

eudaimonia

Revija za pravnu, političku i
socijalnu teoriju i filozofiju

Br. 5 • 2021.

Izdavač

IVR **SRBIJA**

Srpsko udruženje za pravnu
i socijalnu filozofiju

OPRAVDANOST USTAVNOSUDSKOG
AKTIVIZMA ZARAD ZAŠTITE LJUDSKIH
PRAVA: EVROPSKI SUD ZA LJUDSKA
PRAVA I USTAVNI SUD BOSNE I
HERCEGOVINE

Brano Hadži Stević

Strane: 63–86

Brano Hadži Stević*

OPRAVDANOST USTAVNOSUDSKOG AKTIVIZMA
ZARAD ZAŠTITE LJUDSKIH PRAVA:
EVROPSKI SUD ZA LJUDSKA PRAVA I
USTAVNI SUD BOSNE I HERCEGOVINE

Autor u radu analizira neke odluke Evropskog suda za ljudska prava i njegova interpretativna načela i odluke Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, te nastoji da dā odgovor na pitanje kada kreativni pristup ustavnog suda može da bude opravdan. Nikakav vid ustavnosudskog aktivizma nije prihvatljiv kada je reč o normativnoj kontroli ustavnosti, dok u postupku po apelaciji, može da bude. Autor polazi od toga da ustavni sud treba da pravno rezonuje, tj. da odlučuje na osnovu teksta važećeg ustava. Evropski sud smatra da tumačenje treba da omogući stvarnu primenu garantovanog prava, ali je sporno kada takvo tumačenje prerasta u stvaranje prava, o čemu autor raspravlja pre svega sa teorijskog aspekta, a zatim analizom sudske prakse nastoji da oceni delovanje Ustavnog suda Bosne i Hercegovine. Osnovna teza od koje se polazi u radu jeste da je ustavnosudski aktivizam opravdan samo u izuzetnim slučajevima kao ultima ratio, i to zarad zaštite ljudskih prava i sloboda.

Ključne reči: interpretativna načela, kontrola ustavnosti, ustavnosudski aktivizam, pravno i političko rezonovanje, zaštita ljudskih prava i sloboda.

1. UVOD

Nesumnjivo je da ljudska prava i slobode zaslužuju da budu okarakterisana kao suverena i da su konstitutivni element vladavine prava, ali je i njihovo prečesto kršenje neminovnost. Ustav kao vrhovni pravni akt koji garantuje određeni korpus ljudskih prava i sloboda trebalo bi da bude bezizuzetno poštovan, a ustavni sudovi treba da budu njegovi čuvari. Međutim, ponekad ustavni sudovi umesto da čuvaju ustav sami

* Autor je viši asistent Pravnog fakulteta Univerziteta u Istočnom Sarajevu i student doktorskih studija Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, *brano.hadzi.stevic@gmail.com*

postaju prekršiocci ustava, pozivajući se na neophodnost njihovog aktivizma zarad zaštite ljudskih prava i sloboda. Priroda ustavnih odredaba je takva da ostavlja široko polje za tumačenje, ali ponekad ustavni sudovi stvaraju *ius novum*, tj. originerno regulišu društvene odnose, što u potpunosti odudara od njihove uloge čuvara ustava, prethodno pripisujući sebi nadležnost koju im sam ustav ne daje.

Obično se svako evolutivno i široko tumačenje odredaba (a tim pre i stvaranje novog prava) od strane sudova označava rečju aktivizam, ali ne ide se ka tome da se odredi pojam aktivizma koji ima naučnu korist, tj. prihvatljivost, nego se uglavnom politički zloupotrebljava. U tom smislu su moguća dva rešenja: prvo je da se pod aktivizmom podrazumeva samo stvaranje prava, a ne evolutivno tumačenje, dok je drugo rešenje odbacivanje pojma „aktivizam“ i korišćenje jasnijih pojmova – tumačenje i stvaranje. Međutim, onda se postavlja pitanje da li uistinu sudovi, pre svega ustavni sudovi mogu da stvaraju pravo i, ako je odgovor potvrđan – kada? Ako uzmemo u obzir da su u pravnoj državi ljudska prava i slobode suvereni, onda se postavlja pitanje kako da ustavni sud bude istovremeno i čuvar ustava (da ne pripisuje sebi nadležnosti koje nema) i zaštitnik ustavom garantovanih prava i sloboda. Ustavni sud jeste vrhovni tumač ustava, ali ni on nije iznad ustava, a stvaranje prava ga, *prima facie*, označava kao nelegitimnog stvaraoca koji narušava jedan od najvažnijih elemenata vladavine prava – podelu vlasti.

Slovom Ustava Bosne i Hercegovine (BiH), Ustavni sud je izričito određen kao čuvar ustava, ali njegova praksa poznaje slučajeve u kojima Sud umnogome postupa kao pozitivni zakonodavac, tj. stvaralac novog prava, a ne samo kao negativni zakonodavac – kasator neustavnih odredaba. Pri donošenju svojih odluka, Ustavni sud se redovno poziva na praksu Evropskog suda za ljudska prava, budući da Evropska konvencija ima direktnu primenu u Bosni i Hercegovini, ali ide i dalje od nje. U redovima pred nama ispitaćemo neke slučajeve iz sudske prakse Ustavnog suda, kratko ćemo opisati osnovna načela tumačenja Evropske konvencije i utvrditi da li su tačne sljedeće hipoteze. Osnovna hipoteza od koje se polazi u radu jeste da zaštita ljudskih prava i sloboda koja su narušena pojedinačnim aktom u izuzetnim slučajevima opravdava ustavnosudsko stvaranje prava. Posebna hipoteza od koje se polazi u radu jeste da Ustavni sud BiH pri donošenju odluka uzima u obzir praksu Evropskog suda za ljudska prava i prati standarde koje sud postavlja, ali da znatno nadilazi interpretativna načela koja je utvrdio Evropski sud i pripisuje sebi nadležnosti koje mu Ustav ne daje.

2. KONTROLA USTAVNOSTI

2.1. Značaj kontrole ustavnosti

Ustavni sudovi kao posebni državni organi su relativno novijega datuma, ali je ideja o kontroli ustavnosti stara više od dva veka. Ona se obično dovodi u vezu sa Sjedinjenim Američkim Državama (SAD) i odlukom Vrhovnog suda SAD u slučaju *Marbury v. Madison*.¹ S druge strane, idejnim tvorcem ustavnog suda kao posebnog državnog organa se smatra čuveni pravnik Hans Kelzen,² koji je 1920. godine bio redaktor austrijskog ustava. Time je regulisanje ustavnog sudovanja i poveravanje ustavnosudske kontrole posebnom organu u pomenutom ustavu postalo normativni embrion i paradigma koja će kasnije da se proširi na brojne države. Kao što su američki Vrhovni sud i austrijski Ustavni sud, između ostalog, zaštitnici ustava i federalnog ustrojstva države,³ tako je i Ustavni sud Bosne i Hercegovine (BiH) trebalo da bude čuvar Ustava BiH.⁴ Međutim, ne samo u vezi s njim, nego i s ustavnim sudovima uopšte, javlja se ozbiljan problem – ustavni sud od negativnog zakonodavca prerasta u stvaraoca prava.

Ustavnost podrazumeva saglasnost svih podustavnih akata s ustavom kao vrhovnim aktom koji utvrđuje osnove državnog uređenja i garantuje ljudska prava i slobode. Budući da je ustavni sud garant primene ustavnih normi, kontrola ustavnosti ima prvorazredni zna-

¹ Sudija Maršal je rešavajući u ovom slučaju postavio pitanje – da li je ustav osnovni zakon koji je viši od običnih zakona, pa se zbog toga ne može menjati običnim zakonima ili je u istoj ravni kao i obični zakoni? Prihvaćeno je prvo gledište, na osnovu kojeg se dolazi do zaključka da neustavan zakon i nije zakon. Ipak, postoje i stavovi o tome da se zametak ove ideje javlja i prije ove odluke. Detaljnije o tome vid. Mijanović 2000, 100–101. i Trejnor (Treanor 2005, 456–562). Takođe vid. Dajović 2016, 41 fn. 5.

² „Otac ustavnog sudstva, Hans Kelzen, smatrajući kontrolu ustavnosti logičkom posledicom zahteva za savršenšću na svim stepenima pravnog poretka, u svim međusobnim odnosima državnih funkcija, koje se, budući pravne prirode, i same moraju vršiti saglasno važećim pravnim pravilima, i čiji se odnos mora obezbediti specifičnim pravnotehničkim garantijama, kao garantije ustava, pre svih, video je upravo garantije ustavnosti zakona... ustav mora predvideti prestanak važenja neustavnih akata.“ – Vučić, Petrov, Simović 2010, 15.

³ O efikasnoj zaštiti federalnog ustrojstva države uz pomoć ustavnog sudstva vid. Stanković 2012, 19–20. Ustavnosudska zaštita se javlja, između ostalog, kao „uslov očuvanja složene države“. O tome vid. Orlović 2013, 10.

⁴ Ustav Bosne i Hercegovine (Aneks IV Opšteg okvirnog sporazuma o miru za Bosnu i Hercegovinu) reguliše u članu VI položaj Ustavnog suda BiH. Između ostalog, kaže se da će Ustavni sud podržavati ovaj Ustav.

čaj u okviru vladavine prava. U ustavnu materiju spada garantovanje ljudskih prava i sloboda, pa ustavni sud postaje krajnja instanca na nacionalnom nivou koja ih štiti. Srž vladavine prava je da ograniči državnu vlast i njeno delovanje ustroji tako da garantovana ljudska prava i slobode budu ostvarena, a ne puka proklamacija. Jedno od pravnih dostignuća u sistemima koji usvajaju kontrolu ustavnosti od strane ustavnog suda je njegova nadležnost da preispituje da li su narušena ljudska prava i slobode nekim aktom. S obzirom na to da je naša tema ograničena na Ustavni sud BiH, imamo na umu pre svega kršenje garantovanih prava i sloboda pojedinačnim pravnim aktima.

Ipak, ustavni sud svojim delovanjem preti da naruši jedan od aspekata vladavine prava – načelo podele vlasti – a sve to zarad zaštite ljudskih prava i sloboda, pa se postavlja pitanje da li ustavni sud čini posebnu funkciju državne vlasti, uzimajući u obzir njegove stvaralačke aktivnosti.

2.2. Ustavno sudstvo – četvrta funkcija državne vlasti?

Istorijski posmatrano, ustavno sudovanje⁵ se prvobitno zasnivalo na tome da ustavni sud utvrdi da li je neki opšti akt saglasan ustavu ili nije.⁶ Drugim rečima, osim deklaratorne i kasatorne odluke, čija je konsekvenca uklanjanje neustavne norme iz pravnog poretka, kontrolor ustavnosti nije se upuštao ni u šta više od toga, što je Hansa Kelzena navelo da kaže da je ustavni sud „negativni zakonodavac“ za razliku od parlamenta kao „pozitivnog zakonodavca“ (Kelsen 1928, 56).⁷ Pozitivni zakonodavac treba da na osnovu argumenata negativnog zakonodavca otkloni manjkavosti kasirane norme. Naravno, ne možemo da

⁵ „Pod ustavnim sudovanjem u širem i pravom smislu razumeva se rešavanje u sudskom obliku o određenim ustavnopravnim pitanjima, a u cilju zaštite ustava.“ Ustavno sudovanje se može vršiti samo u sistemu krutog ustava, budući da je u sistemu tzv. mekog ustava ono iluzorno. Vid. Krbeč 1960, 6.

⁶ U kontekstu normativne kontrole ustavnosti, prikladni bi bili termini koje neki autori koriste – opšti akt bi bio „objekt ustavnog sudovanja“ dok bi ustav bio „parametar kojim se ocenjuje taj objekt“. Vid. Barić 2013, 149.

⁷ „[K]elzen greši kad smatra čak da ustavni sud uopšte ne vrši sudski nego zakonodavni dakle, politički posao“ jer je „donošenje zakona određeno političkim merilima“ dok je „donošenje ocene ustavnosti zakona određeno čisto pravnim merilima.“ Stoga, „ustavno sudstvo je isto toliko pravno koliko i ostalo sudstvo.“ Kritiku Kelzenovog određenja ustavnog suda kao negativnog zakonodavca vid. kod Lukić 1966, 95–96, 98–99. O razlozima u prilog tezi da je ustavni sud negativni zakonodavac vid. Vučić, Petrov, Simović 2010, 24–25.

zanemarimo činjenicu da i to ima „izvesno proaktivno dejstvo“ (Rajić 2016, 52)⁸ jer je to znak da umesto ukinute norme treba da bude donesena nova. Ukidanje neustavne norme nije *ipso facto* znak da je nastala pravna praznina, budući da odgovarajućim sredstvima tumačenja, poput sistematskog tumačenja, može da se nadomesti njeno ukidanje (Brewer-Carias 2011, 704–706).

Ustavni sud može da se okarakteriše kao negativni zakonodavac iz nekoliko razloga. Pre svega, njegove odluke deluju *erga omnes*, može da ceni ustavnost nekog akta *ex officio*, ustavni sud ima veliku slobodu jer su ustavne norme najopštije, što implicira njegovu kreativnu ulogu. Na osnovu ovih svojstava, ustavni sud se približava zakonodavcu, a udaljava se od redovnih sudova. S druge strane, ustavni sud, po mišljenju nekih autora, jeste sud, te ne može da se odvoji od redovnih sudova i ne stoji mišljenje onih kojih ga nazivaju političkim sudstvom, jer je ustavno sudstvo „isto toliko pravno koliko i ostalo sudstvo“ (Lukić 1966, 98).

Problem nastaje upravo kad ustavni sud sam donese novu opštu normu, tj. stvori *ius novum*, umesto da prepusti nadležnom organu – zakonodavcu – taj dio posla – kada ustavnosudski nadzor preraste u ustavnosudsko zakonodavstvo (Barić 2013, 153).⁹ Savremena ustavna država je organizovana na taj način da se „nužno prepliće ostvarenje državnih funkcija u meri koja ne može potpuno jasno da opredeli njihove granice“, što dovodi do toga da je sve teže jasno odrediti ulogu ustavnog sudstva u ukupnoj zaštiti i ostvarivanju ustavnosti (Rajić 2016, 35).¹⁰ U smislu koji smo pomenuli ukazujući na to da ukidanje neustavne norme dovodi do nastanka nove norme koju stvara nadležni

⁸ Drugi autori ističu da ustavni sud daje smernice drugim organima o tome kakve akte mogu i treba da donesu i da je to eklatantan primer iskoraka ustavnog suda od negativnog ka pozitivnom zakonodavcu i uredbodavcu. Vid. Orlović 2013, 19.

⁹ „Jasno je da je tzv. kelzenovski pristup ustavnom sudovanju u savremenim okolnostima nužno prevaziđen...“ – Rajić 2016, 63. Stoga, postojanje ustavnog suda izaziva nedoumice – da li je u pitanju „način da se obezbedi skladno funkcionisanje ustavnog sistema kao celine“ ili je to „način da se uruši ustavom uspostavljeni odnos zakonodavnih, izvršnih i sudskih organa vlasti.“ Takođe, ne možemo da zanemarimo ni to da je ustavni sud jedan birokratski organ, za razliku od demokratskog parlamenta. Stoga, zbog nedemokratskog karaktera ustavnog suda i nepostojanja najvećeg demokratskog legitimiteta poput zakonodavca, imamo razlog više da se usprotivimo njegovom aktivizmu.

¹⁰ Kao što se podjela vlasti dovodi u vezu sa idejom pravne države, slično važi i za ustavno sudovanje: „Neophodnost ustavnog sudstva potvrđuje sentencu da je ono poslednja, najveća savršenost pravne države.“ – Orlović 2013, 11. Teorije koje jasno razgraničavaju parlamentarnu delatnost od ustavnog sudovanja, te prihvataju pravilo

organ, jasno je da i tu postoji ustavnosudski aktivizam u najširem smislu kroz zauzimanje pravnog shvatanja ustavnog suda, što treba da usmeri nadležnog donosioca, ali *stricto sensu* ustavnosudski aktivizam (ako se ne odbaci ova reč zbog nepreciznosti) podrazumeva da sam ustavni sud stvara pravo (pozitivno zakonodavstvo), umesto da kazuje šta nije pravo.

Razvoj ustavnog sudovanja nam pokazuje da se kontrola ustavnosti umnogome promenila i udaljila od ideja na kojima je nastala,¹¹ budući da se nadležnosti ustavnog suda u velikom broju država proširuju, a osim toga i sami ustavni sudovi faktički postaju stvaraoci prava mimo propisanih nadležnosti. Uloga ustavnog sudovanja bi trebalo da bude čisto pravna, a ne politička – politikom se bave drugi organi, dok ustavni sud treba ustavni spor da reši „prvenstveno pravnim, a ne političkim rezonovanjem“¹², iako je „nemoguće iz ustavnog sudovanja ukloniti svako političko rezonovanje“ (Krbek 1960, 7).¹³ Ustavni sudovi često zalaze u domen zakonodavstva, nadilazeći funkciju ocene ustavnosti nekog akta, što dovodi do toga da ustavni sud kao čuvar ustava zloupotrebljava svoje nadležnosti budući da „nije pozvan da ceni političku ispravnost pravne norme propisane od narodnog predstavništva“ jer na taj način postaje nadparlamentarna vlast (Krbek 1960, 12).¹⁴

da sudovi izriču pravo a ne stvaraju ga, nazivaju se teorijama ustavnosudskog samooograničenja. Vid. Rajić 2016, 49–53.

¹¹ „Čuvajući ustavnu ravnotežu između podeljenih organa ustavni sud se meša u njihov rad, ukida im akte i tako sam prekraja podelu vlasti.“ – Orlović 2013, 18. O razlici između diskrecione ocene sudije i sudskog aktivizma vid. Popović 2014, 71. „Ustav mora biti realan, moraju se stvoriti uslovi da ustav živi, da se njegove odredbe primenjuju, a upravo radi te primene, nužno je obezbediti i njegovu zaštitu.“ – Jašarbegović 2016, 21.

¹² Pod političkim rezonovanjem podrazumevamo odlučivanje ustavnih sudova na osnovu važećeg prava, a ovo rezonovanje (treba da) odlikuje racionalnost i objektivnost. S druge strane, političko rezonovanje se ne zasniva na važećem pravu nego je više subjektivno, obojeno političkim izborima i poimanjem šta je najcelishodnije a ne šta je saobrazno pravu. Vid. Dajović 2016, 43 fn. 11.

¹³ Suprotno: Ožegović 2013, 24–26. Takođe vid. Orlović 2013, 21. „Ustavni spor je specifična mešavina pravnog i političkog spora, bitno različita od ostalih čisto pravnih, sudskih sporova.“ Drugi autori ističu da je „neminovno politički značaj ove funkcije, odnosno politički uticaj koji njeno vršenje 'proizvodi'“, ali da je političko svojstvo ustavnih sporova „smatrano drugorazrednim ili sekundarnim, dok je spor o pravu, i to pravu vezanom za ustav, i u vezi s ustavom, bilo središnje i primarno pitanje.“ – Vučić, Petrov, Simović 2010, 17–19, 29.

¹⁴ O „ozbiljnoj mjeri zadiranja u delokrug parlamenta“ italijanskog ustavnog suda, kao i (u retoričkom smislu) neprestanom dijalogu Ustavnog suda Italije i tamošnjeg parlamenta, vid. Barić 2013, 148. Pregled stavova o ustavnom sudu kao „superlegislativi“ i „neizbežnom učesniku u samom stvaranju prava“ vid. Vučić, Petrov, Simo-

Odnos zakonodavca i ustavnog suda je sporan sa aspekta doktrine narodnog suvereniteta i legitimnosti njegovih odluka kojima stvara pravo. Naime, parlament je izraz volje većine građana koji prenose svoj suverenitet na članove parlamenta na demokratskim izborima, kako to dolikuje savremenim predstavničkim demokratijama. Pošto parlament izražava volju građana donoseći zakone, postavlja se pitanje da li birokratski organ, kakav je ustavni sud, može da kontroliše akte parlamenta, a posebno da li ima legitimnost da izvorno reguliše društvene odnose.¹⁵ Smatramo da je postojanje i delovanje ustavnog suda opravdano dok god on ostaje u ustavom utvrđenim i pravnim granicama, dok političko delovanje ustavnog suda nije u prirodi ovog organa. Činjenica je da bi preterana „legitimizacija ustavnih sudova znatno oslabila položaj parlamenta u očima javnosti i pomogla u diskreditovanju ideje reprezentativne demokratije“ (Beširević 2013, 276).¹⁶

Ako se osvrnemo na uporedno pravo, nadležnosti ustavnih sudova su raznolike.¹⁷ Nesumnjivo je da je normativna kontrola ustavnosti osnovna nadležnost ustavnosudskog organa (kontrola ustavnosti zakona i podzakonskih propisa). Sem toga, ustavni sud odlučuje o sukobima nadležnosti između najviših državnih organa, federalnim sporovima,¹⁸ sudi najvišim državnim organima, rešava o izbornim

vić 2010, 23–24. Ustavnosudski aktivizam „može poprimiti oblik i 'dobro odmerene' strategije razvijanja ustava u komplementarnom i dopunjujućem smislu“ te postati „poželjna forma razvijanja ustava“. Vid. Rajić 2016, 57.

¹⁵ O nepostojanju ovlašćenja sudova da stvaraju pravo jer nemaju „demokratski kapacitet niti legitiman osnov“ za zakonodavnu aktivnost vid. Popović 2014, 67. O povezanosti načina izbora sudija i politizaciji sudstva vid. Marinković 2014, 95–96. „Opšti princip predstavničke demokratije nalaže da se vlast izvornog regulisanja društvenih odnosa, kako u pogledu obima, tako i u pogledu sadržaja, isključivo zadržji u rukama izabranog predstavničkog tela.“ – Rajić 2016, 222. O legitimnosti postojanja ustavnog sudstva u demokratskim državama, sa aspekata zaštite ustavnosti, prava i sloboda građana, vid. Nikolić 1995, 180–184.

¹⁶ Postavlja se pitanje da li nekolicina pravnih eksperata može svoju volju da pretpostavi volji naroda koji je nosilac suvereniteta i čiji je predstavnik parlament (*we the judges versus we the people*)? – La Tor (La Torre 2015, 5). O legitimizaciji vlasti kao delu legitimacijske formule vid. Vasić, Jovanović, Dajović 2018, 79, 82–83.

¹⁷ „Radi očuvanja autoriteta i delotvornosti njegovog rada, obim nadležnosti ustavnog suda ne sme biti preširoko postavljen. Ukoliko bi se zakonodavcu omogućilo da proširuje polje delovanja ustavnog suda, taj organ bi od zaštitnika ustava mogao da se pretvori u beskorisnog svaštara.“ – Petrov 2016, 33. Slično vid. i Vučić, Stojanović 2009, 105.

¹⁸ „Tada ustavni sudovi postupaju kao konfliktni sudovi“, tj. „ne odlučuju o samoj stvari nego samo o tome koji je organ u slučaju sukoba nadležnosti ovlašćen da je meritorno reši.“ – Marković 2016, 554.

sporovima, oduzima ustavom garantovana prava, zabranjuje delovanje političkih stranaka, daje pravna mišljenja, tumači ustav na zahtev nadležnih organa... Zbog posebne važnosti ističemo još jednu nadležnost ustavnog suda – odlučuje u ustavnim sporovima o povredi osnovnih ljudskih prava i sloboda građanima (učinjenim opštim i(li) pojedinačnim aktom javne vlasti).¹⁹

Sve nas ovo navodi na zaključak da se ustavnosudska funkcija faktički afirmisala kao četvrta funkcija državne vlasti. Naprosto, ona se ne uklapa ni u jednu od tri tradicionalne funkcije državne vlasti, naprotiv, udaljava se od njih, pa je „za ustavni sud trojaka podela vlasti preuska“ a ustavnosudski organ zadire u sve tri funkcije državne vlasti.²⁰ Različitost ustavnog suda u organskom smislu, posebnosti poslova koje obavlja, odnosno specifičan predmet ustavnog sudovanja,²¹ suštinska nadređenost svim drugim organima (jer govori o tome šta je ustav a šta ne može da bude, a time utiče na sve podustavne akte), način izbora sudija ustavnog suda, proširenje njegovih nadležnosti (pre svega na zaštitu ljudskih prava i sloboda koja su narušena pojedinačnim aktima), stvaralačka uloga ustavnog suda koja je faktičkog pri-

¹⁹ O ustavnoj žalbi u Njemačkoj, koja pruža najširu ustavnu zaštitu, vid. *Ibid.*, 557–558. i Mijanović 2000, 123–128.

²⁰ „Ustavni sud nije izvršna vlast jer ne utvrđuje i ne vodi politiku zemlje, nije ni zakonodavna jer ne donosi već ukida zakone, a nije ni sudska jer ne sudi ljudima već aktima... Ostaje jedino moguće ustavni sud odrediti kao poseban organ koji bi tvorio jednu granu državne vlasti.“ – Orlović 2013, 19. „Bez sumnje, delatnost ustavnosudske kontrole sigurno se ne može podvesti pod zakonodavstvo, izvršenje, pa ni sudstvo.“ – Vučić, Petrov, Simović 2010, 27. Iako u nazivu ima reč „sud“, ipak „taj državni organ nije nikakav sud, niti je funkcija koju on vrši sudska u materijalnom smislu“ a sporovi koje on rešava nisu redovni sudski sporovi nego „posebni, ustavni sporovi“, tj. „sporovi između akata“. Vid. Marković 2007, 22. Slično: Vučić, Petrov, Simović 2010, 27. („Sve je manje održiva teza da je ustavni sud – sud, jednako kao i redovni sudski organ.“) Suprotno vid. Ademović, Marko, Marković 2012, 199. Ademović uzima da „logično proizlazi“ iz samog naziva ovog organa da je u pitanju dio sudske vlasti i da vrši sudsku funkciju, sa čim se ne slažemo iz gorenavedenih razloga. „Jasno je da ustavni sud ne pripada ni sudskoj ni zakonodavnoj vlasti, odnosno da se i jedna i druga vlast prelama ju u njemu u jednakoj srazmeri...“ – Marinković 2013, 291. O spornoj prirodi ustavnog sudstva vid. Jašarbegović 2016, 24–27. Nikolić 1995, 180.

²¹ Ustavni sud „raspravlja o jednom javnom interesu na apstraktan način“. O tome i prirodi ustavnosudske funkcije vid. Stojanović 1960, 29–30. Ustavni sud je u svojoj odluci u predmetu U-6/06 utvrdio da Ustavni sud predstavlja „nezavisan i samostalan ustavni organ“ čije je „mesto van sudske aparata i njegove hijerarhije uprkos njegovim pravosudnim funkcijama“. „Ustavno sudovanje u sebi sublimira i sudsku i političku i zakonodavnu delatnost, ali, u isto vreme, ne pripada niti jednoj od njih.“ – Ožegović 2013, 24–26. O razlikama između redovne sudske i ustavnosudske funkcije vid. Marković 2016, 548.

jekla (pravno-političko, a ne prvenstveno pravno delovanje),²² kao i *erga omnes* dejstvo i neopozivost odluka ustavnog suda,²³ ključni su argumenti koji nas navode na ovaj zaključak.

S obzirom na to da iznad ustavnog suda ne postoji organ koji bi kontrolisao njegove odluke, smisleno je zapitati se koji je modus ograničenja ove institucije, osim samog ustava koji ustavni sud (treba da) čuva. Ključno mesto u tom smislu zauzima tzv. doktrina samoograničenja (*self-restraint*).²⁴ Budući da institucionalni kontrolor ustavnog suda ne postoji, sam ustavni sud sebe ograničava tako što same ustavne sudije vode računa o tome da ostanu čuvari ustava i da ne pređu granice prava, a odu u sferu politike.²⁵ Stoga, zagovornici „sudskog aktivizma“ ističu da ustavni sud može u određenoj meri da učestvuje u oblikovanju društvene politike, tj. prihvataju ustavnosudsko stvaranje i razvijanje prava, dok zagovornici ustavnosudskog samoograničenja ističu da je uloga (ustavnih) sudova primena onog što je propisano, a ne stvaranje prava kroz originerno regulisanje društvenih odnosa, budući da bi prelaženje tih granica bilo najgrublje kršenje ustava od „čuvara“ ustava. Ustavni sud ocenjuje pravnost (odnosno ustavnost) akata, a ne njihovu celishodnost, oportunističku, odnosno političku dimenziju. Doktrina samoograničenja podrazumeva da sud „dokle god je to moguće, zakon interpretira kao saglasan sa ustavom.“ Drugim rečima, sumnja u ustavnost nekog akta nije dovoljna za njegovo kasira-

²² Neki autori govore o „manipulativnim odlukama“ ustavnog suda, kada „sud intervenira aktivistički, ali korisno, u pravni poredak remedirajući situacije u slučajevima“ kad je upotreba binarne strukture ustavnosudskih odluka (ustavno ili neustavno, ukidanje ili održavanje) „nedostatna, neučinkovita ili naprosto veće zlo“. Vid. Barić 2013, 153. Ustavni sud postaje „uz zakonodavca, organe izvršne vlasti i sudstvo, četvrti stub na kojem počiva stabilnost, trajnost i vrednost svake države.“ – Vučić, Petrov, Simović 2010, 21. Ustavnosudska funkcija ima organizacione i funkcionalne specifičnosti te ima „širi manevarski prostor od obične sudske vlasti u tumačenju i primeni prava“. Vid. Dajović 2016, 43. O tumačenju ustava sa aspekta teorije objektivnog i evolucionističkog tumačenja vid. Stojanović 1960, 30–35. O evolutivnom tumačenju ljudskih prava od Evropskog suda za ljudska prava vid. Arlović 2014, 9–13.

²³ Neopozivost odluka podrazumeva da „iznad ustavnog suda nema višeg 'kontrolora' ustavnosti“, pa je jasno da „ustavni sudovi mogu od 'negativnog' zakonodavca povremeno da se pretvore u 'pozitivnog' ustavotvorca, to jest da čine ono što zapravo izlazi iz okvira (ustavno)sudske funkcije i da stvaraju pravo – i to najviše, ustavno pravo“. Vid. Dajović 2016, 43.

²⁴ O većem značaju ove doktrine u odnosu na ustavno sudstvo nego u odnosu na redovno sudstvo vid. De Almeida Ribeiro (Almeida Ribeiro 2015, 45). Razmatranje kriterijuma za samoograničenje suda vid. Arlović 2014, 19–20.

²⁵ O potencijalnoj kontroli ustavnog suda od strane parlamenta vid. Lukić, 1966, 100.

nje, nego ona treba da bude očigledna (Mijanović 2000, 174).²⁶ Kriterijum očiglednosti bi mogao da se dovede u vezu sa većinom ustavnih sudija koja oglašava neki akt neustavnim, a mislimo da bi potencijalno rešenje moglo da bude zahtevanje kvalifikovane većine pri donošenju odluka o neustavnosti nekog akta.²⁷

2.3. Tumačenje ustava – na granici između tumačenja i stvaranja prava

Tumačenje prava predstavlja utvrđivanje pravnog smisla pravne norme, odnosno ono je pripisivanje određenog značenja rečima koje su upotrebljene u određenoj normi, tj. pravnom tekstu (Spaić 2017, 126). Iako tumačenje *eo ipso* predstavlja izuzetno složenu aktivnost, ipak to njegovo svojstvo najviše dolazi do izražaja kada je reč o tumačenju ustava, s obzirom na prirodu ustavnih normi²⁸ – one su najvećim delom principi. To i dolikuje aktu kojim se utvrđuju osnove organizacije i funkcionisanja državne vlasti, a, s druge strane, ustav se donosi za duže vreme, pa „mora znatno više od drugih normativnih akata da pokaže izvesnu neodređenost i otvorenost pojmova, tj. da bude otvoren u vremenu“ (Stojanović 1999, 110).

Ustavni sud prilikom ocene ustavnosti nekog akta treba da tumači ustav a ne da ga dopisuje, jer je on vezan ustavom, budući da bi u suprotnom izrastao u „instituciju koja je iznad drugih ustavnih institucija“ čime se „svodi u uske okvire, pa i uklanja mogućnost da ustavni sud učestvuje u stvaranju prava“ (Nikolić 1995, 181–182). Sa ovim se u celosti slažemo, ali donekle poseban režim bi trebalo da važi za povredu prava i sloboda građana pojedinačnim aktima. U tom slučaju tumačenje ustavnih odredaba *in favorem* ustavnosudske zaštite ljudskih prava i sloboda čini nam se opravdanim, ako to konkretan

²⁶ O nepravim razlozima koji utiču na odluke ustavnih sudova vid. Landfried (Landfried 1994, 118–119).

²⁷ Naravno, ostaje sporno da li su sudije pravi čuvari prava ili su u službi nekih vanpravnih interesa. To pitanje nećemo da detaljnije razmatramo, ali polazimo od toga da sudije ustavnog suda uistinu jesu istaknuti pravници visokog moralnog ugleda, kako se često ističe u uslovima za njihov izbor.

²⁸ „Imajući u vidu širinu i otvorenost ustava, karakter ustavnih normi koje su dobrim delom apstraktne, načelne i uopštene, interpretacioni problemi češće nastaju ovde nego u drugim granama prava...“ – Stojanović 1999, 110. „Posledično, ustavni sudovi ne vrše samo svoju specifičnu funkciju (tj. eliminišu neustavnu odredbu iz pravnog poretka) nego tumače opšte pravne norme na takav način da izbegnu pojavljivanje pravnih praznina.“ – Kartag-Odri 2014, 208.

slučaj dopušta. Pod tim podrazumevamo prvenstveno da je kršenje tih prava pred redovnim sudovima očigledno, da su izvedeni dokazi pred tim sudovima dovoljni, da postupak pred redovnim sudovima traje godinama, da bi kasiranje neustavne odluke i vraćanje na ponovno odlučivanje predstavljalo samo nepotrebno odugovlačenje u pružanju zaštite, da postoji odluka nižeg suda koju Sud može da ostavi na snazi jer ona ne narušava prava i slobode građana, da je narušeno pravo na pristup sudu kroz oglašavanje redovnih sudova nenadležnim itd. Ovo bi bili samo neki kriterijumi kojima bi ustavni sud trebalo da se vodi kada odlučuje da li da meritorno reši spor povodom apelacije građana, a ovakva intervencija u slučaju Ustavnog suda BiH izgleda prihvatljivo pre svega kada je reč o pravu na dom zbog toga što Ustav u članu II 5 propisuje da sve izbeglice i raseljena lica imaju pravo da se slobodno vrate u domove. Na ovaj način ne dovodimo u pitanje stav da meritorno rešavanje spora jeste nadležnost redovnih sudova, a da samo izuzetno dolazi u obzir takvo rešavanje od strane Ustavnog suda. Primera radi, prihvatljivo je kad Sud sebi faktički pripíše nadležnost da odlučuje o ustavnosti akata koji nisu presude, tako što te akte podvede pod pojam „presuda“. Iako je ovde, na prvi pogled, reč o tumačenju, faktički je reč o stvaranju prava.

Tražeci osnov za ovakve stavove, čini nam se korisnim da dopunimo naš gornji stav o prirodi ustavnih normi ukazivanjem na razliku između pravila i principa. Ustavni sud određene delove Ustava tumači kao principe, a ne kao pravila. I principi i pravila predstavljaju pravne norme, ali među njima postoji logička razlika (Dworkin 1977, 24).²⁹ Dok se pravilo primenjuje po formuli „sve ili ništa“, dotle primena principa podrazumeva odmeravanje njegovog značaja u odnosu na druge principe (Dworkin 1977, 24–26).³⁰ Primera radi, vladavina prava zahteva da postoji podela vlasti, ali nalaže i zaštitu ljudskih prava i sloboda. Ustavno garantovanje nekog prava nalaže Ustavnom sudu da, u slučaju grubog kršenja ljudskih prava i sloboda koje redovni sud nije zaštitio, balansira između poštovanja principa podele vlasti i principa

²⁹ Dok jedno pravilo gubi to svojstvo kad ga, primera radi, derogira kasnija norma koja reguliše isti društveni odnos, jedan princip to ostaje i onda kad u konkretnom slučaju drugi princip odnese prevagu. „Dođu li dva principa u konflikt, on će biti riješen balansiranjem.“ – Spaić 2017, 116. Dok pravila predstavljaju definitivne komande, principi su optimizacioni zahtevi koji „naređuju da nešto bude ostvareno u najvećoj meri s obzirom na pravne i faktičke mogućnosti“. Vid. Aleksi (Alexy 2014, 52).

³⁰ Što je stepen neostvarenja ili oštećenja jednog principa veći, mora da bude veći značaj ostvarenja drugog principa, suština je zakona balansiranja. Vid. Aleksi (Alexy 2014, 54).

da će Ustavni sud da podržava Ustav. Ustav garantuje prava i slobode koje Ustavni sud, u krajnjoj liniji (kad redovni sudovi u tom zadatku ne uspeju), štiti, te s obzirom na suverenost prava i sloboda Ustavni sud može da da njima prevagu u odnosu na princip podele vlasti (koji nalaže da redovni sud meritorno odlučuje o zaštiti prava i sloboda). Rečju, Ustavni sud izuzetno može da sam donese odluku ako bi, po našem mišljenju, to bilo najprikladnije konkretnom slučaju, ali samo ako da valjanu argumentaciju za takvo postupanje. Na taj način, tumačenjem ustavnih odredaba, Ustavni sud daje prevagu jednom principu u odnosu na drugi, s ciljem da zaštiti prava i slobode građana.

U samom Ustavu BiH, u delu koji se tiče nadležnosti Ustavnog suda kao konfliktnog suda, uočava se formulacija „uključujući, ali ne ograničavajući“ koja daje širok prostor za tumačenje.³¹ Ustavni sud je koristeći ovu formulaciju sebi pripisao nadležnost da ocenjuje ustavnost podzakonskih akata. U svakom od aspekata delovanja Ustavnog suda, tumačenje je ono što ima presudnu ulogu,³² a vidljivo je da Ustavni sud često prelazi granice tumačenja, te postaje stvaralac prava. Na taj način čuvar Ustava postaje tvorac prava, iako za to upravo u Ustavu osnova nema. Međutim, ako uzmemo u obzir činjenicu da država ograničava prava i slobode, ali ih istovremeno i štiti, nekad tumačenje koje je suštinski stvaranje novog prava ima svoj smisao – onda kad je to najefikasniji način da se zaštite ljudska prava i slobode. U takvom delovanju Ustavni sud se često poziva na praksu Evropskog suda za ljudska prava, ali je i nadilazi jer Evropski sud uglavnom široko tumači konvencijske odredbe, dok Ustavni sud BiH u svojoj praksi poznaje evidentne slučajeve stvaranja novog prava.

3. INTERPRETATIVNA NAČELA EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA

U praksi Evropskog suda uočljivo je evolutivno tumačenje koje se temelji na tome da Konvencija predstavlja „živi instrument“ (o tom standardu posebno vid. Letsas) koji mora da se tumači uzimanjem u obzir uslova današnjice kako bi se proširila zaštita koju Konvencija pruža. Stav o Konvenciji kao živom instrumentu zauzet je 1978. godine u

³¹ O problemima u vezi s preuskim i preširokim nadležnostima ustavnih sudova vid. Čok 1972, 9–10.

³² O doprinosu ustavnog suda društvenom razvoju kroz evolucionističko tumačenje vid. Lukić 1966, 105.

slučaju *Tyrer v. United Kingdom*,³³ a kasnije je kroz brojne odluke potvrđen. Evolutivno tumačenje Konvencije dovodi do proširenja polja zaštite koju ona pruža (S. Đajić 2019, 376). Drugim rečima, Sud proširuje opseg prava³⁴ koja su zagantovana Konvencijom iako u času donošenja Konvencije slučaj koji se pojavio pred Sudom nije uživao zaštitu jer nije mogao da se predvidi. To počiva na činjenici da je društveni život bogatiji od prava, a da nepostojanje izričitog garantovanja nekog prava nije *ipso facto* znak da priroda i ciljevi Konvencije ne nalažu potrebu pružanja zaštite. Na taj način se obogaćuje sadržaj Konvencije i ostvaruje ono što je njen *spiritus movens* – delotvorna zaštita ljudskih prava. Neki autori ističu da evolutivno tumačenje proizlazi iz sudskog aktivizma (Đajić 2019, 376), što je upitno. Evolutivno tumačenje ostaje tumačenje koje datoj normi obogaćuje sadržinu, dok sudski aktivizam nadilazi tumačenje i prerasta u stvaranje novog prava kroz originerno regulisanje društvenih odnosa. Ta nepreciznost i nedosledna upotreba reči „aktivizam“ je ključni razlog zbog kojeg smatramo da je bolje da govorimo o stvaranju novog prava i tumačenju postojećeg, ne zaboravljajući da među njima postoji tanka linija. Evolucionističko tumačenje omogućuje da Sud pravno rezonuje, tj. da ostane u okviru teksta koji tumači, dok stvaralačka aktivnost podrazumeva političko rezonovanje i znatno odstupanje od teksta od kojeg se polazi. Dok statičko tumačenje kaska za društvenim životom, dotle evolucionističko tumačenje ide za onim ciljevima koje društvo postavlja u času primene norme. Postoje autori koji kritikuju tumačenje Konvencije kao živog instrumenta ističući da Sud nadrasta funkciju koja mu je Konvencijom dodeljena, dobija zakonodavnu funkciju i zaobilazi ono na šta su pristale države ugovornice (Dzehtsirou 2011, 1735 i Urbaite 2011, 211–212). Drugi autori ističu da Evropski sud razvija pravnu doktrinu ljudskih prava koja se temelji na predmetu i svrsi Konvencije, što doprinosi razvoju ljudskih prava i sloboda ne samo na regionalnom nego i na međunarodnom nivou (Viljanen 2008, 249–250). Protokolom 11 Evropskom sudu je omogućeno da postane suveren tumač, budući da se nadležnost Suda proteže na sve predmete koji se tiču tumačenja Konvencije i njenih protokola, pa je Evropski sud danas „najviši interpretativni autoritet za države članice Saveta Evrope i za preko 850 miliona stanovnika tih država u primeni odredaba Konvencije“ (Dajović, Spaić 2019, 161).

³³ *Case of Tyrer v. The United Kingdom*, Application No. 5856/72.

³⁴ O proširenju nadležnosti Evropskog suda na meritorno ocenjivanje nacionalnih presuda vid. Dajović, Spaić 2019, 159.

Pri donošenju odluka Evropski sud primenjuje još neka načela. Važno je načelo autonomnog tumačenja pojmova, a ono podrazumeva da se konvencijskim pojmovima daje smisao koji je nezavisan od smisla koji se datom pojmu daje na nacionalnom nivou. Razlog za ovakav pristup je da se obezbedi jedinstvena primena konvencijskih pojmova u svakoj državi-članici Konvencije. Primera radi, Konvencijom se garantuje pravo na dom, koje je dobar primer autonomnog tumačenja pojmova. Evropski sud uzima da pojam dom obuhvata: prostorije koje nisu u zakonitoj državi, kamp kućice, poslovne prostorije i slično, što je značajno i za sudsku praksu Ustavnog suda BiH (npr. Odluka AP-2699/18). Dalje, prava koja su zagantovana Konvencijom moraju da budu stvarna i delotvorna,³⁵ a ne teorijska i nestvarna (vid. odluku *Rantsev v. Cyprus and Russia*).³⁶ Načelo delotvornosti prava ukazuje na to da države imaju i pozitivne obaveze koje treba da omoguće pojedincu da ostvari svoja prava (vid. odluku *Belgian linguistic*).³⁷

4. USTAVNI SUD BOSNE I HERCEGOVINE KAO ZAŠTITNIK LJUDSKIH PRAVA I SLOBODA: ST(V)ARALAC?

4.1. Značaj Evropske konvencije u Bosni i Hercegovini

Prvorazredni značaj Konvencije ne proizlazi samo iz njenog „progresivnog značaja ili činjenice da je ona prvi panevropski dokument o zaštiti ljudskih prava“ nego u delotvornosti institucionalnih mehanizama kontrole njene primene u članicama i saglašavanju država-članica da se potčine izvršenju preuzetih obaveza (Dajović, Spaić 2019, 160–161). Budući da je Ustav Bosne i Hercegovine izričito predvideo direktnu primenu Konvencije i da je Evropski sud vrhovni tumač Konvencije, samim tim je evidentan značaj Konvencije u BiH.

Na osnovu tvrdnje da je veza između Ustavnog suda i Evropskog suda neminovna, postavlja se pitanje da li interpretativna načela koja je razvio Evropski sud u svojoj praksi pružaju oslonac Ustavnom sudu da deluje stvaralački i da dopunjuje Ustav? Odgovor je *prima facie* odri-

³⁵ I u preambuli Konvencije se navodi da je njen cilj da obezbedi delotvorno priznanje i poštovanje prava koja su u njoj proklamovana.

³⁶ *Case of Rantsev v. Cyprus and Russia*, Application No. 25965/04.

³⁷ *Case of Belgium Linguistics*, Application No. 1474/62. O raznim aspektima pozitivnih obaveza koje je trebalo da preduzmu države vid. Urbaite 2011, 216–217.

čan, budući da ustavni sudovi nisu organi koji slovom ustava izvorno regulišu društvene odnose, nego treba da čuvaju postojeći ustav. Ali suverenost ljudskih prava i sloboda u demokratskim društvima nalaže da njihovo kršenje neki organ mora da ispravi, a na nacionalnom nivou to može da bude upravo ustavni sud. Stoga ćemo, u redovima pred nama, analizirati kreativno delovanje Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, nastojeći da damo ocenu o tome da li takav pristup ima opravdanje ili je Ustavni sud prevazišao ulogu koju mu Ustav Bosne i Hercegovine dodeljuje.

4.2. Aktivizam u praksi Ustavnog suda Bosne i Hercegovine

Kao što smo već naveli, pod nepreciznim pojmom „aktivizam“ razumemo, *stricto sensu*, samo stvaranje prava od strane ustavnog suda, a ne zauzimanje pravnog shvatanja koje bi trebalo donosiocu neustavnog akta da posluži kao putokaz u otklanjanju neustavnosti. Stoga se postavlja pitanje da li je Ustavni sud Bosne i Hercegovine stvarao formalne izvore prava donošenjem određenih odluka, te na taj način postao pozitivni zakonodavac. Nesumnjivo je da je odgovor potvrđan, a najbolji pokazatelj takvog pristupa je odluka kojom je Ustavni sud BiH promenio nazive gradova i opština koji su imali prefiks „srpski“, poput Srpskog Sarajeva. Podnosilac zahteva za ocenu ustavnosti je naveo da se nazivima gradova diskriminišu pripadnici drugih naroda, te da se stvara „atmosfera nepoverenja i straha za izbeglice koje su upravo iz razloga proganjanja po etničkoj osnovi morale da napuste svoje domove“.³⁸ Prvo je Ustavni sud utvrdio neustavnost naziva jedinica lokalne samouprave, ukinuo neustavne odredbe i naložio Narodnoj skupštini Republike Srpske da otkloni neustavnost u roku od tri meseca, što Skupština nije učinila. Ustavni sud je konstatovao neizvršenje ranije donesene odluke i sam utvrdio nazive gradova umesto naziva koji su bili predviđeni zakonom. U obrazloženju ove odluke, Ustavni sud navodi „nesporna činjenicu da je nastala pravna praznina kada su prestale da važe osporene odredbe, kao i potrebu za nesmetanim funkcionisanjem gradova i opština“ čiji su nazivi neustavni, te još neke argumente. Kriterijumi koje je Sud imao u vidu pri donošenju odluke o novim nazivima gradova i opština su: raniji nazivi, nazivi najvećeg

³⁸ Dostupno na internet stranici Ustavnog suda BiH, http://www.ustavnisud.ba/dokumenti/_sr/u-44-01-12269.pdf, poslednji pristup 11. novembra 2020.

naseljenog mesta na području date jedinice lokalne samouprave, geografski položaj i etnička neutralnost naziva.

Na ovaj način je Ustavni sud preuzeo na sebe ulogu zakonodavca,³⁹ kako bi „izbegao pravni haos na teritoriji Republike Srpske“, iako Sud „s obzirom na njegovu ukupnu ustavnu ulogu objektivnog čuvara Ustava Bosne i Hercegovine“ zaključuje da *in concreto* „nije preuzeo ulogu zakonodavca“. Time je Sud grubo prekršio Ustav Bosne i Hercegovine iako je, slovom Ustava, čuvar Ustava. Njegov zadatak je ispunjen onog časa kada je ukinuo neustavne odredbe,⁴⁰ a sve preko toga nije zadatak ustavnosudskog organa. Na ovaj način, neminovnost je da je Ustavni sud Bosne i Hercegovine postao tvorac prava, te je upravo ova odluka Ustavnog suda formalni izvor prava koji je godinama važio na teritoriji Republike Srpske. Koliko je prihvatljivo da Ustavni sud uobličava pravni sistem govoreći šta nije ustavno, isto toliko je neprihvatljivo da Ustavni sud stvara parazakonske pravne norme. Ustavni sud BiH je delovao i kao pozitivni ustavotvorac jer je neposredno intervenisao u ustavno uređenje entiteta, što je najvidljivije u Odluci U-5/98,⁴¹ kojom je konstitutivnost naroda proglašena i na nivou entiteta. U oba slučaja Ustavni sud se pozivao na nediskriminaciju, čije je otklanjanje ključni razlog za kreativnu ulogu Suda. Međutim, načelo podele vlasti nalaže da ustavni sudovi ne mogu da stvaraju opšte pravne norme, pa ni otklanjanje diskriminacije ne može da bude osnov da se stvaraju nove opšte pravne norme – to je zadatak zakonodavca. Važno je da napomenemo da se mi bavimo samo analizom delovanja Ustavnog suda sa aspekta nadležnosti koje su mu Ustavom poverene (sa aspekta prava), a nikako sa aspekta politike, tj. ne vodimo se tim šta bi bilo svrshodno nego samo onim što je saglasno pravnom sistemu Bosne i Hercegovine čiji ustav čuva Ustavni sud. Nijedan ustavni osnov za izvorno regulisanje odnosa od strane Ustavnog suda BiH ne postoji,⁴² pa su sve odluke kojima je on izvorno regulisao društvene odnose, delujući kao

³⁹ O slobodi zakonodavca pri donošenju zakona i neslobodi ustavnog suda pri oceni ustavnosti vid. Lukić 1966, 96.

⁴⁰ Na ovom mestu nećemo da se upuštamo u ocenu Ustavnog suda o tome da su rečju „srpski“ u nazivima gradova i opština Republike Srpske krše prava i slobode nerspskih građana, ali napominjemo da se upravo u Ustavu Bosne i Hercegovine, koji čuva Ustavni sud, nalazi odredba kojom se utvrđuje da se BiH sastoji od dva entiteta: Republike Srpske i Federacije Bosne i Hercegovine.

⁴¹ Dostupno na: http://www.ustavnisud.ba/dokumenti/_sr/u-5-98-12209.pdf, poslednji pristup 12. decembra 2020.

⁴² „Ustavni sud nije organ koji stvara, piše ustav, odnosno zakon, čak i kada ocenjuje ustavnost zakona. Ustavni sud ne može odredbe zakona ni menjati, ni dopu-

pozitivni zakonodavac ili ustavotvorac, u stvari primeri nepoštovanja Ustava BiH i prekoračenja ustavom dodeljenih nadležnosti. S druge strane, narušena prava i slobode građana BiH mogu da se štite putem podnošenja apelacije Ustavnom sudu. Odlukom u predmetu broj AP-1093/07,⁴³ Ustavni sud je utvrdio diskriminaciju u vezi s pravom na rad i usvojio apelaciju, te ukinuo presude opštinskog, kantonalnog i vrhovnog suda. Osim što je utvrdio povredu, Ustavni sud je naložio privrednom društvu u kojem je apelantkinja radila da joj „odmah ponudi mogućnost da se vrati na rad pod uslovima i u skladu sa njenim ranijim zaposlenjem i pod jednakim uslovima koje imaju ostali zaposleni na sličnim zadacima“. Ovaj slučaj se tiče „dopisivanja“ ekonomsko-socijalnog prava u Ustav BiH – prava na rad, koje Ustav ne garantuje u delu koji se odnosi na prava i slobode. Međutim, Aneks I Ustava koji je naslovljen „Dodatni sporazumi o ljudskim pravima koji se primenjuju u Bosni i Hercegovini“ sadrži i Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima. Članovima 6 i 7 Pakta garantuje se pravo na rad i pravo na uživanje pogodnih uslova rada, a ove članove je Ustavni sud doveo u vezu sa članom II 4 Ustava BiH, koji se odnosi na nediskriminaciju. Naime, ovim članom je predviđeno da prava i slobode koje su garantovane u ovom članu ili međunarodnim sporazumima iz Aneksa I uživaju sva lica bez obzira na pol, rasu, boju, jezik, itd. Rečju, Ustav BiH zabranjuje diskriminaciju po bilo kom osnovu. Sudska praksa Ustavnog suda BiH pokazuje da povreda prava na rad može da bude razlog za usvajanje apelacije samo ukoliko apelant dokaže da je bio diskriminisan. S obzirom na to da Ustav BiH ne garantuje pravo na rad, a isto važi i za Evropsku konvenciju o ljudskim pravima, koja ima direktnu primenu u BiH, stvoreno je novo ustavno pravo. Za Evropsku konvenciju o ljudskim pravima je Ustavom izričito propisano da ona ima prioritet nad svim zakonima, ali ne i nad Ustavom, te da se njene odredbe direktno primenjuju u BiH. S druge strane, jasno je da odredbe ostalih konvencija (uključujući i Pakt) garantuju prava koja nisu ustavna prava, te da je Ustavni sud, faktički, oglasio pravo na rad ustavnim pravom i dopunio Ustav.

Dok stvaralačko delovanje ne bi trebalo da postoji kada je reč o oceni ustavnosti opštih pravnih akata, dotle je (samo izuzetno) prihvatljiva kreativna uloga kada je reč o jednom delu apelacione nad-

njavati, ni pisati nove... ustavni sud samo otklanja povrede koje ustavu nanosi neustavan zakon ili drugi akt.“ – Nikolić 1995, 180.

⁴³ Dostupno na: http://www.ustavnisud.ba/dokumenti/_sr/AP-1093-07-290460.pdf, poslednji pristup 19. avgusta 2020.

ležnosti Ustavnog suda – kada su narušena ljudska prava i slobode (a ne bilo koja ustavna prava bilo kog subjekta apelacije). Ovaj stav zauzimamo jer smatramo da Ustavni sud mora da ima na umu da su u demokratskoj državi suverena ljudska prava i slobode, a da se ona neposredno krše pojedinačnim pravnim aktima, pre svega presudama. Sem toga, čini nam se da ustavnosudsko delovanje kao *ultima ratio* u zaštiti ljudskih prava i sloboda odgovara Konvenciji i sudskoj praksi Evropskog suda za ljudska prava.⁴⁴ Neki autori smatraju da se u slučaju zakonskih normi kojima se otežava ili onemogućuje ostvarivanje pojedinih ljudskih prava, „načelo vladavine prava pruža uporište ustavnom sudu“ da aktivno interveniše (Rajić 2016, 222–223).⁴⁵ U tom slučaju se ističe da bi aktivizam ustavnog suda bio opravdan, a da se pritom ne bi prešlo u domen zakonodavca.

Pravilo bi trebalo da bude, po našem mišljenju, da Ustavni sud, kad god priroda slučaja to dopušta, zauzme pravni stav u svojoj odluci, preciznije u njenom obrazloženju, o tome kako bi trebalo da se reši konkretan slučaj, a zauzeto pravno shvatanje bi trebalo da ima precedentno dejstvo. Na primer Ustavni sud je u Odluci AP-1180/15 utvrdio da su u kasiranoj odluci „svi relevantni faktori pri utvrđivanju visine materijalne štete (...) tumačeni i primenjivani isključivo na teret apelanta“, čime je u stvari zauzeo konkretan stav prema kojem sud treba da promeni način na koji ceni relevantne faktore za ocenu visine štete i načelan stav da je irelevantno upotrebno stanje stvari u času procene, kada se utvrđuje visina naknade štete.⁴⁶ S druge strane, da je Ustavni sud umesto redovnog suda utvrdio koliki je iznos materijalne štete, time bi grubo prekoračio nadležnost. Zauzimanjem pravnog stava, Ustavni sud ne bi ni na šta obavezao redovne sudove, ali bi svojim autoritetom (i potencijalnom kasacijom u slučaju nepoštovanja zauzetog

⁴⁴ Dostupno na: http://www.ustavnisud.ba/dokumenti/_sr/AP-1093-07-290460.pdf, poslednji pristup 19. avgusta 2020.

⁴⁵ Neki autori ističu da je ustavnosudski aktivizam „zasigurno (...) poželjan uvijek kad pridonosi ostvarivanju i razvoju najviših ustavnih vrijednosti, ljudskih prava i sloboda...“ – Arlović 2017, 246–247.

⁴⁶ Ovde može da bude sporan odnos Ustavnog suda i vrhovnih sudova entiteta, budući da su oni ti koji zauzimaju pravne stavove. Ipak, smatramo da Ustavni sud BiH kao čuvar Ustava BiH naprosto mora da vodi računa o tome da se ostvaruju ljudska prava i slobode, te da je prihvatljivo da zauzme pravni stav, ako to zahteva efikasna zaštita ljudskih prava. Ustavni sud je četvrta funkcija državne vlasti koja bi trebala „da ima izvesna obeležja sve tri 'redovne' vlasti; da bude operativna i efikasna kao dobra vlada, da razume opšte vrednosti i načela i ima osećaj za opšti interes kao idealni parlament, da pravno rezonuje i rešava najteže sporove autoritetom konačno presuđene stvari kao najviši sud.“ – Vučić, Petrov, Simović 2010, 117.

stava) mogao da ima odlučujući uticaj na odluku redovnog suda nakon utvrđenog kršenja ljudskih prava i sloboda.

Samoograničenjem u slučaju apstraktne ocene ustavnosti, Ustavni sud bi otklonio neustavnost, zakonodavac bi ostao tvorac politike, a redovni sud bi primenjivao prava, čime bi Ustavni sud uistinu bio čuvar Ustava BiH. S druge strane, to bi moglo da dovede do faktički precedentnog dejstva odluke Ustavnog suda, preciznije autoritativnog tumačenja ustavne odredbe (precedent tumačenja), čime bi bili stvoreni uslovi da se ujednači poimanje nekih aspekata prava i sloboda garantovanih Ustavom BiH. Kad god bi Ustavni sud štitio ljudska prava i slobode,⁴⁷ ne bi stvarao formalne izvore prava, budući da bi njegova odluka, u formalnom smislu, dejstvo imala samo u pojedinačnom slučaju, dok bi potencijalno precedentno dejstvo takve odluke svakako bilo poželjno (primera radi, tumačenje pojma „dom“ u smislu Evropske konvencije), a koje bi redovni sudovi poštovali. Prekoračenjem svojih nadležnosti, u smislu stvaranja opštih normi, Ustavni sud narušava ideju vladavine prava, a time i brojne vrednosti koje ona inkorporiše. Vladavina prava podrazumeva, između ostalog, podelu vlasti, a podela vlasti za ustavni sud znači da on ne sme da prekorači nadležnost koja se tiče utvrđivanja neustavnosti i kasiranja neustavne odredbe,⁴⁸ sem kad ljudska prava i slobode najefikasnije mogu da se zaštite upravo njegovim aktivizmom, nakon što pred redovnim sudovima nije pružena zaštita pojedincu (apelantu).

Ponekad se kaže da ustavni sudovi treba da razvijaju pravo.⁴⁹ Dok bismo mogli to da prihvatimo kada je reč o redovnim sudovima,

⁴⁷ Neki autori opravdano ističu da aktivizam u oblasti ljudskih prava može s vremena na vreme da izazove negodovanje javnosti, jer se pokazalo da „ustavno sudstvo naginje više liberalnim nego konzervativnim odlukama, za razliku od javnosti koja robuje tradicionalnim i patrijarhalnim vrednostima“. Reč je o pitanjima poput eutanazije, abortusa, smrtne kazne i slično. O tom pravilu i izuzecima od pravila vid. Beširević 2013, 281.

⁴⁸ Ustavni sudovi u „Kelzenovom modelu ustavnog sudovanja apstraktne kontrole ustavnosti i zakonitosti zakona i drugih propisa, po prirodi stvari nisu i ne mogu biti tijela koja donose ustav, zakone i druge propise“, ali može da „u pojedinim konkretnim slučajevima apstraktne kontrole ustavnosti i zakonitosti napravi veći ili manji iskorak od negativnog prema pozitivnom zakonodavcu“. Vid. Arlović 2017, 239.

⁴⁹ Od ustavnog sudstva se očekuje da „obavlja zakonodavnu funkciju tamo gde parlament neće ili je propustio da to uradi, ako je potrebno – prilagoditi tekst starog ustava novim potrebama – ili omogućiti materijalizaciju odredaba novog ustava kojima se transformiše društvo.“ Vid. *Ibid.*, 276. „Primena tog prava, što ga zakonodavac stvara i propisuje u obliku sudskog rada ima svoju neprestanu dopunu u delovanju i radu sudova“ jer to pravo „u sudskoj primeni dobija potrebnu izvesnost i određ-

dotle nam se ovaj stav čini prihvatljivim samo ako pod razvijanjem shvatimo zauzimanje pravnih stavova koje smo gore pominjali, a koji bi delovali na osnovu autoriteta Ustavnog suda, a nipošto na osnovu njegovog pozitivnog zakonodavstva, tj. stvaranja novog prava. Ovaj stav zauzimamo pre svega zbog toga što kontrolor Ustavnog suda ne postoji – u tom smislu važi doktrina o ustavnosudskom samoograničenju. Smatramo pak da je prihvatljiv aktivizam redovnih sudova iz dva razloga. S jedne strane, kad god se zakonodavac ne slaže sa stavom koji redovni sudovi počnu da primenjuju, ostaje mu mogućnost da izmeni zakon i precizira odredbu koju su redovni sudovi tumačili na, iz ugla zakonodavca, neprihvatljiv način. S druge strane, Ustavni sud bi takođe bio kontrolor razvijanja prava od strane redovnih sudova. Kad god bi to razvijanje značilo kršenje Ustava BiH, Ustavni sud bi mogao da kasira neustavan akt na osnovu apelacije lica čije je pravo povređeno odlukom redovnog suda.

5. ZAKLJUČAK

Kao što pravo predstavlja oličenje ograničenja prava i sloboda onda kad opšti interes to zahteva, ono jednovremeno predstavlja i izraz slobode koju štiti i trebalo bi da država bude pre svega ovo drugo. Međutim, pred redovnim sudovima često se pojedincima ne pruža zaštita ustavom garantovanih prava i sloboda, pa na nacionalnom nivou mora da postoji korektor tih neustavnih delovanja. Upravo ustavni sudovi tu treba da se postaraju o zaštiti ustavnih garancija građanima, ali da pritom ne prekorače svoje nadležnosti – da ne preuzmu na sebe posao zakonodavca. Evropski sud za ljudska prava kroz svoju sudsku praksu zauzima određena pravna shvatanja koja imaju znatne reperkusije na sve evropske države, a u BiH pogotovo jer se, slovom Ustava BiH, Evropska konvencija (čiji je vrhovni tumač Evropski sud) direktno primenjuje u BiH. Međutim, interpretativna načela koja Evropski sud koristi u svojoj praksi nisu dovoljan osnov da opravdaju aktivističko delovanje Ustavnog suda. Nijedan dio Ustava ne daje pravo Sudu da izvorno reguliše društvene odnose stvarajući opšte pravne norme – to je nadležnost zakonodavca, dok o tumačenju ustavnih odredaba tu

nost i potpuno razvijanje i pokrivanje svoje sadržine.“ – Geršić 2011, 177. Delatnost ustavnog suda je „ne samo utvrđivanje nesumnjivog, nespornog pravnog stanja, već u znatnom obimu i pravno oblikovanje, politička odluka koja se veoma približava zakonodavnoj delatnosti“. Vid. Stojanović 1999, 111.

nema govora. Odluka koja se tiče naziva gradova i opština u Republici Srpskoj je eklatantan primer prekoračenja nadležnosti i ustavnosudskog stvaranja opštih pravnih normi. Tumačenjem Ustava BiH kao živog instrumenta po uzoru na interpretativno načelo Evropskog suda za ljudska prava naprosto ne može da se dođe do osnova koji omogućuje Ustavnom sudu da stvara opšte norme. Ipak, polazeći od vrhovnog mesta koje zauzimaju ljudska prava i slobode u svakoj demokratskoj državi, mislimo da je u postupku koji se vodi pred Ustavnim sudom zbog kršenja ljudskih prava i sloboda učinjenih pojedinačnim aktom, kreativni pristup opravdan u izuzetnim slučajevima, polazeći od kriterijuma koje smo ranije navodili. Primer koji smo naveli u vezi sa „dopisivanjem“ prava na rad u Ustav Bosne i Hercegovine u konkretnom slučaju predstavlja paradigmu kreativne uloge suda koja svoje opravdanje ima u činjenici da poštovanje prava i sloboda građana, što Ustavni sud dovodi u vezu sa nediskriminacijom, koja je opravdana, budući da doprinosi poštovanju ljudskih prava i sloboda jer sprečava diskriminatorno postupanje (a nediskriminacija je jedan od temelja vladavine prava). Ustav treba da se tumači kao živi instrument uvek kad je to *in favorem* zaštite ljudskih prava. Rečju, ako je *ultima ratio* i najefikasniji način zaštite ljudskih prava ustavnosudski stvaralački pristup, to je opravdan pristup, dok je svako ustavnosudsko stvaranje prava kroz donošenje opštih normi i izvorno regulisanje društvenih odnosa akt kršenja ustava od strane organa koji bi trebao da bude čuvar ustava.

LITERATURA

1. Ademović, Nedim, Marko, Joseph, Marković, Goran. 2012. *Ustavno pravo Bosne i Hercegovine*. Sarajevo: Konrad Adenauer Stiftung.
2. Alexy, Robert. 22/2014. Constitutional Rights and Proportionality. *Revus* 22: 51–65.
3. Arlović, Mato. 1/2017. Međuodnos između pozitivnog i negativnog zakonodavca u Republici Hrvatskoj. *Pravni vjesnik* 31: 237–266.
4. Arlović, Mato. 1/2014. Ustavnosudski aktivizam i evropski pravni standardi. *Zbornik Pravnog fakulteta u Splitu* 51: 1–26.
5. Barić, Sanja. 1/2013. Načelo razumnosti u Italiji: ustavno sudovanje između interpretacije i kreacije. *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 63: 127–154.
6. Beširević, Violeta. 2013. *Ustavno sudstvo u zemljama u tranziciji: lekcije iz uporednog prava. Uloga i značaj ustavnog suda u očuvanju vladavine prava*. Beograd: Ustavni sud Republike Srbije.

7. Brewer-Carias, Allan. 2011. *Constitutional Courts as Positive Legislators. A Comparative Law Study*. New York: Cambridge University Press.
8. Brezezinski, Mark, Garlicki, Leszek. 13/1995. Judicial Review in Post-Communist Poland: The Emergence of a Rechtsstaat? *Stanford Journal of International Law* 31: 13–60.
9. Čok, Vida. 1972. *Vrste i dejstvo odluka ustavnih sudova*. Beograd: Institut za uporedno pravo.
10. Dajović, Goran, Spaić, Bojan. 3/2019. Doktrina „četvrte instance“ i pravo na obrazloženu presudu u praksi Evropskog suda za ljudska prava. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 68: 166–195.
11. Dajović, Goran. 2016. O međusobnoj neusklađenosti zakona – „doktrina“ Ustavnog suda o značenju ustavnog načela jedinstva pravnog poretka Srbije. *Demokratska tranzicija Srbije*, ur. Bojan Vranić, Goran Dajović: 40–53.
12. De Almeida Ribeiro, Goncalo. 2015. Judicial Activism and Fidelity to Law. *Judicial Activism – An interdisciplinary Approach to the American and European Experiences*, eds. L. P. Coutinho, M. La Torre, S. D. Smith, 44: 31–46.
13. Dworkin, Ronald. 1977. *Taking rights seriously*. Cambridge–Massachusetts: Harvard University Press.
14. Đajić, Sanja. 2/2019. Mehanizmi defragmentacije međunarodnog prava: sistemsko tumačenje, evolutivno tumačenje i sudski aktivizam Evropskog suda za ljudska prava. *Zbornik Pravnog fakulteta u Novom Sadu*: 365–386.
15. Geršić, Gligorije. 2011. *Enciklopedija prava*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
16. Jašarbegović, Amra. 2016. *Ustavnosudska zaštita ljudskih prava i osnovnih sloboda sa posebnim osvrtom na rješenja u Bosni i Hercegovini*. Mostar: Univerzitet u Mostaru.
17. Kartag-Odri, Agneš. 2014. On Legal Gaps and New Interpretative Techniques of the Court’s Decision-Making. *Courts, Interpretation, The Rule of Law*, eds. Miodrag A. Jovanović & Kenneth Einar Himma: 207–219.
18. Kelsen, Hans. 1981. *La garanzia giurisdizionale della costituzione*. Milano: Giuffrè editore.
19. Kelsen, Hans. Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit. Überprüfung von Verwaltungsakten durch die ordentlichen Gerichte, Verhandlungen der Tagung der Deutschen Staatsrechtslehrer zu Wien am 23. und 24. April 1928. Mit einem Auszug aus der Aussprache: 30–84.
20. Krbeek, Ivo. 1960. *Ustavno sudovanje*. Zagreb: Izdavački zavod Jugoslovenske akademije znanosti i umjetnosti.
21. Landfried, Christine. 2/1994. The Judicialization of Politics in Germany. *International Political Science Review* 15: 113–124.
22. La Torre, Massimo. 2015. Between Nightmare and Noble Dream: Judicial Activism and Legal Theory. *Judicial Activism – An interdisciplinary*

- Approach to the American and European Experiences*, eds. L. P. Coutinho, M. La Torre, S. D. Smith, 44: 3–13.
23. Letsas, George. The ECHR as a Living Instrument: Its meaning and Legitimacy, <https://ssrn.com/abstract=2021836>.
 24. Lukić, Radomir. 1966. *Ustavnost i zakonitost*. Beograd: Savez udruženja pravnika Jugoslavije.
 25. Marinković, Tanasije. 2013. *Dejstvo odluka ustavnih sudova. Uloga i značaj ustavnog suda u očuvanju vladavine prava*. Beograd: Ustavni sud Republike Srbije.
 26. Marinković, Tanasije. 2014. Politics of Constitutional Courts in Democratizing Regimes. *Courts, Interpretation, The Rule of Law*, eds. Miodrag A. Jovanović & Kenneth Einar Himma, Hague: 89–107.
 27. Marković, Ratko. 2016. *Ustavno pravo*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
 28. Mijanović, Gašo. 2000. *Kontrola ustavnosti zakona*. Srpsko Sarajevo: Pravni fakultet Univerziteta u Srpskom Sarajevu.
 29. Nikolić, Pavle. 12/1995. Nužnost i legitimnost ustavnog sudstva u demokratskim sistemima. *Pravni život*. Beograd: Udruženje pravnika Srbije.
 30. Orlović, Slobodan. 2013. *Vladavina ustava ili ustavnog sudstva*. Novi Sad: Centar za izdavačku delatnost.
 31. Ožegović, Ljubomir. 2013. *Apelaciona nadležnost Ustavnog suda Bosne i Hercegovine*. Banja Luka: Litera.
 32. Popović, Dragoljub. 2014. Judicial Creativity. *Courts, Interpretation, the Rule of Law*, eds. M. Jovanović, K. E. Himma: 59–71.
 33. Rajić, Nataša. 2016. *Odnos parlamenta i ustavnog suda u ostvarivanju i zaštiti ustavnosti zakona – doktorska disertacija*. Beograd.
 34. Spaić, Bojan. 1/2017. Dva poimanja pravnih principa. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 65: 109–130.
 35. Spaić, Bojan. 1/2018. The Authority of Precedents in Civil Law Systems. *Studia Iuridica Lublinesia*: 1–19.
 36. Stojanović, Dragan. 1999. *Ustavno pravo, knjiga I*. Niš: Pravni fakultet Univerziteta u Nišu.
 37. Steiner, Christian, Ademović, Nedim. 2010. *Komentar Ustava Bosne i Hercegovine*. Sarajevo: Konrad Adenauer Stiftung.
 38. Stojanović, Mihailo. 1960. *Sudska kontrola ustavnosti – uporednopravni pogled na neke probleme ustavnosti*. Beograd: Savremena administracija.
 39. Stone Sweet, Alec. 1/1999. Judicialization and the Construction of Governance. *Comparative Political Studies* 31: 147–184.
 40. Treanor, William Michael. 58/2005. Judicial review before Marbury. *Stanford Law Review*: 455–562.

41. Troper, Michel. Separation of powers, <http://dictionnaire-montesquieu.ens-lyon.fr/en/article/1376427308/en/>.
42. Vasić, Radmila, Jovanović, Miodrag, Dajović, Goran. 2018. *Uvod u pravo*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
43. Viljanen, Jukka. 62/63. The Role of the ECtHR as a Developer of International Human Rights Law, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*: 249–265.
44. Vučić, Olivera, Petrov, Vladan, Simović, Darko. 2010. *Ustavni sudovi bivših jugoslovenskih republika*. Beograd: Dosije studio.

JUSTIFICATION OF JUDICIAL ACTIVISM
FOR PROTECTION OF HUMAN RIGHTS:
THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
AND THE CONSTITUTIONAL COURT
OF BOSNIA AND HERZEGOVINA

Summary

The author analyzes some decisions of the European Court of Human Rights and its interpretive principles and decisions of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina, in order to answer when the creative approach of the Constitutional Court can be justified. No kind of constitutional court activism is acceptable when it comes to normative control of constitutionality, while it can be in the procedure on appeal. The author claims that constitutional court should decide on the basis of the text of the constitution. The European Court considers that the interpretation should enable the real application of the guaranteed right, but it is disputable when such an interpretation grows into the creation of law, which the author discusses primarily from a theoretical aspect, and then analyzes the case law. The main thesis in the paper is that constitutional activism is justified only in exceptional cases in order to protect human rights and freedoms.

Key words: *interpretative principles, judicial review, Constitutional court's activism, legal reasoning and political reasoning, protection of human rights and freedoms.*