

Проф. др Дарко Симовић

Криминалистичко-полицијски универзитет, Београд

ПРАВНИ ДОМАЃАЈ ПРЕАМБУЛЕ УСТАВА У УСТАВНОМ СИСТЕМУ БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ

Преамбула устава један је од најзапостављенијих правних феномена. Дуго времена, сагласно традиционалној доктрини уставног права, владало је неупитно уверење да је преамбула свечани увод у текст устава и да има искључиво значај политичке декларације. Ипак, имајући у виду то да је све већи број примера из упоредног права који указују на њену правну релевантност, појачава се интересовање за преамбулу устава. Отуда, у првом делу текста указује се на најзначајније ставове теорије о правној природи преамбуле, као и на најилустративније примере из судске праксе у којима је потврђена правна релевантност преамбуле устава. Други део текста посвећен је одлуци Уставног суда Босне и Херцеговине у којој је преамбули Устава призната правно обавезујућа снага. Поред критичке анализе ставова Уставног суда указује се и на издвојена мишљења, будући да одлука није донета једногласно.

Кључне речи: Устав; Преамбула; Уставни суд; Контрола уставности; Босна и Херцеговина; Република Српска.

1. УВОД

Чини се да је неколико последњих година сазрело уверење да је преамбула, као готово уобичајени део структуре устава, била неоправдано запостављена у теоријским расправама. Такав тренд карактерише и уставноправну науку бивших југословенских република, будући да се преамбули устава посвећује углавном скромна пажња и то претежно у уџбеничкој литератури. Преамбула устава најчешће се одређује као свечани текст који претходни нормативном делу устава и који је отуда лишен правне релевантности. За преамбулу се уобичајено каже да је феномен на раскрсници између политике и права.¹ Сагледано из досадашњег упоредноправног

Дарко Симовић, *darko.simovic@kpu.edu.rs*.

¹ J. Frosini, *Constitutional Preambles at a Cross roads between Politics and Law*, MaggioliEditore, 2012, 21

искуства, у преамбули се утврђују мотиви за доношење устава, циљеви и начела новог уставног уређења, апострофирају се основни политички акценти из прошлости земље, наводи се доносилац устава и сл.² Њена претежно неправна садржина утицала је и да преамбула устава дуго времена остане изван фокуса уставноправне науке.

Више фактора утицало је на то да се појача интересовање посленика уставноправне науке за преамбулу устава. Компаративно посматрано, приближно две трећине важећих устава садржи преамбулу.³ Са историјског становишта сагледано, тај проценат је још израженији, будући да приближно четири петине досадашњих устава има преамбулу.⁴ Према томе, може се закључити да је преамбула преовлађујуће обележје структуре устава. Та чињеница сама по себи довољан је разлог да се преамбули устава, као правном феномену, посвети већа пажња. Уједно, преамбуле одликује не само велика разноликост у погледу садржине и функција које је уставотворац њоме настојао да оствари, већ се оне значајно разликују и у односу на њихова формална обележја.⁵ Истовремено, (уставно)судска пракса појединих земаља потврђује да преамбула, у зависности од садржине, може да има и правно обавезујућу снагу. Тај све присутнији тренд, уз претходно наведене чињенице, мотивише на продубљеније изучавање овог, до скоро неоправдано запостављеног, дела структуре устава. Ова тема добија посебан значај у контексту уставног система Босне и Херцеговине (убудуће: БиХ), јер према пракси Уставног суда ове државе преамбула има правно обавезујућу снагу. Отуда, овај рад има за циљ да у светлости савремених теоријских ставова и упоредноправног искуства критички сагледа правно резонување Уставног суда БиХ у погледу правне природе преамбуле.

2. ПРАВНА ПРИРОДА ПРЕАМБУЛЕ – ТЕОРИЈСКИ И УПОРЕДНОПРАВНИ ОСВРТ

У уставноправној теорији не постоји општеприхваћено гледиште о правној природи преамбуле. Њен особен карактер, као и разноврсност садржине, отежавају изналагање једнообразног одговора на питање да ли је преамбула правно релевантан део устава или јереч о необавезујућој политичкој декларацији. Дилеме нема једино када уставотво-

² Р. Марковић, *Уставно право*, Београд 2015, 43.

³ В. Кутлешић, „Преамбуле устава – упоредна студија 194 важећа устава“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2010, 62.

⁴ Т. Ginsburg, N. Foti, D. Rockmore, “‘We the Peoples’: The Global Origins of Constitutional Preambles”, *George Washington International Law Review* 46/2014, 313.

⁵ Д. Симовић, В. Петров, *Уставно право*, Београд 2018, 83–87.

рац недвосмислено одреди правну природу преамбуле. Међутим, такви устави су ретки. Обавезно дејство преамбуле предвиђају устави свега петнаестак држава.⁶

Класична доктрина уставног права оспорава правно обавезујућу снагу преамбуле. Аргументи који се истичу превасходно су формалног карактера. Једна група аутора своје аргументе заснивала је на аналогiji између преамбуле устава и преамбуле закона.⁷ Наиме, поједини закони такође садрже преамбулу у којој се изражавају мотиви за доношење нових законских решења, као и циљеве које треба остварити. Будући да влада неспорно уверење да преамбула закона нема нормативни карактер и да не располаже правном обавезношћу, аналогно се закључује да преамбула устава такође нема правно обавезујуће дејство. Међутим, треба имати у виду и то да се устав и закон по својим обележјима битно разликују. Док преамбула закона има превасходно информативну сврху, у уставу, као правно-политичком акту, преамбула може имати и правно релевантну садржину, а ту чињеницу не треба занемарити.

Према једном гледишту, такође заснованом на формалним мерилима, уколико преамбула претходи уставу она није његов саставни део. Ова тврдња је тачна само уколико преамбула претходи самом називу устав. Отуда се закључује да преамбула није уставни пропис уколико претходи наслову устава, јер она није ни физички саставни део устава.⁸ Упоредноправно сагледано, у мањем броју устава текст преамбуле се налази испред самог назива устава.⁹ Преовлађују устави у којима је текст преамбуле саставни део устава, будући да ју је уставописац позиционирао иза наслова „устав“. У тим случајевима, формална позиција преамбуле у односу на назив устав више не може бити аргумент на основу кога ће се опредељивати њена правна природа. Но, с друге стране, изнето је гледиште које оспорава релевантност формалне позиције преамбуле у односу на назив устав, будући да је преамбула истовремено и у истом поступку усвојена са нормативним делом устава, због чега се закључује да су истоветне правне снаге.¹⁰ Негде на средокраћу је изнијансирано становиште према коме је преамбула инегрални део устава, међутим, „за разлику од осталих делова уставног текста, она

⁶ Реч је о уставима следећих држава: Турске, Хрватске, Сирије, Чада, Комора, Сенегала, Тавалуа, Танзаније, Буркине Фасо, Камеруна, Тогоа, Индонезије, Непала, Сејшела и Папуа Нове Гвинеје. Вид. В. Микић, „Функције преамбула савремених устава“, *Правни записи* 2/2014, 436.

⁷ М. Јовичић, *О уставу*, Београд 1977, 124.

⁸ Р. Марковић, 43.

⁹ Према једном истраживању у свега 19 важећих устава преамбула се налази испред назива устав. Вид. В. Кутлешић, 62.

¹⁰ G. Vedel, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Dalloz, Paris 2002, 326.

нема класичан нормативни карактер. Другим речима, она не садржи уставноправне норме већ политичке ставове који су или могу бити полазиште за уставноправне норме.¹¹

У арсеналу формалних аргумената који преамбули оспоравају правно дејство, наводи се чињеница да се она не састоји од чланова, као што је то случај са нормативним делом устава. Оспорити правну природу преамбули из тог разлога, значило би истовремено порицање легитимитета англосаксонској и другој ваневропској правној техници, која се јасно разликује од европске по начину обликовања правног текста.¹² Даље, дикција преамбуле је свечанија и слободнија, а њена садржина је унеколико начелнија и непрецизнија, што је још један у низу аргумената који преамбули оспорава својство правне обавезности, јер се њоме не установљавају правила понашања и санкција. Преамбула, као својеврсни свечани увод, обично не прописује норме за људско понашање и тако јој недостаје правно релевантна садржина. Она има пре идеолошки него правни карактер и када би се она одбацила стварна садржина устава би остала непромењена.¹³ Међутим, овај аргумент је неуверљив јер правну санкцију предвиђа само мањи број правних прописа. Уједно, искључиво мањи број уставних одредби може бити санкционисан, док претежнији број њих, због своје природе, није погодан за санкционисање.

Поједини аутори порицали су правни карактер преамбуле на основу аргумената који су се односили на њену садржину. Преамбула указује на претпозитивне основне и/или верске истине неке политичке заједнице,¹⁴ она је својеврсни „академски увод“ у устав, скуп декларативних изјава и начелних ставова, претежно програмског карактера којима би политичка заједница требало да тежи у будућности. Преамбула изражава „политичке, моралне и религијске идеје које устав намерава да оствари“,¹⁵ а покаткад обухвата и економску и социјалну материју. Отуда, имајући у виду њену превасходно неправну садржину, закључује се да преамбула није правно релевантан део устава.

У савременој теорији све је присутније гледиште које почива на уверењу да све преамбуле нису истоветне, због чега је немогуће дати један уопштен и општеприхватљив одговор на питање о правној природи преамбуле. Одговор се може дати тек после утврђивања њене садржине и чињенице да ли преамбула садржи правно релевантан текст

¹¹ А. Фира, *Енциклопедија уставног права бивших југословенских земаља. Том IV Уставно право Босне и Херцеговине*, Нови Сад 2002, 63.

¹² В. Кутлешић, 74.

¹³ Х. Келзен, *Општа теорија права и државе*, Београд 2010, 360.

¹⁴ Р. Haberle, *Ustavna država*, Zagreb 2002, 185.

¹⁵ Х. Келзен, 360.

или не. Уколико је реч о правно релевантном тексту, преамбули се не може оспорити правно дејство. Преамбула „обавезује зато што садржи правне принципе, на којима се темељи уставни систем, а које законодавац мора поштовати. У супротном, тешко је схватити зашто је уставотворац уопште писао преамбулу, стављајући је на почетак устава и наводећи у њој основне правне принципе, ако није хтио да им да правно обавезујућу снагу“.¹⁶

Друга крајност при одређивању правне природе преамбуле је становиште које правним актима признаје интегрални карактер и то првенствено на основу његових формалних својстава – доносиоца и поступка.¹⁷ Друкчије исказано, будући да се преамбула доноси од стране уставотворног органа у уставотворном поступку, не може се оспорити уставноправна релевантност њене садржине. Предност овог гледишта је у томе што оно истовремено обезбеђује објективност, правну сигурност и једнакост у примени и оцени.¹⁸

После овог кратког осврта на различита теоријска промишљања у погледу правне природе преамбуле, треба нагласити и то да упоредноправна пракса пружа све већи број примера коришћења преамбуле у (уставно) судском одлучивању. Укажимо само на неке од најзначајнијих примера.

Досадашња судска пракса САД указује на ограничену правну релевантност преамбуле Устава. Премда су неспорне њене симболичке и едукативне функције као дела уставног текста, судови су се ретко позивали на преамбулу при доношењу одлука.¹⁹ При томе, преамбули се приписује само улога помоћног средства при тумачењу уставних норми, али не и правно обавезујуће дејство у смислу самосталног извора уставних права грађана. Примера ради, судови су израз „ми народ“ (*We the People*) користили да би одредили границе примењивости устава, а такође и да би назначили да су грађани, а не федералне јединице, извор федералне власти.²⁰ Израз „предвиђање заједничке одбране“ послужио је за проширивање надлежности Конгреса, као и за подржавање искључења из држављанства.²¹ Закључимо да преамбула није независан извор права, али се истовремено не може оспорити теза о њеном уставноправном значају, јер се у значајном броју случајева Врховни суд позивао на преамбулу да би оснажио своју одлуку.

¹⁶ Г. Марковић, *Уставни лавиринт*, необјављен рукопис.

¹⁷ В. Кутлешкић, 75.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ L. Orgad, “The preamble in constitutional interpretation”, *International Journal of Constitutional Law* 8/2010, 719.

²⁰ *Ibid.*

²¹ *Ibid.*, 721.

Уставни савет Француске 1971. године признао је правно обавезујућу снагу преамбуле, као независном правном извору људских права. Наиме, Устав Пете француске републике од 1958. године није предвидео каталог људских права, већ је у његовој преамбули изражена приврженост Декларацији о правима човека и грађанина из 1789. и преамбули Устава Четврте француске републике из 1946. године. Изворно, преамбула није сматрана делом Устава, нити јој је придавана обавезујућа правна снага. Међутим, то је промењено одлуком Уставног савета када је акт парламента проглашен неуставним зато што је повредио право на удруживање, један од основних принципа Републике.²² Реч је о формулацији коју не садржи Устав Пете републике, већ преамбула Устава од 1946. године.

Према првобитном гледишту Врховног суда Индије, преамбула није саставни део Устава.²³ Међутим, у готово револуционарној одлуци у случају *Kesavananda Bharati v. State of Kerala* из 1973. године Врховни суд је заузео став да је преамбула саставни део устава и да има правно обавезујуће дејство. Непосредна последица становишта да је преамбула интегрални део устава подразумева да она може бити промењена у ревизионом поступку, само под условом да се не мењају њене основне одлике. Јер, према гледишту суда, грађевина индијског устава је заснована на основним елементима израженим у преамбули. Уколико се неки од тих елемената измести структура неће опстати, будући да услед промене његовог идентитета то више не би био истоветан устав.²⁴

Инспиративна за анализу је судска пракса Ирске, јер су се судови позивали на преамбулу устава као на средство за разумевање духа устава у поступку његовог тумачења. Према преамбули, грађани су донели Устав да би тежили општем добру, у складу са принципима мудрости, правде и милосрђа, ради обезбеђивања достојанства и слободе појединца.²⁵ За судове, преамбула је индикатор уставних вредности, које доприносе бољем разумевању значења појединих уставних одредби. Најсажетије изражено, садржина преамбуле је водила за тумачење одредби ирског устава у складу са промењеним околностима.²⁶

Преамбула Устава Естоније послужила је Врховном суду да потврди уставност акта који је предвиђао адекватно знање естонског језика као

²² Décision n° 71-44 DC.

²³ Re. Berubari Union & Exchange of Enclaves. [1960] 3 S.C.R. 250.

²⁴ A. Habib, “Primacy and efficacy of preamble propositions in India and Bangladesh”, *International Journal of Law and Management* 6/2016, 665.

²⁵ McGee v AG [1973] IESC 2, [1974] IR 284 (19 December 1973).

²⁶ R. Cannon, “Matters of Irish Constitutional Debate: Originalism, Democracy and Natural Law”, *Irish Student Law Review* 5/1995, 32.

предуслова за избор у веће локалне самоуправе.²⁷ Сагласно преамбули Устава, један од циљева државе је очување естонске нације и културе. Естонски језик је суштински сегмент естонске нације и културе, тако да њихово очување без језика није могуће.²⁸ Реч је о једној од основних вредности Устава, која је постала правно обавезујући принцип.²⁹ Како се закључује, преамбула може бити мерило оцене уставности закона који нису у складу са основним принципима који су у њој прокламовани.³⁰

У Македонији, преамбула је послужила Уставном суду да оправда ограничење слободе политичког удруживања, јер су поједине активности сматране супротне вредностима израженим у преамбули. Наиме, уставни суд Македоније је донео одлуку о поништавању статута и програма удружења грађана „РАДКО“ са седиштем у Охриду, са образложењем да су њихове активности усмерене на насилно рушење уставног поретка Републике Македоније и распламсавање националне и верске мржње и нетрпељивости.³¹ Један од најспорнијих ставова овог удружења је тај што се, из перспективе бугарског национализма, македонска нација квалификује као измишљена србо-комунистичка творевина. Таквим становиштем, према Уставном суду, негира се право на слободно изражавање националне припадности македонског народа. Као мерило за оцену уставности статута и програма удружења грађана „РАДКО“, Уставни суд је користио и преамбулу Устава која је садржала тврдњу да је Македонија конституисана као држава македонског народа.

Ова селекција најзначајнијих примера из упоредног права указују на сву комплексност питања правне природе преамбуле, као и на чињеницу да је неодржива теза о преамбули као искључиво политичкој декларацији која има само симболичку, али не и правну релевантност.

3. ПРАВНА ПРИРОДА ПРЕАМБУЛЕ У УСТАВНОМ СИСТЕМУ БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ

Када је реч о преамбули устава, уставни систем БиХ је изразито инспиративан за анализу, будући да су дилеме о њеној правној природи отворене када је Уставни суд БиХ одлучивао о конститутивности народа. Наиме, том приликом, да би одлучио о захтеву подносиоца, Уставни суд је требало да одговори на питање да ли преамбула Устава БиХ може бити мерило за оцену уставности устава ентитета.

²⁷ Supreme Court of Estonia, Constitutional judgment 3-4-1-7-98.

²⁸ Supreme Court of Estonia, Constitutional judgment 3-4-1-1-98.

²⁹ R. Narits, “The Republic of Estonia Constitution on the Concept and Value of Law”, *Juridica International* VII/2002, 14.

³⁰ J. Frosini, 105.

³¹ Одлука Уставног суда Македоније, У. бр. 168/2000.

Упознајмо се детаљније са тим уставним спором.³² Председавајући председништва БиХ Алија Изетбеговић захтевом од 12. фебруара 1998. године покренуо је поступак пред Уставним судом ради оцењивања сагласности Устава Републике Српске (убудуће: РС) и Устава Федерације БиХ са Уставом БиХ. Део тог захтева односио се на преамбулу Устава РС у делу у ком се наводи право српског народа на самоопредељење, поштовање њихове борбе за слободу и државну самосталност, те вољу и одлучност за повезивањем њихове државе са другим државама српског народа. Подносилац захтева је изнео тврдњу да наведене одредбе преамбуле нису у сагласности са последњом алинејом преамбуле Устава БиХ, члановима II/4, II/6. и III/3. (б) Устава БиХ, јер према овом уставу постоје три конститутивна народа – Бошњаци, Хрвати и Срби – који, заједно са осталим грађанима, остварују своја суверена права на целој територији Босне и Херцеговине без дискриминације по било ком основу као што је, међу осталим, национално порекло.

Сагласно том захтеву, између осталог, Уставни суд БиХ је требало да одговори на два питања: прво, да ли преамбула која није укључена у „нормативни“ део устава представља „саставни“ део тог устава; и друго, да ли преамбула може имати нормативни карактер будући да се њоме не предвиђају права и обавезе.

Народна скупштина РС се, у свом писменом одговору, углавном држала класичне доктрине која почива на уверењу да преамбула није оперативни део устава и да нема нормативни карактер. Текст преамбуле, према становишту општепредставничког тела РС, може служити само као помоћна метода у тумачењу устава чији је она увод. У складу са таквим правним резонувањем, преамбула не може бити основ за преиспитивање Устава РС. С друге стране, представник подносиоца захтева је на јавној расправи истакао да у уставним теоријама заиста постоје различити ставови о томе да ли преамбула устава има нормативни карактер или не. Међутим, преамбула је несумњиво саставни део устава уколико садржи или уставне принципе или јасна одређења за одређена питања, или ако је преамбулу усвојила иста институција у истој процедури.

Уставни суд је прихватио гледиште подносиоца, али свој став о правној релевантности преамбуле није засновао на јединственом ставу, већ је различито резонувао у погледу преамбуле Устава БиХ и преамбуле Устава РС. Када је реч о преамбули Устава БиХ, Уставни суд је пошао од тезе да је реч о нетипичном уставу који је усвојен као део једног међународног споразума. Отуда, члан 31. Бечке конвенције о уговорном праву примењује се у тумачењу свих одредаба Дејтонског споразума, укључујући и Устав БиХ. Сагласно поменутом члану, у циљу ту-

³² Одлука Уставног суда БиХ, бр. 5/98-III.

мачења, контекст обухвата осим текста и његов увод, као и прилоге. На основу тога, Уставни суд је закључио да се преамбула Устава БиХ сматра саставним делом Устава. Но, на другачијим аргументима Уставни суд је засновао гледиште да се преамбула Устава РС сматра саставним делом Устава. Наиме, текст преамбуле Устава РС је мењан амандманима XXVI и LIV,³³ у којима се изричито истиче да „ови амандмани чине саставни део Устава Републике Српске“. Према томе, носилац ревизионе власти у поступку промене устава је отклонио све дилеме о томе да ли је преамбула саставни део устава. Преостаје да закључимо да се Уставни суд БиХ руководио искључиво формалним разлозима при заузимању става да су преамбуле у оба случаја саставни део устава.

Афирмативан одговор на друго питање, да ли преамбула има нормативан карактер, било је унеколико теже образложити. Да би оснажио свој правни резон, Уставни суд је, што није тако уобичајено у државама региона, посегао и за упоредним методом позивајући се на два примера. Прво, указао је на нормативни карактер преамбуле Устава Француске од 1958. године о којој је већ било речи у претходном одељку текста. Друго, Уставни суд се позвао и на становиште Врховног суда Канаде изражено у два предмета. Наиме, у предмету *Reference re Secession of Quebec*, Врховни суд Канаде је истакао: „Ови уставни принципи поткрепљују и одржавају уставни текст: они су виталне неизречене претпоставке на којима је текст базиран (...) Иако ови темељни принципи нису експлицитно укључени у Устав ниједном писаном одредбом, осим у неким погледима индиректне референце у преамбули Акта о Уставу, било би немогуће замислити нашу уставну структуру без њих. Принципи диктирају главне елементе архитектуре самог Устава и као такви представљају његов животни сок – *life blood*. Принципи помажу у тумачењу текста и описивању сфера надлежности, досегу права и обавеза, и у улози наших политичких институција”.³⁴ Будући да уставни принципи имају нормативну снагу они, стога, обавезују судове и владе. У предмету *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, Врховни суд је закључио да „као таква, преамбула није само кључ за тумачење изричитих одредаба Акта о Уставу, већ такође омогућава употребу организацијских принципа ради попуњавања празнина у експлицитним терминима уставне схеме. Она је средство којим логика у позадини Акта може добити законску снагу.”³⁵

Подсећајући се на предмет У 1/98,³⁶ Уставни суд је „закључио из прве реченице члана VI/3. Устава БиХ, која каже да ће Уставни суд под-

³³ Устав Републике Српске, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 28/94 и 21/96.

³⁴ *Referencere Secession of Quebec*” (1998), 2.S.C.R.

³⁵ *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court (P.E.I.)*, [1997] 3 S.C.R. 3.

³⁶ Предмет У 1/98, *Службени гласник Босне и Херцеговине*, бр. 22/98.

ржавати овај устав, принцип ефективности целог текста Устава који се стога мора примењивати и на Преамбулу. Дакле, `нормативно значење` Преамбуле Устава БиХ не може се свести на `помоћну методу` у тумачењу тог истог устава“. Према томе, сагласно гледишту Уставног суда, преамбула има норативни карактер и може бити мерило за оцену уставности устава ентитета. Наиме, „будући да свака одредба устава ентитета мора бити конзистентна са Уставом БиХ, укључујући и Преамбулу овог устава, одредбе Преамбуле пружају правну основу за преиспитивање свих нормативних аката нижег реда у односу на Устав БиХ док год помента преамбула садржи уставне принципе (...). Одредбе преамбуле онда нису само описне, већ им је такођер дата моћна нормативна снага, те оне представљају ваљан стандард за судску контролу Уставног суда“.

Према Уставу БиХ, ентитети су подређени суверенитету БиХ (члан III/2). Дакле, оригинерном уставотворном влашћу располаже само заједничка држава, док су уставотворне власти ентитета изведене и могу се кретати само у оквирима које предвиђа Устав БиХ.³⁷ Устави ентитета, укључујући ту и преамбулу као саставни део устава, морају бити усаглашени са Уставом БиХ и треба да чине конзистентан уставни систем државе. Отуда, будући да се у преамбули Устава РС користе термини „право српског народа“, „државни статус“ и „самосталност“ РС, Уставни суд је закључио да преамбула Устава РС има нормативни карактер, јер ове уставне одредбе, увези са чланом 1. Устава РС, очито одређују колективна права и политички статус Републике Српске.³⁸

Неуобичајено, Уставни суд се у образложењу своје одлуке није држао искључиво правних мерила, већ је свој резон заснивао и на политичким факторима. Наиме, Уставни суд се позвао и на ставове Народ-

³⁷ О правној природи државног уређења Босне и Херцеговине вид. Г. Марковић, *Босанскохерцеговачки федерализам*, Београд 2012, 69–87.

³⁸ Оспорене одредбе преамбуле Устава РС, допуњене амандманима XXVI и LIV, гласе: „Полазећи од природног, неотуђивог и непреносивог права српског народа на самоопредјељење на основу кога, као и сваки слободан и суверен народ, самостално одлучује о свом политичком и државном статусу и обезбјеђује свој економски, социјални и културни развој;

Поштујући вјековну борбу српског народа за слободу и државну самосталност;

Изражавајући одлучност српског народа да створи своју демократску државу засновану на социјалној правди, владавини права, поштовању људског достојанства, слободе и једнакости;

(...)

Уважавајући природно и демократско право, вољу и одлучност српског народа из Републике Српске да своју државу свестрано и тијесно повезује са другим државама српског народа;

Имајући у виду спремност српског народа да се залаже за мир и пријатељске односе међу народима и државама;”

не скупштине РС који су изражени у „Декларацији о равноправности и самосталности Републике Српске” од 17. новембра 1997. године.³⁹ У тачки 8. ове декларације помиње се одлучност усмерена ка јачању веза српског народа с обе стране Дрине и његовом коначном уједињењу.⁴⁰ У тим речима Уставни суд БиХ препознао је „намеру“ законодавног органа Републике Српске са којом се текст Преамбуле Устава РС мора тумачити. „Уставни суд, стога, закључује да сва навођења суверенитета, државне самосталности, стварања државе те свестраног и тесног повезивања Републике Српске са другим државама српског народа у одредбама Преамбуле Устава РС крше члан I/1. у вези са чланом I/3, чланом III/2.(а) и 5. Устава БиХ које гарантују суверенитет, територијални интегритет, политичку независност и међународни субјективитет Босне и Херцеговине, тако да није нужно да Суд у овом контексту преиспита оспорене одредбе Преамбуле Устава РС у односу на Преамбулу Устава БиХ, а посебно у односу на њену алинеју која наводи Бошњаке, Хрвате и Србе као конститутивне народе“. Сагласно таквом правном резонувању Уставни суд је прогласио ставове 1, 2, 3 и 5 Преамбуле Устава РС неуставним.

4. ИЗДВОЈЕНА МИШЉЕЊА У ОДЛУЦИ УСТАВНОГ СУДА БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ бр. 5/98-III

Одлука Уставног суда није усвојена једногласно, а другачији ставови су изражени у издвојеним мишљењима. Будући да је овај текст посвећен расправи о правној природи преамбуле у контексту уставног система БиХ, потребно је указати и на ставове исказане у издвојеним мишљењима.

Не спорећи да је Преамбула Устава РС део тог устава и да је Уставни суд овлашћен да преиспитује њену усаглашеност са Уставом БиХ, судија Данелиус (*Hans Danelius*) изнео је донекле другачију аргументацију. Сагласно његовом мишљењу, БиХ се састоји од два „ентитета“, од којих се ниједан не назива државом. У сложеним државама, каква је уосталом и

³⁹ Декларација о равноправности и самосталности Републике Српске, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 30/97.

⁴⁰ Поменути део Декларације о равноправности и самосталности Републике Српске гласи: „8. Народна скупштина Републике Српске поново истиче своју одлучност, да на бази Споразума о специјалним и паралелним везама између СР Југославије и Републике Српске, у сваком погледу допринесе јачању веза српског народа с обе стране Дрине и његовом коначном уједињењу. Народна скупштина упозорава на стварање савеза оних снага у Републици Српској и у Југославији које су за даље цепање Југославије и распарчавање Републике Српске, које никада нису подржале овај Споразум и које народ мора да препозна. Њима је циљ да се Република Српска и Југославија никада не споје у једну државу, да српски народ остане вечно раздјељен и подељен на некакве регије, одвојен од православља и наших традиционалних, духовних и историјских вредности. Њима је циљ да се Република Српска утопи у унитарну БиХ“.

БиХ, неопходно је да се „користи конзистентна терминологија“ у свим уставима. Отуда, будући да за то не постоји основ у највишем правном акту државе, „у оној мери у којој се термин `држава` користи у преамбуларним одредбама Устава РС у вези са Републиком Српском, ове одредбе нису сагласне са Уставом БиХ“. „Утолико што Преамбула говори о праву српског народа да самостално одлучује о свом политичком и државном статусу, да створи своју демократску државу и да свестрано и тесно повезује ту државу са другим државама, ове одредбе нису сагласне са статусом Републике Српске као ентитета. Осим тога, нити за навођење борбе српског народа за државну самосталност у Преамбули се не може сматрати да је у сагласности са правним статусом Републике Српске“. Дакле, судија Данелиус је указао на неадекватно правно образложење одлуке Уставног суда БиХ, не спорећи њену исправност.

Када је реч о преамбули Устава БиХ, Данелиус је такође изнео особене аргументе у погледу њене правне обавезности. Сагласно његовом ставу, преамбула Устава БиХ сматра се делом тог устава и у складу са тим Уставни суд је у основи надлежан да преиспита да ли су уставни ентитета у сагласности са овом преамбулом. Међутим, Данелиус додаје да „предуслов да се установи несагласност са Преамбулом Устава БиХ мора бити да одговарајућа одредба Преамбуле има нормативни карактер, те да предвиђа ограничења или намеће обавезе обавезујуће за ентитете“. Но, будући да је према његовом суду последња алинеја преамбуле Устава БиХ не садржи правну норму из које следе специфична права и обавезе, она и не може бити мерило уставности појединих одредаба Устава РС. Наиме, „утолико што наведена одредба означава три народа као конститутивна, то чини само у контексту доношења и проглашавања Устава БиХ, те се за ову одредбу не може сматрати да утемељује било какво правило нормативног карактера или да ствара било какве уставне обавезе“.

Звонко Миљко, у свом издвојеном мишљењу, не спори да је преамбула саставни део Устава, али додаје да преамбула само у ретким случајевима може имати нормативни карактер, али у том случају мора садржавати норме. У контексту Устава БиХ исказано, последња алинеја Преамбуле нема нормативни карактер, будући да не предвиђа никаква ограничења нити намеће обавезе ентитетима. Наиме, „у том смислу и појам конститутивности, којем се теоријски могу давати најразличитија значења, мора се узети у смислу уставно констатирание чињенице да је Босна и Херцеговина вишенационална држава, и да се три конститутивна народа (заједно са `осталима` и грађанима Босне и Херцеговине) у овој одредби Преамбуле узимају у контексту доношења и проглашења Устава Босне и Херцеговине“.

У свом издвојеном мишљењу, Снежана Савић превасходно се позивала на ставове Ханса Келзена у погледу правног дејства преамбуле. Према Келзену, устав у формалном смислу те речи „садржи веома различите елементе, поред норми, које представљају уставне норме у материјалном смислу” и које, сагласно томе, обавезују. Наиме, сматра се да „традиционални део инструмента који се зове устав јесте свечан увод, такозвана преамбула, који изражава политичке, моралне и религијске идеје које устав намерава да оствари. Тај увод обично не прописује никакве одређене норме за људско понашање и тако му недостаје правно релевантна садржина. Он пре има идеолошки него правни карактер. Кад би се он одбацио, стварна садржина устава се обично ни најмање не би променила”. Снежана Савић полази од изричите тврдње да је општеприхваћена чињеница, „са теоријскоправног становишта, да преамбула није нормативни исказ, исказ о требању, у правном смислу речи, те да, као таква не може ни да обавезује у том смислу. Теоријскиправно посматрано, али и са позиција науке уставног права, она би могла бити спона између бивања и требања (*Sein* и *Sollen*), света нормативног (правног) и фактичког (политичког), тренутак у коме се стварају услови да се политичка воља почне претварати у државноправни поредак, али истовремено, и тренутак у коме она још увек није право те у том смислу и не обавезује“. На основу анализе преамбуле Устава БиХ, Снежана Савић закључује да она има уобичајен садржај, садржај који је политичког карактера, јер изражава политичку вољу, и који правно не обавезује. „У праву обавезује само оно што је правног карактера, те би у складу с тим, за сваку оцену усклађености ентитетских устава са Уставом БиХ био меродаван једино однос између правних норми, дакле, уставних одредби, а не однос између Преамбуле, која у конкретном случају нема нормативни карактер, (у правном смислу речи), и било којих правних норми ентитетских устава“.

Сагласно мишљењу Снежане Савић, преамбула има ограничен правни домацај и њена релевантност се исцрпљује у томе што она може бити само помоћно интерпретативно средство. Наиме, „преамбула Устава БиХ треба да се користи за тумачење нормативног текста Устава, што и јесте њен смисао и улога, дакле као средство за систематско, циљно и логичко тумачење уставних норми, а не да се полази од њеног нормативног значења јер га она у овом случају и нема“. Отуда, Уставни суд није требало да прихвати захтев подносиоца, јер се „у овом случају тражи (се) оцена постојања сагласности ванправног (политичког) елемента ентитетског устава са ванправним елементом Устава Босне и Херцеговине“.

На истој линији размишљања био је и судија Витомир Поповић. У свом издвојеном мишљењу изнео је следећи став: „Оцењивати уставност

једне ненормативне Преамбуле упоређивањем са другом надређеном преамбулом, која је такође ненормативна, представља својеврстан апсурд“.

5. ЗАКЉУЧНИ ОСВРТ

Сагледано из перспективе упоредног права, извесно је да постојећа (уставно)судска пракса не допушта одржавање традиционалног и поједностављеног гледишта о томе да преамбула није саставни део устава и да отуда нема правно дејство. Компаративно посматрано, све је већи број примера правно релевантних преамбула устава. Но, немају све такве преамбуле устава истоветан правни домашјај. Већи је број оних преамбула које служе искључиво као помоћно средство за тумачење нејасних уставних норми. Мањи број преамбула је у уставносудској пракси послужило као мерило за оцену уставности. У ту категорију сврстава се и преамбула Устава БиХ. Наиме, уставноправни принципи из Преамбуле Устава БиХ имају исту правну снагу као и све друге одредбе Устава БиХ.⁴¹

Одлука Уставног суда о конститутивности народа несумњиво спада у опус његових најзначајнијих одлука од заснивања БиХ. Но, без обзира на то што се начелно слажемо са његовим ставом у погледу правног дејства преамбуле, имајући у виду значај ове одлуке и далекосежност политичких последица које има, ова одлука је морала бити беспрекорније образложена.

На првом кораку укажимо на, похвале вредан, модеран и храбар приступ Уставног суда БиХ да призна правно обавезујућу снагу преамбуле устава и да своје гледиште делом заснује на упоредним решењима. Ипак, може се уочити неконзистентност и хаотичност у правном резонавању Уставног суда. Најпре, Уставни суд је на различит начин засновао своје гледиште о томе да су преамбуле устава БиХ и РС саставни део устава. Несумњиво, није било потребе за довијањем и компликовањем при заузимању овог становишта, будући да је одлука могла да буде заснована на начелним разлозима који се односе на преамбулу устава као правни феномен. Осим тога, примедба може бити упућена и због чињенице да се Уставни суд држао само формалних аргумената при заснивању гледишта о правној релевантности преамбуле.

О начелним разлозима зашто се преамбула сматра саставним делом устава, којих је требало да се држи и Уставни суд, писао је Горан Марковић.⁴² Прво, преамбула представља логичку целину са нормативним делом устава. Она се заснива на истим идејама и вредностима које су уграђене у нормативни део устава. Друго, преамбулу усваја истоветна уставотворна власт као и нормативни део устава, а она се и мења по

⁴¹ N. Ademović, J. Marko, G. Marković, *Ustavno pravo Bosne i Hercegovine*, Sarajevo 2012, 34.

⁴² Г. Марковић, *Уставни лавиринт*, необјављен рукопис.

истом ревизионом поступку. Треће, уставотворац има намеру да преамбула и нормативни дио чине јединствену целину, односно да чине јединствени правни акт. Да му то није била намера, не би их доносио у истом тренутку уз уверење да представљају целину.

Примедба Уставном суду може бити упућена и због тога што се при оцени уставности преамбуле Устава РС није држао само правних мерила, већ је његова одлука заснована и на разлозима политичког карактера. Наиме, Уставни суд је при тумачењу садржине преамбуле Устава РС узео у обзир и „намеру“ законодавног органа РС изражену у политичкој декларацији. У том смислу, Уставни суд је искорачио из своје уставне функције и од неутралног судског форума који своје одлуке треба да заснива на правним мерилима, делом постао и политички орган. Несумњиво, Уставни суд је требало мудрије да заснује своје одлуку. Будући да је БиХ федералног устројства, Устав БиХ има примат у односу на уставе ентитета. Уставотворне власти ентитета не располажу правом на самоодређење, већ искључиво правом на самоорганизовање и то у оквирима којим им то јамчи федерални устав. У том смислу, изградња конзистентног правног система треба да започиње од федералног устава и од основних принципа државног уређења које он предвиђа. Према томе, Уставном суду БиХ је било на располагању довољно правних аргумената на којима је могао да заснује своје одлуку, без позивања на „намеру“ законодавног тела РС. Речју, уставни суд суди правним прописима, а не друштвеним или политичким фактима.⁴³

Имајући у виду осетљивост, крхкост и нефункционалност вишенационалног босанскохерцеговачког федерализма, Уставни суд треба да буде обазривији и деликатнији при образлагању својих одлука. Задатак Уставног суда је да буде арбитар у вертикалним споровима у федералној држави, а ту своју мисију може да оствари једино уколико се стриктно држи правних мерила, без залажења у политичку сферу.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Библиографске референце

1. Ademović, Nedim, Marko, Josef, Marković, Goran, *Ustavno pravo Bosne i Hercegovine*, Konrad Adenauer Stiftung, Sarajevo 2012;
2. Vedel, Georges, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Dalloz, Paris 2002;
3. Ginsburg, Tom, Foti, Nick, Rockmore, Daniel, “‘We the Peoples’: The Global Origins of Constitutional Preambles”, *George Washington International Law Review*, 46/2014;
4. Јовичић, Миодраг, *О уставу*, Београд 1977;

⁴³ Р. Марковић, *Са уставне осматрачнице*, Београд 2017, 162.

5. Келзен, Ханс, *Опита теорија права и државе*, Београд 2010;
6. Кутлешкић, Владан, „Преамбуле устава – упоредна студија 194 важећа устава“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2010;
7. Марковић, Горан, *Уставни лавиринт*, необјављени рукопис;
8. Марковић, Горан, *Босанскохерцеговачки федерализам*, Београд 2012;
9. Марковић, Ратко, *Са уставне осматрачнице*, Београд 2017;
10. Марковић, Ратко, *Уставно право*, Београд 2015;
11. Микић, Владимир, „Функције преамбула савремених устава“, *Правни записи*, 2/2014;
12. Narits, Raul, “The Republic of Estonia Constitution on the Concept and Value of Law”, *Juridica International*, VII/2002;
13. Orgad, Liav, “The preamble in constitutional interpretation”, *International Journal of Constitutional Law*, 8/2010;
14. Симовић, Дарко, Петров, Владан, *Уставно право*, Београд 2018;
15. Фира, Александар, *Енциклопедија уставног права бивших југословенских земаља. Том IV Уставно право Босне и Херцеговине*, Нови Сад 2002;
16. Frosini, Justin, *Constitutional Preambles at a Cross roads between Politics and Law*, Maggioli Editore, 2012;
17. Haberle, Peter, *Ustavna država*, Zagreb 2002;
18. Habib, Arman, “Primacy and efficacy of preamble propositions in India and Bangladesh”, *International Journal of Law and Management*, 2016/6;
19. Cannon, Ruth, “Matters of Irish Constitutional Debate: Originalism, Democracy and Natural Law”, *Irish Student Law Review* 5/1995.

Full Professor Darko Simović, LL.D.

University of Criminal Investigation and Police Studies, Belgrade, Serbia

THE LEGAL SCOPE OF THE PREAMBLE OF THE CONSTITUTION IN THE CONSTITUTIONAL SYSTEM OF BOSNIA AND HERZEGOVINA

Summary

The preamble of the constitution is one of the most neglected legal phenomenon. For a long time, in accordance with the traditional doctrine of constitutional law, there was a dominant unquestionable belief that the preamble was a ceremonious introduction to the text and that its only significance is a political declaration. However, taking into consideration that there is an increasing number of examples in comparative law that point to its legal relevance, there is growing interest in the preamble of the con-

stitution. Henceforth, in the first part of the text the author discusses the most relevant standpoints on the legal nature of the preamble, as well as the most illustrative examples from the judiciary in which the legal relevance of the preamble of the constitution was affirmed. In the second part of the text the author discusses the decision of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina whereby in the preamble of the Constitution of Bosnia and Herzegovina the legally binding power is recognized. In addition to a critical analysis of the standpoints of the Constitutional Court, there is also a discussion of the differing views, seeing as the decision was not unanimous.

Key words: *Constitution; Preamble; Constitutional Court; Judicial review of law; Bosnia and Herzegovina; Republic of Srpska.*