

Nurko Pobrić*

Opseg mogućih izmjena i dopuna Ustava Bosne i Hercegovine

Sadržaj

1. Uvod

2. Moguće izmjene i dopune Ustava Bosne i Hercegovine s obzirom na postojeći bosansko-hercegovački politički i društveni kontekst

3. Zaključak

1. Uvod

U pozivu za učešće na trećem pravno-politološkom kolokviju pod nazivom „Ustavne i vanustavne korekture političkog sistema BiH“ date su okvirne odrednice teme o kojoj bi se trebalo razgovarati i raspravljati na navedenom kolokviju, s tim što je naglasak dat na vanustavne (vaninstitucionalne) promjene političkog sistema Bosne i Hercegovine, što se, razumljivo, odnosi i na Ustav Bosne i Hercegovine (Ustav BiH ili Dejtonski ustav). U ovom prilogu naznačit će se, ukratko, osnovni limiti koji opredjeljuju nemogućnost promjena Ustava BiH, iako su te promjene neophodne, te će se, s obzirom na postojeće političko i društveno stanje u Bosni i Hercegovini, po mojoj ocjeni, naznačiti realno mogući pravac ustavnih promjena, uz zaključak, da su te promjene (u osnovi) moguće samo po revizijskom postupku propisanom u članu X Ustava BiH.

2. Moguće izmjene i dopune Ustava Bosne i Hercegovine s obzirom na postojeći bosansko-hercegovački politički i društveni kontekst

Ustav BiH (Aneks 4 Dejtonskog mirovnog sporazuma), iako karakteriziran kao „privremen“¹ (što je trebao i biti) mijenjan je u formi ustavnih amandmana samo jednom Amandmanom I na Ustav Bosne i Hercegovine², kojim je utvrđen ustavnopravni status Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine. Ostale promjene (faktičko mijenjanje Ustava BiH) vršene su u formi zakona, prenošenjem nadležnosti sa entiteta na Bosnu i Hercegovinu. Za distribuciju tih ovlaštenja postoji osnov u Ustavu BiH (najčešće je korišten član III/5 Ustava), iako ta distribucija nije

*Autor je doktor pravnih nauka i sudija Kantonalnog suda Mostar u penziji.

¹ E. Šarčević, *Dejtonski ustav: Karakteristike i karakteristični problemi*, Sarajevo 2009, s. 85.

² *Sl. gl. BiH* 25/2009.

pokrivena ustavnim amandmanima. Pokušaj promjena Ustava BiH prijedlogom amandmana iz 2006. godine (tzv. „Aprilski paket“) nije uspio, jer predložene promjene nisu usvojene u Parlamentarnoj skupštini Bosne i Hercegovine. Tzv. „Butmirski proces (paket)“ nije uspio ni da približi pregovaračke strane po pitanju promjene Ustava BiH. Imajući u vidu navedene primjere, ističe se da „nema saglasnosti (za promjenu Ustava BiH - primjedba N. P) kako u političkoj, tako i u stručnoj javnosti, što potvrđuje da Dejtonski ustav nije privremenog karaktera i da nije iscrpio svoje kapacitete.“³

Prije određivanja limita koji onemogućavaju ustavne promjene u Bosni i Hercegovini, uopće, a posebno na način koji se naglašava u pozivu za kolokvij, neophodno je navesti sadržaj određenih pojmova (s obzirom na temu kolokvija) i njihove distinkcije, koji su poznati u teoriji ustavnog prava, ali i političkoj i društvenoj zbilji.

Koncept ustava, njegovo donošenje, značaj i primjena čine složen pravni i politički fenomen. U vezi s navedenim ističe se sljedeće: „Koncept ustava jeste jedan od onih koncepata o kojima se najviše raspravljalo, i koji utiče na različite aspekte, ne samo pravne. Postoji deontološki pojam ustava (s obzirom na to da je idealni model za državnu organizaciju), sociološko-fenomenološki (kao način postojanja države), politički (kao organizacija zasnovana na određenim principima političkog usmjerenja) i, na kraju, pravni pojam. Ovaj posljednji prepoznaje se u državnom poretku ili, u užem smislu, u osnovnim propisima na kojima se taj poredak zasniva.“⁴

U određenim, često vanrednim okolnostima, dolazi do ustavnog diskontinuiteta, tako što narod, svojom voljom, odluči da utvrdi nove političke i pravne principe i osnove ustavnog uređenja države. To se može utvrditi direktno, referendumom (ustavotvorni referendum), ili, posredno, putem zakonodavnog organa koji u tom slučaju ima funkciju ustavotvorne vlasti. „U oba slučaja može se zadužiti posebno ustavno tijelo da utvrdi nacrt ustava (tzv. ustavni konvent)“.⁵ Ustavni konvent je vanredni politički organ koji ima privremeni karakter, sastavljen je od stručnjaka (eksperata) čiji je cilj da pripremi nacrt novog ustava. Donošenjem novog ustava raskida se veza sa starim ustavom. (U pozivu za kolokvij upućuje se na razgovor i raspravu i o konvetskom načinu donošenja Ustava BiH).

„Državna vlast koja donosi novi ustav naziva se ustavotvornom, a ona koja menja postojeći ustav - revizionom vlašću. Vlast koja donosi prvi i svaki naredni ustav je ustanovljavajuća vlast - ustanovljavaju se organi vlasti koji čine državni aparat (otuda, u nekim državama, potiče osnov za razlikovanje pravne snage integralnog ustava od pravne snage ustavnih amandmana).“⁶

„Događa se ipak da ustav bude menjan bez poštivanja propisane procedure i tada govorimo o faktičkoj reviziji ustava ili o revolucionarnoj promeni ustava.“⁷ U teoriji ustavnog prava, ipak je uočena razlika između faktičkog mijenjanja ustava i revolucionarnoj promjeni ustava. Revolucionarna promjena ustava proizvod je uspostave nove državne vlasti, osvojene revolucijom ili državnim udarom, ili sličnim radikalnim društvenim događajima. Nova državna

³ P. Kunić, *Promjene ustava Bosne i Hercegovine pro et contra*, Banja Luka 2015, s. 5.

⁴ Đ. de Vergolini, *Uporedno ustavno pravo*, Beograd 2015, s. 236.

⁵ N. Ademović/J. Marko/G. Marković, *Ustavno pravo Bosne i Hercegovine*, Sarajevo 2012, s. 9.

⁶ S. P. Orlović, *Ustavno pravo*, Novi Sad 2018, s. 38.

⁷ B. Milosavljević/D. Popović, *Ustavno pravo*, Beograd 2009, s. 50.

vlast donosi ustav, ne držeći se procedure propisane ranijim ustavom i time prekidaju ustavni kontinuitet.⁸

Razlikovanje ustavotvorne i revizione vlasti jasno je obrazloženo u stajalištu koje slijedi: Vlast koja donosi nov formalni ustav naziva se ustavotvorna vlast. Ova vlast naziva se i „ustanovljavajućom“, jer ona ustanovljava sve druge državne vlasti (zakonodavnu, izvršnu i sudsku), koje se nazivaju „ustanovljenim“. Dva su osnovna obilježja ustavotvorne vlasti. Ona je originerna (izvorna) i pozitivnim pravom neograničena. Njena izvornost „izvire iz same sebe“, nema osnova u nekoj višoj vlasti, odnosno u višoj normi („metanorma“). Uobičajeno je da se kaže da je ustavotvorna vlast, u stvari ona koja donosi „prvi ustav“. Pod „prvim ustavom se ne podrazumijeva faktički prvi ustav u istoriji jedne zemlje, već se misli na situaciju u kojoj je došlo do pravnog raskida sa ranijim ustavnim poretom. Tada se donosi sasvim novi ustav koji ne izvire ni sadržinski ni proceduralno iz starog. U tom slučaju na djelu je ustavni diskontinuitet (ustavna revolucija). Kada se novi ustav zasniva na revizionim odredbama starog, tada je u pitanju ustavni kontinuitet. Ustavna revolucija može ići paralelno sa socijalnom revolucijom (promjena društvenog i političkog poretka), a može se odvijati i bez nje (npr. dogovor političkih činilaca koji donose ustav da se napravi raskid sa postojećim ustavnim poretom).⁹

Pojam „prvog ustava“ određuje se i na ovaj način: „Prvim ustavom naziva se ustav čiji temelj valjanosti (i zakonitosti) ne proizilazi iz nekog ranijeg ustava. Ukratko, prvi je ustav donesen *extra ordinem* - plod revolucije (u širem smislu) - i zato bez dinamičkog temelja valjanosti u normama (može bitnim normama o proizvodnji ustava) ranijeg ustavnopravnog poretka. Uz nužnu posljedicu da prvi ustav nije ni valjan ni nevaljan u okviru pravnog poretka čiji je on ustav. Kriterij pravnog postojanja prvog ustava je društvena učinkovitost (efektivnost).“¹⁰

Razlika između revizione i ustavotvorne vlasti objašnjava sljedeći opis: „Za razliku od donošenja prvog ustava koji sadrži obilježja 'revolucionarnog' kako u materijalnom tako i u formalnom smislu, reviziona funkcija ustavotvorne vlasti postaje konzervativna i ona postepeno gasi njenu prethodnu 'prevratničko-kreativnu ulogu'.“¹¹ Koncept ustavne revizije može biti shvaćen dvojako: kao revizija u formalnom smislu i kao revizija u materijalnom smislu. Prvi označava ustavnu promjenu sa svim elementima koji neposredno zadiru kako u formu ustavnog akta, tako i u ustavnu materiju. Drugi označava proces interpretacije ustavnih načela i transformaciju ustavnog poretka bez potrebe da se mijenjaju formalna svojstva najvišeg općeg pravnog akta. Oba procesa egzistiraju u savremenim državama, ali se prvi najčešće označava kao „ustavna revizija“, a drugi kao „ustavna reforma“. (U kolokvijalnom govoru u Bosni i Hercegovini pojmovi „ustavna revizija“ i „ustavna reforma“ se poistovjećuju).

Potrebno je, ukratko, dotaći se i pojma *ustavnog identiteta*. U užem smislu, ustavni identitet vrlo je blizak ustavnom poretku, odnosno njegovim bivšim obilježjima - obliku vladavine, obliku državnog uređenja, nosiocu suverenosti, sistemu vlasti itd. U širem smislu, ustavni identitet

⁸ *Ibid*, s. 50

⁹ D. Simović/V. Petrov, *Ustavno pravo*, Beograd 2018, s. 35.

¹⁰ R. Guastini, *Sintaksa prava*, Zagreb 2016, s. 166.

¹¹ I. Pejić, Ustavna revizija: procedura u kontekstu ustavotvorne vlasti, *Zbornik Pravnog fakulteta u Nišu*, 80/2018, s. 66.

nastaje i oblikuje se između ustavnog teksta i ustavne istorije. Ustavni identitet ima opća i posebna ustavna načela, kao i ustavne vrijednosti.¹²

Ustav BiH je konstitucionalni akt *sui generis*, po osnovu gotovo svih relevantnih parametara. Upitna je njegova konstitutivna, legitimacijska i integrativna funkcija. Sve navedene funkcije ostvarene su samo djelimično. Ustav BiH je odredio „mapu vlasti“, bez jasnih i sigurnih putokaza. Značajan broj građana Bosne i Hercegovine ne doživljava ga kao „svoj“, nego kao nametnut ustav. Ustav jeste osigurao integritet države, ali njime nije ostvarena društvena kohezija, koja bi nadvladala evidentne društvene podjele, primarno one po etničkoj osnovi. To je „Ustav iz nužde“, čija je promjena *neophodna*. Dejtonski ustav je djelo ustavnog diskontinuiteta, jer je iz temelja uspostavio novi poredak, potpuno različit od prethodnog poretka, poretka Republike Bosne i Hercegovine.

Legitimnost Dejtonskog ustava osporava se uglavnom iz tri razloga: zbog nedemokratskog načina donošenja, zbog postojanja odredbi koje su suprotne međunarodnom pravu i zbog izražene neefikasnosti. Ustav je praktično konzervirao etničku podjelu društva, nije omogućio demokratsku konsolidaciju sistema i realne pretpostavke za uspostavu funkcionalne države. Učešće konstitutivnih naroda, kao ustavotvoraca (navedeno u preambuli Ustava), je samo „fikcija“, koja se nastoji legitimirati, jer je Bosna i Hercegovina, odnosno njena „dejtonska struktura“, „simbolička konstrukcija“ međunarodne zajednice, kojoj prije svega nedostaje emotivna potpora bosanskohercegovačkih naroda.¹³ „Prilikom ustavotvorstva, međunarodna zajednica zamijenila je bosanskohercegovački narod ili narode u ulozi suverena.“¹⁴ Ovdje smatram potrebnim istaći da postoji razlika između emotivne potpore državi (političkoj zajednici) i emotivne potpore postojećem ustavnom i političkom sistemu (Dejtonskom ustavu), što je uočljivo u bosanskohercegovačkom društvu.

Zapravo, u odnosu na promjenu Ustava BiH, bosanskohercegovačka politička (pa i šira) javnost je polarizirana tako da su se na jednoj strani našli oni koji su za postojeće stanje i *status quo*, odnosno vraćanje „slovu Dejtona“, u protivnom „prijete“ separatizmom (Republika Srpska), a na drugoj strani su oni koji bi mijenjali Ustav BiH „umjereno ili radikalno na vşe (ne)konzistentnih, pa čak i suprotstavljenih koncepcija, kao što su liberalno-demokratska koncepcija, konsocijacija/etnoteritorijalna federacija, troentitetska BiH i druge.“¹⁵ Polarizacija bosanskohercegovačkog društva, u osnovi, posljedica je nepostojanja bazičnog konsenzusa o državi (političkoj zajednici) Bosni i Hercegovini, jer značajni broj građana Bosne i Hercegovine, prilično, u tom pogledu „etnički grupisanih“, ne doživljavaju (ne prihvataju) Bosnu i Hercegovinu kao „svoju“ državu.

I susjedne države (Republika Srbija i Republika Hrvatska) doprinijele su podjeli bosanskohercegovačkog društva i nefunkcioniranju bosanskohercegovačke države, uplitanjem u unutrašnje stvari Bosne i Hercegovine, suprotno normama međunarodnog prava. U vezi s navedenim, potpuno je neargumentiran i pravno neutemeljen stav da „susjedne države imaju pravo u prvom redu, i obavezu, da utiču na Srbe i Hrvate u Bosni i Hercegovini da primjenjuju Sporazum (misli se na Dejtonski mirovni sporazum), a ispunjavajući ovu obavezu susjedne

¹² Usp. bilj. 9, ss. 26 i 27.

¹³ Usp. C. Steiner, Geneza i legitimnost Ustava Bosne i Hercegovine, *Status*, Mostar 9/2006, s. 156.

¹⁴ *Ibid*, s. 156.

¹⁵ N. Šaćić, Konstitucionalne nedorečenosti kao izvori konfliktnosti u BiH, u: M. Podunavac (ur), *Politička i konstitucionalna integracija duboko podjeljenih društava*, Beograd 2008, s. 91.

države imaju pravo da utiču i na njegovu dosljednu primjenu.¹⁶ U članu 10 Dejtonskog mirovnog sporazuma propisano je da Savezna Republika Jugoslavija i Republika Bosna i Hercegovina priznaju jedna drugu kao suverene nezavisne države u okviru njihovih međunarodnih granica. Dalji aspekti njihovog uzajamnog priznanja biće predmet kasnijih dogovora. Članom 1 Dejtonskog mirovnog sporazuma propisano je da će „strane“ (Republika Bosna i Hercegovina, Republika Hrvatska i Savezna Republika Jugoslavija) provoditi svoje odnose u skladu sa principima izloženim u Povelji Ujedinjenih nacija, kao i u helsinškom završnom aktu i drugim dokumentima Organizacije za sigurnost i suradnju u Evropi. Posebno, strane će u potpunosti poštivati suverenu jednakost jedna druge, rješavat će sporna pitanja mirnim sredstvima i uzdržat će se od bilo kakvih akcija, putem prijetnje ili upotrebe sile ili na bilo koji drugi način, protiv teritorijalnog integriteta ili političke nezavisnosti Bosne i Hercegovine ili bilo koje druge države. Citiranim odredbama Dejtonskog mirovnog sporazuma uspostavljeni su odnosi i priznanja između navedenih država, a ne odnosi između Republike Hrvatske i Hrvata u Bosni i Hercegovini i Savezne Republike Jugoslavije (sada Republike Srbije) i Srba u Bosni i Hercegovini.

Dejtonski ustav *nije* uspostavio stabilnu političku zajednicu tri konstitutivna naroda i ostalih građana, a cjelokupna politička arhitektura Bosne i Hercegovine zasnovana je na principu ekskluzivne etničke reprezentacije tri konstitutivna naroda, na štetu prava pojedinaca. Ovo *de facto*, predstavlja temeljni nedostatak državnih (i entitetskih) institucija i uzrok je njihove nefunkcionalnosti. Sistemska greška Dejtonskog ustava se vidi u činjenici da je ukupan ustavni i politički sistem Bosne i Hercegovine zasnovan na anahronom, nigdje viđenom principu „jedna država - dva entiteta - tri naroda“, koji je ojačan čudnom kategorijom konstitutivnih naroda. Oni se tretiraju državotvornim, dok to ostali građani nisu. Ovakav „antisistem“, negacija je prava, pravne države, pravne sigurnosti i jednakosti građana Bosne i Hercegovine pred zakonom. Politički sistem države je takav, da permanentno generira diskriminaciju i neravnopravnost građana u oblasti osiguranja i zaštite ljudskih prava, posebno u sferi političke participacije - institucionalna diskriminacija u domenu biračkog prava „nekonstitutivnih“¹⁷. U vezi s navedenom tvrdnjom je i sljedeći stav: „Normativnom i institucionalnom dominacijom kolektiviteta nad individuama kao i opšteprisutnim oblicima diskriminacije i isključivosti Drugog, stvorene su ogromne prepreke razvoju demokratije i demokratskih institucija.“¹⁸

S obzirom na postojeći bosanskohercegovački politički i društveni kontekst, čije sam osobnosti (nedostatke) dijelom naprijed naznačio, očigledno je da ne postoji „ustavni trenutak“, da bi se u Bosni i Hercegovini dogodila „ustavna revolucija“. Moguće izmjene i dopune Ustava BiH, mogle bi se predložiti (za sada) u okviru sadržaja prijedloga iz Aprilskog paketa, uz, razumije se, otklanjanje iz Ustava diskriminatorских odredbi utvrđenih presudama Evropskog suda za ljudska prava. One se odnose na izbor članova Predsjedništva Bosne i Hercegovine i Dom naroda Parlamentarne skupštine Bosne i Hercegovine. Prihvatanjem rješenja za reviziju Ustava BiH koje je sadržavao Aprilski paket, ne bi se značajno mijenjao identitet Dejtonskog ustava, ali bi se

¹⁶ R. Nešković, *Nedovršena država-Politički sistem Bosne i Hercegovine*, Sarajevo 2013, s. 192.

¹⁷ Usp. Z. Seizović, *Političke stranputice postdeytonske Bosne i Hercegovine*, Sarajevo 2012, ss. 7 i 8.

¹⁸ Dž. Mirašćić, Narodni suverenitet i princip vladavine prava u savremenoj državi naciji, sa posebnim osvrtom na Bosnu i Hercegovinu, u: *Vladavina prava i pravna država u regionu*, Zbornik radova sa međunarodnog naučnog skupa 2013. godine na Palama, Istočno Sarajevo 2014, s. 271.

osnovano moglo očekivati, da bi takve ustavne promjene unaprijedile funkcionalnost države Bosne i Hercegovine.

Pri izradi novog ili izmjeni i dopuni postojećeg Ustava BiH bosanskohercegovački ustavotvorac morati će imati u vidu fenomen koji se označava kao „internacionalizacija ustavnog prava“. Za isti fenomen koriste se i termini svjetski konstitucionalizam, globalni konstitucionalizam i transnacionalni konstitucionalizam.¹⁹ „Uopšteno iskazano, internacionalizacija ustavnog prava se odnosi na razvoj međunarodnog i u određenim regijama nadnacionalnog prava koji obavezuju države da primenjuju norme koje se odnose na ustavnu materiju.“²⁰

Takođe, bosanskohercegovački ustavotvorac trebat će imati u vidu da u savremenim uslovima globalizacije tradicionalna funkcija ustava zadržana je samo u proceduralnom smislu. Ustavotvorac je zadržao ulogu *constituent power* koja mu je namijenjena samo da bi osigurao normativni okvir za funkcioniranje države. Supstancijalna strana ustavnog kreiranja pravnog poretka postepeno se mijenjala, te je u uslovima „konstitucionalizacije“ međunarodnog prava i „globalizacije“ međunarodnog poretka ona bila značajno oslabljena. Sadržaji ustava nastaju i „pozajmljivanjem“ pravnih rješenja koja se smatraju provjerenim i prihvatljivim tamo gdje dugo godina postoji praksa njihove primjene. Stoga se u uporednom ustavnom pravu pojavila sintagma „migracija ustavnih ideja“. U vezi s tim bih istakao da se „globalizacija ustavnog prava odnosi na globalno širenje određenih ustavnih vrednosti i prava koje su zadobile gotovo univerzalno prihvatanje, a koje za posledicu ima ujednačavanje saržine nacionalnih ustava.“²¹

Nadalje je isto tako potrebno istaći da pregovorima za ulazak u članstvo Evropske unije ne postoji poglavlje u sklopu kojeg se pregovara o odgovarajućim prilagođavanjima ustava države koja ulazi u članstvo. Međutim, članstvo u Evropskoj uniji (u okviru pregovora o pojedinim poglavljima), pretpostavljalo je prethodno usvajanje izmjena u ustavima pojedinih država, budućih članica Evropske unije, što može biti neophodno i u Bosni i Hercegovini.²²

Izvanustavni put utvđivanja prijedloga novog Ustava BiH i usvajanje tog prijedloga, (konventski model, vraćanje na ranije važeći ustav) također se mogu pravno utemeljiti i opravdati.²³ Ali, ti modeli, po mojoj ocjeni, u postojećoj društvenoj i političkoj stvarnosti u Bosni i Hercegovini, nisu u ovom trenutku ostvarivi.

3. Zaključak

S obzirom na postojeće društveno i političko stanje u Bosni i Hercegovini, ne postoje uslovi za donošenje novog Ustava, kako institucionalnim, tako i vaninstitucionalnim putem. Svakako, Ustav treba mijenjati, shodno datim društvenim i političkim okolnostima i te promjene trebale bi biti predložene „na tragu“ rješenja predloženih u tzv. Aprilskom paketu iz 2006. godine, uz obavezu izvršenja presuda Evropskog suda za ljudska prava kojima su markirane diskriminatorne odredbe u Ustavu BiH (suprotne odredbama Evropske konvencije za zaštitu

¹⁹ D. Simović, Internacionalizacija ustavnog prava - primer Republike Srbije, *Zbornik Pravnog fakulteta u Nišu*, Niš 81/2018, s. 15.

²⁰ *Ibid*, s. 17.

²¹ Bilj. 9, s. 12.

²² Usp. T. Čapeta, Nacionalni ustav i nadređenost prava EU u eri pravnog pluralizma, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, Zagreb 1/2009, ss. 63 i 64.

²³ Usp. E. Šarčević, *Ustav iz nužde*, Sarajevo 2010, ss. 406-419.

ljudskih prava i osnovnih sloboda), a koje se odnose na izbor članova Predsjedništva Bosne i Hercegovine i Doma naroda Parlamentarne skupštine Bosne i Hercegovine.

The scope of possible amendments to the Constitution of Bosnia and Herzegovina

Summary

In this annex, in brief, some of the reasons for the failure to function of the constitutional and political system of Bosnia and Herzegovina are analyzed. The need for amendments to the Constitution of Bosnia and Herzegovina is emphasized. At the same time, there are problems in Bosnian and Herzegovinian political and social reality that make it impossible to adopt a new constitution of Bosnia and Herzegovina. The author of the report considers that constitutional changes can be made on the basis of the proposed amendments from 2006 (April package). If these changes were to be accepted, in the opinion of the author, the identity of the Dayton Constitution would not change significantly, but more efficient functioning of Bosnia and Herzegovina's political institutions would follow. Understandably, the changes to the Constitution also imply the execution of judgments of the European Court of Human Rights.