

**Enver Ajanović\***

## **IN MEMORIAM: dr. Ibrahim Festić, redovni profesor**

Dr. Ibrahim Festić rođen je 2. maja 1939. godine. Čitav svoj radni vijek posvetio je izučavanju pozitivno šire definicije upravnog prava. Po tom shvatanju nije moguće uspostaviti oštru razliku između ustavnog i upravnog prava. Prvi njegov rad u toj naučnoj oblasti bila je doktorska disertacija „Organi uprave u skupštinskom sistemu vladavine s posebnim osvrtom na SFRJ“. Danas, nakon 42 godine od njegove odbrane, taj rad može biti predmet pravne historije u Bosni i Hercegovini. Nakon odbrane i izbora u docenta 1971. godine, bio je član Komisije za izradu Ustava Socijalističke Republike Bosne i Hercegovine 1974. godine. Od tada do danas ostao je dosljedan u izučavanju ustavnog prava. Pri tome je uvijek vodio računa da ne izgubi kontakt sa upravnim pravom. U tome je uspio koliko su mu dozvoljavale društvene okolnosti u kojima je živio i radio. To pokazuje i monografija „Raspodjela nadležnosti između Federacije i federalnih jedinica“.

Još u toku rata oglašavao se u javnosti svojim pravnim komentarima o prirodi pregovora i ponuđenih sporazuma. Pisane tragove ostavio je u radovima „Prevarili ste srpski narod“, „Legalizacija sile i prevare“, „Zločinci kao mirotvorci“, „Rizik snosi ko potpiše“, „Mape-najopasnija prisila“, „Bespravna forma pregovora“, „Kako se topio suverenitet Republike Bosne i Hercegovine“, „Ljudska prava i suverenitet Bosne i Hercegovine“, „Felerična država“, „Tačka oslonca države Bosne i Hercegovine“, „Bosna i mirovni sporazum“, „Pitanje za mir“, „A sadržaj suvereniteta“<sup>1</sup>. Nakon krvavog rata protiv Bosne i Hercegovine, posvetio se analizama važećeg ustavnog prava u Bosni i Hercegovini, odnosno Aneksa IV kao Ustava Bosne i Hercegovine.

\* Doc.dr, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu

<sup>1</sup> Ovi tekstovi objavljeni su u zbirci radova pod naslovom „Rat, mir i pravo u Bosni i Hercegovini“, izdavač Pravni fakultet, Centar za naučno-istraživački rad, izdavačku djelatnost i pravne klinike“, 2004. godina.

Prvi rad o tome bio je „Bosna i Ustav“. Objavljen je u novembru 1996. godine u 13. broju lista Republika, koji je ubrzo prestao izlaziti. Ustav BiH od 14. decembra 1995. godine je sporazum dogovoren između Republike Bosne i Hercegovine, Republike Hrvatske i Savezne Republike Jugoslavije. Taj Ustav je ugovor međunarodnog prava zaključen u skladu sa Bečkom konvencijom o pravu ugovora iz 1969. godine. Spomenute države su u sporazumu nazvane stranama, dok Konvencija sadrži pojam stranke. Specifičnost ovog sporazuma je i što Evropska unija, Francuska Republika, Savezna Republika Njemačka, Ruska Federacija, Ujedinjeno Kraljevstvo Velike Britanije i Sjeverne Irske, Sjedinjenje Američke Države imaju status svjedoka sporazuma. Konvencija o pravu ugovora ne poznaje tu kategoriju, tako da se njihovo postojanje može svrstati u partikularno međunarodno javno pravo, odnosno bosanskohercegovačku svakodnevicu.

U međunarodnom *ius cogens* nema izričite norme o zabrani pregovaranja i ugovaranja ustava jedne od strana ugovora. Takva norma ne postoji, ali ne zato što ona nije element međunarodnog poretka, nego kao sastavnog dijela „njenog suvereniteta od čega polazi današnje međunarodno javno pravo kao osnove svog postojanja.“ Takav suvereni ustav proizilazi iz odredbe Povelje UN: „Organizacija počiva na načelu suverene jednakosti svih njenih članova“. Suverenitet je kvalitet svih država u međunarodnoj zajednici, bez obzira na njihove međusobne razlike. Njime se zbirno označava vršenje vlasti države na njenoj teritoriji na koju ne može uticati vlast i volja druge države i drugih država i one ne smiju poduzimati aktivnosti koje bi mogle povrijediti to njeno svojstvo. Izraz suvereniteta u pravnoj državi je samostalan pravni poredak, ispoljen prije svega ustavom kao pravnim aktom najviše pravne snage. Danas u svijetu norme međunarodnog prava o ljudskim pravima ograničavaju državni suverenitet. Te norme su *ius cogens* i jednako važe za sve države svijeta. Takvo međunarodno pravo, odnosno princip suverene jednakosti ne povređuje Povelju Ujedinjenih nacija.

Pored povrijeđenog suvereniteta države, Dejtonski sporazum protivan je i načelu iz Povelje o ravnopravnosti naroda. Osnov tog sporazuma je unutrašnja podjela Bosne i Hercegovine na entitete u procentu 51% prema 49%. Takvom podjelom narod koji ima 33% u ukupnosti stanovništva dobio je podjelom 49% državne teritorije. Taj omjer posve je „nepravedan sa stanovišta svakog kriterija pravde koje pravo poznaje“. Njegov *ratio* ne potiče iz unutrašnjeg bića tri konstitutivna naroda, nego je izraz spoljnih aspiracija dvije susjedne države i „fifti-fifti“ pravde između njih prema teritoriji Bosne i Hercegovine.

Podjelom države na entitete poništen je građanin Bosne i Hercegovine kao osnovni politički subjekt na njenoj cijeloj teritoriji. Entiteti i posebne izborne jedinice su samo maska s ciljem da država izgubi politički oslonac u državljaninu kao građaninu na cijeloj teritoriji. U entitetima se formira volja državne „cjeline“, koji imaju specijalne veze sa državama štićenicama. Takva degradacija građanina Bosne i Hercegovine legitimirala je države štićenice (Hrvatsku i Jugoslaviju, odnosno Srbiju kao državu nasljednicu nakon raspada Državne zajednice Srbije i Crne Gore; op.aut. Enver Ajanović) da stvaraju političku volju za „zajedničke institucije Bosne i Hercegovine“, iako Ustav propisuje da one ne smiju to činiti na štetu suvereniteta i teritorijalne suverenosti Bosne i Hercegovine. Mir postignut u Bosni i Hercegovini je samo posredni cilj obavezivanja, što je u pravu nedopušteno. Rušenje suvereniteta, neravnopravnost naroda, građanin kao floskula, neposredni su cilj obavezivanja Hrvatske i Jugoslavije. Tako je deklariran mir kao navodni osnovni cilj nastanka sporazuma.

Također, rješenja u ovom sporazumu legitimirala su vjersku i nacionalnu diskriminaciju. Deklaracija Ujedinjenih nacija o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije određuje da ona „predstavlja povredu ljudskog dostojanstva i treba da bude osuđena kao poricanje načela Povelje Ujedinjenih nacija, kao kršenje prava čovjeka i osnovnih sloboda, proglašениh u Univerzalnoj deklaraciji o pravima čovjeka, kao prepreka za prijateljske i miroljubive odnose među narodima i kao čin koji je u stanju da „poremeti mir i bezbjednost među narodima“. Apartheid u Bosni i Hercegovini vrši se „pravom naroda na samoopredjeljenje“ i brigom za „sopstveni narod“.

Rješenja u sporazumu dozvoljavaju diskriminaciju na osnovu vjerske i nacionalne pripadnosti.<sup>2</sup>

U radu „Ignorisanje ustava i razgradnja države“ ističe da se vlast najvećim dijelom vrši na nivou entiteta (lični status, građansko pravo, upravno pravo, radno pravo, socijalno pravo, privredno pravo, porodično pravo, itd). Zajedničke nadležnosti kao „nadležnosti institucija Bosne i Hercegovine“ izražene su u vođenju politike (a ne izdavanje zapovijesti građanima), vršenju materijalnih operacija bez pravnog djeljstva, posebno određenim operativnim tehničkim poslovima. Pravno postojanje Bosne i Hercegovine „po međunarodnom pravu kao države“ izraženo je u nadležnosti institucija Bosne i Hercegovine za vanjsku politiku, kao i vanjsko-trgovinsku politiku. Uočljiv je velik nesrazmjer između priznatog subjektiviteta u Bosni i Hercegovini u međunarodnom pravu, te obima i karaktera

<sup>2</sup> Bosna i Ustav, Republika, 1996. godina; navedeno u Ibrahim Festić, Rat, mir i pravo u Bosni i Hercegovini, izdavač Centar za naučno-istraživači rad, izdavačku djelatnost i pravne klinike, 2004, 77.-84.

poslova u nadležnosti institucija. Time je nastao paradoks - entiteti nisu subjekti međunarodnog prava, ali imaju vlast nad građanima na svojoj teritoriji. Bosna i Hercegovina je subjekt međunarodnog prava bez vlasti prema građanima na svojoj teritoriji. Međunarodne ugovorne obaveze Bosna i Hercegovina u zemlji neće moći provoditi putem zakona.

U čitavom ustavnom poretku u Bosni i Hercegovini ljudska prava kao individualna prava na zaštitu pojedinca od državnih organa pri uspostavljanju pravnih odnosa su redukovana na ljudska prava na području entiteta. Politička prava državljana Bosne i Hercegovine pretvorila su se u entitetska prava, a ne kao „državna“ prava na cijeloj teritoriji Bosne i Hercegovine. Suverenitet i ljudska prava su na ovaj način nespojivi. Kao primjer prof. dr. Ibrahim Festić navodi način izbora članova predsjedništva Bosne i Hercegovine. Svaki član predsjedništva bira se „direktno u svakom entitetu tako da svaki glasač glasa za popunjenje jednog mjesta u Predsjedništvu“. U tročlanom predsjedništvu građanin ima pravo birati samo jednog člana! Redukcija aktivnog biračkog prava posljedica je naglašenih kolektivnih prava da se pripada naciji i entitetu.

Na izgubljeno svojstvo građanina u korist „etničkog“ i „entitetskog“ građanina ukazao je i u novinskom članku „Građanin Bosne i Hercegovine ne postoji“. Dati primjer takve razgradnje građanskog identiteta Bosne i Hercegovine predstavlja način biranja Parlamenta Bosne i Hercegovine. Njegove članove biraju pojedinci entiteta kao nižih teritorijalnih jedinica. Ovo je primjer razgradnje u pogledu ispoljavanja volje u formiranju vlasti. Ista stvar je i ako analiza počne sa stanovišta zaštite osnovnih prava i sloboda u državi.

Građanin u Bosni i Hercegovini samo je u funkciji etničkih zajednica kao posebnih kolektiviteta i njihovih teritorijalnih identiteta. S tom teritorijalizacijom etničke zajednice su izgubile cjelovitost. Građanin i entiteti su u suprotnosti sa Ustavom Bosne i Hercegovine. Entiteti su u sukobu i sa etničkom zajednicom u svom normalnom „prirodnom stanju“.

S nestankom građanina „nacionalne elite“ zadale su težak udarac svojim i drugim etničkim zajednicama. Nacionalna elita svoju vlast ne može imati bez građanskog bića Bosne i Hercegovine i etničkih zajednica kao zaokruženih kolektiviteta na čitavoj teritoriji države. Uzajamnu ravnopravnost treba da ostvare na načelima kolektivnih prava „bez politike“. Pretpostavka za to je neprikosnoveno pravo pojedinca-građanina na teritoriji Bosne i Hercegovine.

Prema današnjem ustavu postoje etnički lideri u političkom sistemu

koji na izborima održava njihovu vladavinu i njenu reprodukciju.

U radu „Načelan pogled na ljudska prava u Bosni i Hercegovini“ Ibrahim Festić analizirao je ljudska prava. Pod tim pravima podrazumijevao je pravo pojedinca prema državi kao javnopravnom subjektu koji je nosilac vlasti osigurane monopolom fizičke prinude na njenoj teritoriji.

Ustav Bosne i Hercegovine ne propisuje represivnu ni restitutivnu zaštitu pojedinca (državljanina) od drugog pojedinca (državljanina), nego je ona propisana na dva dijela njene teritorije. Drugim riječima, u smislu zaštitne funkcije države nema pojma „državljanin BiH“, na kojem bi se vršio jedan monopol prinude. Takva fizička osoba ne može tražiti zaštitu od drugog pojedinca pred organima Bosne i Hercegovine kao javnopravnog subjekta.

Navedene kontradikcije u Ustavu Bosne i Hercegovine profesor dr. Ibrahim Festić opisao je u radu „Kontinuitet države“.

Kontinuitet države je njen identitet u dva različita trenutka.<sup>3</sup> Postoje spoljni i unutrašnji kontinuitet. Postavlja se pitanje o kojim svojstvima se radi kod obje vrste kontinuiteta. U nauci o državi i pravu je potpuno jasno da se spoljni kontinuitet odnosi na konstitutivne elemente njenog bića, odnosno subjektivitet u međunarodnoj zajednici. Unutrašnji kontinuitet odnosi se na identitet pravnog poretka u dva različita trenutka.

Spoljni kontinuitet bitan je sa stanovišta vlasti, teritorije i stanovništva kao konstitutivnih elemenata države. U svakom trenutku moraju postojati sva tri elementa za njeno postojanje.

Svaki od elemenata se može mijenjati, tako da je moguće govoriti o različitim stepenima identiteta: puni identitet, parcijalni identitet i nestanak države.

Puni identitet postoji ako je svaki od ovih elemenata ostao isti, bez obzira na razne uticaje. U tim okolnostima vlast je u punom kapacitetu, površina teritorije se nije mijenjala, a stanovništvo je opstalo (ne računajući biološku smjenu generacija, koja nije predmet problema kontinuiteta). Vlast ima puni kapacitet ako zadrži spoljnu zavisnost i unutrašnju nedjeljivost, odnosno monopol prisile na cijeloj teritoriji.

Parcijalni identitet pojavljuje se ako se desila znatnija promjena vlasti,

<sup>3</sup> U ovom smislu govore brojni autori. Vidjeti opširnije: S. Đorđević, *O kontinuitetu država*, Beograd, 1967; navedeno u I. Festić, *Rat, mir, pravo u Bosni i Hercegovini*, izdavač Pravni fakultet, Centar za naučnoistraživački rad, izdavačku djelatnost i pravne klinike, 2004, 135.

teritorije i stanovništva, ali ne i njihov nestanak. Ako je npr. država pod većim uticajem međunarodne zajednice ili ako u većoj mjeri zavisi od drugih država, teško je tvrditi da je država i dalje suverena u smislu spoljne nezavisnosti. Isto tako, gubitak državnog monopola prinude na cijeloj teritoriji razlog je nepostojanja nedjeljivog unutrašnjeg suvereniteta. Krnji identitet u teritorijalnom smislu pojavljuje se ako je smanjen državni teritorij, mada njena promjena kao promjena brojnosti stanovništva nije toliko značajna za identitet države. Najbitnija je promjena vlasti kao konstitutivnog elementa države.

Disolucija države nastaje ako prestane postojati bilo koji od navedenih elementa. Za vlast to znači potpunu anarhiju ili ako nestane vlasti koja je upravljala nekom ljudskom zajednicom. U vezi sa stanovništvom „teško je zamisliti slučaj da države nestane zato što je nestalo one nezavisne ljudske zajednice iz koje se ona bila stvorila; moglo bi se zamisliti jedino da te zajednice nestane zato što je sva skupa napustila zemljište te države i otišla u sasvim druge krajeve; ali to bi bila jedna čisto teorijska pretpostavka“. Nestanak državne teritorije nastupa kada je potčini druga država u ratu ili kad je bez rata anektira druga država. Nestanak države znači da su prestali postojati svi njeni konstitutivni elementi, čime država gubi svoj identitet, a time i kontinuitet.

Unutrašnji kontinuitet je u vezi sa identitetom pravnog poretka, *odnosno njegove neprekinutosti u dva različita trenutka*. Postoji ustavna i zakonska neprekinutost pravnog poretka. Kontinuitet ustava ostvaruje se ako je novi ustav donesen po pravilima o donošenju ili izmjeni ustava iz ranijeg ustava. U tom slučaju nema prekida ustavnopravnog poretka ako je novi ustav donio organ predviđen pravilima i radnjama po kojima postupa ustavotvorni organ. Ako se bilo kako prekrše ova pravila, između novog i starog ustava postoji diskontinuitet. Donošenjem novog ustava stari ustav se radnjom ukidanja stavlja van snage.<sup>4</sup> Tada se novim ustavom uvijek ukida stari ustav na legalan ili ilegalan način. U tom slučaju radi se o ustavu kontinuiteta ili diskontinuiteta. Dakle, oba načina donošenja ustava proizvode iste pravne posljedice. Stari ustav prestaje postojati u pravnom poretku, a na njegovo mjesto dolazi novi ustav.

Kontinuitet i diskontinuitet zakona su složenije naravi. Naime, dok se novi ustav donosi po pravilima važećeg (tj. „starog“ ustava), pravila za donošenje zakona propisuje ustav, a ne zakon. Svaki ustav određuju organ i postupak donošenja zakona, kao i materiju zakona. Bilo kakva povreda

<sup>4</sup> Vidjeti opširnije: M. Jovičić, *O ustavu*, Beograd, 1977, navedeno u I. Festić, *op. cit.*, 137.

ovih pravila čini zakon neustavnim i odgovarajući mehanizam ga stavlja van snage. Svaki zakon treba da bude ustavan, odnosno da ga donese nadležni organ u odgovarajućem postupku u propisanoj materiji.

Postavlja se pitanje kako se odnositi prema zakonima saglasnim sa legalno ukinutim ustavom. Takvi zakoni mogu ostati na snazi neizmjenjeni ili će se mijenjati zakonom ili ukidati samim ustavom. Iz prirode stvari proizilazi da legalno doneseni zakoni treba da budu usaglašeni sa novim ustavom zato što je stari legalni osnov (ustav) prestao. To usaglašavanje je „mijenjanje“ u širem smislu da se novim zakonom ukidaju stari zakoni, ako su potpuno suprotni novom ustavu. Tako pravni poredak zadržava svoju unutrašnju usklađenost - „na višem nivou legalno ukidanje ustava, na nižem nivou mijenjanje zakona radi usklađivanja sa ustavom“.

Međutim, u slučaju nelegalnog mijenjanja ustava, postavlja se pitanje šta sa zakonima saglasnim sa ukinutim ustavom. Da li se u tom slučaju, osim mijenjanja zakona, dolazi u obzir i njihovo ukidanje *ex constitutione*. Nije jednostavno odgovoriti, ali se to može učiniti ako se istraže razlozi nelegalnog ukidanja ustava. Ako je ustav nelegalno ukinut radi cjelovite izmjene pravnog poretka, nema razloga da se stari zakoni usaglašavaju sa novim ustavom, nego se zakoni ukidaju *ex constitutione*. Tada nastaje novi ustavni i zakonski pravni poredak. Jedino u blažoj varijanti izmjenе pravnog poretka - nakon navedenog ukidanja ustava, zakoni će njihovom izmjenom ostati u pravnom poretku. U slučaju izmjene zakona zakonodavac ga mijenja i njegov sadržaj usaglašava sa novim ustavom. Novi zakonodavac pojavljuje se pri ukidanju *ex constitutione*, pa se radi izbjegavanja konkurencije zakonodavca, stari zakonodavac nestaje, kao što prestaje njegova volja izražena u zakonu. U ovom slučaju ukidanja zakona *ex constitutione*, postoji i prelazno rješenje, dok novi zakonodavac ne donese novi zakon. To prelazno rješenje može imati dva osnovna vida - ukidanje starih zakona i njihovo privremeno važenje (dok novi zakonodavac ne donese nove zakone), te ukidanje starih zakona bez njihovog privremenog zadržavanja na snazi, nego se zadržavaju pravne norme koje važe kao „pravna pravila“. Ova druga varijanta radikalnija je od prve i osobina je „revolucionarnih“ promjena pravnog poretka u nekoj zemlji.

Dakle, ustavni diskontinuitet pravnog poretka pojavljuje se kod njegovog nelegalnog ukidanja, a diskontinuitet zakona pojavljuje se ukidanjem zakona *ex constitutione* kao posljedica ustavnog diskontinuiteta. Puni pravni diskontinuitet pojavljuje se nelegalnim ukidanjem ustava i ukidanjem zakona novim ustavom (uz mogućnost obje varijante privremenog važenja). „Puni pravni diskontinuitet“ je u stvari unutrašnji državni diskon-

tinuitet. U tom slučaju pravni poredak postoji, ali bez ikakve veze sa ranijim pravnim poretком.

U državi Bosni i Hercegovini narušen je njen unutrašnji kontinuitet pravnog poretка, odnosno desio se diskontinuitet njenog pravnog poretка. Novi Dejtonski Ustav Bosne i Hercegovine donesen je protivno odredbama Ustava BiH. Tim odredbama propisan je nadležni organ i ustavne radnje koje treba preduzeti. Ustavnu reviziju mogli su predložiti: svako vijeće Skupštine Republike, Predsjedništvo Republike, Vlada Republike i najmanje 30 poslanika u Skupštini. O ovom prijedlogu odlučuje Skupština na zajedničkoj sjednici. O nacrtu se javno raspravlja. Poslije toga, Komisija za ustavna pitanja utvrđuje prijedlog akta o promjeni ustava. Na zajedničkoj sjednici Skupština odlučuje o prijedlogu akta, a kvorum predviđen za usvajanje prijedloga promjene je dvije trećine od ukupnog broja poslanika svakog vijeća skupštine. Poslije toga, Skupština donosi akt o proglašenju promjena Ustava na svojoj zajedničkoj sjednici.

U vezi sa vanjskom kontinuitetom, država Bosna i Hercegovina je potčinjena svojim susjedima Jugoslaviji (odnosno Srbiji kao državi nasljednici, op. au. Enver Ajanović) i Hrvatskoj kroz njihovo učešće u donošenju ustava Bosne i Hercegovine, kao i zbog potčinjenosti Bosne i Hercegovine međunarodnim organizacijama kao što su OSCE, SFOR, OHR. Također, vanjski diskontinuitet jačaju specijalne veze entiteta sa susjednim državama.

U radu „Pravni poredak i razvoj pravnih nauka“ Ibrahim Festić iznio je i moguću viziju, nadajući se da ona nije utopija. Vizija se zasniva na tradiciji kada je nastala Bosna i Hercegovina kao država.

Postojeći Ustav ne može biti osnova za njegovu izmjenu ili donošenje. U duhu ZAVNOBiH-a za to treba da budu ravnopravne pozicije na Konvenciji o osnovama državnog uređenja kao osnova za donošenje Ustava kao pravnog akta. U prilog tome idu neprestani podsticaji izvana da se stvari politički moraju usaglasiti u Bosni i Hercegovini. Ovo je bio i posljednji rad prof. dr. Ibrahima Festića.

Na Ahiret svijet preselio je 23. maja 2011. godine. Rahmet njegovoj duši.