

USTAVNI SUD BOSNE I HERCEGOVINE – IZMEĐU HIBRIDNOSTI I PODJELE VLASTI

Ključne riječi

Ustavni sud BiH; hibridni sud; mehanizmi podjele vlasti; aktivizam suda; integracijske i akomodacijske silnice.

Autor

Dr Dražen Barbarić, vanredni profesor, Filozofski fakultet Sveučilišta u Mostaru, BiH

Korespondencija

drazen.barbaric@ff.sum.ba

Oblast

Politička teorija

DOI

10.5937/politeia0-55117

Datum prijema članka

20.12.2024

Datum konačnog prihvatanja članka za objavljivanje

21.06.2025

Rezime

Cilj rada jeste analizirati ulogu i funkciju Ustavnoga suda BiH kroz vizuru dvaju politoloških koncepata mnogo više zastupljenih pri analizi političkih negoli pravosudnih institucija. Riječ je o konceptu 'hibridnih sudova' te konceptu 'sudova s podjelom vlasti' (power sharing). Prvi koncept odnosi se na one sudove koji omogućavaju ili zahtijevaju prisustvo stranih sudaca u domaćim pravosudnim tijelima, u ovom slučaju Ustavnom sudu BiH. Od samoga utemeljenja potonji u svoj sastav uključuje tri strana suca, te se vremenom percepcija njihova rada i uloge stubokom mijenja održavajući šire trendove koji postoje u političkoj sferi BiH. U radu će biti analiziran ovaj moment hibridnosti Ustavnoga suda BiH i reperkusije koje je ta odlika imala prilikom donošenja odluka. Drugi koncept odnosi se na određeni konsocijacijski element koji Ustavni sud u svojoj strukturi posjeduje, naime, njegov sastav odražava reciprocitet konstitutivnih naroda kao svojevrsni jamac da se uspostavljeni dejtonski poredak neće jednostrano ili na silu mijenjati bez privole svih triju konstitutivnih naroda. Detaljno će biti prikazan fenomen podjele vlasti (power sharing) unutar Suda, te reperkusije koje je donio u djelovanju samoga Suda. Tek analizom ova dva krucijalna elementa moguće je u potpunosti razumijevati djelovanje Ustavnoga suda, probleme s kojima se susreće prilikom svoga rada, te diskusijama koje izaziva u političkoj i akademskoj sferi. Upravo preko ova dva elementa moguće je plauzibilno pokazati da se Ustavni sud BiH nalazi između čekića i nakovnja. S jedne strane od nje ga se očekuje transformacijski potencijal i modifikiranje dejtonskoga ustavnopravnoga okvira, a s druge strane služi kao mehanizam održavanja i očuvanja potonjega.

UVOD

U BiH gotovo da i ne postoji institucija unutar sve tri grane vlasti koja u određenom razdoblju ne izaziva oštre polemike i duboka razmimoilaženja u pogledu njezina utemeljenja, osnovnih funkcija, postulata rada, te buduće vizije kakva ta institucija treba da postane. Nažalost, takvih teorijskih, stručnih, medijskih, pa i trivijalnopolitičkih rasprava nije mimoiđena niti najviša pravosudna institucija – Ustavni sud BiH. U svakom demokratskom režimu, što BiH nominalno jest bez obzira na sve moguće prigovore ovakvom određenju, ustavno sudstvo je posljednja instanca zaštite ustavnoga poretka, njegove interpretacije te provjere ustavnosti zakona, odluka i javnih politika koje različite razine vlasti donose.

Gotovo da ne postoji niti jedna demokratska država u kojoj postoji takva 'nepodnošljiva lakoća' ignoriranja odluka i mišljenja Ustavnoga suda, stalna difamacija njegova rada, a pogotovo izbora članova te institucije. Zapravo to uopće ne treba čuditi uzmemo li u obzir šturo ustavno utemeljenje države BiH, pozicioniranja Ustavnoga suda u takav aranžman s ciljem da postojeći ustavni okvir održi u gabaritima opstanka državnosti, a da istodobno učini takve zahvate koji bi suštinski mijenjali one dijelove ustavnoga poretka koje pojedini akteri političke sfere smatraju nedopustivima ili krucijalnim preprekama daljnjem demokratskom razvoju države. „Kao što je primijetila Venecijanska komisija, Ustavni sud BiH igra ključnu ulogu u funkcioniranju demokratskog procesa u Bosni” (Graziadei, 2016a: 85). Dakle, ustavni sud je samim činom utemeljenja zadobio poprilično delikatnu zadaću: „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 obzi-

rom na sastav Suda, njegove ovlasti i pozicioniranje – da će Sud dati lijek za potencijalne slabosti u strukturi vlasti do kojih je doveo sâm ustav” (Kulenović, 2016: 7). Drugim riječima, međunarodni tvorci su ugradili određeni oblik „sudskoga aktivizma” (Kulenović, 2016: 9), koji su vremenom prihvatili domaći politički akteri.

Problem je dvostruk, strana percepcija aktivizma je od Ustavnoga suda tražila megalomansku ideju transformacije političkoga sustava, ili makar njegovu pivotalnu ulogu u izgradnji svih onih procedura ili institucionalnih sklopova koje šturi ustav nije mogao donijeti, a politički akteri nisu bili kadri dogovoriti. S druge strane, domaći akteri su Sud vidjeli kao potencijalnu polugu za produžetak vlastitih političkih zahtjeva i ciljeva, koje zbog kompleksnoga sustava ne mogu samostalno nametnuti, a za zajedničko rješenje ne postoji iole političke volje. U obje varijante pred Ustavnim sudom su se našla nerealna očekivanja i permanentni pritisak nadomjeska političkih odluka, a vremenom je opisani paradoks zadobivao sve veću dimenziju, te u pojedinim fazama rezultirao grotesknim formama.

U nastavku rada bit će detaljno elaborirane dvije fundamentalne karakteristike Ustavnoga suda BiH upisane u njegovu strukturu: hibridnost suda, te konsocijacijski model podjele vlasti (power sharing sud). Razumjeti obje navedene karakteristike omogućuje plauzibilnu interpretaciju aktivističke funkcije Suda, te svih onih kontroverzi i diskusija koje do današnjih dana taj isti Sud u stopu prate.

ULOGA USTAVNOGA SUDA – IZMEĐU TRANSFORMACIJSKOG AKTIVIZMA I POLITIČKOG STATUSA QUO

Razmatrati i analizirati Ustavni sud BiH nemoguće je bez iskazivanja početne postavke: „Ustav Bosne i Hercegovine nije proizvod autohtonog ustavotvornog momenta” (Schwartz, 2019: 5), a samim time niti institucija Ustavnog suda. Jednostavno, potonjim se „pokušala igrati uloga u demokratskoj izgradnji mira i podjeli vlasti između bivših komponenti ratnog prstena (BiH)” (Dixon i Jackson, 2019: 293). Ustavni sud je, na neki način, trebalo da amortizira sva prijemna pitanja koja su nekadašnje ratne zajednice, sada konstitutivni narodi, postavili kao ključna, ali bez mogućnosti dogovora. „Takvi ‘prvorazredni izazovi’ predstavljaju probleme za sudove ‘koji možda nisu jedinstveni po prirodi, ali čije su posljedice jedinstveno ozbiljne’ jer ‘mogu biti vrlo destabilizirajuće’, uključujući slom građanskog mira i ponavljanje raširenoga političkog nasilja” (McCrudden i O’Leary, 2013a: 487). U takvim situacijama od sudova se očekuje rješavanje prijepornih pitanja koje politički akteri nisu kadri riješiti. Ako sudovi pasivno promatraju takve prijepore bez aktivnoga uključivanja, onda oni postaju dio problema, ako im pak prionu, onda se postavlja pitanje njihove nepristranosti i objektivnosti zbog različitih viđenja rješenja. Čak i ako se odluke donesu, one mogu biti smatrane ekskluzivnima i diskriminatorsnima, te izazvati protivljenje određenoga društvenoga segmenta. Upravo stoga je uloga ustavnoga suda ključna kako bi se odluke i zakoni usuglasili s temeljnim ustavnim načelima određene zajednice koja počiva na kakvom-takvom društvenom ugovoru. „U podijeljenim društvima, zbog povijesti sukoba ili nedostatka zajedničke egzistencije, ustav je često glavno sredstvo za stvaranje

zajedničkog političkog identiteta, koji je, pak, neophodan da bi ustavni režim funkcionirao” (Choudry, 2008: 6).

Ustavni sud BiH je zaista donosio neke od najtežih odluka u poslijeratnoj eri, od kojih su pojedine imale fundamentalni učinak na promjene političkoga ustrojstva. Nerijetko su bile svojevrsni ‘vrući krumpir’, odnosno, neprocesuirane političke odluke koje su se uslijed nedostataka političke volje ili mogućnosti postizanja kompromisa prebacivale na najvišu sudsku instancu u državi. Dakle, Sud je počesto odlikovao proces transformacije nepostignutih političkih odluka u prvorazredne ustavnopravne probleme. Svojim djelovanjem, te krajnjim odlukama, pokazao je da iste linije međunacionalnih političkih sporenja postaju identične unutar sudskoga djelovanja. „Mnoge od kontroverznijih odluka koje su se reproducirale unutar Suda duž etničkih linija dovele su do rascjepa političkog sustava... Etnopolitičke crte rascjepa koje dijele Bosance ogledaju se u Ustavnom sudu u politički istaknutim slučajevima” (Graziadei, 2016a: 67). To je definitivno pokazatelj da „najviši sudovi nisu imuni na podjele duž etničkih linija o pitanjima koja dijele građanstvo zemlje na suprotstavljene etničke frakcije” (Graziadei, 2016a: 68). Ovaj problem definitivno nije zaobišao Ustavni sud BiH.

Problem proučavanja ustavnih sudova je u tome što zanemaruje činjenicu podijeljenosti društva prema nacionalnim kriterijima, te se zaustavlja na političkim i ideološkim diferencijacijama koje bi trebalo da utjelove pluralni karakter demokratskih društava.

Međutim, u podijeljenim društvima ta diferencijacija je nedovoljna, ona analitički može zamagliti da grupiranje prema nacionalnim kriterijima unutar sudskoga djelovanja odražava temeljnu društvenu diferencijaciju – nacionalne razlike. Time bi se puki liberalno-mehanički pristup ustavnom

sudstvu u duboko podijeljenim društvima mogao vrlo lako svesti na dodatni politički alat većinskom društveno-nacionalnom segmentu u trajnoj tendenciji za političkom dominacijom.

Manjinske skupine u takvoj situaciji bi potencijalno došle u stanje marginalizacije i stvarne nemoći da utječu, preko svojih predstavnika, na fundamentalne probleme i pitanja koja dođu pred instancu ustavnoga sudstva. „Njihova je funkcija biti vanjski forum za rješavanje sukoba, omogućujući da se politički sukobi oko pitanja koja izazivaju podjele ispuhaju kroz judikalizaciju” (Graziadei, 2016a: 77). Drugim riječima, mehaničko kopiranje ustavnoga sudstva iz država s dugom demokratskom tradicijom koje nisu opterećene recentnim sukobom niti imaju probleme međunacionalne netrpeljivosti jednostavno nije funkcionalno, a može biti pogubno.

Ukoliko prihvatimo činjenicu da ustavni sudovi u podijeljenom društvu kakvo je bosanskohercegovačko s pridruženim izuzetno kompleksnim hibridnim političkim sustavom, koji uključuje konsocijacijske institucije i procedure, nemaju isključivo proceduralno-tehničku funkciju održavanja postojećega ustavnoga poretka, već i njegova odmrzavanja i unaprjeđivanja kada političari za to nisu spremni, a postojeće rupe onemogućavaju funkcionalnost sustava, onda je izuzetno bitno imati sastav ustavnoga suda koji takve postavke neće potkopavati. Pojednostavljeno: „Sastav sudova važan je upravo zato što sudovi mogu igrati odlučujuću ulogu u konsocijacijskim državama” (McCrudden i O’Leary, 2013a: 486).

Prilagoditi se integracionističkim tendencijama, ili u potpunosti transformirati ustavni sud u pravcu brisanja zaštitnih mehanizama koje imaju konstitutivni narodi, makar, kroz sastav sudaca, značilo bi iz kompleksne struk-

ture dejtonske BiH izvući temeljnu odrednicu koja omogućava kakvu-takvu funkcionalnost države u postojećim ustavnim kategorijama. Nekongruentnost između takvoga ustavnoga suda i konsocijacijskih elemenata kojima je politički sustav prožet značio bi do sad neviđen eksperiment koji bi dodatno narušio ionako krhke odnose među nacionalnim zajednicama i potencijalno doveo cijelu državu u stanje potpune paralize.

Stefan Graziadei postavlja ovu dilemu: „Za sada nas ovaj slučaj ostavlja u nedoumici. Ako prava definiraju i (re)konstruiraju političku zajednicu, postavlja se pitanje: trebaju li suci, koji su tumači tih prava, odražavati različite nijanse društva ili njegove istaknute rascjepe? Pitanje postaje još relevantnije tamo gdje bi tumačenje prava moglo utjecati na stabilnost političkog sustava koji je već osjetljiv na duboke komunitarne podjele” (Graziadei, 2016a: 72). Ukoliko bi odgovor na ovu dilemu bio potvrđan, to uopće ne znači da izabrani suci Ustavnoga suda treba da budu delegati konstitutivnoga naroda iz kojega dolaze ili skupine ostalih (nacionalno neopredijeljenih i nacionalnih manjina).

Uloga sudaca u sudovima koji imaju određenu podjelu vlasti ili konsocijacijski mehanizam „nije pretvoriti suce u agente koji će služiti uskim političkim programima političara etničkih manjina koji su ih imenovali, već osigurati da ti suci u ustavnom presuđivanju uključe plan tumačenja koji je u skladu sa zaštitom interesa manjina, barem u slučajevima gdje je u pitanju sukob između zakona o pravima i konstitucionalizacije etničkih razlika” (Choudry i Stacey, 2012: 95). Oni treba da odražavaju interpretativnu perspektivu i tradiciju zajednice koju formalno predstavljaju, oni su faktor politike prisutnosti i time nezamjenjivi faktor uopće mogućnosti deliberativnoga tijela na tako važnoj razini. Ujedno predstavljaju najsnažniji model međusobne

kontrole konstitutivnih aktera i time održavaju balans i stabilnost političkoga sustava bez mogućnosti nagle hirovitosti. Bez njih konsocijacijski mehanizmi u političkoj sferi postaju sredstva blokade i nazadovanja, a s njima oni ostaju trajan zalog zajedničke državnosti i osigurač da u jednom trenutku početni 'društveni ugovor' neće biti prekršen na štetu onih koji su u lošijoj političkoj ili demografskoj poziciji. Čak je i slavni Hans Kelsen tvrdio sljedeće: „sastav ustavnog suda trebalo bi da pravedno odražava društvo” (Graziadei, 2016a: 74), iako je pri tome mislio da sastav mora odražavati parlamentarnu konstelaciju stranaka koje su dobile legitimitet na demokratskim izborima, međutim, duboka podijeljenost je više nego očita društvena činjenica koja određuje političke procese, pa bi samim time trebala biti uvažena prilikom ustroja ustavnoga sudstva.

Situaciju u BiH dodatno komplicira i činjenica prisustva troje stranih sudaca koje imenuje predsjednik Europskoga suda za ljudska prava. „Pod 'stranim' sucem, u ovom kontekstu, mislimo na pojedinca koji je državljanin i stanovnik druge zemlje, i koji je svoju osnovnu pravnu obuku i iskustvo stekao u drugoj zemlji, te je stoga 'autsajder' u odnosu na nacionalni pravni sustav” (Dixon i Jackson, 2019: 294). Nastanak hibridnih ustavnih sudova, koji pored domaćih imaju mogućnost ili obvezu imenovanja stranih sudaca, ima povijesnu i funkcionalnu komponentu, naime, počesto se radi o ostacima nekadašnjih kolonijalnih i imperijalnih sustava kojima se štitio uspostavljeni društveno-ekonomski poredak. Međutim, nekada su razlozi genuine naravi, domaći sustav je skrojen da omogući participaciju stranih sudaca kako bi povećali svoju reputaciju u međunarodnoj sferi i funkcionalnost samoga sustava. To je pogotovo vidljivo u odredbama koje ostavljaju mogućnost imenovanja

stranih sudaca kako bi se unutar relativno malih država razvio ili barem kompenzirao nedostatan ustavnopravni kadar.

Postoji i određeni broj ustavnih sudova koji su nastali kao rezultat mirovnih dogovora i uspostave konsocijacijskih mehanizama. Primjerice, ustavni sud na Cipru je sve do 1964. bio takvoga tipa, te je ustavni sud Kosova uspostavljen na tim načelima.

U slučaju BiH, takav sustav je nastao kao posljedica uspostave postratnoga političkoga poretka u kojem su strani suci imali ključnu ulogu u balansiranju i održavanju uspostavljenoga ustavnoga poretka. Strani suci su umetnuti kao subjekt koji treba neutralizirati etničku podjelu unutar Ustavnoga suda, te poslužiti kao tampon zona među blokovski podijeljenim sucima. Uloga hibridnih sudova mora biti središnje mjesto gdje se politički nesporazumi i konflikti pretvaraju u kontekst potencijalnoga rješenja, te da se prevenira kolaps ustavnoga poretka: „Obje ove funkcije zahtijevaju da sud bude, ili da se barem čini, dovoljno nepristran i neovisan u odnosu na suparničke etnopolitičke frakcije” (Schwartz i Murchison, 2016: 2). Takva odredba je fundirala u temporalno ograničenom, ali nikad definiranom razdoblju. Ako je svrha bila izgradnja zajedničkoga identiteta u kome nacionalna opredijeljenost sudaca neće biti faktor, ali neće niti smetati političkim akterima i društvenim segmentima, onda je ta zadaća potpuno promašena. Ako je pak svrha bila neutralizirati nacionalne blokove i donositi odluke koje će biti od zajedničkoga interesa, onda je u tome vidno podbacila.

Kada pogledamo važne odluke koje izazivaju prijepore unutar društvenih segmenta i političkih aktera, onda je posve jasno da su strani suci bili 'jezičac na vagi' pojedinim nacionalnim blokovima unutar Suda i time dodatno podgrijavali nepovjerenje i političko nezadovoljstvo.

S obzirom na to da Sud samostalno propisuje vlastite procedure i pravila (Schwartz i Murchison, 2016: 8), 2014. su usvojena nova pravila kojima su „uklonjene sve odredbe koje isključuju na osnovu etničke pripadnosti, kao i etnička pravila o kvorumu” (Kulenović, 2016: 12). Iako formalno, po Pravilniku Ustavnoga suda iz 2014. nema nacionalnih kvota ili blokova među sucima, samim time nije ni poznat mehanizam nacionalnoga preglasavanja. U stvarnosti, svako kontroverzno pitanje kojim se Sud bavio funkcioniralo je po načelu nacionalnoga blokovskog glasanja u kojem se kontingent stranih sudaca u pravilu priključivao većinskom bloku i time direktno donosio prevagu u glasanju. Značajan dio javnosti, posebice u Republici Srpskoj, nacionalno preglasavanje uz potporu stranih sudaca smatra najvećim problemom u funkcioniranju ovakve konstelaciju Suda. Zbog toga je mehanizam izdvojenih mišljenja postao važan instrument kojim se preglašani suci iznosili neslaganje sa odlukom većine sudaca i time se eksplicitno stavljali u poziciju korifeja nacionalnih interesa onoga konstitutivnoga naroda kojem pripadaju.

HIBRIDNI SUD – IZMEĐU PATERNA-LISTIČKOG KOREKTIVA I DOMAĆE LEGITIMNOSTI

Dejtonski ustav je vrlo prozaično odredio sastav Ustavnoga suda tako što je definirao da četiri člana bira Predstavnički dom Federacije BiH, dva bira Skupština Republike Srpske, dok preostalu trojicu bira predsjednik Evropskoga suda za ljudska prava, uz napomenu da strani suci ne mogu biti državljani BiH niti susjednih zemalja (Ustav BiH, čl. 6., st. 1.).

Ovim postupkom ustavotvorac je kreirao hibridni oblik ustavnoga suda koji je trebao poslužiti kao svojevrsno tranzicijsko tijelo, barem prema sastavu sudaca, koje bi osiguralo implementaciju dejtonskih ustavnih postavki i očuvanje ustavnopravnoga okvira BiH. O tranzicijskoj naravi stranih sudaca, a samim time i hibridnoga karaktera Suda, svjedoči stavak d) članka VI u kojem ustavotvorac ističe: „Za imenovanja koja se budu vršila nakon isteka perioda od pet godina od prvih imenovanja, Parlamentarna skupština može zakonom predvidjeti drugačiji način izbora troje sudija koje bira predsjednik Evropskog suda za ljudska prava” (Ustav BiH, čl. 6., st. 1.). Međutim, do današnjih dana ovaj stavak nije implementiran, tj. nova pravila izbora troje sudaca nisu usuglašena, te je Ustavni sud BiH i dalje hibridni sud u kome djeluju tri strana suca. To na neki način govori da je ostao zarobljen postratnom tranzicijskom paradigmatom u kojoj mu je namijenjena uloga aktivističke institucije koja za cilj ima kompenzirati sve one 'političko-institucionalne rupe' koje politički akteri ne budu mogli postići. Strani suci u takvom aktivističkom konceptu imaju krucijalnu ulogu – balansiranja između triju političkih silnica. „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” (Kulenović, 2016: 53).

BiH nije jedini primjer hibridnoga ustavnoga sudstva, dapače, postoje diljem svijeta države koji omogućavaju sudjelovanje stranih sudaca u svojim ustavnim sudovima. Osnovna pretpostavka sudstva, a pogotovo ustavnoga, jeste da ga čine domaći suci, građani suverene države, koje odlikuje posebna stručnost i višegodišnje iskustvo, te da predstavljaju najviši stupanj odlučivanja usklađenosti političkih odluka, zakona i sl. sa temeljnim državnim aktom – ustavom. Međutim, postoje iznimke kada se jedna od odlika suverenosti države, samostalno ustavno sudovanje, na neki način kontrolira

BiH nije jedini primjer hibridnoga ustavnoga sudstva, dapače, postoje diljem svijeta države koji omogućavaju sudjelovanje stranih sudaca u svojim ustavnim sudovima.

Osnovna pretpostavka sudstva, a pogotovo ustavnoga, jeste da ga čine domaći suci, građani suverene države, koje odlikuje posebna stručnost i višegodišnje iskustvo, te da predstavljaju najviši stupanj odlučivanja usklađenosti političkih odluka, zakona i sl. sa temeljnim državnim aktom – ustavom. Međutim, postoje iznimke kada se jedna od odlika suverenosti države, samostalno ustavno sudovanje, na neki način kontrolira

umetanjem stranih sudaca u ustavne sudove i njihovo sudjelovanje u djelovanju istih. „Stoga ne iznenađuje da su hibridni ustavni sudovi izuzetno rijetki i povezani, gotovo isključivo, s iznimnim okruženjima gdje je sposobnost ili nepristranost lokalnog pravosuđa sumnjiva (npr., Bosna i Hercegovina i Kosovo)” (Schwartz, 2019: 3). Praksa je započela s uspostavom Vrhovnoga ustavnoga suda na Cipru, unutar kojega je strani sudac bio predsjednikom i vršio balans u sudskoj praksi uslijed konsocijacijskoga modela ustroja Cipra koji je bio izvrnut stalnoj netrpeljivosti među dvjema nacionalnim zajednicama. Cijeli eksperiment je neslavno završio u kolapsu, kao cijeli politički ustroj Cipra (Schwartz, 2019: 3). Obično se smatra da su tri osnovna razloga za uvođenje stranih sudaca u ustavne sudove: podizanje reputacije suda,

nedovoljan kapacitet domaćih sudaca i problemi s podijeljenim političkim zajednicama (Dziedzic, 2018). Iako postoje i situacije u kojima su strani suci uključeni zbog povijesti i tradicije, obično se radi o zemljama commonwealtha koje dijele zajedničko nasljeđe i isti pravni sustav, posve je jasno da je u BiH uveden hibridni sud zbog činjenice podijeljenoga postratnoga društva. „U nekim se okolnostima strani suci imenuju u ustavni sud kako bi se uravnotežile ukorijenjene podjele unutar nacionalnog uređenja. Primjer je imenovanje stranih sudaca u Ustavni sud Bosne i Hercegovine” (Dziedzic, 2018). Hibridni sud u BiH je proizvod cijeloga niza međunarodnih postkonfliktnih intervencija s ciljem izgradnje održivoga demokratskog sustava. Nastao je kao odgovor na dilemu: „nakon sukoba, domaćim institucijama može nedostajati kapaciteta i mogu biti sklone etničkoj pristranosti ili ‘pravdi pobjednika’, a isključivo međunarodne institucije neprivaćna su alternativa jer (tako se strahuje) neće imati potporu lokalnog stanovništva” (Schwar-

tz, 2019: 2). U situaciji kada imate razrušenu državu i potpuno razoreno društvo podijeljeno nacionalnim linijama, kada je međusobno povjerenje nepoznat pojam, te kada bez stranih faktora ne možete osigurati opstanak novoformiranoga državnog okvira nameće se logičan zaključak – uzeti najbolje od obje opcije. Dakle, ustavotvorac je pokušao izbalansirati između dvije krajnosti: međunarodnoga protektorata utjelovljenog kroz strani ustavni sud, ili nastavka međunacionalnih trvenja i podjele ustavnoga suda po istim kriterijima, te njegovu pretvaranju u produžetak postratnih politika triju nacionalnih zajednica. „Kao odgovor na ovu dilemu, hibridni sudovi traže najbolje od oba svijeta: međunarodno osoblje se regrutira zbog svoje profesionalnosti i nepristranosti, a domaće osoblje je uključeno u promicanje lokalne legitimnosti” (Schwartz, 2019: 2).

Bez obzira na to o kojem se od navedenih razloga za uvođenje stranih sudaca radi, njihova prisutnost može imati itekakve prednosti.

Primjerice, oni mogu uključiti vanjsko znanje do tada nedostupno domaćim akterima, nadalje, mogu izuzetno poboljšati neovisnost suda i neutralnost njegova djelovanja, te povećati pažnju međunarodne javnosti na rad ustavnoga suda i prijemna pitanja kojima se bavi (Dixon i Jackson: 2019: 289–290). Pogotovo bitna dimenzija, koja je bila najvažnija u postratnom kontekstu BiH, jeste nepristranost sudaca u odnosu na domaće političke subjekte, u odnosu na izborne promjene ili različite političke konstelacije, u odnosu na kolege domaće suce i u odnosu na javno mnijenje. Dakle, strani suci su imali svojevrstan odmak od svih onih varijabli koje bi itekako opteretile domaće suce u izuzetno teškim slučajevima, a koji su bili presudno važni za uspostavu funkcionalnoga ustavnopravnog poretka i njemu pridruženog

političkog sustava. Kao što je već istaknuto, čak i domaći suci iz tih postratnih vremena kao kolege suci su pozitivno percipirali ulogu stranih sudaca. „Strani suci sjede zajedno sa svojim domaćim kolegama kako bi sudili u predmetima koje gone i brane timovi lokalnih odvjetnika koji rade s onima iz drugih zemalja. Suci primjenjuju domaći zakon koji je reformiran kako bi bio u skladu s međunarodnim standardima. Ovaj hibridni model razvio se u nizu okruženja, općenito u postkonfliktnim situacijama u kojima ne postoji politički održiv punopravni međunarodni sud” (Dickinson, 2003: 295).

Iako se u BiH ne radi o nacionalnim manjinama, već konstitutivnim narodima, upravo je Ustavni sud u tripartitnom balansu, dodatno osiguran stranim sucima, pružao određenu vrstu izvjesnosti da se dogovoreni ustavnopravni poredak neće grubo izigrati nametanjem pristranih odluka Suda ili da bilo kakav proces političkoga demontiranja dejtonskoga poretka neće proći test ustavnosti. Strani suci, barem isprva, pokušavali osigurati svojevrstu neutralnost u odlučivanju, kao korektiv domaćim sucima, a s druge strane oni su bili osigurač i jamac da postkonfliktni pluralizam koji postoji unutar određene države/društva, samim time i među sucima, neće omogućiti dominaciju nekoga od tih društvenih segmenata i ozbiljno prodrmati mirovne temelje. Namjera je bila jasna: „osigurati će neutralne promjenjive glasove (swing votes op. a.), koji će nadoknaditi ili uravnotežiti političke pristranosti lokalnih sudaca koji će se, kako se obično strepi, podijeliti duž grupnih linija” (Schwartz, 2019: 2). Pored toga, davali su komparativnu širinu na međunarodnoj razini i omogućili da se ustavnopravna praksa može reflektirati i usporediti sa sličnim praksama u razvijenim demokratskim državama.

Početne prednosti koje su strani suci doni-

jeli su vremenom postale sve diskutabilnije, te se počelo otvoreno raspravljati o njihovoj ulozi, a napose o preuređenju sastava ustavnih sudaca koji ne bi uključivao strance. Naravno, kao i svaka politička rasprava u BiH, i u ovoj su se mogle nazrijeti jasno suprotstavljene strane. Mogućnost kritičkoga propitivanja postojanja i uloge stranih sudaca u BiH otvorila je mnoštvo argumenata koji su ukazivali na negativnosti koje hibridni sudovi per se posjeduju. Jedna od najčešće spominjanih negativnih pojava koja ne ide u prilog postojanju hibridnih sudova je nedostatan znanje stranih sudaca o domaćem ustavnopravnom i političkom sustavu. Dakle, dolaze iz potpuno drugih kulturoloških, obrazovnih i pravosudnih tradicija, te se tijekom svoga boravka nikako ne mogu dovoljno posvetiti 'uranjanju' u domaći pravni poredak i tradiciju.

„Nisu obučeni u domaćem pravnom sustavu, često ne razumiju lokalni jezik(e) i kao građani druge zemlje izgledaju loše opremljeni za poštivanje vrhovnog zakona zemlje u kojoj ne dijele nikakvu vezu s državljanstvom. Ovi epistemološki, kulturološki i jezični izazovi mogli bi znatno usporiti rad Suda” (Graziadei, 2016b: 5).

U nekim slučajevima ove prepreke mogu biti suštinska problematika u radu suda, dok u određenim procesima mogu dovesti do ishoda koji počesto nemaju strukturalnu utemeljenost u domaćem pravosudnom okviru, već u onom iz koga pojedini strani suci dolaze.

Ovime se percipira strane suce kao negrađane, tj. subjekte koji će za razliku od domaćih sudaca biti nepristrani i objektivni u radu te oblikovati ustavnopravni poredak zemlje za koju ih ništa ne veže. Takva perspektiva otvara dodatni izazov koji donose strani suci, a to je penetracija normi – ugrađivanje stranih sudskih i pravni normi u domaći pravni sustav i sudsku praksu. „Na primjer, na Kosovu, prije nego što su donesene odredbe

za međunarodne suce da sudjeluju u lokalnim sudovima, mnogi su optuženici bili optuženi i osuđeni za genocid i druga teška kaznena djela međunarodnog prava. Ipak, bilo je očito da ove osude nisu pravilno primijenile stvarne elemente ovih zločina, kao što je zahtjev za strožim namjerama da se dokaže genocid. Zbog toga su mnoge osude bile vrlo sumnjive. Kasnije, kada su međunarodni suci imenovani da rade u vijećima, te su presude često poništene i vraćene na nova suđenja” (Dickinson, 2003: 305). To kod domaćih sudaca, pa i političkih aktera ili dijela javnosti, može stvoriti zazor prema stranim sucima kao neakvoj produženoj ruci međunarodne zajednice koja poluimperijalnim mjerama pokušava obuzdati nedovoljno demokratizirane i na dijalog spremne politike subjekte. Čak i ako je u početnoj fazi ta intervencionistička logika poluprotektorata bila opravdana, onda ona u situaciji kada je BiH postala službena kandidatkinja za članstvo u Europskoj uniji zaista nema nikakvoga smisla. „Hibridni sudovi općenito se uspostavljaju za kaznena pitanja najteže prirode i smatraju se privremenim tijelima koja pomažu u ponovnoj izgradnji nacionalnog pravosudnog sustava” (Grazia-dei, 2016b: 6), sve izvan ovoga postaje ozbiljan teret legitimaciji, kako samih stranih sudaca, tako i cijeloga Suda i svih odluka koje u tom razdoblju donese.

Pošto strani suci unaprijed imaju ozbiljan problem i odsustava legitimacije, za razliku od domaćih sudaca izabranih u redovitoj parlamentarnoj proceduri od strane demokratski izabranih predstavnika u oba entiteta, vremensko produljenje statusa quo i nepostojanje ozbiljne izlazne strategije može samo dodatno potencirati problem stranih sudaca.

„U mjeri u kojoj se na strane suce gleda kao na dio stranog ili transnacionalnog skupa 'vanjskih' interesa, njihov legitimitet u zemlji može biti potkopan ili doveden u

pitanje” (Dixon i Jackson, 2019: 337). Dakle, vremenski okvir u kojem djeluju strani suci obrnuto je proporcionalan percepciji njihove legitimacije, stoga se postavlja logično pitanje, hoće li permanentnim prisustvom stranih sudaca vremenom doći do potpunoga opadanja, ionako krhkoga, ugleda Ustavnoga suda i političkoga ignoriranja njegovih odluka? Pojednostavljeno, hoće li prisutnost stranih sudaca i njihovo sudjelovanje u donošenju (prijepornih) odluka dodatno potkopati dejtonski ustavnopravni okvir kojega su poslani štititi? „Može se dogoditi da što je raniji i kraći vremenski okvir za uplitanje stranog pravosuđa, to je vjerojatnije da će se ono smatrati legitimnim, dok što se smatra dugoročnijim i trajnijim, to je manja vjerojatnost da će se na njega gledati kao na pozitivan doprinos nacionalnoj samoupravi” (Dixon i Jackson, 2019: 351). Dugotrajna prisutnost stranih sudaca u određenoj mjeri može zauzavati izgradnju domaćih pravosudnih kapaciteta, ne samo u smislu izgradnje vrhunskih sudačkih kadrova, nego i prevencije domaćih sudaca „da uzmu u obzir strateška razmatranja” (Schwartz, 2019: 26).

Možda i ponajveći problem u BiH, koji je sukus svih do sada navedenih, jeste narušena percepcija stranih sudaca, prije svega njihove nepristranosti i sklonosti da se u pojedinim procesima blokovski svrstavaju uz suce iz reda većinskoga konstitutivnoga naroda i time preglasavaju druga dva.

Venecijanska komisija se negativno izrazila o upitu trebaju li suci imati veto mehanizam, što bi značilo da odlučuju konsenzusom. Time je otvorena mogućnost većinskoga glasanja, u kome strani suci, pogotovo ukoliko nastupaju blokovski, mogu biti prevaga i time direktno utjecati ne međunacionalne odnose i ozbiljne promjene unutar političkoga sustava. „Ipak, u Ustavnom sudu BiH došlo je do izmjena internih pravila suda, što znači da

strani suci sada igraju ulogu samo u podskupu predmeta u kojima domaći suci ne mogu postići konsenzus o ishodu slučaja” (Dixon i Jackson, 2019: 352). Njihova aktivistička potka koja je upisana u same temelje ovako strukturiranoga suda počesto je stvarala izuzetne političke prijeptore i dodatno podgrijavała ionako turbulentne međunacionalne odnose. „S pravom ili ne, zapadnoeuropska gledišta o bosanskom ratu obično su više naklonjena Bošnjacima (tj. bosanskim muslimanima) nego bosanskim Hrvatima ili Srbima (Burg i Shoup 1999, 162–84; vidi također Ramet 2005, pogl. 4). Dakle, barem je vjerojatno da bi strani suci mogli biti pod utjecajem sličnih predispozicija i stoga je manje vjerojatno da će igrati ulogu neutralnih promjenjivih sudaca u podijeljenim odlukama” (Schwartz, 2019: 4). Strani suci dolaze u BiH sa određenom vizurom koju su unaprijed stekli, njihova djelovanja i poimanja politički prijeptornih problema u ustavnopravnom poretku BiH nisu neutralna, dapače, nekad su više nego očita. „Strani suci optuženi su za favoriziranje više centraliziranih preferencija bošnjačkih političara i OHR-a, prebacujući ravnotežu protiv srpskih i hrvatskih sudaca u podijeljenim odlukama” (Feldman 2011, 219).

Problem je posebno vidljiv u odlukama kada se domaći suci podjele u nacionalne blokove, a strani suci imaju ulogu prevage.

Njihovo priklanjanje u ovakvim situacijama kroz kratku povijest dejtonske BiH pokazuje jasnu tendenciju svrstavanja uz ’integracionističke silnice’ tj. protiv konsocijacijskih vektora koji su ugrađeni u politički sustav. Njihova jedina obveza je da djeluju i donose odluke u skladu s načelima ’vladavine zakona’, ne prema javnom mnijenju ili očekivanjima političkih aktera. Ali kako procijeniti kriterije vladavine zakona u duboko podijeljenim državama, ako je cijeli postupak proveden profesionalno i proceduralno uredan,

te ukoliko postoji podjela među sucima baš prema nacionalnim linijama; kako je onda priklanjanje jednoj od strana ’vladavina zakona’, a ne arbitarnost ili nacionalna pristranost? Svako svrstavanje i priklanjanje jednoj frakciji unutar suda u situaciji podjele sudaca prema nacionalnim linijama već je unaprijed problematično i uvijek dovodi do političkih kriza i nestabilnosti. Alex Schwartz u svojoj studiji to posebno ističe: „Doista, kao što ova studija pokazuje, svaka tendencija svrstavanja na stranu jedne frakcije umjesto druge – čak i ako nije vođena pristranošću u stavovima – može potkopati potencijal stranih sudaca da pruže protutežu etnonacionalnim podjelama i, posljedično, naštetiti autoritetu suda” (Schwartz, 2019: 26). Ne samo to, nego su vremenom percepcije uloge stranih sudaca od strane različitih nacionalnih segmenata bosanskohercegovačkoga društva postale dijametralno suprotne.

„Hrvati i Srbi su doživljavali da daju prioritet politikama Bošnjaka i ’međunarodne zajednice’ da prošire vlast države na račun entiteta” (Feldman, 2011: 219).

Čak ako su strani suci previdjeli da „sudska odluka ne postaje demokratska samo zato što je podržava demokratska većina” (Dixon i Jackson, 2019: 324), to ih nipošto ne opravdava jer su upravo takvim odlukama uveli praksu preglasavanja u Ustavnom sudu i nametanja odluka koje će imati dugoročne političke i društvene posljedice. „Kada je rizik za njihov vlastiti autoritet posebno ozbiljan, ili su posljedice za ove druge vrijednosti relativno male, možda bi bilo bolje donijeti odluku koja nije idealna, pravno govoreći, za izgradnju ili očuvanje moći za buduće prilike” (Schwartz, 2019: 18). Njihova neovisnost o domaćim političkim akterima i procesima daje im komotnu poziciju da ne moraju razmišljati o reperkusijama svojih odluka u dugoročnoj perspektivi, čak niti kao građani

na koje bi te odluke trebalo da se reflektiraju, jednostavno jer po završetku svoga mandata ne ostaju građani države u kojoj su sudovali. Takva pozicija im nerijetko daje paternalističku poziciju i stvara veliku diskrepanciju jer su izuzeti iz demokratskih procesa i utjecaja javnoga mnijenja zajednice o čijem ustavu odlučuju. Kada su pristali na blokovsku poziciju arbitrarnoga aktivizma u situacijama kada se jasno svrstavaju na stranu jedne nacionalne zajednice, tada je oslonac u političkom smislu morao biti međunarodni faktor.

Ovisnost o mandatu i viđenju situacije od strane međunarodne zajednice, tj. ključnih država, u kojem pravcu treba ići razvoj ili očuvanje postojećega sustava postalo je temeljno obilježje stranih sudaca. „Strateški modeli ponašanja sudaca obično pretpostavljaju da oni imaju interes za svoj institucionalni autoritet i dovoljno (iako ponekad nesavršeno) znanja o drugim akterima i njihovim mogućim reakcijama” (Schwartz, 2019: 5). Sumnja u (ne)pristranost stranih sudaca postala je dvostruka, s jedne strane ih se počelo promatrati kao produžetak političkoga paternalizma međunarodne zajednice, a s druge strane kao aktera koji ispunjava centripetalne tendencije većinske nacije. Pristranost stranih sudaca dovodi u pitanje temeljni motiv njihova imenovanja, jer se pretpostavlja da će biti manje ‘uronjeni’ u domaće političke podjele i razmirice, te da će svojom profesionalnošću štiti dignitet i neutralnost ustavnoga sudovanja. Ovako su svojim odlukama stvorili odium kod određenog dijela političkih elita, zagušili politički sustav ‘teškim odlukama’ koje zahtijevaju veliku količinu političke volje i kompromisa, a samim time i doveli do apsurdna svoju reputaciju i količinu neprovedenih odluka koje nisu na dnevnom redu. „Ukratko, ‘crno slovo’ ustava vjerojatno ne objašnjava centralističke tendencije stranih sudaca. U svakom slučaju, čini se eviden-

tnim da strani suci ne obavljaju pouzdano moderirajuću ulogu koju bi im teorija hibridnih ustavnih sudova dodijelila. Doista, s obzirom na centralističke tendencije, ne čudi da je njihova prisutnost više jabuka razdora nego izvor autoriteta” (Schwartz, 2019: 17). S jedne strane, oni ne izgrađuju dugoročan institucionalni autoritet niti trajnu reputaciju samoga Suda, pogotovo u postkonfliktnim zajednicama, naprotiv, obavljaju mandatne ‘korekcije’ političkoga sustava koji protekom godina pokazuje manjkavosti. Istodobno, nerijetko se ugrađuju u širu agendu djelovanja međunarodne zajednice, kao jamac očuvanja mira, stabilnosti sustava ili čak demokratizacije sustava prema vlastitim nahođenjima. „Ukratko, čini se da su strani suci bili u pravu kad su vodili svoje bitke s OHR-om; da je Sud izazvao izgubljene bitke u ranijim izazovima, kasnije možda ne bi mogao braniti vlastite interese” (Schwartz, 2019: 22).

KONSOCIJACIJSKI SUD – IZMEĐU INTEGRACIJE I AKOMODACIJE

„Sudovi s podjelom vlasti (power sharing courts op. a.) vrlo su neobični likovi u komparativnom kontekstu, a njihov sastav i pravila odlučivanja odstupaju od načela političke jednakosti, ali u duboko podijeljenim državama mogli bi biti najlegitimniji oblik osmišljavanja vrhovnog suda” (Graziadei, 2016a: 100). Logika ustavotvorca prilikom donošenja ustava, a samim time i postavljanja temelja Ustavnoga suda, koji će jamčiti ustavnost zakona i javnih politika koje je tek trebalo donijeti u postratnoj BiH, po svemu sudeći bila je stvoriti određenu vrstu konsocijacijske institucije (power sharing) u kojoj će biti podjednako zastupljeni predstavnici svih triju ratnih zajednica, kasnije konstitutivnih naroda. Stoga je odredba po kojoj se biraju dva člana iz Republike Srpske i četiri člana

iz Federacije BiH išla upravo u tom smjeru, jer su potonja četiri člana vjerno odražavala federalni paritet, tj. podjednak broj hrvatskih i bošnjačkih sudaca. Time se riješio problem legitimnosti institucije. U postkonfliktnim društvima koja su etnički podijeljena vrlo je opasno ne imati pripadnike različitih društvenih zajednica kao članove suda, jer se određene odluke mogu dovesti u vezu sa manjkom legitimnosti. Primjerice, odluke suda na Kosovu koji je osudio Srbe, a sudsko vijeće je bilo isključivo sastavljeno od Albanaca, kasnije su na višem stupnju oborene, a vijeće te više instance bilo je sastavljeno od većine stranih sudaca (Dickinson, 2003: 302). Harun Išerić pojašnjava da je izbor sudaca donekle reguliran 'ustavnim običajem' da pored entitetskog odabira mjesta pojedinih sudaca zamjenjuju ili popunjavaju pripadnici iz reda konstitutivnoga naroda iz kojeg su njihovi prethodnici dolazili (Išerić, 2017: 58), iako ta praksa nije ustavom propisana, niti se eksplicitno traži prilikom procedure izbora novih sudaca. Stoga se do sada nikada nije dogodilo da po umirovljenju Bošnjaka na njegovo mjesto dođe netko tko ne pripada bošnjačkom narodu, a isto vrijedi za Hrvate iako nigdje nije propisana formalna kvota od po dva pripadnika ovih konstitutivnih naroda. Situacija u Republici Srpskoj potpuno je jasna jer se po dosadašnjoj praksi nameće zaključak da dva izabrana suca predstavljaju srpski narod u Ustavnom sudu. „Iz navedenog proizlazi da FBiH imenuje za sudije Ustavnog suda Hrvate i Bošnjake, i to dva Hrvata i dva Bošnjaka, a RS, Srbe, i to dva Srbina. U slučaju upražnjenja mjesta u Ustavnom sudu, na upražnjeno mjesto imenuje se sudija iste nacionalnosti kao sudija prethodnik” (Išerić, 2017: 58). Da se radi o namjeri kreiranja konsocijacijske institucije tj. suda s podjelom vlasti, govori i mehanizam izbora rukovodstva. Prije svega, uobičajeno je načelo rotaci-

je prema kriteriju konstitutivnih naroda pri čemu je „propisano da se predsjednik Ustavnog suda BiH bira rotacijom između sudija iz konstitutivnih naroda BiH, s tim da u dva uzastopna mandata predsjednik Suda ne može pripadati istom konstitutivnom narodu” (Išerić, 2017: 72). To se odnosi i na prestanak mandata predsjedavajućega – na njegovo bi mjesto trebalo da dođe sudac iz istoga konstitutivnoga naroda, a njegovi potpredsjednici ne smiju biti iz reda istoga konstitutivnoga naroda, čime se ostvaruje paritet među konstitutivnim narodima.

Stefan Graziadei govori o dvostrukoj legitimaciji ustavnih sudova, tj. njihovoj ulaznoj i izlaznoj (input i output) legitimaciji (Graziadei, 2016a: 75). Prva se odnosi na sam mehanizam odabira i sastava suda, tj. njegovo odražavanje društvenoga pluralizma ili podijeljenosti, a druga na odluke koje sud donosi. Dakle, u složenim i podijeljenim društvima sastav suda može direktno utjecati na percepciju legitimnosti suda, te na kasnije prihvatanje i legitimaciju njegovih odluka. Ukoliko se ne vodi računa o zastupljenosti nacionalnih društvenih segmenata, onda ostaje trajna prijetnja i strepnja manjinskih zajednica da će u jednom trenutku njihova stečena ili dogovorena prava biti obezvrijeđena ili ukinuta ustavnim promjenama bez mogućnosti zaštite. Ustavni sud BiH omogućuje pregledavanje i ne postoji mehanizam manjinskoga veta, pri čemu je reduciran element konsocijacije, ali se izbor vodstva suda, predsjednika i potpredsjednika, uvijek svodi na konsocijacijski element. „Pravosudni 'narativi' o ustavu različiti su u svakoj podskupini i vjerojatno će utjecati na glasanje suca u vrlo osjetljivom predmetu. U specifičnim okolnostima podijeljenih društava ne može se isključiti sumnja da su suci i dalje pristrani u korist svoje zajednice – samo sudovi koji predstavljaju glavne rascjepe u političkom sustavu ima-

ju potreban legitimitet za donošenje odluka koje imaju važne posljedice na društveni mir između diskretnih zajednica u fragmentiranim državama” (Graziadei, 2016a: 97). Kako je već istaknuto, sudovi s podjelom vlasti, a pogotovo vrhovni ili ustavni sudovi s takvim uređenjem, nisu uobičajeni teorijski modeli niti referentne idealtipske institucije među demokratskim državama, ali kada se pogledaju složena ili podijeljena društva koja imaju određeni oblik demokratske vlasti, onda je posve uobičajen neki oblik konsocijacijskih modela čak i među sudskim institucijama. „Različiti primjeri iz cijele Europe svjedoče o tome da se ne radi o izoliranim slučajevima, već o do sada neprepoznatom obrascu podjele vlasti unutar pravosuđa u duboko podijeljenim društvima” (Graziadei, 2016a: 99).

Razlog tome je uobičajena demokratska praksa, uglavnom mononacionalnih, demokratskih država koje nisu bile opterećene internom podijeljenošću po nacionalnim/etničkim granicama. Stoga je dominantna liberalna pretpostavka o profesionalnim i nepristranim sucima potpuno nevezanima svojim etničkim porijeklom. Međutim, gdje god se u takvim državama pojavljuje fenomen nacionalnih manjina, stvar se ponešto mijenja te se početna liberalna postavka modificira: „Neovisni sudovi koji su slobodni od kontrole etničke većine smatraju se važnim – možda nezamjenjivim – institucionalnim mehanizmom za pretvaranje povelje o pravima u vjerodostojnu obvezu prema manjinama” (Choudry i Stacey, 2012: 88). Obično se ovakva postavka pojavljuje u federalnim ili multikulturalnim državama koje pored većinskih nacija imaju i određene manjinske nacije sa zajamčenom teritorijalnom ili personalnom autonomijom unutar zajedničkoga političkoga sustava. U takvim slučajevima uzrok modifikacije strukture ustavnoga sudstva mijenja se uslijed većih kriza ili sukoba.

U oba slučaja isključivo je riječ o demokratskim društvima. Međutim, što ako ne vrijedi pretpostavka da se dotadašnji ustavnopravni sustav i institucija ustavnoga sudstva modificirala uslijed krize, što ako takvoga sustava neutralne institucionalne zaštite ljudskih prava nikada u potpunosti nije bilo? Što u slučajevima kada su prijašnji sustavi bili imperijalne, ili pak autoritarne naravi, pa ne postoji povijesna referenca ‘zlatnoga doba’ koje je urušeno ratom, građanskim sukobom ili političkom krizom? Upravo takvu situaciju imamo u suvremenoj BiH. Ako su Choudry i Stacey u pravu kada tvrde: „Većinske etničke skupine (koje se ne suočavaju s izgledima gubitka vlasti) pokušat će osvojiti sudove i potkopati neovisnost pravosuđa ili spriječiti uspostavu neovisnih sudova na prvom mjestu” (Choudry i Stacey, 2012: 91), onda je veliko pitanje kako tome ‘zovu majorizacije’ mogu odoljeti većinske zajednice u krhkim državama bez ikakve demokratske tradicije?

U novije vrijeme raspravama o daljnjoj prisutnosti stranih sudaca u ustavnom sudu pridodale su se rasprave i prijedlozi da etnicizacija Suda nipošto ne odgovara demokratskim standardima država Europske unije i da je to jedna od obveza koje će se uskoro naći pred BiH. „Izbor sudija temeljem njihovih nacionalnosti, iako se radi o uvjetu kojeg Ustav ne propisuje, predstavlja prekograničenje dozvoljene konkretizacije ustavne norme i postupanje contra legem” (Išerić, 2017: 61). Išerić iz presuda Europskoga suda za ljudska prava (ESLJP) izvodi zaključak da se bilo kakvo imenovanje ili izbor koji uključuje isključivo pripadnike konstitutivnih naroda smatra diskriminatornim, iako čak i ne postoji formalna ili zakonska prepreka da bi netko izvan tih identiteta bio izabran ili imenovan. „Ovakva administrativna praksa izbora ustavnih sudija u suprotnosti je sa Protokolom 12 EKLJP, budući da su prili-

kom uživanja prava izbora za sudiju Ustavnog suda BiH, lica diskriminirana temeljem njihove nacionalnosti” (Išerić, 2017: 65-66). Nigdje ne postoji formalno-pravna zapreka ili kriterij prema kome netko iz reda ostalih (građana ili nacionalnih manjina) ne bi mogao biti izabran za člana Ustavnoga suda, i to iz oba entiteta, iako bi manipulacija takvim izborima mogla dovesti do ozbiljne distorzije međunacionalnih odnosa kakve već imamo na razini Federacije, posebice u Domu naroda unutar klubova ostalih, Srba i Hrvata. Bilo kakva tendencija prema majorizaciji koja bi se kamuflirala kroz integracionističke procese i legitimirala ’europskom praksom’ mogla bi dovesti do ozbiljnih ustavnopravnih kriza.

Da je tako i da postoji ozbiljna tendencija prema integracionizmu/centralizmu unutar Ustavnoga suda, svjedoči teza Nedima Kulenovića: „Jedan od aspekata aktivizma Suda ogleda se u njegovoj potencijalnoj ulozi, kako kažu neki autori, ’rasturača etničkih političkih pogodbi’, 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” (Kulenović, 2016: 27). To bi donekle i držalo vodu da BiH ima iole demokratsku tradiciju vlastite državnosti, a ne dugu imperijalno-autokratsku povijest vladavine, u kojoj je koncept ljudskih prava bio ili potpuno nepoznat ili izvitoperen do krajnje neprepoznatljivosti. Pozivati se na ’zlatno doba’ ljudskih prava i multikulturnoga društva koje nije bilo opterećeno međuetničkim netrpeljivostima je neuvjerljivo, s obzirom da to razdoblje obilježava de facto jednopartijska diktatura bez primjese političkoga pluralizma. Simptomatično u cijeloj priči jeste da tezu o ’rasturanju etničkih političkih pogodbi’ i konsocijacijskih elemenata plasiraju pripadnici većinske nacionalne zajednice sve pod egidom građanskoga ure-

đenja. Dodatno usložnjavanje postojeće situacije je već opisan fenomen stranih sudaca u BiH koji se nerijetko, što iz neznanja, a što iz aktivističkih pobuda, postavljaju kao element koji staje na stranu integracionističkih silnica u Sudu. Stoga su O’Leary i McCrudden potpuno u pravu kada tvrde da „ulazna legitimacija BiH Ustavnog suda BiH ostaje slaba, jer stranci zadržavaju odlučujuće glasove” (O’Leary i McCrudden, 2013b: 144-145). Ne samo da su domaći suci itekako pristrani s obzirom na ključne odluke koje se u političkoj sferi percipiraju kao ’nacionalni interesi’ njihova konstitutivnoga naroda već su i strani suci daleko od razine nepristranosti zbog koje su ugrađeni u postojeći sustav ustavnoga sudovanja. „Niti nepristranost niti neovisnost ustavnih sudova ne mogu se uzeti zdravo za gotovo” (Schwartz i Murchison, 2016: 2).

Razlika nepristranosti i neovisnosti sudaca je u sljedećem – nepristranost znači da su suci rasterećeni ideoloških, političkih i ostalih predrasuda koje mogu utjecati na njihovo prosuđivanje prilikom procesa, dok neovisnost podrazumijeva njihovu rasterećenost od vanjskih impulsa koji mogu utjecati na smjer i krajnji rezultat njihova odlučivanja (Schwartz i Murchison, 2016: 2). U ovom trenutku sucima nedostaju obje dimenzije i vrlo ih se jednostavno može razvrstati u nacionalne blokove, pogotovo kada su pred njima odluke koje u sebi sadrže razdor između integracijskih i akomodacijskih silnica političkoga sustava; strani suci ovoga nisu mimoideni. „Kao što se može vidjeti, međunarodni suci i bošnjački suci gotovo nikad ne glasuju protiv zakona ili radnji vlade iz BiH, dok srpski suci to čine u gotovo 87 posto promatranja. Nasuprot tome, u predmetima koji uključuju RS, srpski suci gotovo nikada ne glasaju za utvrđivanje povrede (1/17), dok bošnjački suci to čine u oko 71 posto promatranja. Što se tiče predmeta koji uključuju FBiH, međunarodni

suci kršenje nalaze u preko 50 posto zapažanja, dok srpski i hrvatski suci kršenje nalaze u samo oko 12 posto zapažanja. Ovi obrasci su, općenito govoreći, u skladu s ustavnim preferencijama koje zastupaju glavne etno-nacionalističke stranke” (Schwartz i Murchison, 2016: 18).

Pristranost ide toliko daleko da se suci često povinuju ’nacionalnim interesima’ jer bi inače mogli biti tretirani kao izdajnici.

Empirijski je potvrđeno da „etnička pripadnost podnositelja peticije i suca značajno povećava vjerojatnost utvrđivanja povrede, čak i kada se kontrolira utjecaj stranačko-političkog imenovanja (Choudry i Stacey, 2012: 22). Dakle, nacionalna pripadnost koja je u temelju dejtonske BiH prožima cijeli sustav, uključujući Ustavni sud, jer zaista ne bi postojala nikakva korelacija između vjerojatnosti visokoga postotka utvrđivanja povrede i identiteta podnositelja da sucima njihov nacionalni identitet ne igra bitnu ulogu, tj. da su potpuno nepristrani i neovisni. Stoga, čak i kada bi se ispunile želje integracionista /centralista i promijenio sastav Suda s ciljem brisanja nacionalnih/etničkih afilijacija, suštinski se ne bi dobilo mnogo u pogledu građanskoga ustroja jer bi socijetalne silnice i dalje formatirale političku sferu i legitimirale ustavnopravni okvir države, a one su itekako bazirane na nacionalnim identitetima i njihovim kolektivnim interesima. „Možda je primamljivo zaključiti da je sudska nepristranost u duboko podijeljenom društvu nemoгуć ideal. U takvim kontekstima, bez obzira na mehanizam imenovanja, suci će vjerojatno biti etnički ili etnonacionalno nepristrani iz jednostavnog razloga što je većina ljudi etnički ili etnonacionalno nepristrana” (Schwartz i Murchison, 2016: 29). BiH je daleko od ove socijetalne postavke.

Kada je u pitanju duljina mandata, ograničena ustavom do 70. godine života, uzimalo se

da će dugotrajnost mandata smanjiti vanjsku ovisnost sudaca i potencijalne pritiske kojima su izloženi, te posljedično povećati njihovu nepristranost. To je svakako uključivalo i njihovu nacionalnu/etničku afilijaciju koja se smatrala nepoželjnom odrednicom u okvirima demokratskih standarda, međutim, to se pokazalo netočnim. Zapravo, nema nikakve korelacije između duljine mandata i obrnuto proporcionalnoga opadanja važnosti nacionalnih identiteta sudaca. „Suprotno nekim teorijskim očekivanjima, međutim, nalazimo da dugoročni mandat ne umanjuje utjecaj etnonacionalne pripadnosti na ponašanje sudaca. Štoviše, naši nalazi sugeriraju da što dulje sudac služi na Sudu, čini se da etnonacionalna pripadnost više utječe na donošenje odluka” (Schwartz i Murchison, 2016: 4). Rasprava o produljenju mandata ovime zadobiva grotesknu i paradoksalnu konotaciju. Obično su korifeji građanske države, potpomognuti međunarodnim faktorima, zagovornici ostanka stranih sudaca i brisanja etničkih afilijacija domaćih sudaca, te produljenja mandata postojećim sucima mimo ustavnih ograničenja. Ova istraživanja pokazuju da time praktički cementiraju blokovske nacionalne podjele unutar Suda koje bi de facto ostale prisutne bez obzira što ih ne bismo mogli nazivati imenima triju konstitutivnih naroda. Dakle, „dugotrajno imenovani suci ne razlikuju se kategorički od svojih kolega imenovanih na kraći rok u svojoj sklonosti da odlučuju u predmetima duž etnonacionalnih linija. Zapravo, u skladu s ’učinkom privikavanja’, čini se da su etnonacionalne predrasude pojačane iskustvom sjedenja na vrhovnom sudu u duboko podijeljenom društvu” (Schwartz i Murchison, 2016: 28). Čak i kada bi se procesom odabira kandidata za ustavne suce došlo do onih koji zadovoljavaju najviše profesionalne kriterije, sa ozbiljnim odmakom od dominantne matrice nacional-

nih interesa i blokovskih podjela unutar Suda, 'efekt aklimatizacije' (Schwartz i Murchison, 2016: 16) bi vjerojatno vremenom doveo do prilagodbe ideoloških i političkih postavki s kojima ulaze u Sud.

ZAKLJUČAK

U ovom trenutku ustavni sud BiH rastrgan je između dvaju političkih vektora, jedan je integracionistički koji ovu instituciju vidi kao sredstvo za 'rasturanje etnicizacije' i pretvaranje države u centralističku građansku tvorevinu. S druge strane, Sud je pod utjecajem akomodacijskih silnica koje žele očuvanje dejtonskoga sustava temeljenoga na konceptu konstitutivnih naroda sa svojim predstavnicima u samom Sudu. Te dvije silnice u direktnoj su korelaciji sa opisanim fundamentalnim odrednicama naravi Suda. Dok je hibridni koncept rezultirao visokim stupnjem aktivizma prema centripetalnosti, konsocijacijski elementi rezultirali su centrifugalnim tendencijama. Stoga je razumijevanje ovih dvaju koncepata ultimativno ukoliko se želi vjerodostojno interpretirati djelovanje Suda, kao i rasprave o njegovoj budućnosti.

Dok god postoji podijeljenost društva i konsocijacijski dijelovi političkoga sustava koji su propisani ustavom, onda je dužnost Ustavnoga suda da ih štiti tako da svi ostali niži pravni akti budu usklađeni s ustavom. Bilo kakva tendencija ka 'poništanju' etničkih kriterija i redukciji konsocijacije s ciljem 'prilagođavanja demokratskim standardima' u ovom trenutku nije ništa drugo doli integracionistički pokušaj dominacije većinske nacionalne zajednice u uvjetima podijeljenoga društva. „Kada se suci ne slažu, etnonacionalna pripadnost moćan je pokazatelj njihove podjele i taj se utjecaj ne može svesti na jednostavnu stranačko-političku lojalnost' (Schwartz i Murchison, 2016: 28). Zbog toga

je iz perspektive manjinskih zajednica ustavni sud s mehanizmima podjele vlasti izuzetno bitan jer osigurava kakav-takav politički subjektivitet u kompleksnom državnom okviru. Stoga su: proces imenovanja sudaca sa mehanizmom koji će očuvati njihovu ustavnu poziciju; sastav suda sa zajamčenim pozicijama za pripadnike manjinskih nacija; pravna ekspertiza u multinacionalnim federalnim državama iz posebnih tradicija koje zapravo jamče politički identitet manjinske zajednice; te proces donošenja odluka ili posebne procedure kojima se osigurava sudjelovanje sudaca iz manjinskih zajednica u procesu odlučivanja fundamentalni ustavnopravni instrumenti u rukama manjinskih nacija (Choudry i Stacey, 2012: 92). Takvi mehanizmi s jedne strane sprječavaju centripetalne političke silnice da zloupotrijebe procese ustavnoga sudovanja prema majorizaciji, ili pak nacionalizaciji zajedničke države, dok s druge strane osiguravaju politički subjektivitet manjinskim nacijama koje time labave svoje centrifugalne tendencije i povećavaju privrženost zajedničkoj državi.

Bez obzira na dva politička vektora, ako ne i tri, koja oblikuju ne samo političku već i ustavnu praksu BiH, neki oblik konsocijacijskoga ustroja i djelovanja Ustavnoga suda mora postojati ukoliko se želi postići funkcionalan politički sustav s relativno zadovoljavajućom razinom međunacionalnoga povjerenja. U suprotnom ova država nema izglednu demokratsku budućnost. „Sudovi s jakom podjelom vlasti ravnopravno su, a ne proporcionalno, sastavljeni od glavnih konstitutivnih naroda... U sudovima s jakom podjelom vlasti nije moguća odluka protiv sudaca koji su izraz jednog konstitutivnog naroda koji djeluje kolektivno' (Graziadei, 2016a: 77). U ovom trenutku drugi dio ne odgovara realnosti ustavnoga sudstva u BiH, nacionalni blokovi uz prevagu stranih suda-

ca mogu preglasavati druga dva bloka sudaca, što u krajnjoj liniji dodatno delegitimira kako srane suce, tako i Sud u cijelosti. „Ali sudovi u duboko podijeljenim državama suočeni su s posebnim opasnostima i izazovima, osobito nakon sukoba u kojima je vladavina prava slaba” (Schwartz i Murchison, 2016: 2). Upravo zato je način uspostave i sama struktura ustavnoga suda u takvim društvima izuzetno bitna u perspektivi uspostave dugoročno održivoga političkoga sustava i održanja mirovnoga stanja.

REFERENCE

Bosna i Hercegovina - Mišljenje o određenim pitanjima koja se odnose na funkcionisanje Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, CDL-AD(2024)002. (2024). Strasbourg: Europska komisija za demokraciju putem prava (Venecijanska komisija). posjećeno: 1. 12. 2024. godine. URL: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2024\)002-bos](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2024)002-bos)

Choudhry, S. (2008). Bridging comparative politics and comparative constitutional law: Constitutional design in divided societies. In S. Choudhry (ed.), *Constitutional design for divided societies: integration or accommodation?* Oxford: Oxford University Press.

Choudhry, S. & Stacey, R. (2012). Independent or Dependent? Constitutional Courts in Divided Societies. In C. Harvey & A. Schwartz (eds.), *Rights in Divided Societies*. Oxford: Hart Publishing.

Dickinson, L. A. (2003). Notes and Comments: The Promise of Hybrid Courts. *The American Journal of International Law*, 97(2): 295–310.

Dixon, R. & Jackson, V. (2019). Hybrid Con-

stitutional Courts: Foreign Judges on National Constitutional Courts. *Columbia Journal of Transnational Law*, 57(283): 283–354.

Dziedzic, A. (2018). Foreign Judges on Constitutional Courts. IACL-AIDC Blog. posjećeno: 1. 12. 2024. godine. URL: <https://blog-iacl-aidc.org/blog/2018/6/13/foreign-judges-on-constitutional-courts>

Feldman, D. (2011). The Independence of International Judges in National Courts: Lessons from Bosnia Herzegovina. In S. Shestret & C. Forsyth (eds.), *Culture of Judicial Independence: Conceptual Foundations and Practical Challenges*. Leiden: Brill.

Graziadei, S. (2016a). Power Sharing Courts. *Contemporary Southeastern Europe*, 3(1): 66–105.

Graziadei, S. (2016b). Six models for Reforming the Selection of Judges to the BiH Constitutional Court. Working paper No. 14. Graz: University of Graz, Centre for Southeast European Studies.

Išerić, H. (2017). Izbor domaćih sudija Ustavnog suda BiH – diskriminirajući ustavni običaj? *Eudaimonia – Revija za pravnu, političku i socijalnu teoriju i filozofiju*, (1): 47–82.

Kulenović, K. (2016). Sud kao kreator politika? Uloga i efekti Ustavnog suda BiH u demokratskoj tranziciji i konsolidaciji. Sarajevo: Analitika – Centar za društvena istraživanja.

McCrudden, C. & O’Leary, B. (2013a). Courts and Consociations, or How Human Rights Courts May De-stabilize Power-sharing Settlements. *The European Journal of International Law*, 24(2): 477–501.

McCrudden, C. & O’Leary, B. (2013b). *Courts and Consociations – Human Rights Versus Power-Sharing*. New York: Oxford University Press.

Schwartz, A. & Murchison, M. J. (2016). Judicial Impartiality and Independence in Divided Societies: An Empirical Analysis of the Constitutional Court of Bosnia-Herzegovina. *Law & Society Review*, 50(4): 822-855.

Schwartz, A. (2019). International Judges on Constitutional Courts: Cautionary Evidence from Post-Conflict Bosnia. *Law & Social Inquiry*, 44(1): 1-30.

Ustav BiH. (1995). posjećeno: 1. 12. 2024. godine. URL: https://www.ustavnisud.ba/public/down/USTAV_BOSNE_I_HERCEGOVINE_bos.pdf

CONSTITUTIONAL COURT OF BOSNIA AND HERZEGOVINA – BETWEEN HYBRIDITY AND POWER SHARING

Key words

Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina; hybrid court; power sharing mechanisms; court activism; integration i accommodation lines.

Author

Dražen Barbarić, Associate Professor, Faculty of Humanities and Social Sciences, University of Mostar, B&H

Correspondence

drazen.barbaric@ff.sum.ba

Field

Political Theory

DOI

10.5937/politeia0-55117

Paper received on

20.12.2024

Paper accepted for

publishing on

21.06.2025

Summary

The aim of the paper is to analyze the role and function of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina through the lens of two political concepts that are much more represented in the analysis of political than judicial institutions. It is about the concept of 'hybrid courts' and the concept of 'power sharing courts'. The first concept refers to those courts that enable or require the presence of foreign judges in domestic judicial institutions, in this case the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina. Since its founding, the latter has included three foreign judges in its composition, and over time, the perception of their work and role has changed dramatically, maintaining broader trends that exist in the political sphere of BiH. The paper will analyze this moment of hybridity of the Constitutional Court of BiH and the repercussions that this feature had when making decisions. The second concept refers to a certain consociational element that the Constitutional Court has in its structure, namely, its composition reflects the reciprocity of the constituent peoples as a kind of guarantor that the established Dayton order will not be changed unilaterally or by force without the consent of all three constituent peoples. The phenomenon of power sharing within the Court and the repercussions it brought about in the function of the Court itself will be presented in detail. Only by analyzing these two crucial elements is it possible to fully understand the functioning of the Constitutional Court, the problems it faces during its work, and the discussions it provokes in the political and academic spheres. Precisely through these two elements, it is possible to plausibly show that the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina is between the hammer and the anvil. On the one hand, it is expected to have transformational potential and to modify the Dayton constitutional legal framework, and on the other hand, it serves as a mechanism for maintaining and preserving the latter.

