

Ljubomir Ožegović\*

## Ustavobranitelj kao pozitivni zakonodavac – za i protiv

Sadržaj

### 1. Uvod

### 2. Uloga i funkcija Ustavnog suda

### 3. Ustavni sud BiH i njegove nadležnosti

3.1. Normativna kontrola ustavnosti

3.2. Pravno dejstvo odluka kontrole ustavnosti opštih akata

### 4. Nužnost zakonodavne aktivnosti ustavobranitelja?

### 5. Zaključak

### 1. Uvod

Danas se u ustavnopravnoj doktrini sve češće, ako ne i pretežno, iznosi stav da ustavno sudovanje predstavlja specifičnu i zasebnu državnu funkciju, neuklopivu u klasičnu tripartitnu podjelu vlasti, kojoj je isključivi cilj da, najopštije rečeno, vrši zaštitu ustava<sup>1</sup>. Navedeni cilj ustavno sudstvo nastoji dosegnuti kontrolom ustavnosti akata i presuđivanjem o drugim sporovima ustavnopravnog karaktera. Tao se želi osigurati poštovanje i tačno izvršavanje ustava. Provođenje ovih kompetencija, ključnih za stabilno i uravnotežno funkcionisanje ustavnog sistema, odvija se u posebno koncipiranom postupku koji, na kraju, biva krunisan donošenjem odluke o spornom ustavnom pitanju.

U ustavnosudskoj teoriji i praksi više nije sporno da predmetom ocjene ustavnosti mogu biti svi akti državne vlasti, kako opšti tako i pojedinačni akti, ali i materijalne radnje vršilaca javnih ovlašćenja. Ova je funkcija nesumnjivo primarni zadatak i obaveza svakog ustavnog suda. Pored kontrole ustavnosti akata, ustavni sudovi danas, međutim, raspolažu i drugim, često brojnim i vrlo značajnim nadležnostima<sup>2</sup>. Sve su ove nadležnosti, direktno ili indirektno, sredstva za očuvanje utvrđene organizacije vlasti, ustavnog funkcionisanja subjekata pravnog poretka i zaštite osnovnih prava i sloboda koje garantuje ustav. Kada se desi da institucije državne vlasti u tom funkcionisanju prekorače granice i ovlašćenja kojima raspolažu, ustavni sud interpretacijom

\* Autor je doktor pravnih nauka, sekretar Ustavnog suda Republike Srpske.

<sup>1</sup> I. Krbeč, *Ustavno sudovanje*, Zagreb 1960, s. 6.

<sup>2</sup> Kao nadležnosti ustavnih sudova najčešće se pojavljuju, osim kontrole ustavnosti akata, i sporovi o nadležnostima (federalni i organski sporovi), potom izborni sporovi, odlučivanje o odgovornostima najviših državnih funkcionera, pitanja ustavnosti političkih partija i njihovih kontitativnih akata, davanje mišljenja o pojedinim ustavnopravnim pitanjima i sl.

i konkretizacijom ustavnih načela i principa rješava sporove koji usljed toga nastaju. U toj ulozi „čuvara ustava“, a s obzirom na uobičajenu apstraktnost i širinu ustavnih normi, ustavni sud mora biti ne samo „primjenjivač“ već, kako to navode pojedini teoretičari, i kreator prava pri čemu on ostvaruje i svoju političku funkciju<sup>3</sup>.

## 2. Uloga i funkcija ustavnog suda

Ustavni sud je u doba savremenog konstitucionalizma nezavisan i samostalan državni organ čiji je zadatak, ponavljam, da čuva ustav i sankcioniše svaku zloupotrebu i prekoračenje ovlaštenja bilo kojeg organa javne vlasti<sup>4</sup>. Uloga ustavnog suda kao ustavobranitelja je „(...) narasla, daleko iznad Kelzenovih očekivanja, vjerovatno kao rezultat složenosti pisanih ustava, gdje široka načela i pragmatične norme koegzistiraju sa detaljnim pravilima, a cijeli tekst treba ekspertno i zahtjevno čitanje od strane autoritativnog interpretatora“<sup>5</sup>. Posmatran u tom kontekstu, ustavni sud o spornim pitanjima iz svojih nadležnosti odlučuje interpretacijom ustavnih normi, odnosno tumačenjem ustava<sup>6</sup>, koje svoju materijalizaciju dobija donošenjem ustavnosudske odluke. Na taj način se ustavu utjelovljuje duh i omogućuje veza između zamišljenog modela društva kojeg je modelirao ustavotvorac i realnog ustavnopravnog pitanja koje odudara od te zamišljene slike<sup>7</sup>.

Svojim djelovanjem i ispunjavanjem uloge koja mu je ustavom dodjeljena, ustavni sud, stoga, utiče na stabilnost cjelokupne društvene zajednice. Stabilizirajuća funkcija<sup>8</sup> ustavnog sudstva je posebno došla do izražaja u tranzicijskim državama nakon prvog i drugog talasa demokratizacije<sup>9</sup>, među kojima je bila, a u izvjesnom smislu to je i danas, i Bosna i Hercegovina (BiH). Poslije provođenja prvih višestranačkih izbora nakon izlaska iz autoritarnih sistema, te konstitucionalizacijom osnovnih liberalnodemokratskih vrijednosti, proces tranzicije u ovim zemljama je okončan samo u formalnom smislu. Da bi došlo do konačne pobjede ustavne demokratije nad arbitrarnom vladavinom politike bilo je, međutim, nužno da se u ovim državama izvrši prestruktuisanje cjelokupnog društva u političkom, organizacionom, privrednom,

<sup>3</sup> F. Nova, Political Innovation of the West German Federal Constitutional Court: The State of Discussion on Judicial Review, *The American Science Political Review*, 70/1976, s. 117.

<sup>4</sup> Up. L. Epstein/J. Knight/O. Shvetsova, The Role of Constitutional Courts in the Establishment and Maintenance of Democratic Systems of Government, *Law & Society Review*, 35/2001, s. 127.

<sup>5</sup> A. La Pergola, Introductory statement, The role of the Constitutional court in the consolidation of the rule of law, *Collection „Science and technique of democracy“*, Strasbourg 10/1994, s. 11.

<sup>6</sup> Ustavnosudska zahtjeva, „podršku teorije koja istražuje smisao i funkcije ustava, njegovih temeljnih načela i centralnih institucija“. T. Öhlinger, *Verfassungsrecht*, Wien 1999, s. 34. Ustavni sudija „ne može ustanoviti smisao pravne norme sa čisto pravnotehničkim sredstvima, već mora uzimati u obzir određene ekonomske, socijalne i političke momente. Ali on to ne smije činiti prema svojim ličnim nazorima, već prema nazorima društva u kome djeluje“. Krbek, bilj. 1, s. 11. Detaljnije o pravnim tumačenjima i njihovim stilovima v. A. Marmor, *Law and Interpretation: Essays in Legal Philosophy*, Oxford 1997.

<sup>7</sup> F. A. von Hayek, *Politički ideal vladavine prava*, Zagreb 1994.

<sup>8</sup> Smatra se da, pored stabilizirajuće funkcije, ustavni sud u sebi objedinjuje i „kvazi-političku funkciju“ (funkciju pozitivnog zakonodavca), edukativnu, kulturnu i funkciju socijalne integracije. No, stabilizirajuća funkcija ustavnog suda je svakako prioritarna i društveno najsvrsishodnija. Up. O. Vučić, Ustavno sudstvo u teoriji i praksi, *Zbornik referata sa regionalne konferencije ustavnih sudija*, Beograd 2010, s. 155. O istoj funkciji ustavnog suda F. Nova utvrđuje da sud može „obezbijediti mir u društvenoj zajednici“. Nova (bilj. 3), s. 117.

<sup>9</sup> O Pojmu tranzicije u političko-pravnom smislu G. O'Donnell/P. C. Schmitter/L. Whitehead, *Transitions from Authoritarian Rule: Tentative Conclusions about Uncertain Democracies*, Baltimor 1986, s. 6.

kulturnom, moralnom i svakom drugom smislu<sup>10</sup>. I kako u prvoj, onoj formalnoj fazi tranzicije aktivna uloga ustavnih sudova i nije bila baš nužna i od naročito značaja, tako je u periodu demokratske konsolidacije njihova uloga bila nezaobilazna u rješavanju navedenih otvorenih društvenih, posebno političkih suprotnosti koje sobom nosi pluralizam. Može se reći da je u svim tranzicijskim državama, posebno onim postsocijalističim iz centralne i istočne Evrope, upravo na ustavno sudstvo prebačen najveći teret rješavanja ustavnih konflikata<sup>11</sup>. S obzirom na ovakvu njihovu funkciju i ulogu, ustavni sudovi u zemljama u tranziciji našli su se, kao što je to i danas, pred posebno složenim i odgovornim zadacima<sup>12</sup>. Njihove netom ustanovljene nadležnosti u državama novog tipa i odgovornost za njihovo izvršavanje nametnuo im je obavezu razvoja takve *prudentialis iuris* koja daleko prevazilazi uobičajenu („kenzelovsku“) kontrolu ustavnosti zakona i drugih normativnih akata. Nova uloga u pravnom sistemu i društvu uopšte, naprotiv, zahtjeva od novouspostavljenih ustavnosudskih organa u zemaljama tranzicije da povežu tekst ustava, njihova načela i duh<sup>13</sup>, da pojme i usvoje međunarodne pravne standarde i tako omoguće ostvarenje teorije demokratije u praksi.

Ustavni sudovi, dakle, predstavljaju vrhovne institucije za rješavanje ustavnih i političkih sporova putem primjene prava. U toj jedinstvenoj, stabilizirajućoj ulozi upravo se i očituje njihova ekskluzivnost, jer su ustavni sudovi jedina tijela koja raspolažu ovlašćenjima da odluke političkih organa potčinjavaju pravu, odnosno da njihove akte cijene u odnosu na ustavnopravne zahtjeve i vrijednosti. Oni, što je ne manje važno, takođe čuvaju i štite ustavom ujemčena osnovna prava i slobode građana od arbitrarnosti i samovolje organa državne vlasti.

### 3. Ustavni sud BiH i njegove nadležnosti

Bitnu ulogu koju je Ustav dao Ustavnom sudu BiH u pravnom sistemu potvrđuju njegove nadležnosti koje su, iako ne tako brojne, istovjetne pojedinim nadležnostima uobičajenim za savremeno ustavno sudovanje. Ove nadležnosti enumerativno su utvrđene odredbama člana IV/3f), člana VI Ustava i odredbom Amandmana I na Ustav. Primarna zajednička karakteristika ovih odredaba jeste ta da su preširoko određene i ponegdje neprecizno formulisane, čime daju dosta prostora za ponekad isuviše ekstenzivno tumačenje. Vjerovatno su, pored ostalih mogućih razloga i osmišljene da bi dale osnov za što šire definisanje ustavnosudskih kompetencija samom ustavobranitelju, odnosno, kako bi omogućile efektivnije rješavanje otvorenih ustavnopravnih pitanja. Takva ekstenzivna tumačenja ustavnopravnih normi, sama po sebi, međutim, ne moraju nositi sa sobom, kako se to obično misli, isključivo negativne konsekvence, naprotiv<sup>14</sup>.

<sup>10</sup> T. Carothers, The End of the Transition Paradigm, *Journal of Democracy*, Baltimore 13/2002.

<sup>11</sup> Opširnije W. Sadurski, Postcommunist Constitutional Courts in Search of Political Legitimacy, *EUI Law working paper*, 11/2001.

<sup>12</sup> Detaljniji prikaz rješavanja otvorenih teških tranzicijskih pitanja kojima su se bavili ustavni sudovi R. Vasić, Ustavno sudstvo u procesu tranzicije: prepreka ili podsticaj ostvarivanju pravne države, *Ustavni sud Srbije – u susret novom ustavu*, Beograd 2004, ss. 79-90.

<sup>13</sup> R. Kuzmanović, Pravne posljedice odluka ustavnog suda i njihovog izvršenja, zbornik radova *Ustavni sud Srbije – u susret novom ustavu*, Beograd 2004, s. 233.

<sup>14</sup> C. Ribičić u vezi sa granicama ustavnosudskog tumačenja Ustava ističe da „Ustavni sud mora da ima poslednju reč (...) kada se radi o tumačenju ustava i zaštiti prava, mora aktivno da sankcioniše povrede Ustava koje učine zakonodavac, izvršna vlast i redovno sudstvo, ne sme da izbegava aktivističke odluke kada su ugrožene osnovne ustavne vrednosti i/ili dolazi do narušavanja ustavnih vrednosti zbog nepoštovanja odluka i stavova Ustavnog suda“, C. Ribičić, *Ljudska prava i ustavna demokratija*, Beograd 2012, s. 90.

Suočavajući se sa nužnošću takve, široke interpretacije ustavnih odredaba, Ustavni sud BiH je nerijetko donosio odluke o pojedinim ustavnopravnim sporovima primjenom principa pozitivnog sudskog aktivizma<sup>15</sup>.

Nadležnosti Ustavnog suda BiH, definisane prema navedenim ustavnim odredbama, podijeljene su u pet vidova i to: nadležnost prema kojoj Ustavni sud odlučuje kao konflikti sud, jer rješava o tzv. federalnim sporovima, odnosno sporovima koji se pojave između pojedinih administrativno-teritorijalnih jedinica (između entiteta; između BiH i jednog ili oba entiteta; između Brčko distrikta BiH i jednog ili oba entiteta ili između Brčko distrikta BiH i države BiH), kao i o organskim sporovima, odnosno sporovima između institucija na nivou države; apstraktna normativna kontrola zasnovana na odredbi člana VI/3a) Ustava i incidentalna, odnosno konkretna normativna kontrola iz člana VI/3c) Ustava, putem kojih Ustavni sud odlučuje o usaglašenosti opštenormativnih akata sa Ustavom; apelaciona nadležnost, utemeljena na odredbi člana VI/3b) Ustava prema kojoj Ustavni sud „ima apelacionu nadležnost nad pitanjima po ovom Ustavu, koja proističu iz presude svakog suda u Bosni i Hercegovini“; i na koncu, nadležnost utvrđenu odredbom člana IV/3f) Ustava, a koja je kreirana u cilju „deblokade“ parlamentarnog postupka pred Domom naroda Parlamentarne skupštine BiH.

### 3.1. Normativna kontrola ustavnosti

Kontrola ustavnosti opštenormativnih akata predstavlja krucijalni zadatak ustavnog sudstva s obzirom na to da rješavanje ovih sporova u svim sistemima centralizovane kontrole ustavnosti čini suštinu ustavnog sudovanja<sup>16</sup>. Kontrola ustavnosti opštih akata je jedna od osnovnih nadležnosti i Ustavnog suda BiH. Prvo bitno pitanje koje se nameće u pogledu ove nadležnosti jeste pitanje vrste akata koji su podložni ovoj kontroli. Odredbe člana VI/3a) i c) Ustava BiH nude odgovor na isto pitanje, jer je njima propisano da Ustavni sud ocjenjuje da li su entitetski ustavi, odnosno zakoni u saglasnosti sa tim Ustavom. *Exspressis verbis*, može se zaključiti da ovaj Sud nema ovlaštenje da rješava o normativnoj usaglašenosti ostalih opštih akata sa Ustavom. No, Ustavni sud je ekstenzivnim tumačenjem odredaba o ovim nadležnostima uspostavio praksu kojom su normativnom kontrolom ustavnosti obuhvaćeni i neki drugi opšti akti osim akata navedenih u pomenutim odredbama. Osnov za ovakvo tumačenje Ustavni sud je našao, prema tekstu jedne odluke, u frazi „uključujući, ali ne ograničavajući se na to“ iz odredbe člana VI/3a) Ustava, sa obrazloženjem da su entitetski ustavi i zakoni „samo ilustrativni primjeri akata koji su predmet ove kontrole“<sup>17</sup>. Potom, identičan osnov je nađen i u odredbi člana III/3b) Ustava kojom je, prema tumačenju Ustavnog suda, određeno da „(...) Ustav, *inter alia*, stavlja

<sup>15</sup> „(...) aktivizam je u teorijskom smislu konstitutivan, po koncepciji liberalan, a po svojoj biti teleološki; on polazi od toga da svaki zakon ima svoju svrhu, da je ustav socijalna povelja društva koje se razvija i koje se temelji na određenim ideološkim i filozofskim pretpostavkama. Kod tumačenja ustava, sudski aktivizam traži načela na kojima ustav počiva i nastoji ih realizirati. Bit samog tumačenja je ostvarenje ustavnog cilja.“ P. Bačić, *Konstitucionalizam i sudski aktivizam*, Split 2010, ss. 90-91.

<sup>16</sup> R. Marković, *Pokretanje ustavnog spora o ustavnosti normativnih akata*, Beograd 1973, s. 15.

<sup>17</sup> Npr. Odluka br. U-12/98 od 07. 06. 1999, *Bilten Ustavnog suda BiH 1999. godina – I dio*, Sarajevo 2001, t. 3, ss. 201-205. Ovom odlukom je, naime, Ustavni sud ocijenio da Uredbe o ratifikaciji Ugovora o carinskoj i privrednoj saradnji između BiH i Federacije BiH sa Republikom Hrvatskom nisu u saglasnosti sa Ustavom BiH, te da iste prestaju važiti „*ex nunc* od dana donošenja ove odluke”.

van snage zakone i podzakonske akte Bosne i Hercegovine“, sa zaključkom kako „(...) slijedi da Ustavni sud ima nadležnost da ocjenjuje uredbe Vlade Bosne i Hercegovine“<sup>18</sup>.

Ekstenzivnost u interpretacijama odredaba Ustava o predmetima normative kontrole i tom prilikom primjenjen sudski aktivizam, pored navedenog slučaja, može se sresti i u odlukama Ustavnog suda kojima je odlučivano o ustavnosti zakona donesenih na državnom nivou, s obzirom na to da ovi zakoni nisu izričito obuhvaćeni odredbama člana VI/3a) i c) Ustava. Pored toga, jurisdikcija Ustavnog suda nam otkriva da je ovaj Sud, pored već pomenutog slučaja ocjene ustavnosti akata “Vlade BiH”, i u drugim prilikama rješavao pitanje ustavnosti podzakonskih opštih akata. Tako je, među ostalim, Ustavni sud meritorno odlučivano i o ustavnosti Statuta Grada Sarajeva, kao i Statuta Grada Istočnog Sarajeva i Grada Banja Luke<sup>19</sup>. Upotpunjujući paletu opštih akata o čijoj je ustavnosti odlučivao Ustavni sud široko tumačeći svoje kompetencije, neophodno je spomenuti da su predmetom opštenormativne kontrole bili i zakoni koje je nametnula Kancelarija visokog predstavnika međunarodne zajedice u BiH<sup>20</sup>.

Ne ulazeći ovom prilikom u dileme koje se otvaraju povodom ovakve prakse u vezi sa opsegom djelovanja u kontroli ustavnosti prava<sup>21</sup>, potrebno je zaključiti u vezi s tim da je Ustavni sud u ne malom broju slučajeva bio primoran da široko tumači odredabe Ustava koje se tiču njegovih nadležnosti. Svakako da su prekomjerna opštost i nepreciznost tih odredaba ponudile argumente za aktivno postupanje Ustavnog suda u tom smislu, pa se Ustavni sud, suočen sa takvom mogućnošću, nije susprezao da primjenom principa sudskog aktivizma afirmativno tumači svoje ovlasti.

### 3.2. Pravno dejstvo odluka kontrole ustavnosti opštih akata

Pravno dejstvo odluka Ustavnog suda BiH koje su donesene u predmetima opštenormativne posteriorne kontrole određeno je ne ustavnim ili zakonskim tekstom, kako je to uobičajeno u komparativnom pravu, već Pravilima Ustavnog suda, odnosno podzakonskim opštim aktom. Tako je ovim aktom<sup>22</sup> propisano da se, u pogledu vremenskog nastanka posljedica odluke, samom odlukom Ustavnog suda odlučuje o njenom pravnom dejstvu i to tako da ono može biti *ex tunc* i *ex nunc*<sup>23</sup>. Dakle, odluke donesene u okviru ove nadležnosti mogu imati ili jedno ili drugo dejstvo, a izbor jednog od ova dva dejstva zavisi od ocjene samoga Ustavnog suda s obzirom na okolnosti svakog konkretnog slučaja. Nedostatak objektivnih i preciznih mjerila za postupanje Ustavnog suda na jedan od dva propisana načina svakako da predstavlja nedovoljno

<sup>18</sup> *Ibid*, s. 3.

<sup>19</sup> Odluka br. U-4/05 od 22. 04. 2005, *Bilten Ustavnog suda BiH 2005. godina – I dio*, Sarajevo 2006, ss. 41-56 i Odluka br. U-7/05 od 02. 12. 2005, *Bilten Ustavnog suda BiH 2005. godina – II dio*, Sarajevo 2006, ss. 57-72. Nasuprot ovim meritornim odlukama, Ustavni sud je, smatrajući da nije nadležan, odbacio zahtjeve kojima se tražila ocjena ustavnosti drugih podzakonskih akata – odluka lokalnih zajednica, odluka vlada entiteta, odluka javnih ustanova, normativnih akata preduzeća i državnih organa, sporazuma iz oblasti penzijskog i invalidskog osiguranja.

<sup>20</sup> Npr. Odluka br- U-9/00 od 03. 11. 2000, *Bilten Ustavnog suda BiH 2000. godine*, Sarajevo 2002, ss. 83-87.

<sup>21</sup> V. Npr. Lj. Ožegović, Neke kontroverze apstraktne normative kontrole Ustavnog suda BiH, *Pravni život – tom IV*, Beograd 2013, ss. 671-686.

<sup>22</sup> Čl. 61 st. 1 Pravila Ustavnog suda BiH.

<sup>23</sup> Npr. Odluka o dopustivosti i meritumu, br. U-5/09 od 25. 09. 2009, *Bilten Ustavnog suda BiH 2009*, Sarajevo 2010, ss. 133-150; Odluka o dopustivosti i meritumu, br. U-1/08 od 25. 01. 2008, *Bilten Ustavnog suda BiH 2008. godina – I dio*, Sarajevo 2008, ss. 27-36.

kvalitetno rješenje. Ovakvo široko definisano diskreciono pravo Ustavnog suda, koje se vrlo rijetko nalazi u uporednom pravu, može rezultovati njegovim nekonzistentnim odlučivanjem. Pored toga, donošenje odluka sa diferenciranim pravnim dejstvom u više predmeta sa sličnim ili identičnim okolnostima može onemogućiti jednaku zaštitu stečenih prava pojedinaca koja su zasnovana na kasiranom opštem aktu, te spriječiti ostvarenje cilja da se putem ustavnog sudovanja ostvari ideja pravde i sl.

Odluke Ustavnog suda BiH pored toga što imaju kasatorno dejstvo, prema Pravilima Ustavnog suda mogu takođe imati i tzv. dejstvo konstatacije neustavnosti. Ako ocijeni, naime, da iz nekog razloga nije svrsishodno da kasira neustavnu normu, Ustavni sud prethodno može da autoritativno utvrdi njenu nesaglasnost sa Ustavom, te da donosiocu tog akta ostavi određeni rok u kojem je ovaj dužan da sam otkloni konstatovanu neustavnost<sup>24</sup>. Tako ostavljeni rok za usaglašavanje neustavne odredbe sa Ustavom ne može biti duži od šest mjeseci<sup>25</sup>, a u slučaju da se u tom roku ne otkloni utvrđena neustavnost, Ustavni sud novom odlukom kasira nesaglasnu odredbu koja potom prestaje da važi<sup>26</sup>. Ovakvo kombinovano pravno dejstvo odluka Ustavnog suda sa mogućnošću da djeluju kao kasatorne i kao odluke konstatacije neustavnosti i od ranije je poznato u ustavnosudskoj praksi<sup>27</sup>.

#### 4. Nužnost zakonodavne aktivnosti ustavobranitelja?

Predočeno pravno dejstvo odluka Ustavnog suda BiH, kao i činjenica da su u pogledu opštosti njegove odluke sa učinkom *erga omnes*, govori nam kako nema sumnje da se ovaj Sud u obavljanju opštenormativne kontrole miješa u izvornu nadležnost legislative na negativan način. Oduzimajući, naime, pravnu snagu opštim normama koje vrijeđaju pravnost objektivnog pravnog poretka, odluke Ustavnog suda zauzimaju njihovu pravnu poziciju. Kasatorno djelovanje odluka, dakle, stavlja van snage pravne norme koje remete usklađenost nižerangiranog prava u odnosu na Ustav i to se čini na neposredan način, njihovim objavljivanjem u službenom glasilu. Za razliku od odluka sa kasatornim dejstvom, odlukama kojima se konstatuje neustavnost osporavanih akata Ustavni sud indirektno “briše” neustavne norme ostavljajući mogućnost njihovom donosiocu da sam, postupajući po nalogu ustavočuvara, eliminiše konstatovanu neustavnost. Djelujući na bilo koji od ova dva načina, direktno ili posredno, nuliranjem akata zakonodavca ili drugog normotvorca, Ustavni sud BiH je u ustavnopravnom poretku države zauzeo mjesto “negativnog zakonodavca”, analogno pozicijama koje uživaju i ustavobranitelji drugih država.

Ustavni sud BiH je, međutim, u dosadašnjoj praksi u jednom slučaju izašao iz okvira pozicije „negativnog zakonodavca“, jer je u konkretnom predmetu odlučivao kao klasični „pozitivni zakonodavac“. Konstatujući prethodno neustavnost odredaba zakona kojima su određeni nazivi Grada Srpsko Sarajevo i pojedinih opština u Republici Srpskoj, Ustavni sud je, nakon iskazane

<sup>24</sup> Npr. Odluka o dopustivosti i meritumu, br. *U-3/13* od 26. 11. 2015, dostupna na: <http://www.ustavisud.ba/dokumenti/hr/U-3-13-1017392.pdf>; Odluka o dopustivosti i meritumu, br. *U-14/05* od 02. 10. 2005, *Bilten Ustavnog suda BiH 2005. godina – II dio*, Sarajevo 2006, ss. 75-102; Odluka o dopustivosti i meritumu, br. *U-14/04* od 29. 10. 2004, *Bilten Ustavnog suda BiH 2004. godina – II dio*, Sarajevo 2005, ss. 430-439.

<sup>25</sup> Čl. 61 st. 4 Pravila Ustavnog suda BiH.

<sup>26</sup> Čl. 61 st. 5 Pravila Ustavnog suda BiH.

<sup>27</sup> Isto dejstvo imaju i odluke na primjer Saveznog ustavnog suda Njemačke, Ustavnog suda Austrije. Ustavni sudovi u bivšoj socijalističkoj Jugoslaviji donosili su odluke i sa jednim i sa drugim pravnim dejstvom.

pasivnosti nadležnog zakonodavnog organa, donio odluku kojom je privremeno odredio nazive istog grada i opština, iako je ista djelatnost isključivo u nadležnosti legislative<sup>28</sup>. Uvažavajući stav samog Ustavnog suda da “(...) u konkretnom slučaju nije preuzeo ulogu zakonodavca”<sup>29</sup>, ipak se ovakvo djelovanje ne može odrediti kao bilo koja druga državnoopravna funkcija osim kao zakonodavna, bez obzira na privremeni karakter utvrđenih naziva.

Iznoseći obrazloženje za ovakvu precedentnu odluku Ustavni sud je, između ostalog, istakao da je “(...) imao u vidu nespornu činjenicu nastanka pravne praznine prestankom važenja osporenih odredbi, kao i potrebu za nesmetanim funkcionisanjem grada i opština čiji nazivi su određeni odredbama zakona koje su prestale da važe, potrebu poštovanja Opšteg okvirnog sporazuma za mir u Bosni i Hercegovini i međuentitetskog razgraničenja opština, potrebu razlikovanja naziva gradova i opština od sličnih naziva gradova i opština na teritoriji Federacije Bosne i Hercegovine, te nemogućnost primjene ranijih zakona u pogledu svih naziva.”<sup>30</sup> Predočeno obrazloženje Ustavnog suda svakako da ima svoju racionalnu osnovu, od nesumljivog zaključka da je kasiranjem neustavnih odredaba došlo do nastanka pravne praznine usljed nemogućnosti ostanka na snazi ranije važećih odredaba, pa do stava da će *pro futuro* doći do otežanog funkcionisanja lokalnih zajednica i narušavanja poštovanja međuentitetskog razgraničenja. Na koncu, svrsishodnost ovakvog djelovanja Ustavnog suda vremenom se potvrdila, s obzirom na činjenicu da je većinu naziva lokalnih administrativnih jedinica utvrdio Ustavni sud i da su oni do danas ostali na snazi. Koliko god, međutim, bili racionalni argumenti kojima je nastojao opravdati nužnost sudskog aktivizma u ovolikoj mjeri, nesporno je, s druge strane, da je kreiranje i materijalizacija pravnih normi putem Ustavnog suda na opšti način, sa naučnoteorijskog, doktrinalnog, komparativnog i svakog drugog aspekta, djelatnost zakonodavnog karaktera.

Ustavni sud BiH se ponovo sreće sa ulogom “pozitivnog zakonodavca” u vezi sa još jednom odlukom, što sa analizom opravdanosti takve uloge predstavlja i osnovno pitanje rada. Naime, radi se o odluci broj U-9/09<sup>31</sup> kojom je Ustavni sud proglasio neustavnim pojedine odredbe Izbornog zakona BiH i Statuta Grada Mostara. Ovom odlukom Ustavni sud je naložio Parlamentarnoj skupštini BiH da u roku od šest mjeseci od objavljivanja odluke izmjeni neustavne odredbe navedenog zakona u skladu sa njegovom odlukom. Takođe je naredio Gradskom vijeću Grada Mostara da ga obavijesti o koracima koje će preduzeti da uskladi Statut Grada Mostara sa Ustavom BiH u roku od tri mjeseca nakon objavljivanja u Službenom glasniku BiH i amandmana koje izvrši Parlamentarna skupština kako bi Izborni zakon uskladila sa Ustavom BiH, u skladu sa njegovom odlukom. S obzirom na to da Parlamentarna skupština nije postupila po nalogu Ustavnog suda u ostavljenom roku i ispravila konstatovanu neustavnost Izbornog zakona, Ustavni sud je donio rješenje o neizvršenju njegove odluke<sup>32</sup>. Ovim rješenjem Ustavni sud je utvrdio da sporne odredbe prestaju važiti narednog dana od dana objavljivanja ovoga rješenja u Službenom glasniku BiH, odnosno od 28. februara 2012. godine. Pasivnost Parlamentarne skupštine BiH, da umjesto kasiranih odredaba Izbornog zakona usvoji nove

<sup>28</sup> Odluka br. U-44/01 od 22. 09. 2004, *Bilten Ustavnog suda BiH 2004. godina – II dio*, Sarajevo 2005, ss. 260-263. Ovom Odlukom je Ustavni sud nazive gradova u Republici Srpskoj, za koje je ranijom odlukom utvrdio da nisu u saglasnosti sa Ustavom, zamijenio novim nazivima prema sopstvenoj diskreciji.

<sup>29</sup> *Ibid*, t. 11, s. 5.

<sup>30</sup> *Ibid*, t. 10, s. 5.

<sup>31</sup> Odluka Ustavnog suda BiH, br. U-9/09 od 26. 11. 2010. objavljena je u *Službenom glasniku BiH* 48/11 od 16. 06. 2011.

<sup>32</sup> Rješenje Ustavnog suda BiH, br. U-9/09 od 18. 01. 2012. objavljeno je u *Sl. gl. BiH* 15/12.

norme, dovele su do toga da se lokalni izbori u Mostaru nisu mogli održati u dva izborna ciklusa. Lokalni organi vlasti, shodno tome, zbog neodržavanja izbora nisu mijenjani od 2012. godine i do danas nalaze se u “tehničkom mandatu”.

Usljed ovakve pravne situacije i nemogućnosti da bira i bude birana na lokalnim izborima u Gradu Mostaru od 2012. godine, Irma Baralija, državljanka BiH sa prebivalištem u Mostaru, podnijela je aplikaciju Evropskom sudu za ljudska prava (Evropski sud) tvrdeći da joj je zbog toga povrijeđeno pravo na nediskriminaciju iz člana 1 Protokola broj 12 uz Evropsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (Konvencija). Nakon provedenog postupka Evropski sud je donio presudu<sup>33</sup> kojom utvrđuje da BiH nije ispunila svoje pozitivne obaveze na usvajanju mjera za održavanje demokratskih izbora u Mostaru i da je stoga u odnosu na aplikanticu došlo do povrede člana 1 Protokola broj 12 uz Konvenciju. Primjećujući da je pritužba u ovom slučaju rezultat propusta BiH da izvrši odluku Ustavnog suda BiH broj U-9/09 i njegove naredbe, te uzimajući u obzir veliki broj potencijalnih aplikanata i hitnu potrebu da se okonča sporna situacija, Evropski sud je naložio BiH da, u roku od šest mjeseci od dana konačnosti njegove presude, mora izmijeniti Izborni zakon kako bi omogućila održavanje lokalnih izbora u Mostaru. Naposljetku, Evropski sud je naveo da, ako država to ne učini, Ustavni sud BiH je, “(...) prema domaćem zakonu i praksi, ovlašćen da donese privremena pravila kao nužne prelazne mjere.”<sup>34</sup>

Na kraju pregleda izloženih činjenica, valja još jednom konstatovati da BiH, dakle, već više od osam godina, nije izvršila navedenu odluku Ustavnog suda BiH u odnosu na Izborni zakon BiH, te, takođe, da nije postupila ni po presudi Evropskog suda u određenom roku i izmijenila isti zakon u cilju održavanja lokalnih izbora u Mostaru. Da bi se ova presuda konačno izvršila i omogućilo provođenje lokalnih izbora u Mostaru 2020. godine, a imajući u vidu hroničnu pasivnost zakonodavca po ovom pitanju, kao mogućnost prevazilaženja postojeće situacije ostaje da Ustavni sud BiH “(...) donese privremena pravila kao nužne prelazne mjere.” Za razliku od prethodne situacije kada je u predmetu broj U-44/01 sam sebe stavio u poziciju “pozitivnog zakonodavca”, Ustavni sud BiH se u konkretnom slučaju “gura” u istu ulogu pod pritiskom činilaca koji se nalaze van Suda. Ponovo, dakle, dolazimo do pitanja da li ustavobranitelj u konkretnom slučaju treba da postupa kao pozitivni zakonodavac?

Kao temeljni argument negiranja ovakve prakse, treba podsjetiti da ustavobranitelj prema teorijskim, doktrinarnim i komparativnim iskustvima drugih, u pretežnom dijelu, ne može aktivno, usvajajući opšta normativna rješenja, kreirati pravni poredak kao zakonodavac. Njegova uloga u svakoj državi i svakom ustavnom sistemu, kao što je već rečeno, nije zakonodavne prirode već mu je osnovna zadaća čuvanje i zaštita ustava nuliranjem akata drugih organa javne vlasti. U slučaju BiH, Ustav istu funkciju Ustavnog suda definiše kao “podržavanje Ustava”. Takođe, posmatrajući problem sa čisto normativnog aspekta, smatram da Ustavni sud BiH u konkretnom slučaju ipak nema ovlašćenje “prema domaćem zakonu” da svojom odlukom donese privremena pravila, kako to ističe Evropski sud u navedenoj presudi. Uz svo dužno poštovanje prema ovoj visokoj instituciji i od njega izrečenom stavu, detaljna analiza relevantnih propisa ne nudi odgovor na pitanje na kojoj bi se opštoj pravnoj normi takva odluka Ustavnog suda mogla zasnivati. Eksplicitan pravni osnov, dakle, sa odredbom iz koje bi mogla da “izvire” odluka Ustavnog suda sa pozitivnozakonodavnim efektom nije sadržan kako u Ustavu BiH, tako ni u

<sup>33</sup> Predmet *Baralija protiv Bosne i Hercegovine*, apl. br. 30100/18, presuda od 29. 10. 2019.

<sup>34</sup> *Ibid*, tač. 20, s. 9.



njegovim Pravilima. Stoga, čini se da je za pobornike ovoga stava u rečenom sadržano dovoljno argumenata da istrajno negiraju djelovanje Ustavnog suda BiH kao pozitivnog zakonodavca.

Sa druge strane, tražeći razloge zbog kojih bi se u konkretnom slučaju mogla prihvatiti zakonodavna aktivnost Ustavnog suda BiH može se reći da je to, na prvom mjestu, činjenica da u spornoj situaciji postoji povreda Ustava i to u dužem vremenskom razdoblju. Naime, usljed pasivnosti Parlamentarne skupštine BiH da donese nove odredbe Izbornog zakona BiH umjesto kasiranih došlo je do stvaranja pravne praznine. Njeno postojanje, dalje, za posljedicu ima nemogućnost ostvarivanja jednog od osnovnih prava koje jemči Ustav BiH i Konvencija, ali, takođe, i do povrede pojedinih temeljnih ustavnih načela. Povredu opšte zabrane diskriminacije utvrdio je, kako smo vidjeli, Evropski sud u odnosu na aplikanticu Baralija. Međutim, pored toga, ne treba smetnuti sa uma da su, pored imenovane, svi stanovnici grada Mostara sa pravom glasa u poziciji “žrtve” zbog nemogućnosti uživanja aktivnog i pasivnog biračkog prava. Ovakvo brojno kršenje prava i sistemski karakter povrede dodatno daje na njenoj težini i ozbiljnosti. Imajući s toga u vidu ulogu Ustavnog suda kao zaštitnika ljudskih prava kojem je to, kako kaže Stone, “(...) osnovni cilj modernog evropskog konstitucionalizma, a ustavne sudije su zastupnici tog cilja”<sup>35</sup>, zakonodavna intervencija Ustavnog suda radi funkcije koju ima u ovome smislu svakako predstavlja legitimno postupanje.

Pored toga što je rezultovala povredom subjektivnog ustavnog i konvencijskog prava većeg obima, izglednom se čini konstatacija da je pasivnost zakonodavca takođe dovela i do povrede objektivnog ustavnopravnog poretka. Čini se, naime, da je usljed nedjelovanja Parlamentarne skupštine BiH došlo do povrede osnovnih ustavnih načela iz člana I/2 Ustava BiH. Ovom normom propisano je da je “Bosna i Hercegovina (je) demokratska država koja funkcioniše u skladu sa zakonom i na osnovu slobodnih i demokratskih izbora”. Iako je zbog propusta države, doduše, došlo do nemogućnosti održavanja izbora samo na manjem dijelu njene teritorije, to nikako ne može obesmisлити tvrdnju da je zbog toga ipak došlo do povrede citiranih ustavnih načela. Težina povrede Ustava biva još ozbiljnija kada se ima u vidu da su vladavina prava i smjenjivost i ograničenje vlasti putem demokratskih izbora, koji su iskazani u navedenoj odredbi, jedni od temeljnih načela svake ustavne liberalnodemokratske države.

U vezi sa razlozima koji opravdavaju nužnost djelovanja Ustavnog suda BiH kao pozitivnog zakonodavca u konkretnom slučaju, valja ipak podsjetiti da doktrinalni stavovi i komparativna iskustva pretežno podržavaju ustavnosudsku funkciju kao zakonodavnu djelatnost u negativnom kontekstu. Međutim, u pojedinim teorijskim istupima mogu se sresti i suprotna gledišta po ovom pitanju, a prema kojima ustavni sudovi ne treba da bježe, u iznimnim slučajevima i pod određenim uslovima, od kreiranja zakonodavnih rješenja<sup>36</sup>. Isto tako, ustavnosudska uporedna jurisdikcija krije rijetke primjere koji pokazuju kako je ustavočuvar, nošen pozitivnim sudskim aktivizmom, preuzimao ulogu pozitivnog zakonodavca<sup>37</sup>.

<sup>35</sup> A. Stone Sweet, *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*, Oxford 2000, s. 29.

<sup>36</sup> Tako npr. P. Bačić: „Štoviše, u zaštiti ustavnih prava suci mogu rekonstruirati pa čak i dodavati zakonske odredbe kad je to nužno da bi se omogućila efektivna zaštita temeljnih prava. Takvo aktivističko stajalište o konstitucionalizaciji prava je najbolja potvrda da je kreativna uloga sudaca nezamjenjiva u slučaju inertnosti zakonodavaca.“ Bačić (bilj. 15), s. 215.

<sup>37</sup> Npr. J. Sovdat, Sudski aktivizam u praksi Ustavnog suda Slovenije, *Ustavni sud između negativnog zakonodavca i pozitivnog aktivizma, Zbornik radova*, Sarajevo 2015, ss. 105-112.

## 5. Zaključak

Vladavinu prava i stabilan politički sistem moguće je ostvariti i održati samo u onom demokratskom društvu u kojem sve državne institucije izvršavaju svoje kompetencije u saglasnosti sa objektivnim pravom<sup>38</sup>. Kada konkretan politički ambijent iznjedri situaciju koja disfunkcionalno utiče na rad zakonodavnih organa, Ustavni sud rješava sporno ustavnopravno pitanje kako bi osigurao stabilnost u društvenoj zajednici, usklađenost pravnog poretka i zaštitu građanima od zloupotrebe vlasti.

Sumirajući rezultate napisanog imam prije svega u vidu dugotrajnu pasivnost najvišeg zakonodavnog državnog organa i nužnost prevazilaženja neustavnog stanja. Zbog toga sam sklon stavu da Ustavni sud BiH, iako diskutabilan, ima taj legitimitet, pa čak i obavezu da reaguje kao zakonodavac. Unatoč tome što bi postupajući na takav način u izvjesnoj mjeri iskoračio iz Ustavom mu dodjeljenih ovlaštenja, Ustavni sud bi, s druge strane, neposredno izvršavajući svoju odluku i presudu Evropskog suda, provođenjem testa proporcionalnosti, mogao naći dovoljno osnova za takav postupak. Teško bi se, naime, mogla uputiti zamjerka činjenici da ustavobranitelj svojom pozitivnom zakonodavnom djelatnošću ispunjava ustavni zadatak da zaštiti i podržava Ustav sa legitimnim ciljem da otkloni njegove teške i dugotrajne povrede. Široko i teleološki tumačeći ustavne norme, hrabro primjenjujući principe pozitivnog sudskog aktivizma, Ustavni sud bi u ovom slučaju mogao odstupiti od svoje uobičajene uloge negativnog zakonodavca radi odbrane načela vladavine prava i zaštite ljudskih prava. Posebno radi toga što odredbe kojima se garantuju ove vrijednosti za bosanskohercegovački Ustav imaju poseban značaj i zauzimaju centralno mjesto u okviru ustavnoga teksta. Međutim, prelazak Ustavnog suda BiH u sferu nadležnosti koje pripadaju izabranim predstavnicima naroda u zakonodavnom tijelu mora biti striktno ograničen samo na slučajeve ozbiljnog kršenja Ustava i to isključivo na privremenoj osnovi.

### *Protector of the Constitution as a positive Legislator – Pros and Cons*

#### *Summary*

*This paper which seeks to give an answer to the question whether the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina should be deciding as a positive legislator by normative regulation of local elections for Mostar, showcases the ambient, from the doctrinal and practical aspect, which seeks arguments for the justification one of the two possible answers and solutions. As is usually the case in many other dilemmas, in this matter there are arguments in favour of both answers as well. In an effort to find an appropriate solution, the author pays special attention to the constitutional judiciary in general, its role and function in a democratic society, competences of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina and legal effects of its decisions in the field of normative control. Upon a review of the factual and legal situation of this case, by analysing the arguments, the author gives the answer to the central question of the paper – whether the Constitutional Court can reasonably take over the role of the positive legislator in the current circumstances.*

<sup>38</sup> O ovome H-J. Papier kaže: (...) ni Ustavni sud ne može sam da garantuje uslove pravne države jer oni se mogu ostvariti – prirodno – samo u interakciji sa izvršnom, zakonodavnom, sudskom vlašću, i, prije svega, sa državno-pravno-političkim diskursom građanskog društva koje insistira na poštovanju standarda pravne države, H-J. Papier, Pravna država i ustavno sudstvo, *Zbornik referata Konrad Adenauer Stiftung*, Beograd 2010, s. 28.