



ANALITIKA

Centar za društvena istraživanja

Sud kao kreator politika?

Uloga i efekti Ustavnog suda BiH u demokratskoj tranziciji i konsolidaciji



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Swiss Agency for Development
and Cooperation SDC



Regional Research

Promotion Programme | **Western Balkans**

**UNI
FR**

UNIVERSITÉ DE FRIBOURG
UNIVERSITÄT FREIBURG



Sud kao kreator politika?

Uloga i efekti Ustavnog suda BiH u
demokratskoj tranziciji i konsolidaciji

Nedim Kulenović



Sarajevo, 2016.

Naslov:

Sud kao kreator politika?: Uloga i efekti Ustavnog suda BiH u demokratskoj tranziciji i konsolidaciji

Autor:

Nedim Kulenović

Urednici:

Wojciech Sadurski i Edin Hodžić

Izdavač:

Analitika – Centar za društvena istraživanja

Godina: 2016.

Adresa izdavača:

Hamdije Kreševljakovića 50, 71000 Sarajevo, Bosna i Hercegovina
info@analitika.ba; www.analitika.ba

Lektura:

Amela Šehović

Korektura i redaktura:

Mirela Rožajac-Zulčić

Prevod sa engleskog:

Mirza Purić

Dizajn publikacije:

Brankica Ilić

DTP:

Jasmin Leventić

CIP - Katalogizacija u publikaciji
Nacionalna i univerzitetska biblioteka Bosne i
Hercegovine, Sarajevo

342.565.2(497.6)

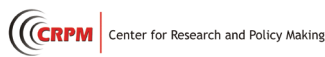
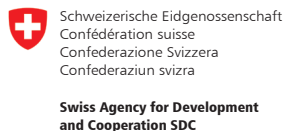
KULENOVIĆ, Nedim

Sud kao kreator politika? : uloga i efekti
Ustavnog suda BiH u demokratskoj tranziciji
i konsolidaciji / Nedim Kulenović. - Sarajevo :
Analitika, Centar za društvena istraživanja, 2016. -
61 str. : graf. prikazi ; 30 cm

O autoru: str. 61. - Bibliografija i bilješke uz tekst.

ISBN 978-9926-425-04-3

COBISS.BH-ID 23365638



Ova publikacija je pripremljena u okviru projekta “Sudovi kreatori politika?: Razmatranje uloge ustavnih sudova kao nositelja promjena na Zapadnom Balkanu”, koji je podržao Regionalni program za promociju istraživanja (RRPP). RRPP promoviše istraživanja u oblasti društvenih znanosti na Zapadnom Balkanu (Albanija, Bosna i Hercegovina, Kosovo, Makedonija, Crna Gora i Srbija). Istraživanja u oblasti društvenih znanosti doprinose razumijevanju posebnih potreba za reformama u zemljama regije i pomažu u identifikovanju dugoročnih implikacija izbora određenih javnih politika. RRPP podržava istraživače pružanjem finansijske podrške istraživačkim projektima, organiziranjem metodoloških i tematskih treninga, mentorstava, kao i kroz omogućavanje međunarodne razmjene i umrežavanja istraživača. RRPP programom koordinira i upravlja Međufakultetski institut za Centralnu i Istočnu Evropu (IICEE) pri Univerzitetu u Fribourgu (Švicarska). Program u potpunosti finansira Švicarska agencija za razvoj i saradnju (SDC), Federalni odjel za inostrane poslove.

Stavovi i mišljenja izneseni u ovoj publikaciji isključivo su stavovi i mišljenja autora i ne odražavaju nužno stavove i mišljenja SDC-a ili Univerziteta u Fribourgu.

| | |
|--|----|
| UVOD | 6 |
| 1. INSTITUCIONALNE ZNAČAJKE | 9 |
| 1.1. Model kontrole ustavnosti | 10 |
| 1.2. Sastav i procedura odabira | 11 |
| 1.2.1. Etnizacija | 12 |
| 1.2.2. Hibridizacija | 14 |
| 1.3. Neovisnost | 16 |
| 1.4. Zaključak | 18 |
| 2. UTVRĐIVANJE SUDSKOG AKTIVIZMA | 20 |
| 2.1. Kvantitativni pristup | 21 |
| 2.2. Kvalitativni pristup i pitanje tumačenja | 24 |
| 2.2.1. Odnos Suda s političkim režimom: rasturanje konsocijacijskih kompromisa | 27 |
| 2.2.2. Odnos Suda sa državnim strukturama: dijalektika legitimiziranja | 32 |
| 3. STUDIJE SLUČAJA | 38 |
| 3.1. Predmet vezan za ustavnost entitetskih ustava (U-5/98-III) | 38 |
| 3.1.1. Pozadina slučaja | 38 |
| 3.1.2. Odluka | 39 |
| 3.1.3. Komentar | 42 |
| 3.2. Predmet koji se tiče Zakona o radu RS (U-19/01) | 44 |
| 3.2.1. Pozadina slučaja | 44 |
| 3.2.2. Odluka Suda | 45 |
| 3.2.3. Komentar | 47 |
| 3.3. Predmet koji se tiče izborne diskriminacije (AP-2678/06) | 49 |
| 3.3.1. Pozadina slučaja | 49 |
| 3.3.2. Odluka | 49 |
| 3.3.3. Komentar | 50 |
| 4. RAZUMIJEVANJE OPĆIH TRENDOVA | 52 |
| 4.1. Ekstenzivno tumačenje nadležnosti za apstraktnu ocjenu ustavnosti | 52 |
| 4.2. Faktori koji utječu na poziciju i ulogu USBiH | 53 |
| 4.3. Vanjske granice aktivizma | 55 |
| 4.4. Percepcija i legitimitet Suda | 57 |
| 5. ZAKLJUČAK | 60 |
| O AUTORU | 61 |

Uvod

Činjenica jeste da je Bosna i Hercegovina (BiH) još uvijek, dvadeset godina nakon završetka rata, zemlja u tranziciji – od konfliktnog prema stabilnom postkonfliktnom društvu, ali i od “umjerenog autoritarnog socijalizma”¹ ka demokratskom obliku vladavine sa drukčijim ekonomskim sistemom. Prema riječima Ustavnog suda Bosne i Hercegovine (USBiH ili Sud), tranzicija kao činjenica je “neporeciva”. Nadalje, zbog toga zemlja pokazuje “dominantnu tendenciju da se uključi u opće tokove internacionalizacije (prvenstveno s ciljem pridruživanja Evropskoj uniji), što implicira visok stepen demokratije u svim segmentima društva”.² Štaviše, način izražavanja USBiH svjedoči jednom još konkretnijem značenju tranzicije, koje denotira da je prošlo dovoljno vremena da se učini otklon od diskriminatornih mehanizama dijeljenja moći, koji su na početku pravdani nužnošću,³ te pomak ka “pluralizaciji etnokracije”,⁴ ili, čak, njenom nadilaženju. Koja je adekvatna uloga Suda u tom procesu tranzicije?

Još 1996. godine, u zoru nove ere Suda, prvi predsjednik postdejtonskog USBiH zapisao je tu opću dilemu napominjući da se od Suda očekuje da doprinese “zaštiti i daljnjem razvoju demokratskog, socijalno-političkog i pravnog jedinstva u zemlji”, ali da sâm pritom nikad ne postane “pisac ustava i zakona”.⁵ Ovaj izraz opće zabrinutosti iz prvih godina postojanja Suda nije bio popraćen istinskom debatom o pravoj ulozi USBiH u ustavnom sistemu BiH, što je začuđujuće, s obzirom na problematičnu prirodu Ustava, koji je rezultat Općeg okvirnog sporazuma za mir u Bosni i Hercegovini (Dejtonski sporazum).⁶ Štaviše, Ustav je uspostavio duboko decentraliziranu i nestabilnu državu, koju je jedan bivši sudija Suda nazvao “najslabijim federalnim sistemom na svijetu”,⁷ a drugi

¹ Christian Steiner i Nedim Ademović (ur.), *Constitution of Bosnia and Herzegovina: Commentary* (Konrad Adenauer Stiftung 2010) 21.

² Predmet U-14/09, 30. januar 2010, para. 15.

³ Vidjeti Izdvojeno podudarno mišljenje sudije Davida Feldmana i Izdvojeno suprotno mišljenje sutkinje Constance Grewe u predmetu AP-2678/06, 29. septembar 2006. Također vidjeti predmet U-14/12, 26. mart 2015, para 70. Pojam nužnosti u ovom kontekstu definiran je u: Edin Šarčević, ‘Notstand und volkerrechtliches Verfassungsexperiment’ u *Gedachtnisschrift für Joachim Burmeister* ur. Klaus Stern i Klaus Grupp (C. F. Muller 2005) 359.

⁴ Edin Hodžić i Nenad Stojanović, *Novi stari ustavni inženjering? Izazovi i implikacije presude Evropskog suda za ljudska prava u predmetu Sejdić i Finci protiv BiH* (Analitika 2011) 15.

⁵ Ismet Dautbašić, ‘Ustav Bosne i Hercegovine (Dejtonski) i ustavno sudstvo u Bosni i Hercegovini’, (1996) Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu 35, 39–40.

⁶ Vidjeti npr.: Paul C. Szasz, ‘The Dayton Accord: The Balkan Peace Agreement’ (1997) *Cornell International Law Journal* 759, 768.

⁷ Joseph Marko, ‘Constitutional Reform in Bosnia and Herzegovina 2005-06’ (2005/6) 5 *European Yearbook of Minority Issues* 207, 213. Slično u: Dautbašić (n 5) 36.

istinskom konfederacijom.⁸ Također je institucionalizirao nešto što Yee naziva “etničkim suverenitetom”,⁹ a to je određeni broj mehanizama dijeljenja vlasti koji su, zbog svoje često diskriminatorne prirode,¹⁰ u očitoj koliziji sa sveobuhvatnim i ukorijenjenim mehanizmima zaštite ljudskih prava. Fokusiran na takav ustav, koji je pružio okvir za sistem vladavine u kojem vlada “krhka demokratija”,¹¹ USBiH se suočavao sa krupnim izazovom: s jedne strane, eksplicitno je bio zadužen za “podržavanje” tog i takvog ustava (član VI/3), a, s druge, čini se da je postojalo implicitno razumijevanje – s obzirom na sastav Suda, njegove ovlasti i pozicioniranje – da će Sud dati “lijek za potencijalne slabosti u strukturi vlasti”¹² do kojih je doveo sâm ustav.

Uloga USBiH u tim procesima transformacije većim je dijelom neispitana, a zanimljivijom je čini Ustav BiH kao činjenica: unatoč svim svojim nedostacima, on se pokazao kao žilav. Iako je primijećeno da se uspostavljanje “trajnog ustavnog rješenja čini veoma teškim, naročito u novim demokratijama izvan zapadne Evrope i Sjeverne Amerike”,¹³ BiH ima jedan od najstarijih ustava u regionu, koji je za dvadeset godina svog postojanja dobio samo jedan zvanični amandman, neznatne važnosti.¹⁴ Usprkos činjenici da zemlju i dalje odlikuje duboko podijeljeno društvo i nestabilan politički sistem, za te dvije decenije njen ustavni sistem se značajnije promijenio. Iako USBiH i dalje odbija definirati oblik strukture vlasti, uporno se držeći stava prema kojem “kompleksnost ustavnog poretka u BiH indicira *sui generis* sistem”,¹⁵ broj prenesenih i preuzetih ovlasti na državnom nivou, te prateće uspostavljanje brojnih novih institucija sugerira da je BiH danas jedna

⁸ Vidjeti: Snežana Savić, *Konstitutivnost naroda u Bosni i Hercegovini* (Pravni fakultet u Banjoj Luci 2000) 19. Također vidjeti: Constance Grewe i Michael Riegner, ‘Internationalized Constitutionalism in Divided Societies: Bosnia-Herzegovina and Kosovo Compared’ (2011) 15 Max Planck Yearbook of United Nations Law 1, 26.

⁹ Sienho Yee, ‘The New Constitution of Bosnia and Herzegovina’ (1996) 2 European Journal of International Law 176, 187. Također vidjeti: Ronald C. Slye, ‘The Dayton Peace Agreement: Constitutionalism and Ethnicity’ (1996) Yale Journal of International Law 459.

¹⁰ *Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina* [GC], br. 27996/06 i 34836/06 ECHR 2009; *Zornić v. Bosnia and Herzegovina*, br. 3681/06 ECHR 2014; *Pilav v. Bosnia and Herzegovina*, br. 41939/07 ECHR 2016.

¹¹ Vidjeti: Samuel Issacharoff, *Fragile Democracies: Contested Power in the Era of Constitutional Courts* (Cambridge University Press 2015).

¹² Yee (n 9) 191. Rosenbergova također tvrdi da su ustavotvorci, “duboko zabrinuti zbog nepravde počinjene u ratu”, dali Sudu “posebne alate da pomoću njih eliminiira mogućnost ponavljanja diskriminacije iz prošlosti”. Sheri P. Rosenberg, ‘Promoting Equality After Genocide’ (2008) Tulane Journal of International and Comparative Law 329, 391.

¹³ Zachary Elkins, Tom Ginsburg i James Melton, *The Endurance of National Constitutions* (Cambridge University Press 2009) 10.

¹⁴ Prvi amandman Ustava BiH “zacementirao” je položaj Distrikta Brčko BiH, koji je, prije donošenja amandmana, već postojao deset godina na osnovu Odluke Arbitražnog tribunala iz 1999, čime je samo ratificirana završena stvar.

¹⁵ Predmet U-1/11, 13. juli 2012, 64.

robusnija asimetrična federacija.¹⁶ Politički režim konsocijacijske demokratije, naročito na nižim nivoima vlasti je – da se poslužimo terminologijom jednog od vodećih stručnjaka za Ustav BiH – također prošao značajnu transformaciju od “ekskluzivne” u “participatornu etnokraciju”.¹⁷ U tekstu koji slijedi iznosimo tvrdnju da je USBiH igrao važnu ulogu u toj neformalnoj ustavnoj transformaciji, uglavnom putem ovlasti za apstraktnu ocjenu ustavnosti, i to na dvije osi: u odnosu na strukturu države i u odnosu na politički režim u zemlji. Takav će fokus pomoći u ispitivanju Suda kao političke institucije i kreatora politika.

U ispitivanju doprinosa koji je USBiH dao procesu demokratske tranzicije, konsolidacije i socijalne transformacije u BiH, koristimo se pristupom studije slučaja na više nivoa, pri čemu s jedne strane gledamo Sud kao instituciju, a s druge se fokusiramo na njegove konkretne odluke. Imajući to na umu, u prvom dijelu članka istražujemo ovlasti, sastav i pozicioniranje USBiH, te pokušavamo utvrditi na koji su način institucionalne značajke Suda utjecale na njegov ukupni rad. U drugom dijelu naročito se fokusiramo na pitanje: u kojoj se mjeri može reći da je Sud bio aktivistički, te također pokušavamo karakterizirati prirodu njegovog aktivizma i razumijevanje samog tog pojma u bosanskohercegovačkom kontekstu. To činimo širokim pregledom prakse USBiH na relevantnim poljima, ali, u trećem dijelu članka, i putem detaljne analize njegovih kapitalnih odluka. Na kraju, koncentriramo se na učinke aktivizma i njegove posljedice po legitimitet Suda.

¹⁶ Goran Marković, *Bosanskohercegovački federalizam* (Službeni glasnik/University Press 2012) 134.

¹⁷ Edin Šarčević, *Ustav iz nužde: konsolidacija ustavnog prava Bosne i Hercegovine* (Rabic 2010) 42–46.

1.

Institucionalne značajke

Iako se razlikuje od sudova u drugim srednjoevropskim i istočnoevropskim zemljama zbog prethodne tradicije ustavnog sudovanja u bivšoj Jugoslaviji, zbog čega USBiH ne predstavlja još jedan u nizu “očitih slučajeva posuđivanja institucija”,¹⁸ neparticipatorna priroda pregovora, koji su provedeni u tajnosti na drugom kontinentu,¹⁹ puna je manjkavosti kada je u pitanju identificiranje konkretne svrhe Suda koju su sastavljači Ustava imali na umu, pri čemu bi to identificiranje trebalo ići dalje od refleksne tvrdnje da je u današnje vrijeme ustavni sud uobičajena značajka novih demokratija.²⁰

Kako je u pitanju institucija čiji bi primarni cilj trebao biti kontrola ustavnosti, očekivano je da USBiH ima “ugrađenu tendenciju” ka nekoj vrsti sudskog aktivizma, naročito u smislu da institucije te vrste imaju vrlo malo prostora ili motiva da se odbiju baviti stvarima koje se nađu pred njima,²¹ bez obzira na njihovu kontroverznu prirodu. Ta očekivanja zasnivaju se na istraživanjima koja upućuju na postojanje “uvjeta pod kojima su ustavni sudovi relativno skloni aktivizmu”, naročito kada se bave sudskom kontrolom zakona,²² što je pitanje na koje se ovdje fokusiramo.

¹⁸ Kasia Lach i Wojciech Sadurski, ‘Constitutional Courts of Central and Eastern Europe’ (2008) 3 *Journal of Comparative Law* 212, 217.

¹⁹ Derek Chollet, *The Road To the Dayton Accords: A Study of American Statecraft* (Palgrave Macmillan 2005) 133. (“Pregovori bi bili vođeni u tajnosti. Delegatima nije bilo dozvoljeno da razgovaraju s predstavnicima medija... [P]otpuna izolacija omogućila bi da razgovori proteknu uz minimum zabrinutosti za težinu koju bi pobjede ili ustupci mogli imati u sutrašnjim novinama”).

²⁰ Tom Ginsburg, *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases* (Cambridge University Press 2003) 6; Wojciech Sadurski, *Rights Before Courts: A Study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central and Eastern Europe* (Springer 2008) 25; Samuel Issacharoff, ‘Constitutional Courts and Democratic Hedging’ (2011) 99 *The Georgetown Law Journal* 961, 964.

²¹ Victor Ferreres Comella, ‘The Rise of Specialized Constitutional Courts’ u *Comparative Constitutional Law*, ur. Tom Ginsburg i Rosalind Dixon (Edward Elgar 2011) 271. Također vidjeti: Martin Shapiro, ‘The European Court of Justice: of Institutions and Democracy’ (1998) 32 *Israel Law Review* 3, 7.

²² Comella ‘The Rise of Specialized Constitutional Courts’ (n 21) 271. Također: Victor Ferreres Comella, ‘The Consequences of Centralizing Constitutional Review in a Special Court: Some Thoughts on Judicial Activism’ (2004) 82 *Texas Law Review* 1705.

1.1. Model kontrole ustavnosti

Imamo li na umu shvatanje tradicionalnih funkcija ustavnih sudova,²³ može se zaključiti da USBiH u suštini ima uobičajeni skup takvih ovlasti, uključujući apstraktnu, konkretnu i apelacijsku ocjenu ustavnosti.²⁴ U određenim segmentima, opseg ovlasti USBiH-a je uži nego što je to uobičajeno, naročito onaj koji se tiče funkcija za koje De Visser kaže da “osiguravaju integritet političke funkcije i za nju vezanih procesa”, a koje se odnose na rješavanje sporova vezanih za izbore, opozive, odluke o mogućoj zabrani rada političkih stranaka, te verifikaciju regularnosti i ustavnosti referendumu.²⁵ Nadalje, pristup Sudu s namjerom iniciranja ocjene ustavnosti općih pravnih akata relativno je ograničen,²⁶ naročito time što je aktivna legitimacija (*locus standi*) uskraćena građanima i tijelima kao što je Ombudsman.

Ustav BiH odlučio se – uz jednu iznimku, vezanu za etnički veto u Domu naroda – za sistem centralizirane *a posteriori* jake ocjene ustavnosti,²⁷ što ima tendenciju da Sud pomjeri na poziciju koja je u većoj mjeri aktivistička nego kod decentraliziranog modela.²⁸ U jednom broju odluka, USBiH je jasno naznačio primat ustavnih sudova nad redovnim, te shodno tome primat USBiH nad entitetskim ustavnim sudovima, u podjeli rada po pitanju ustavne nadležnosti, navodeći da “*ad hoc* ocjenjivanje pravne valjanosti propisa od redovnih sudova ne samo da nije zakonito, već nije ni u skladu s ustavnim principom vladavine prava iz člana I/2. Ustava BiH i u njega inkorporiranom principu pravne sigurnosti”.²⁹ Sud dodaje da bi presude redovnih sudova donesene van njihove predmetne nadležnosti čak dovele do proizvoljne primjene proceduralnog prava te tako i do kršenja prava na pravično suđenje.³⁰ Također smatra da kad redovni sudovi utvrde da je zakon koji primjenjuju neustavan, ne samo da takav zakon mogu proslijediti USBiH, što je

²³ Vidjeti: Maartje de Visser, *Constitutional Review in Europe: A Comparative Analysis* (Hart Publishing 2014) 98.

²⁴ Steiner i Ademović (n 1) 631. Također vidjeti: Constitutional Court of BiH, ‘Jurisdiction’ <www.ccbh.ba/o-sudu/nadleznosti/?title=uvod&lang=en> stranica posjećena 12. marta 2015.

²⁵ De Visser (n 23) 168–169. Uporediti sa: Andrew Harding, Peter Leyland i Tania Groppi, ‘Constitutional Courts: Forms, Functions and Practice in Comparative Perspective’ (2008) 3 *Journal of Comparative Law* 1, 5.

²⁶ Član VI/3.a), VI/3.c) i VI/4 Ustava BiH.

²⁷ Ocjena ustavnosti je *jaka* ukoliko omogućuje Sudu da poništi neki zakon kao neustavan, pri čemu takvu odluku zakonodavac ne može zaobići putem standardne zakonodavne procedure. Ustavom je predviđena i varijanta *slabe ocjene ustavnosti* u kontekstu etničkog veta, u članu IV/3.f) Ustava, te varijanta *slabe ocjene osnovne strukture* u kontekstu procedure izmjena i dopuna ustava, u kojoj se također može uložiti etnički veto, pošto u oba slučaja konačnu odluku donosi zakonodavac. Vidjeti: Joel I. Colon-Rios, ‘A New Typology of Judicial Review of Legislation’ (2014) 3 *Global Constitutionalism* 143.

²⁸ Ferreres Comella ‘The Rise of Specialized Constitutional Courts’ (n 21) 272.

²⁹ Predmet AP-1603/05, 21. decembar 2006, para. 37.

³⁰ Predmet AP-2840/13, 12. februar 2014, para. 34.

njihovo ustavno pravo, već su zapravo i u obavezi da to učine.³¹ Nadalje, u takvim slučajevima, Sud zaključuje da u njegovu apelacionu nadležnost nužno spada pravo konkretne ocjene ustavnosti, jer “[u] suprotnom, Ustavni sud bi se lišio svoje funkcije suda”.³² Sud je ranije utvrdio, većinom glasova, da pojam “presuda bilo kojeg drugog suda” u njegovu apelacionu nadležnost uvodi i odluke ustavnih sudova bosanskohercegovačkih entiteta, uključujući tu i njihova vijeća za zaštitu vitalnih interesa, kao specifičnih tijela u sklopu entitetskih ustavnih sudova kojima je povjereno utvrđivanje da li nacrti zakona entitetskih zakonodavaca krše partikularne etničke interese.³³ S tih nekoliko poteza povučenih tokom godina svog postojanja, Sud je ustanovio “monopol nad ustavnim presuđivanjem”, da se poslužimo frazom Sadurskog.³⁴

1.2. Sastav i procedura odabira

USBiH ima devet članova, od kojih su šestero domaći državljani a troje strani. Četvero domaćih članova Suda bira Zastupnički dom entiteta Federacija BiH (FBiH), a drugo dvoje Narodna skupština entiteta Republika Srpska (RS). Troje međunarodnih članova USBiH bira predsjednik Evropskog suda za ljudska prava (ESLJP) na osnovu konsultacija s Predsjedništvom BiH. Što se tiče uvjeta za izbor, Ustav ima prilično lakonski pristup, propisujući samo da sudije moraju biti “istaknuti pravници visokog moralnog ugleda”, uz još jedan uvjet za međunarodne sudije, a to je da ne smiju biti državljani BiH ili bilo koje od susjednih zemalja. Mandat sudija traje do navršene sedamdesete godine života, izuzev sudija iz prvog saziva, čiji je mandat trajao pet godina, bez mogućnosti ponovnog imenovanja.³⁵

Prominentna značajka takvog procesa izbora jest to da Ustav usvaja “federalni” princip zastupljenosti kod odabira domaćih sudija, pri čemu su zastupnička tijela entiteta jedina koja imaju ulogu u odabiru.³⁶ To, međutim, rezultira asimetrijom ili nedostatkom legitimacije, što se ogleda u činjenici da Parlamentarna skupština BiH nema ulogu u izboru sudija USBiH,³⁷ iako je Sud zaključio da u njegove ovlasti spada apstraktna ocjena ustavnosti zakona donesenih na državnom nivou.³⁸

³¹ Predmet U-106/03, 27. oktobar 2004, para. 33.

³² Ibid., 34.

³³ Vidjeti predmet U-5/99, 3. decembar 1999. (vezano za ustavne sudove); predmet AP-2821/09, 12. januar 2010. (vezano za vijeća).

³⁴ Sadurski (n 20) 19. Najnoviji razvoj događaja vidjeti, npr., u predmetu U-18/14, 9. juli 2015. (sud se proglasio nenadležnim).

³⁵ Vidjeti član VI/a. (sastav), član VI/b. (izaberivost) i član VI/c. (mandat) Ustava BiH.

³⁶ Steiner i Ademović (n 1) 675.

³⁷ Vidjeti Marković, *Bosanskohercegovački federalizam* (n 16) 134. Isto vrijedi i za zakonodavstvo Distrikta Brčko.

³⁸ Predmet U-1/99, 14. august 1999.

Priroda procesa imenovanja potcrtava očiti problem “sprečavanja da dominantna stranka u redovima zakonodavca svaki put nadvlada”.³⁹ S obzirom na činjenicu da za izbor nije potrebna nikakva natpolovična većina, te imajući u vidu vrlo labave uvjete izaberivosti – najniže u poređenju s bilo kojim drugim uvjetima za sudsko imenovanje u zemlji, uključujući instituciju Ombudsmana – malo šta stoji na putu toj zabrinutosti.

Procedura odabira omogućuje entitetima da napune Sud osobama za koje vjeruju da će najbolje štiti njihove interese. To upućuje na pretpostavku da će domaće sudije biti skeptičnije prema zakonima koji imaju za cilj jačanje centralne države ili koji mijenjaju ravnotežu ovlasti između dva nivoa vlasti. Međutim, imajući u vidu da je BiH kompleksna država, koja se odlikuje značajkama etničke federacije, čini se opravdanim uzeti etnički faktor kao salijentni u razmatranju ponašanja sudija, kao i načina na koji je hibridizacija Suda utjecala na njegovo ponašanje.

1.2.1. Etnizacija

Obrazac odabira domaćih sudija USBiH ukazuje na zaključak da je uspostavljen ustavni običaj po kojem svaka od tri dominantne etničke grupe, takozvani “konstitutivni narodi”, mora imati dvoje sudaca na Sudu, pri čemu sudije Srbi moraju biti birani s područja RS-a, a bošnjačke i hrvatske iz entiteta FBiH.⁴⁰ Jedan bivši predsjednik Suda čak je utvrdio da taj običaj “slijedi duh Ustava i principe putem kojih se Ustav sprovodi”.⁴¹

Posljednji citat upućuje na zaključak da sudije USBiH svoj izbor u dobroj mjeri vide kao oblik etničke reprezentacije u skladu s općim etničkim nazorima Ustava. Dokaz tome nalazimo u Pravilima Ustavnog suda BiH, dokumentu koji su usvojile sudije Suda u skladu sa Ustavom. U prvom pravilniku Suda, usvojenom 1997. godine, etnički su elementi naročito evidentni u pravilima o kvorumu i izboru predsjednika i potpredsjednika Suda.⁴² Sudije odabrane za novi saziv Suda nisu odstranile etničke elemente iz novih pravila, već su ih dodatno ojačale.⁴³ Godine 2014, Sud je usvojio nova pravila, iz kojih su konačno uklonjene sve odredbe koje isključuju na osnovu etničke pripadnosti, kao i etnička pravila o kvorumu.⁴⁴ Kako objašnjava registrar Suda, koji također djeluje u svojstvu *de facto* glasnogovornika

³⁹ Harding, Layland i Groppi (n 25) 13.

⁴⁰ Vidjeti, npr., Lejla Balić, ‘Ustavni običaj u Bosni i Hercegovini – osvrt na izbor sudija Ustavnog suda Bosne i Hercegovine’ (2009) Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu 13.

⁴¹ Miodrag Simović, ‘O jemstvima nezavisnosti ustavnih sudova’ u *Ko bira sudije ustavnog suda?*, ur. Edin Šarčević (Fondacija Centar za javno pravo 2012) 256.

⁴² Član 37. (o kvorumu) i član 80. (izbor predsjednika i potpredsjednika USBiH) Pravila Ustavnog suda, *Službeni glasnik BiH* 2/97.

⁴³ Član 87. Pravila Ustavnog suda BiH (*Službeni glasnik BiH* 60/05), u kojem je jasno naznačeno da samo pripadnici konstitutivnih naroda mogu biti birani za predsjednika i potpredsjednike Suda.

⁴⁴ Pravila Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, *Službeni glasnik BiH* 22/14.

Suda, do tog trenutka Sud je prezao od mijenjanja Pravila prije nego se usvoje amandmani kojima se mijenjaju diskriminatorni aspekti samog Ustava. Međutim, taj je stav “evoluirao” i Sud je odlučio da bi on sâm trebao učiniti prvi korak.⁴⁵ Pravila još uvijek prepoznaju sudije kao pripadnike konstitutivnih naroda, naprimjer u odredbama koje se tiču odabira predsjednika i potpredsjednika.

Etnizacija USBiH bila je predmet kritika jer nije “u skladu s principom neovisnosti sudija”,⁴⁶ pošto bi “ideal pravde trebao podrazumijevati da etnička pripadnost ne igra nikakvu ulogu u sudskom odlučivanju”.⁴⁷ U kojoj je mjeri etnizacija utjecala na glasanje pojedinih sudija? Mora se napomenuti da je Sud praktički jednoglasan u predmetima iz domena njegove apelacione nadležnosti, a to je ogromna većina predmeta. Slično je s predmetima konkretne ocjene ustavnosti (85% jednoglasnih odluka) i predmetima koji se tiču etničkog veta (91% jednoglasnih odluka). Jedan međunarodni komentator natuknuo je da domaće sudije “djeluju kao predstavnici konstitutivnih grupa stanovništva kojima pripadaju, a ne kao neovisne osobe”,⁴⁸ a jedan istaknuti bosanskohercegovački stručnjak za ustav ukazao je na to da se izdvojena mišljenja domaćih sudija “svaki put poklapaju sa etničkom pripadnošću i etnički zasnovanom političkom opcijom”.⁴⁹ To je prejaka tvrdnja, imajući u vidu da su izdvojena mišljenja objavljivana u slučajevima koji se ne mogu zdravorazumski dovesti u vezu s bilo kakvim prepoznatljivim etničkim interesom, što dakako ne znači da etnički interesi ne figuriraju u donošenju sudijskih odluka, u smislu potencijalnog sudijskog aktivizma. Tako, naprimjer, McCrudden i O’Leary na bosanskohercegovački kontekst primjenjuju hipotezu “koja predviđa da će pravosuđe prezati od proglašavanja konsocijacijskih aranžmana nekompatibilnim s ljudskim pravima”⁵⁰ i tvrde da su identificirali “jasan uzorak u presudama sudija iz Bosne”,⁵¹ prema kojem su sudije Bošnjaci neprijateljski nastrojeni prema konsocijacijskim aranžmanima, za razliku od sudija Srba i Hrvata.

⁴⁵ U autorovom posjedu.

⁴⁶ Steiner i Ademović (n 1) 675.

⁴⁷ Yee (n 9) 190. Također vidjeti: Venice Commission, ‘Opinion on Proposed Voting Rules for the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina’ CDL-AD(2005)039.

⁴⁸ Carsten Stahn, *The Law and Practice of International Territorial Administration: Versailles to Iraq and Beyond* (Cambridge University Press 2008) 291. Također vidjeti: Alex Schwartz i Melanie Murchison, ‘Judicial Independence in Deeply Divided Places: An Empirical Analysis of Bosnian Constitutional Court’ (u autorovom posjedu). Jedan bivši međunarodni sudija donio je sličan zaključak prema kojem “domaće sudije, čini se, postupaju kao predstavnici konstitutivnih grupa stanovništva kojima pripadaju”, a koji se odnosi na prvi saziv Suda. Vidjeti: Joseph Marko, ‘Five Years of Constitutional Jurisprudence in Bosnia and Herzegovina: First Balance’ (2004) *European Diversity and Autonomy Papers* 5, 31.

⁴⁹ Edin Šarčević, *Dejtonski ustav: karakteristike i karakteristični problemi* (Konrad Adenauer Stiftung 2009) 76.

⁵⁰ Christopher McCrudden i Brendan O’Leary, *Courts and Consociations: Human Rights versus Power-Sharing* (Oxford University Press 2013) 45.

⁵¹ Ibid., 92.

1.2.2. Hibridizacija

Opći se stav komentatora u pogledu ove značajke Suda ogleda u nazoru da je uključivanje međunarodnih sudija dio programa izgradnje države,⁵² te da su tvorci Ustava sigurno zamišljali kako će “Sud biti od velike važnosti u teškim vremenima nakon oružanog sukoba”.⁵³ Primijećeno je da ta ustavna odredba “samim svojim postojanjem mehanički reducira mogućnost pojave slučajeva lokalnog političkog utjecaja”.⁵⁴ Kako primjećuje jedan bivši međunarodni sudija USBiH, tvorci Ustava morali su biti svjesni da će zbog odredbe prema kojoj domaće sudije biraju entitetski parlamenti, ti isti parlamenti “birati samo sudije iz redova svojih konstitutivnih naroda”, što će u praksi dovesti do podjele USBiH po etničkim linijama.⁵⁵ Stoga se čini da je uključivanje stranih sudija u sazive USBiH za svrhu imalo ispunjavanje “funkcije neutralne sile (*pouvoir neutre*) u podijeljenim društvima, u kojima se ustavna politika vodi po etničkim linijama”, te je tako možda doprinijelo “izgradnji zajedničkog identiteta”.⁵⁶ Na kraju, postoji čisto instrumentalistički argument prema kojem bi sudije iz razvijenih zapadnoevropskih demokratija trebale djelovati u svojstvu epistemskih autoriteta iz oblasti Evropske konvencije o ljudskim pravima (EKLP) i vladavine prava u postsocijalističkim zemljama.⁵⁷

Kada je u pitanju element ekspertize, neosporno je da su sve međunarodne sudije USBiH imale iza sebe blistave akademske karijere, bile sudije na najvišim nacionalnim i međunarodnim sudovima, ali su također dubinski razumijevale lokalne okolnosti.⁵⁸ Prema riječima Miodraga Simovića, bivšeg predsjednika USBiH, “strani suci dali su ogroman doprinos, naročito u prvom sazivu [USBiH], te u prvim godinama novog saziva”, i to u vrijeme kada je USBiH donosio “vrlo delikatne odluke”.⁵⁹ Sporniji su komentari Greweove i Riegnera o izgradnji identiteta i ulozi

⁵² Stefan Graziadei, “‘Viewers Should Not Try This at Home’”. Die Verfassungsgerichte Bosnien-Herzegowinas und Kosovos in deren Rolle als Schlichtungsinstanzen in ethnopolitischen Konflikten’ (2014) 1 European Diversity and Autonomy Papers 9.

⁵³ Steiner i Ademović (n 1) 675.

⁵⁴ Constance Grewe, ‘The Contribution of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina to the Protection of the Constitutional Values’ (konferencija Venecijanske komisije, 29–30. septembar 2011) 33.

⁵⁵ Marko ‘Five Years of Constitutional Jurisprudence in Bosnia and Herzegovina’ (n 48) 29.

⁵⁶ Grewe i Riegner (n 8) 40, 43.

⁵⁷ Vidjeti: Edin Šarčević, ‘Verfassungsgebung und “konstitutives Volk”’: Bosnien-Herzegowina zwischen Natur- und Rechtszustand’ (2002) 50 Jahrbuch des öffentlichen Rechts 493, 508; Christian Steiner, Friedenskonsolidierung durch Verfassungsgerichtsbarkeit in Bosnian und Herzegovina (Nomos 2015) 528.

⁵⁸ Louis Favoreu, ‘Cahiers du Conseil constitutionnel no. 11 (Dossier Bosnie-Herzegovine) – decembre 2001’ (*Conseil Constitutionnel*) <www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/cahiers-du-conseil/cahier-n-11/entretien-avec-m-le-doyen-louis-favoreu.52115.html> stranica posjećena 12. februara 2015.

⁵⁹ U autorovom posjedu.

međunarodnih sudija u jačanju legitimiteta. Iako se slažu da je ta odredba isprva imala svoje opravdanje, većina naših sagovornika danas smatra da je ta značajka nepotrebna već gotovo dvadeset godina,⁶⁰ a jedan stručnjak za ustav primjećuje da je hibridizacija USBiH “ponižavajuća”,⁶¹ dok je prvi predsjednik Suda iz postdejtonskog perioda u njoj vidio “elemente protektorata”.⁶²

Imajući u vidu sastav Suda, kao i etnicizaciju koja mu je u temeljima, postoji očita mogućnost da međunarodne sudije, skupa sa sudijama iz jedne etničke grupe, preglasaju sudije iz druge dvije etničke grupe i tako “utječu na trvenja između etničkih grupa u [BiH]”.⁶³ Iako bi to moglo biti rješenje za “blokade koje muče zakonodavnu i izvršnu vlast”,⁶⁴ politički akteri iz entiteta RS tu mogućnost vide kao mehanizam preglasavanja koji stvara nepovjerenje u USBiH.⁶⁵ Taj stav najjasnije je izražen u Deklaraciji koju je usvojila Narodna skupština RS-a početkom 2015, u kojoj se kaže da je neprihvatljivo da su “strani državljani sudije Ustavnog suda jedne suverene države”, te se poziva na usvajanje Statuta o Ustavnom sudu kojim bi to bilo ispravljeno. Više zabrinjava što se u Deklaraciji navodi da će “Narodna skupština utvrditi svoj odnos u pogledu ocjene legaliteta i legitimiteta donošenja i daljeg važenja brojnih odluka ustavnopravnog karaktera” USBiH, koje su “prvenstveno na štetu samo jednog naroda”, i donesene su nakon 2001, poslije isteka mandata prvih imenovanih stranih sudija, a Parlamentarna skupština BiH nije regulirala to pitanje.⁶⁶ Štaviše, parlamentarci iz RS-a su u nekoliko navrata pokretali zakonodavne inicijative koje su obuhvatale odredbu

⁶⁰ Intervju sa Zlatkom Kneževićem, sudijom USBiH (Sarajevo, 28. maj 2015); intervju s Nurkom Pabrićem, sudijom Kantonalnog suda u Mostaru (Mostar, 21. mart 2015); intervju sa Aleksandrom Martinovićem, sutkinjom Ustavnog suda FBiH (Sarajevo, 25. juni 2015); intervju s Lazarom Prodanovićem, poslanikom u Parlamentarnoj skupštini BiH (Sarajevo, 13. maj 2015). Slične stavove iznosi trenutni predsjednik Suda Mirsad Ćeman u: ‘Bilo bi bolje da su u Ustavnom sudu samo domaće sudije’, *Dnevni avaz* (Sarajevo, 25. februar 2016) 3. Također vidjeti transkript 2. zasjedanja Predstavničkog doma Parlamentarne skupštine BiH, 11. januar 2007, 17 (izlaganje Nikole Špirića, tadašnjeg predsjedavajućeg Vijeća ministara BiH).

⁶¹ Intervju s Goranom Markovićem, profesorom ustavnog prava (Sarajevo, 18. mart 2015).

⁶² Dautbašić (n 5) 39.

⁶³ Samo Bardutzky, ‘The Strasbourg Court on the Dayton Constitution Judgment in the case of Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina, 22 December 2009’ (2010) 6 *European Constitutional Law Review* 309, 315.

⁶⁴ Yee (n 9) 191.

⁶⁵ Prodanović (n 60). Također vidjeti transkript 23. zasjedanja Zastupničkog doma Parlamentarne skupštine BiH, 22. juni 2000, 62, 72, 100; transkript 24. zasjedanja Zastupničkog doma Parlamentarne skupštine BiH, 27. juli 2000, 34; transkript 3. zasjedanja Zastupničkog doma Parlamentarne skupštine BiH, 7. februar 2001, 9.

⁶⁶ ‘Deklaracija povodom zahtjeva za ocjenu ustavnosti zakona o praznicima Republike Srpske pred Ustavnim sudom Bosne i Hercegovine u predmetu broj: U-3/13’, *Službeni glasnik Republike Srpske* 46/15.

za uklanjanje međunarodnih sudija USBiH,⁶⁷ ali nisu dobili podršku većine parlamentaraca iz FBiH, koji su svaki put smatrali da još uvijek nije vrijeme za prijelaz sa hibridnog na potpuno domaći Ustavni sud. Odluku da se iz Suda ne uklanjaju međunarodne sudije politički establišment RS-a vidi kao stratešku, jer je raširena percepcija da međunarodne sudije podržavaju i jačaju centralnu državu.

U tom kontekstu, McCrudden i O’Leary su ponašanje međunarodnih sudija okarakterizirali kao “nepredvidivo, ali s tendencijom ka suzdržavanju”, makar kada se radi o dovođenju u pitanje postojećih mehanizama dijeljenja vlasti.⁶⁸ Slučajevi kada se odlučuje o meritumu, pri čemu blok međunarodnih sudija, uz podršku još dvoje sudija iz jedne etničke grupe, preglasaju četvero sudija iz druge dvije etničke grupe su rijetki, ali su od velike važnosti pošto su u svim takvim slučajevima međunarodne sudije glasale sa sudijama Bošnjacima, pokazujući tako znatan nivo aktivizma.⁶⁹ Štaviše, u tim, kao i u nekim drugim slučajevima, a i u svojim akademskim člancima i knjigama, međunarodne sudije se slažu sa dijagnozom “osnovnih problema” Ustava, koju je dao jedan bivši sudija. Naime, ti su problemi: “poistovjećivanje teritorije i etničkog identiteta, blokade usljed mehanizama veta i potreba da se jačaju državne institucije”.⁷⁰

1.3. Neovisnost

Proces odabira sudija USBiH bio je predmetom brojnih rasprava i velike količine kritike u bosanskohercegovačkoj pravnoj literaturi. Kritike su se odnosile na navodno loše profesionalne kvalifikacije imenovanih sudija, te ugrožavanje neovisnosti Suda putem politizacije,⁷¹ a naročito imenovanjem sudija koji imaju “povijest bavljenja politikom”.⁷² Može se očekivati da ponašanje sudija odražava

⁶⁷ Najnovija inicijativa u: Parlamentarna skupština BiH, ‘Prijedlog zakona o Ustavnom sudu’ 27. decembar 2015 dostupno na: <www.parlament.ba> stranica posjećena 28. decembra 2015. Zdravorazumsko čitanje Ustava upućuje na to da se može mijenjati samo *metod* izbora.

⁶⁸ McCrudden i O’Leary, *Courts and Consociations: Human Rights versus Power-Sharing* (n 50) 92.

⁶⁹ Vidjeti predmet U-5/98-III, 18. i 19. august 2000. (Konstitutivnost naroda); predmet U-25/00, 23. mart 2001. (Zakon o putnim ispravama); predmet U-26/01, 28. septembar 2001. (Sud BiH); predmet U-14/12, 26. mart 2015. (Ustavi entiteta).

⁷⁰ Marko, ‘Constitutional Reform in Bosnia and Herzegovina 2005-06’ (n 7) 217. Vidjeti izdvojeno mišljenje sudije Feldmana i sutkinje Grewe u predmetu U-4/04, 18. novembar 2006. Suprotna su mišljenja sutkinja Grewe i Cace-Nikolovske u predmetu U-25/14, 9. juli 2015. i predmetu U-26/14, 9. juli 2015.

⁷¹ Vidjeti: Edin Šarčević (ur.), *Ko bira sudije ustavnog suda?* (Fondacija Centar za javno pravo 2012). Također: ‘Miješanje politike u izbor sudija’ (*Centar za istraživačko novinarstvo*, 23. juni 2008) <www.cin.ba/mijesanje-politike-u-izbor-sudija> stranica posjećena 26. aprila 2015; ‘Politička pripadnost važnija od stručnosti’ (*Centar za istraživačko novinarstvo*, 30. juni 2008) <www.cin.ba/politicka-pripadnost-vaznija-od-strucnosti/> stranica posjećena 26. aprila 2015.

⁷² Intervju sa sudijom Mirsadom Čemanom, predsjednikom USBiH (Sarajevo, 2. juni 2015).

njihove čvrste političke stavove odranije, bilo da podržavaju jačanje centralne države, što je uglavnom slučaj s političkim strankama sa sjedištem u FBiH, ili daljnju decentralizaciju zemlje, što je uglavnom slučaj sa strankama sa sjedištem u RS-u. U kojoj je mjeri prisutna direktnija interakcija, utjecaj ili čak pritisci političkog establišmenta prema pojedinim sudijama koje je sâm establišment imenovao, teško je reći,⁷³ mada neka svjedočanstva naročito puno otkrivaju po tom pitanju.⁷⁴ Bosanskohercegovačka javnost svjedočila je najmanje jednoj epizodi tog tipa. Krajem 2009. godine, mediji su objavili pismo sudije Krstana Simića, bivšeg političara iz redova srpske nacionalističke stranke SNSD, koje je uputio predsjedniku svoje bivše stranke, a u kojem ga obavještava, između ostalog, o podložnosti njegovih kolega sa Suda lobiranju.⁷⁵

Odlučnost Suda za vrijeme afere Simić, usljed koje je ovaj uklonjen iz Suda konsenzusom drugih sudija zbog “namjernog podriivanja ugleda i digniteta [USBiH] i sudačkog digniteta”,⁷⁶ prema riječima bivše predsjednice Suda je “dokaz da [USBiH] efikasno uživa i štiti svoju autonomiju”.⁷⁷ Na Sudu su sasvim sigurno bili svjesni toga da bi se afera neizbježno mogla “dugoročno” odraziti na ugled i legitimitet Suda, pa bi shodno tome Sud “morao poduzeti dodatne napore da povрати poljuljano povjerenje javnosti i institucija vlasti u svoju autonomiju, neovisnost, nepristranost i profesionalnost”.⁷⁸ Ustav sadrži neke važne resurse koji se mogu upotrijebiti u tu svrhu, kao što su dug mandat i stabilnost funkcije, kao i dohodak koji se ne može umanjiti za vrijeme trajanja mandata.

Pitanje finansiranja izbilo je u prvi plan kada je Sud ocjenjivao ustavnost zakona kojima su utvrđene i umanjene plaće sudija USBiH i drugih zvaničnika, u sklopu općeg rezanja troškova. Odlukom kojom se usvaja zahtjev za ocjenu ustavnosti i ukida Zakon u dijelu koji se odnosi na Sud, USBiH je naglasio važnost svoje finansijske i ukupne neovisnosti, “[posebno] u institucionalnom kontekstu [BiH],

⁷³ Vidjeti, npr.: Matthew Parish, *A Free City in the Balkans: Reconstructing a Divided Society in Bosnia* (I. B. Tauris 2010) 165–169; Renata Radić-Dragić, ‘Politički uticaj na izbor sudija ustavnih sudova – prekršaji sudske neovisnosti’, u *Human Rights and the Judiciary in Bosnia and Herzegovina: a Report on Implementation of Recommendations in the Justice Sector in Bosnia and Herzegovina from the Universal Periodic Review of the UN Human Rights Council*, ur. Elma Demir (Asocijacija za demokratske inicijative/Univerzitet u Sarajevu, Centar za ljudska prava 2014) 77.

⁷⁴ U svom suprotnom mišljenju u predmetu U-5/98-III, 1. juli 2000, sudija Mirko Zovko prisjeća se “raznih pritisaka i najtežih uvreda koje su prerasle u najteže prijetnje, ne samo meni nego i mojim kolegama”. Joseph Marko, sudija izvjestitelj na tom predmetu, također se sjeća da mu se jedan sudija Hrvat žalio na to da trpi pritiske od “generala do kardinala”, u Marko, ‘Five Years of Constitutional Jurisprudence in Bosnia and Herzegovina: First Balance’ (n 48) 30.

⁷⁵ Odluka Ustavnog suda o Prijedlogu za razrješenje sudije Ustavnog suda Bosne i Hercegovine Krstana Simića, K-I-15/10, 4. mart 2010, para. 18.

⁷⁶ Ibid.

⁷⁷ Valerija Galić, ‘Separation of Powers and Independence of Constitutional Courts and Equivalent Bodies’ (Drugi kongres Svjetske konferencije o ustavnom sudstvu, Rio de Janeiro, 16–18. januar 2011) 6.

⁷⁸ Odluka Ustavnog suda o Prijedlogu za razrješenje sudije Ustavnog suda Bosne i Hercegovine Krstana Simića, K-I-15/10, 4. mart 2010, para. 58.

koji je obilježen dominacijom entiteta i relativnom slabošću centralne države”, pošto bi bez jakog i neovisnog Suda “centralne institucije [BiH] i integritet Ustava BiH bili ugroženi”.⁷⁹ Sud navodi da poštovanje njegove neovisnosti “zahtijeva minimum da Ustavni sud sam predloži svoj budžet i način njegovog korištenja Parlamentarnoj skupštini koja će ga usvojiti”.⁸⁰ Na kraju, iako priznaje da bi ekonomska situacija u zemlji mogla zahtijevati prilagođavanje ličnih dohodaka na širem planu, Sud je utvrdio da bi sve promjene koje bi rezultirale smanjenjem plaća sudija za vrijeme trajanja njihovog mandata zahtijevale amandmane na Ustav, u svjetlu člana IX.⁸¹ Navedeni predmet također je pružio priliku Sudu da razjasni prirodu Pravila Suda, što je još jedan važan faktor njegove neovisnosti. Ustav uglavnom ne govori ništa o važnim aspektima funkcioniranja Suda. On predviđa da USBiH sam usvoji svoja pravila većinom glasova sudija. S obzirom na vrlo oskudne ustavne odredbe, ovo Sudu ostavlja znatan manevarski prostor.⁸²

Svi ti faktori – trajanje mandata, stabilnost funkcije, finansijska neovisnost i gotovo potpuna kontrola nad procedurama, radom i organizacijom Suda – jasno upućuju na namjeru tvorca Ustava da osiguraju neovisnost Suda, dodijelivši mu “poseban položaj” unutar ustavnog sistema.⁸³ Ti faktori također ublažavaju, u mjeri u kojoj je to moguće, posljedice politizacije prirodne proceduri odabira.

1.4. Zaključak

Skloni smo vjerovati da dodjeljivanje neograničene apstraktne kontrole nad zakonima, u kombinaciji sa izostankom ustavnih odredaba o etničkom paritetu u sastavu Suda i nedostatkom mehanizama dijeljenja vlasti u procedurama donošenja odluka – a to su pitanja koja nisu zanemarena kod drugih institucija – kao i kontrola Suda, gotovo bez presedana po svojim razmjerama, nad vlastitim pravilima, govore u prilog tvrdnji da je Sud kao institucija zamišljen da bude aktivistički. Odredbe vezane za trajanje mandata i stabilnost funkcije, u kombinaciji sa uspostavljenom političkom i finansijskom neovisnošću, dodatno podržavaju taj zaključak. U mjeri u kojoj je tačno da “[p]ravno tumačenje uvijek *ovisi o akteru*”,⁸⁴ na način da mjesto koje akter zauzima u “ekonomiji povjerenja” utječe na razmjere dodijeljenog mu diskrecionog prava da se “udalji od teksta

⁷⁹ Predmet U-6/06, 29. mart 2008, para. 29.

⁸⁰ Ibid., para. 30.

⁸¹ Ibid., para. 35.

⁸² Vidi: Valerija Galić, ‘Položaj i uloga Ustavnog suda Bosne i Hercegovine u primjeni Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda’ (2006) 37 (11-12) *Pravna misao* 63. Također vidjeti: predmet U-7/13, 27. septembar 2013.

⁸³ Predmet U-6/06, 29. mart 2008, para. 10.

⁸⁴ Scott Shapiro, *Legality* (Harvard University Press 2011) 358.

ukoliko to promiče njegovu svrhu”,⁸⁵ institucionalne značajke Suda također ukazuju na neobično visok nivo povjerenja koji su mu dodijelili ustavotvorci.

To što Ustav i način na koji je Sud zamišljen olakšavaju sudski aktivizam ne određuje unaprijed njegovo stvarno ponašanje. U obzir se mora uzeti veliki broj vanustavnih faktora. Postojale su tvrdnje da ustavni sudovi u široj konsocijacijskoj kulturi dijeljenja moći tendiraju ka suzdržanosti u podrivanju teško ostvarenih kompromisa.⁸⁶ Razmatranje tih tendencija zahtijeva analizu rezultata rada Suda, a to je tema kojom se bavimo u nastavku.

⁸⁵ Ibid., 355. Također vidjeti: Rosalind Dixon, ‘Constitutional Drafting and Distrust’ (2016) 13 *International Journal of Constitutional Law* 819.

⁸⁶ Vidjeti: McCrudden i O’Leary, *Courts and Consociations: Human Rights versus Power-Sharing* (n 50).

2.

Utvrđivanje sudskog aktivizma

Postupke Suda su na mahove manjinska suprotna mišljenja okarakterizirala kao “aktivističke”, iako se ne bi reklo da su ona uvijek imala konzistentno shvatanje koncepta aktivizma, što je u određenoj mjeri razumljivo, imajući u vidu da je u pitanju “notorno sklizak termin”,⁸⁷ koji je “neiznijansiran i neizbježno političan”.⁸⁸ Konkretnije, nije uvijek jasno koristi li se u pogrđnom smislu kako bi se stigmatizirala navodna zloupotreba sudskih ovlasti ili ne. Bivši predsjednik Suda Miodrag Simović, u suprotnom mišljenju u jednoj sudskoj odluci kojom se obara zakon, identificirao je pojavu koju je nazvao “pozitivnim sudskim aktivizmom”, pomoću koje opisuje “oprezno” ponašanje Suda i “umjerenu uzdržljivost”. Pozitivni sudski aktivizam u suprotnosti je s “novim sudskim aktivizmom”, koji je “neograničen”.⁸⁹ U jednom potonjem kontroverznom predmetu također je iznio suprotno mišljenje, u čemu ga je podržao drugi sudija iz RS-a, kada je Sud ponovo proširio svoje nadležnosti na podzakonske akte u slučajevima kada u vezi s njima postoje problemi ustavne prirode, sudija Simović ponovo je izrazio zabrinutost vezano za “novi [neograničeni] sudski aktivizam”, osudivši pojavu koju on vidi kao pretjerano oslanjanje političkih aktera na USBiH u razrješavanju političkih konflikata drugim sredstvima.⁹⁰ Mirsad Ćeman, trenutno predsjednik Suda, ima drukčije shvatanje “pozitivnog sudskog aktivizma”, prema kojem je USBiH pokazao “zavidnu i utemeljenu interpretatorsku širinu i odgovornost” te “respektabilan nivo ekstenzivnog razumijevanja i interpretacije ustavnoga teksta”.⁹¹ To odražava njegove stavove iz jednog drugog predmeta, u kojem je kritizirao većinu koja je odbacila zahtjev za ocjenu ustavnosti iz “formalističkih” razloga umjesto da ekstenzivno tumači Ustav “funkcionalnim pristupom”, mada pritom nije koristio izraze kao što su “aktivizam” ili “uzdržanost”.⁹² I jedna i druga pozicija povlače za

⁸⁷ Sujit Choudhri i Claire E. Hunter, ‘Measuring Judicial Activism on the Supreme Court of Canada: A Comment on *Newfoundland (Treasury Board) v. NAPE*’ (2003) 48 McGill Law Journal 525, 531.

⁸⁸ Keith E. Whittington, ‘The Least Activist Supreme Court in History? The Roberts Court and the Exercise of Judicial Review’ (2014) 89 Notre Dame Law Review 2219, 2226.

⁸⁹ Suprotno mišljenje Miodraga Simovića u predmetu U-16/11, 13. juli 2012, para. 2.

⁹⁰ Suprotno mišljenje Miodraga Simovića u predmetu U-10/14, 4. juli 2014, para. 3.

⁹¹ Suprotno mišljenje Mirsada Ćemana u predmetu U-13/14, 4. juli 2014.

⁹² Suprotno mišljenje Mirsada Ćemana u predmetu U-7/10, 26. novembar 2010. Također vidjeti suprotno mišljenje Zvonka Miljka u predmetu U-40/00, 2. februar 2001, para. 3. Sudac Marko, u svojim vansudskim pisanim djelima, branio je aktivizam Suda kao “nužnost u datim okolnostima”; vidjeti: Joseph Marko, ‘“United in Diversity?” Problems of State- and Nation-building in Post-conflict Situations: The Case of Bosnia and Herzegovina’ (2006) 30 Vermont Law Review 503, 541.

sobom pitanje šta tačno implicira “oprezno”, odnosno “odgovorno” ponašanje, ali obje pokazuju da je sudski aktivizam pojam koji je “teško koristiti kao neutralan opis sudskog djelovanja”.⁹³

Jedan mogući izlaz iz ovog definicijskog problema je nešto što Choudhri i Hunter nazivaju “kvantitativnom definicijom” sudskog aktivizma, a koja se fokusira na “ishode (tj. vlada pobjeđuje ili gubi), te se tvrdi da su sudovi u većoj mjeri aktivistički nastrojani što češće nalaze da su demokratski izabrane institucije postupale neustavno”.⁹⁴ Autori priznaju da kod kvantitativnog pristupa postoji određeni broj problema, od kojih je vjerovatno najvažniji taj da kvantitativni pristup ne razlikuje odluke po važnosti i sadržini. Sadurski nudi jedno sofisticiranije shvatanje, koje leži u temelju činjenice da je osim puke zamjene viđenja zakonodavca viđenjem Suda u stvarima ispravnog tumačenja ustavne odredbe potrebno utvrditi još jedan faktor, a to je činjenica da li je “moguće da sud, unutar skupa argumentacijskih resursa koji mu stoje na raspolaganju, potvrdi ili poništi zakon”.⁹⁵ Nadalje, prema Sadurskom, takva sudska ocjena “uključuje dva kriterija: važnost poništenih zakona... i prirodu razmišljanja koje je dovelo do poništavanja”.⁹⁶ Slažemo se sa Choudhri i Hunterom da se bez empirijskog pristupa “činjenična podrška tvrdnjama iznesenim u debati o sudskom aktivizmu ne može provjeriti”.⁹⁷ Iz tog ćemo razloga prvo nakratko pristupiti pitanju sudskog aktivizma na USBiH kvantitativnim pristupom, u pokušaju identificiranja općih obrazaca i trendova u ponašanju Suda, pa ćemo se onda upustiti u kvalitativniju analizu njegove prakse, kako predlaže Sadurski. U trendove čije prisustvo naročito želimo utvrditi kvantitativnom analizom spada opća stopa poništavanja zakona, stopa poništavanja zakona na nivoima ispod državnog, u poređenju sa državnim, te poređenje stopa poništavanja kod prvog i drugog saziva Suda.

2.1. Kvantitativni pristup

Skup podataka koji smo razmatrali sastojao se od svih odluka o meritumu iz domena nadležnosti Suda za apstraktnu ocjenu i proslijeđene predmete (ili konkretne ocjene), što je iznosilo devedeset i pet odluka donesenih tokom devetnaestogodišnjeg perioda (od 1997. do sredine 2016) aktivnosti Suda. Isključili smo odluke o dopustivosti pošto su pravila o procesnoj legitimaciji jasna, a odluke Suda, uz nekoliko iznimki, jednoglasne. Koristimo izraz “poništavanje

⁹³ Whittington (n 88) 2226.

⁹⁴ Choudhri i Hunter (n 87) 532.

⁹⁵ Sadurski (n 20) 96.

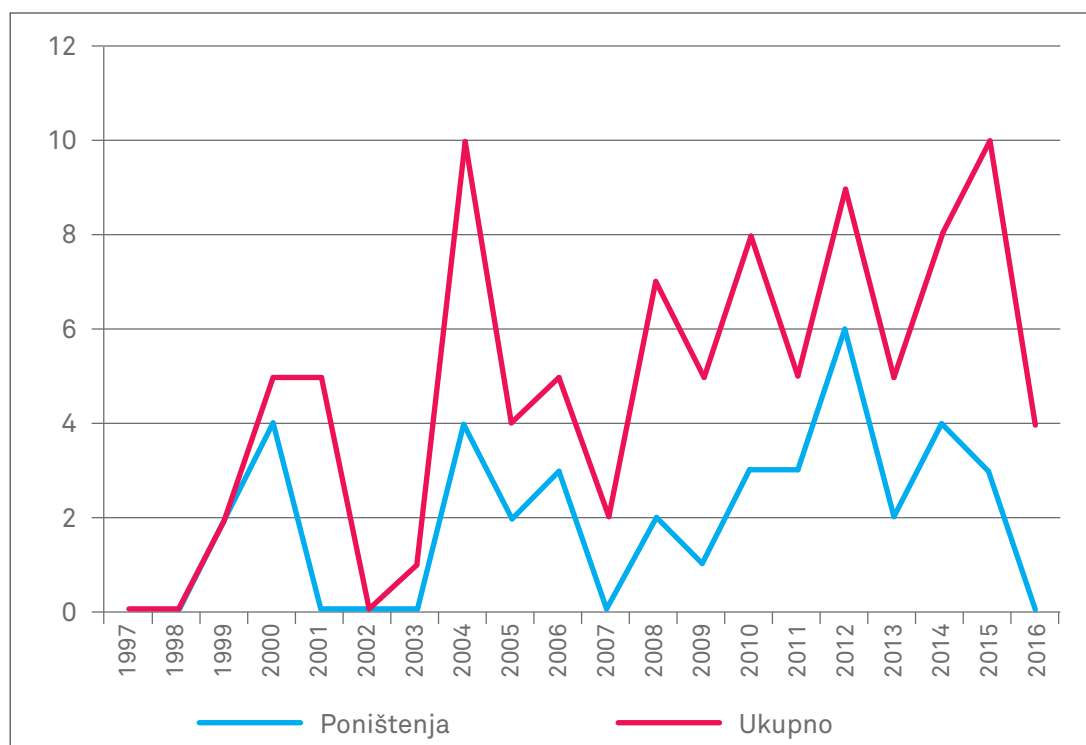
⁹⁶ Ibid., 97.

⁹⁷ Choudhri i Hunter (n 87) 534. Također Richard A. Posner, ‘Foreword: A Political Court’ (2005) 119 Harvard Law Review 32, 34.

zakona” da opišemo širi spektar fenomena, neovisno o vremenskom učinku odluka ili činjenici da se odluka odnosi na čitav zakon ili određene odredbe.

Nakon pregleda podataka zaključujemo sljedeće: ukupna stopa poništavanja iznosi 41%, a kod predmeta proslijeđenih sa redovnih sudova iznosi 50% i viša je nego kod apstraktnih ocjena ustavnosti gdje iznosi 38%. Jedan od mogućih razloga za to je da su redovni sudovi oprezniji u korištenju svojih prava, pa se fokusiraju na predmete u kojima smatraju da je neustavnost očiglednija. Nadalje, Sud je bio jednoglasan u svim proslijeđenim predmetima, izuzev tri, u poređenju s apstraktnim ocjenama ustavnosti, gdje je bio jednoglasan u 58% slučajeva. Kada je u pitanju ukupna stopa poništavanja, teško je u apstraktnom smislu reći ide li ona u prilog tvrdnji o uzdržanosti ili ne.⁹⁸ Moramo imati na umu da Sud nema diskrecionu kontrolu nad popisom predmeta koji mu se upućuju, što ima za posljedicu da pred Sud stižu zahtjevi sumnjivoga kvaliteta, pa pod takvim okolnostima odbijanje zahtjeva ne treba tumačiti kao uzdržanost, već kao posljedicu proste primjene ustavnih odredaba. Nadalje, u neobičnom bosanskohercegovačkom kontekstu, Sud može iskazati aktivizam potvrđujući zakone koje nametne visoki predstavnik za BiH (VPBiH), što detaljnije istražujemo u odjeljku 2.2.2.

Tabela 1: Predmeti u kojima se odlučivalo o meritumu u okviru nadležnosti USBiH za apstraktnu ocjenu ustavnosti i proslijeđene predmete



⁹⁸ U kanadskom kontekstu, Choudri i Hunter tvrde za slične brojke da ne idu u prilog aktivizmu. Vidjeti: Choudri i Hunter (n 87) 545.

Nadalje, veća je vjerovatnoća da će Sud poništiti i proglasiti neustavnim zakone donesene na nivoima ispod državnog (47%) nego zakone donesene na državnom nivou (33%). Objašnjavajući sličnu tendenciju kod Vrhovnog suda Sjedinjenih Američkih Država, Whittington objašnjava da bi to moglo biti zbog “relativne političke neotpornosti saveznih država na federalni sudski nadzor”, kao i zbog “relativnog obilja i raznovrsnosti zakona saveznih država, u poređenju sa zakonima koje donosi Kongres”.⁹⁹ Ovo se odnosi i na bosanskohercegovački kontekst. Nadalje, za razliku od zakonodavnih institucija na entitetskom nivou koje imaju samo jednu slabu veto tačku, a koja u praksi bude neutralizirana na entitetskim ustavnim sudovima, na državnom nivou postoje dvije veto tačke u zakonodavnom procesu, od kojih jedna nije podložna sudskoj kontroli. To za posljedicu ima česte zakonodavne blokade i skroman zakonodavni učinak.¹⁰⁰ Stoga se očekuje da ono malo usvojenih zakona bude rezultat širokoga kompromisa, dakle, da budu umjereniji i otporniji na sudsku kontrolu. Razlika u stopama poništavanja također bi mogla ići u prilog tvrdnji da Sud obavlja državotvornu funkciju.

Što se tiče aktera koji su Sudu podnijeli većinu zahtjeva za ocjenu ustavnosti zakona, primjećuje se jasna disproporcionalnost: prosljeđivanje od strane izvršnih tijela je zaslužno za gotovo dvije trećine predmeta, dok su samo jednu petinu predmeta pokrenula zakonodavna tijela na svim nivoima vlasti. Parlament FBiH, zakonodavno tijelo entiteta koji obuhvata više od polovice zemlje, podnio je Sudu samo tri zahtjeva za dvadeset godina, a Skupština Distrikta Brčko to nije učinila niti jednom.

Jedan važan aspekt koji se mora razmotriti vezano za posljednju navedenu činjenicu su dinamike odnosa između Suda i parlamentarne manjine, te mjera u kojoj parlamentarna manjina u Sudu nalazi prirodnog saveznika u borbi protiv većine i vlasti.¹⁰¹ Međutim, ovu analizu otežava činjenica da bosanskohercegovački konsocijacijski politički režim, naročito na državnom nivou, po svojoj prirodi zahtijeva široke koalicije, koje obuhvataju stranke koje predstavljaju sve dominantne etničke grupe,¹⁰² što teoretski umanjuje mogućnost potencijalnoga konflikta između opozicije i vladajuće koalicije. K tome, spomenute veto tačke u zakonodavnom procesu, u kombinaciji s činjenicom da su koalicije često veoma nestabilne, rezultiraju skromnim zakonodavnim učinkom na državnom nivou koji bi opozicija uopće mogla osporavati na Sudu. Zbog toga su, u tom smislu, naročito zanimljivi slučajevi iz prvog saziva Suda, u kojima je VPBiH intervenirao u zakonodavnom procesu i nametao zakone nakon blokada u zakonodavnom

⁹⁹ Whittington (n 88) 2227.

¹⁰⁰ Vidjeti: Ivana Marić (ur.), *Proces odlučivanja u Parlamentarnoj skupštini Bosne i Hercegovine: stanje – komparativna rješenja – prijedlozi* (Konrad Adenauer Stiftung 2009); Birgit Bahtić-Kunrath, 'Of Veto Players and Entity-voting: Institutional Gridlock in Bosnian Reform Process' (2011) 39 *Nationalities Papers* 899.

¹⁰¹ Vidjeti Sadurski (n 20) 93–96.

¹⁰² Marković, *Bosanskohercegovački federalizam* (n 16) 218–219.

procesu na državnom nivou, a koje su onda zastupnici iz RS-a pred Sudom osporavali kao neustavne. Činjenica da niti u jednom od tih slučajeva iz svog formativnog perioda Sud nije stao na stranu demokratski izabраниh predstavnika već na stranu vanustavne sile koja nameće zakone u domaćem pravnom sistemu, a sve u cilju jačanja centralne države i ispravljanja nedostataka nastalih usljed okolnosti pod kojima je pisan Ustav, dodatno ukazuje na stvarnost aktivizma Suda i njegovu ulogu kreatora politike.

Poredeći petogodišnji mandat prvog saziva Suda s mandatom trenutnog saziva, koji u ovom trenutku traje već četrnaest godina, također primjećujemo statistički različite stope poništavanja zakona, naime 50% u prvom sazivu naspram 39% u drugom. Kako vidimo iz tabele 1, treba imati na umu da je Sud u prvom sazivu imao manje predmeta. Međutim, moramo zapaziti da je u prvom sazivu Sud bio dosta podjeljeniji u stavovima i da su te podjele bile dublje. Što se tiče prve činjenice, u prvom sazivu Sud je bio jednoglasan samo u 25% predmeta, dok je u drugom sazivu bio jednoglasan u 70% predmeta. Što se tiče druge činjenice i dublje prirode podijeljenosti Suda, mora se primijetiti da je tokom prvog, petogodišnjeg saziva, Sud u pet navrata bio podijeljen pet naprema četiri,¹⁰³ a u narednih četrnaest godina to se desilo samo jednom (godine 2015). Ovo se poklapa s općim intuitivnim opažanjem, zabilježenim u literaturi, da je Sud u prvom sazivu bio u puno većoj mjeri aktivistički. Štaviše, komentirajući jednoglasnu odluku Suda iz 2004, kojom je kao neustavna poništena legislativa o etnički ekskluzivnim imenima gradova u RS-u, bivši međunarodni sudija USBiH David Feldman bio je mišljenja da bi ta odluka “mogla najaviti novu eru u kojoj je lojalnost entitetima ili narodima podređena pravnom profesionalizmu i lojalnosti Ustavu i Sudu”.¹⁰⁴ Statistički gledano, čini se da je njegovo predviđanje utemeljeno, što se može objasniti činjenicom da je prvi saziv Suda pred sobom imao i skinuo s dnevnog reda neka od najkontroverznijih pitanja.

2.2. Kvalitativni pristup i pitanje tumačenja

Ustav ne propisuje niti jedan metod kojim bi ga trebalo tumačiti.¹⁰⁵ Odredba kojom se utvrđuje nadležnost Suda nalaže da će Sud “podržavati ovaj Ustav”,¹⁰⁶

¹⁰³ Ukoliko ubrojimo odluke o dopustivosti, Sud je bio podijeljen pet naprema četiri u osam navrata u prvom petogodišnjem sazivu.

¹⁰⁴ David Feldman, ‘Renaming Cities in Bosnia and Herzegovina’ (2005) 3 International Journal of Constitutional Law 649, 660. Također: Sujit Choudhry i Richard Stacey, ‘Independent or Dependent? Constitutional Courts in Divided Societies’ u *Rights in Divided Societies*, ur. Colin Harvey i Alex Schwartz (Hart Publishing 2012).

¹⁰⁵ Vidjeti slučaj U-5/04, 27. januar 2006, para. 15. Također vidjeti slučaj U-10/05, 22. juli 2005, para. 28.

¹⁰⁶ Član VI/3 Ustava Bosne i Hercegovine.

što samo po sebi zahtijeva tumačenje.¹⁰⁷ Tumačenje većim izazovom čini priroda Ustava, koji je rezultat kompromisa, dosegnutog nakon napornih pregovora između zaraćenih strana, koji ima formu kratkog i “nepotpuno realiziranog sporazuma”¹⁰⁸ i koji karakteriziraju “nejasnost” i “vrlo lakonske formulacije”¹⁰⁹. Kakve to posljedice, prema stanovištu USBiH, ima po tumačenje Ustava, vidi se iz riječi predsjednika Suda:

[U]stav BiH, ovakav kakav jeste, je zapravo proizvod, ja bih rekao, američke pravne škole, ne evropskog kontinentalnog prava i to je bitna razlika. Tako da jedan vrlo kratak ustav... [s] jedne strane, omogućava i daje širok prostor Ustavnom sudu za dinamično razumijevanje ustavne norme, koja je u nekim dijelovima vrlo, da kažem općenita, ali se kroz praksu konkretizirala... [A] s druge strane, omogućava i evolutivno tumačenje Ustava... I to je, iskreno govoreći, posljedica karakteristika teksta Ustava.¹¹⁰

Da li sud u jednoj krhkoj demokratiji kao što je BiH treba slijediti stav prema kojem sudovi trebaju pokazati uzdržanost¹¹¹ ili onaj prema kojem bi ustavni sudovi trebali ispoljavati sudski aktivizam tako što bi “ostvarivali nepotpuni projekt ustavnog kompromisa”,¹¹² čini se da je stvar izbora zasnovanog na drugim normativnim razmatranjima. Bivši međunarodni sudija USBiH David Feldman izjavio je da iako tekst Ustava određuje spoljašnje granice prihvatljivog tumačenja, u konačnici on je “izvor inspiracije a ne determinirajući faktor”, što znači da “ustavni sudovi moraju napraviti autoritativan izbor između mogućih ustavnih interpretacija”, nakon razmatranja praktičnih posljedica tog izbora.¹¹³

¹⁰⁷ Vidjeti predmet U-5/04, 27. januar 2006, para. 15. Također predmet U-10/05, 22. juli 2005, para. 28. Pored toga, vidjeti Marko, ‘Five Years of Constitutional Jurisprudence in Bosnia and Herzegovina: First Balance’ (n 48) 20–21; Grewe i Riegner (n 8) 45; David Feldman, ‘Factors Affecting the Choice of Techniques of Constitutional Interpretation’ (naučni rad sa okruglog stola IACL, na Université Montesquieu – Bordeaux IV, održanog 15. i 16. oktobra 2004).

¹⁰⁸ Više o pojmu općenito u: Issacharoff, ‘Constitutional Courts and Democratic Hedging’ (n 20) 983. Također u: Cass Sunstein, ‘Incompletely Theorized Agreements’ (1995) 108 Harvard Law Review 1733.

¹⁰⁹ Grewe i Riegner (n 8) 45; Grewe (n 54) 3.

¹¹⁰ Ćeman (n 72).

¹¹¹ Vidjeti, npr., Ruth Gavison, ‘The Role of Courts in Rifted Democracies’ (1999) 33 Israel Law Review 216.

¹¹² Issacharoff, ‘Constitutional Courts and Democratic Hedging’ (n 20) 979. Također vidjeti: Nedim Ademović, ‘Značaj i metode tumačenja kroz praksu Ustavnog suda Bosne i Hercegovine’ (2012) 5 (9) Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici 29, 34.

¹¹³ Feldman ‘Factors Affecting the Choice of Techniques of Constitutional Interpretation’ (n 107) 2. Sličnih pogleda su Sunstein i Posner, koji su vrlo skeptični u pogledu obaveznog pristupa ustavnom tumačenju, ali navode da se pri odlučivanju za određeni pristup treba voditi pitanjem “šta se čini kao najbolje rješenje” (Posner) ili šta je to što bi ustavni sistem učinilo “manje lošim” (Sunstein). Vidjeti: Richard Posner, ‘Democracy and Distrust Revisited’ (1991) 77 Virginia Law Review 650; Cass R. Sunstein, *Constitutional Personae* (Oxford University Press 2015) 44.

Tu tačku gledišta usvajaju i neki članovi domaće akademske zajednice. Bosanskohercegovački stručnjak za ustavno pravo iz RS-a Goran Marković izvukao je sličan zaključak iz “nepotpun[e], nejasn[e] i protivrječn[e]” prirode Ustava, napominjući da ona otvara “mogućnosti različitog tumačenja, ne samo u zavisnosti od prihvaćenog metoda, već i od različitih interesa i razloga koji na to navode”, a ti razlozi su “vrlo često političke, a ne pravne prirode”.¹¹⁴

Svako teleološko tumačenje Ustava za koje bi se odlučio Sud ili većina unutar Suda mora za predmet imati neki cilj ili namjeru Ustava, odnosno pretpostavljenih ustavotvoraca. Jedan bivši međunarodni sudija USBiH zaključuje da je “[r] ekonstrukcija multietničkog društva jedan od ciljeva Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, mada za to ne postoji čisto, pozitivističko pravno utemeljenje”.¹¹⁵ Još od samih početaka, USBiH je, prvo malom sudijskom većinom, ali kasnije većom, skupio sve resurse koje pruža ustavni tekst kako bi rekonstruirao namjeru tvorca Ustava koja bi pretežno vodila ka cilju reintegracije društva. Sud je najočitije locirao taj cilj u odredbama Ustava i Dejtonskog sporazuma u cjelini koje uređuju povratak izbjeglica i raseljenih lica, što je Sud okarakterizirao kao “glavni” ili “primarni” cilj cijelog Dejtonskog sporazuma.¹¹⁶ Koliko interpretacijskog prostora taj pristup daje Sudu vidi se u odluci kojom je poništio kao neustavnu odredbu Zakona o državljanstvu BiH koja kaže, u relevantnom dijelu, da se “državljanstvo BiH gubi [...] dobrovoljnim sticanjem drugog državljanstva, ukoliko se ne određuje drugačije bilateralnim sporazumom zaključenim između BiH i te države”, iako Ustav eksplicitno kaže da “državljanici Bosne i Hercegovine mogu imati državljanstvo druge države, pod uslovom da postoji bilateralni ugovor između Bosne i Hercegovine i te države kojim se to pitanje uređuje”. Podsjećajući da je Ustav donesen u “specifičnim historijskim okolnostima” koje su koincidirale sa završetkom oružanog sukoba u BiH, usljed kojeg je raseljen veliki dio stanovništva, Sud je zaključio da je “kao institucija koja će ‘podržati ovaj Ustav’, apsolutno siguran da volja ustavotvorca nije bila da izbjeglicama oteža povratak u njihovu domovinu”.¹¹⁷

Kako ćemo kasnije tvrditi, pored cilja reintegracije društva, Sud je također bio aktivan na polju jačanja ispočetka izuzetno slabe centralne države. Za razliku od reintegracije multietničkog društva, koje parazitira na eksplicitnom pravu povratka, Ustav daje instrumente za jačanje centralne države, ali odluku o njihovom korištenju prepušta politici. Upravo je činjenica da nije bilo političke

¹¹⁴ ‘Funkcionisanje države i metodi tumačenja’ (2012) 5 (9) Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici 35, 50.

¹¹⁵ Citirano u: Cindy Skatch, ‘Rethinking Judicial Review: Shaping the Toleration of Difference’ u *Rethinking the Rule of Law after Communism: Constitutionalism, Dealing with the Past, and the Rule of Law*, ur. Adam Czarnota, Martin Krygier i Wojciech Sadurski (Central European University Press 2005) 71.

¹¹⁶ Vidjeti, npr., predmet U-5/98-III, 30. juni i 1. juli 2000, para. 73; predmet U-16/00, 22. februar 2001; predmet U-14/00, 4. maj 2001; predmet U-14/02, 30. januar 2004; predmet U-83/03, 22. septembar 2004.

¹¹⁷ Predmet U-9/11, 23. septembar 2011, para. 36.

volje za upotrebu tih instrumenata dovela do potrebe za intervencijama VPBiH u pravni sistem BiH, a koje su potom osporene pa legitimizirane pred Sudom. Uzimajući to u obzir, čini se opravdanim mapirati odluke koje je USBiH donio tokom godina, naročito u svrhu reintegracije društva i jačanja centralnih institucija, a kako bismo utvrdili u kojoj je mjeri bio aktivistički.

2.2.1. Odnos Suda s političkim režimom: rasturanje konsocijacijskih kompromisa

Politički režim BiH može se slobodno okarakterizirati kao konsocijacijski.¹¹⁸ U vrijeme kada je Dejtonski mirovni sporazum stupio na snagu, u zemlji su postojale tri manje ili više definirane etnokracije, koje su uživale visok nivo kulturne autonomije i političke samoorganizacije.¹¹⁹ Jedan od aspekata aktivizma Suda ogleda se u njegovoj potencijalnoj ulozi, kako kažu neki autori, “rasturača etničkih političkih pogodbi”;¹²⁰ a koje se manifestiraju u vidu određenog broja konsocijacijskih aranžmana, u cilju postizanja reintegracije prethodnog multikulturnog društva u kojem kolektivna prava nisu bila toliko izražena.

Trebali bismo se prisjetiti da se konsocijacijski aranžmani sastoje od sljedeća četiri elementa: a) podjela izvršne/zakonodavne vlasti, b) autonomija zajednice, c) proporcionalnost i d) uzajamni veto.¹²¹ Imajući to na umu, relevantne procese shvatamo objektivno, kao bilo koji čin Suda (svjesni ili nesvjesni) koji ima učinak podrivanja konsocijacijskih političkih aranžmana. Međutim, subjektivno gledano, da bi Sud rasturao etničke političke pogodbe, na način koji s normativnog aspekta ima određeni značaj, on bi morao svaki pojedini politički aranžman koji podriva shvatati kao konsocijacijski i djelovati s namjerom da ga ukine ili oslabi, jer, u suprotnom, rasturanje bi moglo biti percipirano kao kolateralna šteta inače nekontroverzne sudske aktivnosti. Prema našem mišljenju, objektivni pristup čini se prikladnijim, naročito ako imamo na umu da dokazi za postojanje namjere ne moraju nužno biti očiti. Razlog tome je opća tendencija sudova da svoje odluke izražavaju formalistički, što se ponekad karakterizira kao svjesna varka,¹²² sa ciljem kontrole štete koju presuda može izazvati. Međutim, namjera se često da nazrije iz rezoniranja sudova, naročito iz mišljenja o neslaganju, ili zahtjeva tijela

¹¹⁸ Vidjeti, npr., Florian Bieber, ‘The Challenge of Institutionalizing Ethnicity in the Western Balkans: Managing Change in Deeply Divided Societies’ (2003) 3 *European Yearbook of Minority Issues* 89.

¹¹⁹ Šarčević, *Ustav iz nužde* (n 17) 42.

¹²⁰ Richard H. Pildes, ‘Ethnic Identity and Democratic Institutions: A Dynamic Perspective’ u *Constitutional Design for Divided Societies: Integration or Accommodation?*, ur. Sujit Choudhry (Oxford University Press 2008) 195.

¹²¹ Vidjeti: Christopher McCrudden i Brendan O’Leary, ‘Courts and Consociations, or How Human Rights Courts May De-Stabilize Power-Sharing Settlements’ (2013) 24 *European Journal of International Law* 477, 480.

¹²² Vidjeti: Jeffrey Goldsworthy, ‘The Limits of Judicial Fidelity to Law: The Coxford Lecture’ (2011) 24 *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 305.

na subnacionalnom nivou. S tim ciljem kratko ćemo analizirati četiri elementa koji, prema Lijphartu, tvore konsocijacijski aranžman, kako bismo pokazali da je Sud podrivao svaki od njih, u različitoj mjeri.

2.2.1.1. Podjela izvršne/zakonodavne/sigurnosne vlasti

To je za Lijpharta jedna od primarnih karakteristika konsocijacijske demokratije, a sadržana je u “sudjelovanju predstavnika svih značajnih grupa u donošenju političkih odluka, na izvršnom nivou”;¹²³ a moguće i u zakonodavnoj te drugim oblastima.¹²⁴ Ovdje je važno napomenuti da iako Sud, u principu, ne može utjecati na mehanizme dijeljenja vlasti sadržane u Ustavu BiH, on konstantno koristi svoje nadležnosti kako bi ograničio širenje konsocijacijskog “zračenja” na ostatak ustavnog sistema. U Odluci U-5/98-III, Sud navodi da su mehanizmi dijeljenja vlasti ukorijenjeni u Ustavu, u mjeri u kojoj im je priroda diskriminatorna, “legitimiziran[i] samo njihovim ustavnim rangom i, stoga, moraju biti usko formuliran[i]”.¹²⁵

Imajući na umu važnost tog konsocijacijskog elementa, a zahvaljujući svojoj važnosti je i “zacementiran” u Ustavu BiH, Sud je imao malo prilika da se njime bavi. Ovdje je zanimljiv predmet u kojem je Sud ocjenjivao ustavnost odredaba Zakona o Vijeću ministara BiH i ministarstvima BiH, kojima je bilo predviđeno, usljed jednog od prvih kompromisa nove koalicije nacionalističkih stranaka, postojanje dva supredsjedavajuća i jednog potpredsjedavajućeg Vijeća ministara, suprotno Ustavu. Sud je s lakoćom proglasio neustavnima relevantne odredbe ovih zakona, koje su imale očitu namjeru proširivanja aranžmana dijeljenja vlasti, ali se u formulaciji ograničio na hijerarhiju normi.¹²⁶ Entitetski ustavni sudovi, odnosno njihova vijeća za zaštitu vitalnih interesa, oslanjajući se na rezoniranje USBiH, na sličan su način odbacili žalbe na diskriminaciju u predmetima u kojima su apelanti zahtijevali uvođenje neke vrste mehanizma dijeljenja ovlasti u raznim izvršnim ili zakonodavnim kontekstima.¹²⁷

2.2.1.2. Autonomija zajednice

Ovaj element, druga među “primarnim karakteristikama”, znači da “grupe imaju nadležnost da uređuju svoje unutarnje stvari, naročito na polju obrazovanja i

¹²³ Arend Lijphart, ‘The Wave of Power-Sharing Democracy’ u *The Architecture of Democracy: Constitutional Design, Conflict Management, and Democracy*, ur. Andrew Reynolds (Oxford University Press 2002) 39.

¹²⁴ McCrudden i O’Leary, ‘Courts and Consociations, or How Human Rights Courts May De-Stabilize Power-Sharing Settlements’ (n 121) 480.

¹²⁵ Predmet U-5/98-III, 30. juni i 1. juli 2000, para. 68.

¹²⁶ Predmet U-1/99, 14. august 1999. Također, vidjeti predmet U-1/98, 5. juni 1998. (odluka o dopustivosti).

¹²⁷ U kontekstu FBiH, vidjeti, npr., predmet U-8/03, 8. oktobar 2003, i predmet U-18/06, 13. septembar 2006.

kulture”¹²⁸ Prihvaćamo pretpostavku da je ova oblast autonomije u određenom smislu isključujuća, bilo teritorijalno ili funkcionalno, tako da se od onih koji ulaze u prostor autonomije očekuje da ne zahtijevaju da im se izlazi ususret. Imajući to na umu, možemo zaključiti da je ovaj element često bio podvrgnut aktivnostima sudova, na svim nivoima vlasti, usmjerenim ka “rasturanju” veoma jakih konsocijacijskih aranžmana uspostavljenih na kraju oružanog sukoba, a koji bi mogli biti povezani s ovim elementom. Na najtemeljnijem nivou, Sud je nedvosmisleno odbacio sentiment koji je izrazio zastupnik Narodne skupštine RS-a 2006. u usmenom obraćanju Sudu: “Republika Srpska u svakom slučaju ostaje – svidjelo se to nekome ili ne – na simboličan način, entitet – majka Srba”.¹²⁹ Nakon odluke Suda u predmetu U-5/98-III, koncepcija entitetâ kao isključivih etničkih baza, bez obzira na moguću podršku koju takva ideja uživa na relevantnoj teritoriji, u pravnom smislu nema nikakve šanse za uspjeh.

Taj rezon poslužio je kao osnova za “rasturanje” koje se može vidjeti na primjeru znakovlja (zastave, grbovi, himne) entiteta, kantona i općina, pri čemu su sudovi na svim nivoima bili jednoglasni u odluci da su simboli na bilo kojoj teritoriji i bez obzira na način na koji su usvojeni ili na sastav stanovništva koje tu živi neustavni ako ne sadrže naslijeđe drugih konstitutivnih naroda.¹³⁰ Odluke o imenima gradova s isključujućim etničkim konotacijama, koja su proglašena neustavnim, također se mogu promatrati u tom svjetlu.¹³¹ Test koji implicira rezoniranje USBiH, a koji su kasnije preuzeli ustavni sudovi na nižim nivoima, daje dvije opcije tijelu koje želi izraziti ili “zacementirati” svoju kulturnu autonomiju: (etničku) inkorporaciju ili (etničku) neutralizaciju. Sud se čvrsto drži tog rezona, usprkos jednoglasnom protivljenju svih političkih stranaka i javnog mnijenja u datom entitetu, kao što je bio slučaj s Republikom Srpskom i njenim Zakonom o praznicima RS-a, čija je jedna odredba proglašena neustavnom u odluci koja je generirala jednu od najvećih ustavnih kriza od kraja rata.¹³²

U nekoliko predmeta vezanih za obrazovanje Sud je jasno rekao da je neustavan svaki aranžman uspostavljen sa svrhom zaštite samo jednog jezika, kao što su tzv. “nacionalni univerziteti” ili “nacionalne škole”, ponovo bez obzira na teritorij (i sastav stanovništva) na kojem je uspostavljen¹³³ Nisu se bolje proveli ni pokušaji uspostavljanja “nacionalne televizije”¹³⁴

¹²⁸ Lijphart (n 123) 39.

¹²⁹ Predmet U-4/04, 18. novembar 2006, para. 27.

¹³⁰ Na državnom nivou vidjeti predmet U-4/04, 31. mart 2006, i U-4/04, 18. novembar 2006. Na nivou RS-a, vidjeti, npr., predmet UV-4/07, 25. juli 2007. (melodija himne), predmet UV-3/08, 22. decembar 2008. (grb i tekst himne), predmet UV-5/11, 20. septembar 2011. (pravoslavna Nova godina).

¹³¹ Odluka U-44/01, 27. februar 2004.

¹³² Predmet U-3/13, 26. novembar 2015. Ne treba ni napominjati da su obje sudije iz RS-a izrazile snažno protivljenje.

¹³³ Za državni nivo vidjeti predmet U-8/04, 25. juni 2004. Za nivo FBiH vidjeti predmet U-28/04, 3. novembar 2004.

¹³⁴ Predmet U-10/05, 22. juli 2005. Objе hrvatske sudije u tom predmetu imale su suprotno mišljenje.

2.2.1.3. Proporcionalnost

Predmeti vezani za ovaj element konsocijacijske demokratije ukazuju na jasan trend kod sudova, zasnovan na praksi USBiH, da odbacuju sve zahtjeve za pozitivnu diskriminaciju, bilo u formi etničkog pariteta ili proporcionalnog zastupanja, čak i u slučajevima kada bi to umanjilo rezultate etničkog čišćenja i genocida. Ako već postoje aranžmani koji favoriziraju određene grupe, tijelima vlasti su na raspolaganju dvije opcije: inkorporacija ili neutralizacija. To je bio slučaj sa Zakonom o gradu Sarajevu, gdje se grad na kraju odlučio za inkorporaciju.¹³⁵ U predmetima u kojima su odredbe *prima facie* etnički neutralne, Sud je redovno odbacivao sve zahtjeve za etničku inkluziju, bez obzira na moguća opravdanja¹³⁶ Služeći se rezoniranjem USBiH, entitetski ustavni sudovi redovno odbacuju zahtjeve za uvođenje proporcionalnog zastupanja ne samo u zakonodavnim ili izvršnim tijelima, već i u drugim institucijama kao što su muzeji, zdravstvene ustanove, upravni odbori drugih institucija i slično.¹³⁷

2.2.1.4. Uzajamni veto

Relevantnu odredbu Ustava, u kojoj se kaže da će Sud provjeriti “proceduralnu ispravnost” pozivanja na etnički veto, većina stranih¹³⁸ i domaćih komentatora,¹³⁹ ali i aktera iz redova lokalnog političkog establišmenta,¹⁴⁰ uzima zdravo za gotovo i tumači je u smislu da ona ograničava Sud na proceduralnu a ne meritornu ocjenu. Štaviše, u dostupnim zapisima s pregovora u Daytonu navodi se da je

¹³⁵ Predmet U-4/05, 22. april 2005.

¹³⁶ Za državni nivo vidjeti predmet U-7/05, 2. decembar 2005. (gradska vijeća Banje Luke i Istočnog Sarajeva), predmet U-5/05, 27. januar 2006. (Parlament FBiH), predmet U-13/09, 30. januar 2010. (Predstavnički dom Parlamentarne skupštine BiH, Predstavnički dom Parlamenta FBiH i Narodna skupština RS-a).

¹³⁷ Za nivo FBiH vidjeti, npr., predmet U-8/03 i predmet U-29/05. Za nivo RS-a vidjeti, npr., predmet UV-5/07, predmet UV-1/08, predmet UV-2/08, predmet UV-1/09, predmet UV-3/09, predmet UV-2/10, predmet UV-5/10, predmet UV-1/11.

¹³⁸ Vidjeti: Paul C. Szasz, ‘The Quest for a Bosnian Constitution: Legal Aspects of Constitutional Proposals Relating to Bosnia’ (1995) 19 *Fordham International Law Journal* 392; Yee (n 9) 188; Fred L. Morrison, ‘The Constitution of Bosnia-Herzegovina’ (1996) 13 *Constitutional Commentary* 145, 149; Steven L. Burg i Paul S. Shoup, *The War in Bosnia-Herzegovina: Ethnic Conflict and International Intervention* (M. E. Sharpe 1999) 370; Carsten Stahn, ‘Die verfassungsrechtliche Pflicht zur Gleichstellung der drei ethnischen Volksgruppen in den bosnischen Teilrepubliken – Neue Hoffnung für das Friedensmodell von Dayton?’ (2000) 60 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 665, 677; Gro Nystuen, *Achieving Peace or Protecting Human Rights? Conflicts Between Norms Regarding Ethnic Discrimination in the Dayton Peace Agreement* (Martinus Nijhoff Publishers 2005) 150; Venecijanska komisija, ‘Mišljenje o ustavnoj situaciji u Bosni i Hercegovini i ovlastima Visokog predstavnika’ CLD-AD (2005) 004-3, 11–12. mart 2005, 32.

¹³⁹ Rajko Kuzmanović, *Ustavno pravo* (Pravni fakultet u Banjoj Luci 2002) 317; Steiner i Ademović (n 1) 808; Šarčević, *Ustav iz nužde* (n 17) 388–389.

¹⁴⁰ Vidjeti, npr., Vinko Radovanović, transkript 27. zasjedanja Doma naroda Parlamentarne skupštine BiH, 29. juli 2004, 4, 7; Branko Zrno, transkript 37. zasjedanja Doma naroda Parlamentarne skupštine BiH, 19. oktobar 2009, 26.

ta formulacija strateški upotrijebljena s namjerom sprečavanja meritornog djelovanja Suda po ovom pitanju.¹⁴¹ Nasuprot svemu tome, Sud je, na osnovu prvog predmeta o kojem je odlučivao po ovoj nadležnosti zaključio – usljed navodne “nejasnosti norme”,¹⁴² prema riječima jednog od sudija – da u njegove nadležnosti spada ne samo ocjena pridržavanja procedure, već i ocjena da li se prijedlog zakonskog akta uopće tiče vitalnog nacionalnog interesa određenog konstitutivnog naroda, a ako se tiče, Sud ima nadležnost procijeniti da li je akt destruktivan po taj interes, te je tako vrlo visoko podigao kriterije koji moraju biti ispunjeni da bi veto bio uspješan.¹⁴³ Prema riječima Suda: “[Z]aštita vitalnog nacionalnog interesa ne smije voditi nepotrebnoj dezintegraciji civilnog društva, kao neophodnog elementa moderne državnosti.”¹⁴⁴

Direktna posljedica ovog postupka Suda, kojim je subvertirana namjera ustavotvorca u cilju olakšavanja zakonodavne procedure, bila je neutralizacija ove veto tačke, koja je učinjena neefikasnom i otad ima stopu uspješnosti od samo 18%. Animositet Suda spram konsocijacijskih mehanizama također bi mogao objasniti neobično restriktivno tumačenje njegovih nadležnosti u jednom predmetu u kojem je široka koalicija bošnjačkih stranaka osporila očito neodrživo tumačenje Ustava RS-a od Ustavnog suda tog entiteta, a kojom je upotreba tog veto mehanizma učinjena potpuno neefikasnom i u RS-u.¹⁴⁵

* * *

Nasuprot McCruddenovom i O’Learyjevom tumačenju iznimno značajne odluke Suda u predmetu U-5/98-III, mi tu odluku smatramo dijelom “razaračkog kanona”, jer je ona, makar u pravnom smislu, otklonila koncepciju entitetâ ili kojih drugih političkih i teritorijalnih formacija, kao etničke baze koja se može pravdati u bilo kojem obliku. Također je poslužila kao presedan za sve kasnije odluke iz istog kanona. Princip konstitutivnosti naroda, uspostavljen u tom predmetu, otvoren je samo za usko tumačenje, a nakon gotovo potpunog napuštanja testa na diskriminacijsku namjeru,¹⁴⁶ on se više ne može koristiti u svrhu afirmativne akcije. Ovo u znatnoj mjeri ograničava širenje konsocijacijskih mehanizama u

¹⁴¹ Vidjeti Nystuen (n 138) 75–76.

¹⁴² Mato Tadić, *Ustavni sustav i ustroj pravosuđa u Bosni i Hercegovini: priručnik za pravosudni ispit* (Ministarstvo pravde BiH 2009) 48. Prema riječima međunarodne sutkinje USBiH, Sud interpretira pojam vitalnog nacionalnog interesa na način “sklon integraciji i pomirenju etničkih grupa”, u: Grewe (n 54) 9.

¹⁴³ Predmet U-2/04, 28. maj 2004, para. 23; predmet U-8/04, 25. juni 2004, para. 16, 20.

¹⁴⁴ Predmet U-10/05, 22. juli 2015, 28. Također vidjeti predmet U-5/98-III, 1. juli 2000, para. 55.

¹⁴⁵ Predmet U-7/10, 26. novembar 2010.

¹⁴⁶ Vidjeti, npr., Joseph Marko, “Comments by Prof. Dr. *Joseph Marko*, the judge rapporteur in the Case No. U 5/98 (line 10)” u Steiner and Ademović (n 1) 83. Podnositelj zahtjeva također se pozvao na argument diskriminatorne namjere u predmetu U-26/13, 26. mart 2015, para. 14, ali Sud to nije niti razmotrio.

sistemu, što je u suprotnosti s namjerama etničkog političkog establišmenta u svim dijelovima BiH.

Ovaj kratak pregled također ide u prilog hipotezi da bi Sud bio izuzetno sumnjičav spram potraživanja kolektivnih etničkih prava u vidu konsocijacijskih aranžmana dijeljenja vlasti. Štaviše, Sud je taj projekt uokvirio retorikom koja se odnosi na zabranu (kolektivne) diskriminacije, često se pozivajući na praksu ESLJP. Taj jezik Suda također ide u prilog Issacharoffovoj tvrdnji da su osporavanja konsocijacijskih aranžmana “najčešće zasnovana na argumentima koji se tiču ‘fundamentalnih prava’ i pokrenuta na ‘višoj instanci na međunarodnom nivou’”.¹⁴⁷ McCrudden i O’Leary bili su također u pravu sa svojom hipotezom da će zahtjev za ocjenu ustavnosti aranžmana dijeljenja vlasti biti uspješan samo ako koristi određenu vrstu rezoniranja, naime tvrdnje o neposrednoj etničkoj diskriminaciji.¹⁴⁸

2.2.2. Odnos Suda sa državnim strukturama: dijalektika legitimiziranja

Dejtonski ustav uspostavio je vrlo slabu i nestabilnu centralnu državu, toliko slabu i nestabilnu da je jedan autor primijetio da, u poređenju s Dejtonskim ustavom, “američki Članci o konfederaciji od prije dva stoljeća izgleda kao centralizirani, unitarni oblik vladavine”.¹⁴⁹ Također je prepoznato da je država, usprkos izostanku formalnih amandmana, u posljednje dvije decenije prošla kroz transformaciju i približila se državi kod koje se jasnije vide tradicionalne značajke federacije. Ne može se poreći uloga Suda u tom procesu, a širi pregled njegove prakse pokazuje da je do transformacije došlo u dva koraka, a to su široko tumačenje obima nadležnosti države i legitimiziranje intervencija VPBiH usmjerenih ka izgradnji države.

2.2.2.1. O obimu državnih nadležnosti

Član III Ustava BiH donosi kratak popis nadležnosti institucija BiH i odredbu prema kojoj sve vladine funkcije i ovlasti koje nisu Ustavom izričito dodijeljene institucijama BiH pripadaju entitetima. Jednostavno čitanje odredaba, koje se može vidjeti u jednom od ranih zapaženih komentara Ustava iz pera autora iz FBiH, a koje sadrži poglede rasprostranjene i u akademskom i u političkom establišmentu u RS-u, kaže da je Ustav omogućio sistem “dvojnog federalizma”,

¹⁴⁷ Samuel Issacharoff, ‘Democracy and Collective Decision Making’ (2008) 6 International Journal of Constitutional Law 231, 261. Također McCrudden i O’Leary, ‘Courts and Consociations, or How Human Rights Courts May De-Stabilize Power-Sharing Settlements’ (n 121) 490.

¹⁴⁸ Vidjeti McCrudden i O’Leary, ‘Courts and Consociations, or How Human Rights Courts May De-Stabilize Power-Sharing Settlements’ (n 121) 488.

¹⁴⁹ Morrison (n 138) 145. Nurko Pobrić, *Ustavno pravo* (Slovo 2000) 342–343, također zaključuje, iz nedostatka državnih nadležnosti na polju odbrane, policije i redovnog sudstva, da centralna vlast “jedva da postoji”.

te nevoljko odbacuje prijedlog “zajedničkih nadležnosti” entitetskog i državnog nivoa, lamentirajući da “Ustav jednostavno ne priznaje” taj koncept.¹⁵⁰ Štaviše, pri pisanju relevantne odredbe o nadležnostima državnih i entitetskih institucija, ustavotvorac je sigurno bio svjestan Ustava FBiH, usvojenog samo godinu ranije u sklopu Vašingtonskog sporazuma, a koji izričito predviđa zajedničke nadležnosti Federacije i njenih kantona, kao i direktnije mehanizme za njihovu saradnju.

Sud je, međutim, već u svojoj drugoj djelimičnoj odluci u znamenitom predmetu U-5/98 odbacio oba ta zaključka, našavši da nadležnosti države nisu ograničene popisom iz člana III/1 Ustava, te da se zbog neophodne saradnje između različitih nivoa vlasti u obzir moraju uzeti implicitne nadležnosti.¹⁵¹ U istoj toj odluci Sud je uveo koncept “okvirnog zakonodavstva” na državnom nivou, kao način operacionalizacije ideje dijeljenih ili podudarnih nadležnosti, pravdajući to potrebom za usklađivanjem entitetskog zakonodavstva sa ciljem implementacije zakona na nediskriminirajući način, te kako bi se otklonile prepreke slobodnom protoku roba i kapitala.¹⁵² Štaviše, Sud je zaključio da je postojala pozitivna obaveza države da usvoji “minimum standarda za jedinstveno građansko pravo u [BiH]”.¹⁵³ Važnost tog poteza potcrtana je u vansudskim pisanim radovima sudije izvjestitelja na tom predmetu, koji je potvrdio da je Sud imao namjeru “uspostaviti jasan ustavni osnov za ekonomsku integraciju, a time i integraciju države kao takve”.¹⁵⁴ Važno je napomenuti da se sud nije zaustavio na tome, već je rezonirao da opća ustavna odredba koja katalogizira prava “daje opću kompetenciju zajedničkim institucijama BiH za regulisanje svih pitanja pobrojanih u katalogu ljudskih prava”.¹⁵⁵ Sudac izvjestitelj kasnije je lamentirao nad zapostavljenošću ovog načina širenja državnih nadležnosti, koje je “rezultat neznanja svih političkih stranaka i njihovih eksperata za ustav koji ne čitaju odluke Ustavnog suda”.¹⁵⁶

No, ipak, baš taj rezon će godinu kasnije omogućiti većini na Sudu da, usprkos snažnom protivljenju četvorice sudija, legitimizira nametanje zakona od strane VPBiH, kojim je uspostavljena nova sudska instanca na državnom nivou, na osnovu potrebe da se osigura vladavina prava, kao i pravo iz EKLJP na pravično

¹⁵⁰ Pabrić (n 149) 342–343.

¹⁵¹ Predmet U-5/98-II, 18. februar 2000.

¹⁵² Predmet U-5/98-II, 18. februar 2000, 28. Sud je također pozvao na usvajanje okvirnih zakona o zvaničnim jezicima, pravdajući to potrebom za zaštitom normativnih principa, kao što su principi “pluralističnog društva” i “tržišne privrede”. Vidjeti predmet U-5/98-IV, 18. i 19. august 2000, 34.

¹⁵³ Marko, ‘Five Years of Constitutional Jurisprudence in Bosnia and Herzegovina: First Balance’ (n 48) 29. Vidjeti predmet U-5/98-II, 18. februar 2000, para. 14. i 29. Moglo bi se tvrditi da se ovim putem otvaraju kanali neformalne ustavne promjene, u kontekstu izrazito rigidnog ustava, slični onima koje su otvorili okvirni zakoni u SAD-u. Vidjeti: William N. Eskridge Jr. i John Ferejohn, *A Republic of Statutes: The New American Constitution* (Yale University Press 2011).

¹⁵⁴ Marko, “United in Diversity?” (n 92) 538.

¹⁵⁵ Predmet U-5/98-II, 18. februar 2000, para. 13.

¹⁵⁶ Marko, ‘Constitutional Reform in Bosnia and Herzegovina 2005-06’ (n 7) 214.

suđenje te učinkoviti pravni lijek.¹⁵⁷ Iako je tim potezom znatno proširen mogući obim državnih nadležnosti, ipak je ostalo nepokrivenih oblasti koje nisu mogle lako biti podvedene pod obavezu države da osigura najviši nivo međunarodno priznatih ljudskih prava i temeljnih sloboda svim osobama na svojoj teritoriji. Ne treba ni napominjati da je Sud kasnije popunio i tu prazninu širenjem nadležnosti Parlamentarne skupštine da donosi zakone u cilju implementacije raznih obaveza preuzetih na međunarodnom nivou, naročito onih vezanih za EU integracije, u sklopu širih spoljnopolitičkih ciljeva Predsjedništva BiH.¹⁵⁸ Nadalje, protumačeno je da u nadležnost Parlamentarne skupštine spada legislativa koja “značajno unapređuje” nadležnosti pobrojane u članu III/1 Ustava, čak i kad nije direktno zasnovana na njima.¹⁵⁹

2.2.2.2. Odnos sa VPBiH

Ustav predviđa mogućnost uvođenja dodatnih nadležnosti na državnom nivou i uspostavljanje institucija za vršenje tih nadležnosti, ali za to je potreban ili pristanak entiteta ili široka politička podrška u državnom parlamentu. Snažan veto mehanizam u Parlamentarnoj skupštini, takozvano “entitetsko glasanje”, brinuo se da zakoni koji zadiru u nadležnosti federalnih jedinica, napose RS-a, ne mogu lako dobiti potrebnu podršku u državnom parlamentu. Kako bi prevazišao ovu ključnu prepreku ekonomskoj integraciji i jačanju centralnih organa vlasti, Sud je morao pribjeći radikalnoj opciji: promjeni pravila priznanja.

Suočena s hroničnim zakonodavnim blokadama u periodu neposredno nakon rata, međunarodna zajednica pribjegli je kreativnoj reinterpetaciji mandata VPBiH u dijelu koji se odnosi na civilnu provedbu Dejtonskog sporazuma, po Aneksu 10 Sporazuma,¹⁶⁰ što je VPBiH omogućilo da jednostrano nameće te izmjenjuje i dopunjava zakonske akte, uključujući entitetske ustave, smjenjuje izabrane vladine zvaničnike, poništava odluke sudova, uključujući USBiH itd. VPBiH pribjegao je nametanju značajnog broja zakona usmjerenih ka jačanju centralne države, uključujući zakone o državljanstvu, dizajnu novčanica, zastavi i himni, o standardizaciji, graničnoj službi, putnim dokumentima, Sudu BiH i mnoge druge.¹⁶¹ Te poteze VPBiH naročito je kritizirao politički establišment u RS-u, čiji je

¹⁵⁷ Predmet U-26/01, 28. septembar 2001, para. 24–25.

¹⁵⁸ Vidjeti, npr., predmet U-9/07, 4. oktobar 2008, i predmet U-17/09, 27. mart 2010. Ovo je pitanje kontroverzno i u drugim federalnim kontekstima, što se vidi iz debate o tome mogu li se međunarodnim sporazumima širiti zakonodavne ovlasti američkog Kongresa u: Nicholas Quinn Rosenkranz, ‘Executing the Treaty Power’ (2005) 118 Harvard Law Review 1867.

¹⁵⁹ Predmet U-9/07, 4. oktobar 2008, para. 18.

¹⁶⁰ OHR će također pribjeći primjeni Odjeljka XI(2) Zaključaka Konferencije za implementaciju mira održane u Bonu. Vidjeti: ‘Bosnia and Herzegovina 1998: Self-sustaining Structures’ (Peace Implementation Council, 10. decembar 1997), dostupno na: <www.ohr.int/pic/default.asp?content_id=5182#11> stranica posjećena 14. februara 2015.

¹⁶¹ Vidjeti Office of the High Representative, ‘High Representative’s Decisions by Topic’ <www.ohr.int/decisions/archive.asp> stranica posjećena 14. februara 2015.

politički utjecaj u državnom parlamentu njima ukinut. Predstavници establišmenta RS-a istakli su da su postupci VPBiH u suprotnosti sa svrhom njegovog mandata iz Aneksa 10, u koji ne spadaju zakonodavni i izvršni prerogativi, te da njegovo kasnije pribjegavanje tzv. Bonskim zaključcima predstavlja ništa drugo do *ad hoc* reinterpretaciju Dejtonskog sporazuma, koja je u suprotnosti s voljom strana u Sporazumu.¹⁶²

Sud će se prvi put suočiti sa ovim pitanjem u predmetu koji su pred njega stavili članovi političkih stranaka iz RS-a u Zastupničkom domu Parlamentarne skupštine, u kojem su osporavali Zakon o Državnoj graničnoj službi, koji je nametnuo VPBiH. U vrlo kratkoj odluci, i uz suprotno mišljenje obojice sudija iz RS-a, Sud je iznio teoriju funkcionalnog dualiteta, pomoću kojeg VPBiH, kao sila međunarodne zajednice, intervenira u drugi pravni sistem zamjenjujući tako njegove organe, u ovom slučaju Parlamentarnu skupštinu BiH, kako bi ispunio svoj mandat koji mu je navodno dodijelila međunarodna zajednica. Praktično govoreći, USBiH je našao da nije nadležan za ocjenu ovlasti VPBiH ili diskrecionog prava upotrebe tih ovlasti, ali kada VPBiH primijeni te ovlasti u formi dekreta, koji se onda objavljuje u službenim glasilima, Sud ima svoju redovnu nadležnost za apstraktnu kontrolu ustavnosti vezano za njih.¹⁶³ Sud nije ispitivao pravnu osnovu koju je VPBiH naveo kao utemeljenje svojih postupaka, već ih je nekritički prihvatio.¹⁶⁴ Napomenuo je da status VPBiH nije jedinstven i da se slični primjeri mogu naći u mandatima pod režimom Lige naroda i “u nekim pogledima” u Austriji i Njemačkoj nakon Drugog svjetskog rata.¹⁶⁵ Pošto je prihvatio da VPBiH u principu može mijenjati demokratski izabranog zakonodavca i nametanjem uvoditi obavezujuće akte u domaći pravni sistem, Sud je opravdao ustavnost tih akata po meritumu, koristeći prethodno spomenutu strategiju koja se odnosi na tumačenje nadležnosti države.

¹⁶² Vidjeti, npr., stavove bivše predsjednice USBiH iz RS-a u: Snežana Savić, ‘Neke specifičnosti pravnog poretka Bosne i Hercegovine: Uloga Visokog predstavnika za Bosnu i Hercegovinu’(2004) 1 (1) Pravna riječ 53, 57. S druge strane, političari iz FBiH, naročito iz redova bošnjačkih nacionalnih stranaka, oštro su kritizirali VPBiH zbog njegove kasnije neaktivnosti. Vidjeti: Samir Huseinović, ‘Silajdžić se UN-u žali na Lajčaka’, *Deutsche Welle* (14. decembar 2008) <www.dw.com/bs/silajd%C5%BEi%C4%87-se-un-u-%C5%BEali-na-laj%C4%8Daka/a-3874413> (stranica posjećena 15. februara 2015).

¹⁶³ Predmet U-9/00, 3. novembar 2000, 5–6.

¹⁶⁴ Da je bilo prostora za ozbiljnu analizu, vidi se iz pisanih radova stručnjaka koji poriču da VPBiH ima takve ovlasti. Vidjeti, npr., Tim Banning, ‘The ‘Bonn Powers’ of the High Representative in Bosnia and Herzegovina: Tracing a Legal Figment’ (2014) 6 *Goettingen Journal of International Law* 259, 302. Ali vidjeti i predmet *Berić and Others v. Bosnia and Herzegovina* (dec.), br. 36357/04 et al., ECHR 2007-XII.

¹⁶⁵ Predmet U-9/00, 3. novembar 2000, 5. Također vidjeti: Bernhard Knoll, *The Legal Status of Territories Subject to Administration by International Organizations* (Cambridge University Press 2008) 350–355.

* * *

U ranom postdejtonskom periodu hronične političke nestabilnosti i inertnosti, USBiH i VPBiH, prema riječima jednog bivšeg međunarodnog sudije pri Sudu, bili su jedine “dvije institucije koje su radile protiv dezintegracije države i društva”.¹⁶⁶ U tom nastojanju nisu nalikovali na dva broda koji se noću mimoilaze. Pristup Suda po pitanju intervencija VPBiH popločao je put za naročitu “dijalektiku legitimiziranja”, prema Balkinovim riječima,¹⁶⁷ pomoću koje će VPBiH probiti zakonodavne blokade, omogućivši Sudu, nakon što su politički akteri osporavali postupke VPBiH, da legitimizira te postupke u fazi odlučivanja o dopustivosti i da potom proširi nadležnosti države u fazi odlučivanja o meritumu.¹⁶⁸ Ovu usku simbiotsku vezu sa ciljem integracije države naročito dobro ilustrira sljedeće iskreno priznanje bivšeg sudije Josepha Marka:

[C]ijeli sistem bio je zasnovan na prešutnom konsenzusu između Suda i visokog predstavnika da će Sud u vršenju svojih nadležnosti za ocjenu ustavnosti zakonskih akata, bez obzira na to od koga potječu, uvijek potvrditi meritum njegovih zakona, kao što se može vidjeti iz ovih presuda.¹⁶⁹

Za citiranu izjavu “zakačio” se politički establišment RS-a, koji je redovno citira u svojim izvještajima UN-ovom Vijeću sigurnosti kao dokaz političkog dosluha između Suda i VPBiH.¹⁷⁰ Kakav god bio meritum kritika RS-a na račun pristupa Suda, neporecivim se čini da USBiH “jeste stvorio osnov za jačanje državnih nadležnosti kako bi načinio protutežu dezintegrativnim silama koje izviru iz dijeljenja ovlasti”.¹⁷¹ Štaviše, ovim je popločan put za znatan transfer nadležnosti

¹⁶⁶ Joseph Marko, ‘Post-conflict Reconstruction through State- and Nation-building: The Case of Bosnia and Herzegovina’ (2004) 1 *European Diversity and Autonomy Papers* 5, 9.

¹⁶⁷ Jack M. Balkin, ‘Constitutional Interpretation and Change in the United States: The Official and the Unofficial’ (2015) *Yale Law School Public Law Research Paper No. 542*, 10 <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2594925> stranica posjećena 15. maja 2015.

¹⁶⁸ Također vidjeti predmet U-16/00, 2. februar 2001; predmet U-25/00, 23. mart 2001; predmet U-26/01, 28. septembar 2001.

¹⁶⁹ Marko ‘Five Years of Constitutional Jurisprudence in Bosnia and Herzegovina: First Balance’ (n 48) 18. VPBiH je tolerirao Sudu ocjenjivanje ustavnosti njegovih intervencija, jer je imao koristi od takve legitimacije. Vidjeti, npr., Philippe Leroux-Martin, *Diplomatic Counterinsurgency: Lessons from Bosnia and Herzegovina* (Cambridge University Press 2014) 218.

¹⁷⁰ Vidjeti, npr., President of the Republic, ‘Republika Srpska’s 12th Report to the UN Security Council’ oktobar, 2014. <www.predsjednikrs.net/wp-content/uploads/2014/11/Republika-Srpska-12th-Report-to-UNSC.pdf> stranica posjećena 12. februara 2015.

¹⁷¹ Marko, ‘Post-conflict Reconstruction through State- and Nation-building’ (n 166) 11. Također: Joseph Marko, ‘Integration durch Recht: Anmerkungen zur Funktion der Verfassungsgerichtsbarkeit am Beispiel der Judikatur des Verfassungsgerichts von Bosnien und Herzegowina’ u *Europas Identitäten. Mythen, Konflikte, Konstruktionen*, ur. Monika Mokre, Gilbert Weiss i Rainer Bauböck (Campus 2003) 174.

na državni nivo i uspostavu brojnih novih institucija, tako da sad “postojeći pravni osnov [za nadležnosti države i entiteta] ne odražava postojeću pravnu situaciju u zemlji, to jest, njenu ustavnu stvarnost”.¹⁷² Pokušaj popravljjanja situacije putem kodificiranja svih neformalnih ustavnih promjena, uključujući uvođenje “okvirnih zakona” ili takozvane “evropske klauzule”, čime bi se Parlamentarnoj skupštini omogućilo da ispuni međunarodne obaveze zemlje, propao je s padom takozvanog “aprilskog paketa” ustavnih amandmana 2006. To je rezultiralo ponavljanjem kontrainterpretacija Ustava od strane političkog i pravnog establišmenta u RS-u, koji nastavlja osporavati odluke Suda na tom polju.¹⁷³

¹⁷² Steiner i Ademović (n 1) 575.

¹⁷³ Vidjeti, npr., Predsjednik Republike, ‘Pismo Predsjednika Republike Srpske sa analizom ‘Pravni osnov za planirani referendum Republike Srpske’ 28. juli 2015 <www.predsjednikrs.net/en/письмо-председника-республике-српске-2/> stranica posjećena 3. augusta 2015.

3.

Studije slučaja

Da bismo shvatili kako se ova razmatranja odvijaju u praksi Suda, dat ćemo kratak pregled tri važna slučaja, kako bismo ojačali početnu hipotezu o aktivizmu. Počinjemo jednom djelomičnom odlukom u izuzetno značajnom predmetu, koja se općenito smatra vrhuncem aktivizma Suda, jer je imala važan efekat na prirodu političkog režima u zemlji, ali i zbog efekta koji je imala na strukturu države. U metodološkom smislu oslanjamo se na nešto što Hirschl naziva dizajnom inferencijalne analize baziranim na “najtežem slučaju” kako bismo provjerili može li naša hipoteza preživjeti daljnje studije slučaja koje su joj najvjerovatnije nenaklonjene.¹⁷⁴ Iz tog razloga odabrali smo dva iznimno važna predmeta, koji pred hipotezu postavljaju najvažnije izazove, kako bismo procijenili može li ona te izazove izdržati. To su slučajevi u kojima je Sud pokazao uzdržanost, iako je imao dovoljno argumentativnih resursa na raspolaganju i očekivalo se da djeluje aktivistički.

3.1. Predmet vezan za ustavnost entitetskih ustava (U-5/98-III)

3.1.1. Pozadina slučaja

Općenito se ne dovodi u pitanje tvrdnja da je postratnu političku situaciju u BiH karakterizirao vrlo nestabilan *modus vivendi*, koji je bio rezultat prijetnji daljnjim NATO bombardiranjem, a ne robustan, dobrovoljan, preklapajući konsenzus o budućnosti države.¹⁷⁵ Prema riječima drugog po redu predsjednika Suda, na početku su entitetski ustavi “sadržavali ustavnopravnu projekciju entiteta kao država u punom kapacitetu” te su bile potrebne promjene “u smislu ustavnog ustrojstva umjesto država u entitet u sastavu države BiH”.¹⁷⁶ Ustav je predviđao da entitetski ustavi budu izmijenjeni i dopunjeni u roku od tri mjeseca nakon stupanja na snagu, u skladu s klauzulom o supremaciji, ali unutarnje

¹⁷⁴ Ran Hirschl, ‘The Question of Case Selection in Comparative Constitutional Law’ (2005) 53 *American Journal of Comparative Law* 125, 145.

¹⁷⁵ Vidjeti, npr., David Feldman, ‘The Role of Constitutional Principles in Protecting International Peace and Security Through International, Supranational and National Legal Institutions’ (2008) 6 *New Zealand Journal of Public and International Law* 1, 2.

¹⁷⁶ Kasim Begić, ‘Uvodna riječ’ (2000) 4 (5) *Bilten Ustavnog suda Bosne i Hercegovine*, ix, x.

kontradikcije i antinomije posijale su duboku sumnju u neophodne razmjere promjena.¹⁷⁷ Već 1998. bošnjački član predsjedništva BiH osporio je brojne odredbe entitetskih ustava – od upotrebe određenih izraza kao što je “granica”, u značenju međuentitetske linije razgraničenja, do odredaba o izručenju, azilu, Narodnoj banci RS-a, državnoj imovini, zvaničnim jezicima, položaju Pravoslavne crkve u RS-u i mnogim drugim pitanjima – te je odmah postalo jasno da bi odluke Suda mogle imati dalekosežne pravne i političke posljedice.

Tokom godine 2000, Sud je donio četiri djelomične odluke u kojima je prihvatio većinu pritužbi na entitetske ustave,¹⁷⁸ poništivši mnoge njihove odredbe kao neustavne i pokrećući mukotrpan i pomalo bizaran proces “provođenja” odluka, što ćemo kasnije istražiti. Zbog ograničenja ove studije ne možemo se posvetiti svim odlukama u mjeri u kojoj one to zaslužuju, niti svim njihovim zanimljivim i složenim pravnim aspektima. Umjesto toga fokusirat ćemo se na one aspekte odluka u kojima je Sud navodno pokazao najveći aktivizam. Od naročitog je interesa treća djelomična odluka – pošto je druga bila predmetom kratke analize u prethodnom odjeljku – koja je znatno podijelila Sud i kod koje je Sud morao razmatrati u kojoj se mjeri tvrdnje o postojanju kolektivne etničke jednakosti, navodno sadržane u preambuli Ustava, mogu iskoristiti za osporavanje samog koncepta suvereniteta i ustavnosti konstituentnih entiteta kao isključujućih političkih zajednica Srba (RS), odnosno Bošnjaka i Hrvata (FBiH).

3.1.2. Odluka

Ključno pitanje kojim se Sud vodio u pravnoj analizi ustavnosti isključujućih etničkih predznaka dva entiteta ogleda se u sljedećoj dilemi: “Da li posljednja alineja preambule, naročito tekst ‘Bošnjaci, Hrvati i Srbi, kao konstitutivni narodi (u zajednici s ostalima)’ sadrži ustavni princip [koji] u relaciji s drugim odredbama može poslužiti kao standard kontrole?”¹⁷⁹ Sud je zaobišao pitanje normativnosti preambule pozivajući se na Bečku konvenciju o pravu međunarodnih ugovora i praksu Vrhovnog suda Kanade.¹⁸⁰ To je natjeralo Sud da utvrdi koja prava i obaveze i druge normativne posljedice zapravo proistječu iz kratkog opisnog označavanja tri dominantne etničke grupe kao “konstitutivnih naroda”. Četvero sudija koji su izrazili suprotno mišljenje, dvoje Srba i dvoje Hrvata, kao i neki

¹⁷⁷ Vidjeti, npr., Venecijanska komisija, ‘Opinion on the Compatibility of the Constitutions of the Federation of Bosnia and Herzegovina and the Republika Srpska with the Constitution of Bosnia and Herzegovina’ u *Opinions on the Constitutional Regime of Bosnia and Herzegovina* (1. januar 1998), 17–23.

¹⁷⁸ Predmet U-5/98-I, 28, 29. i 30. januar 2000; predmet U-5/98-II, 18. i 19. februar 2000; predmet U-5/98-III, 30. juni i 1. juli 2000; predmet U-5/98-IV, 18. i 19. august 2000. Odluke većine citirane su po paragrafu, a suprotna mišljenja citirana su po stranici i numerirana u *Biltenu Ustavnog suda Bosne i Hercegovine 2000. godina* (Ustavni sud BiH, 2001).

¹⁷⁹ Predmet U-5/98-III, 30. juni i 1. juli 2000, para. 51. Također vidjeti Marko, “‘United in Diversity?’” (n 92) 535.

¹⁸⁰ Predmet U-5/98-III, 30. juni i 1. juli 2000, para. 19, 26.

predstavnicima entitetskih zakonodavnih tijela, žestoko su poricali da posljednja alineja preambule uspostavlja princip kolektivne etničke jednakosti na cijeloj teritoriji BiH, uključujući konstitutivne entitete, i tvrdili da uspostavlja samo kolektivno političko sudjelovanje i zastupanje na državnom nivou. Tome u prilog iznijeli su određeni broj argumenata, od kojih su zanimljiva naročito dva.

Prvi argument odnosi se na nejasno značenje sintagme “konstitutivni narodi”, za koju su usprotivljene sudije tvrdile da je treba tumačiti historijski i koja se tako može povezati s argumentom svrhe Dejtonskog sporazuma, što, prema njihovom mišljenju, pretežno govori u prilog stajalištu da je Ustav legalizirao *status quo* i položaj entiteta kao isključujućih etničkih baza u kojima date etničke grupe ostvaruju svoj etnički suverenitet.¹⁸¹ Drugi argument dolazi do istog zaključka putem analize institucionalne strukture Ustava,¹⁸² konkretno, činjenice da je Ustav uspostavio dva entiteta, od kojih jedan ima nedvosmisleno etničko ime,¹⁸³ i paritet na državnom nivou, koji se ostvaruje izborom etničkih predstavnika, i to isključivo iz “njihove” etničke baze, što je slučaj s Predsjedništvom BiH i Domom naroda Parlamentarne skupštine, gdje Ustavom “zacementirana” etnička diskriminacija ne bi imala nikakvog smisla ako bi svi konstitutivni narodi uživali jednaka prava na cijeloj teritoriji BiH.¹⁸⁴ Sa svoje strane, Sud je priznao volju ustavotvorca da afirmira “kontinuitet [BiH] kao demokratske multinacionalne države”,¹⁸⁵ izraženu u činjenici da preambula dominantne etničke grupe naziva

¹⁸¹ Predmet U-5/98-III, 30. juni i 1. juli 2000, para. 37, 46 (ekspert Doma naroda Parlamenta FBiH), 40 (ekspert Narodne skupštine RS-a); suprotno mišljenje sudije Miljka, 99; suprotno mišljenje sutkinje Savić, 113; suprotno mišljenje sudije Popovića, 127; suprotno mišljenje sudije Zovka, 138 (“[I]z ovoga se može zaključiti da NIKADA NIJE NI BILO pomena da će se struktura u entitetima izmijeniti konačnim mirovnim sporazumima u odnosu na konstitutivnost naroda”). Američki diplomat Richard Holbrooke, koji se smatra jednim od arhitekata Dejtonskog mirovnog sporazuma, iznio je sličan pogled u jednom TV-intervjuu: “Odluku da se država podijeli na etničkoj osnovi donijeli su građani vaše zemlje, a ne SAD. To mi se u Daytonu nije sviđalo. Rekao sam predsjedniku Izetbegoviću da mi se to ne sviđa. Rekao sam i Harisu Silajdžiću, predsjednicima Tuđmanu i Miloševiću da mi se to ne sviđa. Narod je insistirao na tome.” Citirano u Šarčević, *Dejtonski ustav* (n 49) 60.

¹⁸² Predmet U-5/98-III, 30. juni i 1. juli 2000, para. 31; suprotno mišljenje sutkinje Savić, 112–113; suprotno mišljenje sudije Popovića, 125–126; suprotno mišljenje sudije Zovka, 148–149.

¹⁸³ Suprotno mišljenje sudije Popovića, 127 (“Ako Republika Srpska nije država srpskog naroda, kako zahtjev tvrdi, zašto joj je Ustav BiH... priznao naziv ‘Republika Srpska’ i šta može da označava riječ ‘srpska’ ako ne da je to država srpskog naroda...”); suprotno mišljenje sudije Zovka, 138 (“Ali mi NIJE JASNO, nakon odluke Suda o konstitutivnosti naroda na čitavoj teritoriji BiH, kako može dalje egzistirati entitet pod nazivom ‘Republika Srpska’”).

¹⁸⁴ Suprotno mišljenje sutkinje Savić, 112 (“Kada bi Bošnjaci, Hrvati i Srbi bili konstitutivni narodi, ponaosob u svakom od entiteta, Bosna i Hercegovina ne bi bila složena državna zajednica, kakva je prema Daytonskom mirovnom sporazumu (Ustavu BiH), tj, nestao bi *raison d’être* entiteta”). Kako primjećuje jedan komentator: “[USBiH] proglasio je osnovnu strukturu dejtonskog ustava neustavnom”, u Robert M. Hayden, “‘Democracy without a Demos? The Bosnian Constitutional Experiment and the Intentional Construction of Nonfunctioning States’ (2005) 19 East European Politics & Societies 226, 249.

¹⁸⁵ Predmet U-5/98-III, 30. juni i 1. juli 2000, para. 53.

“konstitutivnim narodima” i daje im status “naroda”,¹⁸⁶ što je u “istaknut[oj] m kontrast[u] u odnosu na ustavnu kategoriju nacionalne manjine”.¹⁸⁷ Sud ima naročito shvatanje pojma “demokratska multinacionalna država”, koje ga je navelo na zaključak da teritorijalna organizacija “ne može služiti kao ustavna legitimacija za etničku dominaciju, nacionalnu homogenizaciju ili pravo na održavanje efekata etničkog čišćenja”,¹⁸⁸ te da, u principu, segregacija “nije legitiman cilj u demokratskom društvu”.¹⁸⁹ Što se tiče drugog argumenta, Sud se naročito oslanja na činjenicu da etničke predstavnike u državnim institucijama ne delegiraju njihovi etnički pandani, već ih biraju svi građani entiteta.¹⁹⁰ On također odbacuje argument navodne legalizacije *statusa quo*, zaključujući da je “globalni cilj Daytonskog mirovnog sporazuma da obezbijedi povratak izbjeglica i raseljenih lica njihovim domovima i da na taj način ponovo uspostavi multietničko društvo koje je postojalo prije rata bez ikakvih teritorijalnih podjela sa etničkim predznakom”.¹⁹¹ Sud je tako formulirao opći princip konstitutivnosti naroda kao princip kojim se zabranjuju “bilo kakve posebne privilegije za jedan ili dva od tih naroda, svaku dominaciju u strukturama vlasti i svaku etničku homogenizaciju putem segregacije zasnovane na teritorijalnom razdvajanju”.¹⁹²

Sud je potom došao do istih zaključaka o neustavnosti, no ovaj put razmatranjem argumenata o individualnoj diskriminaciji, konkretno se pozivajući na antidiskriminacijske odredbe Ustava, te razne međunarodne instrumente zaštite ljudskih prava ugrađene u njega, naročito Aneks VII Dejtonskog sporazuma o povratku izbjeglica, koji u članu I/3.a) predviđa da entiteti moraju eliminirati sve “domaće pravne propise i administrativne mjere s diskriminirajućim namjerama ili učincima”. Sud zatim daje konkretno značenje toj odredbi temeljitim, četverostrukim antidiskriminacijskim testom.¹⁹³ Nakon razmatranja dostupnih statističkih podataka većina je zaključila da označavanje RS-a kao “države srpskog naroda” u Ustavu RS-a, kao i pozivanje na “Bošnjake i Hrvate kao konstitutivne narode, skupa s ostalima...” u Ustavu FBiH treba tumačiti doslovno u nastojanju da se pokaže diskriminatorna namjera ustavotvoraca.¹⁹⁴

¹⁸⁶ Ibid., para. 52.

¹⁸⁷ Ibid., para. 63.

¹⁸⁸ Ibid., para. 61.

¹⁸⁹ Ibid., para. 57.

¹⁹⁰ Ibid., para. 67.

¹⁹¹ Ibid., para. 73.

¹⁹² Ibid., para. 60.

¹⁹³ Ibid., para. 79. Kako objašnjava sudac izvjestitelj, Sud je “implicitno inkorporirao” praksu američkog Vrhovnog suda kada je pravio antidiskriminacijski test. Vidjeti Marko, ‘Five Years of Constitutional Jurisprudence in Bosnia and Herzegovina: First Balance’ (n 48) 10.

¹⁹⁴ Ibid., para. 99–140.

3.1.3. Komentar

Moglo bi se tvrditi da je odluka u predmetu U-5/98 najpoznatija i najkontroverznija odluka USBiH, a također je i najcitiranija u međunarodnoj literaturi.¹⁹⁵ Naročito je treća djelomična odluka radikalno osporila sami koncept suvereniteta i političkog identiteta entitetâ, a time i države u cjelini, pa se može spominjati kao paradigmatičan slučaj “opravosuđenja čiste ili mega politike”, kako kaže Hirschl.¹⁹⁶ Sudski aktivizam USBiH u ovom slučaju vidi se na svim nivoima koje je identificirao Sadurski: na nivou važnosti osporenih pravnih akata, to jest, važnih odredaba entitetskih ustava; na nivou izbora koji je ustavni tekst omogućio Sudu, ostavivši mu znatnu količinu prostora da donese drukčiju odluku; kao i na nivou prirode normativno teškog i spornog pravnog rezoniranja Suda. Pri donošenju odluke, većina u Sudskom vijeću, u nemogućnosti da identificira odredbu koja ukazuje na jasan normativni konflikt, bila je prisiljena upotrijebiti cijeli arsenal interpretacijskih metoda, konkretno tekstualni, sistematski, teleološki i historijski, postigavši kod primjene svakog od metoda različite stepene uvjerljivosti. Njeno pravno obrazloženje opravdano je opisano kao “izrazito rezultatski orijentirano”.¹⁹⁷

Politički i akademski establišment u RS-u, a djelomično i u FBiH, Odluku je vidio kao prekoračenje mandata USBiH, a sudije koje su izrazile suprotno mišljenje otvoreno su optužile Sud da djeluje kao “ustavotvorac, mehanizam za najjednostavniji način promjene Ustava BiH”.¹⁹⁸ U svojim vansudskim pisanim radovima, sudija izvjestitelj ukazuje na to da je Sud imao puno više manevarskog prostora nego što se priznaje u odluci većine. Sudija Marko ispravno primjećuje: “[O]dmah je postalo jasno da usljed nejasnog jezika ustavnog teksta ne postoji očigledno rješenje, unatoč svim argumentima iznesenim u pisanim izjavama stranaka.”¹⁹⁹ Suočen s izborom između historijskog tumačenja (i

¹⁹⁵ Vidjeti, npr., Stahn, ‘Die verfassungsrechtliche Pflicht zur Gleichstellung der drei ethnischen Volksgruppen in den bosnischen Teilrepubliken’ (n 138); Nicolas Maziau, ‘Le contrôle de constitutionnalité des constitutions de Bosnie-Herzégovine. Commentaire de décisions de la Court constitutionnelle, Affaire n° 5/98 Alija Izetbegovic’ (2001) *Revue française de droit constitutionnel* 195; Anna Morawiec Mansfield, ‘Ethnic but Equal: The Quest for a New Democratic Order in Bosnia and Herzegovina’ (2003) 103 *Columbia Law Review* 2052; Rosenberg (n 13) 382–391.

¹⁹⁶ Vidjeti Ran Hirschl, ‘The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts’ (2008) 11 *Annual Review of Political Science* 93; Ran Hirschl, ‘The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics Worldwide’ (2006) 75 *Fordham Law Review* 721. Ovaj predmet naveli su svi sagovornici kada ih je autor upitao koje su najvažnije odluke Suda.

¹⁹⁷ Stahn ‘Die verfassungsrechtliche Pflicht zur Gleichstellung der drei ethnischen Volksgruppen in den bosnischen Teilrepubliken’ (n 138) 689.

¹⁹⁸ Suprotno mišljenje sutkinje Savić, 122. Također, suprotno mišljenje sudije Popovića, 132; suprotno mišljenje sudije Zovka, 135 (“[O]dluka predstavlja već pomenutu, po ne znam koliko puta, REVIZIJU Daytonskog ustava”).

¹⁹⁹ Marko, “United in Diversity?” (n 92) 535.

namjere ustavotvorca) i teleološkog tumačenja,²⁰⁰ koja vode potpuno drukčijim zaključcima – jedno etničkoj segregaciji, drugo integraciji društva – Sud se, uz žestoko protivljenje četvero sudija, prostom većinom odlučio za potonju, potpuno svjestan da je u takvoj situaciji izbor “u krajnjoj liniji... političko pitanje koje se rješava primjenom principa većine na proces odlučivanja na sudu”.²⁰¹

Kako je već navedeno, Sud je slijedio dvije različite, međusobno neovisne argumentacijske linije da bi došao do istog rezultata: prva uspostavlja princip kolektivne etničke jednakosti, a druga osporava odredbe entitetskih ustava putem antidiskriminacijskog testa bližeg individualističkoj paradigmi. Prva je bila veći teret, zahtijevala je da Sud prvo otključa normativni potencijal jedne nejasne alineje preambule, te da zatim ustoliči “natkrovljujuće načelo Ustava”,²⁰² to jeste kolektivnu etničku jednakost, kao standard kontrole. U izgradnji teorije (nepisanih) ustavnih principa, Sud se znatno, i nekritički,²⁰³ oslanja na dvije različite odluke Vrhovnog suda Kanade. Kako bi taj princip ispunio upotrebljivim sadržajem, Sud je morao u Ustav unijeti egalitarni etos kojim se navodno vodio ustavotvorac, uključujući tu i pregovarače RS-a, bez obzira na činjenicu da je vojska RS-a samo nekoliko mjeseci ranije počinila genocid u Srebrenici. Sve četvero usprotivljenih sudija uložilo je znatnu količinu vremena u pobijanje te ideje, naročito naglašavajući činjenicu da je RS legalizirana u Daytonu, skupa sa svojim etnički isključujućim imenom, unatoč užasnim kršenjima ljudskih prava nesrpskog stanovništva koje su njeni pregovarači u Daytonu navodno priznali kao ravnopravne. Ta argumentacijska linija bila je neuvjerljiva ne samo domaćim sudijama koji se nisu složili, nego i međunarodnom sudiji Hansu Daneliusu iz Švedske, koji je u svom djelomično suprotnom mišljenju jasno odbacio ideju normativnosti preambule, ali se distancirao i od kompletne argumentacijske linije koja se tiče kolektivne etničke jednakosti, zasnivajući svoju odluku na standardnoj analizi diskriminacije iz individualističkog ljudskopravaškog diskursa.²⁰⁴ Mišljenje suca Daneliusa pokazuje da je Sud mogao odabrati uzdržaniji rezon.

Mnogi su pohvalili normativne izbore Suda zbog njihovog doprinosa jednoj naročitoj teoriji (kolektivne) jednakosti i zato što je Sud “upotrijebio Ustav BiH

²⁰⁰ Marko, ‘Post-conflict Reconstruction through State- and Nation-building’ (n 166) 11. Vidjeti također Marko, ‘Five Years of Constitutional Jurisprudence in Bosnia and Herzegovina: First Balance’ (n 48) 35.

²⁰¹ Marko, “‘United in Diversity?’ (n 92) 540. On je zaista vrlo iskren i karakterizira interpretativne akrobacije u toj odluci kao “racionalizacije”, izvedene u svrhu “integracije države, privrede i multietničkog društva, a ne obratno”. Sličan pogled na “političke alternative” koje su pri donošenju ove odluke stajale Sudu na raspolaganju nalazi se u Marko, ‘Integration durch Recht’ (n 171) 171.

²⁰² Predmet U-5/98-III, 30. juni i 1. juli 2000, para. 63.

²⁰³ Vidjeti, npr., Jean Leclair, ‘Canada’s Unfathomable Unwritten Constitutional Principles’ (2002) 27 Queen’s Law Journal 389.

²⁰⁴ Izdvojeno djelomično suprotno mišljenje sudije Daneliusa, 93–96. Sudija Danelius čak nije našao neophodnim osloniti se na četveroslojni antidiskriminacijski test koji je uspostavilo njegovih četvero kolega koji su činili većinu.

da otupi oštrice konsocijacije”.²⁰⁵ Neki, uključujući kasnije međunarodne sudije USBiH,²⁰⁶ pridružili su se sudiji Daneliusu u kritici Suda zbog nepotrebnog oslanjanja na “kolektivističku i etničku logiku”,²⁰⁷ jer je time takvu logiku legitimizirao u pravnoj kulturi i tako “zacementirao etnički aspekt Ustava”.²⁰⁸ Nakon odluke uslijedio je tegoban proces “provođenja” kako same Odluke tako i njenog principa etničke jednakosti, iako ona u formalnom smislu nije zahtijevala implementaciju, pošto su njome jednostavno poništene odredbe suprotne Ustavu.²⁰⁹ Tako je odluka Suda da koristi prvu liniju argumentacije imala neželjenu posljedicu širenja diskriminatornih konsocijacijskih mehanizama sa državnog nivoa na cijeli ustavni sistem,²¹⁰ pa je Sud ponovo morao intervenirati petnaest godina kasnije.²¹¹

3.2. Predmet koji se tiče Zakona o radu RS (U-19/01)

3.2.1. Pozadina slučaja

Posljednja odluka prvog saziva USBiH pokazala se kao jedna od najkontroverznijih i najavila je kraj “herojskog perioda” Suda: umjesto da mandat završi treskom donijevši istinski transformativnu odluku, završio ga je cviljenjem označivši granice aktivizma Suda. Apelaciju je podnio bošnjački član Predsjedništva BiH, a ticala se člana 152. tadašnjeg Zakona o radu RS-a, kojim su regulirana prava radnika čiji je radni odnos nezakonito prekinut nakon 31. decembra 1991. Imajući u vidu okolnosti koje su vladale u periodu koji je odredba pokrivala, ona se primarno odnosila na osobe koje su izgubile posao za vrijeme

²⁰⁵ Rosenberg (n 13) 388. Također Mansfield (n 195).

²⁰⁶ Grewe i Riegner (n 8) 20–21; Feldman, ‘Factors Affecting the Choice of Techniques of Constitutional Interpretation’ (n 107) 8. Također vidjeti Stahn, ‘Die verfassungsrechtliche Pflicht zur Gleichstellung der drei ethnischen Volksgruppen in den bosnischen Teilrepubliken’ (n 138) 689–690; Hayden (n 184) 250.

²⁰⁷ Grewe (n 54) 6.

²⁰⁸ McCrudden i O’Leary, *Courts and Consociations: Human Rights versus Power-Sharing* (n 50) 87.

²⁰⁹ Vidjeti Maziau (n 195) 216. Međutim, Venecijanska komisija kaže: “složeno rezoniranje kojim se Sud služio da dođe do zaključka moralo je dovesti do puno temeljitijeg – i politički mukotrpnijeg – remonta dva [entitetska] ustava”. Venice Commission, ‘Comments on the Implementation of Decision U5/98 (“Constituent Peoples”) of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina by the Amendments to the Constitution of the Republika Srpska’, CDL (2002) 127, 1. oktobar 2002, 3.

²¹⁰ Vidjeti, npr., Zlatan Begić i Zlatan Delić, ‘Constituency of Peoples in the Constitutional System of Bosnia and Herzegovina: Chasing Fair Solutions’ (2013) 11 *International Journal of Constitutional Law* 447, 454–463.

²¹¹ Case U-14/12, 26. mart 2015. USBiH proglasio je neustavnim mehanizme dijeljenja vlasti koji su se odnosili na predsjednike i potpredsjednike u oba entiteta, uvedene nakon odluke u predmetu U-5/98-III.

kampanje etničkog čišćenja nesrpskog stanovništva sa teritorije tadašnjeg secesionističkog *de facto* režima RS-a. Suštinski, navedenom odredbom utvrđeno je da takve osobe imaju pravu podnijeti zahtjev za otpremninu u roku od tri mjeseca od dana stupanja na snagu Zakona. U detaljnom pregledu činjenica i historijskog konteksta, sam Sud podsjeća na okolnosti “masovn[og] raseljavanja i protjerivanja stanovništva na temelju etničkog porijekla”, uključujući upotrebu “suptilnijih načina” etničkog čišćenja, kao što je prekid ili obustava radnog odnosa na osnovu etničke pripadnosti.²¹²

Apelant je naročito insistirao na tome da je Zakon održavajući *status quo* tako što nije dozvolio radnicima da nastave raditi u suštini legalizirao posljedice etničkog čišćenja i prekršio pravo na povratak predviđeno Ustavom. Naglasio je da je “mogućnost da se nastavi radni odnos ‘ključni uvjet’ za održivi povratak”,²¹³ koji bi, u nedostatku te mogućnosti, postao iluzoran. Taj se argument u velikoj mjeri oslanjao na rezoniranje Suda u predmetu U-5/98-III, u kojem je zaključeno da sadržaj prava na povratak u Ustavu čine konkretne obaveze entiteta, kako je navedeno u članu 2. Aneksa VII Dejtonskog sporazuma.²¹⁴ Hitnost situacije također se ogleda u procjenama iz tog perioda prema kojima je stopa nezaposlenosti među povratnicima iznosila do 92%.²¹⁵ Respondent u ovom slučaju, Narodna skupština RS-a, nije Sudu dostavila odgovor na zahtjev za ocjenu ustavnosti.

Drugog novembra 2001, žestoko podijeljeni Sud, s pet glasova naprema četiri, odbio je zahtjev apelanta i odlučio da je navedena odredba u skladu sa Ustavom BiH.

3.2.2. Odluka Suda

S obzirom na činjenicu da Konvencija ne štiti pravo na rad, Sud je zaključio da nije bilo povrede člana 14. EKLJP.²¹⁶ Dalje je ispitao moguće povrede člana II/2. Ustava, koji sadrži klauzulu o nediskriminaciji, u odnosu na pravo na rad po članu 6/1. Međunarodnog pakta o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima, te u odnosu na prava izbjeglica i raseljenih lica po članu II/5. Ustava. U odnosu na potonje, Sud je zaključio da su “javne vlasti u Bosni i Hercegovini obavezne da se uzdrže od diskriminacije kada donose akte i propise u kontekstu individualnog uživanja prava na rad i prava na povratak domovima”.²¹⁷

²¹² Predmet U-19/01, 2. novembar 2001, para. 4 i 5.

²¹³ Predmet U-19/01, 2. novembar 2001, para. 10.

²¹⁴ Predmet U-5/98-III, 1. juli 2000, para. 95; u pitanju je obaveza da “stvore na svojim teritorijama političke, ekonomske i društvene uvjete koji pridonose dobrovoljnom povratku i harmoničnoj reintegraciji izbjeglica i raseljenih lica”.

²¹⁵ ‘Brotherhood and Disunity, in Survey of the Balkans: A Ghost of a Chance (special section)’, *Economist* (New York, 22. januar 1998) 9.

²¹⁶ Predmet U-19/01, 2. novembar 2001, para. 15.

²¹⁷ *Ibid.*, para. 18.

Suočen s odredbom koja je *prima facie* etnički neutralna, Sud je ipak morao utvrditi može li se još uvijek smatrati da odredba pravi razliku između određenih pojedinaca ili grupa. Analiza relevantne odredbe u historijskom kontekstu navela ga je na zaključak da odredba zaista implicitno pravi razliku među pripadnicima različitih etničkih grupa, konkretno radnika bošnjačke i hrvatske etničke pripadnosti, koji su bili žrtve diskriminatorskih otkaza u predmetnom periodu, i radnika srpske etničke pripadnosti, čiji radni odnos nije na sličan način bio pogođen kampanjama etničkog čišćenja na teritoriju RS-a.²¹⁸ Dakle, glavno pitanje na koje je Sud morao dati odgovor bilo je može li se takav različit tretman u Zakonu o radu opravdati.

Pošto Narodna skupština RS-a nije dala odgovor na podneseni zahtjev, Sud je morao rekonstruirati mogući legitimni cilj osporene odredbe Zakona. Prvo je razmotrio mogući cilj "stabilizacije" radnog položaja radnika koji su zamijenili nezakonito otpuštene, ali je odbacio tu mogućnost, pošto ona ne može pretegnuti u odnosu na interese otpuštenih radnika, naročito ima li se u vidu da su ovi bili žrtve diskriminatorne prakse, a mnogi od njih još uvijek i nezaposleni. Sud je zatim zaključio da je cilj osporene odredbe stvaranje "pravne sigurnosti za ona preduzeća koja su potpuno obustavila ili znatno smanjila svoja poslovanja zbog rata i koja su nakon rata suočena sa problemom da nastave sa radom u uvjetima tržišne ekonomije".²¹⁹ Naglasio je da bi postizanje tog cilja također moglo biti "bitno za investitore koji bi ulagali u takva preduzeća i za opći razvoj ekonomije".²²⁰ Sud je naveo da je taj cilj u konfliktu s pravom i interesom nezakonito otpuštenih da se vrate u radni odnos, pa je priznao da je taj interes od "velikog značaja", ali ga je ipak odbacio cijeneći da javni interes "ima veći značaj".²²¹ Sud je također zaključio da je odabir mjere, tj. isplata otpremnine prema dužini staža, prikladan, jer "ne zanemaruje u potpunosti individualni ekonomski interes koji je zaposlenik imao na bivšem radnom mjestu".²²² Što se tiče iznosa otpremnine, Sud je naglasio da zakonodavac ima određenu slobodu procjene "u granicama ustanovljenim Ustavom", te da se, "s obzirom na teško ekonomsko stanje preduzeća", ne može zaključiti da je povrijedio tu slobodu.²²³

²¹⁸ Ibid., para. 22.

²¹⁹ Ibid., para. 25.

²²⁰ Ibid.

²²¹ Ibid., para. 26.

²²² Ibid., para. 27.

²²³ Ibid.

3.2.3. Komentar

Odluka je značajna po tome koliko priznaje podnositelju zahtjeva, po pitanju činjenica koje se odnose na jasan obrazac diskriminatornog tretmana u prošlosti, različitog postupanja u *prima facie* neutralnoj zakonskoj odredbi, te po jasnom odbacivanju jedinog mogućeg opravdanja tog različitog tretmana. Neuvijeno navođenje činjenica pohvaljeno je kao sastavni dio projekta “sudskog utvrđivanja istine u procesu analiziranja i prevazilaženja prošlosti”, naročito u okolnostima u kojima ne postoje drugi načini da se utječe na to.²²⁴ S druge strane, Sud je odbacio zahtjev na lakonski način, uz obrazloženje od tri kratka pasusa, u kojem priznaje veći značaj jednog interesa u odnosu na drugi, prepuštajući iznos otpremnine procjeni zakonodavca, očito smatrajući tadašnju ekonomsku situaciju odlučujućim faktorom. Odluka većine u ovom predmetu u izrazitom je kontrastu sa uzvišenim jezikom koji je isti Sud koristio godinu ranije u spomenutoj Odluci U-5/98-III.

Analiza proporcionalnosti sadržana u ovoj odluci bila je predmetom naročitih kritika pošto iznos otpremnine “u većini slučajeva nije prelazio nekoliko stotina eura” i činio se kao “potpuno neadekvatna kompenzacija za otpuštene radnike”.²²⁵ Činjenica da su diskriminatorna otpuštanja imala negativan efekt na određeni broj socio-ekonomskih prava, kao što je pravo na mirovinu, usljed nezaposlenosti nakon otpuštanja, također je bila isticana.²²⁶ To odražava pogled izražen u izdvojenom suprotnom mišljenju, tj. da član II/5. Ustava, koji se bavi pravom na povratak, također uključuje obavezu da se povratnicima “osiguraju neophodni uvjeti za život u poznatom okruženju”.²²⁷ Sjetimo li se da je podnositelj zahtjeva tvrdio da odredba, u trenutnom obliku, ne omogućuje održivi povratak, odluku većine teško je uskladiti s navodnim ciljem ustavotvorca da se društvo reintegrira. Tu propuštenu priliku naročito je istakao međunarodni sudija Joseph Marko, koji je bio motor prethodne odluke Suda i koji je jedini svoje protivljenje izjavio u pisanom obliku. Prema Markovom mišljenju, pravo na povratak, u obliku u kojem ga je Sud ranije elaborirao, čini “kategorično odbijanje vraćanja na posao, kao i nedostatak bilo kakvog ekvivalentnog rješenja nadoknade” očito nesrazmjernim u odnosu na cilj kojem se teži.²²⁸ Osim toga, on smatra da su postupci zakonodavca, a u nekoj mjeri i odluka Suda, imali efekt podržavanja i “na neki način legalizira[nja]” rezultata teških kršenja ljudskih prava u formi etničkog čišćenja “time čineći novu diskriminaciju”.²²⁹ Njegovo je mišljenje također važno stoga što opisuje put kojim bi Sud išao da je postupio aktivistički. Počinjući od “ustavn[og]

²²⁴ Steiner i Ademović (n 1) 138.

²²⁵ ‘Behind Closed Gates: Ethnic Discrimination in Employment’ (*Amnesty International*, 26. januar 2006) 37 <www.refworld.org/docid/43fb355c4.html> stranica posjećena 21. marta 2015.

²²⁶ Ibid., 38.

²²⁷ Suprotno mišljenje sudije Marka u predmetu U-19/01, 2. novembar 2001, para. 12.

²²⁸ Ibid., para. 12.

²²⁹ Ibid., para. 7.

imperativ[a] [od velike važnosti]” da se izbjegne legalizacija diskriminatornih praksi ili njihovo ponovno stavljanje na snagu putem novih zakona, on navodi potrebu za proporcionalnom raspodjelom ekonomskog tereta rata među svim dijelovima stanovništva, te također između privatnog i javnog sektora.²³⁰ Jedan od načina da se to postigne je usvajanje “afirmativne akcije da se ponovno zaposli bar određeni broj Bošnjaka i Hrvata (muškaraca i žena)”, što bi onda “pravo na povratak dovelo u balans sa javnim interesom za održivu ekonomiju”.²³¹

Možemo samo spekulirati u kojoj su se mjeri ovaj Zakon i odluka Suda kojom je on podržan odrazili na relativni neuspjeh Aneksa VII i procesa povratka raseljenih,²³² ali izgleda neporecivo da je odluka većine predstavljala “korak unazad u odnosu na cilj Dejtonskog sporazuma”,²³³ tj. reintegraciju pluralističkog društva, makar u smislu kako ga je sam Sud obrazložio godinu ranije, te stoga predstavlja značajan izazov centralnoj hipotezi ovog rada. U ovom slučaju aktivizam ne bi bio iznenađenje, s obzirom na argumentativne resurse koji su već postojali u praksi Suda, kako se prisjeća sudija Marko. Međutim, važno je reći da kontekst ovog predmeta nije pružio Sudu priliku da razvrgne konsocijacijsku pogodbu ili ojača centralnu državu. Međutim, mi tvrdimo da njegove potencijalne socio-ekonomske implikacije treba promatrati kao salijentni faktor kojim se može objasniti presuda Suda, s obzirom na opći zazor ustavnih sudova, koji barataju ovlastima za jaku ocjenu ustavnosti, kada se suoče sa socijalnim pitanjima.²³⁴ I u potonjim slučajevima iz ove oblasti Sud je zakonodavcu dodijelio širok prostor za procjenu, zaključujući da su mu potrebni “veoma jaki dokazi” da je zakonodavac prekoračio granice svog diskrecionog prava u pitanjima sa “značajnim ekonomskim posljedicama”.²³⁵ Takav stav da se objasniti u kontekstu ekonomski slabe zemlje, mada obrazloženje Suda nije uvijek zadovoljavajuće.²³⁶ Ne može se isključiti mogućnost da su na Sud utjecale teškoće u provedbi presude u predmetu U-5/98, donesene godinu ranije.

²³⁰ Ibid., para. 16.

²³¹ Ibid.

²³² Čak 2015. godine, UNHCR-ov predstavnik u BiH lamentirao je nad činjenicom da “povratnici iz manjinskih grupa” još uvijek trebaju podršku kako bi došli do održivih rješenja. Andrew Mayne, ‘Bosnia and Herzegovina 20 years on from Dayton’ (2015) *Forced Migration Review* 9.

²³³ Graziadei (n 52) 26.

²³⁴ Vidjeti, npr., Mark Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law* (Princeton University Press 2008).

²³⁵ Predmet U-83/03, 22. septembar 2004, para. 58. Također vidjeti predmet U-26/00, 21. decembar 2001; predmet U-15/07, 4. oktobar 2008, para. 35.

²³⁶ Vidjeti, npr., djelomično suprotno mišljenje sudije Feldmana u predmetu U-83/03, 22. septembar 2004.

3.3. Predmet koji se tiče izborne diskriminacije (AP-2678/06)

3.3.1. Pozadina slučaja

Ovaj predmet započet je apelacijom koju su uložili Stranka za Bosnu i Hercegovinu i Ilijaz Pilav, bošnjački političar iz Srebrenice, na presudu Suda BiH i odluku Centralne izborne komisije BiH iz sredine 2006. koju je Sud BiH podržao. Pošto se Pilav izjasnio kao Bošnjak, Centralna izborna komisija odbacila je njegov zahtjev za ovjeru kandidature za člana Predsjedništva BiH iz entiteta RS, pošto se za tu funkciju mogu kandidirati samo osobe srpske etničke pripadnosti.²³⁷

Apelanti su smatrali da je Pilav bio direktno diskriminiran na osnovu etničkog ili nacionalnog porijekla, što je u suprotnosti sa članom 1. Protokola 12. EKLJP. Nadalje, smatrali su da je Pilav, kao Bošnjak iz RS-a, također bio diskriminiran kao pripadnik nacionalne manjine, u suprotnosti sa članom 4. Okvirne konvencije za zaštitu nacionalnih manjina. Na kraju, tvrdili su da je također prekršeno njegovo pravo da bira i bude biran, iz člana 25. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima. Apelanti su naglasili da se, prema članu II/2. Ustava, prava i slobode predviđeni u EKLJP i njenim Protokolima direktno primjenjuju na BiH i “imaju prioritet nad svim drugim zakonima”.

Dvadeset devetog septembra 2006. godine, USBiH, većinom od sedam naprema dva, odbacio je apelaciju kao neosnovanu.

3.3.2. Odluka

Pošto je odluka Centralne izborne komisije imala jasnu zakonsku osnovu u Izbornom zakonu BiH i Ustavu, Sud se morao direktno suočiti s navodima apelanata koji se tiču direktne diskriminacije na osnovu nacionalnog ili etničkog porijekla.²³⁸ Primijetivši da nije svako drukčije postupanje *a priori* diskriminacija, već samo ono kojem nedostaje objektivno ili razumno opravdanje, naročito se pozivajući na član 25. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima i u njemu sadržani pojam “neosnovanih ograničenja”, Sud je u naredna tri pasusa razmatrao mogu li se predmetne restrikcije opravdati.²³⁹ Primijetio je da je ESLJP, u svojoj interpretaciji člana 3. Protokola 1. EKLJP-a, zauzeo stav prema kojem pravo pojedinca da bira i bude biran nije apsolutno, te da zemlje uživaju širok prostor za procjenu u organiziranju svojih izbornih sistema. Imajući to na umu, Sud je zaključio da relevantne odredbe Izbornog zakona BiH, ali također i Ustav, “treba posmatrati u kontekstu diskrecionog prava države da pri ostvarivanju

²³⁷ Predmet AP-2678/06, 29. septembar 2006, para. 4.

²³⁸ Ibid., para. 17.

²³⁹ Ibid., para. 19.

određenih prava pojedinaca postavi izvjesna ograničenja”.²⁴⁰ Sud odmah potom zaključuje da predmetna ograničenja pravdaju “specifičnosti unutrašnjeg uređenja Bosne i Hercegovine, koje je uspostavljeno Dejtonskim sporazumom, a čiji je konačni cilj bio uspostava mira i dijaloga između suprotstavljenih strana”, te da je relevantna odredba unesena u Ustav upravo zato da se osigura da članovi Predsjedništva dolaze iz tri dominantne etničke grupe. Nakon tog zaključka, koji je po logici analize prepoznati legitimni cilj odredaba, Sud ga ponovo opravdava: navedena ograničenja su opravdana “u ovom trenutku [...] budući da postoji razumno opravdanje za takvo postupanje [...] s aspekta trenutnog stanja u BiH i specifičnosti ustavnog uređenja, a imajući u vidu trenutna ustavna i zakonska rješenja”.²⁴¹ Na kraju, Sud zaključuje da ograničenja na apelante ne stavljaju pretjeran teret pošto su “proporcionalna cilju šire društvene zajednice u smislu očuvanja uspostavljenog mira, nastavka dijaloga i, samim tim, stvaranja uvjeta za izmjene navedenih odredbi Ustava Bosne i Hercegovine i Izbornog zakona”.²⁴² Sud je također kratko razmatrao i odbacio argumente zasnovane na članu 4. Okvirne konvencije za zaštitu nacionalnih manjina, zaključivši da Bošnjaci iz RS-a nemaju status manjine, te se ne mogu pozivati na manjinska prava kada se žale na potpuno isključenje iz obavljanja javnih funkcija.²⁴³

3.3.3. Komentar

Prva stvar koja se primjećuje kod te znamenite odluke Sude jeste nekarakteristično zbrčkano, nepotkrijepljeno, cirkularno razmišljanje, koje se djelomično može opravdati činjenicom da je donesena u skraćenom postupku nakon što je apelacija podnesena tek nekoliko dana pred opće izbore.²⁴⁴

U svojoj izvrsnoj analizi ove odluke, Elisabeth Raulston vidi elementarnu pravnu grešku u obrazloženju Suda, koja se sastoji u pogrešnoj primjeni relevantnih standarda ocjene ustavnosti pri pravdanju odluke: odluka se oslanjala isključivo na standard izbornih prava, po članu 3. Protokola 1, a potpuno je zanemarila standard diskriminacije ESLJP-a, po članu 14.²⁴⁵ Ona navodi *Azizov slučaj*,²⁴⁶ u kojem je ESLJP jasno istakao da u situaciji u kojoj je nejednako postupanje “temeljni aspekt predmeta”, što je ovdje svakako bio slučaj, pored tvrdnji vezanih za izborna prava, mora se razmatrati i tvrdnja o diskriminaciji. Iako je *Aziz*

²⁴⁰ Ibid., para. 21.

²⁴¹ Ibid., para. 22.

²⁴² Ibid. Paradoksalna priroda ovog obrazloženja, naime da je održavanje diskriminacije neophodan preduvjet za njenu eliminaciju, nije prošla neprimijećeno. Vidjeti Hodžić i Stojanović (n 4) 26.

²⁴³ Ibid., para. 23.

²⁴⁴ Ibid., para. 24.

²⁴⁵ Elisabeth Raulston, '(Un)justifiable? A Comparison of Electoral Discrimination Jurisprudence at the European Court of Human Rights and the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina' (2013) 28 American University International Law Review 669, 688.

²⁴⁶ *Aziz v Cyprus*, br. 69949/01, 22. juni 2004.

predstavljao analogan slučaj, po tome što se ticao osobe kojoj je onemogućeno glasanje na etničkoj osnovi, USBiH ga nije ni razmotrio. Umjesto toga, oslonio se na predmete vezane za izborna prava koji se nisu ticali diskriminacije. Nadalje, Raulstonova smatra da je Sud čak primijenio standard izbornih prava “na neispravan i nepotpun način”.²⁴⁷ Naime, ona insistira na tome da je morao razmotriti, u skladu s praksom ESLjP-a, jesu li nametnuta ograničenja ograničila Pilavova izborna prava u tolikoj mjeri da ona više nemaju efekta, da li se putem tih ograničenja težilo kakvom legitimnom cilju i, na kraju, jesu li primijenjena sredstva bila proporcionalna. Njen je zaključak da je USBiH “pogriješio po sve tri navedene tačke”.²⁴⁸ Analiza Raulstonove je uvjerljiva, jer odražava rezon koji je sam ESLjP usvojio kada je 2016. ocjenjivao Pilavovu apelaciju.

Pažnje je vrijedna činjenica da je čak i ovaj predmet moguće čitati u ključu sudskog aktivizma. Ovdje je Sud priznao sam sebi pravo da razmatra meritum, bez obzira na činjenicu da su osporene zakonske odredbe vjerno odražavale odredbe Ustava. Bio je to posljednji u nizu predmeta u kojima je Sud, u vrlo kratkom periodu, učinio svoj pristup manje krutim po pitanju kompatibilnosti domaćih zakona s međunarodnim obavezama zemlje, najprije se proglašivši nenadležnim za ocjenu kompatibilnosti Ustava sa EKLjP-om,²⁴⁹ pa zatim i za ocjenu kompatibilnosti s Konvencijom zakona kojima se ustavne norme provode.²⁵⁰ Oba predmeta ticala su se diskriminatornih odredbi u zakonima i Ustavu koje se odnose na Predsjedništvo BiH i Dom naroda Parlamentarne skupštine. Stoga je nakon *Pilavovog predmeta* sva podustavna legislativa, bez obzira na sadržaj, osporiva. Važno je napomenuti da Sud nije iznio kategorički zaključak, već je neuspješno pokušao izvršiti analizu proporcionalnosti. U određenom smislu, njegova odluka u tom predmetu, kojom podržava konsocijacijske aranžmane, imala je suspenzivan efekt po pitanju njihove neustavnosti, jer je ostavila mogućnost eventualnog poništavanja, u sklopu ukupne antikonsocijacijske paradigme.

²⁴⁷ Raulston (n 245) 691.

²⁴⁸ Ibid., 690.

²⁴⁹ Predmet U-5/04, 27. januar 2006.

²⁵⁰ Predmet U-13/05, 26. maj 2006.

4.

Razumijevanje općih trendova

4.1. Ekstenzivno tumačenje nadležnosti za apstraktnu ocjenu ustavnosti

Tvrdilo se da praksa Suda “kao da oscilira između dosta restriktivnih i ekstenzivnijih koncepcija sudske kontrole”.²⁵¹ Najpopularnija strategija samoobuzdavanja koju je Sud koristio u odlukama u kojima je potvrđivao ustavnost zakona, a za koju kao primjer mogu poslužiti dva analizirana predmeta, bilo je priznanje i dodjeljivanje prostora slobodne ocjene zakonodavcu, odnosno VPBiH, u slučajevima kada je on nastupao umjesto zakonodavnih tijela,²⁵² ali također se povremeno pozivao na pretpostavku ustavnosti i potrebu da se tumačenje nekog zakona uskladi s Ustavom.²⁵³ Sa druge strane, nikad se nije pozivao na doktrinu političkih pitanja, čak niti u predmetima koji su se ticali etničkog veta i uglavnom je izbjegavao strategije odgađanja.²⁵⁴ Međutim, općenito moramo zaključiti da je Sud uglavnom usvajao široko tumačenje svoje nadležnosti apstraktne ocjene ustavnosti, što pogoduje aktivizmu. Tome je djelomično pomogla otvorena tekstura ustavnog teksta, ali i naročit način na koji Sud shvata vlastitu ključnu ulogu u ustavnom sistemu, što se ogleda u stavu da usprkos mnogim još uvijek neodgovorenim ustavnim pitanjima, “*jedino* mjerodavno i kompetentno tumačenje je tumačenje Ustavnog suda”.²⁵⁵ Ova autolegitimizacija ekstenzivnog pristupa tumačenju omogućila je Sudu da riješi naročito problematično pitanje vezano za njegovu nadležnost ocjenjivanja ustavnosti podzakonskih akata, koja nije direktno spomenuta u Ustavu, usvojivši stav da “kad god je to moguće, mora interpretirati svoju jurisdikciju tako da dozvoli najširu mogućnost otklanjanja

²⁵¹ Grewe i Riegner (n 8) 46.

²⁵² Vidjeti, npr., predmet U-16/00, 2. februar 2001; predmet U-19/01, 2. novembar 2001, para. 27; predmet U-83/03, 22. septembar 2004, para. 58.

²⁵³ Vidjeti, npr., predmet U-42/01, 26. mart 2004, para. 22; predmet U-44/01, 27. februar 2004, para. 57; predmet U-14/02, 30. januar 2004, para. 17; predmet U-15/07, 4. oktobar 2008, para. 35. Neki su prema tome skeptičniji. Vidjeti, npr., Maziau (n 195) 416.

²⁵⁴ Ponekad, kada bi u sazivu Suda privremeno nedostajale sudije iz reda jednog naroda, strategije odgađanja su korištene kako bi se ojačao legitimitet donesenih odluka. Vidjeti, npr., Feldman, ‘Renaming Cities in Bosnia and Herzegovina’ (n 104) 656. Kritika odbijanja Suda da usvoji strategiju odgađanja nalazi se u suprotnom mišljenju sudije Simovića u predmetu U-16/08, 28. mart 2009.

²⁵⁵ Predmet U-4/05, 29. oktobar 2004, para. 14 (istakao autor).

posljedica kršenja tih prava”.²⁵⁶ Sud je, neizbježno, prekršio to samonametnuto ograničenje, što je ljutilo usprotivljene sudije.²⁵⁷

Sud je također koristio metod ekstenzivnog tumačenja kada je djelovao van okvira svoje tradicionalne uloge negativnog zakonodavca, kelsenovski rečeno. U jednom od predmeta iz “razaračkog kanona”, u kojem je Narodna skupština RS-a propustila primijeniti odluku Suda kojom se, zbog neustavnosti, poništava određeni broj zakona u RS-u koji su se ticali etnički isključujućih imena gradova,²⁵⁸ Sud je “privremeno” zamijenio zakonodavca i promijenio imena trinaest gradova u RS-u.²⁵⁹ Naglašavajući privremenu prirodu te odluke i svoju “ukupnu ustavnu ulogu objektivnog čuvara Ustava”, Sud je neuvjerljivo obrazložio da nije preuzeo ulogu zakonodavca,²⁶⁰ iako je nastupio “žustro” čim je došlo do kašnjenja u provedbi, da se poslužimo izrazom jednog bivšeg međunarodnog sudije.²⁶¹ Kako potvrđuju vansudski pisani radovi bivšeg predsjednika Suda, USBiH je ozbiljno razmatrao mogućnost da djeluje kao pozitivni zakonodavac u jednoj drugoj prilici, ali je Parlamentarna skupština na koncu sama djelovala.²⁶² Na kraju, u jednom broju slučajeva Sud je proglasio neustavnim pravne praznine u već postojećim zakonima.²⁶³

4.2. Faktori koji utječu na poziciju i ulogu USBiH

Analiza institucionalnih značajki Suda pokazuje da one pogoduju njegovom aktivizmu. Neprekidna debata o mogućem uklanjanju međunarodnih sudija potvrđuje da ta konkretna značajka ne samo da je percipirana kao esencijalni element aktivističkog efekta Suda, već to zapravo i jeste. To je također uvjetovano uglavnom predvidivim ponašanjem i ideološkim sklonostima domaćih sudija, što je velikim dijelom posljedica problematične procedure imenovanja. Također, Ustav, prepun vrlo nejasnih egalitarnih obavezivanja, omogućuje Sudu da

²⁵⁶ Predmet U-4/05, 29. oktobar 2004, para. 16. Također predmet U-7/05, 2. decembar 2005.

²⁵⁷ Vidjeti, npr., predmet U-10/14, 4. juli 2014; predmet U-28/14, 26. novembar 2015. Također vidjeti vrlo lakonsko opravdanje dopustivosti u predmetima koji se tiču ugovornih sporazuma vlade RS-a sa američkim firmama za lobiranje u predmetu U-15/08, 3. juli 2009.

²⁵⁸ Predmet U-44/01, 27. februar 2004.

²⁵⁹ Predmet U-44/01, 22. septembar 2004.

²⁶⁰ Ibid.

²⁶¹ Feldman, ‘Renaming Cities in Bosnia and Herzegovina’ (n 104) 662.

²⁶² Miodrag Simović i Milena Simović, ‘Granice ovlašćenja Ustavnog suda Bosne i Hercegovine u postupku ocjene saglasnosti zakona sa Ustavom Bosne i Hercegovine’ (2014) 53 (68) Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu 45, 48–49.

²⁶³ Vidjeti predmet U-6/12, 13. juli 2012, para. 33; predmet U-7/12, 23. decembar 2013; predmet U-29/13, 28. mart 2014. U potonja dva predmeta zakonodavac još nije usvojio relevantne odredbe. Također vidjeti predmet U-1/08, 25. januar 2008, para. 23.

pravno utemelji svoje aktivističke poteze,²⁶⁴ a čak može iskoristiti u svoju korist asimetričnu posvećenost stranaka tekstu, naročito stalna pozivanja RS-a na “izvorni Dayton”, koja se graniče sa “ustavnom idolatrijom”.²⁶⁵ Sud je također imao velike koristi od nedostatka nečega što Sadurski naziva “metaustavnim” izazovom legitimitetu Suda – odnosno, debate o tome da li je Sudu *trebalo* izriekom dati nadležnost za sudsku kontrolu ustavnosti, u svjetlu činjenice da je to učinjeno.²⁶⁶ Valja primijetiti da se politički akteri iz RS-a, unatoč dvojbi oko legitimiteta Suda, i dalje redovno obraćaju njemu da razriješi vruća politička pitanja, što se vidi iz trenutne političke krize nastale objavljivanjem rezultata popisa stanovništva iz 2013.²⁶⁷ Sud se također u velikoj mjeri služio istaknutim položajem EKLJP-a u Ustavu, ne samo po tome što se rutinski ekstenzivno poziva na praksu ESLJP-a u gotovo svakoj odluci, već je koristio i njen autoritet za konceptualne skokove, kao što je, naprimjer, razarački kanon, koje bi inače teško mogao opravdati.

Najvažniji vanjski faktor je VPBiH, koji je bio od suštinske važnosti u omogućavanju Sudu da se, naročito u presudnom, formativnom periodu, pozicionira kao važan akter nesputan potrebom da se referira na “intervale tolerancije” drugih aktera.²⁶⁸ To objašnjava odvažnost Suda u prvom sazivu, kada je bio voljan upuštati se u sporne ocjene značajnih propisa, usprkos niskom ulaznom legitimitetu usljed načina imenovanja domaćih sudija i šire percepcije “etničke pristrasnosti” njegovih članova, što je stvaralo dodatna žestoka protivljenja u samom Sudu i u velikom dijelu šire političke zajednice. Ovo također potvrđuje stav onih teoretičara koji smatraju da “vanjski izvor podrške, koji je izvan domaće političke strukture” može biti ključna varijabla koja objašnjava nivo aktivizma ustavnih sudova.²⁶⁹ Stoga se prvi saziv može okarakterizirati kao “nesputani sud”, prema Rouxovoj tipologiji ustavnih sudova, s obzirom na to da je bio “relativno dobro zaštićen od političkih napada”, te na to da se s prestankom zalaganja VPBiH počeo sve više pomjerati prema modelu “sputanog suda”, pošto je postao izloženiji političkoj odmazdi te mora više “posredovati između zahtjeva prava i politike”.²⁷⁰ Ostaje da se vidi u kojoj će mjeri bosanskohercegovačka

²⁶⁴ Te su značajke navele Lawa da klasificira Ustav BiH pod univerzalistički ideološki arhetip. Vidjeti: David Law, ‘Constitutional Archetypes’ (2016) Washington University in St. Louis Legal Studies Research Paper No. 16-02-01, 1 <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=273251> stranica posjećena 20. februara 2016.

²⁶⁵ Jack M. Balkin, ‘The Distribution of Political Faith’ (2012) 71 Maryland Law Review 1144, 1170.

²⁶⁶ Citirano u: Katalin Kelemen, ‘Dissenting Opinions in Constitutional Courts’ (2013) 14 German Law Journal 1345, 1357.

²⁶⁷ ‘Ustavni sud zaprimio Bosićevu apelaciju u vezi sa popisom’ *Nezavisne novine* (Banja Luka, 29. juni 2016) 6.

²⁶⁸ Lee Epstein, Olga Shvetsova i Jack Knight, ‘The Role of Constitutional Courts in Establishment and Maintenance of Democratic Systems of Government’ (2001) 35 Law & Society Review 117.

²⁶⁹ Issacharoff, ‘Constitutional Courts and Democratic Hedging’ (n 20) 1011.

²⁷⁰ Theunis Roux, ‘The South African Constitutional Court’s Democratic Rights Jurisprudence’ (2014) 5 Constitutional Court Review 33, 55.

posvećenost ulasku u EU, te snažno prisustvo EU u BiH, nadoknaditi prestanak zalaganja VPBiH.

S tim je usko povezan način na koji arhitektura političke scene u BiH uokviruje kapacitet Suda za neovisno djelovanje. Neki tvrde da se ustavni sudovi u kontekstu fragmentiranih političkih procesa i nepostojanja jedne dominantne političke stranke manje brinu o većinskim odmazdama.²⁷¹ Čini se da ta tvrdnja može stajati u bosanskohercegovačkom kontekstu, koji karakterizira nizak izborni prag i proporcionalan izborni sistem, što za posljedicu ima rascjepkanu političku scenu. Sa druge strane, moglo bi se tvrditi da široke ili velike koalicije, barem na državnom nivou, koje su nužna posljedica konsocijacijskog političkog režima, treba promatrati kao surogat za dominantnu političku stranku. Međutim, ta bi misao ozbiljno potcijenila značaj trajne političke fragmentacije, čak i unutar vladajućih koalicija, koja štiti Sud od ozbiljnijih političkih odmazdi, ali ne i od neprovođenja njegovih odluka.

4.3. Vanjske granice aktivizma

Kako smo već primijetili, Sud nerado direktno osporava diskriminatorne aranžmane podjele vlasti u Ustavu. Ovo je postalo naročito jasno kada je odbio – zbog navodne konceptualne nemogućnosti – uključiti diskriminatorne odredbe Ustava u “sve pravo” nad kojim EKLJP ima izričit “primat” po članu II/2. Ustava.²⁷²

Važnost koju USBiH i dalje pridaje konsocijacijskim mehanizmima, odnosno njihovoj navodnoj neophodnosti za očuvanje mira, vidljiva je iz jednog predmeta u kojem je Sud ocjenjivao ustavnost nekoliko odredaba Statuta Grada Mostara i relevantne odredbe Izbornog zakona. Tu je Sud podržao, odvažno poručivši ESLJP-u: “*Non serviam*”,²⁷³ konsocijacijske aranžmane u Gradskom vijeću, navodeći da “[m]jere služe zakonitom cilju tako što postavljaju strukturu podjele vlasti za koju se može razumno nadati da će postepeno poboljšati kvalitet političkih procesa u gradu”.²⁷⁴ Međutim, ustavnost postojećih aranžmana ponovo je uvjetovana stanjem u politici, naročito ako se uzme u obzir da “poteškoće s kojima se suočavaju u Mostaru [...] i dalje ostaju naročito nesavladive”.²⁷⁵ Ovo provizorno održavanje u životu mehanizama podjele vlasti može se shvatiti, kao i u slučaju *Pilav*, kao kompromis između aktivizma Strazbura i potpunog povinovanja USBiH pred prethodnim. Iako se taj pristup suočava s problemima bavljenja empirijskim pitanjima koja su u temelju normativnog rezoniranja,

²⁷¹ Ginsburg (n 20) 252.

²⁷² Predmet U-5/04, 27. januar 2006. Taj stav Suda prisilio je apelanta da povuče svoj drugi zahtjev, koji se odnosio na provjeru ustavnosti imena entiteta RS. Vidjeti predmet U-18/05, 7. juli 2006.

²⁷³ Predmet U-9/09, 26. novembar 2010, para. 70.

²⁷⁴ Ibid., para. 71.

²⁷⁵ Ibid.

čini se da on, s obzirom na okolnosti, predstavlja pragmatičnu poziciju. Slučaj *Pilav* na ironičan način pokazuje mogućnost svog aktivističkog čitanja, upravo u evoluciji stavova Suda u pogledu dopustivosti osporavanja čak i onih zakona koji vjerno transponiraju jasne ustavne norme i otvaraju mogućnost prestanka primjene ustavnih odredaba u praksi nedozvoljavanjem da stupe na snagu njegovi implementacijski akti. Ta aktivistička pozicija u neugodnom je odnosu sa dužnošću Suda da podržava Ustav, što Sud često tjera na pribjegavanje pragmatičnim rješenjima.

Ovo potonje se naročito vidi u jednom predmetu u kojem je Sud morao razmatrati ustavnost aranžmana podjele vlasti u ustavima oba bosanskohercegovačka entiteta vezano za način izbora njihovih predsjednika, a koje je nametnuo VPBiH u sklopu provedbe odluke Suda u analiziranom predmetu U-5/98-III. U odluci kojom je ispravio većinu pravnih grešaka iz slučaja *Pilav*, Sud je prostom većinom zaključio da se različito postupanje ne može opravdati.²⁷⁶ Četvero sudija, dva Srbina i dvoje Hrvata, imali su suprotno mišljenje, smatrajući da je odluka preuranjena i da bi Sud trebao sačekati da zakonodavac donese amandmane na državni Ustav u skladu s presudom u predmetu *Sejdić i Finci*, pa tek onda odlučivati o sličnim diskriminatornim odredbama na nivou entiteta.²⁷⁷ Podsjetili su većinu da EKLJP nije iznad Ustava, te da Sud nije ustavotvorac “bez obzira na neke nelogičnosti u ustavnim rješenjima i suprotnosti s Evropskom konvencijom”.²⁷⁸ Također su smatrali da se osporene odredbe “uklapaju [...] u opći institucionalni sistem entiteta” te da je Sud zapravo promijenio svoju odluku u predmetu U-5/98-III.²⁷⁹ Pragmatični potez većine u ovom predmetu može se vidjeti u činjenici da je Sud proglasio neustavnim diskriminatorne odredbe entitetskih ustava a da ih nije poništio ili naredio zakonodavcu da izmijeni relevantne odredbe prije provedbe odluka u slučajevima *Sejdić i Finci* te *Zornić* koje je donio ESLJP.²⁸⁰ Odluka Suda, koja i dalje predstavlja manifestaciju sudskog aktivizma, iz razloga koje su navele usprotivljene sudije, strateški je potez većine povučen u svjetlu problema koji bi mogli nastati provedbom odluke u trenutnoj političkoj klimi u zemlji, te imajući u vidu poziciju VPBiH, koji više ne intervenira u domaći pravni sistem, što je dio njegove izlazne strategije. Potencijalni izazov ovom razmatranju jest odluka Suda u politički kontroverznom predmetu u kojem se bavio Zakonom o praznicima RS-a, čije je odredbe proglasio neustavnim usprkos glasnom protivljenju iz RS-a.

²⁷⁶ Predmet U-14/12, 26. mart 2015.

²⁷⁷ Izdvojeno mišljenje sutkinje Galić te sudija Simovića, Tadića i Kneževića o djelomičnom neslaganju u predmetu U-14/12, 26. mart 2015, para. 2.

²⁷⁸ Ibid., para. 3.

²⁷⁹ Ibid., para. 5.

²⁸⁰ Predmet U-14/12, 26. mart 2015, para. 75. Sud je time zapravo uveo drugu varijantu slabe kontrole, za koju nema utemeljenje ni u Ustavu ni u Pravilima Suda, koji predviđaju samo jaku kontrolu. Vidjeti Nedim Kulenović, ‘Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina: Adjudication of Power-Sharing Arrangements in Sub-State Constitutions’ (2016) 1 Vienna Journal on International Constitutional Law 120.

Odluka bi se mogla objasniti percepcijom Suda da se ona neće suočiti sa sličnim problematičnim pitanjima provedbe, već da će sporne odredbe tek izgubiti pravnu valjanost.

4.4. Percepcija i legitimitet Suda

Većina sagovornika bila je podijeljena po pitanju entuzijazma koji osjećaju prema instituciji, u zavisnosti od toga iz kojeg entiteta dolaze, ali općenito se slažu da je ulazni legitimitet Suda ozbiljno ugrožen lošom procedurom imenovanja.²⁸¹ U skladu s analizom etnizacije Suda, primjere mogućeg etničkog preglasavanja percipiraju izrazito negativno, naročito u RS-u. Tome smo nedavno svjedočili u slučaju odluke Suda po pitanju Zakona o praznicima u RS-u, čiji je izlazni legitimitet bio predmetom brojnih kritika u RS-u kao primjer preglasavanja od strane međunarodnih sudija i sudija Bošnjaka,²⁸² što se pokazalo netačnim nakon objave odluke. Po pitanju izlaznog legitimiteta, dvoje intervjuiranih sudija zaključuje da javnost podržava instituciju Suda na osnovu ogromnog broja zaprimljenih apelacija.²⁸³ Ne postoje ispitivanja javnog mnijenja o percepciji Suda koja bi mogla potkrijepiti taj zaključak, a, osim toga, čini se da on zaobilazi činjenicu da je obraćanje USBiH umnogome postao uobičajen pravni lijek, što je možda posljedica spremnosti Suda da često djeluje kao četvrta instanca u odnosu na redovne sudove. No, ne može se poreći da odluke Suda općenito beru pohvale zbog razvijanja koherentne ljudskopravaške dogme u sklopu apelacijske nadležnosti Suda, ali i zbog doprinosa demokratskoj konsolidaciji.²⁸⁴ Međutim, to ne znači nužno sociološki legitimitet i ukupno prihvatanje rada Suda. Politički establišment u RS-u naročito je kritički nastrojen prema Sudu.

Primijećeno je da je pitanje tumačenja ustavnog teksta i rasuđivanja koje ustavni sudovi koriste u svojim odlukama “od vrhunske važnosti za uspostavljanje i održavanje legitimiteta” takvih sudova.²⁸⁵ Oslanjanje Suda na teleološki i funkcionalni metod interpretacije, koji mu stavljaju na raspolaganje tehnike ekstenzivnog tumačenja u svrhu reintegracije multietničkog društva i jačanja centralne države nikad nije bilo lišeno kontroverzi. Ukoliko je uopće moguće identificirati ikakvu smislenu debatu o ustavnom tumačenju u bosanskohercegovačkom kontekstu, bila bi to debata između zagovornika “duha” i “slova” Dejtonskog sporazuma i Ustava, koja podsjeća na debate između “originalista” i zagovornika “živog ustava” u Sjedinjenim Državama, ali

²⁸¹ U posjedu autora.

²⁸² Vidjeti, npr., M. Filipović, ‘Preglasavanjem vraćaju BiH u 1992.’ *Večernje novosti* (2. decembar 2015) 4.

²⁸³ U posjedu autora.

²⁸⁴ Vidjeti, npr., Skatch (n 115) 71; Graziadei (n 52) 48; Maziau (n 195) 414; Steiner (n 57) 524–525.

²⁸⁵ Harding, Leyland i Groppi (n 25) 17.

bez popratnih elaborativnih teorijskih opravdanja. Već u prvim godinama nakon rata, druga predsjednica RS-a Biljana Plavšić insistirala je na implementaciji “slova sporazuma” i izražavala oštro protivljenje upotrebi “nebuloznog koncepta ‘duha Dayton’ kako bi se zamaglila stvar i legitimizirala *ad hoc* reinterpretacija sporazuma”.²⁸⁶ Trenutni predsjednik RS-a Milorad Dodik također je kritizirao teleološko tumačenje, izjavivši da RS “ne želi da prihvati tumačenja koja se daju kroz formu ‘duha Dejtona’”,²⁸⁷ a posebno je optužio međunarodnu zajednicu da perpetuira političku krizu tako što je “nametnula princip poštivanja ‘duha’, a ne ‘slova’ Dejtona”.²⁸⁸

Ova studija izlazi u vrijeme kada napadi na legitimitet i autoritet Suda dosežu kritičnu tačku. Dosad je Sud morao usvojiti devedeset tri rješenja o neizvršenju,²⁸⁹ između ostalog za odluku o Statutu Grada Mostara i relevantne odredbe Izbornog zakona BiH, čime je spriječen izbor novog gradonačelnika i normalan rad Gradskog vijeća Mostara.²⁹⁰ Nadalje, sadašnji predsjednik RS-a nastavlja sipati žuč po Sudu, koji naziva “kriminalnim leglom zaduženim za provođenje ustavnog preslagivanja BiH pod utjecajem stranaca” ili, još radikalnije, “poprištem političkog silovanja”.²⁹¹ Kriza je dosegla vrhunac kada je Narodna skupština RS-a usvojila Rezoluciju o organiziranju referenduma o legitimitetu Suda i Tužiteljstva Bosne i Hercegovine,²⁹² institucija koje politički establišment u RS-u smatra neustavnim, iako je USBiH potvrdio njihovu ustavnost prije petnaest godina jednom osporavanom odlukom.²⁹³ Mjesec dana prije toga, isti zakonodavac usvojio je deklaraciju kojom se *de facto* prijeti Sudu neizvršavanjem ukoliko

²⁸⁶ Citirano u: David Chandler, *Bosnia: Faking Democracy After Dayton* (Pluto Press 2000) 71.

²⁸⁷ Citirano u: Boro Marić, ‘Dodik: Pravo će pobediti silu’ *Politika* (18. april 2011) <www.politika.rs/sr/clanak/174370/Region/Dodik-Pravo-ce-pobediti-silu> stranica posjećena 23. marta 2015. Mediji su objavili da su se “Putin i Dodik [...] saglasili da treba da se poštuje slovo, a ne duh Dejtona”, nakon Dodikove posjete Rusiji 2011. Dejan Šajinović, ‘Dodik i Putin razgovarali o jačoj saradnji RS i Rusije’ *Nezavisne novine* (Banja Luka, 24. mart 2011) 2.

²⁸⁸ ‘Dodik: poštovati slovo, a ne duh Dejtona’ *Nezavisne novine* (Banja Luka, 19. februar 2011) <www.nezavisne.com/novosti/bih/Dodik-Postovati-slovo-a-ne-duh-Dejtona/80062> stranica posjećena 23. marta 2015.

²⁸⁹ Ustavni sud BiH, ‘Rješenja o neizvršenju’ <www.ccbh.ba> stranica posjećena 19. jula 2015.

²⁹⁰ Predmet U-9/09, 26. novembar 2010. Također vidjeti predmet U-9/09, 18. januar 2012, u dijelu koji se odnosi na neizvršenje.

²⁹¹ Citirano u 43. izvještaju visokog predstavnika za implementaciju Mirovnog sporazuma u Bosni i Hercegovini generalnom sekretaru Ujedinjenih nacija, 8. maj 2013. <www.ohr.int/other-doc/hr-reports/default.asp?content_id=48022> stranica posjećena 24. februara 2015.

²⁹² ‘Okončana Deseta posebna sjednica: usvojena odluka o raspisivanju referenduma’ (*Narodna skupština Republike Srpske*, 15. juli 2015) <www.narodnaskupstinar.net/?q=la/vijesti/okon%C4%8Dana-deseta-posebna-sjednica-usvojena-odluka-o-raspisivanju-referenduma> stranica posjećena 20. jula 2015. Istom tom prigodom predsjednik RS-a predvidio je da bi referendum mogao biti uspješno osporen pred Sudom, ali je rekao da će usprkos tome biti organiziran.

²⁹³ Predmet U-26/01, 28. septembar 2001.

poništi relevantnu odredbu Zakona o praznicima RS-a kao neustavnu,²⁹⁴ a to je obećanje ispunio kada je Sud postupio kako je predviđeno.

Suočen sa sve većim političkim prkosom i svjestan da je VPBiH odavno pas koji ne ujeda, već samo laje na eklatantna kršenja Dejtonskog sporazuma i eroziju vladavine prava,²⁹⁵ Sud se nalazi na raskršću. Njegova najnovija praksa indicira, kako je navedeno u prethodnim poglavljima, da ga je taj razvoj događaja možda natjerao da ponovo razmotri svoju ulogu u ustavnom sistemu i postane svjesniji svojih strateških izbora i sve veće ranjivosti pred potencijalnim političkim odmazdama.

²⁹⁴ 'Deklaracija povodom zahtjeva za ocjenu ustavnosti Zakona o praznicima Republike Srpske pred Ustavnim sudom Bosne i Hercegovine u predmetu broj: U-3/13', *Službeni glasnik RS* 46/15.

²⁹⁵ 47. izvještaj visokog predstavnika za implementaciju Mirovnog sporazuma u Bosni i Hercegovini generalnom sekretaru Ujedinjenih nacija, 11. maj 2015, 24 <www.ohr.int/other-doc/hr-reports/default.asp?content_id=49127> stranica posjećena 19. februara 2015; Posebni izvještaj visokog predstavnika generalnom sekretaru Ujedinjenih nacija o implementaciji OOSMBiH, 4. septembar 2015, 8 <www.ohr.int/other-doc/hr-reports/default.asp?content_id=49202> stranica posjećena 19. februara 2015 ("Jedno od najozbiljnijih kršenja [Dejtonskog sporazuma] od njegovog potpisivanja prije 20 godina, koje ozbiljno ugrožava implementaciju mira").

5.

Zaključak

U svom izdvojenom suprotnom mišljenju u znamenitom predmetu koji se ticao državne imovine, sudija Zlatko M. Knežević citirao je američkog stručnjaka za ustavno pravo Marka A. Grabera prekoravajući većinu jer je pokazala “manje interesa u određivanju što je ustavno nego u činjenju argumenata za koje vjeruju da će pomoći društvenim pokretima koje oni favoriziraju da ostvare željene ustavne ciljeve”.²⁹⁶ Podsjetio je Sud da je njegov zadatak da tumači Ustav a ne da “opnu ustavnosti proteže i tamo gdje ona ne pripada”.²⁹⁷ Cilj ove studije bio je ponuditi jedan opis, radije nego normativno opravdanje, načina na koji je USBiH “protegnuo” svoj mandat postupajući aktivistički.

Jasno je da bi svaka teorija neformalnih ustavnih promjena u bosansko-hercegovačkom kontekstu morala u obzir uzeti važnu ulogu USBiH u jednom takvom transformacijskom i državotvornom projektu. Mislimo da praksa Suda ide u prilog viđenju prema kojem je USBiH postupao aktivistički kako u oblasti državnog ustrojstva tako i na polju političkog režima, gdje se pokazao kao (nevoljki) razarač konsocijacijskih kompromisa i (malo entuzijastičniji) omogućitelj nastojanja usmjerenih ka jačanju centralne države. Ali njegovu prividnu uzdržanost pred ustavnim “cementiranjem” diskriminacije pobija evolucija njegovih stavova koja dostiže mogućnost prestanka primjene diskriminatornih odredaba Ustava putem poništavanja zakona koji ga vjerno implementiraju.

Kako je već rečeno, Sud prolazi kroz najteži period u svom postojanju, a njegov legitimitet biva osporavan na načine koji ranije nisu bili zamislivi. Iako njegove institucionalne značajke ne stoje na putu njegovom aktivizmu, one podrivaju njegov legitimitet, naročito u svjetlu procedure imenovanja. To je institucija svjesna svojih transformativnih ograničenja²⁹⁸ i voljna da se prilagodi promjenama političkoga krajolika usvajajući strateška rješenja u posredovanju između apologije slabosti ustavnog sistema i utopije liberalno-demokratskih ideala. Takav pragmatizam neće se svidjeti svakom, ali on je možda jedini način da Sud zadrži svoju ulogu “pravednog i pouzdanog zaštitnika Ustava [...], njegovih vrijednosti i ljudskih prava”.²⁹⁹

²⁹⁶ Izdvojeno suprotno mišljenje sudije Kneževića u predmetu U-1/11, 13. juli 2011; citira: Mark A. Graber, *Dred Scott and the Problem of Constitutional Evil* (Cambridge University Press 2006) 1.

²⁹⁷ Ibid.

²⁹⁸ Vidjeti, npr., Marko, ‘Constitutional Reform in Bosnia and Herzegovina 2005-06’ (n 7) 212; Grewe i Riegner (n 8) 33.

²⁹⁹ Predmet U-4/05, 29. oktobar 2004, para. 14.

O autoru

Nedim Kulenović je doktorant na Pravnom fakultetu Univerziteta u Sarajevu. Bio je član nekoliko bosanskohercegovačkih strukovnih nevladinih organizacija, te je učestvovao u zagovaranju pravnih reformi. Kao zaposlenik Udruženja “Vaša prava Bosne i Hercegovine”, najvećeg nevladinog pružatelja besplatne pravne pomoći u Bosni i Hercegovini, zastupao je stranke pred domaćim i međunarodnim sudovima i drugim tijelima, uključujući Evropski sud za ljudska prava i Komitet za ljudska prava UN. Objavio je nekoliko članaka i poglavlja u knjigama, kao i analize sudske prakse u domaćim i međunarodnim publikacijama. Njegovi trenutni akademski interesi uključuju: ustavnu teoriju, komparativno ustavno pravo, pravnu filozofiju, ljudska prava, migracijsko pravo, te konkurencijsko pravo.



ANALITIKA – Centar za društvena istraživanja je nezavisna, neprofitna, nevladina organizacija koja se bavi istraživanjem i razvojem javnih politika u širem smislu. Misija Analitike je da na osnovu kvalitetnih istraživanja i odgovarajuće ekspertize ponudi relevantne, inovativne i praktične preporuke usmjerene na promoviranje inkluzivnih i boljih javnih politika, kao i na sveukupno unapređenje procesa njihovog donošenja.
