

Nedim Ademović*

ZNAČAJ I METODE TUMAČENJA KROZ PRAKSU USTAVNOG SUDA BOSNE I HERCEGOVINE

Predmetna tema je veliki izazov na svakog naučnika pravnih nauka, posebno ustavnog prava. Međutim, ono što je izazov za istinskog akademskog radnika, u praksi je veliki problem za praktičare. Ova konstatacija je zaista tačna kada je u pitanju Ustav Bosne i Hercegovine (u daljnjem tekstu: Ustav BiH) i Ustavni sud Bosne i Hercegovine (u daljnjem tekstu: USBiH), a koji je vrhovni tumač i čuvar Ustava BiH (prva rečenica člana VI/3. Ustava BiH).

Često se može čuti u javnom diskursu o državi i pravu ili čak u literaturi, da je ustavno sudstvo posebna, četvrta vlast. Zbog svojih specifičnih nadležnosti, a posebno mogućnosti kontrole ustavnosti rada zakonodavne, izvršne i sudske vlasti, to je i tačno. Međutim, USBiH jeste sud i dio sudske vlasti. To ne proizlazi samo iz njegovog naziva, već i iz nadležnosti. On ima zadatak da rješava ustavnopravne sporove, koji pripadaju pravu, bez obzira što odluke USBiH često imaju i snažnu političku implikaciju. Podsjetimo se samo na tzv. Odluku o konstitutivnosti naroda iz predmet U 5/98-III (iz 2000. godine).

Činjenica da je USBiH „sud“, te da pripada i predstavlja, u širem smislu riječi, sudsku vlast, logično je da on, kao i svaki sud, mora primjenjivati metode tumačenja. To je, prije svega, jezičko tumačenje, koje ima svoje tri podgrupe: leksičko, gramatičko i sistemsko. Takođe, i istorijsko i teleološko, tj. ciljno tumačenje su nezaobilazne metode tumačenja. Naravno, metode tumačenja kao sredstvo da se dođe do značenja određene norme primjenjuje se samo onda kada nam nešto nije potpuno jasno.

* Docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici na predmetu Ustavno pravo

Uprkos gore navedenom, USBiH nalazi se u specifičnoj situaciji, a i metodologija tumačenja USBiH ukazuje na određene specifičnosti koje nisu prisutne kod drugih sudova. Da bi ovu tvrdnju mogli pobliže shvatiti i objasniti moramo poći od samog Ustava BiH i njegovih specifičnosti, kao opšteg pravnog akta, ali i specifičnosti u ustavnokomparativnoj analizi.

Prva specifičnost Ustava BiH, pri čijem navodu, nažalost, osjećamo i određenu nelagodu, jeste da on ne egzistira na službenim jezicima Bosne i Hercegovine (u daljnjem tekstu: BiH), već samo na engleskom jeziku. Štaviše, ne postoji službeni prevod Ustava BiH na domaće, službene jezike. Prema tome, nemoguće je u potpunosti izbjeći da se pri tumačenju Ustava BiH ne koristi i engleski jezik. Međutim, da li je prosječan čovjek ili javni dužnosnik u BiH u stanju da uđe u suptilne pojedinosti engleskog jezika kako bi dao smisao nejasnim ustavnim odredbama na neslužbenom prevodu sa engleskog jezika? Odgovor je sigurno negativan. Najbolji primjer da činjenica originalnosti Ustava BiH na engleskom jeziku može biti veliki problem predstavlja slučaj ocjene usaglašenosti odredbi Ustava BiH koje regulišu sastav Predsjedništva BiH i Doma naroda Parlamentarne skupštine BiH u odnosu na Evropsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i sloboda (u daljnjem tekstu: EKLJP). Podsjećanja radi, član II/2. Ustava BiH, jasno ukazuje da je ova međunarodnopravna konvencija, takođe, dio Ustava BiH. Jezički sukob se pojavio u predmetu USBiH broj U 4/05. Osnovni problem jeste prevod odredbi člana II/2. Ustava BiH sa engleskog jezika na domaće jezike, a koja reguliše normativno-hijerarhijski položaj EKLJP u pravnom sistemu BiH. Postoje veoma puno kvalifikovanih mišljenja koja su zagovarali prevod u smislu da je EKLJP, kao dio Ustava BiH, nadređena svom drugom pravu, uključujući i ostatak Ustava BiH. Time se željelo ukazati na različit normativno-hijerarhijski položaj pojedinih normi unutar samog Ustava BiH. Suprotno tim mišljenjima, USBiH je zauzeo stav da EKLJP ima isti položaj kao i sve druge ustavne norme, bez obzira na englesku konstrukciju „over all other **law**“ (naglasak autora). Da je zauzet prvoizneseni stav ne bi došlo do presude pred Evropskim sudom za ljudska prava u Strazburu u predmetu „Sejdić i Finci protiv BiH“, jer bi sam USBiH proglasio ustavne odredbe člana IV i V protivustavne, tj. protivne EKLJP, kao nadređenom ustavnom pravu, te morao narediti usaglašavanje i harmoniziranje samog teksta Ustava BiH. Time bi se očigledno ispravile unutrašnje normativne kolizije, tzv. antinomije.

Druga specifičnost Ustava BiH je činjenica da on ima dualnu pravnu prirodu. Za razliku od ustava mnogih drugih zemalja, Ustav BiH predstavlja Aneks IV na Opšti okvirni sporazum za mir u BiH (u daljnjem tekstu: DMS),

kao sastavni dio jednog međunarodnog sporazuma. Stoga se, za tumačenje Ustava BiH, može koristiti Bečka konvencija o ugovornom pravu. U članu 31. ove konvencije utemeljuje se, kao opšti princip međunarodnog prava, tumačenje međunarodnih ugovora u dobroj vjeri, pri čemu i Preambula jednog međunarodnog ugovora podliježe tumačenju. S obzirom da su, prema članu III/3(b) Ustava BiH, “opšti principi međunarodnog prava sastavni dio pravnog poretka Bosne i Hercegovine i entiteta“, USBiH je zaključio da principi tumačenja iz Bečke konvencije o ugovornom pravu predstavljaju sastavni dio Ustava BiH i moraju se primjenjivati u tumačenju svih njegovih odredbi. Šta je posljedica ovog komplikovanog pravnog stava? Upravo na osnovu Bečke konvencije o ugovornom pravu u vezi sa članom III/3(b) Ustava BiH, USBiH je došao do zaključka da Preambula Ustava BiH ima normativni karakter, a ne svečani, kao što je slučaj sa mnogim drugim ustavima. Ovo je i odlučujući faktor da je konstitutivnost naroda iz zadnje, 10. alineje Preambule Ustava BiH, izdignuta na pijedestal ustavnopravnih principa, dok su se posljedice ovog zaključka najizrazitije mogle osjetiti u istorijskoj odluci USBiH broj U 5/98-III, kojom su mnoge odredbe entitetskih ustava proglašene protivne principu konstitutivnosti.

Daljnji komentar na temu tiče se karakterističnog tumačenja ustava. Svi ustavi su, u principu, nesavršeni pravni akti. Oni regulišu, jednostavno rečeno, najnužnija pitanja funkcionisanja države i položaj čovjeka naspram države. Sva druga pitanja su regulisana zakonima i drugim pravnim aktima. Da bi dao državnom pravnom sistemu ustavnopravne okvire, ustav je principijelni akt, programski napisani, akt koji koristi široko postavljene formulacije. Na taj način, ustav postaje živ, jer se može prilagođavati novonastalim društveno-političkim uslovima. To je slučaj i sa Ustavom BiH. On ima Preambulu i 12 članova, te dva aneksa. Preambula, član I i Aneks II bave se ustavnopravnim principima, član II i Aneks I na Ustav regulišu zaštitu ljudskih prava i sloboda i tako određuju položaj čovjeka u BiH, član III reguliše podjelu nadležnosti između države i entiteta, dok ostali članovi uređuju pitanje organske podjele državnih nadležnosti.

Međutim, takav tekst ustava predstavlja veliki izazov kada je u pitanju njegovo tumačenje.

Prije nego pređemo na temu tumačenja samog ustava, potrebno se upitati ko tumači ustav. Svi oni koji podliježu ustavu jedne države dužni su da ga se pridržavaju. U svakodnevnoj konkretizaciji svoga ponašanja prema ustavu, dolazi do stvaranja ustavnopravnog poretka kojeg čine ustavna norma, s jedne strane, i konkretno ponašanje subjekata koji mu podliježu, s druge strane. Prema tome, kada čovjek odluči na koji način će koristiti

svoju slobodu izražavanja, tada konkretizuje ustav na terenu. To je tzv. realni ustav, u širem, društveno-političkom smislu. U užem smislu, realni ustav predstavlja njegovu institucionalnu konkretizaciju. Prema tome, svi tumače ustav, ali jedino USBiH daje autentično tumačenje ustava koje se mora slijediti. Niti jedan subjekt, privatnopravni ili javnopravni, uključujući i zakonodavca, kao najdemokracičnije tijelo u državi, nema pravo da mijenja autentično tumačenje koje je dato od strane USBiH, osim u proceduri izmjene i dopune ustava. Prema tome, uloga USBiH je izuzetno bitna.

Potrebe za tumačenjem nema ako je norma jasna i precizna, te se bez dvojbe može dati odgovor na ustavnopravno pitanje na osnovu teksta ustava. Ako Ustav BiH, u članu IV/1. propiše da se „Dom naroda sastoji od 15 delegata, od kojih su dvije trećine iz Federacije (uključujući pet Hrvata i pet Bošnjaka) i jedna trećina iz Republike Srpske (pet Srba)“, tada se ništa ne mora tumačiti. Nažalost, USBiH je veoma često u situaciji da mora tumačiti, jer je ustavni tekst nejasan. Pri tome, nema velike pomoći od leksičkog i gramatičkog tumačenja, jer Ustav BiH koristi većinom *terminuse* kojima se teško može dati precizan sadržaj. Primjera radi, teško je prepoznatljiv materijalnopravni sadržaj ustavnog prava na imovinu koji se sastoji od jedne rečenice: „Sva lica u BiH uživaju pravo na imovinu“. (član II/3 Ustava BiH). Koliko odredbe iz člana I/2. Ustava BiH, a koje propisuju da je BiH demokratska država koja funkcioniše po slovu zakona, mogu pomoći jednom pravniku u konkretnoj situaciji? Veoma malo(!), jer teško je na osnovu značenja same riječi ili upotrebe gramatičkih pravila protumačiti pojmove „demokratija“ i „pravna država“. Da li je ustavotvorac mislio na „reprezentativnu demokratiju“ ili „polupredsjedničku“, da li je mislio na pravnu državu u formalnom ili materijalnom smislu?, itd. Ove riječi ne otkrivaju niti daju odgovor na pitanje, ali otvaraju prostor za diskusiju i traže konkretizaciju unutar jednog značajnog smislaonog prostora. Zato se USBiH mora koristiti sistemskim tumačenjem, te iz međusobnog konteksta pojedinih odredbi pokušati iznaći pravni sadržaj pojedinih normi. Dobar primjer sistemskog tumačenja USBiH je dao u tumačenju pojma „pravna država“, u predmetima koji su se ticali zaštite ljudskih prava i sloboda. US je zaključio da, iako Ustav BiH koristi izraz „vladavina slova zakona“, koja naginje anglo-saksonskom shvaćanju ovog ustavnopravnog principa (eng. „*rule of law*“), uzimajući u obzir druge odredbe Ustava BiH koje štite u jednoj široko postavljanoj lepezi ljudska prava i slobode, ovaj izraz mora se shvatiti i kao „država pravde“.

Međutim, ni sistemsko tumačenje nekada nije dovoljno. Zato USBiH koristi istorijsko i teleološko tumačenje kako bi pokušao da dokuči su-

bjektivnu namjeru ustavotvorca i *ratio* Ustava BiH. Ova dva tumačenja pomažu da se jedan ili više rezultata jezičkog tumačenja isključe kao netačni ili neadekvatni u okolnostima pojedinog slučaja. Izvjesna pogodnost za istorijsko i teleološko tumačenje jeste i sama činjenica da Preambula Ustav BiH ukazuje na dokumente koji su bili inspiracija, oslonac ili motivacija ustavotvorca za donošenje Ustava BiH, kao što je slučaj sa UN poveljama, nekim međunarodnopravnim mehanizmima za zaštitu ljudskih prava i sloboda ili kao što su Osnovna načela usaglašena u Ženevi 8. 9. 1995. godine i u Njujorku 26. 9. 1995. godine. Međutim, oni nemaju obavezujući karakter, što se vidi iz samog teksta Preambule. Ovi dokumenti ne podliježe pravnom normiranju, budući da se smatraju predustavotvornom djelatnošću.¹ Jedino u slučaju da postoje dileme u tumačenju Ustava, spomenutim principima može se dati određeni značaj za istorijsku interpretaciju. U postupku povodom predmeta o konstitutivnosti naroda broj U 5/98, Ustavni sud je jasno dao do znanja da, u slučaju mogućih protivječnosti između osnovnih principa i naknadno usvojenog teksta Ustava BiH, prednost ima tekst Ustava BiH. Republika Srpska pokušala je osporiti takav primat Ustava BiH, argumentujući da je u Ženevskim osnovnim principima od 8. 9. 1995. godine dogovoreno da će „oba entiteta nastaviti da postoje sa njihovim sadašnjim ustavima“. Kao odgovor na to, USBiH je, s punim pravom, ukazao na nastavak teksta u kojem se kaže: „amandmanski izmijenjenim da zadovolje ove osnovne principe“. To je, onda, kako je utvrdio USBiH, razrađeno u članu III/3.b) i članu XII/2. Ustava BiH u smislu apsolutnog primata Ustava BiH.²

Naravno, istorijsko i teleološko tumačenje imaju svoje granice. Granica tumačenja je tamo gdje se napušta područje tumačenja, a to je jezik normi Ustava BiH. Ova dva tumačenja ne mogu voditi rješenju koje je suprotno mogućem jezičkom smislu norme.

Za USBiH postoje i nepisana pravila tumačenja kojima je jako sklon, ali, to rade svi drugi ustavni sudovi. Tako se koriste principi zabrane preuzimanja prevelikog tereta ili proporcionalnosti i adekvatnosti u postupcima pred USBiH, u kojima se vagaju različite ustavnopravne vrijednosti, pokušavajući da unese pravna harmonija u ustav i ustavne norme. Štaviše, USBiH provodi test proporcionalnosti uvijek kada je moguće ograničiti ustavna ljudska prava i slobode.

Na kraju, vrijedno je spomenuti još dva pravna termina, a to su realni

¹ Uporedi, Starck u: Mangoldt, Hermann/Klein, Friedrich/Starck, Christian, Bonner Grundgesetz – Kommentar, tom 1, 4. izdanje, Franz Vahlen GmbH (izd.), München, 1999, 17.

² Vidi, U 5/98-III, tačka 62.

ustav ili tzv. ustavna stvarnost, te pravna praznina. Kao što je već naglašeno, realni ustav ili ustavna stvarnost je institucionalna konkretizacija ustava na terenu. Nemoguće je, a ne posmatrati ustav u socijalnom kontekstu. Međutim, da li realni ustav ima svoje granice? Da li ustavu možemo davati konkretizaciju koja je suprotna jezičkom kontekstu ustava? Morali bi zaključiti da se prekoračuju okviri dozvoljenih konkretizacija ustava i ustavnog tumačenja ako se „političkim realnostima“ ili „političkim, socijalnim ili privrednim predstavama“ pokušaju opravdati radnje ili državne aktivnosti koje su očito suprotne normi i odlukama ustavotvorca. Takva ustavna stvarnost je neustavna, jer je *contra legem*. Ona se mora dovesti u okviru ustava ili ustav mijenjati. Kada govorimo o ovome, onda mislimo na primjer nametanja etničke rotacije u tijelima u kojima je Ustav BiH ne predviđa takav sistem. Ako se pravilno čita Ustav BiH, onda se to sigurno može zaključiti u slučaju sa Vijećem ministara BiH.

Na kraju vrijedno je spomenuti, u kontekstu teme, i pojam „pravne praznine“ u ustavu. Naime, ova pojava ima svoju posebnu pravnodržavnu dimenziju. Kao što već ukazano, svaki ustav je nepotpun pravni akt. Prema tome, ono što ustav ne reguliše, to se prepušta zakonodavcu. O pravnoj praznini u ustavnom tekstu može se govoriti samo onda ako je ustavotvorac podigao određenu materiju na ustavni rang, ali ju nije u potpunosti normirao. U takvom slučaju, zabranjeno je zakonodavcu zakonom popunjavati ustavnopravnu prazninu. Ukoliko je moguće, USBiH mora svojih tumačenjem, prije svega, sistemskim, oslanjajući se ne slične norme ili ustavnopravne principe, popuniti tu prazninu. Ako ne, amandmanska procedura je nužna. U ovom kontekstu, interesantne su odluke USBiH kada su u pitanju dvojno državljanstvo i pitanje državne imovine (predmeti U 9/11, od 23. 9. 2011. godine, posebno tačka 26 i predmet U 1/11, još uvijek u toku).

Na samom kraju, potrebno je vratiti se na temu iz samog početka predmetnog teksta, a to je uloga USBiH. Tumačenje Ustava BiH zavisi i od stava USBiH naspram same svoje uloge. Mislimo da u teškim post-ratnim i tranzicijskim vremenima, u kojima demokratija oboljeva od dječjih bolesti, a državno-politički sistem ukazuje na hroničnu disfunkcionalnost, USBiH mora biti proaktivan i zagovarati tezu sudskog aktivizma. Dobar primjer takve afirmativne uloge jednog ustavnog suda jeste njemački Savezni ustavni sud nakon II svjetskog rata. Jer, u takvim situacijama US predstavlja terapiju za ozdravljenje, koja će biti opravdana sve dok se ne predvide drugi politički ili pravni lijekovi, čije korištenje će onda imati veći ustavni legitimitet, nego sam sudski aktivizam ustavnog sudstva.