

DOI 10.51558/2490-3647.2022.7.1.361

UDK 341.231.14:340.12

Primljeno: 22. 07. 2021.

Izvorni naučni rad
Original scientific paper

Benjamin Nurkić, Suad Murselović

IZMEĐU USTAVNOG NACIONALIZMA I LJUDSKIH PRAVA – BUDUĆNOST VLADAVINE PRAVA U BOSNI I HERCEGOVINI?

U radu se analizira ustavnopravni položaj Bosne i Hercegovine (BiH) između ustavnog nacionalizma i ljudskih prava. Evropski sud za ljudska prava (ESLjP) je u presudama *Sejdić i Finci protiv BiH* te *Zornić protiv BiH* utvrdio da Ustav BiH nije u skladu sa Evropskom konvencijom o ljudskim pravima i temeljnim slobodama (EKLjP). Naime, privilegiranje tri konstitutivna naroda u Ustavu BiH, ESLjP je ocijenio kao suprotno zabrani diskriminacije koja je propisana EKLjP-om. U tom smislu, u radu se analizira da li je trenutni bosanskohercegovački ustavni model oblik konsocijacijske demokratije ili ustavnog nacionalizma? Autori analiziraju presude ESLjP-a u smislu (ne)postojanja legitimnog cilja za održavanje diskriminatornih odredbi u Ustavu BiH. Također, analizira se važnost implementacije presuda ESLjP-a za budućnost vladavine prava u BiH.

Cljučne riječi: ustavni nacionalizam; ljudska prava; ESLjP; EKLjP; konsocijacijska demokratija

UVOD

Ustav BiH sadrži dvije značajne karakteristike koje mogu u određenim okolnostima biti, a u ovom slučaju i jesu, dijametralno suprotne. Ovdje govorimo o specifičnoj zaštiti kolektivnih prava i zaštiti individualnih prava pojedinca. Ustavni sistem BiH prepoznaje obje navedene zaštite, pa tako se kolektivna zaštita ogleda u specifično određenim pravima koja pripadaju samo konstitutivnim narodima, dok se zaštita

individualnih prava ogleda u zaštiti ljudskih prava inkorporacijom različitih međunarodnih ugovora o ljudskim pravima u Ustav BiH.

Ustav BiH je specifičan, jer je sastavni dio Općeg okvirnog sporazuma za mir u BiH (Daytonski sporazum), pa iz tog razloga nije donesen samo kako bi kreirao novi ustavnopravni poredak, nego kako bi, kao dio mirovnog sporazuma, zaustavio oružani sukob.¹ Ustav BiH sadrži elemente konsocijacijske demokratije.² Konsocijacijska demokratija podrazumijeva četiri osnovne karakteristike.³ Prva karakteristika su široke koalicije, što znači da predstavnici svih relevantnih društvenih grupa unutar države, koje društvo čine heterogenim, učestvuju u formiranju i kreiranju izvršne vlasti (*power sharing*). Učestvovanje svih relevantnih društvenih grupa se omogućava, prije svega kroz formiranja velikih koalicija (*grand coalition*) (Lijphart 1977: 25-36). Kako navodi Miraščić (2009: 114), u BiH je ovo načelo izuzetno dobro institucionalizovano, jer se Ustavom BiH garantuje učešće svih relevantnih društvenih segmenata (konstitutivnih naroda) u vlasti, što potvrđuje član V tačka 4.b) Ustava BiH koji glasi:

„Najviše dvije trećine svih ministara mogu biti imenovani sa teritorije Federacije. Predsjedavajući će, također, imenovati zamjenike ministara (koji neće biti iz istog konstitutivnog naroda kao i njihovi ministri), koji će preuzeti dužnost nakon odobrenja Predstavničkog doma.“

Druga karakteristika konsocijacijske demokratije je pravo uzajamnog veta (*veto rights*). Takav mehanizam omogućava da se blokiraju svi procesi odlučivanja koji mogu ugroziti interese određene relevantne društvene grupe unutar države. Na taj način se štite prava manjinskih grupa unutar velikih koalicija, jer u slučaju da se odluke unutar velike koalicije donose nadglasavanjem, tada postoji realna opasnost od preglasavanja manjinskih društveno relevantnih grupa. Postoji, naravno, i opasnost sa suprotne strane, da se korištenjem veta uspostavi tiranija manjine, ako manjina odluči zloupotrijebiti ovu mogućnost. Prema mišljenju Lijpharta (1977: 37), ova opasnost se i ne čini opasnom kako u prvi mah izgleda, iz tri razloga. Prvi razlog je što sve manjinske grupe imaju pravo veta i sve ga mogu koristiti, te će svjesne toga

¹ Ustav BiH je dio Aneksa IV Daytonskog sporazuma.

² Konsocijacijska demokratija je karakteristična za postkonfliktna društva i države, a i također za duboko podijeljena društva. Pogledati detaljnije u Lijphart (1977, 2008). U radu ćemo pokazati da se BiH ne može smatrati duboko podijeljenom državom, i da u tom smislu oblik konsocijacijske demokratije, koji trenutno postoji u BiH, nije nastao zbog toga što je BiH duboko podijeljena država, nego iz razloga oružanog sukoba koji je prethodio restrukturiranju ustavnog poretka Republike BiH, a koja je nakon potpisivanja Daytonskog sporazuma nastavila svoj državopravni kontinuitet kao država sa izraženim elementima konsocijacijske demokratije.

³ Pojam konsocijacijske demokratije se vezuje za radove Arenda Lijpharta. Pogledati o tome u Lijphart (1977, 1984).

da se pravo veta može okrenuti i protiv njih, na pažljiviji način ga koristiti. Drugi razlog je što pravo upotrebe veta kod manjinskih grupa stvara osjećaj sigurnosti, te ih taj osjećaj odvraća od njegove zloupotrebe. Treći razlog je što su sve manjinske skupine koje imaju pravo veta svjesne opasnosti od mogućeg potpunog zastoja u procesu dogovaranja (Mirašić 2009: 66; Lijaphart 1977: 37-38).

Treća karakteristika konsocijacijske demokratije je proporcionalna zastupljenost (*proportionality*), što podrazumijeva da su sve relevantne društvene grupe zastupljene u organima države, kao na primjer u sudstvu, policijskoj upravi i drugim državnim organima, proporcionalno svom učešću u stanovništvu. Također, paritetno zastupanje segmenata je jedan od elemenata konsocijacijske demokratije povezan sa proporcionalnim zastupanjem (Marković 2012: 199-201; McCrudden O'Leary 2013: 6-10).

Četvrti element konsocijacijske demokratije je autonomija segmenata (*community autonomy*) koja u određenoj mjeri garantuje autonomiju odlučivanja unutar grupe o pitanjima koja se tiču samo te grupe. Jednostavno kazano, „... manjina je sama sebi vlast u svim onim pitanjima koja se isključivo tiču te manjine“ (Lijaphart 1977: 41). Obim autonomije prilikom odlučivanja unutar samih grupa ovisi od modela konsocijacijske demokratije.

Ustav BiH kao dio mirovnog sporazuma sadrži elemente konsocijacijske demokratije. Praktički, konsocijacijska demokratija je poslužila kao alat za omogućavanje postizanja mira na području BiH. Moto pod kojim je donesen Daytonski sporazum je glasio: „jedna država, dva entiteta, tri nacije“ (*one State, two Entities and three Nations*).⁴ Elementi konsocijacijske demokratije u BiH su vidljivi na svim nivoima vlasti. „Uočljivo je, međutim, da se konsocijacija javlja sve manje što se ide ka nižim nivoima organizovanja javne vlasti“ (Marković 2012: 239). Tako na primjer na lokalnom nivou, u općinskim vijećima/skupštinama, ne postoji mehanizam zaštite vitalnog nacionalnog interesa, te se odluke donose primjenom većinskog principa, odnosno preglasavanjem (Marković 2012: 240). Na višim nivoima vlasti postoje svi elementi konsocijacijske demokratije, od zastupljenosti

⁴ Primjereni izraz bi ovdje bio etnička grupa(e) (*ethnic group(s)*), ali često se i u toku mirovnih pregovora, pa i sada nakon rata i već se može reći nakon dužeg perioda uspostavljenog mira, nekada zlonamjerno, a nekada iz neznanja pogrešno operiralo terminima nacija i etnička grupa, na način da su se ova dva termina izjednačavali. Osnovna razlika između etničke grupe i nacije je što prva grupa nema pravo na državu, dok nacija je državotvoran pojam i svaka nacija u tom kontekstu ima pravo na vlastitu državu. Bošnjaci, Srbi i Hrvati, kao konstitutivni narodi, u kontekstu Ustava BiH ne predstavljaju nacije, nego etničke grupe, jer ni jedan od navedenih naroda samostalno nema pravo na vlastitu državu.

svih relevantnih društvenih grupa unutar države,⁵ paritetnog i proporcionalnog zastupanja,⁶ prava veta,⁷ do autonomije segmenata.⁸

Odredbe vezane za izbor člana Predsjedništva BiH i način delegiranja delegata u Dom naroda BiH također sadrže elemente konsocijacijske demokratije i bile su predmetom pred Evropskim sudom za ljudska prava (ESLJP), gdje je ustanovljeno da način izbora u navedene institucije nije u skladu sa ljudskim pravima (Banović 2021: 4-9; Marković 2012: 237-243; Trnka 2006: 292-293). Specifični izbor članova Predsjedništva BiH i način delegiranja delegata u Dom naroda BiH primjer su diskriminacije prema građanima BiH koji nisu pripadnici konstitutivnih naroda. Predsjedništvo BiH čine jedan Bošnjak i jedan Hrvat, neposredno izabrani sa teritorija Federacije BiH, te jedan Srbin neposredno izabran sa područja Republike Srpske (RS), što samo po sebi predstavlja diskriminaciju prema pripadnicima nacionalnih manjina, te prema ostalim građanima koji se ne smatraju pripadnicima jednog od tri konstitutivna naroda, jer im je ustavnom odredbom onemogućeno kandidovanje za člana kolektivnog šefa države. Također, ovakvom ustavnom regulativom se onemogućava aktivno biračko pravo stanovnika Federacije BiH da glasaju za srpskog člana Predsjedništva, kao što se onemogućava aktivno biračko pravo i stanovnika RS-a u smislu glasanja za članove Predsjedništva koji dolaze iz bošnjačkog i hrvatskog naroda (Trnka 2006: 311-312). U tom kontekstu, ograničeno je i pasivno biračko pravo Bošnjaka i Hrvata u RS-u, jer oni ne mogu biti kandidati za Predsjedništvo BiH, budući da je za osobe sa prebivalištem u RS-u dopušteno glasanje samo za člana Predsjedništva koji je Srbin i koji prebiva na teritoriji RS. Ista situacija je i u Federaciji BiH, gdje samo Bošnjaci i Hrvati mogu biti kandidati za članove Predsjedništva BiH.

⁵ Kako smo prethodno istakli, način formiranja Vijeća ministara BiH podrazumijeva veliku koaliciju, jer da bi se formiralo Vijeće ministara BiH potrebno je da se predstavnici svih društveno relevantnih grupa dogovore oko formiranja vlasti.

⁶ Institucija Predsjedništva BiH, kao institucija kolektivnog šefa države predstavlja oblik paritetne zastupljenosti konstitutivnih naroda, gdje se sa prostora Federacije BiH bira po jedan član Predsjedništva BiH koji dolaze iz bošnjačkog i hrvatskog naroda, dok se sa područja RS-a bira jedan član srpskog člana Predsjedništva BiH. Također, sve bitnije odluke Predsjedništvo BiH donosi konsenzusom. Proporcionalna zastupljenost je vidljiva na entitetskom nivou, gdje se vlade sastavljaju po principu proporcionalne zastupljenosti. Tako Vladu RS-a sačinjava osam Srba, pet Bošnjaka i tri Hrvata, dok se Vlada Federacije BiH sačinjava od osam Bošnjaka, pet Hrvata i troje Srba.

⁷ Primjer za pravo ulaganja veta je Dom naroda BiH koji ima pravo pokretanja zaštite interesa konstitutivnih naroda, pa tako većina bošnjačkih, hrvatskih ili srpskih delegata u Domu naroda BiH mogu pokrenuti mehanizam zaštite vitalnog interesa konstitutivnih naroda kada smatraju da su interesi tog konstitutivnog naroda ugroženi donošenjem određenog zakona. Pravo veta susrećemo i na drugim nivoima unutar ustavnog sistema BiH.

⁸ Također, segmentaciju pronalazimo i unutar Federacije BiH koja je podijeljena na 10 kantona, ali tu treba istaći da kantoni ne predstavljaju nacionalne teritorije i Federacija BiH je federacija kantona, a ne federacija naroda (Mirašćić 2009: 134-135).

Sa druge strane, Dom naroda BiH, osim što predstavlja ekskluzivni organ konstitutivnih naroda (sačinjava ga pet Bošnjaka, pet Hrvata i pet Srba), ne posjeduje neposredni legitimitet, jer za ovaj organ se ne vrše izbori, nego delegiranje iz zakonodavnih tijela entiteta. Pa tako, delegati Bošnjaci Doma naroda Federacije BiH biraju pet Bošnjaka u Dom naroda BiH, isto tako Hrvati u Domu naroda Federacije BiH biraju pet Hrvata u Dom naroda BiH, dok Narodna skupština RS bira pet Srba u Dom naroda BiH. ESLjP je za obje prakse izbora ocijenio da nisu u skladu sa odredbama EKLjP-a, ali detaljnije o tome ćemo u glavnom dijelu rada, kada ćemo analizirati zašto su presude ESLjP-a u slučaju BiH toliko specifične i koliko su one bitne za ustavni poredak.

Osim elemenata konsocijacijske demokratije, karakteristika Ustava BiH je široka zaštita međunarodno priznatih ljudskih prava. Rijetko koji ustav na svijetu na toliko širok način štiti ljudska prava kao Ustav BiH (Chandler 2000: 92). Samom analizom *materiae constitutiones* Ustava BiH, nemoguće je ne primijetiti da dominiraju inkorporirani međunarodni dokumenti koji garantuju zaštitu ljudskih prava. Pa tako u članu II (2) Ustava BiH se navodi da će EKLjP imati neposrednu primjenu u BiH i da će imati prioritet primjene nad svim ostalim zakonima, dok se u istom članu navodi da su svi sudovi, ustanove, organi vlasti i organi kojima rukovode entiteti obavezni da primjenjuju ljudska prava na koje je ukazano u stavu (2) istog člana. U članu III/3(b) Ustava BiH se opća načela međunarodnog prava navode kao integrativni dio pravnog poretka BiH i entiteta, dok su u Aneksu I Ustava BiH navedeni međunarodni ugovori o ljudskim pravima koji će se primjenjivati u BiH.⁹ Kao takav Ustav BiH je monističkog tipa jer je ustavnim odredbama priznata snaga međunarodnom pravu, koje prema slovu Ustava BiH ima snagu unutrašnjeg prava. Vehabović ističe:

Ustavotvorac, ma ko on bio u konkretnom slučaju, vjerovatno je želio da postigne automatizam u primjeni međunarodnih sporazuma, ratificiranih od strane BiH, možda i zbog kompliciranosti

⁹ To su: 1. Konvencija o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida (1948) ; 2. Ženevske konvencije I-IV o zaštiti žrtava rata (1949) i Dopunski protokoli I-II (1977); 3. Konvencija koja se odnosi na status izbjeglica (1951) i Protokol (1966); 4. Konvencija o državljanstvu udatih žena (1957); 5. Konvencija o smanjenju broja lica bez državljanstva (1961); 6. Međunarodna konvencija o uklanjanju svih oblika rasne diskriminacije (1965); 7. Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima (1966) i Opcioni protokoli (1966 i 1989); 8. Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima (1966); 9. Konvencija o uklanjanju svih oblika diskriminacije u odnosu na žene (1979); 10. Konvencija protiv mučenja i drugih surovih, nehumanih ili ponižavajućih postupaka ili kažnjavanja (1987); 11. Evropska konvencija o sprečavanju mučenja, nehumanog ili ponižavajućeg tretmana ili kažnjavanja (1987); 12. Konvencija o pravima djeteta (1989); 13. Međunarodna konvencija o zaštiti prava svih radnika-migranata i članova njihovih porodica (1990); 14. Evropska povelja za regionalne jezike i jezike manjina (1992); 15. Okvirna Konvencija za zaštitu nacionalnih manjina (1994).

sistema za odlučivanje u zakonodavnim tijelima a posebno u Parlamentarnoj skupštini BiH zbog različitih, gotovo uvijek, suprotstavljenih interesa. Neupitno je da formulacija iz člana III/3(b) Ustava BiH utvrđuje da su opća načela međunarodnog prava dio pravnog poretka u BiH i kada se ne radi o nekom konkretnom međunarodnom ugovoru već da ona postoje sama za sebe i čine ključni dio pravnog sistema u Bosni i Hercegovini“ (2006: 47-51).

Međunarodno pravo čini značajan dio ustavne materije ustavnopravnog sistema BiH. S tim u vezi vrijedi podsjetiti na dva pristupa postkonfliktnim društvima. Prvi pristup je uvođenje konsocijacijske demokratije, dok drugi pristup predstavlja široko garantovanje ljudskih prava. Preciznije kazano, i konsocijacijska demokratija i široko garantovanje ljudskih prava predstavljaju način za uspostavljanje mira i stabilnosti u postkonfliktnom društvu, a BiH je specifična po tome što su oba primijenjena na njezin ustavnopravni poredak. Naravno, ovdje ne govorimo o ljudskim pravima kao alternativni za konsocijacijsku demokratiju, već o tome da i konsocijacijska demokratija i široko garantovanje ljudskih prava služe istom cilju – uspostavljanju mira i stabilnosti u postkonfliktnom društvu. Shattuck ističe bitnost ljudskih prava za izgradnju mira u BiH, navodeći da uspjeh u izgradnji mira ovisi od uspjeha implementacije efikasne zaštite ljudskih prava, te u tom pogledu Daytonski sporazum predstavlja značajan dokument, jer štiti ljudska prava kao ni jedan mirovni sporazum prije njega (prema Chandler 2000: 90-91).¹⁰

1. USTAVNI NACIONALIZAM U USTAVNOM PORETKU BIH

Na početku ćemo razdvojiti dvije vrste nacionalizma. Prema Caratanu (1998: 214) postoji, sa jedne strane, zapadni ili inkluzivni nacionalizam koji je građansko-teritorijalnog tipa, unificirajući, liberalan, sa građanima države kao pripadnicima nacije, vremenski pripada 19. stoljeću.¹¹ Suprotno od zapadnog nacionalizma, istočnoevropski je etničko-geneaološki sa nasilnim inženjeringom (razmjena stanovništva, izbacivanja, nasilne asimilacije, likvidacije, brutalnost), promovirše partikularizam, djeluje razorno, traži etnički identitet za sticanje svojstva građanina, vremenski gledano zakašnjeli je tip. Prema Sekuliću (2003: 144), ovakva podjela se može podvrgnuti kritici, budući da na Zapadu nisu svi nacionalizmi bili inkluzivni, pa tako

¹⁰ Svjedočenje John Schattucka pred Odborom za međunarodne odnose Predstavničkog doma Sjedinjenih Država.

¹¹ Originalno, nacionalizam je nastao kao izraz liberalne ideje, i na početku je bio individualistički. Pogledati detaljnije u Vujić (1998: 30).

na primjer francuski ili irski nacionalizmi su imali karakteristike „istočnog“ nacionalizma, dok su neki nacionalizmi na istoku imali karakteristike „zapadnih“ nacionalizama, kao što su češki, mađarski ili cionistički. U nastavku rada ćemo koristiti termine građanski nacionalizam i etnički nacionalizam, kako bismo napravili distinkciju između inkluzivnog i ekskluzivnog nacionalizma.

U određenom historijskom periodu nacionalizam je osiguravao legitimitet za stvaranje modernih država i služio je kao sredstvo za uspostavljanje vladavine prava. Inkluzivni aspekti poput proširivanja mogućnosti sticanja državljanstva, te na taj način uključivanja različitih etničkih grupa pod jednu „naciju“, označili su period pozitivnog shvatanja nacionalizma. Danas nacionalizam ima potpuno drugu svrhu, jer za dobijanje određenih prava traži prikladnu etničku pripadnost, što je u suprotnosti sa osnovnim principom vladavine prava, a to je jednakost pred zakonom. Tako da nacionalizam koji dominira u savremenom političkom životu nije inkluzivni, nego etnički nacionalizam (Rangelov 2014: 189). Takav nacionalizam može biti samo autoritarne prirode (Vujčić 1998: 29).

Pravnopolitički sistem BiH sadrži sve elemente etničkog nacionalizma, ili, kako ga Hayden naziva, ustavnog nacionalizma. Ustavni nacionalizam ovaj autor definiše kao ustavni i pravni poredak koji privilegira pripadnike etnički definisane nacije nad ostalim stanovnicima u određenoj državi (Hayden 1993: 5).¹² Ustav BiH privilegira tri etnički definisane nacije, preciznije u kontekstu BiH, tri konstitutivna naroda čiji pripadnici jedini imaju mogućnost da budu izabrani za člana Predsjedništva BiH i za Dom naroda BiH.¹³ Privilegovanje konstitutivnih naroda u BiH nije samo u odredbama Ustava BiH, nego i u političkom životu, štaviše, i tamo gdje takvo privilegovanje formalno ne postoji.

Richard Holbrooke je uoči izbora 1996. godine izjavio: „Pretpostavimo da su izbori proglašeni slobodnim i poštenim“, a da su izabrani „... rasisti, fašisti i separatisti koji su javno suprotstavljeni (miru i reintegraciji). To je, dakle, ta dilema“ (prema Zakaria 1997: 22). Nakon 1995. godine opći izbori su u BiH održavani svake dvije godine, sve do 2002. godine. Prema mišljenju Kaldor, izbori u tom periodu nisu artikulisali glas naroda, nego su pomogli u održavanju statusa quo, odnosno

¹² Haydenova definicija ustavnog nacionalizma glasi: „... constitutional nationalism, meaning a constitutional and legal structure that privileges the members of the majority (ethnic) nation over the minorities in each state“ (1993: 5).

¹³ U momentu kada je pisao rad pod naslovom „Constitutional Nationalism in the Formerly Yugoslav Republics“ u kojem je naveo termin „ustavni nacionalizam“, Hayden nije spominjao BiH kao državu gdje postoji ustavni nacionalizam, jer u momentu pisanja, 1993. godine, Ustav Republike BiH nije favorizirao etnički definisane nacije, kao što je Ustav BiH, kreiran Daytonskim sporazumom, definisao privilegije za pripadnike konstitutivnih naroda koji u tom smislu predstavljaju etnički koncipirane nacije.

legitimiziranju odnosa stvorenih u vrijeme oružanog sukoba, što je rezultiralo još snažnijom pozicijom nacionalista na vlasti, otežavanjem saniranja rezultata etničkog čišćenja, a sve to dovodi u vezu s činjenicom da su izbori bili održavani na prostorima gdje se većina osigurala etničkim čišćenjem (2016: 152). S tim u vezi, pokazalo se da sami izbori, bez suštinskog implementiranja vladavine prava, nisu rješenje potiv jačanja nacionalizma, štaviše, izbori su se pokazali kao odličan alat za osnaživanje legitimiteta nacionalističkih lidera. Rezultat koji su nacionalističke strane ostvarile na izborima predstavlja platformu na kojoj nacionalizam i funkcionise, a to je predstavljanje „nacije“ kao jedinog izvora legitimiteta (Rangelov 2014: 7; Özkirimli 2000: 230). Ustav BiH, kako ćemo u nastavku ovog rada i vidjeti, nikako ne podržava ovu vrstu legitimacije, ali politička dinamika nakon potpisanog Daytonskog sporazuma je za posljedicu imala osnaživanje ustavnog nacionalizma. Demokracija je, u tom smislu, potpuno etnizirana jer pored nacionalističkog diskursa u političkom životu, socioekonomski diskurs skoro i da ne postoji.

Ustavni nacionalizam u Ustavu BiH je, kako smo već naveli, vidljiv samo u načinu izbora članova Predsjedništva BiH i načinu izbora delegata u Dom naroda BiH. Ali, privilegovanje pripadnika konstitutivnih naroda u BiH postoji i tamo gdje nije jasno propisano, npr. u načinu izbora sudija Ustavnog suda BiH. Ustav BiH u članu VI je propisao način izbora sudija Ustavnog suda BiH, tako što četiri sudije bira Predstavnički dom Federacije BiH, dok dvoje sudija bira Narodna skupština RS-a. Preostala tri člana bira predsjednik ESLJP-a nakon konsultacija sa Predsjedništvom BiH. Ovakav način izbora sudija Ustavnog suda BiH ne održava favoriziranje bilo kojeg pripadnika etničke grupa, ali praksom Predstavničkog doma Federacije BiH, te Narodne skupštine RS-a, ustanovljen je ustavni običaj da se iz Federacije BiH biraju dva Bošnjaka i dva Hrvata, dok se iz RS-a biraju dva Srbina.

Tako ustanovljeni običaj, kako ističe Išerić (2017: 29-30), je običaj *contra constitutionem*, jer diskriminira sve ostale kandidate koji nisu pripadnici jednog od tri konstitutivna naroda. Način izbora sudija Ustavnog suda BiH na najbolji način oslikava moć etnonacionalizma u BiH i njegove implikacije i na one ustavne odredbe koje, *per se*, ne podržavaju etnonacionalizam. Jedna neutralna ustavna odredba tako je u praksi poprimila diskriminatorni karakter.

2. VLADAVINA PRAVA U USTAVU BIH

Vladavina prava je jedno od načela u Ustavu BiH. Član I (2) Ustava BiH glasi: „Bosnia and Herzegovina shall be a democratic state, which shall operate under the

rule of law and with free and democratic elections.¹⁴ U smislu prethodno objašnjenog ustavnog nacionalizma unutar ustavnog sistema BiH i vladavine prava, Ustav BiH je vrlo specifičan jer istovremeno sadrži dva opozitna pojma, favoriziranje etničkih grupa i vladavinu prava. Naročita tenzija između ova dva pojma postoji kada su na vlasti nacionalisti, jer se tada dodatno reducira značaj zakona i pravnih institucija. Vladavina prava i nacionalizam predstavljaju, kako ističe Rangelov (2014: 9), kompetitivne pojmove u smislu osiguranja legitimiteta. Primjer je spomenuta praksa izbora sudije Ustavnog suda koja je jednu neutralnu odredbu Ustava BiH pretvorila u odredbu koja favorizira pripadnike konstitutivnih naroda.¹⁵ Jasno je, dakle, da diskriminatorne odredbe Ustava BiH nisu u skladu sa vladavinom prava, jer privilegiraju određene etničke grupe, konstitutivne narode i stvaraju institucije ekskluzivno namijenjene samo pripadnicima konstitutivnih naroda. Iz tog razloga neki autori BiH definišu kao etnički ekskluzivnu, neliberalnu defektnu demokratiju (Petričušić 2014: 211).

Ambivalentnost Ustava BiH ogleda se u tome što zajedno sa diskriminatornim odredbama podržava i moderni koncept vladavine prava jer garantuje supremaciju Ustava BiH nad svim ostalim zakonima, ali također, kako smo već naveli, kao ni jedan drugi ustav na svijetu nominalno garantuje zaštitu ljudskih prava. Međutim, vladavina prava kao legitimacijska osnova vladanja nasuprot „nacije“ kao legitimacijske osnove skoro da i ne postoji jer političke elite svoju opstojnost vide i nalaze u podršci jednog od tri konstitutivna naroda, a nikako u poštivanju ljudskih prava.

Sweet ističe da novi standardi konstitucionalizma utvrđuju da režimi nemaju demokratski legitimitet ako ne ograničavaju volju većine zaštitom prava i ustavnom kontrolom (Sadurski 2014: 46; Sweet 2012: 828). Ustavna država ima svoju legitimaciju ako osigurava slobode prava i pojedinca (Posavec 1998: 15), što znači

¹⁴ Ovdje koristimo englesku verziju Ustava BiH, jer smatramo da na nezvaničnoj bosanskoj verziji Ustava BiH, ovaj član nije dobro preveden, a on na bosanskom prijevodu glasi: „Bosna i Hercegovina je demokratska država koja funkcionise u skladu sa zakonom i na osnovu slobodnih i demokratskih izbora“. *The rule of law* se ne može prevesti u skladu sa zakonom, jer je *the rule of law* mnogo širi princip od funkcionisanja u skladu sa zakonom. Kako bi objasnili našu tezu o razlici između vladavine na osnovu zakona i vladavine prava citirat ćemo Friedrich Hayeka koji to jasno objašnjava: „... zato što vladavina prava znači da vlast ne smije nikada da prinudi pojedinca izuzev nametanjem nekog poznatog pravila, ona predstavlja ograničenje moći cjelokupne vlasti, uključujući i zakonodavnu. To je učenje u vezi s tim kakav zakon treba da bude, koje se tiče općih svojstava koja pojedinačni zakoni treba da posjeduju. Ovo je važno jer se danas ideja vladavine prava ponekad miješa sa zahtjevom za puku zakonitost svih postupaka vlasti. Vladavina prava, svakako, pretpostavlja potpunu zakonitost ali to nije dovoljno: ako je neki zakon vladi dao neograničenu vlast da čini ono što joj se prohtije, sve njene radnje će biti zakonite, ali sigurno neće biti pod vladavinom prava. Stoga je vladavina prava i više od konstitucionalizma: ona zahtijeva da svi zakoni budu u saglasnosti s određenim načelima (Hayek 1998: 181).

¹⁵ Ovakva praksa nije u skladu sa Ustavom BiH jer bez legitimnog cilja diskriminira sve pojedince koji nisu pripadnici konstitutivnih naroda. Pogledati detaljnije u Išerić (2017: 30-31).

da demokratski legitimitet ne može postojati na bazi ustavnog nacionalizma, jer bez obzira što se vlast kreira voljom većine, a u slučaju BiH na osnovu volje pripadnika tri konstitutivna naroda, ona nema demokratski legitimitet ako prava svih nisu jednako zaštićena. Kako naglašava Greenfeld, generalni principi demokratije kao što su narodna vlast i demokratske procedure mogu postojati i u liberalnim i u autoritarnim režimima, dok ideja ljudskih prava može postojati samo u liberalnim, egalitarnim i kapitalističkim režimima, te su ljudska prava mnogo važnija za demokratiju od narodnog suvereniteta (Vujčić 1998: 28; Greenfeld 1993: 328-329).¹⁶ U tom smislu, država da bi bila demokratska mora garantovati svim pojedincima jednaka prava. Koncept liberalne demokratije predstavlja ideal-tipski koncept funkcionisanja demokratije, gdje postoje dva osnova koja se moraju zadovoljiti. Prvi je osnov poštivanje vladavine prava, a drugi je da vlast bude bazirana na volji većine (Ballestrem 1998: 76). U najširem smislu, države da bi poštovale moderne standarde konstitucionalizma, moraju biti liberalno-demokratske, to jest, moraju funkcionisati na bazi vladavine prava i demokratskih principa. To nikako ne zabranjuje da države propisuju posebne vidove zaštite kolektivnih prava, ali takva kolektivna zaštita nikako ne smije ugroziti ova dva principa.¹⁷ U tom smislu, Ustav BiH istovremeno sadrži elemente konsocijacijske demokratije i ustavnog nacionalizma, što je prepoznao i ESLJP u presudama *Sejdić i Finci protiv BiH*, te *Zornić protiv BiH*.¹⁸

3. KONSOCIJACIJSKA DEMOKRATIJA I USTAVNI NACIONALIZAM – DVA LICA ISTE MEDALJE?

Prije nego analiziramo presude ESLJP-a, potrebno je utvrditi razlike između konsocijacijske demokratije i ustavnog nacionalizma. U prethodnom dijelu rada smo analizirali karakteristike i konsocijacijske demokratije i ustavnog nacionalizma, a sada je potrebno utvrditi da li su ova dva pojma istovjetni ili različiti. Ustavni nacionalizam usljed privilegovanja etnički definisanih nacija, u slučaju BiH konstitutivnih naroda, diskriminira one koji nisu pripadnici tih etničkih grupa. Ali,

¹⁶ Uprkos rastu demokratije, prema izvještaju Vijeća Evrope (Arat 1999: 135) kršenja ljudskih prava su sve učestalija. Naravno, to ne znači da narodni suverenitet nije bitan za demokratiju, ali demokratije gdje postoji narodni suverenitet, a ne postoji efikasna zaštita ljudskih prava, bliže su „tiraniji većine“.

¹⁷ Smooha govori o pet vrsta demokratije: individualne liberalne demokratije, republikanske liberalne demokratije, multikulturalne demokratije, konsocijacijske demokratije i etničke demokratije (2002: 426).

¹⁸ Također, ESLJP je u presudama *Pilav protiv BiH* te *Šlaku protiv BiH* ocjenio Ustav BiH diskriminatornim, a gore navedene presude najbolje oslikavaju koliziju građanskog i etničkog principa.

postavlja se pitanje da li konsocijacijska demokratija, kao i ustavni nacionalizam, uvijek i neminovno diskriminiraju ostale građane, nepripadnike konstitutivnih naroda.

Liberalna kritika tvrdi da konsocijacijska demokratija neizbježno krši prava nekih grupa i prava nekih pojedinaca. U tom smjeru, liberalna kritika utvrđuje da konsocijacijska demokratija krši pravo na zabranu diskriminacije. Kako navode McCrudden i O'Leary (2013: 483), ovaj odnos je potrebno promatrati kao odnos različite percepcije jednakosti, individualne i kolektivne. Individualna ili većinska jednakost, kako ju nazivaju McCrudden i O'Leary, nedvojbeno stavlja pod pritisak konsocijacijski model demokratije, ali konsocijacija za razliku od individualne ili većinske jednakosti, kako navode ova dva autora, traži jednakost naroda ili grupa, jer ona ne pretpostavlja postojanje jednog naroda (*demos*) u kojem će većina legitimizirati vlast, nego pretpostavlja paritetnu i proporcionalnu zastupljenost svih naroda u vlasti. Steiner navodi da je pravni problem konsocijacijskih aranžmana problem jednakosti i nediskriminacije, jer, kako ističe, država svim građanima mora pružiti jednaku zaštitu i omogućiti političko učešće, uključujući pravo izbora i pravo kandidovanja na izborima, a što konsocijacijska demokratija kroz raspodjelu moći (*power sharing*) onemogućava (McCrudden, O'Leary 2013: 484; Steiner 1990-1991: 1551). Prema Wippmannu, struktura konsocijacijske demokratije može biti u suprotnosti sa liberalnom individualističkom paradigmom, koja je paradigma savremenih međunarodnih normi ljudskih prava (McCrudden, O'Leary 2013: 485; Wippman 1998: 232). Slično ustavnom nacionalizmu konsocijacijska demokratija u cilju zaštite kolektivnih prava ugrožava individualna prava garantovana ustanovljenim međunarodnim standardima.

Iako liberalni pravници smatraju da je zaštita ljudskih prava dovoljna zaštita (*Bill of Rights*), Choudry se ne slaže sa takvim stavom, ističući da postkonfliktna ustavna politika ne može biti bazirana samo na garantovanju jednakih prava, nego je potrebno uključivanje i konsocijacijskih aranžmana. Zagovornici liberalne konsocijacijske demokratije vide važnu ulogu garantovanja ljudskih prava u ustavima konsocijacijskih demokratija (McCrudden, O'Leary 2013:484-485; Choudhry 2010: 301). Očito je, dakle, da i u teoriji postoji sličan sukob između konsocijacijske demokratije i ustavnog nacionalizma, sa jedne strane, i ljudskih prava a samim time i vladavine prava, sa druge strane. Postavlja se pitanje da li ova dva pojma, u tom kontekstu, predstavljaju sinonime. Ustavni nacionalizam predstavlja širi pojam od konsocijacijske demokratije, jer ustavni nacionalizam može postojati u raznim vrstama demokratije, kao na primjer u etničkoj demokratiji, kako je naziva Smooha (2002: 426). Prema tome, ustavni nacionalizam predstavlja permanentno stanje unutar

ustavnopravnog poretka neke države i može postojati i u državama gdje nema opasnosti od konflikta.¹⁹ Za razliku od ustavnog nacionalizma, konsocijacijska demokratija karakteriše ustavna uređenja pluralnih, heterogenih, podijeljenih društava, a nerijetko i postkonfliktnih društava. Model konsocijacijske demokratije se primjenjuje u društvima poput belgijskog, ali i u postkonfliktnim poput bosanskohercegovačkog. Nije imperativ da je država multietnička da bi tu postojala konsocijacija, jer postoje mnoge država na svijetu koje funkcionišu na bazi većinskih demokratija, a multietničke su, kao na primjer SAD. Unutardruštvena podjela može biti rezultat historijskih okolnosti, višedecenijskog ili višestoljetnog konflikta ili, štaviše, rezultat oružanog sukoba koji je prethodio uspostavljanju konsocijacije.

Bitno je napomenuti da postoje dvije vrste konsocijacijske demokratije, korporativna konsocijacija održava trenutnu podjelu društva postulirajući etničke ili religijske razlike kao esencijalne. Korporativna konsocijacija fiksira trenutne podjele između grupa i sprečava dalju integraciju. Za razliku od korporativne konsocijacije, liberalna konsocijacija ne pridaje toliku važnost etničkim ili religijskim podjelama i više je integrativnog karaktera. Prema mišljenju McCruddena i O'Learya (2013: 484), korporativne konsocijacije uzrokuju da sukobljeni etnički identiteti ostanu podijeljeni duži period, nego što to slučaj sa integrativnom liberalnom konsocijacijom. Prema tome, ustavni nacionalizam i konsocijacijska demokratija ne moraju biti similarni. Osnovna razlika između ova dva pojma je legitimni cilj. Konsocijacijska demokratija svoju svrhu ima u zaštiti legitimnog cilja, a to je očuvanje mira kao najvišeg legitimnog cilja po međunarodnom pravu, ali i stabilnosti unutrašnjeg pravnog poretka. Konsocijacija, za razliku od ustavnog nacionalizma, nije bez svrsishodne osnove, a koju u slučaju konsocijacije predstavlja garantovanje mira i stabilnosti pravnog poretka. S tim u vezi konsocijacijska demokratija u ograničavanju individualnih prava ima legitimni cilj, dok ustavni nacionalizam, *per se*, nema legitimni cilj u ograničavanju, to jest, kršenju individualnih prava.

4. ODREĐENI SEGMENTI KONSOCIJACIJSKE DEMOKRATIJE PRED USTAVNIM SUDOM BIH

Ustanovili smo da konsocijacijska demokratija, kao i ustavni nacionalizam, ograničavaju individualna prava zagarantovana međunarodnim ugovorima, ali da suštinsku razliku između konsocijacijske demokratije i ustavnog nacionalizma čini

¹⁹ Na primjer, ustavni nacionalizam karakteriše ustavno uređenje Estonije, pri čemu u toj državi ne postoji opasnost od mogućeg konflikta.

legitimni cilj koji postoji kod konsocijacija, a on se ogleda u očuvanju mira ili stabilnosti pravnog poretka. U kontekstu BiH, norme konsocijacijske prirode u Ustavu BiH podržavaju ustavni nacionalizam. Naravno, ovdje govorimo o Predsjedništvu BiH i Domu naroda BiH koji su ustrojeni na paritetnom osnovu čime se garantuje zaštita kolektivnih prava konstitutivnih naroda, ali su istovremeno ekskluzivno etničke institucije, zagarantovane samo pripadnicima tri konstitutivna naroda. Takav način reguliranja, *per se*, predstavlja diskriminaciju svih onih koji nisu pripadnici konstitutivnih naroda. Da li za takvu diskriminaciju postoji legitimni cilj? U tom smislu analizirat ćemo relevantne odluke Ustavnog suda BiH po pitanju konstitutivnosti naroda i presude ESLJP-a u predmetima *Sejdić i Finci protiv BiH* i *Zornić protiv BiH*.

Četiri djelomične odluke donesene 2000. godine od Ustavnog suda BiH,²⁰ poznatije kao Odluka o konstitutivnosti naroda, su prve koje su se dotakle problema konstitutivnosti. Značaj Odluke o konstitutivnosti naroda se može sažeti u dva segmenta. Prvo, jasno je odbačen ustavni nacionalizam u entitetskim ustavima, i drugo, jasno je definisano šta konstitutivni narodi predstavljaju. Prije donesene Odluke o konstitutivnosti naroda, ustavi entiteta su imali odlike ustavnog nacionalizma i nisu bili u skladu sa Ustavom BiH, jer su postulirali samo Bošnjake i Hrvate kao konstitutivne narode u slučaju Federacije BiH, dok je Ustav RS-a postulirao samo Srbe kao konstitutivni narod. Ustavni sud je ustanovio da su u Ustavu BiH Bošnjaci, Hrvati i Srbi konstitutivni narodi na prostoru cijele BiH, ističući da: „Ovo označavanje u Preambuli, stoga, mora biti shvaćeno kao jedan natkrovljujući princip Ustava BiH kojem se entiteti moraju u potpunosti povinovati prema članu III/3.(b) Ustava BiH“.²¹ Konstitutivnost naroda postoji, dakle, na cijelom prostoru BiH i entiteti su dužni poštovati konstitutivnost sva tri naroda, a ne samo onog većinskog ili većinskih u tom entitetu (Trnka 2000: 94-108). Također, Ustavni sud BiH je definisao konstitutivne narode kao koncept koji je predstavljao širu zaštitu od individualne zaštite prava, ali je također ustanovio da taj koncept ne podrazumijeva pravo na samoopredjeljenje. Sumirano, prema navedenoj Odluci Ustavnog suda BiH, konstitutivni narodi imaju pravo na višu kolektivnu zaštitu, ali nemaju pravo na samoopredjeljenje. Osim toga, Ustavni sud BiH je u navedenoj Odluci istakao: „Mora se, stoga, zaključiti u okolnostima multinacionalne države, da predstavljanje i učestvovanje u vladinim strukturama – ne samo kao pravo pojedinaca koji pripadaju pojedinim grupama, već također i etničkih grupa kao takvih u smislu kolektivnih

²⁰ Četiri djelomične odluke Ustavnog suda BiH broj U-5/98.

²¹ *Ibid.*

prava – ne krše temeljne pretpostavke demokratske države“ (Mansfield 2003: 2068-2072).²²

Issacharoff (2008: 231) navodi da sudovi u konsocijacijskim demokratijama prioritetno trebaju štiti stabilnost pravnog poretka, a ne upuštati se u sudski aktivizam bez demokratskog legitimiteta, koji bi mogao uzurpirati pravni poredak. Također, prema njegovom mišljenju, konsocijacijski aranžmani se najčešće osporavaju kada su u pitanju fundamentalna prava pokrenuta pred višim instancama na međunarodnom nivou. Za Kulenovića navedena Odluka o konstitutivnosti naroda je dio „razaračkog kanona“ ili *unwinders of ethnic political bargains*, kako McCrudden i O’Leary nazivaju odluke koje dovode u pitanje konsocijacijske aranžmane, te s tim u vezi, princip konstitutivnosti naroda ovom Odlukom Ustavnog suda BiH, kako ističe Kulenović, je postavljen samo za usko tumačenje bez dalje mogućnosti korištenja ovog koncepta u cilju afirmativne akcije (McCrudden, O’Leary 2013: 487; Kulenović 2016: 31). Mansfield (2003: 2076-2080) tumači Odluku o konstitutivnosti naroda Ustavnog suda BiH, kao mudro izbjegavanje tipično postavljene dihotomije između zaštite kolektivnih i individualnih prava, ali također ističe da je navedenom Odlukom BiH nagovijestila želju da se ugradi novi oblik demokratije koja će se distancirati od apsolutne etničke podjele vlasti, a koja će uključivati vrijednosti pojedinačnog učešća u političkim procesima. Klasična dihotomija između individualne i kolektivne zaštite u Odluci o konstitutivnosti ne postoji. Iako je Ustavni sud BiH bio svjestan da međunarodno pravo ne ostavlja mjesta za upotrebu etničkih grupa kao ustavnih elemenata političke organizacije, te imajući u vidu kontekst u kojem međunarodno pravo ne nudi jasan stav o napetosti između kolektivnih i individualnih prava u bosanskohercegovačkoj konsocijaciji, Odluka o konstitutivnosti Ustavnog suda BiH, za Mansfield, je bila herojska. Ta je odluka jasno ograničila i odredila konstitutivnost kao „nužno zlo“, a ne kao esenciju političkog života u BiH. Međutim, mnogi autori, pa i sudije Ustavnog suda BiH, na pogrešan način tumače navedenu odluku citirajući stav da je konstitutivnost naroda natkrovljujući princip u Ustavu BiH, o čemu će biti riječi u preostalom dijelu rada.

Bosanskohercegovački model konsocijacijske demokratije je prvi put bio pred ESLJP u predmetu *Sejdić i Finci protiv BiH*, pa onda u predmetu *Zornić protiv BiH*, a i u kasnijim predmetima *Pilav protiv BiH* i *Šlaku protiv BiH*. Za tematski okvir postavljen u ovom radu dovoljno je da analiziramo predmete *Sejdić i Finci*, i *Zornić protiv BiH*. U navedenim predmetima problematiziralo se pravo, to jest uskraćenost prava na kandidovanje za Predsjedništvo BiH i Dom naroda BiH pripadnika

²² *Ibid.*

nacionalnih manjina i svih drugih građana koji nisu pripadnici konstitutivnih naroda a ni nacionalnih manjina, te u tom smislu prije analize odluka ESLJP-a u spomenutim predmetima, utvrditi ćemo definicije konstitutivnih naroda, nacionalnih manjina, te građana u kontekstu BiH.

Konstitutivni narodi predstavljaju poseban koncept, nepoznat liberalnim demokratijama. Suštinski, konstitutivnost naroda je poseban oblik kolektivne zaštite određenog naroda unutar jedne države, a nastao je u državama Istočne Evrope gdje se, prema mišljenju Trnke (2000: 47), posebnom zaštitom kolektivnih prava naroda pokušalo smiriti međunacionalne tenzije. Trnka (Ibid. 49-50) koncept konstitutivnosti naroda objašnjava na način da je u sintagmi „konstitutivni narodi“ narod upotrebljen u smislu nacije, a ne u smislu populusa, zbira pojedinaca unutar jedne države. Narod u sintagmi „konstitutivni narodi“ jeste dakle upotrebljen u smislu nacije, ali ne u građanskom smislu shvatanja nacije kao inkluzivne državotvorne zajednice nego kao etnički određene zajednice koja nije državotvorna. To je potvrdila prethodno navedena Odluka Ustavnog suda BiH, gdje je utvrđeno da konstitutivni narodi imaju viša prava od pojedinačne zaštite individualnih prava, ali da nemaju pravo na samoopredjeljenje, što znači da konstitutivni narodi u tom smislu, samostalno nisu državotvorni. Sa druge strane, konstitutivni znači da je taj narod državotvoran, ali samo u zajednici sa ostalim konstitutivnim narodima, da je ustavotvoran, to jeste da se bez njega ne mogu donijeti bitne odluke, kao što su donošenje ili izmjena ustava, dok u sociološkom smislu navedeni pojam znači da je narod osnovni dio nekog društva (Ibid. 49-50).

Iako nema unificirane međunarodno prihvaćene definicije nacionalnih manjina, postoje određene definicije na koje se najčešće poziva, pa tako Capotorti nacionalnom manjinom smatra: „... neku grupu brojčano inferiornu ostatku stanovništva neke države... čiji članovi – kao državljani te države – imaju etnička, vjerska ili jezična obilježja koja ih razlikuju od ostatka stanovništva i koji, barem implicitno, dijele osjećaj solidarnosti usmjeren na održanje njihove kulture, tradicije, vjere i jezika” (Capotorti 1977; prema Mesić 2013: 112). Eide pak nacionalnu manjinu vidi kao: „... grupu osoba u nekoj suverenoj državi koja predstavlja manje od polovice njezina stanovništva, čiji članovi imaju zajednička etnička, vjerska ili jezična obilježja koja ih razlikuju od ostatka stanovništva” (prema Mesić 2013: 112).

Kada je o pojmu građanina riječ: „... koncepcija građanina unutar savremenog javnoga prava briše razliku između građanina i državljana te se postupno pojam građanina zamjenjuje pojmom državljanina” (Pezo 2007: 382). Ako se pojam narod poistovjećuje sa pojmom građanina, onda pojam naroda kao jednog od elemenata države, valja poimati kao kategoriju pod kojom se podrazumijeva tzv. državni narod,

koji obuhvaća zapravo sve državljane (građane) jedne države neovisno o njihovoj etničkoj opredijeljenosti. Državotvorna dimenzija naroda neodvojiva je od ustavne konstitucionalizacije državnog ustrojstva, inkluzivnog uređenja ljudskih prava i sloboda, svake osobe ali i prava i sloboda – građana njezinih državljana (Arlović 2018: 33). Ustav BiH u Preambuli prepoznaje sve tri prethodno navedene kategorije: „Bošnjaci, Hrvati i Srbi, kao konstitutivni narodi (u zajednici s ostalima), i građani BiH ovim utvrđuju Ustav BiH“.²³

ESLjP-a u predmetima *Sejdić i Finci protiv BiH* i *Zornić protiv BiH* se bavio upravo diskriminacijom nacionalnih manjina i građana BiH. Ono što je prethodilo odlukama ESLjP-a su dvije odluke Ustavnog suda BiH po istom pitanju diskriminacije. Sulejman Tihic je 2004. godine kao član Predsjedništva BiH podnio zahtjev za ocjenu ustavnosti članova Ustava BiH koji privilegiraju konstitutivne narode, nasuprot „ostalih“ i građana BiH, a kako smo već naveli to su članovi Ustava BiH koji propisuju način izbora članova Predsjedništva BiH i delegiranje u Dom naroda BiH. U zahtjevu za ocjenu ustavnosti je navedeno da odredbe Ustava BiH nisu u skladu sa EKLjP-om i njezinim protokolima, preciznije sa članom 14 EKLjP-a i sa članom 3 Protokola 1 uz EKLjP-a. Tihic je osim toga podnio i poseban zahtjev za ocjenu ustavnosti članova 8. 1. stav 1. i 2. Izbornog zakona BiH sa članom 3 Protokola broj 1 uz EKLjP, članom 1 Protokola broj 12 uz EKLjP, te članom 2. stav 1. tačka c) i članom 5. stav 1. tačka c) Međunarodne konvencije o uklaňanju svih oblika rasne diskriminacije. Kao podnositelj zahtjeva Tihic je istaknuo „... sve odredbe koje rezerviraju određen javni položaj za Bošnjaka, Hrvata i Srbina, bez mogućnosti izbora građanina pripadnika „Ostalih“, krše član 5 Međunarodne konvencije o uklaňanju svih oblika rasne diskriminacije, koja se prema Aneksu I Ustava BiH mora primjenjivati u BiH i ne predstavlja samo obavezu države BiH, već zagarantovana pojedinačna prava, i to politička prava, osobito pravo učešća na izborima – pravo glasa i kandidovanja prema sistemu općeg i jednakog prava glasa, pravo učešća u vladi, kao i upravljanju javnim poslovima na svim razinama i pravo pristupa, pod jednakim uslovima, javnim funkcijama“.²⁴ Ustavni sud BiH se oglašio nenadležnim po ovom pitanju, jer kako je navedeno u odluci Ustavnog suda BiH, Ustavni sud BiH je nadležan za sporove nastale između entiteta, između entiteta i BiH, ili između institucija BiH, dok u ovom konkretnom slučaju se radi o sporu između unutrašnjeg i međunarodnog prava. Također, u odluci Ustavnog suda BiH je

²³ Preambula Ustava BiH.

²⁴ Odluka Ustavnog suda BiH U-5/04.

ustanovljeno da prava iz EKLJP-a ne mogu imati superiorniji status u odnosu na Ustav BiH, jer je EKLJP kao međunarodni dokument stupila na snagu na osnovu Ustava BiH, te ustavne ovlasti proističu iz Ustava BiH, a ne iz EKLJP-a (Petričušić 2014: 224-225). U drugom predmetu pred Ustavnim sudom BiH, sa sličnom problematikom odnosa unutrašnjeg i međunarodnog prava, sudija Feldman je podržao prethodni stav Ustavnog suda BiH, ističući da:

„Međunarodni sud kao što je ESLJP možda može odlučiti da ovakvo ustavno regulisanje pitanja biranja članova Predsjedništva krši prava iz ESLJP-a... Takav sud nema dužnost da podržava Ustav. Ustavni sud ima izričitu ustavnu obavezu da podržava Ustav i, prema mom mišljenju, nema ovlasti da ostavi po strani neke njegove dijelove ili da ih stavi van snage, oslanjajući se na prava koja proističu iz međunarodnog instrumenta preferirajući njih u odnosu na izričite i nedvosmislene uvjete iz samog Ustava“ (prema Milanović 2010: 640).²⁵

U tom slučaju pred Ustavnim sudom BiH, Ilijaz Pilav je podnio apelaciju, jer mu je kao Bošnjaku onemogućeno kandidovanje za člana Predsjedništva BiH, pošto je samo pripadnicima srpskog konstitutivnog naroda koji imaju prebivalište u RS-u omogućeno kandidovanje za srpskog člana Predsjedništva BiH, te on kao Bošnjak koji ima prebivalište u RS-u nema pravo na kandidaturu. U tom smislu Pilav se žalio na diskriminaciju koja je postavljena u članu V Ustava BiH shodno prebivalištu pripadnika konstitutivnog naroda, pozivajući se na član 1 Protokola 12 EKLJP-a. Za razliku od prethodno navedenog slučaja, Ustavni sud BiH se upustio u odlučivanje o ovom predmetu, te se nije proglasio nenadležnim. Ustavni sud BiH je u konkretnom slučaju ocjenjivao da li je došlo do povrede člana 1 Protokola 12 EKLJP, te je ustanovio da za navedeno ograničenje prava postoji legitimni cilj. Prema tome, Ustavni sud BiH je naglasio da osporene odredbe Ustava BiH nisu arbitrarne, odnosno da su zasnovane na zakonu, te služe legitimnom cilju, imaju razumno opravdanje te na apelante ne stavljaju pretjeran teret budući da je ograničenje prava apelanta proporcionalno cilju zaštite šire društvene zajednice u smislu očuvanja uspostavljenog mira i nastavka političkog dijaloga (Petričušić 2014: 227).

Vidimo da je u pogledu bosanskohercegovačke konsocijacije Ustavni sud BiH različito rezonovao. U prvom slučaju je, kako ističe Kulenović, rezonovao u smislu „razaračkog kanona“ ili *unwinders of ethnic political bargains*, kako to nazivaju McCrudden i O'Leary (2013: 487). Kada su ustavne odredbe postale predmetom ocjene ustavnosti Ustavni sud BiH je odlučio prikloniti se Issacharoffovoj tezi da sudovi unutar konsocijacijske demokratije prije svega trebaju brinuti o stabilnosti

²⁵ Ustavni sud BiH Odluka broj: AP 2678/06.

pravnog poretka, ne upuštajući se u sudski aktivizam koji bi mogao ugroziti stabilnost pravnog poretka.

5. ODREĐENI SEGMENTI KONSOCIJACIJSKE DEMOKRATIJE PRED ESLJP-OM

Očekivano, diskriminatorne odredbe Ustava BiH koje istovremeno predstavljaju dio konsocijacijskog aranžmana u Ustavu BiH su nakon ocjene od strane Ustava BiH, došle pred ocjenu ESLJP-a. U predmetima *Sejdić i Finci protiv BiH* aplikanti su slično zahtjevu za ocjenu ustavnosti koju je podnio Sulejman Tihic Ustavnom sudu BiH, istakli da Ustav BiH njih kao pripadnike nacionalnih manjina diskriminira na način da im onemogućava kandidovanje za mjesto člana Predsjedništva BiH, te za delegata u Dom naroda BiH. ESLJP je u konkretnom slučaju odlučio da navedene odredbe Ustava BiH koje privilegiraju pripadnike konstitutivnih naroda nisu u skladu sa EKLJP-om, tačnije sa članom 1 Protokola 12 EKLJP-a kada je u pitanju način izbora članova Predsjedništva BiH, a sa članom 14 u vezi sa članom 3 Protokola 1 EKLJP-a kada je u pitanju izbor delegata u Dom naroda BiH. Slična presuda je donesena u predmetu *Zornić protiv BiH*, samo što je u ovom konkretnom slučaju ESLJP, po pitanju izbora delegata u Dom naroda BiH, osim povrede člana 14 u vezi sa članom 3 Protokola 1 EKLJP-a, također ustanovio da je došlo do povrede člana 1 Protokola 12 EKLJP-a. Za razliku od predmeta *Sejdić i Finci protiv BiH*, u slučaju *Zornić protiv BiH*, aplikantica je istakla da su ustavne odredbe diskriminirajuće ne samo prema nacionalnim manjinama kako je utvrđeno u presudi *Sejdić i Finci*, nego da su diskriminatorne i prema svim građanima BiH koji nisu pripadnici jednog od tri konstitutivna naroda, ali također koji nisu ni pripadnici nacionalnih manjina. Presuda *Sejdić i Finci protiv BiH* predstavlja prvu presudu donesenu od strane ESLJP-a u pogledu kršenja Protokola 12 EKLJP-a, iako je, s tim u vezi, BiH bila među prvim državama koje su ratificirale Protokol 12 EKLJP, čime je mogućnost diskriminacije po bilo kojem osnovu svedena na minimum. Presude ESLJP-a u oba navedena slučaja, za razliku od odluka Ustavnog suda BiH su ustanovile da ne postoji legitimni cilj za održavanje diskriminatornih odredbi u Ustavu BiH. Jednostavno kazano, ESLJP je utvrdio da ne postoji opravdan razlog za dalje održavanje diskriminatornih odredbi. U presudi *Zornić protiv BiH* ESLJP je, pozivajući se na prethodnu presudu u slučaju *Sejdić i Finci*, utvrdio:

„U presudi *Sejdić i Finci* Sud je primijetio da je u vrijeme kada su donesene sporne ustavne odredbe na terenu došlo do vrlo krhkog primirja, te da je cilj tih odredbi bio da se zaustavi brutalni sukob obilježen genocidom i „etničkim čišćenjem“ (vidi *ibid.*, tačka 45). Priroda tog sukoba bila je takva da je bilo neophodno pristati na „konstitutivne narode“ kako bi se osigurao mir (*ibid.*). Međutim sada, više od osamnaest godina nakon završetka tragičnog sukoba, ne može postojati bilo kakav razlog za održavanje na snazi spornih ustavnih odredbi. Sud očekuje da će se bez daljeg odgađanja uspostaviti demokratsko uređenje. S obzirom na potrebu da se osigura stvarna politička demokratija, Sud smatra da je došlo vrijeme za politički sistem koji će svakom građaninu BiH osigurati pravo da se kandidira na izborima za Predsjedništvo i Dom naroda BiH, bez diskriminacije po osnovu etničke pripadnosti i bez davanja posebnih prava konstitutivnim narodima uz isključivanje manjina ili građana BiH.“²⁶

Sa tačke gledišta ESLJP-a slučaj je jasan, etnička diskriminacija je protivrječna svakoj formi liberalne demokratije i ESLJP nije htio otvoriti prostor za buduće slučajeve diskriminacije (Milanović 2010: 638). Presude ESLJP-a u slučaju *Sejdić i Finci protiv BiH* te *Zornić protiv BiH* su bile prve odluke ESLJP-a u pogledu ispitivanja usklađenosti modela konsocijacijske demokratije sa Protokolom 12 EKLJP-a, što ih čini značajnim ne samo za BiH, nego i za širu međunarodnu zajednicu u pogledu budućih slučajeva diskriminacije.

6. ESLJP KAO UNWINDERS OF ETHNIC POLITICAL BARGAINS – KRITIKE PRESUDA ESLJP-A

Definitivno, ESLJP je u navedenim presudama postao *unwinders of ethnic political bargains*, što je izazvalo brojne kritike navedenih presuda, jer je, po prvi put, ESLJP presudio da jedan model konsocijacijske demokratije nije u skladu sa EKLJP-om. ESLJP je prvi put koristio član 1 Protokola 12 EKLJP-a na jednom konsocijacijskom modelu. Oštre kritike u pogledu navedenih presuda su iskazane kako u izdvojenim mišljenjima sudije Bonela i sutkinje Mijović, tako i od strane dijela akademske i stručne javnosti. Mijović u izdvojenom mišljenju na presudu *Sejdić i Finci protiv BiH* iznosi argumente u pogledu legitimnog cilja koji, kako je utvrđeno presudom, ne postoji. *Vica versa*, Mijović smatra da itekako postoji legitimni cilj za održavanje diskriminatornih odredbi na snazi, pošto u BiH još uvijek u potpunosti nisu ispunjeni efekti mira. Bonelo u izdvojenom mišljenju upozorava da:

²⁶ *Zornić protiv BiH* (Aplikacija br. 368/06).

„Daytonski sporazum je s apotekarskom preciznošću dozirao tačne etničke proporcije tog recepta za mir. Sada je ovaj Sud na sebe preuzeo da sve to poremeti. Sud u Strasbourgu rekao je i bivšim zaraćenim stranama i kreatorima mira i dobročiniteljima da su sve uradili pogrešno. Trebalo bi sve ponovo početi. Daytonka formula je neprikladna, njeno mjesto od sada preuzima ne-formula iz Strasbourga. Treba se ponovo vratiti na tablu za crtanje.“²⁷

Iako se i Mijović i Bonelo nisu složili sa još nekim dijelovima presude u predmetu *Sejdić i Finci protiv BiH*, glavna značajka njihovih izdvojenih mišljenja jeste da za održavanje diskriminatornih odredbi legitimni cilj u konkretnom slučaju itekako postoji. Također, Bonelo napominje da je ESLJP godinama prihvatao ograničenja izbornih prava koja su se zasnivala na najširem spektru opravdanja koja se mogu zamisliti.

Ograničenja aktivnog i pasivnog biračkog prava od strane država potpisnica EKLJP-a su česta, a države u tom smislu uživaju veću slobodu kod procjenjivanja ograničenja pasivnog, nego kod aktivnog biračkog prava (Graziadei 2016: 60). Bosanskohercegovački model konsocijacijske demokratije nije prvi konsocijacijski model čiju je usklađenost sa EKLJP-om ispitivao ESLJP. U slučaju *Mathieu-Mohin and Clerfayt protiv Belgije* ESLJP je utvrdio da nije došlo do povrede člana 3 Protokola 1 EKLJP-a, niti povrede člana 14 EKLJP-a u vezi sa članom 3 Protokola 1 EKLJP-a. ESLJP je u konkretnom slučaju ispitivao da li je došlo do povrede izbornih prava aplikanata, pošto su oba aplikanta izabrani na neposrednim izborima, a u vrijeme održavanje izbora stanovali su u administrativnom distriktu Halle-Vilvoorde u flamanskoj regiji, izornoj jedinici Brussels. Aplikanti su izabrani u Predstavnički dom, odnosno Senat, a da bi bili izabrani u Flamanski savjet koji ima široka zakonodavna ovlaštenja, morali su položiti zakletvu na holandskom jeziku iako su oba aplikanta članovi francuske govorne grupe. Takva praksa je uspostavljena na osnovu Posebnog zakona o institucionalnim reformama iz 1980. godine. Oba aplikanta su se žalila da im je onemogućeno kao francuskim govornicima da budu izabrani u Flamanski savjet.²⁸ ESLJP je presudio da u konkretnom slučaju postoji

²⁷ *Sejdić i Finci protiv BiH* (Aplikacija br. 27996/06 i 34836/06).

²⁸ *Mathieu-Mohin i Clerfayt protiv Belgije* (Aplikacija br. 9267/81). U navedenoj predstavi prema ESLJP-u je navedeno: „Kao prvo, naveli su da ovaj zakon u praksi ne omogućava glasačima sa francuskog govornog područja iz administrativne regije Halle-Vilvoorde – koja potpada pod teritoriju flamanske regije, ali čini jedan stalan izborni okrug sa dvojezičkim administrativnim distriktom Brusselsa (v. stavove 37 i 38) – da za flamanski savjet imenuje predstavnike sa francuskog govornog područja, dok birači koji govore holandski jezik mogu da imenuju predstavnike sa holandskog govornog područja. Drugo, naveli su da ovaj zakon sprečava bilo kojeg parlamentarca izabranog u tom izbornom krugu, a koji stanuje u jednoj od opština administrativne regije Halle-Vilvoorde, da bude član Flamanskog savjeta ako je pripadnik Francuske govorne grupe u Predstavničkom domu

legitimni cilj za ograničenje prava aplikantata, obrazlažući da: „I ovdje Sud priznaje da države potpisnice imaju širok stepen slobodne procjene, s obzirom da se njihova legislativa u ovom pitanju razlikuje od mjesta do mjesta i od vremena do vremena.“²⁹ S tim u vezi, države prema mišljenju ESLJP-a u kontekstu člana 3 Protokola 1 uživaju širok stepen „slobodne procjene“ u skladu sa političkim razvojem konkretne države.³⁰ Države, dakle, imaju različite mogućnosti ograničavanja izbornih prava. Navedena presuda se od strane dijela akademske i stručne zajednice najčešće koristi kao protivargument presudama *Sejdić i Finci protiv BiH te Zornić protiv BiH*.

Prije iznošenja protivargumenata potrebno je napomenuti da je usklađenost belgijskog modela konsocijacije ispitivana u skladu sa članom 14 EKLJP-a, u vezi sa članom 3 Protokola 1 EKLJP-a, dok je usklađenost bosanskohercegovačkog modela konsocijacije ispitivana sa istim članom 3 Protokola 1 EKLJP-a, u vezi sa članom 14 EKLJP-a, ali i sa članom 1 Protokola 12 EKLJP-a, što je, kako smo naveli, bio prvi slučaj da konsocijacijski model bude ispitivan pod navedenim članom, kojim se postavio znatno stroži kriteriji za opravdanje diskriminacije.³¹

Jedan od argumenata protiv presuda *Sejdić i Finci protiv BiH te Zornić protiv BiH* je citat obrazloženja presude sudije Levitisa u slučaju *Zdanoki protiv Latvije* koji glasi: „S jedne strane, naravno, zadatak je Suda da zaštiti izborna prava pojedinaca; ali s druge strane, ne bi trebao prekoračiti granice svoje eksplicitne i implicitne legitimnosti i pokušati umjesto naroda vladati ustavnim poretkom koji ovaj narod za

ili Senatu, i da je ovo prepreka sa kojom se ne susreću izabrani predstavnici iz holandske jezičke grupe sa prebivalištem u jednoj od tih opština“ (Mathieu-Mohin i Clerfayt protiv Belgije Aplikacija br. 9267/81).

²⁹ *Mathieu-Mohin i Clerfayt protiv Belgije* (Aplikacija br. 9267/81).

³⁰ *Mathieu-Mohin i Clerfayt protiv Belgije* (Aplikacija br. 9267/81). Također, ESLJP u navedenoj presudi navodi: „Izborni sistemi pokušavaju da ostvare ciljeve koji nekada jedva mogu da se usklade jedan sa drugim. Sa jedne strane, da pravično i vjerno odražavaju mišljenja ljudi, i s druge strane da usmjere tokove razmišljanja kako bi unaprijedili nastajanje dovoljno jasne i koherentne političke volje. U ovakvim okolnostima, formulacija “uslovi koji obezbjeđuju slobodu izražavanja mišljenja ljudi prilikom biranja zakonodavnog organa” u suštini podrazumijeva – pored slobode izražavanja (koja je već zaštićena članom 10 Konvencije) – načelo ravnopravnog postupanja prema svim građanima u ostvarivanju njihovog prava da glasaju i da budu birani. Međutim, iz ovoga ne slijedi da svi glasovi moraju da imaju istu težinu u vezi sa ishodom izbora, niti da svi kandidati moraju da imaju iste izgleda za pobjedu na izborima. Prema tome, nijedan izborni sistem ne može da eliminiše “izgubljene glasove”. Shodno članu 3 Protokola br. 1, mora da se izvrši procjena svakog izbornog sistema u svjetlu političkog razvoja zemlje. Osobnosti koje bi bile neprihvatljive u pogledu jednog sistema mogu da budu opravdane u pogledu drugog, sve dok izabrani sistem predviđa uslove koji obezbjeđuju “slobodu izražavanja mišljenja ljudi prilikom izbora zakonodavnih organa”.“ (*Mathieu-Mohin i Clerfayt protiv Belgije* Aplikacija br. 9267/81).

³¹ Član 1 Protokola 12 EKLJP-a glasi: 1. Uživanje svih prava utvrđenih zakonom osigurano je bez diskriminacije po bilo kojem osnovu kao što je pol, rasa, boja kože, jezik, vjeroispovijest, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili socijalno porijeklo, veza sa nekom nacionalnom manjinom, imovinsko stanje, rođenje ili drugi status. 2. Nikog nijedan organ vlasti ne smije diskriminirati ni po kojem osnovu, kao što je navedeno u stavu 1.

sebe stvara“ (Graziadei 2016: 57).³² Drugim riječima, prema mišljenju sudije Levitisa ESLJP se ne bi trebao miješati svojim aktivizmom u ustavni poredak koji je osnovan demokratski iskazanom voljom naroda. Ovakav argument, da sudovi pa i ESLJP bi trebali biti izričito oprezni kada ocjenjuju usklađenost ustavnog poretka baziranog na volji većine nije primjenjiv na Ustav BiH, jer Ustav BiH nije baziran na volji demokratske većine, nego je rezultat postignutog međunarodnog sporazuma. Ustav BiH nikada nije ratificiran u Parlamentarnoj skupštini BiH, te se diskriminatorne odredbe nikako ne mogu smatrati voljom većine.

Kako navodi Graziadei (2016: 75-77), sudovi bi trebali biti pažljivi i odmjereni ukoliko su ograničenja demokratska i inkluzivna, to jeste, ako su podržana konsenzusom zajednice i kvalificiranom ustavnom većinom, te, kako Graziadei dalje ističe, da veća sloboda procjene treba postojati ako se osporavani zakon temelji na dvo-trećinskoj većini, posebno ako uživa podršku izvan granica jedne grupe. S tim u vezi, diskriminatorne zakonske odredbe u Belgiji su rezultat parlamentarnog odlučivanja, dok u BiH to nije slučaj, tačnije diskriminatorne odredbe u BiH su rezultat mirovnog pregovaranja (Ibid.).

Također, uspostavljeni konsocijacijski model u BiH nije inkluzivan, kako primjećuje Mansfieldova (2003: 2058), štaviše, bosanskohercegovačka konstitucionalizacija etničke pripadnosti ostavlja upečatljiv pravni paradoks u pokušaju da integriše sve pojedince u jedinstvenu BiH. Ustav BiH takvu integraciju temelji upravo na onome što dijeli BiH, a to je etnička pripadnost. U skladu s tim, BiH se ne može poistovjećivati sa Belgijom, jer ustavni poredak BiH koji je diskriminatoran nije rezultat demokratskog procesa, nego mirovnog pregovaranja. Drugo, bosanskohercegovačka konsocijacija nije inkluzivna, nego ekskluzivna u smislu da stvara ekskluzivna prava garantovana samo konstitutivnim narodima.

Drugi argument, sličan argumentu sudije Bonela i sutkinje Mijović, jeste da je ESLJP propustio legitimni cilj poveže s oružanim sukobom (Graziadei 2016: 75-77). Svakako, ESLJP je utvrdio u konkretnim slučajevima da je u vrijeme donošenja Ustava BiH legitimni cilj za diskriminaciju nacionalnih manjina i građana BiH koji nisu pripadnici konstitutivnih naroda postojao, ali da nakon 18 godina nakon uspostavljanja mira takav legitimni cilj ne postoji. U kontekstu vremena kada su presude donesene, tumačenje političkih okolnosti u BiH od strane ESLJP-a je bilo progresivno, i pokazat će se ključno za budući razvoj vladavine prava u BiH.

Također, jedan od protivargumenata koji je iznesen za slučaj *Zornić protiv BiH* je da pojedinci u političkom životu BiH imaju potpuno pravo da se izjasne kao

³² *Zdanoka protiv Latvije* (Aplikacija br. 58278/00).

pripadnici konstitutivnih naroda i tako sebi omogućuje kandidovanje za Predsjedništvo BiH te Dom naroda BiH, isto kao što je ESLJP u presudi *Mathieu-Mohin and Clerfayt protiv Belgije* konstatovao da aplikanti mogu da polože zakletvu na holandskom jeziku (Graziadei 2016: 68; McCrudden, O'Leary 2013: 494). Kompariranje u smislu biranja na kojem će se jeziku položiti zakletva, sa izjašnjenjem kojem narodu neki pojedinac pripada, gdje po zakonodavstvu BiH pojedinac ima potpuno slobodu kako će se izjasniti, nije prikladno. Etnička pripadnost predstavlja stvar slobode izbora i ne može biti ishod „prisiljavanja“ na pripadnost određenom narodu. Izbor jezika na kojem će se položiti zakletva je promjenjivija kategorija od izbora etničke pripadnosti, te zbog toga ovaj argument u komparaciji sa belgijskim slučajem nije primjeren.

Treći argument protiv rezona ESLJP-a u slučajevima *Sejdić i Finci protiv BiH* te *Zornić protiv BiH* jeste taj da je ESLJP morao biti mudriji prilikom donošenja presuda i da je ovim presudama doveo svoj kredibilitet u pitanje, pošto obje presude ESLJP-a još uvijek nisu izvršene od strane BiH (McCrudden, O'Leary 2013: 494-501). S tim u vezi Feldman (Feldman 2013: 223) navodi: „Ako je ikad postojao slučaj koji je zahtijevao pažljivu procjenu proporcionalnosti u svjetlu slobodne procjene kao uvjeta i legitimiteta i efektivnosti Suda, onda je to bio slučaj *Sejdić*“. Madsen (2015) je mišljenja da je ESLJP-u u konkretnom slučaju *Sejdić i Finci protiv BiH* nedostajalo diplomatskog iskustva sa težim slučajevima, te da su tako „mlade sudije“ suočile ESLJP sa krizom legitimiteta. Svakako, presude ESLJP-a u navedenim predmetima protiv BiH nisu bile diplomatske, niti su pravile kompromis između etnonacionalnih politika i ljudskih prava. Naprotiv, presude ESLJP-a predstavljaju osnov, jedan oblik generatora budućeg razvoja vladavine prava u BiH, a, kako navodi Ginsburg (2013), praktički svaka odluka bilo kojeg suda za ljudska prava ili ustavnog suda destabilizira prethodna razumijevanja, pa zašto onda konsocijacije tretirati drugačije.

7. IMPLIKACIJE PRESUDA ESLJP-A NA BIH I MEĐUNARODNU ZAJEDNICU

EKLJP ima dvostruko dejstvo na bosanskohercegovački pravni poredak. Kao dio *materia constitutiones* EKLJP je dio unutrašnjeg pravnog poretka BiH, dok je BiH ratificiranjem EKLJP-a 2002. godine i po međunarodnom pravu se obavezala na poštivanje obaveza zaštite ljudskih prava navedenih u EKLJP-u. Osim toga, ratificiranjem EKLJP-a međunarodno stvorena obaveza po slovu Ustava BiH je postala i unutrašnja obaveza ili bolje kazano, ustavna obaveza, jer kako objašnjava Begić (2016: 13-15), načela međunarodnog prava su dio ustavnog poretka BiH i

entiteta, a jedno od načela međunarodnog prava je i načelo *pacta sunt servanda* (izvršavanje međunarodnih obaveza u dobroj vjeri), što znači da presude ESLJP-a u predmetima *Sejdić i Finci protiv BiH* te *Zornić protiv BiH* ne predstavljaju samo međunarodnu obavezu BiH da vlastiti pravni sistem uskladi sa standardima EKLJP-a, nego i ustavnu obavezu.

Postoje dvije vrste tumačenja presuda ESLJP-a u kontekstu BiH. Prema jednom tumačenju navedene presude bi trebale liberalizirati bosanskohercegovački model konsocijacijske demokratije, dok sa druge strane, prema drugom tumačenju, u skladu sa navedenim presudama konsocijacijska demokratija bi u BiH trebala biti ukinuta (McCrudden, O'Leary 2013: 493). Prema mišljenju Banovića (2021: 5), navedene presude bi trebale uzrokovati tranziciju iz korporativne ka liberalnoj konsocijacijskoj demokratiji. Iako, kako smo naveli, presude ESLJP-a su kreirale i međunarodnu i ustavnu obavezu izmjene diskriminatornih ustavnih odredbi, BiH u tom pogledu nije uradila ništa.³³ U tom kontekstu Bardutzky (2010: 333) presudu *Sejdić protiv BiH* smatra obećavajućom, ali također i vrlo izazovnom za implementiranje. Feldman (2013: 223) smatra da je svako ko poznaje lokalni politički kontekst mogao razumno predvidjeti da će presuda *Sejdić protiv BiH* ostati neimplementirana. U neku ruku, to je i razumljivo jer usklađivanje ustava sa međunarodnim standardima je mnogo teže (Milanović 2010: 641). Jedan od razloga neimplementacije presuda ESLJP-a je taj, kako ističe Sarajlić (2010), što zagovaranje implementacije navedenih presuda u smislu zamjene etničkog principa građanskim principom postoji samo kod bošnjačke političke i akademske elite, te kod malog broja pojedinaca nebošnjaka. Ovakvo stajalište, iako možda nominalno tačno, je u neku ruku sporno, zbog toga što etničko identitetiziranje akademske i političke elite samo doprinosi jačanju podjela unutar BiH. Zapravo, zagovaranje izvršenja navedenih presuda postoji kod onih pripadnika političke i akademske elite koji se zalažu za vladavinu prava, a koji nužno ne moraju biti pripadnici bošnjačkog naroda. Zbog pogrešnog sagledavanja problema presuda ESLJP-a, njihova implementacija se pretvorila u političko pitanje iako bi trebala biti, prije svega, pravno pitanje. Naravno, ovo pitanje je i političko, ali ono ne smije ovisiti od „dobre volje“ političkih elita u BiH, nego bi se u skladu sa vladavinom prava navedene presude trebale implementirati jer obaveze iz presuda ESLJP-a su pravne prirode, a „politika“ u tom smislu ne smije predstavljati ograničavajući faktor funkcionisanja države na bazi vladavine prava.

Gledano iz perspektive modernog konstitucionalizma, sve dok presude ESLJP-a ne budu implementirane, demokratski legitimitet vlasti u BiH je upitan, jer, kako

³³ O neuspjehu implementacije presuda ESLJP-a pogledati detaljnije u: Wakelin (2012: 1-5).

ističe Sweet (2012: 828), određeni režim nije demokratski ako volja većine nije ograničena pravima i ustavnom kontrolom. U kontekstu BiH, volja tri konstitutivna naroda, trenutno je bitnija od ljudskih prava građana koji ne pripadaju konstitutivnim narodima, to jeste većina (konstitutivni narodi) ograničava prava svih ostalih građana. Redovno održavanje izbora postoji i u liberalnim i autoritarnim državama, dok poštivanje ljudskih prava postoji samo u liberalnim. Trenutno BiH ljudska prava krši svojim vrhovnim pravnim aktom. Zbog etnički determiniranog Ustava koji privilegira tri konstitutivna naroda a istovremeno izrijeком postulira vladavinu prava, BiH se trenutno nalazi između „pravne i autoritarne države“ (Šarčević 2009: 68-75).³⁴

Sa druge strane, ESLJP, osim što je navedenim presudama proizveo implikacije po ustavni poredak BiH, također je i na međunarodnom nivou stvorio nove standarde u ocjenjivanju diskriminacije, ali i nove standarde za „opravdanje“ diskriminacije. Presude ESLJP-a protiv BiH će imati značajne implikacije na buduće slučajeve diskriminacije (Bardutzky 2010: 331). Također, presude ESLJP-a su, ustvari, samo kontinuitet provođenja stava ESLJP-a kojim odbija postojanje političkih pitanja koja ne podliježu sudskoj kontroli, pa je tako u slučaju *Zdanoka protiv Latvije* slovenski sudac zapisao da kolosalni napredak ustavnog prava transformira nekadašnja politička pitanja u centralna pitanja vladavine prava (Graziadei 2016: 74). U svakom slučaju, presude ESLJP-a u protiv BiH će imati velikog utjecaja na buduće konsocijacijske modele, pogotovo one koji se budu tumačili u svjetlu člana 1 Protokola 12 ESLJP-a.

8. KONSOCIJACIJSKA DEMOKRATIJA ILI USTAVNI NACIONALIZAM – BUDUĆNOST VLADAVINE PRAVA U BIH?

Postavlja se pitanje da li je, nakon presuda ESLJP-a u kojima je jasno ocijenjeno kako ne postoji legitimni cilj za diskriminaciju nacionalnih manjina i građana koji nisu pripadnici konstitutivnih naroda, BiH država konsocijacijske demokratije ili ustavnog nacionalizma? Za Siska (1996), koji je intenzivno proučavao slučaj Južne Afrike, podjela moći među segmentima u konsocijaciji (*power sharing*) može biti jedino prikladna kao tranzicijski model gradnje povjerenja prema demokratskim institucijama. Slično, Wheatley (2005: 167) zaključuje da konsocijacijska demokratija može biti opravdana kao ideja tranzicijske pravde. Za oba autora konsocijacijska demokratija ne može predstavljati stalni model demokratije. Rothchild i Roeder tvrde da „institucije podjele vlasti često olakšavaju tranziciju iz građanskog rata, ali onemogućuju

³⁴ Većina domaćih autora, kao i Edin Saračević, pojam pravne države i vladavine prava poistovjećuju, tako da u kontekstu rada kada je u pitanju BiH, i mi ćemo ova dva pojma poistovjetiti.

konsolidaciju mira i demokratije“ (2005: 41). *Vica versa*, postoje autori koji konsocijacijsku demokratiju promatraju kao permanentno stanje namijenjeno multietničkim (multinacionalnim) državama. Kao opravdanje konsocijacijske demokratije u BiH ističe se da u BiH žive tri stalno sukobljene etničke grupe (Kasapović 2005: 7). Petričušić slično navodi da: „Politički sustav BiH uspostavljen Daytonskim sporazumom upravo je institucionalizirao povijesnu vjersku i etničku podijeljenost društva, osiguravajući raspodjelu političkih položaja na svim razinama vlasti po strogom etničkom ključu“ (2014: 205). Suprotno tvrdnjama navedenih autorki Malcolm objašnjava da „vjekovna etnička mržnja“ u BiH nije postojala (2011: 15-21). Slično tvrdi i Fine: „Tolerancija je obilježila čitavu historiju Bosne, osim kada su stranci ili domaći stanovnici koje su uzburkale strane vlade poticali Bosance na druge puteve“ (prema Zdeb 2019: 599). Također, Ivan Lovrenović ističe da paradigma BiH glasi „ujedinjeni u različitostima“ (Lovrenović 1999: 99–100). Opravdanje konsocijacijske demokratije u BiH postojanjem historijske mržnje između etničkih grupa nema uporišta u historijskim činjenicama. Zbog toga je ESLJP sasvim ispravno u predmetima protiv BiH analizirao samo posljednji oružani sukob kao mogući legitimni cilj opstanka diskriminatornih normi, a kako smo već naveli, na koncu utvrdio da legitimni cilj za opstanak diskriminatornih normi više ne postoji. Prema presudi ESLJP-a u slučaju *Sejdić i Finci protiv BiH* ustavni poredak BiH se ima smatrati jednom vrstom tranzicijskog ustavnog poretka (Bardutzky 2010: 328). U tom smislu, trenutni bosanskohercegovački model konsocijacijske demokratije nije dao potrebne rezultate jer za razliku od, na primjer, libanskog modela koji je nakon građanskog rata izgradio zajedničku libanonsku naciju, u BiH još uvijek pripadnost određenoj etničkoj skupini predstavlja esenciju političkog života (Bieber 2000: 279).³⁵ Stoga, trenutni ustavni poredak BiH sa diskriminatornim odredbama, a za koje ne postoji legitimni cilj, ne predstavlja više oblik konsocijacijske demokratije, već suprotno – oblik ustavnog nacionalizma. Budućnost vladavine prava u BiH ovisi od implementacije presuda ESLJP-a koja može rezultirati potpunim ukidanjem konsocijacijskog modela ili njegovim rekonsolidovanjem liberalizacijom trenutnog modela (Banović 2021: 5). To po svojoj prilici predstavlja realniju mogućnost u odnosu na ukidanje konsocijacijske demokratije. Potrebno je, kako ističe Begić (2013: 465), pronaći „sretno“ rješenje između građanskog i etničkog ustavnog modela. Multietnička država, kao što je BiH treba zaštititi etničke grupe, ali ta zaštita ne smije blokirati razvoj građanskog identiteta (O’Flynn 2006: 57). Novi oblik konsocijacijske

³⁵ Problem konsocijacijskog modela u BiH, je također nepostojanje socio-ekonomskih razlika između pripadnika različitih etničkih grupa. Pogledati detaljnije u Schneckener (2002: 212).

demokratije koji bi postojao u BiH svoje opravdanje može pronaći samo u pluralnosti bosanskohercegovačkog društva, što konsekventno podrazumijeva da se ne ograničavaju prava građana BiH jer za to ne postoji legitimni cilj.³⁶ U tom kontekstu, kako stabilnost pravnog poretka ne bi bila ugrožena, te kako i same diskriminatorne odredbe Ustava BiH ne bi ostale na snazi, optimalno rješenje predstavlja uspostavljanje građansko-konsocijacijskog modela demokratske vlasti u kojoj neće postojati diskriminacija pojedinca, uz zaštitu prava kolektiviteta (Mirašćić 2009: 136-139). S tim u vezi, da bi građanski princip došao u jednak položaj sa etničkim principom potrebno je i u faktičkom smislu izgraditi bosanskohercegovačku naciju.

Izgradnja bosanskohercegovačke nacije, kao inkluzivne nacije bazirane na poštivanju ljudskih prava je kretanje u smjeru izgradnje države bazirane na vladavini prava. U tom smislu, kako navodi Mirašćić, bosanskohercegovačko društvo se mora reorganizovati, kako bi se postavili ustavnopravni okviri u kojima bi se štitila i individualna i kolektivna prava (Mirašćić 2012: 200). Prema mišljenju iste autorice, država kao „organizacija supstancijalne slobode“ dužna je da se postavi iznad etničkih identiteta i da svakom građaninu omogući jednaku realizaciju prava i temeljnih sloboda (2012: 200). Osnov za faktičko upostavljanje vladavine prava u BiH je izgradnja bosanskohercegovačke nacije koja će omogućiti da, prevashodno, pojedinac bude subjekt ustavnopravnog poretka BiH, ali što, *per se*, neće isključiti postojanje posebne kolektivne zaštite konstitutivnih naroda.³⁷ Nažalost, BiH se na putu izgradnje inkluzivne bosanskohercegovačke nacije nije pomjerila. Umjesto da je nakon presuda ESLJP-a etnička pripadnost kao politička esencija počela da slabi na uštrb građanskog principa, ona je dobila dodatnu snagu. Odlukom Ustavnog suda BiH u predmetu U-23/14, ponovljeno je da koncept konstitutivnosti naroda predstavlja „natkrovljujući princip“, što je suprotno presudama ESLJP-a.³⁸ S obzirom da presude ESLJP-a predstavljaju, osim međunarodne, i ustavnu obavezu, rezonovanje Ustavnog suda BiH kojim se osnažuje koncept konstitutivnih naroda vodi BiH ka jačanju ustavnog nacionalizma i slabljenju vladavine prava. Također, novi princip koji je uveden ovom odlukom, a koji glasi „legitimno predstavljanje konstitutivnih naroda“ (Vukoja, Grbavac, Pepić 2018: 532) sa aspekta demokratskog predstavljanja je protivrječan, jer, kako smo već istakli u ovom radu, demokratski legitimitet može postojati samo ako osigurava poštivanje ljudskih prava, a trenutni koncept konstitutivnih naroda to ne osigurava i ne može biti legitiman sa aspekta demokratskog predstavljanja. Pri

³⁶ Kako navodi Mirašćić (2009: 89-108), elementi konsocijacijske demokratije su u BiH bili vidljivi kroz historiju.

³⁷ O izgradnji bosanskohercegovačke nacije pogledati detaljnije u Lavić (2019) i Zgodić (2008).

³⁸ Detaljnije o ovoj Odluci Ustavnog suda BiH pogledati u Delić (2018).

tome, koncept konstitutivnosti naroda nije „natkrovljujući“ princip u smislu da se nalazi iznad principa vladavine prava i ljudskih prava. Termin „natkrovljujući“ podrazumijeva da se u teritorijalnom smislu sve administrativne jedinice moraju povinovati ustavnoj odredbi da su sva tri naroda konstitutivna u BiH. U tom smislu, Odluka Ustavnog suda BiH u predmetu U-23/14 označava tendenciju daljeg temeljiziranja konstitutivnosti kao ustavnog modela, što vladavinu prava kao ustavni princip u BiH samo slabi.

ZAKLJUČAK

BiH trenutno predstavlja državu ustavnog nacionalizma u kojoj se bez legitimnog cilja privilegiraju pripadnici tri konstitutivna naroda, na uštrb ostalih građana koji nisu pripadnici jednog od tih naroda. Slikovito opisano, na sceni je „tiranija tri konstitutivna naroda“. Pripadnost određenoj etničkoj grupi predstavlja esenciju političkog života u BiH. Budućnost vladavine prava u BiH ovisi o implementaciji presuda ESLJP-a i dovođenju građanskog principa u ravan sa etničkim principom. Također, neophodna je izgradnja inkluzivne bosanskohercegovačke nacije, kao budućeg temelja političkog života u BiH. U tom smislu izgradnja inkluzivne bosanskohercegovačke nacije je osnov za implementiranje vladavine prava u BiH, jer se samo sa jednakim pravima za sve građane BiH vladavina prava i može ostvariti. Liberalizacija modela konsocijacijske demokratije koja bi podrazumijevala manji fokus na etničke podjele, a veći na integraciju društvenih segmenata, i, istovremeno, omogućila svim građanima jednaka prava i slobode, bi bila u skladu sa vladavinom prava i omogućila dalji razvoj BiH u skladu principom vladavine prava. Stoga, konsocijacijski model, *per se*, nije neprikladan za BiH, ali trenutno je jedini model koji može postojati u uslovima svojevrsnog političkog klinča među nacionalnim političkim elitama. Budućnost vladavine prava u BiH ovisi od načina na koji će se liberalizirati trenutni model konsocijacijske demokratije.

Pri tome je bitno, kako ističe Mirašćić (2009: 137), da novi oblik demokratske vlasti u BiH ne bude šabloniziran, odnosno da ne predstavljati *copy-paste* metodu implementiranja nekog drugog oblika demokratske vlasti na pravopolitički poredak BiH. To podrazumijeva kreiranje jedinstvenog građansko-konsocijacijskog modela za BiH, koji ne bi nelegitimno ograničavao ljudska prava, a istovremeno bi garantovao nužna prava kolektiviteta.

LITERATURA

1. Arat, Zehra (1999), "Human Rights and Democracy: Expanding or Contracting?", *Polity*, 32(1), 119-144.
2. Arlović, Mato (2018), "Konstitutivnost naroda – bitni element konstitutivnosti europske BiH", *Mostariensia: Časopis za društvene i humanističke znanosti*, 22(1), 25-57.
3. Banović, Damir, Saša Gavrić, Mariña Barreiro Mariño (2021), *The Political System of Bosnia and Herzegovina*, Springer, Cham.
4. Bardutzky, Samo (2010), "The Strasbourg Court on the Dayton Constitution", *European Constitutional Law Review*, 6(2), 309-333.
5. Ballestrem, Carl (1998), "Narodni suverenitet u ustavnoj državi", *Politička misao*, 35(3), 64-77.
6. Begić, Zlatan, Zlatan Delić (2013), "Constituency of peoples in the constitutional system of Bosnia and Herzegovina: Chasing fair solutions", *International Journal of Constitutional Law*, 11(2), 447-465.
7. Begić, Zlatan (2016), "Legal Capacities of the Dayton Constitution in the Process of Accession of Bosnia and Herzegovina to European Union", *Journal of Politics and Law*, 9(1), 11-20.
8. Bieber, Florian (2000), "Bosnia-Herzegovina and Lebanon: Historical Lessons of Two Multireligious States", *Third World Quarterly*, 21(2), 269-281.
9. Capotorti, Francesco (1977), *Study on the rights of persons belonging to ethnic, religious and linguistic minorities*, UN Subcommission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities. Special Rapporteur to carry out a Study on the Rights of Persons belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities
10. Caratan, Branko (1998), "Nacionalni fenomen i akomodacija interesa: pretpostavke postkomunističke tranzicije — II. dio", *Politička misao*, 35(3), 212-233.
11. Chandler, David (2000), *Bosnia Faking Democracy after Dayton*, Pluto Press, London and Sterling
12. Choudhry, Sujit (2010), "After the Rights Revolution: Bills of Rights in the Postconflict State", *Annual Review of Law and Social Science*, 6, 301-322.
13. Delić, Demirel (2018), "Sistemske posljedice Odluke USBiH u predmetu dr. Božo Ljubić – nužnost strukturalnih izmjena dvodomnog uređenja zakonodavnog tijela", *Sveske za javno pravo*, 33, 20-32.

14. Feldman, David (2013), "Sovereignties in Strasbourg", u: Richard Rawlings, Peter Leyland, and Alison Young (ur.), *Sovereignty and the Law: Domestic, European, and International Perspectives*, Oxford University Press
15. Ginsburg, Tom (2013), "Courts and Consociations (review)", *ICONnect (ICON blog)*.
16. Graziadei, Stefan (2016), "Democracy v Human Rights? The Strasbourg Court and the Challenge of Power Sharing", *European Constitutional Law Review*, 12(1), 54-84.
17. Greenfeld, Liah (1993), "Nationalism and Democracy: The Nature of the Relationship and the Cases of England, France, and Russia", u: Weil, F. D. (ur.), *Research on Democracy and Society*, JAI press Inc, Vol. 1, 327-352.
18. Hayden, Robert M (1993), "Constitutional Nationalism in the Formerly Yugoslav Republics", *Slavic Review*, 51(1), 1-15.
19. Hayek, Friedrich (1998), *Poredak slobode*, Global Book, Novi Sad
20. Issacharoff, Samuel (2008), "Democracy and collective decision making", *International Journal of Constitutional Law*, 6(2), 231-266.
21. Išerić, Harun (2017), "Izbor domaćih sudija Ustavnog suda BiH kao ustavni običaj contra constitutionem", *Pravna misao*, 48(11/12), 17-47.
22. Kaldor, Mary, (2016), "How Peace Agreements Undermine the Rule of Law in New War Settings", *Global Policy*, 7(2), 146-155.
23. Kasapović, Mirjana (2005), "Bosnia and Herzegovina: Consociational or Liberal Democracy?", *Politička misao*, 42(5), 3-30.
24. Kulenović, Nedim (2016), *Sud kao kreator politika?: Uloga i efekti Ustavnog suda BiH u demokratskoj tranziciji i konsolidaciji*, Analitika – Centar za društvena istraživanja, Sarajevo
25. Lavić, Senadin (2020), "Bosanska Nacija: Demokratska nacija-država versus država zatočena u etnopolitiku", *Pregled: Časopis za društvena pitanja*, 1(1), 21-43.
26. Lijphart, Arend (1977), *Democracy in Plural Societies: A Comparative Exploration*, Yale University Press, Connecticut
27. Lijphart, Arend (2008), *Thinking about Democracy: Power Sharing and Majority Rule in Theory and Practice*, Routledge, New York
28. Lovrenović, Ivan (1999), *Unutarnja Zemlja. Kratki pregled kulturne povijesti Bosne i Hercegovine*, Durieux, Zagreb
29. Madsen, Rask Mikael (2015), "The Legitimization Strategies of International Judges: The Case of the European Court of Human Rights", u: Bobek, Michal (ur.), *Selecting Europe's Judges*, Oxford University Press, 259-278.

30. Malcolm, Noel (2011), *Bosna: Kratka povijest*, Buybook, Sarajevo
31. Mansfield, Morawiec, Anna (2003), "Ethnic but Equal: The Quest for a New Democratic Order in Bosnia and Herzegovina", *Columbia Law Review*, 103(8), 2052-2093.
32. Marković, Goran (2012), *Bosanskohercegovački federalizam*, Službeni glasnik i University Press – izdanja Magistrat, Beograd i Sarajevo
33. McCrudden, Christopher, Brendan O'Leary (2013), "Courts and Consociations, or How Human Rights Courts May De-stabilize Power-sharing Settlements", *The European Journal of International Law*, 24(2), 477-501.
34. McCrudden, Christopher, Brendan O'Leary (2013), *Courts and Consociations: Human Rights versus Power-Sharing*, Oxford University Press, Oxford
35. Mesić, Milan (2013), "Pojam nacionalnih manjina i njihovo političko predstavljanje: Slučaj Hrvatske", *Politička misao*, 50(4), 107-131.
36. Milanović, Marko (2010), "Sejdić & Finci v. Bosnia and Herzegovina. App. Nos. 27996/06 & 34836/06", *The American Journal of International Law*, 104(4), 636-641.
37. Miraščić, Dženeta (2012), *Država i nacija u multikulturalnom društvu*, Službeni list BiH, Sarajevo
38. O'Flynn, Ian (2006), *Deliberative Democracy and Divided Societies*, Edinburgh University Press, Edinburgh
39. Özkirimli, Umut (2000), *Theories of Nationalism: A Critical Introduction*, Macmillan, Basingstoke
40. Petričušić, Antonija (2014), "Kako osigurati opstanak 'Ostalih': Dokidanje institucionalne diskriminacije nacionalnih manjina u Bosni i Hercegovini", u: Potočnjak, Željko, Ivana Grgurev, Andrea Grgić (ur.), *Perspektive antidiskriminacijskog prava*. Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb, 199-236.
41. Pezo, Vladimir (2007), *Pravni leksikon*, Leksikografski zavod Miroslav Krleža, Zagreb
42. Posavec, Zvonko (1998), "Legitimacija ustavne države između moralnog univerzalizma i nacionalno-demokratskog partikularizma", *Politička misao*, 35(3), 5-16.
43. Rangelov, Iavor (2014), *Nationalism and the Rule of Law*, Cambridge University Press, New York.
44. Rosga, Ann Janette (2010), "The Bosnian police, multi-ethnic democracy, and the race of European civilization", *Ethnic and Racial Studies*, 33(4), 675-695.

45. Rothchild, Donald, Philip Roeder (2005), "Power Sharing as an Impediment to Peace and Democracy", u: Roeder, Philip, Donald Rothchild (ur.), *Sustainable Peace: Power and Democracy After Civil Wars*, Cornell UP, Ithaca, 29-50.
46. Sadurski, Wojciech (2014), *Rights Before Courts A Study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central and Eastern Europe*, Springer, New York i London
47. Sarajlić, Eldar (2010), "Bosnian Elections and Recurring Ethnonationalisms: The Ghost of the Nation State", *Journal on Ethnopolitics and Minority Issues in Europe*, 9(2), 66-88.
48. Schneckener, Ulrich (2002), "Making Power-Sharing Work: Lessons from Successes and Failures in Ethnic Conflict Regulation", *Journal of Peace Research*, 39(2), 203-228.
49. Sekulić, Dušan (2003), "Građanski i etnički identitet: Slučaj Hrvatske", *Politička misao*, 40(2), 140-166.
50. Sisk, Timothy (1996), *Power Sharing and International Mediation in Ethnic Conflicts*, United States Institute of Peace
51. Smootha, Sammy (2002), "Types of democracy and modes of conflict management in ethnically divided societies", *Nations and Nationalism*, 8(4), 423-431.
52. Steiner, Henry J. (1991), "Ideals and Counter-Ideals in the Struggle over Autonomy Regimes for Minorities", *66 Notre Dame L. Rev.*, 1539-1554.
53. Sweet, Alec Stone (2012), "Constitutional Courts", u: Rosenfeld, Michel, Andras Sajó (ur.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, 816-830.
54. Šarčević, Edin (2009), *Dejtonski ustav: Karakteristike i karakteristični problemi*, Konrad Adenauer Stiftung, Sarajevo
55. Trnka, Kasim (2000), *Konstitutivnost naroda*, Vijeće Kongresa bošnjačkih intelektualaca, Sarajevo
56. Toal, Gerard, Carl T. Dahlman, (2011), *Bosna remade. Ethnic cleansing and its reversal*, Oxford University Press, Oxford
57. Trnka, Kasim (2006), *Ustavno pravo*, Fakultet za javnu upravu, Sarajevo
58. Vehabović, Faris (2006), *Odnos Ustava Bosne i Hercegovine i Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda*, Asocijacija Alumni Centra za interdisciplinarnu postdiplomske studije, Sarajevo
59. Vujčić, Vladimir (1998), "Politička kultura i međunacionalni odnosi u demokraciji", *Politička misao*, 35(2), 25-49.

60. Vukoja, Ivan, Valentino Grbavac, Ivan Pepić (2018), "Meritum i razumijevanje odluke Ustavnog suda BiH U-23-14", *Mostariensia: Časopis za društvene i humanističke znanosti*, 22(1), 523-534.
61. Zakaria, Fareed (1997), "The Rise of Illiberal Democracy", *Foreign Affairs*, 76(6), 22-43.
62. Zdeb, Aleksandra (2019), "Ethno-nationalism and Political Conflict in Bosnia", *Palgrave Handbook of Ethnicity*, 596-610.
63. Zgodić, Esad (2008), *Ideja bosanske nacije i druge teme*, Zalihica, Sarajevo
64. Wakelin, Elyse (2012), "The Sejdic and Finci Case: More Than Just a Human Rights Issue?", *E-International Relations*, 1-6.
65. Wheatley, Steven (2005), *Democracy, Minorities and International Law (Cambridge Studies in International and Comparative Law)*, Cambridge University Press, Cambridge.
66. Wippman, David (2018), "Practical and Legal Constraints on Internal Power Sharing", u: Wippman, David (ur.), *International Law and Ethnic Conflict*, Ithaca, Cornell University Press, NY, 211-241.

BETWEEN CONSTITUTIONAL NATIONALISM AND HUMAN RIGHTS - THE FUTURE OF THE RULE OF LAW IN BOSNIA AND HERZEGOVINA?

Summary:

This paper analyzes the constitutional position of Bosnia and Herzegovina (BiH) between constitutional nationalism and human rights. In its judgments in *Sejdić and Finci v. BiH*, and *Zorić v. BiH*, the European Court of Human Rights (ECtHR) found that the BiH Constitution was not in line with the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR). Namely, the privilege of the three constituent peoples in the Constitution of BiH, the ECHR was assessed as contrary to the prohibited discrimination prescribed by the ECHR. In this sense, the paper analyzes the current Bosnian constitutional model of a form of consociational democracy or constitutional nationalism. The authors analyze the presumption of the ECtHR in terms of the (non) existence of a legitimate goal for maintaining discriminatory provisions in the Constitution of BiH. Also, the paper analyzes the importance of the implementation of the ECtHR judgment for the future of the rule of law in BiH.

Keywords: constitutional nationalism; human rights; ECtHR; ECHR; consociational democracy

Adrese autora
Authors' address

Benjamin Nurkić
Univerzitet u Tuzli
Pravni fakultet
bnurkic@bih.net.ba

Suad Murselović
samostalni istraživač
murselovicsuad@gmail.com