

Predsjednik CJP

Prof. dr. Edin Šarčević

Email: edin@uni-leipzig.de**Mišljenje**

o kršenju zabrane diskriminacije pitanjima 24 do 26 popisnog obrasca P-1 kojim se prikupljaju bitne činjenice o popisu stanovništva BiH 2013. godine.

Na zamolbu dr. Valery Perry i na osnovu konsultacija koje smo u prostorijama FCJP održali 27. maja 2012, prihvatio sam da za *Public International Law & Policy Group* (PILPG) iznesem svoje mišljenje o

1. mogućoj diskriminaciji pripadnika nekonstitutivnih naroda i nacionalnih manjina propisima iz člana 8 (podaci o stanovništvu) Zakona o popisu stanovništva i stanova u BiH 2013. godine, u obliku formulacije pitanja iz rubrika 24, 25 i 26 popisnog obrasca P-1 i o
2. pitanju otvaranja sudskog postupka kako bi se putem sudske zaštite odstranila moguća diskriminacija.

I. Opis problema:

§ 1. *Zakon o popisu stanovništva, domaćinstava i stanova u BiH 2013* godine izglasan je na sjednici oba doma Parlamentarne skupštine BiH 3. februara 2012. godine i stupio je na snagu 15. februara 2012. godine (prema čl. 48 Zakona o popisu, osmog dana po objavljivanju u Sl. gl. BiH br. 10/12, od 07. februara 2012). Zakonom je regulirano da pojedina državna i entitetska ministarstva učestvuju u provođenju popisa stanovništva (čl. 27) koji će se održati od 1. do 15. aprila 2013. godine.

§ 2. U članu 8 Zakona su regulirane teme popisa. Ovdje se, između ostalog, navode etnička/nacionalna pripadnost, maternji jezik i vjeroispovijest kao teme koje popis mora obuhvatiti. Riječ je o temama koje su konkretizirane popisnim obrascem i upravo se ovdje u tačkama 24 do 26 pojavljuju sporne formulacije.

Obrazac popisa (Popisnica [P-1]) sam preuzeo sa internet stranice Agencije za statistiku Bosne i Hercegovine; tamo je objavljen u formi nacrt; dan očitavanja je 11. 06. 2012.

U *tački 24* se popisuje „etničko/nacionalno izjašnjavanje“ i predviđeno je pet unaprijed zadanih mogućnosti: (1) Bošnjak, (2) Hrvat, (3) Srbin, (4) ne izjašnjava se i (5) ostali sa jednom otvorenom pozicijom za unošenje konkretnog podatka.

U *tački 25* slijedi pitanje o vjerskoj pripadnost, odnosno „izjašnjavanje o vjeroispovijesti“. Ovdje je ponuđeno pet unaprijed zadanih mogućnosti: (1)

islamska, (2) katolička, (3) pravoslavna, (4) ne izjašnjava se i (5) ostali sa otvorenom pozicijom za unošenje konkretnog podatka.

U tački 26 se popisuje maternji jezik i predviđene su četiri unaprijed zadane mogućnosti (1) bosanski, (2) hrvatski, (3) srpski i (4) ostali sa otvorenom pozicijom za unošenje konkretnog podatka.

§ 3. Pitanje iz tačke 26 ima pojačano pravno dejstvo, jer zakon određuje da je popis podataka o maternjem jeziku obavezan (čl. 11 st. 1 Zakona o popisu) i predviđa kaznu u iznosu od 100 KM do 10.000 KM za lica koja odbijaju dati odgovor na pitanje iz popisnog obrasca ili koja daju netačne ili nepotpune odgovore (čl. 43 Zakona o popisu). Pitanja pod tačkom 24 i 25 su fakultativna (čl. 12 Zakona o popisu).

§ 4. U vezi sa predviđenim statističkim podacima postavljeno je pitanje da li su pripadnici nacionalnih manjina i državljana BiH koji ne žele da se izjasne o pojedinim pitanjima diskriminirani ovako postavljenim pitanjima.

II. Diskriminacija

§ 5. Diskriminacija je u BiH zabranjena. Relevantni propisi su čl. II/4 Aneksa 4 uz Dejtonski sporazum (Ustav BiH) i Zakon o zabrani diskriminacije od 23. jula 2009. godine (Sl. gl. BiH br. 59/09). Da bi postojala diskriminacija neophodno je da postoji: (a) različit tretman (b) osoba koje su u analognoj ili približno istoj situaciji na osnovu (c) jednog od zabranjenih osnova razlikovanja, pri čemu (d) ne postoji objektivno i razumno opravdanje za različit tretman.

§ 6. Diskriminacija bi u pogledu spornih tačaka iz obrasca P-1 postojala svaki put kada bi se na osnovu nekog od kriterija razlikovanja jedna osoba ili grupa osoba dovodila u neravnopravan položaj u pogledu priznavanja, uživanja ili ostvarivanja prava i sloboda u svim oblastima javnog života (čl. 2 Zakona o zabrani diskriminacije). Kriteriji razlikovanja su u ovom slučaju etnička pripadnost, vjerska pripadnost i pripadnost nacionalnoj manjini kao i jezik, odnosno, korištenje jezika kojim se definira jedan od nabrojanih identiteta.

To bi praktično značilo da bi sporne tačke obrasca P-1 imale diskriminirajući karakter ako bi osobama ili grupi osoba zbog njihove etničke ili vjerske pripadnosti, zbog pripadnosti nekoj nacionalnoj manjini, ili kao pojedincu ili grupi koja u javnoj upotrebi koristi jedan od službenih jezika, bilo onemogućeno da, za razliku od drugih pojedinaca i grupa, unesu u obrazac P-1 podatke o etničkoj i vjerskoj pripadnosti, kao i o jeziku kojim se kao maternjim jezikom služe. Konačno potrebno je da razlika u tretmanu, ako postoji, nije razumna i objektivno prihvatljiva (opravdana).

III. Rješenje

§ 7. U pogledu tačke 24 se može uočiti da obrazac P-1 stavlja na dispoziciju pet pozicija, bez ikakvog ograničenja, licu koje se popisuje. Kako su ovdje, kao mogućnost odabira, u prvom redu imenovani Bošnjaci, Hrvati i Srbi, mora se polaziti od toga da obrazac P-1 vodi računa o činjenici da je ustavni sistem BiH zasnovan na konceptu konstitutivnih naroda koji je samo dopunjen građanskim principom. Vidi se da je kategorija ostalih

postavljena u isti rang sa prve tri opcije. Tako svako lice može bez ikakvih smetnji odabrati opciju koja izlazi u susret i njegovom identitetu. Dodatno otvorena opcija za unošenje odgovora omogućuje identifikaciju sa jednom od nacionalnih manjina ili nacionalnosti koje u BiH nemaju status nacionalne manjine. Ako bi se prihvatilo da se nacionalne manjine moraju izjašnjavati kao ostali i da ih to dovodi u neravnopravan položaj zato što nisu otvoreni unaprijed zadani odgovori za svih sedamnaest nacionalnih manjina, kako je to učinjeno za konstitutivne narode, takav stav ne bi bio pravno utemeljen. Jer, zakonski pojam nacionalnih manjina je vrlo širok i u pravnom sistemu BiH obuhvata *de facto* svaku etničku zajednicu koja se može samodefinirati prema unaprijed izabranim kriterijima (usp. detaljnije u §§ 15-17). Izričito su spomenuti pripadnici konstitutivnih naroda kao praktičan izraz ustavnopravnog konstrukta, ali time pripadnici nacionalnih manjina i drugih naroda nisu onemogućeni da unesu podatke o vlastitom identitetu.

§ 8. Iz toga proizilazi da ni jedna kategorija koja se popisuje nije podvrgnuta nepovoljnom ili različitom postupanju u odnosu na drugu kategoriju. Naime, ne vidi se da postoji različit tretman osoba koje se etnički identificiraju u odnosu na one koje se identificiraju kao ostali ili kao nacionalne manjine. Isto važi i za osobe koje se ne žele etnički identificirati. Jer, obrazac P-1 omogućuje svakoj od njih da se izjasni na adekvatan način. Budući da obrazac ne sprečava osobu koja se popisuje da na jednak način, kao i sve popisane osobe koje se nalaze u analognim ili jednakim situacijama daju adekvatan odgovor na pitanje 24, to se ne može zaključiti da po osnovu etničke pripadnosti, kao kriterijuma razlikovanja, postoji različit tretman. Time je i isključena diskriminacija na osnovu etničke pripadnosti u smislu dovođenja u neravnopravan položaj nekog lica ili grupe lica u odnosu na druga lica ili grupe.

§ 9. Isto važi i za pitanja iz tačaka 25 i 26. Ovdje su samo kriteriji razlikovanja vjerska pripadnost i jezik. Kako su u obje tačke predviđene mogućnosti da se svaka osoba pod jednakim uslovima religiozno i jezički definira, ne može se zaključiti da postoji različit tretman. Iz činjenice da obrazac sadrži unaprijed predviđene odgovore za dvije monoteističke religije ili za tri jezika koja su u službenoj upotrebi u BiH ne slijedi automatski da su pripadnici ostalih religija i jezičkih zajednica spriječeni ili da im je ovakvim obrascem onemogućeno izjašnjavanje tako da bi bili dovedeni u neravnopravan položaj. Ovakav izbor pokazuje da je država izišla u susret socijalnim činjenicama i da je unaprijed predviđenim odgovorima pojednostavila prikupljanje podataka vodeći računa o očekivanim stavovima apsolutne većine popisanog stanovništva.

§ 10. Na ovom nalazu ne mijenja ništa obavezno izjašnjavanje o tački 26 i kazna koja je predviđena u slučaju neizjašnjavanja zato što kazna nije selektivna i na jednak način se primjenjuje na sve osobe. Ovakav propis je samo znak da je državi podatak o službenim jezicima od posebnog značaja i da će buduće odluke zavisiti od statističkih podataka iz tačke 26.

§ 11. Ako bi se i pored nalaza iz §§ 7-10 polazilo od postojanja diskriminacije koja bi se sastojala u nepovoljnijem pozicioniranju određenih osoba ili grupa osoba, bilo bi vrlo teško dokazati da ovako postavljena pitanja nisu objektivno i razumno opravdana. Jer,

skupljanje statističkih podataka o etničkoj pripadnosti, o vjeroispovijesti i jeziku ne može predstavljati nelegitiman cilj, čak i ako se uporednim rješenjima slična pitanja ne postavljaju ili se smatraju osjetljivim u tom smislu da se rezultati mogu zloupotrebljavati ili da se njima može manipulirati u političkoj praksi. Autonomno je pravo države da sama određuje statistički relevantne podatke, a prikupljanje podataka o jeziku, vjeroispovijesti i etničkoj pripadnosti nije suprotno bosanskohercegovačkom ustavnom pravu. Upravo ustavno uređenje BiH favorizira etničku pripadnost kao ustavnu kategoriju (konstitutivni narod) i daje joj u institucionalnom dijelu ustava poseban rang. Kako je ovaj tip etničkog definiranja u uskoj stvarnoj ovisnosti sa vjerskim određenjem i jezikom, to se ovakav pristup mora smatrati legitimnim ciljem. Također se ne vide jednostavnija sredstva koja bi vodila istom cilju. Ostavljanje otvorenih rubrika, bez unaprijed datih odgovora, moglo bi predstavljati statistički kompliciraniju varijantu koja bi otežala obradu odgovora. Otvaranje sedamnaest novih rubrika za sedamnaest nacionalnih manjina ne bi unijela ništa novo, jer se nacionalne manjine mogu definirati u postojećem formularu, a struktura obrasca bi bila usložnjena. Na osnovu toga se može zaključiti da su rubrike iz spornih tačaka 24, 25 i 26 razumne i opravdane.

§ 12. Sve u svemu smatram da u pogledu formulacija iz tačaka 24-26 obrasca P-1 nisu ispunjene činjenične pretpostavke diskriminacije kako je definiraju propisi iz § 5 i prateća dogmatika.

IV. Akcesorna pitanja

a) „etničko/nacionalno izjašnjavanje“

§ 13. Stvarnu poteškoću predstavlja formulacija iz tačke 24. Ovdje jedna sintagma obuhvata dvije riječi koje u javnopravnim opisima činjeničnih stanja nisu sinonimi: pojam *nacije* i pojam *etničke zajednice* („etničko/nacionalno izjašnjavanje“). Iz sintagme se ne vidi da li je pojam etničke pripadnosti izjednačen sa pojmom nacionalne pripadnosti, ili se misli na dvije pravne kategorije koje imaju odvojena značenja i koje treba statistički obraditi.

§ 14. Budući da pojmovi „nacija“ i „narod“, odnosno, „etnos“ i „demos“ nemaju u znanstvenom i političkom govoru BiH, kao ni u dogmatici ustavnog prava, jasno konturirana i opšteprihvaćena značenja, od zakonodavca se očekuje da iziđe u susret značenjima koja su u području javnog prava standardizirana i danas u smislu etnonominacija imaju rang pravnih standarda koji se moraju ugrađivati u zakone. Nacija je u tom smislu uvijek jednaka državljanstvu, a narod je jednak zajednici jezika, porijekla, kulture, sudbine i sl. (Detaljno obrazloženje u: E. Šarčević, Dejtonski sporazum, karakteristike i karakteristični problemi, KAS, Sarajevo 2009, ss. 25 – 51, za internet pristup pod: http://www.kas.de/wf/doc/kas_17301-1522-1-30.pdf?091015095402)

§ 15. Pravno korektna upotreba pojmova bi u BiH pod nacijom morala podrazumijevati državljane BiH, dakle, bosanskohercegovačku naciju (skraćeno: bosansku naciju), a pod etničkom pripadnošću konstitutivne narode kao ustavnu kategoriju (Bošnjake, Srbe i Hrvate) i ostale etničke zajednice koje su u BiH definirane čl. 3 Zakona o zaštiti prava

priпадника nacionalnih manjina BiH (Sl. gl. BiH 12/03 i 76/05). Istu definiciju je preuzeo i Izborni zakon BiH u čl 1.1.a br. 8 Izbornog zakona BiH (Sl. gl. BiH 23/01, 7/02, 9/02, 20/02, 25/02, 4/04, 20/04, 25/05, 52/05, 65/05, 77/05, 11/06, 24/06, 32/07, 37/08, 32/10).

§ 16. Definicija je postavljena vrlo široko tako da se *de facto* pojmom nacionalne manjine mogu obuhvatiti sve etničke zajednice koje ispunjavaju pretpostavke iz definicije: „*Nacionalna manjina, u skladu sa ovim zakonom, je dio stanovništva - državljana BiH koji ne pripadaju ni jednom od tri konstitutivna naroda, a sačinjavaju je ljudi istog ili sličnog etničkog porijekla, iste ili slične tradicije, običaja, vjerovanja, jezika, kulture i duhovnosti i bliske ili srodne povijesti i drugih obilježja.*“ Zakon međutim, status nacionalne manjine zadržava samo za 17 izričito pobrojanih zajednica (čl. 3 st. 2 Zakona o zaštiti prava pripadnika nac. manjina: *Albanaca, Crnogoraca, Čeha, Italijana, Jevreja, Mađara, Makedonaca, Nijemaca, Poljaka, Roma, Rumuna, Rusa, Rusina, Slovaka, Slovenaca, Turaka, Ukrajinaca* i drugih koji ispunjavaju uvjete iz stava 1. ovog člana). Nije teško zamisliti, zapravo, takva mogućnost se ne može unaprijed isključiti, da postoje osobe koje su državljani BiH i koje ulaze u etnički identitet koji nije pokriven definicijom nacionalne manjine. Samo u tom slučaju bi se radilo o ostalim u smislu etničke grupe.

§ 17. Pojam nacije je u popisnoj kategoriji besmislen i zbunjujući jer su popisom stanovništva obuhvaćeni bosanskohercegovački državljani. To znači da se upravo popisuje nacija, odnosno, bosanskohercegovački državni narod (čl. 7 lit.a] Zakona o popisu). Tačna oznaka bi bila „etnička pripadnost i nacionalne manjine“. Takva kategorizacija bi bila u skladu sa ustavnim pravom BiH koje poznaje samo bosanskohercegovačku naciju (državljanu BiH), konstitutivne narode i ostale kao kategorije koje obrazuju bosanskohercegovačku naciju.

§ 18. Opisani nedostatak bi se mogao otkloniti tako što bi:

- se pokrenuo postupak za dopunu Zakona o popisu i u čl. 2 (definicije) kako bi se unijele tačne definicije pojma nacija, nacionalna manjina i etnička pripadnost (sve uz oslonac na Zakon o zaštiti prava pripadnika nacionalnih manjina BiH);
- se zatražilo autentično tumačenje spornih pojmova i u obrazloženju bi se navele opcije koje bi tumač trebao uzeti u obzir.

b) Pravni put

§ 19. Pitanje pravnog puta se odnosi na mogućnost zaštite ugroženih prava u postupku koji pravni sistem stavlja na raspolaganje. Iako sam mišljenja da sporne formulacije ne krše zabranu diskriminacije, postoje mogućnost da osobe koje smatraju da su diskriminirane zaštite svoja prava pred sudovima BiH.

§ 20. U prvom redu se može misliti na pokretanje apelacije pred Ustavnim sudom BiH zbog povrede ljudskih oprava i sloboda zagarantovanih u čl. II/4 Ustava BiH (Nediskriminacija). To bi značilo da bi pogođena osoba pred Ustavnim sudom mogla pokrenuti postupak prema čl. 16 st. 3 Pravila Ustavnog suda: „Ustavni sud može iznimno razmatrati apelaciju i kada nema odluke nadležnog suda, ukoliko apelacija ukazuje na ozbiljna kršenja prava i temeljnih sloboda koja štite Ustav Bosne i Hercegovine ili

međunarodni dokumenti koji se primjenjuju u Bosni i Hercegovini.“ Ustavni sud je u dosadašnjoj praksi vrlo restriktivno primjenjivao ovu odredbu i nije dopuštao apelaciju bez prethodnog iscrpljivanja svih raspoloživih pravnih lijekova. To znači da bi apelant morao dokazati da su raspoloživi pravni lijekovi neefikasni ili da su potpuno bezizgledni. To u opisanoj konstelaciji neće biti moguće zato što Zakon o zabrani diskriminacije predviđa postupak pred sudom (čl. 11) i institucije nadležne za zaštitu od diskriminacije (čl. 7). Prema tome, najprije se mora uzeti u obzir pokretanje postupka prema članu 12 st. 1 lit a) (*tužba za utvrđivanje diskriminacije*) ili prema čl. 12 st. 1 lit b) (*tužba za zabranu ili otklanjanje diskriminacije*), ili mogućnost da se podigne kolektivna tužba za zaštitu od diskriminacije prema čl. 17 Zakona o zabrani diskriminacije.

Tužba bi morala biti podignuta protiv jedne od statističkih institucija BiH (čl. 19 st. 1 Zakona o popisu) i tužbeni zahtjev bi morao biti usmjeren na izmjenu sadržaja spornih tačaka 24 – 26. Mjesna nadležnost se određuje prema čl. 13 st. 1, a rokovi (3 mjeseca od saznanja za diskriminaciju i godina dana apsolutni rok) prema čl. 13 st. 4 Zakona o zabrani diskriminacije.

§ 21. Druga mogućnost je korištenje institucije Ombudsmena BiH i ulaganje žalbe prema čl. 7 st 2 lit. (a) Zakona o zabrani diskriminacije.

Rezultat

§ 22. Prema mome mišljenju, pitanja iz tačaka 24, 25 i 26 popisnog obrasca P-1 ne vode do diskriminacije nekonstitutivnih naroda i nacionalnih manjima prema kriteriju razlikovanja „etnička pripadnost“, „vjerska pripadnost“ i „jezik“. Pravnotehnički je problematičan pojam „etničko/nacionalno izjašnjavanje“ zato što se netačno koriste javnopravni standardi. Pravni put za zaštitu od moguće diskriminacije je otvoren na osnovu Zakona o zabrani diskriminacije.

Prof. dr. Edin Šarčević

Leipzig/Sarajevo, 17. juna 2012.