuda od 15. jula 2014. Sudsko veće je utvrdilo kršenje člana 14 (zabrana diskriminacije) u vezi sa članom 3 Protokola br. 1 (pravo na slobodne izbore), kao i kršenje člana 1 Protokola br. 12 (opšta zabrana diskriminacije), pošto je utvrdio da gospođa Zornić nije bila u mogućnosti da se kandiduje na izborima za Dom naroda, niti za Predsedništvo BiH.

4 ESLJP, predstavka br. 41939/07, presuda od 9. juna 2016. Specifičnost slučaja Pilav ogleda se jedino u činjenici da gospodin Enez Pilav ne pripada grupaciji „Ostali”, već je reč o državljaninu BiH koji je Bošnjak iz Republike Srpske, bez prava da se kandiduje na izborima za Predsedništvo BiH. To mesto je rezervisano za Srbina. Sud je, u skladu sa rezonovanjem iz slučaja Sejdić–Finci i slučaja Zornić, utvrdio da postoji kršenje člana 1 Protokola br. 12 uz Konvenciju, jer gospodin Pilav nije u praksi mogao da se kandiduje dokle god je nastanjen u Republici Srpskoj.

5 Slučaj Sejdić i Finci protiv Bosne i Hercegovine, paragraf 43.

onih koje izričito krše princip zabrane diskriminacije po osnovu etničkog ili rasnog porekla. U radu će se pokazati da takav pristup nije nepoznat u uporednom ustavnom pravu, te da bi Ustavni sud BiH morao biti svestan uloge ustavnog suda u modernom demokratskom društvu. Ovakav aktivizam suda predstavljao bi znatno benigniju alternativu ustavnim reformama, koje bismo mogli okvalifikovati kao svojevrsnu „Pandorinu kutiju”, jer postoji realna opasnost od rastakanja državnog poretka, odnosno novog raspada državne zajednice. U ovom radu se neću baviti pitanjem alternativnih modela ublažavanja ili prevazilaženja tenzija između individualnih i kolektivnih prava u liberalnoj demokratiji, već se fokusiram na razrešenje strogo pravnog problema neustavnosti. Sud je jasno utvrdio prekršaj Konvencije (zabrana diskriminacije), a ona, nedvosmisleno, ima barem ustavni rang, te se može govoriti i o iznalaženju delotvornog pravnog leka za neustavne mere.

U kratkim crtama predstaviću relevantni ustavni i zakonski okvir, bitne činjenice iz slučaja Sejdić–Finci, kao i neke pokušaje političkog prevazilaženja problema. Nakon toga ću izneti predlog načina na koji Ustavni sud BiH može rešiti ovaj ustavnopravni problem.

U Preambuli Ustava BiH kao osnovni principi se navode ljudsko dostojanstvo, sloboda i jednakost, kao i privrženost demokratiji, vladavini prava i pluralizmu.

Shodno članu II/2 Ustava, građanima BiH garantuje se uživanje najviših evropskih standarda ljudskih prava i sloboda. Odredbe Konvencije i njenih protokola direktno se primenjuju i imaju prioritet nad celokupnim pravom.⁶ Ovu odredbu treba, dakle, razumeti na način da je u ustavnom poretku BiH Konvencija na vrhu hijerarhije pravnih akata. Ovu odredbu, dalje, treba uzeti u konjukciji sa članom II/4, koji zabranjuje diskriminaciju po bilo kom osnovu, kao što je pol, rasa, boja, jezik, vera, političko i drugo mišljenje, nacionalno ili socijalno poreklo, povezanost sa nacionalnom manjinom, imovina, rođenje ili drugi status. Zabrana diskriminacije u ustavnom poretku BiH dodatno je osnažena dugačkom listom svih važnijih međunarodnih konvencija koje su u njega inkorporisane posredstvom Aneksa 1 uz Ustav BiH.

⁶ Treba napomenuti da je originalni tekst Ustava BiH, koji je usvojen kao Aneks 4 Dejtonskog mirovnog sporazuma, na engleskom jeziku. Iako u prevodima na bosanski, odnosno srpski jezik stoji da Konvencija ima suprematiju nad svim ostalim zakonima, čini se da to nije ispravan prevod i tumačenje. Naime, ključna sintagma na engleskom jeziku glasi “... shall have priority over all other law”. Da je ustavotvorac želeo da propiše nadmoć odredaba Konvencije nad „ostalim zakonima”, umesto “law” stajalo bi “laws”.

S druge strane, svi dosadašnji izborni zakoni u BiH, zasnovani na članovima IV i V Ustava, direktno diskriminišu sve one građane BiH koji se ne izjasne da su po svom etničkom poreklu Bošnjaci, Hrvati ili Srbi.⁷

Na problem diskriminatorskog postupanja i isključivanja dela građana BiH iz izbornog procesa više puta je ukazivano u savetodavnim mišljenjima Venecijanske komisije.⁸

Pitanje koje je predstavkama gospodina Derva Sejdića, građanina romskog porekla, i gospodina Jakoba Fincija, bosanskog Jevrejina, postavljeno Velikom veću Suda glasilo je: Da li isključenje iz izbornog procesa na osnovu etničke pripadnosti predstavlja kršenje člana 14 Konvencije, u vezi sa članom 3 Protokola br. 1, kao i kršenje odredaba Protokola br. 12 uz Konvenciju?

Vredno je napomenuti da je ovaj slučaj predstavljao prvu priliku za Sud da primeni član 1 Protokola br. 12, odredbu koja se odnosi na opštu zabranu diskriminacije. Istorijska odluka doneta je 22. decembra 2009, većinom od 14 prema 3 u korist odluke da postoji kršenje člana 14 u vezi sa članom 3 Protokola br. 1, imajući u vidu da podnosioci predstavki nisu imali mogućnost da budu kandidati na izborima za Dom naroda. Ubedljivom većinom glasova od 16 prema 1 Sud je utvrdio da postoji povreda člana 1 Protokola br. 14 zbog nemogućnosti podnosilaca predstavki da budu kandidati za Predsedništvo BiH.

Sušтина problema leži u činjenici da sporne ustavne odredbe rezervišu kandidatska mesta za konstitutivne narode, čime su, isključivo na osnovu etničke pripadnosti, podnosioci predstavki onemogućeni da se kandiduju.

Sud je prepoznao uspostavljanje mira nakon brutalnog konflikta kao legitimni cilj ograničenja pasivnog biračkog prava za pripadnike „Ostalih” i prepoznavanje Bošnjaka, Srba i Hrvata kao konstitutivnih naroda i garante mira u budućoj državi, ali to samo objašnjava, ne i opravdava isključenje drugih etničkih zajednica, kao što su Romi i Jevreji, iz političkog procesa.⁹

⁷ Članom IV propisano je da se Dom naroda sastoji od 15 delegata, od kojih 10 hrvatskih i bošnjačkih delegata iz Federacije biraju hrvatski, odnosno bošnjački delegati u Domu naroda Federacije, dok delegate iz Republike Srbije bira Narodna skupština Republike Srpske. Shodno članu V Ustava, Predsedništvo BiH se sastoji od tri člana: jednog Bošnjaka i jednog Hrvata, koji se biraju neposredno sa teritorije Federacije, i jednog Srbina, koji se bira neposredno sa teritorije Republike Srpske.

⁸ Savetodavno mišljenje Venecijanske komisije o ustavnoj situaciji u Bosni i Hercegovini, CDL-AD (2005)004, paragraf 74; Savetodavno mišljenje o implikacijama Parcijalne odluke III Ustavnog suda BiH u slučaju U 5/98 o pitanju „konstitutivnih naroda”, CDL-INF (2001)006, paragraf 59.

⁹ Slučaj Sejdić i Finci protiv Bosne i Hercegovine, paragraf 45.

Čini se da Sud nije imao mnogo izbora u pogledu ishoda ovog slučaja, imajući u vidu da je diskriminacija po nacionalnom osnovu dijametralno suprotna od bilo koje forme liberalizma, a Sud takav presedan nije mogao da dozvoli tako što bi dozvolio izuzetak.¹⁰

Što se tiče kontrole sprovođenja presuda Suda, poseban mehanizam omogućava Komitetu ministara Saveta Evrope da razmatra da li se presude u korist podnosilaca predstavki na odgovarajuć način i sprovode. Naravno, Sud u Strazburu nije dodatna sudska ili ustavno-sudska instanca koja bi rešavala sporove više stotina miliona građana država članica Saveta Evrope, već sistemski korektiv za određene probleme uočene na nacionalnim nivoima. Na to jasno ukazuje sudija Talkens (Francoise Tulkens): „Presuda Evropskog suda za ljudska prava nije cilj sama po sebi, već obećanje buduće promene, početna tačka procesa koji bi trebalo da obezbedi delotvornost prava i sloboda”.¹¹

Sud može vrlo malo da učini ukoliko država nastavi da krši prava garantovana Konvencijom, osim da državi suspenduje pravo glasa u Komitetu ministara, ili da je potpuno izbacila iz Saveta Evrope, ali je pitanje šta bi se dobro postiglo takvom reakcijom. Superviziju nad izvršenjem ima Komitet ministara, a na državi je da izabere koji joj je način ispunjenja obaveza najpodesniji. Svakih šest meseci Komitet ministara objavljuje listu svih slučajeva u kojima države još nisu na adekvatan način ispunile svoje obaveze.

Nakon donošenja presude u slučaju Sejdić–Finci dva puta su održani opšti izbori u BiH (3. oktobra 2010. i 12. oktobra 2014), ali uprkos formalnoj obavezi vlasti BiH da promene diskriminatorni izborni sistem, građani BiH koji ne pripadaju konstitutivnim narodima nisu mogli da se kandiduju na izborima, a sličan problem imaju i pripadnici konstitutivnih naroda koji ne žive u odgovarajućim entitetima (primer gospodina Pilava).

Rešenje ovog kompleksnog problema systemske diskriminacije moguće je tražiti u pravnoj ili političkoj sferi. Preovlađujuć stav je da je neophodno izvršiti odgovarajuće ustavne promene da bi se obezbedilo pasivno biračko pravo „Ostalih”.¹² Realnost je da političke elite u BiH nisu uspele da identifikuju i ispregovaraju uzajamno prihvatljivo rešenje kojim bi se prevazišao problem. Da bi se Ustav BiH promenio neophodno je da se oko toga slože sva tri

¹⁰ Marko Milanovic, “Discrimination on the basis of ethnicity-elections in postconflict situations-Dayton Peace Accords-Protocol 12 to the European Convention on Human Rights”, *Am. J. Int’ L.* 636, 2010, p. 640.

¹¹ Francoise Tulkens, “Execution of Judgments of the European Court of Human Rights: the Role of Judiciary”, in: *Dialogue between Judges*, Council of Europe, Strasbourg, 2006, p. 12.

¹² Takav je, na primer, stav Venecijanske komisije, iznet u Savetodavnom mišljenju povodom različitih predloga za izbor Predsedništva BiH, CDL-AD (2006) 004 od 20. marta 2006.

konstitutivna naroda, kao i međunarodna zajednica. Pojedini autori ukazuju i na odgovornost Visokog predstavnika za BiH, institucije koja ima istoriju iniciranja i sprovođenja ustavnih promena u BiH, koji, takođe, ne uspeva da iznedri odgovarajuć kompromis.¹³

Što se tiče traganja za pravnim rešenjem ovog problema, važno je napomenuti da je Ustavni sud imao nekoliko prilika da obezbedi pravni lek za diskriminaciju različitih manjina u izbornom procesu. U aprilu 2004. godine gospodin Sulejman Tihić, predsednik Predsedništva BiH, podneo je zahtev za ocenu saglasnosti spornih članova Ustava sa članom 14 Konvencije, kao i sa članom 3 Protokola br. 1 uz Konvenciju. Inicijativa je odbačena kao nedopuštena, uz obrazloženje da Ustavni sud nije nadležan da kontroliše saglasnost Ustava sa međunarodnim sporazumima.¹⁴ Sud je, takođe, notirao da Konvencija ne može biti *lex superior* u odnosu na Ustav BiH, jer je, shodno činjenici da je međunarodni sporazum, stupila na snagu u pravnom poretku BiH na osnovu Ustava BiH, pa njena pravna snaga derivira iz Ustava, a nema je sama po sebi.¹⁵ U drugoj prilici Ustavni sud je bio pozvan da utvrdi (ne)saglasnost člana 8 Zakona o izborima sa članom 3 Protokola br. 1 uz Konvenciju i članom 1 Protokola br. 12 uz Konvenciju, kao i sa članovima 2 i 5 Međunarodne konvencije o eliminisanju svih oblika rasne diskriminacije. Inicijativa je, takođe, odbačena, uz analognu argumentaciju, jer bi takva kontrola predstavljala indirektnu kontrolu validnosti Ustava BiH.¹⁶ U trećem ilustrativnom slučaju inicijator je bio gospodin Ilijaz Pilav, Bošnjak sa prebivalištem na teritoriji Republike Srpske. On je smatrao da mu izborni zakon onemogućava kandidovanje na izborima za članove Predsedništva, što je u suprotnosti sa članom 25 Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima, članom 1 Protokola br. 12 uz Konvenciju i članom 4 Okvirne konvencije o zaštiti nacionalnih manjina.¹⁷ Iako pripada konstitutivnom narodu, kandidat za člana Predsedništva iz Republike Srpske može biti isključivo Srbin. Za razliku od prethodna dva slučaja, Ustavni sud nije odbacio ovu inicijativu, već je odlučivao o meritumu. U svojoj analizi Ustavni sud se oslonio na metodologiju Evropskog suda za ljudska prava, utvrdivši najpre da navedeno pravo nije apsolutno, već je podložno ograničenjima. Ta ograničenja,

¹³ Stefan Hamer, „Ko je gospodar Dejtonskog ustava? Implikacije presude Evropskog suda za ljudska prava u predmetu 'Sejdić i Finci' na proces ustavne reforme”, u: Dino Abazović, Stefan Hamer (ur.), *Bosna i Hercegovina petnaest godina posle Dejtona*, Sarajevo, 2010, str. 114–115.

¹⁴ US BH, U-5/04 od 31.3.2006, paragraf 13–17.

¹⁵ *Isto*, paragraf 14.

¹⁶ U-13/05, paragrafi 1 i 8–13.

¹⁷ US BH, AP-2678/06.

da bi bila prihvatljiva, moraju da budu propisana zakonom, a mora postojati i legitimni cilj koji se postiže takvim ograničenjem. Stav Ustavnog suda bio je da u navedenom slučaju postoji racionalno opravdanje za različit tretman, jer se time štiti model podele vlasti u ustavnom poretku BiH, pa je konsekvntno utvrdio da nema kršenja prava podnosioca predstavke.¹⁸

U ovom radu predlaže se ustavnopravno rešenje prestanka na ustavu i zakonu zasnovane diskriminacije pojedinih kategorija građana BiH u pogledu ostvarivanja svojih političkih prava garantovanih Ustavom i potvrđenim međunarodnim ugovorima. Rešenje je zasnovano na tri argumenta i jednoj pretpostavci, a kritičnu ulogu ima Ustavni sud BiH. Ključno pitanje glasi: Da li Ustavni sud BiH ima neotklonjivu dužnost da podrži diskriminatorske ustavne odredbe?

Prvi argument se odnosi na obim nadležnosti Ustavnog suda BiH. Ustavni sud, shodno članu VI/3, kao svoju osnovnu nadležnost ima da podržava (u originalu: *uphold*) Ustav BiH, što znači da je njime obavezan i služi kao njegov glavni zaštitnik. Neophodno je proširivanje nadležnosti Ustavnog suda u smislu omogućavanja rešavanja unutrašnje nesaglasnosti pojedinih ustavnih odredaba. Njegove nadležnosti su tipične za ustavne sudove u uporednom pravu: apstraktna i konkretna kontrola ustavnosti, horizontalni i vertikalni sporovi o nadležnosti, kao i rešavanje povodom ustavnih žalbi. Ustavni sud ima nadležnost da kontroliše usaglašenost čitavog prava BiH sa Ustavom. Kada nabroja nadležnosti Ustavnog suda u članu VI/3a, ustavotvorac koristi sintagmu „uključujući, ali ne ograničavajući se na...“, čime se ostavlja dovoljno prostora Ustavnom sudu da proširi svoju nadležnost i razreši postojeće unutarustavne napetosti i protivrečnosti između članova IV/2 i V/1, s jedne strane, i brojnih odredaba koje zabranjuju diskriminaciju na osnovu etničke ili nacionalne pripadnosti, s druge.

Ovaj argument zasnovan je na jezičkom i teleološkom tumačenju Ustava i uzima u obzir intenciju ustavotvorca. Ovaj Ustav sačinjen je u specifičnom ambijentu i sa ciljem da se zaustavi nasilje i rat, a širokom korpom međunarodnih konvencija iz oblasti ljudskih prava trebalo je da olakša suživot u novoj državnoj zajednici. Prema Štajneru (*Steiner*) i Ademoviću, jedan način da se tumači izraz „uključujući, ali ne ograničavajući se na...“ jeste da Ustavni sud ima nadležnost da razreši bilo koji spor koji nastane povodom tumačenja i primene ustavnih odredaba.¹⁹

Moj predlog je da bi sudije Ustavnog suda BiH trebalo da se ugledaju na svoje nemačke kolege i razmotre jedan od najznačajnijih delova nemačke jurisprudencije: „Jedna ustavna odredba se ne može razmatrati i tumačiti u izolaciji od ostalih. Ustav se odlikuje unutrašnjim jedinstvom i značenje bilo kog

¹⁸ Isto, paragrafi 21–25.

¹⁹ Christian Steiner and Nedim Ademovic, *Constitution of the Bosnia and Herzegovina – Commentary*, Konrad Adenauer Stiftung, Sarajevo, 2010, p. 675.

njegovog dela je povezano sa ostalima”.²⁰ Prema O Konelu (*O Connell*), „sudovi ne treba samo da usaglašavaju ove odredbe, već moraju da streme ostvarenju njihove svrhe i, što je još važnije, ostvarenju centralne svrhe samog Ustava”.²¹ Diferencijacija pravne snage pojedinih normi unutar jednog ustava predstavlja osetljiv poduhvat. Lakši je zadatak kada postoji izričito ukazivanje na pojedine odredbe ustava kao neprikosnovene ili teže promenljive. Takve su norme iz člana 1 (Ljudsko dostojanstvo) i člana 20 (Demokratija, Vladavina prava, republikanizam i federalizam) Osnovnog zakona Nemačke, koje uspostavlja ju „objektivnu hijerarhiju vrednosti” u ustavnom poretku Nemačke, shodno članu 79.3 Osnovnog zakona. Savezni ustavni sud Nemačke je, konsekvntno, za sebe utvrdio relativno široku nadležnost da kontroliše ustavnost ustavnih amandmana i njihovu saglasnost sa principima prirodnog prava.²² U uporednom ustavnom pravu slični primeri se mogu sresti u Francuskoj, Turskoj, Grčkoj, Indiji, Portugaliji, Italiji, Češkoj itd.

Ova formula definisanja nadležnosti otvorila bi Ustavnom sudu prostor da se aktivnije uključi u izgradnju demokratskog društva zasnovanog na poštovanju ljudskog dostojanstva, slobodi i jednakosti, posvećenom miru, pravdi, toleranciji i pomirenju.

Drugi argument glasi da je ustavni poredak BH inherentno monistički²³ i da Konvencija ima specijalan status i suprematiju nad celokupnim pravom BiH, uključujući norme koje regulišu izbor članova Predsedništva i Doma naroda. Ovakva tvrdnja zasnovana je na članu II/3 Ustava, koji uspostavlja neposredno dejstvo i primat Konvencije. Teorija uporednog ustavnog prava dozvoljava ovakvo tumačenje, a kao najpoznatiji primer navodi se Kraljevina Holandija, koja predstavlja najmonističkiju državu na svetu, imajući u vidu da svi međunarodni ugovori, uključujući i Evropsku konvenciju o ljudskim pravima i osnovnim slobodama imaju suprematiju nad ostalim pravom, uključujući i ustavne odredbe.²⁴ Kada je reč o BiH, treba imati u vidu da je njen ustav

²⁰ Slučaj jugozapadne države, 1 BVerfGE 14, 32 (1951).

²¹ Rory O’ Connell, “Guardians of the Constitution – Unconstitutional Constitutional Norms”, 4 *Journal of Civil Liberties* 48 (1999), p. 52.

²² Georg Vanberg, *The Politics of Constitutional Review of Germany*, Cambridge University Press, 2004, p. 129.

²³ Monizam je teorijsko shvatanje odnosa međunarodnog i unutrašnjeg prava kao odnosa delova unutar jedinstvene celine, kao sistema sa unutrašnjom hijerarhijom. J. G. Starke, “Monism and Dualism in the Theory of International Law”, 17 *British Yearbook of International Law* 66 (1936), p. 68.

²⁴ Erika de Wet, “The Reception Process in the Netherlands and Belgium”, in: Helen Keller and Alec Stone Sweet (eds.), *A Europe of Rights – The Impact of the ECHR on National Legal Systems*, Oxford University Press, 2008, pp. 236–237.

donet kao Aneks 4 Mirovnog ugovora iz Dejtona, tako da se može smatrati da je međunarodni ugovor osnov važenja Ustava, što može olakšati donošenje zaključka da jedan ili više međunarodnih ugovora imaju, ili bi mogli imati, pravnu snagu veću od Ustava. Iako Ustavni sud nije, do sada, pokazivao spremnost da tretira Konvenciju kao *lex superior* u odnosu na ostale ustavne odredbe, nikada joj nije odricao ustavni rang, a čitav ustavnopravni sistem izvorno je zamišljen kao monistički. U prilog takve teze, pored samog teksta člana II/2 Ustava, govore i činjenice da trojicu ustavnih sudija imenuje predsjednik Evropskog suda za ljudska prava iz redova priznatih međunarodnih pravnika, a da je Aneksom 1 BiH usvojila jedan od najširih paketa međunarodnog prava ljudskih prava koji se mogu sresti u uporednom pravu. Konačno, kao što je već navedeno, originalni tekst člana Ustava II/2, alineja 2 propisuje da će Konvencija i njeni protokoli imati suprematiju nad pravom (*law*), a ne samo nad zakonima BiH (*laws*). Ovakvo tumačenje bi time predstavljalo dovoljan osnov da Ustavni sud tretira ustavni poredak BiH kao monistički sa primatom međunarodnog prava i specijalnim položajem Konvencije unutar njega.

Kao treći argument može se plasirati teza da etničku i rasnu diskriminaciju nije moguće pomiriti sa demokratskim principima, pluralizmom i vladavinom prava. Ne sme se olako dozvoliti vaganje interesa kada na jednom tasu imamo teške oblike diskriminacije. Kolektivna prava konstitutivnih naroda ne bi smela da nadjačaju individualna ljudska prava garantovana Ustavom i potvrđenim međunarodnim ugovorima. Prema Seizoviću, „etnički kriterijum sprečava bosanske vlasti da dele političku, socijalnu i ekonomsku moć jednako unutar građanskog društva, favorizujući etničke grupe na štetu pojedinaca”.²⁵ Ukoliko se izabere put umanjivanja ili ignorisanja osnovnih ljudskopravnih standarda zarad zadovoljenja političkih transakcija među elitama unutar konstitutivnih naroda, uspostavlja se režim koji se ne može ispravno zvati Vladavinom prava. Reč je o sistemskom i simboličkom defektu, koji nužno ne doprinosi stabilnosti, niti toleranciji i pomirenju.

Na kraju, uz ova tri argumenta, neophodno je da važi i jedna pretpostavka – da je Ustavni sud potpuno svestan istinske uloge koju jedan ustavni sud treba da igra u modernom društvu, tako da je spreman da podigne nivo sudskog aktivizma, naročito u oblasti zaštite ljudskih i manjinskih prava. Ustavni sud bi morao biti spreman da prihvati doktrinu po kojoj nemaju sve odredbe jednog ustava jednaku pravnu snagu, već da tzv. ustavni principi, kao što su jednakost, ljudsko dostojanstvo i pluralizam, moraju biti u stanju da prevladaju etničke kvote koje su ispregovarane prilikom zaključivanja mirovnog sporazuma u vojnoj bazi Dejton. Istine radi, sudski aktivizam predstavlja kontroverznu pojavu u ustavnopravnoj teoriji, zbog moguće uzurpacije zakono-

²⁵ Zarije Seizovic, “Constituent Peoples and Constitutional Changes”, in: Dragana Jerinic (ed.), *Platform BiH – Constitutional changes in BiH*, Banjaluka, 2008, p. 67.

davne ili ustavotvorne vlasti od strane sudova. Jedna od definicija sudskog aktivizma glasi da je to „filozofija donošenja sudskih odluka gde sudija dopušta da njegova lična gledišta o javnim politikama utiču na donošenje sudskih odluka”.²⁶

Moj stav o pravoj prirodi i domašaju sudskog aktivizma, kao i o odgovarajućoj ulozi suda u demokratskom društvu više naginje poziciji koju brani Ribičić – da je uloga ustavnog suda u ustavnoj demokratiji takva da nalaže sudu da izađe iz rigidnih okvira tzv. negativnog zakonodavca i tekstualnog tumačenja, kada su ustavne vrednosti ugrožene.²⁷

Zaštita ljudskih prava predstavlja *conditio sine qua non* slobodnog i demokratskog društva. Diskriminacija manjina, uz bilo kakvo obrazloženje, stvara nepremostivu prepreku pluralizmu, pomirenju i izgradnji moderne države. Ako se rešenje za opisani problem ne može iznaći u okviru političkog procesa, što je sredinom 2016. godine potpuno evidentno, neophodno je da drugi akteri ulože dodatani napor i preispitaju svoje dosadašnje odluke. Ustavni sud BiH nije u dovoljnoj meri iskoristio specifičan položaj Konvencije u unutrašnjem pravnom poretku BiH kao instrument za unapređenje ambijenta poštovanja ljudskih i manjinskih prava u BiH. Pokazao je prevelik stepen ustručavanja, umesto da pokaže više aktivizma u postupcima zaštite drugih ustavnih vrednosti, pre svega da zabrani diskriminaciju po osnovu rase ili etničke pripadnosti.

BIBLIOGRAFIJA

- [1] Christian Steiner and Nedim Ademovic, *Constitution of the Bosnia and Herzegovina – Commentary*, Konrad Adenauer Stiftung, Sarajevo, 2010.
- [2] Dino Abazović, Stefan Hamer (ur.), *Bosna i Hercegovina petnaest godina posle Dejtona*, Sarajevo, 2010.
- [3] Dragana Jerinic (ed.), *Platform BiH – Constitutional changes in BiH*, Banjaluka, 2008.
- [4] Françoise Tulkens, “Execution of Judgments of the European Court of Human Rights: the Role of Judiciary”, *Dialogue between Judges*, Council of Europe, Strasbourg, 2006.
- [5] Georg Vanberg, *The Politics of Constitutional Review of Germany*, Cambridge University Press, 2004.

²⁶ Keenan Krnic, “The Origin and Current Meaning of judicial Activism”, *141 California Law Review*, October 2004, pp. 1444–1445.

²⁷ Ciril Ribičić, *Ljudska prava i ustavna demokratija*, Službeni glasnik, Beograd, 2012, str. 87–93.

- [6] Helen Keller and Alec Stone Sweet (eds.), *A Europe of Rights – The Impact of the ECHR on National Legal Systems*, Oxford University Press, 2008.
- [7] J.G. Starke, “Monism and Dualism in the Theory of International Law”, *17 British Yearbook of International Law* 66, 1936.
- [8] Keenan Krniec, “The Origin and Current Meaning of judicial Activism”, *141 California Law Review*, October 2004.
- [9] Marko Milanovic, “Discrimination on the basis of ethnicity-elections in postconflict situations-Dayton Peace Accords-Protocol 12 to the European Convention on Human Rights”, *Am. J. Int’ L.* 636, 2010.
- [10] Rory O’Connell, “Guardians of the Constitution – Unconstitutional Constitutional Norms”, *4 Journal of Civil Liberties* 48, 1999.
- [11] Ciril Ribičić, *Ljudska prava i ustavna demokratija*, Službeni glasnik, Beograd, 2012.

Dejan Pavlović

JUDICIAL ACTIVISM IN PROTECTION AGAINST DISCRIMINATION

Abstract

The aim of this paper is to provide the proposal for a feasible and effective model that the Constitutional Court of BH could utilize to remedy the problem of the constitutional-based discrimination of minorities within the electoral process in Bosnia and Herzegovina. The issue at stake came into focus of legal and political science scholars after the ECtHR delivered its famous decision in case *Sejdic-Finci* in December 2009. The proposed approach of the Constitutional Court of BH is to increase its judicial activism, since it is the only stakeholder equipped with the necessary tools for resolving the problem that brought the political elites into a deadlock.

Key words:

judicial activism, prohibition of discrimination, minority rights, judicial review.