

Manfred Dauster*

Ustav Bosne i Hercegovine: Nedovršena pravna država – diskurs

Sadržaj:

1. *Propedeutika: zbog čega nedovršena pravna država nakon petnaest godina od stupanja na snagu ustava*
2. *Preliminarija: gubitak pravne i ustavne kulture*
3. *Kratak, ali neophodan ekskurs u metode tumačenja*
4. *Čl I/2 Ustava: „pravna država“ u svojim ustavnopravnim konturama*
5. *Ostvarenje programa posredstvom običnog prava*

1. Propedeutika: zbog čega nedovršena pravna država nakon petnaest godina od stupanja na snagu ustava

Ko još u 2010. godini govori o Ustavu BiH od 14. 12. 1995, o ustavu koji datira sa kraja ratnih sukoba u ovoj zapadnobalkanskoj zemlji i kojim se okončava mirovni ugovor iz Daytonu, ne može zaobići njegovu nesavršenost. Kazano grubim jezikom, on predstavlja samo organizacionopravni statut koji na jednoj strani izražava minimalni konsens strana u bosnaskom ratu o tome šta bi zajednička država BiH morala biti i na drugoj strani odražava vremenski trenutak u kojem su u Rambouilletu i Daytonu vođeni mirovni pregovori. Jedan od njegovih nedostataka se sastoji u potpunoj ustavnoj šutnji o sudskoj vlasti, o njenoj organizaciji i zadacima, o sudijama i njihovoj nezavisnosti, kao i u nepostojanju, individualnih garancija prava na zakonskog sudiju. Tako se ključni stav iz čl. I/2 Ustava BiH, da je BiH pravna država, pokazuje kao nepotpun. Što se tiče ostalih nedostataka ovdje o njima ne može biti riječi, posebno ne o hipertrofičnoj politici koja parališe nesavršenu organizaciju države,¹ budući da bi takvo objašnjenje probilo okvire ovog članka. Posmatrač će se, ipak, začuditi da unatoč stalnim internacionalnim i nacionalnim kritikama nije došlo do poboljšanja Ustava. U ovom prilogu nije moguće rasvijetliti razloge zbog kojih su propali dosadašnji reformski pokušaji. To bi nas uvuklo doboko u analizu političkih pozicija unutar BiH.² Agiranje politike i pojedinih političara posmatraču sa zapada se ne pokazuje kao racionalno.³ Bez duboke političke analize, koja do danas

* Dr. iur M. Dauster, sudija Višeg zemaljskog suda München, sudija Zemaljskog suda za liječnička zanimanja, za arhitekta i za članove Bavarske inženjerske komore; član Zemaljske komisije za polaganje državnih ispita pri Ministarstvu pravde i zaštite potrošača, bivši sudija državnog suda BiH.

¹ Dauster, *Die notleidende Verfassung von 1995: Einer der wesentlichen Hemmschuhe in der Entwicklung von Bosnien und Herzegowina*, in: 1989 – 2009 Festschrift 20 Jahre ELSA-Passau e. V., 2009, s. 71 i dalje.; isti, *Deutsche Sicht auf verfassungspolitisches Unvermögen in Bosnien und Herzegowina*, referat u Ambasadi SR Njemačke i Heinrich-Böll-Fondaciji u Sarajevu: „60 Jahre Grundgesetz: Der Umgang Deutschlands mit seiner Verfassung – Können deutsche Erfahrungen in der Verfassungspolitik für die Diskussion über die Reform der Verfassung von Bosnien und Herzegowina fruchtbar gemacht werden?“, Sarajevo 26. i 27. 10. 2009.

² Isti, nav. mj. s. 83 i dalje.

³ Jedan od pseudopravnih arumenata jeste da svaka promjena Ustava ponovo otvara pitanje mirovnog ugovora. Ovakav Dayton-II –argument nije međutim tačan. Ne postoji sadržajna veza između mirovnog ugovora i Ustava u toj formi da čl. 39 do 41 Bečke konvencije o ugovorima (UNTD Tom 1155, s. 331) mora

očigledno nije provedena, neće biti moguće rekonstruirati stvarnu pozadinu, jedva prihvatljivog ustavnopravnog držanja pojedinih protagonista koji cijelo vrijeme slijede politiku koja je definirana prema etničkoj liniji. Ako se, ipak, svim mogućim argumentima – čak i potpuno nerazumnim – po svaku cijenu održava ovaj ustavnopravni status, takva odbrana status quo može se jedino objasniti egoizmom vlasti određenih etničkih grupa.

Ustav koji organizira krov društva nije naprosto statut kojim se ustanovljava jedno udruženje i uspostavljaju njegovi organi. On ne zrači samo prema državi i prema politici, nego utiče i na život pojedinca. On je prema tome suviše važan da bi se prepustio egoističnim grupama vlasti, ma koje boje one bile. Čini se, ipak, da je upravo to u BiH slučaj. Ovo je moguće samo zbog toga što su stanovnici ove ustavnopravne kuće uočljivo neizinteresirani za samo stanje u kući. Nema društvenog dikursa o ustavnim pitanjima koja se tiču ustavnog identiteta. Nije sasvim tačno da društveni interes ima svoju osnovu samo u činjenici da je Ustav iz 1995. zaključen bez učešća samog naroda. Jer, i ustavi drugih evropskih država su donešeni bez neposrednog učešća naroda, a da nakon toga državni narod nije u pogledu ključnih društvenih odluka upao u takvu nezainteresiranost, tačnije u apatiju, kako je to slučaj u BiH.⁴

2. Preliminarija: gubitak pravne i ustavne kulture

Razlozi za nezainteresiranost, kako se oni pokazuju stranom posmatraču, objašnjivi su ako se ne ograničavaju samo na fizičke posljedice rata koje paraju oči, kako u Sarajevu, tako i u drugim mjestima u zemlji. Odstranjivanje neposrednih ratnih šteta je trajalo godinama i u drugim zemljama koje su prošle rat. U Münchenu, koji je za njemačke prilike nesrazmjerno prosperitetan grad, tek su ovih dana zatvorene posljednje praznine koje su postojale od drugog svjetskog rata. Rat je, zajedno sa Deklaracijom o nezavisnosti koja mu je prethodila, prouzrokovao štete u pogledu (pravne) kulture, koje u BiH do sada nisu otkolnjene. Štete u pravnom krajoliku nude djelimično objašnjenje o potpunoj nezainteresiranosti, čak i akademski obrazovanih pravnika, za poboljšanje ustavnopolitičke pozicije zemlje, a time i za opštepolutičko stanje.

Gubici u bilansu (pravne) kulture mogu se raspoznati već u činjenici da glavni grad Sarajevo nije izgubljen samo u svom poli-etničkom kosmosu koji je stoljećima bio poznat i izvan granica Balkana, nego i u pogledu svoje intelektualne sposobnosti vođenja diskursa i spremnost na vođenje diskursa po kojem je bio poznat u cijeloj zemlji, a u godinama prije nezavisnosti i u ostatku Jugoslavije. Pravni kulturni krug je, kao njegov sastavni element, trajno ugrožavan.

Sa nezavisnošću zemlje BiH je u proljeće 1992. – kao što su to ranije učinile Hrvatska i Slovenija – napustila jedno pravno područje kulture koje je od vremena Kraljevine SHS bilo u stanju da preradi mnogobrojne uticaje iz drugih pravnih kultura i da ga uspostavi u samostalan pravni fenomen. Intelektualna produktivnost nije ni propala ni prekinuta za vrijeme socijalizma. Deklariranje nezavisnosti Slovenije, Hrvatske i BiH je vodilo kolabiranje ovog pravnog prostora, a on je postojao i u ustavnom pravu, sa posljedicom da

biti primijenjena. Ustav je originerno unutardržavno pravo i njegova reforma ili promjena slijedi isključivo na osnovu unutardržavnih pravila.

⁴ Ustav SR Njemačke od 23. maja 1949 može poslužiti kao primjer. Nikada nije došlo do referenduma o Ustavu, također, ni nakon njemačkog ujedinjenja od 3. oktobra 1990. Historija izlaska na izbore nakon 1949. i nakon 1990. pokazuje međutim da su građani Njemačke prihvatili svoj ustav. Da su pojedini građani usvojili ovaj ustav ne dokazuje samo broj ustavnih tužbi koje u hiljadama dolaze pred Savezni ustavni sud, a putem koje pojedinac može zahtijevati pridržavanje osnovnih prava onako kako mu ih je Ustav zagarantirao.

je diskurs između Sarajeva i drugih priznatih centara pravnog mišljenja u Beogradu, Ljubljani i Zagrebu obustavljen i da do danas nije mogao biti uspostavljen. Uz činjenicu da je u jednom kratkom periodu zemlja bila orijentirana sama na sebe i da je bila odsječena od partnera sa kojima je komunicirala, dolaze i izmjene koje su uslovljene ratom i protjerivanjem, ali i odlaskom pravne „inteligencije“, što do danas nije moglo biti nadoknađeno. Ovo kulturno osamljivanje, sa kojim bi se, sve u svemu, mogla spojiti težnja ka „pravnom osamostaljenju“ od pravnog razvoja u drugim mladim državama zapadnog Balkana, konačno od onog u Srbiji, nije vodila samo na Univerzitetu u Sarajevu do akademskog osiromašenja koje je opet, ojačalo izolaciju od onih pravnih prostora iz kojih je bivša Jugoslavija crpila pravne plodove. Mnoštvo novoosnovanih pravnih fakulteta po uspostavljanju nezavisnosti nije uticalo na otklanjanje ovakvog intelektualnog siromašenja, nego ga je višestruko diversificiralo.

Pravno osiromašenje, koje se nije moglo bolje primijeniti u jedva moderniziranom curriculumu pravnih fakulteta, ima i jednu „privrednu komponentu“. Dok je ranija Jugoslavija predstavljala, i za područje pravne beletristike, jedno „tržište“, u današnjoj BiH to nije slučaj. Pravna kultura pretpostavlja, međutim, otvorene i javne diskusije, bar između krugova na koje se to odnosi. To Bosna i Hercegovina ne omogućuje u 2010. godini i u dogledno vrijeme neće moći omogućiti. Više je nego očigledan nedostatak periodike koja se orijentira prema sudskoj praksi, nedostatak komentara i udžbenika. Sudske odluke se mogu pronaći na internet stranicama najviših sudova. No one nemaju nikakav odjek, jer tamo stoje kao konzerve na regalima velikih samoposluga. Javni eho dobijaju povremeno, u pojedinim slučajevima, tek kada se u bulevarskoj štampi izbještava o nekom spektakularnom kriminalnom slučaju. Ne može biti ni govora o tome da presude Ustavnog suda BiH sistematski bivaju obrađene među praktičarima ili nižim sudovima.

Ne radi se samo o osiromašenju pravne kulture u unutrašnjosti zemlje koja igra određenu ulogu u debati o ustavnoj reformi – koja se, opet, ne vodi javno. Sa mirovnim sporazumom iz Dayton je tzv. internacionalna zajednica preuzela odgovornost za ostvarenje civilnih ciljeva iz dejtonskog mirovnog ugovora u BiH. Ovdje nije mjesto da se generalno kritikuje internacionalna zajednica i njeno djelovanje koje traje od 1995. godine, ili da se bilansiraju njene greške. Međutim, djelovanje različitih internacionalnih organizacija je bilo u prvom redu povezano sa direktnim i indirektnim uticajem Visokog predstavnika i njegovih službi na pravo BiH. Takav uticaj je nedovoljno uzimao u obzir pravne stečevine koje su nastale u zemlji ili su svjesno preuzete iz Jugoslavije. Često je potpuno nereflektirano, ali često i u skladu sa načelom „ko plaća taj i određuje“, importirano to što je izrastalo u drugim pravnim kulturama i pod potpuno drukčijim uslovima koji su podrazumijevali zaseban pravni razvoja od više desetljeća. Zbog pritisak vremena i nesistematskog djelovanja ne uvažavaju se pravila opreznog pravničkog „oplemenjivanja voća“ koja podrazumijevaju pažljiv rad pri kalemljenju i prenošenju kalema na drugu voćku. Ovakvo „prljanje“ u BiH nije donijelo ništa dobro i vodilo je do iritacija koje nisu samo u krugovima zainteresiranih pravnika stvarali osjećaj da su predmet pravnih laboratorijskih pokusa internacionalne zajednice. Istina, nakon 2005. je postao umoran internacionalni „voćar“ kojeg otjelotvoruje, prije svega, služba Visokog predstavnika i koji stoji pred krajem koji se neprestano najavljuje i odgađa. Opasnost time nije sasvim odstranjena, jer BiH slijedi cilj članstva u Evropskoj uniji. Ako ona očekuje da postigne ovaj cilj daljim nereflektiranim reimportom pravnih dobara, do nepodnošljivosti će se pojačati pravna kakofonija, koja je već danas dovoljno glasna.

Gubitak pravne kulture u stanju smetenosti sa nereflektiranim uvozom prava iz drugih kulturnih krugova pogađa u BiH na posebno težak način javno pravo, što uključuje prateće

procesno pravo – a time i ustavno pravo kao i diskusiju o reformi koja ga prati. Općenito uzev, neće se pretjerati sa tvrdnjom da je javno pravo u BiH danas na samom dnu. Ne može se ustanoviti javnopravna sistematika. Na različitim zakonodavnim razinama koje slijede iz čl. III Ustava ne redaju se zakoni sa različitih područja u uzajamno usklađenom redosljedu. Šuma pojedinačnih zakona kao i protivrječnosti u pogledu materijalnih vrednovanja nisu više pregledni ni za analitičare koji se bave reguliranom materijom. Komunalna samouprava je, npr. kao i druga pravna područja, regulirana samo fragmentarno, tako da se pokazuje slika pravnog tepiha sa mnoštvom fleka. Druga pravna područja, posebno policijsko i prekršajno pravo, prekrivena su pretjeranom birokratskom regulacijom koja se ogleda u neshvatljivim pretpostavkama za dodjele odobrenja. Ranije jugoslovensko javno pravo, koje je uglavnom postojalo kao samostalno pravno područje, bilo je prožeto uticajima iz Austrije i Njemačke i slijedilo je njihovu sistematiku. Sve je to u BiH 2010. izgubljeno, a da na mjesto izgubljenog nije postavljeno ništa novo. Javno pravo ima za svoju pozadinu, kao ni jedno drugo pravno područje, regulaciju odnosa između građanina i države, i služi osiguranju građanske slobode na što je moguće bolji način. Svaki građanin BiH može na osnovu vlastitog iskustva pokazati kako je javno pravo BiH i petnaest godina nakon rata udaljeno od ove funkcije koja je posvećena osiguranju slobode.

Veza između politike, koja insistira na status quo i koja je uglavnom potvrđena na izborima iz 2010, i prikazanog kulturnog deficita će osigurati da BiH i dalje mora živjeti pod krovom jednog Ustava koji prokišnjava. Otrežnjujući su loši izgledi da će u dogledno vrijeme doći do obuhvatne ustavne reforme, ali oni otvaraju realistične uvide u perspektive, šta se može učiniti sa postojećim građevinskim materijalom kako bi se gruba propusnost ustavnopravnog krova mogla zatvoriti zakonskim propisima.

3. Kratak, ali neophodan ekskurs u metode tumačenja

Ustavno pravo svake zemlje, pa tako i ustavno pravo BiH sadrži samo osnovne političke i društvene stavove. Ono u odnosu na pojedinačna pitanja, koja se postavljaju danas ili će se postaviti u budućnosti, ostaje „zatamnjeno“ kako bi političari, ali i ustavnim tumačenju unutar ustavnog sudstva, ostavilo potrebnu fleksibilnost na osnovu koje bi se reagiralo na političke zahtjeve za promjenama. Što je konkretan ustav „tamniji“ u detaljnim iskazima, to je tumačenje ustava koje se oslanja na tradicionalne metode, u koje ulaze i uporedno pravo i ustavna tradicija, kako se ona razvila od konstitucionalizma 19. Stoljeća, zahtjevnija u pogledu iznalaženja ustavnih iskaza koji konkretiziraju zatamnjenja ustavnog teksta. Naravno, to daleko nadilazi tumačenje običnih zakona koje je u prvoj liniji orijentirano na tekst zakona, na njegovu sistematiku, na njegovu svrhu i na historiju nastanka zakona, ali je upravo u slučaju BiH nezaobilazno. U suprotnom bi ustavno pravo došlo u stanje koje je Immanuel Kant još 1795. u svom filozofsko-pravnom spisu o „vječnom miru“ opisao kao „zagrobni mir“. Sigurno je da ovaj metodološki postulat nema ništa sa metodološkim konzervativizmom i da podrazumijeva hrabrost koju iziskuje rasprava. Sve dok takav metod tumačenja ne vodi prema zamjeni nosećih ustavnih stupova i izmjeni krova on je upravo u BiH primjenjiv kako bi unijelo svjetlo u tamu ustavnopravnih iskaza. To ne važi samo za stavove iz čl. I/2 Ustava prema kojem je BiH pravna država.

4. Čl I/2 Ustava: „pravna država“ u svojim ustavnopravnim konturama

Čl. I/2 Ustava od 14. decembra 1995. definira državu BiH kao demokratsku pravnu državu. Konkretnijih stavova koji bi ispunili načelo pravne države nema u Ustavu. To objašnjava površna usporedba sa ustavima iz dvadesetog ili iz dvadesetiprvog stoljeća drugih evropskih država u kojima je iznešen stav da žele pravnu državu poduprijet nizom sadržajnih odredbi. Ovo se može izvesti različitim regulativnim sadržajima. Istina, o tome ne postoji predustavni opšteobavezujući program regulacije. Načelo pravne države dobija međutim sadržaj iz ustavnopravnih propisa o sudskoj vlasti, o organizaciji pravosuđa, o mjestu sudije i, naravno, o individualnim slobodama i pravima.

Ako se traže ustavnopravni iskazi o ustavanoj vlasti, o njenoj organizaciji i nezavisnosti sudija kojima je povjereno pravosuđe, dobija se otrežnjujuća slika o Ustavu BiH. Ustav regulira političku organizaciju države i način njenog djelovanja kao i nadležnosti, ali on ne govori ništa o klasičnoj podjeli vlasti koja od državnoteorijskih razmišljanja *Montesquieua* iz njegovog djela „O duhu zakona“ iz 1748. uspostavlja prohodan stav modernog ustavnog prava. Što se tiče pravosuđa, koje nigdje nije spomenuto, može se iz čl. VI zaključiti da će biti ustanovljen Ustavni sud BiH koji ima nadležnosti poblizje propisane u st. 2 člana VI. I u tome se iscrpljuje Ustavni propis. Ustavni sudovi obavljaju posebnu vrstu pravosuđa koja zrači duboko u područje političkog i utiče na ostale najviše državne organe kao i na vršenje njihovih ustavnopravnih nadležnosti. Za pravnu državu u cjelini i za njene sadržaje se malo toga može dobiti iz institucionalizacije jednog ustavnog suda ili iz njegove prakse. Istina većina evropskih država se nakon 1945. odlučila za ustanovljavanje ustavnog sudstva, ali postoje i pravne države koje izlaze na kraj i bez ustavnog suda.

Ako se ustav obraća specijalnom problemu ustavnog pravosuđa, čak i u najmanjoj mogućoj mjeri, u stav o pravnoj državi ulazi da „sudstvo“ obuhvata sudove i sudije.

Ustavna šutnja o pravosudnoj vlasti vodi nužno do nalaza da ne može biti ustanovljen jedan Vrhovni sud BiH. Jer Ustav iz 1995. šuti i o tome. U ustavnopravnoj usporedbi sa ostalim evropskim državama, BiH može opet u ovoj tački za sebe reklamirati „posebnost“. Nezavisno od činjenice da je u pojedinim državama različito institucionalizirana struktura sudskih instanci, ne postoji ni jedna evropska država bez vrhovnog suda. Nije potrebno u uporednopravnoj analizi ulaziti u pojedinosti o nadležnostima ovih najviših sudova da bi se ustanovilo da na pozadini nedostatka jednog vrha u sudskoj organizaciji instanci, ni jedan bosanskohercegovački sud ne može obavljati najbitnije zadatke jednog vrhovnog suda. Oni se ne sastoje samo u provjeri odluka nižih sudova nego prvenstveno u očuvanju jedinstvenog pravosuđa.⁵ Po drugoj liniji iz tog zadatka slijedi da najviši sudovi moraju stvarati pravo.⁶ Ako Ustav ne predviđa Vrhovni sud, onda je on svjesno ušao u rizik da ne može na nivou države biti uspostavljen potpuno jedinstven pravni prostor. Institucionalni propust ima, međutim, materijalno-pravne posljedice, budući da je najbitnija osobina pravne države da jednako i bez razlika može zajamčiti pravnu sigurnost za svoje građane i stanovnike. Od toga nema ništa ako se država, kako je to BiH učinila prema čl. I/3 Ustava, organizira tako da preuzima entitetsko uređenje i entitetima prema čl. III prepušta široka zakonodavna ovlaštenja. Različiti pravni prostori koji ovako nastaju na državnom nivou i na nivou entiteta koji, opet, bez jednog najvišeg suda i bez njegovog sudovanja koje navodi na pravno jedinstvo mogu izrasti u kavzi-nezavisnost. Vrhovni sudovi koje su uspostavili entiteti ne mogu u ovom području obavljati zamjenu, čak i onda kada izlaze u susret svojim obavezama iz čl. III/3 lit. (b) i pomažu da se državno pravo provede pred pravom entiteta. Ustavno pravo BiH ne može sa svoje strane ponuditi adekvatnu zamjenu, jer njegovi

⁵ Usp. za Njemačku npr. čl. 97 st. 3 Ustava; § 1 st. 1 Zakona o očuvanju jedinstva pravosudne prakse najviših saveznih sudova od. 19. juna 1968 (BGBl. I, s. 661)

⁶ Usp. kao primjer za pravne žalbe § 116 st. 1 StVollzG.

sudovi kao predmet provjere imaju Ustav BiH, a svako divergentno pitanje ne doseže nivo Ustava. Još manje predstavlja svako odvojeno pravno mišljenje kršenje Ustava.

Državni sud BiH koji je ustanovljen 2002.⁷ nije vrhovni sud,⁸ nego poseban sud za određena pravna područja. On je prema čl. 8 Zakona o Sudu BiH upravni sud, ako se raspravlja o ustanovama države BiH, sud za odluku o spornim vlasničkim pitanjima između države, entiteta i distrikta Brčko, kao i sud za rješavanje sukoba nadležnosti između države, entiteta i distrikta Brčko. Uz to, on odlučuje prema čl. 9 st. 2 lit (a) posredstvom žalbenih vijeća o žalbama na odluke Centralne izborne komisije. On uz sve to prema odredbama čl. 7 ima krivičnopravne nadležnosti koje se uglavnom svode na procese protiv odgovornih za ratne zločine koji su počinjeni između 1992. i 1995. godine kao i na organizirani i privredni kriminal.⁹ Konačno, sud svaki put odlučuje tamo gdje se u području krivičnopravnih stvari može utemeljiti sudska nadležnost prema propisima međunarodnih ugovora.¹⁰ Zbog toga Sud BiH može biti označen kao specijalni sud države BiH koji, u mjeri u kojoj je nadležan, stoji pored, ali ne i iznad sudske hijerarhije entiteta. On već zbog toga ne može obavljati funkcije koje u Evropi obavlja jedan vrhovni sud. Njegovo sudovanje u najgorem slučaju može voditi prema daljoj diversifikaciji bosanskohercegovačkog prava. On uz to nema nadležnosti na području privatnog prava, prava društava i trgovačkog prava.

Konsekventno uzev. iz činjenice da Ustav ne sadrži nikakav izričiti iskaz o tome koji organi su nadležni za sudsku vlast, slijedi ustavna šutnja o sudijama i njihovom posebnom statusu. Čak i u propisima o Ustavnom sudu iz čl. VI ustavotvorac je vrlo suzdržan. Ni ovdje se ne nalazi ni riječ o sudskoj nezavisnosti.¹¹ Utoliko je nezamisliva pravna država bez nezavisnih sudija kojima je povjerena sudska vlast. To je u ustavnoj tradiciji Evrope osnovno pravilo, još od vremena konstitucionalizma devetnaestog stoljeća. Isto pravilo je našlo primjenu i u međunarodnopravnim konvencijama, čak iako je međunarodno pravo vrlo suzdržano u području propisivanja kako države trebaju organizirati sudsku vlast. Tako npr. čl. 9 st. 3 Internacionlanog pakta o građanskim i političkim pravima od 19. decembra 1966. zahtijeva da svako ko je uhapšen pod optužbom da je počinio neko krivično djelo ili je pritvoren, mora biti bez odlaganja priveden sudiji ili osobi koja je zakonom ovlaštena da obavlja sudsku funkciju. Ništa drugo ne slijedi iz sudske prakse ESLJP koji kao bitnu

⁷ Law of the Court of BiH, Official Gazette of BiH, N° 29/00 (Zakon o sudu BiH, Sl. glasnik BiH 29/2000); Parlamentarna skupština BiH je Zakon usvojila 2002. god (Sl. glasnik BiH 16/2002, nap. prev.).

⁸ Dauster, *Pravo i pravda* 2007, s. 261 i dalje; *Pravo i pravda*, 2008, s. 441 i dalje.

⁹ Dauster, *Wie steht es mit der Wahrung der Rechte der Verfahrensbeteiligten in Krisengebieten?* – Seminar im Rahmen der Zusammenarbeit zwischen der Ukraine und Bayern zu: Die Rechte der Beteiligten im Strafprozess, Odessa 16.- 19. 06. 2010.

¹⁰ O historiji suda u vezi sa reformom pravosuđa i krivičnog prava iz godina 2002/2003, Dauster, *Das Staatsgericht von BuH als Strafgericht*, StraFo 2006, s. 316 i dalje; isti, *Bemühungen der Internationalen Gemeinschaft um den Aufbau des Rechtsstaates in BuH*, referat pred bavorskim Udruženjem branilaca u krivičnim stvarima, 11. 09. 2003 (neobjavljen manuskript); isti, *Reforms on Criminal Law in Bosnia and Herzegovina*, referat održan na Kriminalističkom fakultetu Univerziteta Sarajevo u okviru „Views and Perspectives of Criminal Sciences and the Profession in Current Conditions“ 19. i 20. 3. 2001; isti., *Rule of Law – Judicial Reforms in Bosnia and Herzegovina*, George C. Marshall Center for Security Studies: Security Sector Reforms in Bosnia and Herzegovina and the Western Balkans, 19. - 21. 6. 2007; The (State) Court of Bosnia and Herzegovina – A Special Feature in the Implementation of International Humanitarian Law by National Judiciary, International Committee of the Red Cross-Regional Conference „Role of the Judiciary in the Implementation of International Humanitarian Law“, Budapest 29. i 30. 10 2007.

¹¹ Nejasno govori čl. VI/1 lit (c) u vezi sa trajanjem mandata ustavnih sudija, o mogućnosti da jedan sudija bude odstranjen iz službe glasovima ostalih sudija, a da pri tom nije naveo bliže pretpostavke. U svemu ostalom je Ustavni sud pravnu poziciju sudija riješio prema čl. VI/2 lit. (b) vlastitim poslovníkom (Pravila puta), pri čemu je ostao nerazjašnjen odnos ovog statutarnog prava prema formalnom zakonu.

osobinu sudova vidi neovisnost osoba koje obavljaju sudsku funkciju. Zbog toga u programskom stavu iz čl. I/2 Ustava mora doći do izražaja temeljni iskaz pravne države da je sudstvo povjereno samo nezavisnim sudijama.

I još jedna tačka Ustav od 14. decembra 1995. ne omogućuje da se pronade odgovor na pitanje, kako bi zapravo pravna država Bosna i Hercegovina morala izgledati. Uzmemo li u obzir, ponovo na putu usporedbe, ustave drugih evropskih država, uočava se da nedostaje katalog osnovnih prava. Radi se upravo o ustavnopravnim garancijama individualnih prava koja od države čine pravnu državu i na različite načine joj daju boju i oblik. Od vremena borbe za građanski ustav, evropski ustavi su preuzeli kao vlastitu tekovinu mogućnost da se ljudska prava i demokratska prava sudjelovanja uobliče u jednom katalogu osnovnih prava i da na taj način, u interesu pojedinca, ograniče vršenje državne vlasti. Različiti katalogi ljudskih prava, čak iako oni u svom jezgru oslikavaju „samo“ slobode francuske revolucije iz 1789. i njene deklaracije o ljudskim pravima, ulaze u različite nacionalne ustave i sadrže u sopstvenim detaljima specifičnosti kojima oslikavaju lice društva koje se okupilo pod krovom jednog ustava. Tako i Ustav BiH nabroja u čl. II/3 najbitnija individualna prava. Ustav ovim pravima međutim ne daje sadržaj, tako da se čl. II/3 posmatra kao jedinstvena „lista roba koje treba kupiti“. Izuzetak predstavlja samo obuhvatan stav o jednakom tretmanu prema čl. II/4 Ustava. Ostala prava na slobode dobijaju boju i sadržaj opisom činjeničnih stanja pojedinih prava. To se jasno vidi na primjeru slobode mišljenja koja se nalazi na listi pod (h). Jer, domet slobode mišljenja se danas posmatra različito.

Čl. II/2 uzima u obzir Evropsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda od 4. novembra 1950. i njene protokole i proglašava ih neposredno primjenjivim u BiH. Time se ovim slobodama daje primat u odnosu na svako unutrašnje pravo. Međutim, to ne predstavlja potpunu nadoknadu, jer u konvencijskim osnovnim pravima se ne nalazi osobiti državni identitet i specifičan državni stav. Ona ne omogućuju da se Ustavu BiH osigura vlastito lice. Zbog toga se Ustav iz 1995. uklonio iz područja djelovanja koje osigurava identitet, a koje polazi upravo od vlastitih, nacionalnih osnovnih prava u kojima se pojedinac, u pogledu svojih sloboda, može pronaći. Društvo koje je organizirano pod krovom evropskih garantija je „internacionalizirano“, ono ostaje, međutim, manje-više bezbojno zbog toga što nedostaju nacionalni stavovi. Također, obaveza države da jamči visoki standard u garantiranju osnovnih sloboda koje su priznate međunarodnim pravom, što je regulirano u čl. II/1, ne pomaže mnogo,¹² i može poslužiti „samo“ kao ustavnopravni dokaz za međunarodnopravnu otvorenost pravnog uređenja BiH. Jer, opšta pravila međunarodnog prava su prema čl. III/3 (b) stav 2 sastavni dio državnog i entitetskog prava.

U tom odnosu se mora posebna pažnja obratiti na takozvana sudska osnovna prava. Pravna država posmatra ljude pred sudijom. Jer čovjek je zapravo tek pred sudom na neposredan način izložen državnoj vlasti. Kako ne bi bio izručen državnoj vlasti njegova pozicija pred

¹² Vezivanje za osnovna i ljudska prava koja su zagantirana međunarodnim pravom je problematično i zbog toga što internacionalni instrumenti sadrže samo minimalna jamstva na koja se država potpisnica mogla obavezati. Nacionalno pravo može biti bitno velikodušnije. Osim toga previda se da pojedina osnovna prava nisu sadržajno jednaka u različitim međunarodnim konvencijama i da se mogu u pojedinim područjima zaštićenih sloboda nalaziti na kursu konflikta. U bosanskom Ustavnom pravu do danas nisu razvijena pravila za rješavanje kolizija između osnovnih prava. Ustavna problematika se zaoštrava s obzirom na činjenicu da internacionalne konvencije ne garantiraju slobode neograničeno, nego ih sadržajno stavljaju pod različita ograničenja. Kakva se ograničenja i sa kakvim dometima postavljaju u svakom nacionalnom uređenju, sve važi i za BiH, ostaje sasvim zatamnjeno. Tako uz nesigurnost u činjenično stanje prava koja garantiraju slobodu dolaze nemogućnosti određivanja ograničenja ljudskih prava u pogledu njihove konkretizacije, tako da se vezivanje za internacionalno pravo može pokazati kao mutacija u danajski dar.

sudom mora biti zaštićena na poseban način. O tome, istina, vodi računa čl. II/2 sa upućivanjem na Evropsku konvenciju o zaštiti ljudskih prava koja se u sopstvenim članovima 6 i 7 bavi pozicijom čovjeka pred sudom. Dalje iskaze o zaštiti čovjeka pred sudom sadrže čl. 2, 4 Protokola br. 7 uz Konvenciju, od 22. novembra 1984. No, ovo nije potpuni nadomjestak za vlastite, unutardržavne garancije. Upravo čovjek pred sudom mora biti pod posebnom ustvanom pažnjom kada se radi o izricanju krivične kazne ili kada se radi o nekom drugom ograničenju slobode. Ustav BiH o tome upravo ne vodi računa, premda se od uspostavljanja Državnog suda BiH krivične sankcije mogu izricati na nivou države. Krivični postupak iz 2003.¹³ sadrži obične zakonske regule za zaštitu optuženih, tako da od njih nema koristi izvan ovog ustavnosudskog izostanka zaštite. Upravo je pravnodržavni zadatak da se ustavnoporavnim regulama potčini pravni odnos optuženog pred sudom i to izvan statusa u kojem se nalazi optuženi u krivičnom postupku. To počinje, ako bismo se već orijentirali prema njemačkom ustavu i njegovom pravnodržavnom okrunjenju u čl. 19 st.4, time da svako ko se smatra povrijeđenim od strane javne vlasti mora imati otvoren put pred sudove. Ako on u postupku zaštite svojih prava već stoji pred jednim sudom ili u sporu sa privatnim osobama traži svoje pravo pred nekim sudom, moderna slika pravne države zahtijeva pravosudna osnovna prava koja garantiraju određeni procesnopravni minimalni standard. Ako ih nema, mora se posumnjati u ozbiljnost zaklinjanja u pravnu državu.

5. Ostvarenje programa posredstvom običnog prava

„Pravna država“ prema čl. I/2 ima konturu. Kao i svaki drugi ustavni princip, ona u ovim konturama sadrži i izvjestan programski sadržaj, koji se odnosi na zakonodavca, a koji zbog otvorenih zahtjeva nikada ne može biti sasvim ispunjen. U području pravosudne vlasti je bosanskohercegovački zakonodavac samo djelimično vodio računa o takvim programskim zahtjevima. Ako se već zbog gore navedenih razloga ne može očekivati da će ustavotvorac u dogledno vrijeme uspostaviti ustavnu ispomoć, onda je zakonodavac slobodan, sve dok regulira raspodjelu nadležnosti između države i entiteta prema čl. III Ustava kao i organizaciono pravo entiteta u pogledu njihovog pravosuđa, da sam, običnim zakonom, uspostavi jedan vrhovni sud i da mu prenese zadatak da uz poštovanje sudskih osnovnih prava vodi računa o jedinstvenoj pravosudnoj praksi na državnom nivou. Uzmemo li u obzir čl. III Ustava, može se iz raspodjele nadležnosti državnih i entitetskih ustanova, Federacije i Republike Srpske (usp. čl. I/3 Ustava) zaključiti da je pravosuđe i njegova organizacija zadatak entiteta. Jer, prema čl. III/3 lit. (a) entiteti vrše na svim razinama državnu vlast, osim ako ih Ustav izričito prenese u nadležnost državnih ustanova. Da prema entitetskim ustavima i zakonima postoji sudska vlast i da je prema vlastitim procesnim odredbama i propisima o ustrojstvu sudova obavljaju entitetski sudovi, nije u suprotnosti sa državnim zakonom koji bi regulirao organizaciju sudova. Jer, postoji ozbiljna metodološka sumnja u mogućnost da pravo nižih tijela može poravnati nedostatke, praznine i slabosti nadređenog prava. Takav pokušaj je metodološki nepotpun, a osim toga, i u suprotnosti je sa čl. III/3 lit. (b) Ustava. Prema ovom propisu ustavno pravo države i državni zakoni imaju primat nad pravom entiteta. Tamo gdje se primat ne može utemeljiti preko ustavnopravnih praznina državnog Ustava, on se, u najgorem slučaju, mora popuniti propisima nadređenog prava.

Sa takvim zakonom o organizaciji sudova bi bila okončana pravna rascjepkanost, posebno u privatnom pravu, a i na području upravnog prava bi došlo do ujednačavanja na nivou

¹³ Official Gazette of Bosnia and Herzegovina N° 03/2003 (Sl. glasnik BiH 03/2003).

cijele države. Isti zakon o organizaciji pravosuđa bi mogao sadržati i stavove o sudskoj nezavisnosti, također i entitetskih sudija, ali tako da se entiteti ne bi mogli pozvati na povredu nadležnosti iz čl. III Ustava. Takav zakon o organizaciji sudova bi na kraju krajeva, ma kako da je nesavršen u odnosu na odgovarajuću ustavnopravnu regulu, okončao pravnu rascjepkanost na državnom nivou.

(sa njemačkog preveo Edin Šarčević)