

“Ovo je prva studija kojom se analiziraju pitanja koja su krucijalna za ustavno-pravni poredak BiH i daljnji ustavno-pravni razvoj, koja koristi isključivo argumente zasnovane na pravu, a ne bavi se politiziranjem pitanja koja bi, sama po sebi, postala sporedna kada bi suština bila «popravljena». Rad se pojavljuje upravo u vrijeme intenzivnog pregovaranja nekoliko političkih partija, predvođenih nekim akterima tzv. «međunarodne zajednice», u jednom nepristupačnom i, za javnost, vrlo zatvorenom procesu”

Sevima Sali-Terzić

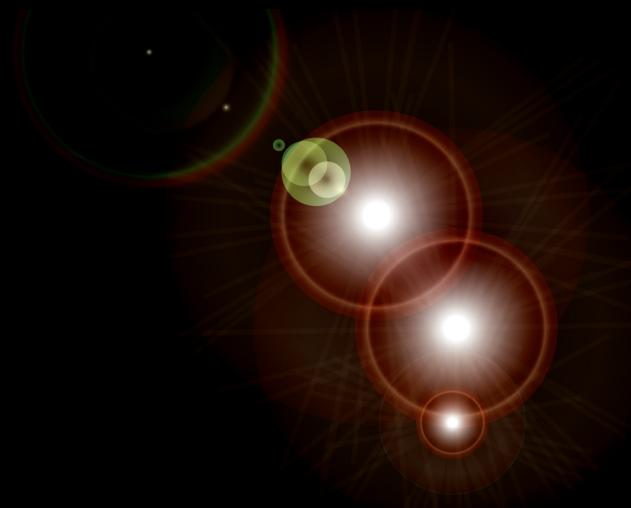


“...mislim da je ovo iznimno vrijedan rad i da će njegovo objavljivanje pridonijeti razvitku pravne diskusije i općenito pravne misli u Bosni i Hercegovini oko prirode i odnosa Ustava BiH i medjunarodnih akata (konvencija) koji obvezuju Bosnu i Hercegovinu, a time potaknuti i druge pravnike da iznesu svoja stajališta na ovu problematiku koja nije samo aktualna nego u cijeloj Europi”

Mato Tadić

mr. faris vehabović □ odnos ustava bosne i hercegovine i evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda

mr. faris vehabović



**odnos ustava bosne i hercegovine
i evropske konvencije za zaštitu
ljudskih prava i osnovnih sloboda**

mr. Faris VEHABOVIĆ

ODNOS USTAVA BOSNE I HERCEGOVINE I
EVROPSKE KONVENCIJE ZA ZAŠTITU
LJUDSKIH PRAVA I OSNOVNIH SLOBODA

**mr. Faris VEHABOVIĆ
ODNOS USTAVA BOSNE I HERCEGOVINE I EVROPSKE KONVENCIJE ZA
ZAŠTITU LJUDSKIH PRAVA I OSNOVNIH SLOBODA**

Izdavač:

Asocijacija Alumni Centra za interdisciplinarne postdiplomske studije (ACIPS)
Ulica Zmaja od Bosne 8, 71000 Sarajevo, Bosna i Hercegovina

Za izdavača:

Ivan Barbalić

Koordinatori projekta:

Mervan Miraščija, Fond otvoreno društvo, BiH
Slaviša Raković, ACIPS

Lektura i korektura:

Branka Gaković

Recenzenti:

Sevima Sali-Terzić
Mato Tadić

Layout & design:

Igor Banjac

Štampa:

AMOS-GRAF, Sarajevo

Tiraž:

600

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

342.4 (497.6) : [341.231.14:341.24

VEHABOVIĆ, Faris

Odnos Ustava Bosne i Hercegovine i Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda / Faris Vehabović. – Sarajevo : ACIPS, 2006. – 122 str. : slika autora ; 20 cm

Biografija: str. 122. – Bibliografija: str. 112-121

ISBN 9958-9187-0-6

COBISS.BH-ID 14737670



Objavljivanje ove knjige omogućila je finansijska potpora Fonda otvoreno društvo, Bosna i Hercegovina

Sadržaj

UVOD	9
OPĆE ČINJENICE	13
I. OPĆI OKVIR ZA NASTANAK USTAVA BiH	16
1. Opće napomene	16
2. Uvjeti u kojima je nastao Mirovni sporazum za Bosnu i Hercegovinu	17
3. Ustavno ustrojstvo Bosne i Hercegovine od 1995. godine	18
II. PRAVNA PRIRODA USTAVA BiH.....	22
III. USTAV BiH I PRAVO EU	26
IV. PRINCIPI MEĐUNARODNOG PRAVA I PRAVO EU	30
1. Opće napomene	30
2. Odnos međunarodnog i unutrašnjeg prava.....	32
3. Dualističko shvatanje	34
4. Monističko shvatanje.....	35
5. Inkorporacija međunarodnog prava na primjeru prava EU.....	36
6. Metod transformacije	37
7. Metod adopcije.....	38
8. Odnos komunitarnog prava prema nacionalnom pravu na primjeru EU	39
9. Pojam direktne primjene	43
10. Pojam direktnog djelovanja.....	43
V. BOSNA I HERCEGOVINA – DUALIZAM ILI MONIZAM	45
VI. EVROPSKA KONVENCIJA	52
1. Opće napomene	52
2. Struktura Evropske konvencije	52

VII. ODNOS USTAVA BiH I EVROPSKE KONVENCIJE KAO MEĐUNARODNOG UGOVORA	54
1. Efekti ratifikacije Evropske konvencije kao međunarodnog ugovora.....	54
2. Poštivanje obaveza iz Evropske konvencije od strane država-ugovornica.....	58
3. Utjecaj monističkih i dualističkih teorija na efekte Evropske konvencije u pravnim sistemima država-ugovornica.....	59
4. Bosna i Hercegovina i Vijeće Evrope.....	60
VIII. TUMAČENJE USTAVA	65
1. Izmjena ustava njegovim tumačenjem	65
2. Interpretacija prava – suština svakog pravnog odlučivanja	66
3. Interpretacija prava – posebna karakteristika ustavnog sudovanja	66
4. Tumačenje ustava na primjerima iz uporednih pravnih sistema	68
5. Metode tumačenja u odlukama Ustavnog suda.....	75
IX. NADLEŽNOST USTAVNOG SUDA	82
Opseg tumačenja Ustava BiH od strane Ustavnog suda	82
X. ODNOS USTAVA BiH I EVROPSKE KONVENCIJE KAO USTAVNOG PRINCIPIA	91
XI. KOMPATIBILNOST ČLANOVA IV/1. i V/1. USTAVA BiH SA EVROPSKOM KONVENCIJOM	98
1. Opća razmatranja.....	98
2. Član V/1. Ustava BiH – Predsjedništvo	99
3. Član IV/1. Ustava BiH – Dom naroda	104
SAŽETAK.....	109
LITERATURA.....	112
Biografija.....	122

UVOD

U čemu se ogleda značaj ove teme? U kakvom odnosu su Ustav Bosne i Hercegovine (u dalnjem tekstu: Ustav BiH) i Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (u dalnjem tekstu: Evropska konvencija)? Koja je uloga Ustavnog suda Bosne i Hercegovine (u dalnjem tekstu: Ustavni sud) i u kojem pravcu se, u trenutnim društvenim okolnostima koje vladaju u Bosni i Hercegovini, može razvijati njen ustavni sistem?

Odgovore na ova pitanja treba tražiti najprije u Ustavu BiH, služeći se pri tome argumentima koji daju teorijsku i praktičnu predodžbu o općim principima međunarodnog prava i odnosu prava jedne države prema tim principima. U slučaju Bosne i Hercegovine, Evropska konvencija nije samo jedan u nizu međunarodnih ugovora iz kojeg proizilaze izvjesne obaveze za države-potpisnice, već jedan od najvažnijih ustavnih principa. Iz te činjenice proizilazi i pristup ovoj temi: odnos Ustava BiH i Evropske konvencije kao međunarodnog sporazuma i odnos Ustava BiH i Evropske konvencije kao ustavnog principa.

Kada se analiziraju uvjeti u kojima je Evropska konvencija, kao opći demokratski princip u Evropi, nastala, sadržaj prava koja štiti i teorije koje su joj prethodile, čini se da ona ima povlašten položaj u odnosu na druge međunarodne obaveze koje, njenom primjenom, postaju ne samo obaveza države u međunarodnim okvirima, već prvenstveno obaveza koja najsnažnije djeluje na unutrašnje pravo bez obzira da li je njena primjena obavezna prema ustavu neke države. Sljedeće pitanje se tiče odnosa jednog takvog dokumenta sa ustavom konkretne države, u ovom slučaju Bosne i Hercegovine i eventualne supremacije Evropske konvencije,

odnosno Ustava BiH. Da bi se došlo do odgovora na ovo pitanje, potrebno je analizirati niz elemenata koji mogu predstavljati afirmativne argumente za potvrdu da Evropska konvencija, kao ustavni princip jeste hijerarhijski iznad samog Ustava BiH. U tu svrhu je neophodno analizirati opće činjenice u kojima je nastao Ustav BiH, kao i metode njegovog tumačenja, odnosno utvrditi ko je nadležan davati konačna i obavezujuća tumačenja njegovog teksta, odnosno kakav utjecaj takva tumačenja imaju na ukupni ustavni sistem Bosne i Hercegovine. Također je vrlo bitno analizirati problem na osnovu principa međunarodnog prava i načina na koji su države članice EU tretirale problem odnosa unutrašnjeg i međunarodnog prava, a u okviru tog odnosa načina na koji pojedine države ispunjavaju preuzete obaveze. U okviru te analize, ključno je naći odgovor na pitanje o zastupljenosti jedne od teorija o prihvatanju međunarodnih obaveza u konkretnom pravnom sistemu, jer o tome ovisi utjecaj kojeg međunarodno pravo ima na pravni sistem konkretnе države. Za Bosnu i Hercegovinu to se čini ključnim pitanjem u traženju odgovora o eventualnoj supremaciji Evropske konvencije nad Ustavom BiH. Međutim, pružanje odgovora na ovo pitanje samo na teorijskoj ravni nema nikakav značaj ukoliko ne postoji tijelo koje je nadležno da ponudi tumačenje koje je pravno obavezujuće. Analizirajući sudsku praksu ustavnih sudova drugih država koji su se suočavali sa sličnim problemom, daje se i odgovor o nadležnosti Ustavnog suda o ovom važnom pitanju i mogućnostima njegovog djelovanja. Praktičan značaj odnosa Evropske konvencije i Ustava BiH može se predstaviti na nizu ustavnih odredbi ali u ovom radu su date samo dvije koje su odabrane kao najočigledniji primjer nesklada ova dva pravna akta.

Konačno, šta bi bila posljedica utvrđenja da Evropska konvencija ima supremaciju nad Ustavom BiH i da Ustavni sud jeste nadležan da to utvrdi? Nema sumnje da bi, ukoliko bi stav Ustavnog suda bio da jeste

nadležan da to utvrdi, posljedice bile dalekosežne u smislu stvaranja obaveze zakonodavcu da otpočne opsežne ustavne reforme u onim oblastima ustavnog sistema koje i predstavljaju najveću kočnicu razvoju Bosne i Hercegovine.

Neophodno je istražiti mogućnosti pravnog (pre)oblikovanje ustavne strukture Bosne i Hercegovine kroz interpretativno tumačenje postojećih odredbi Ustava BiH od strane Ustavnog suda, a prvenstveno utvrditi da li je Ustavni sud nadležan da daje takvo tumačenje. Kao primjer će se poslužiti analizom nekih odredbi Ustava BiH u svjetlu, također ustavne obaveze, poštivanja ljudskih prava, tačnije Evropske konvencije.

Pored toga, neophodno je dokazati da je Evropska konvencija hijerarhijski iznad Ustava BiH, odnosno da prava iz Evropske konvencije, kao ustavnog principa, imaju supremaciju nad drugim ustavnim odredbama. Dva su osnova za takav stav: 1) Ustav BiH daje Evropskoj konvenciji, formulacijom člana II/2, takav položaj u ustavnom sistemu Bosne i Hercegovine utvrđujući da je "direktno primjenjiva" i "iznad svakog drugog prava" što podrazumijeva samoizvršivost te odredbe kao i cjelovitost pravnog sistema Bosne i Hercegovine, uključujući i ustavni sistem i 2) s obzirom da je Bosna i Hercegovina tipični primjer zastupljenosti monističkog pravnog sistema, ratifikacijom Evropske konvencije, 12. jula 2002. godine, odnosno Evropske konvencije kao međunarodnog ugovora, neophodno je izmijeniti pravne zapreke za potpuno poštivanje obaveza preuzetih međunarodnim ugovorom. Kao primjer neusklađenosti daju se odredbe Ustava koje utvrđuju način izbora članova Predsjedništva BiH i Doma naroda Parlamentarne skupštine BiH.

Konačno, ustavni mehanizam u zaštiti ljudskih prava mora se posmatrati u svjetlu nadležnosti Ustavnog suda i mogućih pravaca djelovanja

u budućnosti u vršenju svoje uloge "zaštitnika Ustava" sa posebnim akcentom na mogućnost interpretacije pojedinih odredbi Ustava BiH i utvrđivanju obaveze zakonodavca da, kroz amandmansko djelovanje, uskladi odredbe koje krše ljudska prava sa potpisanim međunarodnim ugovorima, prije svega Evropskom konvencijom.

OPĆE ČINJENICE

Novi Ustav BiH je, sasvim izvjesno, tipičan tranzicioni dokument, bez obzira na njegov status ustava. Stvoren je kao dio mirovnog paketa dogovorenog u Daytonu u novembru 1995. godine i prihvaćenog od strane dva entiteta (Federacije Bosne i Hercegovine i Republike Srpske) i centralne vlade koja je bila međunarodno priznata kao Vlada Republike Bosne i Hercegovine. Ustav BiH je drugi ustav dogovoren uz međunarodnu pomoć i ohrabrenje u okolnostima neprijateljstava na terenu (prvi je Ustav FBiH iz marta 1994. godine).

Gotovo sve ovlasti države su prenesene na dva entiteta – Federaciju Bosne i Hercegovine (FBiH) i Republiku Srpsku (RS). On također efektivno onemogućava centralnu vlast da vrši ono malo, Ustavom BiH, utvrđenih nadležnosti. On u sebi kombinuje "minimalistički" pristup u pogledu državne vlasti i "maksimalistički" pristup u pogledu balansa vlasti. Centralne vlasti imaju samo nekoliko utvrđenih nadležnosti koje se moraju vršiti jedino uz dogovor svih strana, uključujući tu i entitete i konstitutivne narode. Ustav BiH je samo jedan od aneksa na Opći okvirni sporazum za mir u Bosni i Hercegovini (u dalnjem tekstu: Mirovni sporazum). Aneksi, bez sumnje, imaju ustavnu dimenziju. Neki od međunarodnih instrumenata za zaštitu ljudskih prava, ponovna uspostava infrastrukture i rješavanje sporova između entiteta su predmet posebnih sporazuma koji ne čine sastavni dio samog Ustava BiH¹.

Krucijalni dio novog ustavnog poretka u Bosni i Hercegovini ali i zametak budućeg pravca razvoja tog sistema, jesu ljudska prava i njihova zaštita.

¹ Fred L. Morrison: The Constitution of Bosnia-Herzegovina. - Constitutional Commentary. - Volume: 13.. Issue: 2. - 1996. - p. 145–157

Danas u Bosni i Hercegovini, ljudska prava postaju floskula koju svako koristi u dnevno-političke potrebe, bez razumijevanja stvarnog značenja tog pojma i svijesti o efektivnim mehanizmima kojima se ona štite. Zaista, ljudska prava bez mehanizma za njihovu zaštitu bi predstavljala tek pustu proklamaciju koja u stvarnom životu ne bi imala nikakvog ili gotovo nikakvog značenja. Međutim, u istom Ustavu u kojem su ljudska prava dobila centralno mjesto i u kojem predstavljaju jedan od temeljnih stupova tog Ustava (vjerovatno zbog ratnih okolnosti u kojima je on nastajao), već na prvi pogled se može primijetiti da neke odredbe Ustava BiH sadrže odredbe koje predstavljaju tipični primjer diskriminacije. Najočitiji, odnosno najbrutalniji primjer su odredbe koje utvrđuju način izbora članova Predsjedništva BiH i delegata za Dom naroda Parlamentarne skupštine BiH. Zbog svega toga, postavlja se pitanje odnosa ustava, kao najvišeg pravnog i političkog akta jedne države, i Evropske konvencije, kao akta koji u sebi sadrži minimum zajedničke volje država-ugovornica u pogledu materijalnih ljudskih prava koja štiti ali i mehanizma zaštite tih prava, a u okviru toga i obaveza koje su države-ugovornice obavezne ispoštovati da bi materijalna prava bila izvršiva ne samo na nadnacionalnom nivou nego i u okviru svakog pojedinačnog pravnog sistema.

Da bi se utvrdio odnos između Ustava BiH i Evropske konvencije neophodno je kombinirati teorijska i praktična stanovišta i utvrditi:

- opći okvir za nastanak Ustava BiH;
- pravnu prirodu Ustava BiH;
- zastupljenost jednog od pravnih shvatanja o inkorporaciji međunarodnog prava u Bosni i Hercegovini i efektnima direktnog dejstva i direktne primjene u Bosni i Hercegovini;
- odnos međunarodnog i unutrašnjeg prava, zastupljenosti monističkog ili dualističkog shvatanja o inkorporaciji međunarodnog prava i odnos Bosne i Hercegovine i prava EU kao tvorevine utemeljene na međunarodnim ugovorima;

- pojam direktnog dejstva i direktne primjene međunarodnog prava;
- da li je u Bosni i Hercegovini zastupljeno dualističko ili monističko pravno shvatanje;
- položaj Evropske konvencije u Bosni i Hercegovini kao ustavnog principa i kao međunarodnog ugovora;
- način tumačenja prava, a posebno ustava od strane ustavnih sudova;
- nadležnost Ustavnog suda u tumačenju Ustava BiH sa posebnim osvrtom na sudsku praksu drugih ustavnih sudova;
- kompatibilnost pojedinih odredbi Ustava BiH i Evropske konvencije.

I. OPĆI OKVIR ZA NASTANAK USTAVA BiH

Da bi bile jasnije okolnosti u kojima se razvijao trenutni ustavni sistem u Bosni i Hercegovini, neophodno je izložiti činjenice i okolnosti u pogledu njegovog nastanka.

1. Opće napomene

Bilo koja država (posebno evropska) koja teži da postane *demokratska i zasnovana na vladavini prava*, čija vlast se formira putem *slobodnih i demokratskih izbora*, a koja funkcioniše na principu poštivanja ljudskih prava, ima ove principe ugrađene u svoje ustave ili ustavne povelje. Još ako ta država želi da postane punopravnom članicom Evropske Unije, što je slučaj i sa Bosnom i Hercegovinom, takva država mora u potpunosti poštivati tzv. *četiri slobode Evropske Unije*: pravo na slobodu kretanja roba, ljudi, kapitala i usluga, i efektivno štititi ove principe². Sve druge odredbe ustava ili ustavne povelje, moraju biti podređene ispunjenju ovih ključnih principa. Čini se absurdnom situaciju da npr. teritorijalna organizacija ili sistem odlučivanja budu u suprotnosti sa jednim od ovih vrhovnih principa.

Ustavna država opće-evropskog i opće-atlantskoga oblika obilježena je ljudskim dostojanstvom kao kulturno-antropološkom premisom, suverenošću naroda i diobom vlasti, temeljnim pravima i tolerancijom, raznolikošću stranaka i neovisnošću sudova. Njezin ustav, shvaćen kao pravni temeljni poredak države i društva, ima povećanu formalnu pravnu

² Formulaciju *fundamental rule* u pogledu načela slobode prometa roba Sud pravde je naveo u slučaju 120/78, *Rewe-Zentral AG v Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*. - (1979) ECR 649. - p. 664. O karakteristikama carinske unije i ostalih oblika ekonomskih integracija više u: Janča: *Osobenosti multilateralne saradnje u međunarodnim privrednim organizacijama integracionog karaktera : Pravo, teorija i praksa*. - poseban broj iz septembra 1986. - str. 25–30. ; A.M. El-Agraa, (ed.): *Economicic of the European Community*. - 1990. - p. 1–2

snagu valjanosti. Konstituiranje diobe vlasti postaje pravnopolitičkom zadaćom³.

Ustavna država osigurava svoj daljnji život i preživljavanje tokom vremena pomoću *velikih* i *finih* instrumenata i postupaka, ravnotežom između promjena i stalnosti. Vrijeme i ustavna kultura⁴ jedan su način postojanja toga tipa. U okviru *nauke o ustavu kao kulturne nauke*, ustavna država dobiva diferencirano priključak na paradigmu evolucije koja danas obilježava sve prirodne i kulturne nauke. U dubljem smislu značenja, sve su ustavne države "zemlje u razvoju"⁵.

2. Uvjeti u kojima je nastao Mirovni sporazum za Bosnu i Hercegovinu

Proces stvaranja prepostavki za novo ustavno ustrojstvo Bosne i Hercegovine je trajao relativno dugo u specifičnim društvenim okolnostima, tačnije uslijed ratnih okolnosti u Bosni i Hercegovini. Od samog otpočinjanja rata u Bosni i Hercegovini, aprila 1992. godine, uporedo su započeli tajni i javni pregovori o novom državnom ustrojstvu Bosne i Hercegovine pri čemu su se pojedini zahtjevi kretali od potpunog negiranja državnosti Bosne i Hercegovine i konsekventno njene podjele do pokušaja da se po svaku cijenu zaustave sukobi i održi njen kakav-takav državno-pravni kontinuitet. Ne ulazeći u pojedine faze tih pregovora očigledno je da su prvi ozbiljniji koraci načinjeni 1995. godine, odnosno uključivanjem SAD u pregovore u cilju okončanja sukoba u Bosni i Hercegovini. Prvi temeljni principi budućeg ustrojstva Bosne i Hercegovine su dogovoreni i potpisani u Ženevi, 8. septembra 1995.

³ Vidjeti o *dedogmatizaciji* nauka o diobi vlasti: Kägi, W.: *Von der klassischen Dreiteilung zur umfassenden Gewaltenteilung*. - 1961; Hesse, K.: *Grundzüge*. - 20. izd. - 1995. - 207. i d. s daljnjim potvrđama; Seiler, H.: *Gewaltenteilung, Allgemeine Grundlagen und schweizerische Ausgestaltung*. -1994

⁴ Häberle, Peter: *Ustavna kultura*; Peisl, A.; Mohler, A. (ured.). - Die Zeit. - 3. izd. - 1991. - 289. i d.

⁵ Häberle, Peter: *Ustavna država*. - Politička kultura. - Zagreb, 2002

godine. Ti principi su uključivali pravni kontinuitet Bosne i Hercegovine u okviru njenih granica; formalno priznavanje postojanja dva entiteta u Bosni i Hercegovini: FBiH i RS; teritorijalnu podjelu između entiteta u omjeru 51% : 49%; pravo na uspostavu posebnih paralelnih odnosa entiteta i susjednih država; održavanje izbora pod međunarodnom supervizijom; uspostavu principa zaštite ljudskih prava, povrat izbjeglica i raseljenih osoba i uspostavu arbitraže za rješavanje sporova između entiteta. Osim toga, dogovorene su i obaveze uspostave posebnih tijela koja bi se starala za izvršavanje obaveza iz budućeg Mirovnog sporazuma⁶ i definiranje nekih od isključivih nadležnosti države. Ovi temeljni principi su potpisani od strane zvaničnika Bosne i Hercegovine kao priprema i uvod u Mirovnu konferenciju, održanu u Daytonu, SAD, uz učešće lokalnih zvaničnika, pri čemu su ovi zastupali interes konstitutivnih naroda u Bosni i Hercegovini i zvaničnike Hrvatske i Jugoslavije, uz posredovanje SAD-a. Prethodno su potpisani i daljnji temeljni principi u New Yorku, 26. septembra 1995. godine, koji su sadržavali uspostavu standarda u zaštiti ljudskih prava, poštivanja međunarodnih obaveza Bosne i Hercegovine i daljnje definiranje nadležnosti Bosne i Hercegovine i uspostavu institucija na državnom nivou⁷.

Konačno, dogovor iz Daytona, 21. novembra 1995. godine potpisana je 14. decembra 1995. godine u Parizu. Kao dodatak Mirovnog sporazumu zaključeno je i 11 aneksa na taj Sporazum. Aneksu 4 Mirovnog sporazuma je namijenjena uloga Ustava BiH.

3. Ustavno ustrojstvo Bosne i Hercegovine od 1995. godine

Da bi se shvatila sadašnja situacija u Bosni i Hercegovini, državi koja se sastoji od dva entiteta, FBiH i RS, neophodno je kratko oslikati historijski

⁶ *Bosnia and Herzegovina, Essential texts.* - 2nd revised and updated ed. - OHR

⁷ ibid.

razvoj koji je doveo do sadašnje – jedinstvene – situacije. Glavni ustavni tekstovi na snazi u zemlji usvojeni su u toku ili na kraju rata. Ustav RS izvorno je usvojen 1992. godine⁸, kao ustav separatističkog entiteta koji je za sebe tvrdio da je nezavisna država zasnovana na konceptu unitarne države⁹.

Ustav Federacije BiH¹⁰, usvojen u junu 1994. godine, bio je dio Washingtonskog sporazuma postignutog između Bošnjaka i Hrvata, uz američko posredovanje. Prema tadašnjem Ustavu FBiH, samo Bošnjaci i Hrvati su bili konstitutivni narodi u FBiH, a odluke o ustavnom statusu teritorija sa većinskim srpskim stanovništvom ostavljene su za buduće pregovore. Ustav FBiH je uspostavio izuzetno decentraliziranu federaciju deset kantona, sa pet kantona prvenstveno bošnjačkog karaktera, tri kantona prvenstveno hrvatskog, i dva mješovito bošnjačko-hrvatskog. Uz direktno izabran Predstavnički dom, uspostavljen je indirektno izabrani Dom naroda, sastavljen od jednakog broja hrvatskih i bošnjačkih predstavnika. U ovom Domu, *odluke koje se tiču vitalnih interesa bilo kog konstitutivnog naroda* zahtijevale su saglasnost većine delegata oba naroda što je često dovodilo do blokada u radu zakonodavca u FBiH.

Ustav BiH je utvrdio pravni kontinuitet Republike Bosne i Hercegovine, koja je postala nezavisna od bivše Jugoslavije, pod imenom Bosna i Hercegovina i sa modificiranim pravnom strukturom. Dvije već postojeće jedinice, RS i FBiH, potvrđene su kao entiteti Bosne i Hercegovine. Bošnjaci, Srbi, Hrvati, Ostali i građani, opisani su u preambuli Ustava BiH, kao *konstitutivni narodi*. Ustavom BiH, državi su date izuzetno ograničene nadležnosti, a većina nadležnosti je prenijeta na dva entiteta.

⁸ Ustav Republike Srpske – Precišćeni tekst. - "Službeni glasnik RS", br. 3/92, 6/92, 8/92, 15/92 i 19/92

⁹ Mišljenje Venecijanske komisije, broj CDL-AD (2005) 004 od 11. marta 2005: *Mišljenje o ustavnoj situaciji u Bosni i Hercegovini i ovlaštenjima Visokog predstavnika*

¹⁰ "Službene novine Federacije BiH", broj 1/94 od 30. marta 1994. godine

Na nivou države uvedeni su takvi mehanizmi odlučivanja da je praktično nemoguće donijeti bilo kakvu odluku protiv volje predstavnika bilo kog konstitutivnog naroda. Pored Predstavničog doma, ustanovljen je i Dom naroda, uveden je veto na osnovu vitalnih interesa za sva tri konstitutivna naroda u oba doma, kao i kolektivno Predsjedništvo od tri člana, sa Srbinom iz RS, i Bošnjakom i Hrvatom iz Federacije.

Oba entiteta Ustavom BiH su obavezana da svoje ustave usklade sa državnim u roku od tri mjeseca. Mada je ovakva obaveza utvrđena Ustavom, ovo nije učinjeno u datom roku ili je učinjeno samo djelimično¹¹. Ipak, napravljen je izvjestan napredak koji je rijetko bio učinjen dobrovoljno, već su, u pravilu, ili Visoki predstavnik ili Ustavni sud, donosili odluke koje su predstavljale nezaobilaznu obavezu za odgovorne organe. U pogledu Ustava RS, ovo je učinjeno nakon mišljenja koje je dala Venecijanska komisija, po zahtjevu Visokog predstavnika¹². Ipak stoji činjenica da su oba entitetska ustava bili konceptualno različiti, gdje je RS zamišljena kao unitarni entitet sa dominacijom Srba, a FBiH kao decentralizirana federacija u kojoj se na federalnom nivou ovlaštenja dijele između Bošnjaka i Hrvata.

Sljedeći značajan korak u ustavnom razvoju načinjen je na osnovu odluke Ustavnog suda od 1. jula 2000. godine, u predmetu "konstitutivnosti naroda"¹³. Ustavni sud je razmatrao neke ustavne odredbe u RS koje Srbima u RS daju privilegiran položaj. Ustavni sud je odlučio da su takve odredbe nekompatibilne sa Ustavom BiH, te da pripadnici sva tri konstitutivna naroda imaju ista prava u cijeloj Bosni i Hercegovini. Međunarodni pravni instrumenti ugrađeni u Ustav BiH nisu dozvoljavali davanje privilegija već dominantnim grupama, već samo afirmativno djelovanje u korist manjina.

¹¹ Kao primjer mogu poslužiti ustavne i zakonske odredbe koje reguliraju pitanje simbola entiteta, himni, zastava, kao i , donedavno na snazi, zakoni ili dijelovi zakona koji su regulirali naplatu akciza, poreza na promet i sl.

¹² Mišljenje Venecijanske komisije broj CDL(1996) 56, final

¹³ Odluka Ustavnog suda broj U 5/98. - "Službeni glasnik BiH", broj 36/00

Odluka je imala dalekosežne posljedice za oba entiteta, jer su oba entiteta bila zasnovana na dominaciji — Srba u RS i Bošnjaka i Hrvata u FBiH.

Provedba odluke Ustavnog suda bila je predmet mnogobrojnih diskusija, uključujući mišljenja Venecijanske komisije (CDL-INF(2001)006 i CDL-AD(2002)024¹⁴). Na kraju je postignut sporazum vodećih političkih stranaka u BiH i, u aprilu 2003. i oktobru 2002. godine, Visoki predstavnik nametnuo je amandmane na ustave entiteta¹⁵ koji su bili dio ovog sporazuma. Osnovni pristup koji je odabran zasnivao se na jednakosti konstitutivnih naroda na cijeloj teritoriji. Odredbe o podjeli vlasti, uključujući veto na osnovu vitalnih interesa, slično odredbama na državnom nivou, uvedene su u oba entiteta i u kantonima, a pravila po kojima se najznačajnija mjesta ravnopravno dodjeljuju konstitutivnim narodima uvedena su u njihove ustave. Rezultat ovog historijskog razvoja je da je BiH sada, s jedne strane, i dalje podijeljena na zasebne jedinice – dva entiteta, od kojih je jedan podijeljen na 10 kantona. S druge strane, predstavnici tri konstitutivna naroda su ustavno imali jaku blokirajuću poziciju u različitim jedinicama, čak i tamo gdje su predstavljali vrlo ograničen broj glasača.

Izuzetno ograničene odgovornosti koje je državi dao Ustav BiH bile su nedovoljne da se osigura funkciranje moderne države. Korištenjem nekih općih odredbi u Ustavu BiH i široko tumačeći odredbe, pokazalo se mogućim da se donekle prošire ovlaštenja na državnom nivou. Primjeri su uspostava suda na nivou BiH i prenos ili preuzimanje nadležnosti u poljima odbrane, obavještajne službe, pravosuđa i indirektnog oporezivanja¹⁶.

¹⁴ Mišljenja Venecijanske komisije CDL-INF (2001) 006 i CDL-AD (2002) 024

¹⁵ Odluka (Visokog predstavnika o donošenju amandmana na Ustav FBiH i RS radi provođenja djelimičnih odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine). - "Službene novine FBiH", br. 3/01-37 i 39 i 10/01-194

¹⁶ Sud Bosne i Hercegovine je formiran na osnovu odluke Visokog predstavnika za BiH, Wolfganga Petritscha, 20. novembra 2000. godine. Kasnije ovlasti i struktura su bitno prošireni; prva faza reforme odbrane je provedena tokom prethodnog perioda, a procesi u reformi odbrane su još uvijek u toku, ali je već sada sasvim izvjesno da će ovlasti u pogledu odbrane biti prenesene sa entiteta na nivo BiH. Proces objedinjavanja policijskih struktura je još uvijek u toku, ali je prethodno formirano Ministarstvo sigurnosti BiH u okviru kojeg djeluju OSA i SIPA. Uprava za indirektno oporezivanje je formirana i operativna.

II. PRAVNA PRIRODA USTAVA BiH

Shvatanje pravne prirode Ustava BiH je od suštinskog zanačaja za sve analize ustavnog sistema u Bosni i Hercegovini. Ustavni sud je u svojim odlukama tumačio pravnu prirodu Ustava BiH kao Aneksa 4. Mirovnog sporazuma, odnosno kao jednog dijela tog sporazuma koji u cjelini predstavlja *ustavnu povelju* Bosne i Hercegovine i njegovog odnosa sa Ustavom Republike Bosne i Hercegovine.

S obzirom na to da je bio dio mirovnog ugovora, Ustav BiH je izrađen i usvojen bez učešća građana BiH i bez primjene procedura koje bi dale demokratski legitimitet. To predstavlja jedinstven slučaj ustava koji nikada nije zvanično objavljen na zvaničnim jezicima zemlje na koju se odnosi, već je usvojen i objavljen na stranom — engleskom jeziku¹⁷.

U vezi sa prethodnom činjenicom, postavljaju se pitanja koja se tiču odnosa Ustava BiH prema bivšem Ustavu Republike Bosne i Hercegovine iz 1993. godine, i odnosa između Aneksa 4 prema drugim aneksima Mirovnog sporazuma. Da li je Ustav BiH samo Aneks 4 ili ga čine i svi ostali aneksi?

Poseban *detalj* predstavlja činjenica da je Parlament Republike Bosne i Hercegovine još 12. decembra 1995. godine izglasao ustavni zakon o izmjenama i dopunama Ustava Republike Bosne i Hercegovine¹⁸ u čijem članu 1. se ovlašćuje Republika Bosna i Hercegovina da oblikuje unutrašnju organizaciju prema Ustavu BiH u okviru Mirovnog sporazuma.

¹⁷ Zaključiti prema predgovoru prvog Visokog predstavnika za Bosnu i Hercegovinu, Carla Bildta, u Ustavnim tekstovima OHR (izd.) Sarajevo, 1996, koji je u svakom slučaju dobra podloga za razjašnjenje: "The English language contained in this booklet is the agreed text contained in the Peace Agreement. The Bosniac, Serb and Croat texts which the parties have been using themselves. A legal expert from Sarajevo has looked at these texts, and believes that each of them represents an accurate translation of the English" (*sic!*).

¹⁸ *Ustav RBiH*. – "Službeni list RBiH", broj 5/93

Kao određena vrsta ustavnopravne *mentalne zadrške*, u stavu 2. ovog člana propisuje se da Republika Bosna i Hercegovina može proglašiti Mirovni sporazum ništavnim u slučaju njegovog nesuprovođenja i nastaviti svoju državnost u skladu sa Ustavom Republike Bosne i Hercegovine kao međunarodnopravno priznate, suverene i nezavisne države¹⁹.

Već u predmetu broj U 7/97²⁰, Ustavni sud je, po zahtjevu Hrvatske stranke prava 1861 i Bosanskohercegovačke stranke prava 1861 odlučivao o ustavnosti Mirovnog sporazuma. Obje stranke su, bez pobližeg argumentiranja, tvrdile da Mirovni sporazum nije u saglasnosti sa Ustavom BiH. Ustavni sud je, na osnovu izuzetno šturog obrazloženja, objasnio da je taj Sud ustanovljen prema Ustavu BiH sa isključivim zadatkom da ga (Ustav BiH) podržava, te odbio zahtjev da ispituje Mirovni sporazum na osnovu Ustava RBiH. U samoj suštini ova odluka je pravilna, iako je Ustavni sud propustio da se upusti u razmatranje jezički jasne odredbe člana XII/1 Ustava BiH koja izričito predviđa da će "Ustav stupiti na snagu po potpisivanju Općeg okvirnog sporazuma kao ustavni akt, kojim se amandmanski zamjenjuje i stavlja van snage Ustav Republike Bosne i Hercegovine". U pozadini ove neobično formulirane odredbe "zamjenjuje i stavlja van snage" stoji činjenica da su američki pravnici pisali tekst Ustava BiH. To znači da je Ustav BiH nastao revolucionarno, prekidajući odnos sa odredbama starog Ustava Republike BiH o izmjenama Ustava i to ne samo u dijelu koji nije u saglasnosti sa starim Ustavom nego u njegovoј cjelini. Pošto je Ustav BiH stupio na snagu 14. decembra 1995. godine, on je, također, na osnovu odredaba člana XII formalno derogirao spomenuti ustavni zakon od 12. decembra 1995. godine. Pošto se na pojedinim mjestima teksta Ustava BiH, kao što je odredba člana VI/3., člana X i člana XII, spominju riječi "ovaj Ustav", a

¹⁹ "Službeni list Republike Bosne i Hercegovine", broj 49/95

²⁰ Odluka Ustavnog suda broj U 7/97 od 22. decembra 1997. godine

pri tome se misli, bez dalnjeg, na Aneks 4, može se odgovoriti i na drugo pitanje u pogledu odnosa između Aneksa 4 i drugih aneksa. Problem ovog pitanja se sastoji u tome da se utvrdi koji rang, u pogledu hijerarhije normi, pripada ovim aneksima i da li odredbe drugih aneksa mogu služiti Ustavnom судu kao osnova ispitivanja. U pogledu prvog dijela postoji u već spomenutoj odluci U 7/97 jedno, po sebi nerazumljivo, *obiter dictum* razjašnjenje. Ustavni sud je naveo da je Ustav BiH donesen kao Aneks 4 Mirovnog sporazuma. Iz toga proizilazi da ne može postojati sukob i mogućnost spora između tog Sporazuma i Ustava BiH. Ovaj *obiter dictum* bi se mogao shvatiti u smislu da Ustavni sud uspostavlja osnov za *pravno jedinstvo* Mirovnog sporazuma. To znači da Ustavni sud daje Mirovnom sporazumu i njegovim aneksima isti ustavni rang i time, što će još iz kasnije sudske prakse jasnije proizaći, objašnjenje da se u slučaju konflikta normi ne može pozivati na viši rang Aneksa 4, nego da se slučaj može riješiti jedino metodom harmonizirajuće interpretacije. Iz ustavnog ranga ostalih aneksa proizilazi i to da odredbe drugih aneksa ne služe samo za sistematsko tumačenje Aneksa 4 nego i kao osnova ispitivanja za Ustavni sud. Tako se pri interpretaciji Ustava BiH nisu samo i isključivo upotrebljavale odredbe Ustava BiH, nego i odredbe drugih aneksa Mirovnog sporazuma. U trećoj i četvrtoj djelimičnoj odluci predmeta broj U 5/98²¹ (tzv. odluka o konstitutivnosti naroda u BiH), Ustavni sud je upotrijebio direktno odredbe članova I. i II. Aneksa 7. iz kojih je izvedena zaštitna obaveza entiteta. Ustavnopravno povezivanje bilo je, uostalom, izričito upućivanje na Aneks 7. u članu III/5. Ustava BiH.

Sa ovakvim ustavnopravnim razumijevanjem ide zajedno i činjenica da Ustavni sud odbacuje apelacije *ratione temporis*, ako se žalbeni navodi odnose na događaje koji su se desili prije stupanja na snagu Ustava BiH. U tom smislu, Ustavni sud je video vremensko ograničenje svoje

²¹ Odluka Ustavnog suda broj U 5/98. – "Službeni glasnik BiH", broj 36/00

nadležnosti. U pojedinim slučajevima radilo se o protezanju događaja u period u kojem je Ustav BiH već stupio na snagu²². U smislu zahtjeva koji proizilaze iz principa jednakosti, Ustavni sud je, na osnovu indirektnog preuzimanja sudske prakse američkog Vrhovnog suda, zauzeo stanovište da svaka "prošla *de iure* diskriminacija", na osnovu činjenja ili propuštanja činjenja, predstavlja povredu člana II/4. Ustava BiH.

Konačno, na osnovu dosadašnje sudske prakse može se reći da Aneks 4. Mirovnog sporazuma predstavlja *ustavnu povelju* Bosne i Hercegovine, te da 15 međunarodnih sporazuma o ljudskim pravima iz Aneksa I. na Ustav BiH, koji se direktno primjenjuju u Bosni i Hercegovini bez potrebe pravne transformacije, kao što i Mirovni sporazum i ostali aneksi predstavljaju formalno *ustavno pravo države*²³. Izdvojenu vrijednost zaslužuje Evropska konvencija²⁴ i njeni protokoli. Ona je pravno, kao i sporazumi iz aneksa na Ustav BiH, na osnovu člana II/2. Ustava BiH, ne samo direktno primjenjiva, nego ima prioritet *nad svakim drugim pravom*. Time se postavlja pitanje njenog položaja unutar piramide cijelokupnog pravnog sistema Bosne i Hercegovine. Drugo pitanje bi bilo da li se u slučaju njenog konflikta sa normama Ustava BiH, može stati na stanovište prvenstva Evropske konvencije i tretirati je kao *paramount law on the land* s ciljem da se ostane na limiji tumačenja koje je dao američki Vrhovni sud u svom slučaju *Marbury v. Madison*²⁵. Ovo pitanje je Ustavni sud do sada izbjegao, međutim, već ubrzo će morati odgovoriti na ovo pitanje s obzirom da je podnesen zahtjev koji upravo pokreće pitanje usklađenosti nekih odredbi Ustava BiH sa Evropskom konvencijom.

²² Odluka Ustavnog suda broj U 18/00. - "Službeni glasnik BiH", broj 30/02

²³ Marko, Joseph: *Pet godina ustavnog sudstva u Bosni i Hercegovini : Prva bilansa*

²⁴ Objavljena u "Službenom glasniku BiH", broj 6/99.

²⁵ Odluka Vrhovnog suda SAD, *Marbury v. Madison* iz 1803. godine. Ovom odlukom Vrhovni sud SAD-a je po prvi put preispitao ustavnost nekog zakona iako nije imao takvu, Ustavom SAD-a, utvrđenu nadležnost.

III. USTAV BiH I PRAVO EU

Argumentacija koja može dati odgovor na temu odnosa Ustava BiH i Evropske konvencije može se kretati u dva pravca: prvo, odnos Ustava BiH i Evropske konvencije kao međunarodnog sporazuma čiji je Bosna i Hercegovina potpisnik i drugo, odnos Evropske konvencije kao ustavnog principa sa drugim ustavnim odredbama. Da bi se bolje objasnila pravna priroda Evropske konvencije kao međunarodnog ugovora, kao slikovit primjer može poslužiti proces koji se upravo sada dešava na evropskom kontinentu: stvaranje novog jedinstvenog pravnog poretku EU utemeljenog na međunarodnim ugovorima.

Vrlo je značajan pristup koji su koristile pojedine države u pogledu adopcije i transformacije međunarodnih ugovora. Od tog pristupa je zavisila pravna snaga tih ugovora i utjecaj koji su oni imali na ustavne sisteme država-članica i onih koje su to željele postati, što je slučaj i sa Bosnom i Hercegovinom. Principi koji su ovdje objašnjeni mogu biti teorijsko-praktična pozadina za proces koji je Bosna i Hercegovina započela u pravcu približavanja EU.

Iako se Bosna i Hercegovina trenutno nalazi tek na početku dugog procesa približavanja evropskim integracijama, taj proces se već sada mora promatrati sa aspekta ustavnih pretpostavki za njegovo uspješno okončanje. Sasvim je izvjesno da trenutna ustavna struktura predstavlja ogromnu teškoću na ispunjenju postavljenih ciljeva, a oni se prvenstveno odnose na uspostavu demokratskog društva zasnovanog na vladavini prava i slobodnim demokratskim izborima, uspostavi tržišne ekonomije. Iako ovi uvjeti izgledaju lako ostvarivi, njihovo ispunjenje se posmatra isključivo sa kvalitativnog aspekta, pa samim tim njihovo formalno ispunjenje ne predstavlja cjelovitost izvršenja preuzetih obaveza.

Logično pitanje koje se postavlja na ovoj tački razvoja odnosa Bosne i Hercegovine svakako jeste ustavni temelj i ustavne pretpostavke za nastavak procesa integracije. Kada bismo Bosnu i Hercegovinu posmatrali kao jednu kuću u kojoj žive dojučerašnji neprijatelji, sa podjelama i sa mehanizmima odlučivanja, kako je to utvrđeno Ustavom BiH, jasno je da za napredak u kući, sa tako komplikiranim mehanizmom odlučivanja, mora postojati savršena *bratska* harmonija i podjednaka volja za tim napretkom. Očigledno je da u Bosni i Hercegovini ta politička volja ne postoji čak ni na bazi zajedničkih interesa za sve njene građane. Također je jasno da je sveprisutna tendencija blokiranja svih političkih procesa koji bi vodili kreiranju efikasnog mehanizma odlučivanja, zastupanja i konačnog prevazilaženja teritorijalnih podjela koje Bosnu i Hercegovinu vode, ne u proces integracija, već upravo obrnuto, u proces dezintegracija. Ipak, Ustav BiH, uz sve svoje mane i kontradiktornosti, sadrži pretpostavke za vođenje procesa integracija u pravom smjeru. Naravno, osnovni problem je efektivna primjena postojećih ustavnih rješenja i često iskrivljavanje značenja pojedinih principa u svjetlu postizanja političkih ciljeva.

Član I/2. Ustava BiH²⁶ utvrđuje kako slijedi:

"Demokratski principi

Bosna i Hercegovina će biti demokratska država, koja će funkcionirati na osnovu vladavine prava i slobodnih i demokratskih izbora²⁷."

Član I/4. Ustava BiH glasi:

"Kretanje dobara, usluga, kapitala i osoba

Postoji sloboda kretanja širom Bosne i Hercegovine. Bosna i Hercegovina i entiteti neće ometati punu slobodu kretanja, lica, roba, usluga i kapitala

²⁶ *Bosnia and Herzegovina, Essential texts.* - 2nd revised and updated ed. - OHR

²⁷ U ovom radu je korišten neformalni prevod Ustava BiH.

širom Bosne i Hercegovine. Nijedan entitet neće provoditi bilo kakvu kontrolu na granici između entiteta."

Navedene odredbe Ustava BiH predstavljaju suštinu ekonomskih interesa koji su vodili evropske države u pravcu stvaranja onoga što se danas zove Evropska unija. To su, u uvjetima koji su vladali nakon Drugog svjetskog rata, prvenstveno bili ekonomski interesi koji su bili izraženi kroz uspostavu tzv. *četiri slobode Evropske unije* - sloboda kretanja dobara, usluga, kapitala i osoba. Bez njihovog ugrađivanja u same temelje *evropske građevine* ne bi bilo ni Evropske unije. U svrhu zaštite ove četiri slobode (koje su bile osnov za zaključivanje svih osnivačkih ugovora), ustanoavljen je i Sud pravde koji je kroz svoje tumačenje, između ostalog i ovih sloboda, definirao njihovo značenje²⁸.

Ove *četiri slobode* su, kako smo to vidjeli, već ugrađene u temeljne principe ustavnog ustrojstva Bosne i Hercegovine. Njihovo značenje je, kako je već navedeno, definirano kroz sudske praksu Evropskog suda pravde koja se konstantno razvija i to najčešće u pravcu jačanja ovlasti Unije. Mada to tumačenje nije pravno obavezujuće za Bosnu i Hercegovinu, s obzirom da nije članica EU, sasvim je jasno da se one ne mogu tumačiti na drugačiji način ukoliko se želi postati članicom EU. Međutim, često se u Bosni i Hercegovini postavlja pitanje ispunjenja njenih međunarodnih obaveza, a u suštini osnovni problem predstavlja temeljno nepoštivanje sopstvenog Ustava, pa su zbog toga često u pravnom sistemu egzistirali entitetski zakoni koji su predstavljali flagrantno kršenje ustavnih obaveza kakav je bio i Zakon o akcizama RS i čitav niz sličnih zakona u FBiH i RS koji su regulirali način kretanja dobara, lica, kapitala i usluga. Poreski i carinski sistemi su bili i još uvijek su u dobroj mjeri potpuno odvojeni i funkcionišali neovisno jedan od drugog. Proces je išao u

²⁸ Vidjeti: Vukadinović, Radovan: *Pravo Evropske Unije*. - Megatrend. - Beograd, 2001. - str. 107 i dalje

potpuno suprotnom pravcu od procesa harmoniziranja entitetskih propisa i stvaranja zajedničkog tržišta, a da se ne pominje stvaranje jedinstvenog tržišta na teritoriji Bosne i Hercegovine²⁹.

Konačno, može se reći da Ustav BiH sadrži temeljne principe prava EU. Formalno pravno gledano, navedene ustavne odredbe predstavljaju dobre polazne osnove za uspješno vođenje procesa integriranja u EU, ali integracijske snage u Bosni i Hercegovini moraju snažno insistirati na ispunjenu ustavnih obaveza i koristiti sve ustavne mehanizme da bi svi odgovorni subjekti ispunili svoje ustavne obaveze. Zbog svega navedenog, od izuzetnog je značaja sagledati način na koji se pravo EU transformira u pravne sisteme država članica, a time dati i djelimičan *mutatis mutandis* odgovor na pitanje odnosa Ustava BiH i Evropske konvencije kao međunarodnog sporazuma.

²⁹ Odluka Ustavnog suda, broj U 68/02 od 25. juna 2004. godine

IV. PRINCIPI MEĐUNARODNOG PRAVA I PRAVO EU

U okviru razmatranja odnosa međunarodnog i unutrašnjeg prava, neodvojivo dio čine pojmovi i razlike između monističkih i dualističkih pravnih sistema, jer o njima, u velikoj mjeri, ovisi i utjecaj kojeg međunarodno pravo ima na razvoj ustavnih sistema u pojedinim državama. Način na koji se međunarodno pravo inkorporira u pravne poretke je najlakše objasniti na primjeru Evropske Unije, i u okviru tog primjera — odnos prava EU prema nacionalnim pravima država-članica. Prilikom razmatranja ovih tema, uvijek treba imati u vidu da je i Evropska konvencija, bez obzira na njenu poziciju u Ustavu BiH, i međunarodni ugovor ratificiran 12. jula 2002. godine, pa zbog toga i odgovori na koje su u ovom poglavljju data teorijska i praktična pozadina, čine ključni detalj u mozaiku argumenata o odnosu Ustava BiH i međunarodnog prava pa time i Evropske konvencije, odnosno o supremaciji međunarodnog prava nad ustavnim poretkom u Bosni i Hercegovini.

1. Opće napomene

Za evropske države, pojam *evropeizacije* prava je postao proces kojim pojedine države različitim metodama prihvataju pravo EU. Inače, evropsko pravo u užem smislu je pravo EU-a. Judikatura Evropskog suda pravde (u dalnjem tekstu: Sud pravde) postigla je adekvatna dostignuća u obliku temeljnih prava kao *opéih pravnih načela* po kojima evropsko prave postaje, analogno rimskom pravu, gotovo pretorijanskim pravom³⁰. Evropsko pravo u širem smislu je pravo Vijeća Evrope sa svojim dostignućima koja se očituju u sudskoj praksi Evropskog suda

³⁰ Häberle, Peter: *Ustavna država*. - Politička kultura. - Zagreb, 2002

za ljudska prava. Austrija i Švicarska idu pionirski ispred drugih članova Vijeća Evrope dajući Evropskoj konvenciji ustavni rang³¹. U Bosni i Hercegovini je Evropskoj konvenciji također dat ustavni rang, čak i prije nego što je Bosna i Hercegovina postala članicom Vijeća Evrope što je jedinstven slučaj u Evropi. Time je Evropska konvencija dobila jasnu ustavnu dimenziju i predstavlja temeljni stup na kojem počiva ustavno ustrojstvo Bosne i Hercegovine.

Radi boljeg razumijevanja procesa *evropeizacije* prava neophodno je analizirati temeljne karakteristike međunarodnog prava i pojedinih pravnih sistema u evropskim državama u svjetlu obaveze poštivanja preuzetih međunarodnih obaveza. Zašto je uopće bitno baviti se ovom problematikom? Odgovor na ovo pitanje nudi i odgovor na pitanje odgovornosti Bosne i Hercegovine u procesu provođenja međunarodnih obaveza i procesu integriranja Bosne i Hercegovine u međunarodne tokove za šta mogu postojati ustavne prepreke u pogledu funkcionalnosti države i sposobnosti da se izvršavaju preuzete međunarodne obaveze. Naravno, u okviru tog procesa, neophodno je ispunjenje velikog broja obaveza koje su često u koliziji sa trenutnom pravnom strukturom jedne države. Prihvatanje obaveza koje proističu iz međunarodnih ugovora su ključni momenat za jednu državu, jer na taj način ona prestaje biti entitet za sebe i postaje punopravnim članom mnogo šireg okruženja. Zbog svega ovoga jako važno je znati šta taj proces nosi sa sobom, odnosno kakve obaveze u pogledu primjene međunarodnih ugovora stoje pred Bosnom i Hercegovinom. Iako tema ovog rada nije proces približavanja Bosne i Hercegovine EU, nego odnos Ustava BiH i Evropske konvencije, treba imati na umu da je Evropska konvencija i za države-članice EU jedan od prvih općeprihvaćenih pravnih akata i da je upravo Evropska konvencija,

³¹ Bleckmann, A.: *Verfassungsrang der Europäischen Menschenrechtskonvention?*. - EuGRZ, 1994. str. 149 i dalje

odnosno Evropski sud za ljudska prava, testirao pravne mehanizme primjene jednog takvog akta³². Pored Evropskog suda za ljudska prava, Sud pravde je gradio svoje stavove na temelju međunarodnih ugovora, prihvaćenih od strane država-članica EU, a svi zajedno su gradili *evropsku građevinu* kojoj teži i Bosna i Hercegovina.

2. ODNOS MEĐUNARODNOG I UNUTRAŠNJE PRAVA

Međunarodno pravo je sistem pravila koja na pravni način uređuju odnose između subjekata toga prava. Međunarodno pravo je sistem pravnih pravila u smislu da se pretpostavlja da ono u svojoj ukupnosti nema praznina. Pravila pozitivnog međunarodnog prava koja proizlaze iz svih njegovih izvora, tj. iz svih ugovora na snazi, sva opća i posebna običajna pravila, primjenjiva opća načela prava te relevantni jednostrani akti država, mogu se obuhvatiti zajedničkim nazivom međunarodnog pravnog poretka, u najširem značenju te riječi³³.

Tvrđnje da međunarodno pravo nije pravo zato što njegova pravila nisu zaštićena efektivnom državnom sankcijom nisu tačne³⁴. Isto tako, neispravne su tvrdnje koje odriču pravni značaj međunarodnom pravu i stoga što se njegova pravila prečesto krše i što su u međunarodnim odnosima sila i odnos snaga navodno presudni elementi, a ne pravo.

Pravna pravila postoje samo tamo gdje je moguć izbor ljudskog ponašanja i gdje je neophodno ta ponašanja regulirati na način da se neka od

³² Vidjeti opširnije: Van Dijk, P.; G.J.H. van Hoof u saradnji sa A.W. Hering; J.G.C. Schokkenbroek; B.P. Vermuelen; M.L.V.M. Viering; L.F. Zwaak: *Teorija i praksa Evropske konvencije o ljudskim pravima*. - Kluwer Law International. - 1998. - str. 16–20.

³³ Degan, V. Đ.: *Međunarodno pravo*. - Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 2000

³⁴ Austin, John: *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*. - 5th ed. - London, 1885. - p. 173, 183

njih dopuste, zabrane, ili ograniče. Stoga je svako od pravnih pravila fizički moguće prekršiti. Većina pravila domaćeg i međunarodnog prava se krši, jer ih je pravnom zabranom i sankcijom nemoguće sasvim spriječiti. Zbog toga je pitanje efektivnosti pravnog poretka u nekoj državi, ili međunarodnog pravnog sistema, u smislu potpune prevencije nedopuštenih djela — sasvim relativno. U normalnim stanjima svi su ti poreci efektivniji nego u razdobljima pobuna, revolucija, građanskih ratova i međunarodnih sukoba.

Ipak, međunarodno pravo se razlikuje od domaćeg prava pojedinih država. Subjekti domaćeg prava su čovjek pojedinac i pravna lica, a glavni subjekti međunarodnog prava su neovisne države i međunarodne organizacije³⁵. Glavni izvori unutrašnjeg prava su ustav, zakoni i podzakonski akti koje donosi centralna državna vlast, a izvori međunarodnog prava su ugovori, običaj, opća pravna načela i neki jednostrani akti država. Domaće (unutrašnje) pravo je pretežno pravo subordinacije, jer su njegovi subjekti potčinjeni tome pravu koje propisuje državna vlast. Međunarodno pravo je pravo koordinacije, jer se ono stvara, mijenja, dokida i primjenjuje u odnosima jednakih država i drugih subjekata koji su mu u načelu potčinjeni slobodnom voljom. Neovisne su države u međunarodnom pravnom poretku u dvostrukoj ulozi nosilaca prava i obaveza, te stvaralača međunarodnog prava³⁶.

Pitanje odnosa međunarodnog i unutrašnjeg prava je veoma važno za svakoga pravnika koji radi u zakonodavnim, izvršnim i sudskim tijelima države ili se bavi advokaturom. Nauka, ali ni pravni sistemi u pojedinim državama u njihovom razvoju ne dovode u tom pogledu do sasvim jednakih rješenja.

³⁵ U nekim slučajevima i pojedinci imaju međunarodopravni subjektivitet kao i izbjeglice i ratni zločinci.

³⁶ Degan, V.D.: *Međunarodno pravo*. - Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci. - 2000

U slučajevima zaključivanja međunarodnih ugovora, prava država ugovornica inkorporiraju se prema pravilima međunarodnog prava. Međunarodno pravo, međutim, nije razvilo sopstvena ili univerzalna pravila o načinu unošenja sopstvenih normi u pravne poretke. Normama međunarodnog prava jedino je nametnuta obaveza državama da obezbijede njihovo poštovanje na sopstvenoj teritoriji. Dosadašnja praksa pokazuje da su pri tome korištena u osnovi dva metoda: metod transformacije i metod adopcije. Izbor jednog ili drugog metoda direktno je uvjetovan prihvatanjem dualističkog ili monističkog shvatanja međunarodnog prava³⁷.

3. Dualističko shvatanje

Prema dualističkom shvatanju međunarodno i unutrašnje pravo su dva odvojena, ali ravnopravna i međusobno neovisna pravna poretka. Ukoliko se u nekoj državi usvoji zakon koji je suprotan njenoj međudržavnoj obavezi, njeni sudovi i drugi unutrašnji organi primjenjivat će samo zakon. Ali to, po tome shvatanju, ne isključuje međunarodnu odgovornost te države kao subjekta međunarodnog prava zbog kršenja njene međunarodne obaveze³⁸.

Zbog toga se, prema tome shvatanju, međunarodna pravila moraju prethodno transformirati u zakone države. To bi značilo da će svaki novi suprotan zakon derogirati tako transformirane obaveze te države iz ugovora koji je na snazi. Ali, u pogledu međunarodnih ugovora, većina pristaša dualizma danas dopušta ustupak. Oni smatraju da transformacija nije neophodna, nego je dovoljno da pravilo iz ugovora bude *prihvaćeno* (teorija adopcije). Zato je kod ugovora dovoljno da oni budu sklopljeni

³⁷ ibid.

³⁸ ibid.

(ili ratificirani), a nije potrebno da budu pretvoreni u zakon pa da tek onda mogu derogirati zakon.

4. Monističko shvatanje

Prema monističkom shvatanju, međunarodno i unutrašnje pravo su dijelovi jedinstvenog pravnog poretka koji pruža i načela o rješavanju sukoba između propisa unutrašnjeg prava neke države i međunarodnog prava. Propisi međunarodnog prava utiču na propise unutrašnjeg, i obrnuto. Iz toga shvatanja proizilazi da bi sudije u nekoj državi, kada primjenjuju unutrašnje propise, morali neprestano imati na umu da njihove odluke ne budu u suprotnosti sa međunarodnim obavezama njihove zemlje, pogotovo ne s onima iz ugovora³⁹.

Treba zanemariti gledište o primatu unutrašnjeg prava nad međunarodnim, jer kao što je i čovjek društveno biće i ne može živjeti izvan zajednice, tako ni jedna država ne može opstati bez različitih odnosa sa drugim državama u susjedstvu, ali i šire u svijetu. Najbolji primjer predstavljaju nove države kojima je prva briga da, nakon proglašenja njihove neovisnosti, steknu međunarodno priznanje od drugih država, te da čim prije postanu punopravnim članicama UN i regionalnih organizacija područja kojem pripadaju kao što je Evropska unija. I mada pojedinac nije direktni subjekt međunarodnog prava, u sve široj primjeni zaštite kulturnih, građanskih, socijalnih i posebno ljudskih prava, on je centralni subjekt zbog kojeg te norme i postoje. Standardi te zaštite propisani su međunarodnim konvencijama i oni snažno prodiru u unutrašnje pravo država. Sudovi i drugi državni organi ne mogu te standarde ignorisati, naročito ako je država koja je u pitanju strana-ugovornica tih konvencija.

³⁹ ibid.

5. Inkorporacija međunarodnog prava na primjeru prava EU

Bez obzira na određena neslaganja koja postoje u pravnoj teoriji u pogledu pravne prirode, nema sumnje da osnivački ugovori EU po načinu nastanka predstavljaju pristupanja Uniji⁴⁰. Otuda se u unutrašnja prava država članica unose prema pravilima međunarodnog prava.

Međunarodno pravo, međutim, nije razvilo sopstvena ili univerzalna pravila o načinu unošenja sopstvenih normi u nacionalne pravne poretke⁴¹ nego je normama međunarodnog prava nametnuta obaveza državama da obezbijede njegovo poštivanje na sopstvenoj teritoriji. Zainteresovanim državama ostavljena je sloboda izbora najpogodnijih metoda unošenja međunarodnih ugovora u unutrašnje pravo. Dosadašnja praksa pokazuje da su kod unošenja međunarodnih ugovora korištena u osnovi dva metoda: metod transformacije i metod adopcije. Izbor jednog ili drugog metoda direktno je uvjetovan prihvaćenom dualističkom ili monističkom koncepcijom o odnosu međunarodnog i unutrašnjeg prava⁴². U tom smislu uvođenje komunitarnog prava preko Osnivačkih ugovora u unutrašnja prava predstavlja preduvjet za njihovo priznavanje kao važećeg ili pozitivnog prava, kao i za priznavanje direktnog dejstva. Ono što, međutim, suštinski razlikuje ove metode su pomenuti akti i radnje koje preduzimaju države⁴³.

⁴⁰ Hirschler; Cimerman: *Westeuropäische Integrationsverdände – Recht*. - Moskva, 1987. Navode, pozivajući se na član 5. *Becke konvencije o pravu međunarodnih ugovora*, da osnivački ugovori predstavljaju mnogostrane međunarodne ugovore.

Tunkin: *Teorija međunarodnog prava*. - Moskva, 1970. - str. 362, 366. Smatra da su u pitanju međunarodni ugovori *sui generis*, na koje se ipak primjenjuju osnovna načela međunarodnog ugovornog prava.

⁴¹ Winter: *Direct Applicability and Direct Effect – Two Dinstinct and Different Concepts in Community Law*. - 9 CMLRev. (1972) 425. - p. 426

⁴² Schermers; Wealbroeck: *Judicial Protection in the Europan Communities*. - Kluwer, 1992. - p. 104. - t. 202.

⁴³ Vukadinović, Radovan: *Pravo Evropske Unije*. - Megatrend. - Beograd, 2001

6. Metod transformacije

Metod transformacije karakteriše dualističko shvatanje međunarodnog prava, što znači da međunarodno pravo ne obavezuje države po samoj svojoj prirodi, niti čini dio njihovih unutrašnjih sistema. Prema tom metodu, da bi međunarodno pravo bilo uvedeno u unutrašnje pravo, potrebno ga je transformisati, tj. donijeti poseban akt kojim država izjavljuje da odobrava njegovu primjenu na svojoj teritoriji. Najčešće to čine parlamenti u skladu sa ustavnom procedurom. Primjenom ove metode, parlamenti izražavaju slobodno svoju volju, i time su u prilici da očuvaju državni suverenitet. Ugovori zaključeni na takav način ne postaju automatski dio unutrašnjeg prava pa se vlade mogu obavezati jedino da će preduzeti sve mjere da tako zaključeni ugovori budu ratificirani od strane domaćih predstavničkih organa i da tek nakon toga dobiju snagu prava na unutrašnjoj teritoriji.

Metod transformacije u ovom obliku ne koristi nijedna od država članica, iako su tipični predstavnici dualističkog shvatanja Velika Britanija, Danska i Irska. Nešto blažu varijantu ovog metoda koriste Italija i Njemačka. Vlade te dvije države ne mogu pristupiti međunarodnim ugovorima dok ne obezbijede odobrenje svojih parlamenta, a parlamenti mogu samo u potpunosti odobriti ili odbiti, ali ne i mijenjati međunarodni sporazum. U Njemačkoj se to odobrenje daje u formi zakona kojim se međunarodno pravo automatski inkorporira u unutrašnji pravni poredak. U konkretnoj primjeni ovakvog metoda inkorporacije, posebno u Italiji i Njemačkoj, sudovi su bili suočeni sa određenim problemima, koji su došli do izražaja i prilikom primjene komunitarnog prava. Pošto međunarodni sporazumi imaju istu pravnu snagu kao i unutrašnji zakoni, ustavni sudovi ovih država su bili pozvani da ocijene njihovu ustavnost i zakonitost⁴⁴. Zbog

⁴⁴ Schermers, V. - op. cit. - p. 209. - koji se u napomeni 498 poziva na Rupp: *Judicial Review of International Agreements: Federal Republic of Germany*. - 25 AJCL (1977). - p. 286–302

toga je Njemačka, tek nakon pozitivne ocjene Saveznog ustavnog suda (vidi odluku u predmetu: *Manfred Brunner and Others v. The European Union Treaty*, 2 BvR 2134/92 i 2159/92, objavljenu u 1994. godini), posljednja ratificirala Ugovor o osnivanju Evropske unije⁴⁵.

Primjena ovog metoda u praksi pokazuje nekoliko nedostataka. To je, pored sporosti procesa i opasnosti da se originalni tekst sporazuma ne izmijeni, posebno i činjenica da transformacijom međunarodno pravo postaje dio nacionalnog prava pa time i podložno utjecaju zakonodavne vlasti pa time i *de facto* izmjeni njegovog značenja, a što ne bi dovelo do povrede obaveze iz međunarodnog ugovora, jer je on postao dio domaćeg pravnog sistema. Praktične posljedice prihvatanja ove teorije su u tome što međunarodno pravo, nakon unošenja u unutrašnje pravo države članice, gubi elemente međunarodnog i čini dio unutrašnjeg prava. To podrazumijeva da će se na njegovu primjenu i tumačenje primjenjivati pravila unutrašnjeg prava⁴⁶.

7. Metod adopcije

Prema monističkom shvatanju pravo se tretira kao univerzalna jedinstvena pojava čije sastavne dijelove čine međunarodno i unutrašnje pravo. U ustavima država koje prihvataju ovakvo shvatanje (Francuska, Belgija, Holandija, Luksemburg, Grčka, Španija, Portugal) određena je obaveza domaćih sudova da neposredno primjenjuju međunarodno pravo. Pošto međunarodno pravo obavezuje samo po sebi to nije potrebna bilo kakva mjera transformacije. Međutim, to ne znači da se pravilima međunarodnog prava *ipso facto* priznaje i superiornost nad konfliktnim pravilima unutrašnjeg prava⁴⁷. Ovo pitanje se u načelu ne rješava prema pravilu

⁴⁵ Vidjeti Presudu Saveznog ustavnog suda u predmetu *Manfred Brunner and Others v. The European Union Treaty*, (2BvR 2134/92 & 2159/92) objavljenu u 1 CMRL (1994) 57

⁴⁶ Lasok; Bridge: *Law & Institutions of the European Communities*. - London, 1987. - p. 290

⁴⁷ Schermers. - op. cit. - str. 108. - t. 210

lex posterior derogat lex priori, već prema obrnutom pravilu. Ipak, u slučajevima kad je konfliktni propis unutrašnjeg prava donijet kasnije, odstupa se od navedenog pravila i superiornost međunarodnog prava se izvodi iz njegove prirode⁴⁸.

Kada se primjenjuje metod adopcije, pitanje načina unošenja komunitarnih pravila u unutrašnja prava država članica se praktično ne postavlja. Inkorporiranjem Ugovora o osnivanju u unutrašnje pravne sisteme države članice su se obvezale na njegovo poštivanje i sproveđenje. Kako je odredbama Ugovora o osnivanju ustanovljena direktna primjena pravila, to je njihova važnost automatski obezbijedena bez bilo kakvih dodatnih akata država članica.

8. Odnos komunitarnog prava prema nacionalnom pravu na primjeru EU

Odnos komunitarnog prava prema nacionalnim pravima država članica određen je načelom superiornosti i autonomije komunitarnog prava. U jurisprudenciji Suda pravde i pravnoj teoriji ova načela su različito objašnjavana⁴⁹. Nakon što je komunitarno pravo unijeto u unutrašnje pravne poretku država članica postavlja se pitanje njegovog hijerarhijskog odnosa prema normama nacionalnog prava.

Neposredno nakon stupanja na snagu Ugovora o osnivanju Evropske ekonomske zajednice, u jednom od prvih slučajeva⁵⁰ Sud pravde je bio pozvan da u formi odluke o prethodnom pitanju odredi odnos komunitarnog prava sadržanog u Ugovoru o osnivanju Evropske zajednice za ugalj i čelik prema nacionalnom pravu. U tom slučaju Sud pravde je obavezaо

⁴⁸ Vukadinović, Radovan: *Pravo Evropske Unije*. - Megatrend. - Beograd, 2001

⁴⁹ Primjeri sudskih odluka su navedeni u tekstu i fusnotama ovog poglavlja.

⁵⁰ Slučaj *Humblet protiv Belgije* (1960) ECR, 559

Belgiju da ukine unutrašnje mjere nametnute zakonom o porezima iz 1948. godine, koje su bile u suprotnosti sa komunitarnim pravom. Svoju odluku Sud pravde je zasnovao na uobičajenom monističkom shvatanju međunarodnog prava⁵¹. U obrazloženju odluke Sud pravde je, između ostalog, istakao da: "Ova obaveza očigledno proizilazi iz Ugovora o osnivanju Evropske zajednice za ugalj i čelik i Protokola o privilegijama i imunitetima koji imaju snagu prava u državama članicama nakon njihove ratifikacije i kao takvi imaju prioritet nad nacionalnim pravom⁵²". Ovakvo monističko shvatanje komunitarnog pravnog sistema prihvaćeno je i u dijelu pravne teorije.

U slučaju *Costa protiv ENEL*⁵³, Sud pravde je zauzeo stav da je: „Prioritet komunitarnog prava potvrđen odredbama člana 189 Ugovora o osnivanju, određivanjem da su pravila obavezujuća i direktno primjenjiva u svim državama članicama. Ova odredba, koja ničim nije uslovljena, bi ostala bez značenja ako bi država mogla jednostrano poništiti njen dejstvo putem legislativnih mjerama kojima bi se priznala superiornost nad komunitarnim pravom“. Stoga bi: "Unošenje odredbi komunitarnog prava u zakonodavstvo svake države članice i, uopćenije, uslova i duha Ugovora, bilo nemoguće ako bi se to činilo jednostranim i kasnjim mjerama država članica na bazi reciprociteta. Takve mjeru ne mogu biti u suprotnosti sa komunitarnim pravnim sistemom. Sprovođenje komunitarnog prava ne može biti različito od države do države zavisno od domaćeg prava, a da se time ne dovede u pitanje ostvarenje ciljeva Ugovora postavljenih u članu 5(2), i ne stvore razlike koje su zabranjene članom 7." (vidi *mutatis mutandis* odluku u predmetu *Flaminio Costa protiv ENEL*). Iz navedenoga se može izvući zaključak da pravo, koje potiče iz ugovora o osnivanju, kao nezavisni izvor prava, ne bi moglo biti,

⁵¹ Parry and Hardy: *EEC Law*. - London, 1981. - p. 87. - t. 7-02

⁵² (1960) ECR. - p. 569. - navedeno prema Parry and Hardy. - op. cit. - p. 87. - t. 7-02

⁵³ Slučaj 6/64. - *Flaminio Costa v. ENEL* (1964) ECR, 585

zbog svoje specifične i originalne prirode, potisnuto nacionalnim pravom, a da se pri tom ne ugrozi njegov karakter⁵⁴.

U svojim kasnijim odlukama Sud pravde je dosljedno primjenjivao shvatanje o autonomiji i *sui generis* prirodi komunitarnog prava. U odluci u slučaju *Molkere*⁵⁵, Sud pravde je naveo da je komunitarno pravo "potpuno nezavisno od zakonodavnih akata država članica". Slično stavu Suda pravde, nacionalni sudovi su prihvatali autonomiju komunitarnog prava. Njemački Savezni ustavni sud je u odluci Bundesverfassungsgericht, od 29. maja 1974. godine, priznao komunitarnom pravu poseban status, navodeći da ono ne čini "ni dio nacionalnog pravnog sistema, ni međunarodnog prava, već formira nezavisan sistem prava koji proističe iz autonomnog pravnog izvora"⁵⁶.

U praksi se pokazalo da u onim državama koje su prihvatile monističku koncepciju ne nastaju problemi kod direktnе primjene komunitarnog prava, jer se sva pravila međunarodnog prava uvode u domaći pravni poređak bez bilo kakvih nacionalnih mjera. U odnosu na unutrašnja prava i eventualni sukob zakona, komunitarnom pravu se priznaje superiornost.

U Francuskoj je *Council d'Etat*, kao vrhovni upravni sud, povremeno odbijao da prizna superiornost komunitarnog prava nad kasnije donijetim normama unutrašnjeg prava. Njemački vrhovni finansijski sud *Bundesfinanzhof*⁵⁷ je, također, pokušao osporiti primat komunitarnom nad unutrašnjim pravom. Ovakvo postupanje francuskog *Council d' Etat* je trajao do 1989. godine kada je, nakon što je Ustavni savjet Francuske svoju odluku o zakonitosti izbora članova nacionalne skupine donio na

⁵⁴ Vukadinović, Radovan: *Pravo Evropske Unije*. - Megatrend. - Beograd, 2001

⁵⁵ Slučaj 28/67. - *Molkerei-Zentrale Westfalen-Lippe GmbH v. Hauptzollamt Paderborn*, (1968) ECR, 143

⁵⁶ Odluka Bundesverfassungsgericht, od 29. maja 1974. godine. - 2 CMRI 549

⁵⁷ *Publications of the P.C.I.J.* - Series B. - No. 15. - p. 17

osnovu poređenja spornih odredbi sa Evropskom konvencijom o ljudskim pravima i osnovnim slobodama, *Council d' Etat* napustio ovakav stav⁵⁸. Za razliku od *Council d' Etat*, francuski Kasacioni sud je već 1975. godine u vodećem slučaju *Cafes Jacques Vabre*⁵⁹, komunitarnom pravu priznao superiornost nad unutrašnjim pravom, pozivajući se na odredbe člana 55. Francuskog Ustava. U svojoj odluci Kasacioni sud je naveo da je Ugovorom o osnivanju "...stvoren poseban pravni sistem integriran u pravne sisteme država članica. Zbog svoje posebne prirode, tako stvorena pravila su direktno primjenjiva na državljanе u državama članicama i obavezuju nacionalne sudove da ih primjenjuju."

Druge države članice, odnosno njihovi sudovi, koje su prihvatale dualističku koncepciju su direktnu primjenu komunitarnog prava bazirali na ustavnim odredbama o ratifikaciji Ugovora o osnivanju. Njemački Savezni Ustavni sud je to u slučaju *Lütticke* obrazložio na sljedeći način: "Samom ratifikacijom Ugovora o osnivanju, u skladu sa članom 24. stav 1. Ustava, nezavisni pravni poredak Zajednice postao je dio domaćeg pravnog poretka čije dejstvo i primjenu u domaćem pravu moraju obezbijediti njemački sudovi⁶⁰". Prema načelu direktnog dejstva, nacionalni sudovi su dužni da neposredno primjenjuju odredbe komunitarnog prava kojima je priznato ovakvo dejstvo, tako da se sva pitanja koja su regulisana ovakvim odredbama moraju rješavati u skladu sa, u njima, predviđenim rješenjima. To praktično znači da su u takvim slučajevima unutrašnji propisi isključeni iz primjene, čime je na faktički način riješeno i pitanje hijerarhije⁶¹.

⁵⁸ Odluka *Council d'Etat*, No. 88-1082/1117, od 21. 10. 1989. godine. U pitanju je odluka *Council d' Etat* povodom odluke Ustavnog savjeta Francuske da ocijeni ustavnost nacionalnog zakona broj 88-825 iz 1986. godine o postupku glasanja na nacionalnim izborima.

⁵⁹ *Cafes Jacques Vabre* Presuda od 24. maja 1975. godine. U pitanju je bio pokušaj francuskih vlasti da na ekstrakt kafe uvezene iz Holandije naplate veće dažbine nego na uvoz zelene kafe.

⁶⁰ *German Lütticke Case*, Bundesverfassungsgericht. - 9 June 1971. - AWD 1971, p. 418–420.

⁶¹ Vukadinović, Radovan: *Stvaranje i ostvarivanje komunitarnih prava u Evropskoj uniji*. - Beograd, 1998. - str. 114–116.

9. Pojam direktne primjene

Pod direktnom primjenom podrazumijeva se podesnost pravnih normi komunitarnog prava da budu neposredno ili direktno primijenjene od strane nacionalnih sudova, a posebno i od Suda pravde, bez donošenja naknadnih legislativnih ili upravnih akata. Pri tome je državnim organima zabranjeno da na bilo koji način spriječe primjenu ili da unošenjem u nacionalno pravo *maskiraju* njihovo komunitarno porijeklo. Sud pravde je direktnu primjenu definisao kao potpunu i jednoobraznu primjenu propisa komunitarnog prava u svim državama članicama od momenta stupanja na snagu pa sve dok su na snazi⁶². Takve odredbe predstavljaju direktan izvor prava i obaveza za sve adresate-subjekte komunitarnog prava, bez obzira da li su u pitanju države članice ili pojedinci. U teorijskom smislu, direktna primjena Ugovora o osnivanju i komunitarnog prava uopće je izvedena iz monističke koncepcije međunarodnog prava i samoizvršive prirode pojedinih međunarodnih ugovora ili odredbi Ugovora o osnivanju⁶³.

10. Pojam direktnog dejstva

Pod neposrednim ili direktnim dejstvom komunitarnog prava podrazumijeva se sposobnost i podesnost odredbi komunitarnog prava da neposredno stvaraju prava i nameću obaveze na koje se mogu pozvati pojedinci bez intervencije upravnih ili sudskeih organa. Takvim odredbama nacionalni sudovi, a u postupku odlučivanja o prethodnim pitanjima i Sud pravde, su dužni da pruže potrebnu zaštitu⁶⁴. Pojam direktnog dejstva nije pomenut u Osnivačkim ugovorima, već je izведен iz jurisprudencije Suda pravde.

⁶² Slučaj 106/77, *Amministrazione delle Finanze dello Stato v. Simmenthal S.p.A.* (1978) ECR, 629

⁶³ Barents: *The preliminary procedure and the rule of law in the European Union*, u: Jansen et al. (Eds.), *European Ambitions of the National Judiciary*. - Deventer, 1997. - p. 67.

⁶⁴ Dashwood: *The Principle of Direct Effect in European Community Law*. - 16 JCM Stud. (1977). - p. 229–246; Pescatore: *The Doctrine of "Direct Effect": An Infant Disease of Community Law*, 8 ELRev. (1983). - p. 155–177

Sud pravde je postepeno izgrađivao opće kriterije za ispitivanje podobnosti konkretnih normi da proizvode direktno dejstvo. U početku je ovo svojstvo priznavano samo onim odredbama koje su ispunjavale dva uvjeta. Prvo, takve odredbe su sa stanovišta nacionalnih sudova morale biti pravno valjane kao dijelovi unutrašnjeg prava. Drugo, odredbe su morale biti tako formulirane da daju prava pojedincima.

Sud pravde je u slučaju *Reyners v. Belgian State*⁶⁵, potrebne uvjete sintetizovao na sljedeći način:

- *odredba u pitanju mora biti dovoljno jasna i precizna za sudsку primjenu;*
- *odredba mora utvrđivati neuvjetovanu obavezu; i*
- *odredba mora biti potpuna i pravno perfektna, a njeno ispunjenje ne smije zavisiti od*
- *kasnijih mjera Zajednice ili država članica.*

U teoriji su ovi kriteriji nešto detaljnije formulirani, pa se ističe da se odredbama komunitarnog prava kojima su nametnute obaveze državama članicama može priznati direktno dejstvo, kao pravo pojedinaca da se na njih pozivaju pred nacionalnim sudovima, ako je ispunjeno sljedećih pet uvjeta⁶⁶:

- *odredba mora sadržavati jasnou obavezu države članice;*
- *sadržina odredbe mora biti takva da može stvoriti direktno djelovanje;*
- *nikakvi daljnji akti od strane organa Zajednice ili država članica se ne smiju tražiti za ostvarivanje takvog cilja;*
- *odredba ili ne smije biti uvjetovana, ili uvjeti moraju biti ispunjeni; i*
- *države članice ne smiju imati diskreciona prava za ispunjavanje obaveza*⁶⁷.

⁶⁵ Slučaj 2/74, (1974) ECR 631, mišljenje općeg pravobranjoca Mayrasa

⁶⁶ Kapteyn; V. Van Themaat: *Introduction to the law of the European Communities after the coming into force the Single European Act.* - Kluwer, 1989. - p. 333

⁶⁷ Vukadinović, Radovan: *Pravo Evropske Unije.* - Beograd, 2001

V. BOSNA I HERCEGOVINA – DUALIZAM ILI MONIZAM?

Da li je u Bosni i Hercegovini preovlađujući dualistički ili monistički pravni sistem? Odgovor na ovo pitanje nudi i indirekstan odgovor na pitanje odnosa Ustava BiH i Evropske konvencije kao međunarodnog sporazuma ratificiranog od Bosne i Hercegovine.

Pitanje koje se postavlja jeste pitanje pravnog sistema koji je vladajući u Bosni i Hercegovini u pogledu načina prihvatanja obaveza koje proizilaze iz međunarodnih ugovora. Kako je ranije navedeno, odgovor na ovo pitanje nalazi se u ustavu svake države u kojoj on postoji. U tu svrhu potrebno je analizirati pojedine odredbe Ustava BiH koje razmatraju pitanje zaključivanja međunarodnih ugovora ili način stupanja na snagu obaveza iz međunarodnih ugovora, tj. efekata ratificiranih međunarodnih ugovora na unutrašnje pravo Bosne i Hercegovine.

Ustavne odredbe koje su relevantne za pružanje odgovora na ovo pitanje glase kako slijedi:

"Član II

...

6. Implementacija

Bosna i Hercegovina, i svi sudovi, ustanove, organi vlasti, te organi kojima posredno rukovode entiteti ili koji djeluju unutar entiteta podvrgnuti su, odnosno primjenjuju ljudska prava i osnovne slobode na koje je ukazano u stavu 2.

7. Međunarodni sporazumi

Bosna i Hercegovina će ostati ili postati strana ugovornica međunarodnih sporazuma pobrojanih u Aneksu I ovog Ustava.

8. Saradnja

Svi nadležni organi vlasti u Bosni i Hercegovini će sarađivati sa, i obezbijediti neograničen pristup: svim međunarodnim posmatračkim mehanizmima ljudskih prava koji se uspostave za Bosnu i Hercegovinu; nadzornim tijelima koja se uspostave bilo kojim međunarodnim sporazumom navedenim u Aneksu I ovog Ustava; Međunarodnom tribunalu za bivšu Jugoslaviju (a naročito će se pridržavati naredbi koje su izdate po članu 29. Statuta Tribunal-a); i bilo kojoj drugoj organizaciji ovlaštenoj od strane Vijeća sigurnosti Ujedinjenih naroda sa mandatom koji se tiče ljudskih prava ili humanitarnog prava.

Član III. Nadležnosti i odnosi između institucija Bosne i Hercegovine i entiteta

...

2. Nadležnosti entiteta

b) Svaki entitet će pružiti svu potrebnu pomoć vladu Bosne i Hercegovine kako bi joj se omogućilo da ispoštuje međunarodne obaveze Bosne i Hercegovine...

(c) Entiteti će ispuniti sve uslove za pravnu sigurnost i zaštitu lica pod svojom jurisdikcijom održavanjem civilnih ustanova za primjenu pravnih propisa, koje će funkcionalisati u skladu sa međunarodno priznatim standardima uz poštovanje međunarodno priznatih ljudskih prava i osnovnih sloboda, iz člana II ovog Ustava, i poduzimanjem ostalih odgovarajućih mjera.

...

3. Pravni poredak i nadležnosti institucija

...

(b) ... Opšta načela međunarodnog prava su sastavni dio pravnog poretka Bosne i Hercegovine i entiteta⁶⁸."

Već je ranije navedeno da je Ustav BiH proizvod anglo-saksonske pravne škole što predstavlja, uz sve njegove nedostatke, izvjestan kvalitet u odnosu na ustave koji su proizvod *kontinentalne* pravne škole. Naravno, da bi se ovakva tvrdnja dosljedno argumentirala, potrebno je napraviti dodatna istraživanja i ponuditi valjane argumente. Ipak, posmatrajući strukturu Ustava BiH, uočljivo je da, iz navedenih odredbi proizilazi da je Ustav BiH stavio poseban akcenat na poštivanje ljudskih prava i drugih obaveza koje proističu iz poštivanja međunarodnog prava — poštivanjem *općih načela međunarodnog prava* koja, prema Ustavu BiH, čine sastavni dio pravnog poretka Bosne i Hercegovine. Da je u Bosni i Hercegovini zastupljen dualistički pravni poredak, onda bi, kako je to ranije detaljno objašnjeno, neki međunarodni sporazum, u formi zakona bio transformiran u domaći pravni poredak i time bi prestao da bude dio *međunarodnog prava* koje je *sastavni dio pravnog poretka Bosne i Hercegovine i entiteta*.

Ustavotvorac, ma ko on bio u konkretnom slučaju, vjerovatno je želio da postigne automatizam u primjeni međunarodnih sporazuma, ratificiranih od strane Bosne i Hercegovine, možda i zbog komplikiranosti sistema za odlučivanje uz zakonodavnim tijelima, a posebno u Parlamentarnoj skupštini Bosne i Hercegovine zbog različitih, gotovo uvijek suprotstavljenih interesa. Neupitno je da formulacija iz člana III/3.b) Ustava BiH utvrđuje da su opća načela međunarodnog prava dio pravnog poretka u Bosni i Hercegovini i kada se ne radi o nekom konkretnom međunarodnom ugovoru već da ona postoji sama za sebe i čine ključni dio pravnog sistema u Bosni i Hercegovini. Konsekventno tome, tumačenje pravnih

⁶⁸ *Bosnia and Herzegovina, Essential texts.* - 2nd revised and updated ed. - OHR. - neformalni prevod

normi koje čine cjelovitost pravnog poretka u Bosni i Hercegovini, a u šta sasvim izvjesno spada i ustavni poredak, se ne mogu posmatrati odvojeno od općih pravila međunarodnog prava. Član VI/3. c) Ustava BiH⁶⁹, kojim se utvrđuje jedna od nadležnosti Ustavnog suda, glasi:

"Ustavni sud je nadležan u pitanjima koja mu je proslijedio bilo koji sud u Bosni i Hercegovini u pogledu toga da li je zakon, o čijem važenju njegova odluka ovisi, kompatibilan sa ovim Ustavom, sa Evropskom konvencijom o ljudskim pravima i osnovnim slobodama i njenim protokolima, ili sa zakonima Bosne i Hercegovine; ili u pogledu postojanja ili domaćaja nekog općeg pravila međunarodnog javnog prava koje je bitno za odluku suda."

Navedena odredba se sastoji iz dva dijela – prvi se odnosi na klasični pojam ocjene *ustavnosti zakona* i samo u ovoj odredbi se daje mogućnost ocjene zakonitosti od strane Ustavnog suda. Drugi dio odredbe razmatranje Ustavnog suda ne veže za konkretnu zakonsku odredbu, odnosno zakon kao cjelinu, nego uvodi nadležnost da Ustavni sud ispita "postojanje ili domaćaj nekog općeg pravila međunarodnog prava koje je bitno za odluku suda", ne vezujući odluku Ustavnog suda za konkretni zakon ili pojedinu njegovu odredbu. Primjenom jezičkog tumačenja, to bi značilo da bilo koja odredba koja je na snazi u pravnom poretku Bosne i Hercegovine (uključujući i ustavne odredbe kao dio cjeline pravnog poretka jedne države), može biti podvrgнутa procjeni o usklađenosti sa temeljnih principima međunarodnog prava.

Kao dodatni argument se može navesti i često zloubotrebljavani član III/5.a) Ustava BiH⁷⁰ koji glasi:

⁶⁹ *Bosnia and Herzegovina, Essential texts.* - 2nd revised and updated ed. - OHR

⁷⁰ ibid.

"5. Dodatne nadležnosti

(a) Bosna i Hercegovina će preuzeti nadležnosti u onim stvarima u kojima se o tome postigne saglasnost entiteta; stvarima koje su predviđene u Aneksima 5–8 Opšteg okvirnog sporazuma; ili koje su potrebne za očuvanje suvereniteta, teritorijalnog integriteta, političke nezavisnosti i međunarodnog subjektiviteta Bosne i Hercegovine, u skladu sa podjelom nadležnosti među institucijama Bosne i Hercegovine. Dodatne institucije mogu biti uspostavljene prema potrebi za vršenje ovih nadležnosti."

Iako se u dnevno-političke svrhe ova odredba koristi isključivo u cilju jačanja pozicije entiteta sa jednostranim tumačenjem u smislu da je za bilo koji transfer ovlasti sa entiteta na državu neophodno pribavljanje saglasnosti entiteta, zanemaruje se pravi smisao navedene odredbe. Zapravo, cijela postavka argumenata je pogrešno postavljena, jer se polazi od pozicije kao da su entiteti *udijelili* ovlasti državi pa sa istim argumentima se entiteti smatraju i titularima prava nad dobrima nad kojima imaju posjed. Ustvari, država je, tumačeći pravi smisao ovog člana, u specifičnim društvenim okolnostima, prenijela široke ovlasti na teritorijalne jedinice – entitete, ali je pri tome zadržala pravo da "preuzme nadležnosti u onim stvarima ... koje su potrebne za očuvanje suvereniteta, teritorijalnog integriteta, političke nezavisnosti i međunarodnog subjektiviteta Bosne i Hercegovine...".

Ukoliko bi se ova odredba povezala sa drugim ustavnim obavezama, kao npr. *uspostavom demokratskog društva, vladavinom prava*, poštivanjem ljudskih prava i prihvatanjem tzv. *četiri slobode EU*, kao temeljnih stupova ustavnog sistema Bosne i Hercegovine, jasno se nameće zaključak da smisao člana III/5.a) daje Bosni i Hercegovini mogućnost da "vrati" neke od nadležnosti koje je predala entitetima u cilju npr. *očuvanja međunarodnog subjektiviteta Bosne i Hercegovine*, jer neispunjeno

međunarodnih obaveza neizbjegno vodi u međunarodnu izolaciju i, kroz nepriznavanje institucija takve države, u nestanak tog subjektiviteta.

Šta nam ovo govori o zastupljenosti monističkog ili dualističkog pravnog sistema u Bosni i Hercegovini? U Ustavu BiH nema nijedne riječi o *pretvaranju* međunarodnih sporazuma u pravni poredak Bosne i Hercegovine, ali ima o direktnoj primjeni međunarodnog prava. Član III/2. d) Ustava BiH⁷¹ utvrđuje da:

"(d) Svaki entitet može također sklapati sporazume sa državama i međunarodnim organizacijama uz saglasnost Parlamentarne skupštine. Parlamentarna skupština može zakonom predvidjeti da za određene vrste sporazuma takva saglasnost nije potrebna."

Dakle, čak i entitet može sklapati međunarodne sporazume, a od Parlamentarne skupštine BiH se traži samo saglasnost, ali ne i davanje nove forme tom sporazumu, naravno pod pretpostavkom da je takav sporazum zaključen u skladu sa ustavnim principom poštivanja općih pravila međunarodnog prava kao sastavnog dijela pravnog poretku Bosne i Hercegovine. I konačno, kao konačni i najjači argument u određivanju prirode pravnog poretku u Bosni i Hercegovini, treba istaći član II/2. Ustava BiH⁷² koji glasi:

"Član II

...

2. Međunarodni standardi

Prava i slobode predviđeni u Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i u njenim protokolima se direktno primjenjuju u Bosni i Hercegovini. Ovi akti imaju prioritet nad svim drugim pravom."

⁷¹ ibid.

⁷² ibid.

Sasvim netipično za jedan ustav, ovakva formulacija je potpuno na tragu promoviranja međunarodnog ugovora kao pravnog akta koji je iznad cjelovitosti pravnog poretku jedne države. Ovakva odredba ima trajnu vrijednost ne samo za ustavni sistem Bosne i Hercegovine već može predstavljati primjer kako se izuzetno složena i važna materija, zaštite ljudskih prava, može uzdići na jedan viši nivo zaštite. Princip sadržan u ovoj odredbi danas predstavlja kamen spoticanja u prihvatanju Ustava EU, a taj princip nam dosta govori, ne samo o plemenitom cilju – zaštiti ljudskih prava – već o ograničenom suverenitetu, o hijerarhiji pravnih normi, o hijerarhiji vrijednosti, o premoći monističkog pristupa u posmatranju odnosa međunarodnog i domaćeg pravnog sistema. Iz svega navedenog se može zaključiti da je Ustav BiH tipični primjer takvog, radikalnog monističkog pristupa, u primjeni međunarodnog prava, bez obzira koliko se to kosilo sa do sada naučenim promišljanjima o državi, suverenitetu i odnosu domaćeg i međunarodnog prava. I to je još jedan argument koji čini Ustav BiH apsolutno drugačijim od ustava drugih zemalja, ali ovoga puta u pozitivnom smislu. S druge strane, iznijeti argumenti dovoljno jasno govore o odnosu Ustava BiH i Evropske konvencije, kao međunarodnog sporazuma, s obzirom na zastupljenost monističkog pristupa u prihvatanju međunarodnih ugovora.

VI. EVROPSKA KONVENCIJA

1. Opće napomene

Evropska konvencija je proizvod vremena neposredno nakon Drugog svjetskog rata kada je pitanje zaštite ljudskih prava privlačilo veliku pažnju. Međunarodni komitet za pokret ka evropskom jedinstvu je 1948. godine, na *Evropskom kongresu* u Haagu, dao poticaj za ustanovljenje Vijeća Evrope 1949. godine.

Nakon ustanovljenja Vijeća Evrope o ovom pitanju se razgovaralo na prvoj sjednici Konsultativne skuštine (danas Parlamentarna skuština) Vijeća Evrope, a u augustu 1949. godine, Skupština je svom Komitetu za pravna i administrativna pitanja dala zadatak da detaljnije razmotri pitanje kolektivne garancije ljudskih prava. Ovaj Komitet je svoj rad završio 1950. godine i nakon rješavanja nekih političkih pitanja, 4. novembra 1950. godine, u Timu je potpisana Evropska konvencija, koja je prema svojoj preambuli uobičena tako "da preuzme prve korake ka zajedničkom provođenju određenih prava navedenih u Univerzalnoj deklaraciji⁷³". Na snagu je stupila 3. septembra 1953. godine.

2. Struktura Evropske konvencije

Prema članu 1. Evropske konvencije, države-ugovornice obavezne su osigurati za sva lica pod njihovom jurisdikcijom prava i slobode utvrđene u Dijelu I Evropske konvencije. Ukoliko je država ratificirala Protokole br. 1, 4, 6 ili 7, ova obaveza odnosi se i na prava i slobode utvrđene ovim protokolima, pošto se protokoli smatraju dodatnim članovima Evropske

⁷³ 213 UNTS. - br. 2889. - str. 221; Council of Europe: *European Treaty Series*. - br. 5. - 4. novembar 1950; Council of Europe: *Collected Texts*. - Strasbourg, 1994. - str. 13—36

konvencije, na koje se na sličan način primjenjuju sve odredbe Evropske konvencije⁷⁴. Države-ugovornice moraju osigurati ova prava i slobode za *sva "lica pod njihovom jurisdikcijom"*. Ove riječi ne impliciraju bilo kakva ograničenja u smislu državljanstva što znači da se i *žrtve* koje nisu državljani bilo države u pitanju ili bilo koje druge države-ugovornice, mogu pozvati na ovu garanciju kada su na neki način pod jurisdikcijom države od koje traže takvu garanciju⁷⁵. Tom prilikom je navedeno:

"Stoga, kad postaje strana-ugovornica Konvencije, država se obavezuje, u odnosu na druge visoke strane-ugovornice, da će osigurati prava i obaveze definirane u Dijelu I, za svako lice unutar svoje jurisdikcije, nezavisno o njenom državljanstvu ili statusu; stoga se, ukratko, obavezuje da će osigurati ta prava i slobode ne samo svojim državljanima i državljanima drugih visokih strana-ugovornica, već i državljanima država koje nisu potpisnice Konvencije i licima bez državljanstva".

⁷⁴ Van Dijk, P.; G.J.H. van Hoof u saradnji sa A.W. Hering; J.G.C. Schokkenbroek; B.P. Vermuelen; M.L.V.M. Viering; L.F. Zwaak: *Teorija i praksa Evropske konvencije o ljudskim pravima.* - Kluwer Law International. - 1998

⁷⁵ Vidjeti Predst. 788/60, *Austria v. Italy.* - Yearbook IV (1961). - str. 116 (138 i 140)

VII. ODNOS USTAVA BIH I EVROPSKE KONVENCIJE KAO MEĐUNARODNOG UGOVORA

1. Efekti ratifikacije

Postoje različite teorije o tome kakve obaveze zemalja ugovornica proizilaze iz člana 1. Evropske konvencije, odnosno da li postoji obaveza inkorporiranja teksta Evropske konvencije u domaće pravo. Inkorporiranje Evropske konvencije u domaće zakonodavstvo se pokazalo u praksi Evropskog suda za ljudska prava (u dalnjem tekstu: Evropski sud) kao najefikasniji metod; između ostalog, jer se na taj način smanjuju potrebe da se žalbama neposredno obraća Evropskom sudu⁷⁶. Tu je tezu usvojio u svojim odlukama i Evropski sud pa je u presudi Irska protiv Velike Britanije u stavu 239 navedeno: „zamjenivši riječi *obezbijediće* riječima *preuzeće obavezu da obezbijede*“ u tekstu Aneksa 1 (član 1), *pisci* Evropske konvencije također su htjeli jasno dati do znanja da će prava i slobode u Odjeljku I biti direktno obezbijedeni svima koji su u jurisdikciji zemalja Ugovornica (dokument H861) 4, str. 664, 703, 733 i 927). Ta namjera se najjasnije očituje u onim slučajevima odnosno zemljama gdje je Evropska konvencija inkorporirana u domaće pravo⁷⁷.

Evropski sud uvijek i iznova ponavlja da je cilj Evropske konvencije da garantuje prava koja nisu iluzorna ili teoretska, nego praktična i efektivna⁷⁸. Bez obzira na način primjene u zemljama članicama, nesporno je da

⁷⁶ Harris, D.J.; M. O'Boyle; C. Warbrick: *Law of the European Convention on Human Rights*. - Butterworths ; London ; Dublin ; Edinburgh, 1995

⁷⁷ Vidjeti presudu Evropskog suda za ljudska prava *De Wilde, Ooms i Versyp*, od 18. juna 1971. godine. - serija A. - broj 12. - str. 43. - stav 82

⁷⁸ Vidjeti, između ostalih, presudu Evropskog suda za ljudska prava, *Artico protiv Italije*, od 13. maja 1980. godine. - serija A. - broj 37. - str. 16. - st. 33

domaće zakonodavstvo mora u potpunosti zadovoljiti zahtjeve Evropske konvencije, a na zemljama članicama je da pronađu najbolji način na koji će Evropsku konvenciju primjenjivati. U Njemačkoj Evropska konvencija ima status domaćeg zakona, a u Austriji Ustavnog zakona⁷⁹. U Velikoj Britaniji, koja nema ustav, stupanjem na snagu *Human Rights Acta* iz 1998. godine, u oktobru 2000. godine, su prava i slobode iz Evropske konvencije inkorporirani u domaće pravo.

U presudi Evropskog suda za ljudska prava Ujedinjena komunistička partija Turske i drugi protiv Turske vezano za povredu člana 11. Evropske konvencije u vezi sa odlukom Ustavnog suda Turske o rasformiranju te partije, Evropski sud je naveo slijedeće: "Sud zapaža sa druge strane da udruženja, uključujući i političke partije, nisu lišena zaštite iz Evropske konvencije samo zato jer nacionalne vlasti smatraju da njihove aktivnosti potkopavaju ustavne strukture države i da su te vlasti pozvane da nametnu restrikcije u vezi takvog djelovanja. Evropski sud za ljudska prava je zaključio da dok je, u principu, na domaćim vlastima da preduzmu radnje koje oni smatraju nužnim kako bi se poštovala vladavina zakona ili uvažila ustavna prava oni to moraju učiniti na način koji je kompatibilan sa njihovim obavezama iz Evropske konvencije što je podložno analizi od strane institucija Evropske konvencije⁸⁰."

Preamble Evropske konvencije navodi "zajedničko naslijede političke tradicije, idealu, slobode i vladavine prava", koji se na prvom mjestu u najvećem broju slučajeva otjelovljuju u ustavima zemalja članica. Kroz svoj sistem kolektivne zaštite prava koje ustanovljava Evropska konvencija

⁷⁹ Vidjeti opširnije Harris, D.J.; O'Boyle M.; Warbrick C.: *Law of the European Convention on Human Rights*. - Butterworths ; London ; Dublin ; Edinburgh, 1995

⁸⁰ Vidjeti presudu Evropskog suda za ljudska prava *Open Door and Dublin Well Women protiv Irske*, od 29. oktobra 1992. godine. - serija A. - broj 246-A. - strana 29. - stav 69

pojačava, u skladu sa principom supsidijariteta, zaštitu koja postoji na domaćem nivou, ali je ne ograničava (član 60 Evropske konvencije⁸¹).

Evropski sud je dalje naveo da član 1. Evropske konvencije zahtijeva od zemalja članica da „svakome koji je u njihovoј nadležnosti obezbijede prava i slobode definirane u odjeljku I Konvencije“. Ova odredba ne pravi razliku između vrste odredbe ili mjere o kojoj se radi i ne isključuje niti jedan dio nadležnosti zemlje članice iz dometa Evropske konvencije. Dakle, u cijelokupnoj je „nadležnosti“ zemlje članice, što se najčešće na prvom mjestu očituje kroz ustav, da izraze kompatibilnost sa Evropskom konvencijom⁸².

Političke i institucionalne organizacije zemalja članica shodno tome moraju poštovati ljudska prava i principe iz Evropske konvencije. Od manjeg je značaja da li se radi o odredbama ustava ili zakonskim odredbama. Od onog trenutka kada su takve odredbe sredstvo putem kojeg država izvršava svoje nadležnosti, one su predmet kontrole u okviru Evropske konvencije.

Demokratija je bez sumnje osnovna karakteristika Evropskog javnog uređenja. Ovo je jasno već iz Preamble Evropske konvencije koja ustanovljava vrlo jasnú vezu između Evropske konvencije i demokracije navodeći da je održavanje i daljnja realizacija ljudskih prava i osnovnih sloboda najbolje osigurana sa jedna strane kroz efektivnu političku demokratiju i sa druge strane jedinstvenim razumijevanjem i nadgledanjem ljudskih prava⁸³. Preamble potvrđuje da evropske zemlje imaju zajedničko naslijeđe političke tradicije, idealja, slobode i vladavine

⁸¹ Vidjeti presudu Evropskog suda *Loizidou protiv Turske*, od 23. maja 1995. godine (prethodni prigovori). - serija A. - broj 310. - str. 26. - st. 70

⁸² Vidjeti presudu Evropskog suda za ljudska prava *Ujedinjena komunistička partija Turske i dr. protiv Turske*, od 30. januara 1998. godine. - str. 17. - stav 29

⁸³ Vidjeti presudu Evropskog suda u predmetu *Klass i dr. protiv Njemačke*, od 6. septembra 1978. godine. - serija A. - broj 28. - str. 28. - stav 59

prava. Evropski sud je zaključio da se u tom zajedničkom naslijedu nalaze vrijednosti Evropske konvencije⁸⁴; također je naglasio nekoliko puta da je Evropska konvencija *dizajnirana* kako bi se održali i promovirali ideali i vrijednosti demokratskog društva⁸⁵.

Već je ranije navedeno da je obaveza država ugovornica da svoje zakonodavstvo moraju prilagoditi zahtjevima Evropske konvencije. Ovo je najbolje vidljivo na primjeru Turske koja je mijenjala Ustav i zakone nakon odluka Evropskog suda. Na primjer, Evropski sud je u nekoliko slučajeva koji se tiču slobode izražavanja, naročito u vezi sa krivičnim osudama od strane Državnih bezbjednosnih sudova, našao povrede člana 10. i naložio otklanjanje povreda. Turska je u martu 2001. prezentirala Nacionalni program koji je sadržavao informacije o reformama planiranim za *kratak period i srednji period* (u stvari 2002. i 2003. i 2004. godina). Komitet ministara je svojom Rezolucijom ResDH(2001)106⁸⁶, vezano za povrede slobode izražavanja u predmetima protiv Turske, ohrabrio Turske vlasti da uspješno okončaju obimne reforme kojima su planirali tursko zakonodavstvo uskladiti sa članom 10. Evropske konvencije. Nakon toga, 3. oktobra 2001. godine, usvojeno je nekoliko amandamana na Ustav Republike Turske, koji su se između ostalog odnosili na odredbe o slobodi izražavanja i informacija i ti su amandmani bili direktno primjenjivi⁸⁷.

Također je od značaja i izmjena Ustava vezana za odluke Evropskog suda vezane za političke partije o čijem je rasformiranju odlučio Ustavni sud Turske u 1991., 1992. i 1993. godini. To, je na primjer, slučaj Ujedinjene komunističke partije ili partije OZDEP (sloboda i demokracija). U svim

⁸⁴ Vidjeti presudu Evropskog suda *Soering protiv Velike Britanije*, od 7. jula 1989. godine. - serija A. - broj 161. -str. - 35. - stav 88

⁸⁵ Vidjeti presudu Evropskog suda *Kjeldsen, Busk Madsen i Pedersen protiv Danske*, od 7. decembra 1976. godine. - serija A. - broj 23. - str. 27. - stav 53

⁸⁶ Rezolucija Komiteta ministara Vijeća Evrope od 23. jula 2001. godine, broj ResDH(2001)106

⁸⁷ HR-NET, Hellenic Resources Network, HRI Project

ovim predmetima je Evropski sud našao povredu prava na udruživanje (član 11). Kao posljedica takvih odluka Evropskog suda, 17. oktobra 2001. godine su doneseni amandamani na Ustav u kojima je uveden generalni princip proporcionalnosti koji podrazumijeva mogućnosti da se posegne za nekim manje teškim sankcijama nego što je to rasformiranje partije u slučaju povrede dozvoljenih granica političke akcije. Također je 17. oktobra 2001. godine, izmijenjen član 19. Ustava, tako da je limitirano vrijeme trajanja policijskog pritvora na 4 dana.

Komitet ministara je 2. juna 2004. godine usvojio Rezoluciju ResDH-(2004)38⁸⁸ u kojoj je ocijenio kao značajne sve zakonodavne reforme u Turskoj, a posebno izmjene Ustava Republike Turske u vezi sa predmetima protiv Turske vezano za slobodu izražavanja, ali je naglasio potrebu dalnjih mjera kako bi se unaprijedila direktna primjena Evropske konvencije i prakse Evropskog suda kroz turske zakone. U ovoj je rezoluciji Komitet ministara prihvatio kao *dobrodošlu* i izmjenu člana 90 Ustava Republike Turske, a koja unapređuje direktnu primjenu Evropske konvencije i njeno inkorporiranje u turski pravni poredak.

2. Poštivanje obaveza iz Evropske konvencije od strane država-ugovornica

Pored materijalnih odredbi, Evropska konvencija sadrži i odredbe kojima se osigurava da zemlje-ugovornice poštuju svoje obaveze prema Evropskoj konvenciji. U vezi s tim, treba reći da je nadzor nad provođenjem Evropske konvencije prvenstveno na domaćim vlastima, posebno na domaćim sudovima (u državama u kojima sudovi imaju mogućnost direktne primjene Evropske konvencije, a to je slučaj i u Bosni i Hercegovini). Ovo implicitno navodi i član 13. u kojem se navodi "efektivan pravni

⁸⁸ Rezolucija Komiteta ministara od 2. juna 2004. godine, broj ResDH(2004)38

lijek pred nacionalnim vlastima". U pogledu predmeta gdje nacionalnog postupka nema, ili je takav da ne osigurava adekvatan pravni lijek, ili na kraju nije, prema mišljenju povrijeđene strane ili neke druge država-ugovornice, proizveo zadovoljavajući rezultat, sama Evropska konvencija daje mehanizam nadzora u okviru tijela Vijeća Evrope⁸⁹.

3. Utjecaj monističkih i dualističkih teorija na efekte Evropske konvencije u pravnim sistemima država-ugovornica

Primarni zadatak domaćih vlasti država-ugovornica je da osigura prava i slobode određene Evropskom konvencijom. U kojoj mjeri domaći sudovi u tome igraju ulogu, revizijom djela činjenja i nečinjenja domaćih vlasti, zavisi u najvećoj mjeri o pitanju da li su odredbe Evropske konvencije direktno primjenjive u postupcima pred tim nacionalnim sudovima. Odgovor na ovo pitanje, s druge strane, zavisi o efektu Evropske konvencije u datom nacionalnom pravnom sistemu. Evropska konvencija ne nameće obavezu da Evropsku konvenciju upgrade u domaće pravo, niti da na drugi način garantiraju njenu primjenjivost i nadređenost domaćim zakonima. Ponovno, način primjene i efekat Evropske konvencije u domaćem pravnom sistemu, zavisi od tipa pravnog sistema u konkretnoj državi – monističkom ili dualističkom.

Odgovor na pitanje da li se u konkretnoj državi radi o jednom od ova dva tipa pravnog sistema, kako je to ranije navedeno, može se naći u domaćem ustavnom pravu.

Prema njemačkom ustavnom pravu (a Njemačka je jedna od država gdje je preovladavajuće dualističko shvatanje), Evropska konvencija nije nadređena saveznom ustavu, niti je istog ranga. Međutim, ima

⁸⁹ Vidjeti opširnije: Van Dijk, P.; G.J.H. van Hoof u saradnji sa A.W. Hering; J.G.C. Schokkenbroek; B.P. Vermuelen; M.L.V.M. Viering; L.F. Zwaak: *Teorija i praksa Evropske konvencije o ljudskim pravima.* - Kluwer Law International, 1998

status saveznog zakona. Posljedice ovoga olakšane su tumačenjem njemačkih zakona u skladu sa Evropskom konvencijom, njemački *Bundesverfassungsgericht* je čak odlučio da odredbama Evropske konvencije treba dati prioritet u odnosu na novije zakone, osim ako se ne može jasno ustanoviti da je zakonodavac želio suprotno. Čak se i odredbe saveznog ustava moraju tumačiti u svjetlu Evropske konvencije⁹⁰.

U Holandiji, koja je primjer monističkog shvatanja, samoizvršive odredbe sporazuma i odluka međunarodnih organizacija mogu se iznijeti pred domaći sud i mogu ukloniti suprotstavljeni (anteriorni i posteriorni) domaći zakon, uključujući i ustavne odredbe. Zapravo, holandski sudovi aktivno koriste Evropsku konvenciju za uklanjanje ili tumačenje parlamentarnih akata⁹¹.

Konačno, u državama u kojima Evropska konvencija ima unutrašnji efekat, za svaku se odredbu mora odvojeno utvrditi da li je direktno primjenjiva, odnosno, samoizvršiva, tako da se pojedinci mogu pred domaćim sudovima direktno pozvati na takvu odredbu. Samoizvršivi karakter odredbe Evropske konvencije može se i prepostaviti, generalno govoreći, kada se sadržina takve odredbe može primijeniti na konkretni predmet, bez potrebe dodatnih mjera od strane nacionalnih vlasti.

4. Bosna i Hercegovina i Vijeće Evrope

Vijeće Evrope je zasnovano na sljedećim principima:

- demokratskom pluralizmu,
- vladavini prava,
- poštivanju ljudskih prava.

⁹⁰ ibid.

⁹¹ ibid.

Članom 3. Statuta Vijeća Evrope je predviđeno da zemlje članice Vijeća Evrope moraju prihvatići principe vladavine prava i uživanje svih osoba u njihovoj jurisdikciji osnovnih ljudskih prava i sloboda, kao i da sarađuju iskreno i efikasno u ostvarenju ciljeva navedenih u poglavljju I Statuta.

Članom 4. Statuta je predviđeno da "svaka evropska zemlja za koju se smatra da je sposobna i voljna da zadovolji uslove iz člana 3. Statuta, može pozvati Vijeće Ministara da postane članica Vijeća Evrope".

Parlamentarna skupština je, u svojoj rezoluciji broj 234 (2002)⁹² o prijavi Bosne i Hercegovine za članstvo u Vijeću Evrope, elaborirala napredak koji je Bosna i Hercegovina postigla od potpisivanja Dejtonskog mirovnog sporazuma, na svim poljima. Parlamentarna skupština je, između ostalog, prihvatiла obećanja Predsjedništva Bosne i Hercegovine, Parlamenta Bosne i Hercegovine i premijera u poštivanju sljedeće obaveze:

"iii. u vezi sa konvencijama:

c. kontinuirano ispitivanje kompatibilnosti svih zakonodavnih akata (legislation) sa Evropskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda".

Parlamentarna skupština je u navedenoj rezoluciji preporučila Vijeću Ministara da pozove Bosnu i Hercegovinu u članstvo u Vijeće Evrope.

Dana 12. jula 2002. godine, nakon što je postala članicom Vijeća Evro-pe, Bosna i Hercegovina je ratificirala Evropsku konvenciju. Činom ratifikacije Evropske konvencije, Bosna i Hercegovina je potpisala *međunarodni ugovor*. Time je Bosna i Hercegovina preuzeila obavezu da svoje zakonodavstvo prilagodi međunarodnim obavezama koje proizilaze iz tog ugovora.

⁹² Rezolucija Parlamentarne skupštine Vijeća Evrope, broj 234 (2002)

Imajući u vidu ono što je navedeno u pogledu općih karakteristika međunarodnog prava i teorijsko-praktično shvatanje pojma *direktne primjene*, Evropska konvencija, kao ratificirani međunarodni sporazum u sebi sadrži karakter samoizvršivosti i temelji se na principima monističkog pravnog shvatanja o odnosu međunarodnog i domaćeg prava, kako je to ranije objašnjeno na primjeru Ustava BiH. Ovo predstavlja poseban ugao posmatranja mesta Evropske konvencije u pogledu ustavnog principa da su opća načela međunarodnog prava sastavni dio pravnog poretka Bosne i Hercegovine. Na ovom mjestu je korisno još jednom podsjetiti na stav Suda pravde, prema kojem odredbe koje imaju samoizvršivi karakter uživaju prioritet nad odredbama nacionalnih zakona, čak i nad odredbama nacionalnih ustava⁹³. S druge strane, Evropska konvencija sadrži začetak postepenog razvoja u zajednički pravni sistem država-ugovornica, kojem nacionalni zakoni moraju biti podređeni. Pitanja koja regulira Evropska konvencija, a to su prije svega zaštita građanskih i političkih prava, jasno podliježu direktnom efektu, što znači da, kad se tiče zaštite prava pojedinaca, koja se mogu uživati bez preduzimanja bilo kakvih daljnjih mjera od strane nacionalnih vlasti, prava su po svojoj prirodi direktno primjenjiva⁹⁴. Prioritet Evropske konvencije nad odredbama nacionalnog prava koje može biti neusklađeno sa njom, može biti vrlo jasno definirano na osnovu temeljnog, može se reći i ustavnog, karaktera prava i sloboda koje štiti Evropska konvencija kao i na osnovu cilja Vijeća Evrope, izraženog u preambuli Evropske konvencije, tj. postizanja većeg jedinstva između država ugovornica; jedinstva kojem teži i nadzorni sistem uspostavljen Evropskom konvencijom⁹⁵. Na liniji prethodnih tvrdnji o

⁹³ O ovome vidjeti: Kapteyn, P.J.G.; P. VerLoren van Themaat: *Introduction to the Law of the European Communities*. - 2. izd. - Deventer, 1989. - str. 39. i citiranu sudsку praksu

⁹⁴ U državama ugovornicama u kojima Evropska konvencija ima direktni efekat gotovo sve odredbe Dijela I Evropske konvencije smatraju se samoizvršivima.

⁹⁵ Van Dijk, P.; G.J.H. van Hoof u saradnji sa A.W. Hering; J.G.C. Schokkenbroek; B.P. Vermuelen; M.L.V.M. Viering; L.F. Zwaak: *Teorija i praksa Evropske konvencije o ljudskim pravima*. - Kluwer Law International, 1998

efektima općih načela međunarodnog prava i efektima na pravni poredak Bosne i Hercegovine, može se zaključiti:

1. Evropska konvencija je, kao ratificirani međunarodni ugovor, sastavni dio pravnog poretku Bosne i Hercegovine.
2. Ratifikacijom Evropske konvencije, Bosna i Hercegovina je prihvatile obavezu da kontinuirano ispituje kompatibilnost svih zakonodavnih akata sa Evropskom konvencijom, što podrazumijeva i ustavne odredbe. Drugim riječima, zakonodavni akti (što podrazumijeva i Ustav BiH) ne smiju biti u suprotnosti sa Evropskom konvencijom.
3. Evropska konvencija je direktno primjenjiva u Bosni i Hercegovini, a njene odredbe su *samoizvršive*, tako da se pojedinci mogu pred domaćim sudovima direktno pozvati na takvu odredbu bez potrebe dodatnih mjera od strane nacionalnih vlasti.
4. Prava iz Evropske konvencije su zaštićena pravnim postupcima.
5. Evropski sud za ljudska prava je nadležan da donosi konačne i obavezujuće odluke.
6. Evropski sud za ljudska prava ima supranacionalni karakter.
7. U nacionalnim okvirima, Ustavni sud je nadležan da donosi konačne i obavezujuće odluke u pogledu primjene Evropske konvencije.

Kada se sumira sve navedeno, konačni zaključak, u pogledu odnosa ustava i Evropske konvencije, kao međunarodnog ugovora, se sam nameće – Evropska konvencija je *de facto* iznad ustava država-članica. Iako je teško vjerovati da bi ovakav stav bio prihvatljiv za većinu država-članica, pogotovo za one države-članice koje imaju jake nacionalne institucije sa dugom demokratskom tradicijom; ali čak i te države su svoje

zakonodavstvo često prilagođavale zahtjevima Evropske konvencije. One države-članice koje su bile na putu demokratizacije, ove obaveze su prihvatale drastičnijim mjerama – izmjenama ustava nakon što Evropski sud za ljudska prava utvrdi povredu prava iz Evropske konvencije kojoj je izvor u ustavnoj ili nekoj zakonskoj odredbi. Što se tiče Bosne i Hercegovine, pored ovakvog stava, koji je primjenjiv i na Ustav BiH, da bi se došlo do cjelovitog zaključka u pogledu odnosa Ustava BiH i Evropske konvencije, neophodno je analizirati i Evropsku konvenciju sa aspekta ustavnog principa iz člana II/2. Ustava Bosne i Hercegovine i to u svjetlu metoda tumačenja i nadležnosti Ustavnog suda.

VIII. TUMAČENJE USTAVA

U okviru pojma *tumačenja ustava*, potrebno je objasniti opseg nadležnosti ustavnih ili drugih ekvivalentnih sudova u tumačenju prava kao i objasniti posljedice tumačenja ustava od strane sudova u smislu *tihe* izmjene ustava kao i opće interpretacije prava od strane ustavnih sudova. Također je potrebno objasniti metode tumačenju ustava u odlukama Ustavnog suda i ponuditi analizu odnosa Ustava BiH sa Evropskom konvencijom.

1. Izmjena ustava njegovim tumačenjem

Relativno neupadljivo i bez formalizacije događa se ustavna izmjena tumačenjem, bez izričite promjene teksta. Samo tumačenjem, bilo da to čine sudovi, državna praksa, javno mnjenje i nauka, odnosno zajednički, ovdje se neka ustavna norma razumije iznova, odnosno drugačije.

Ustavno je tumačenje prema metodi dijelom retrospektivno, dijelom prospективno. Pojedine metode tumačenja ne organizuju ništa drugo nego vrijeme. Istorijsko tumačenje unosi vrijeme nastanka, objektivno sadašnjost, a kon-sekventno, prognostičko budućnost. Možda je općenita *neuračunljivost* vremenskih razdoblja razlog zbog kojega nijedna meodologija dosad nije mogla vrednovati pojedine metode tumačenja. Vjerovatno je njihov međusobni odnos funkcija vremena, dakle fleksibilan⁹⁶.

Pored ovoga *finog* metoda izmjena ustava, veći značaj i češću primjenu imaju drugi metodi koji imaju karakteristike *velikih* izmjena (mijena), a to je prije svega djelatnost zakondavca, koja se najčešće očituje kroz klasični institut za formaliziranje novoga i njegovo direktno unošenje u ustav, što se naziva promjenom ustava, putem, najčešće, kvalifikovane većine.

⁹⁶ Vidjeti Häberle, Peter: *Ustavna država*. - Politička kultura. - Zagreb, 2002

Međutim, u ovom radu je stavljen poseban akcent na tumačenje i *finu* metodu izmjene ustava od strane sudova, i to prije svega, u okviru ustavnog poretka Bosne i Hercegovine, odnosno u okviru nadležnosti Ustavnog suda.

2. Interpretacija prava – suština svakog pravnog odlučivanja

Pitanje kakva je uloga ustavnih sudova na polju interpretacije propisa možemo rastaviti na dva potpitanja: uloga ustavnih sudova pri interpretaciji ustava i njegova uloga pri interpretaciji zakona.

Jedna od bitnih osnova svakog pravnog odlučivanja jeste interpretacija propisa. U tom smislu svaka je obrazložena odluka svakog državnog organa interpretacijska. Na području ustavnog sudovanja u području kontrole ustavnosti zakona taj je vid suženja još izraženiji. Riječ jenaime o prosuđivanju međusobne usklađenosti dviju navedenih premissa različitog hijerarhijskog ranga, zbog čega takvo *sudjenje* ostaje pretežno u polju (interpretacije) pravnog, često bez neposrednog dodira s poljem *činjeničnog*. Već tu možemo reći da u tom smislu svaka odluka ustavnih sudova, donijeta u postupku za ocjenu ustavnosti zakona znači i interpretaciju ustava i interpretaciju zakona.

3. Interpretacija prava – posebna karakteristika ustavnog sudovanja

Ono što povećava ulogu ustavnih sudova kao interpreta ustava i zakona jeste činjenica da imaju u nekim pravnim sistemima posebnu pravnu snagu i dijelovi obrazloženja (a ne samo izreke) odluka ustavnih sudova. Tako, na primjer, po pravnoj teoriji nekih zemalja, temeljni razlozi iz obrazloženja odluka ustavnog suda imaju specifičnu – pravno obavezujuću – snagu⁹⁷. Uz to treba dodati i da su gotovo svi ustavni sudovi u svom radu došli

⁹⁷ Na primjer Njemačke, Španije, SAD i nekih drugih zemalja. Za Njemačku vidjeti npr. Stresemann, Christina: *Obavezujuće odluke Ustavnog suda*. - Zagreb, 14. novembra 1997. - str. 3

do saznanja da ne mogu u cijelosti obaviti svoju ulogu u sistemu podjele vlasti, a da ne prihvate neke nove tehnike izricanja svojih odluka. Jedan od vidova primjene novih tehnika jest i brisanje jasne linije između izreke i obrazloženja. Tako se na jednoj strani u izrekama često nalaze dijelovi koji predstavljaju argumentaciju o razlozima za donijetu odluku u užem smislu, dok se na drugoj strani, ne tako rijetko, ustavni sudovi izričito pozivaju na razloge iznijete u obrazloženju, čime dio izreke delegira u obrazloženje. I ta činjenica širi krug odluka kojima ustavni sudovi prihvataju ulogu službenog interpretatora ustava i zakona.

Poseban vid interpretacije jesu odluke u kojima ustavni sudovi u izreci opisuju sadržaj ili dio sadržaja pobijane norme. Brojni ustavni sudovi su se suočili s problemom da ne mogu potpuno opravdati svoj položaj čuvara ustavnosti i najvišeg suda u području ljudskih prava ako se u prosuđivanju ustavnosti propisa zaustave pred formalnim preprekama koje predstavljaju izričito propisane forme ustavosudskih odluka. Jedan od razloga za takvo postupanje većine ustavnih sudova može se tražiti i u odgovoru na pitanje šta je pravi predmet prosuđivanja u postupcima apstraktne kontrole: odredba ili norma? Problem nije formalistički ako se uzme u obzir da *odredbe* predstavljaju sastavni dio (*pobijanog*) normativnog akta, dok *norme* tek proizilaze iz tih akata. S obzirom da je norma dio *idealnog* propisa, ustavni sudovi, prilikom njihove ocjene usaglašenosti sa ustavom, do zaključka moraju doći samo interpretacijom odredaba propisa, tj. moraju interpretirati pobijani propis, odnosno pojedine njegove odredbe. Da se u tim slučajevima, u suštini ne radi o djelimičnom poništenju pobijanog propisa, odnosno njegove pojedinačne odredbe, već o interpretaciji propisa (*dedukciji norme*), vidi se i po tome kako se takva odluka o djelimičnom poništenju može reflektirati u tekstu važećeg propisa. Poništeni dio u tom slučaju ne predstavlja izričito odredbu unutar pobijanog propisa već njegovu (*moguću*) protuustavnu interpretaciju.

4. Tumačenje ustava na primjerima iz uporednih pravnih sistema

Vršeći kontrolu ustavnosti i zakonitosti, ustavni sudovi svojim odlukama tumače ustave, time njihove odluke, pored ustava, imaju najveći značaj kao izvor ustavnog prava. Poseban problem koji se postavlja pred ustavnim sudovima je pitanje nadležnosti za tumačenja pojedinih dijelova ustavnog teksta ili ustavnosti ustavnih amandmana ili ustavnost ustavnih zakona koji imaju isto hijerarhijsko mjesto u piramidi pravnog sistema jedne države.

Uvijek i svugdje postoji određeno odstupanje stvarnog ponašanja političkih institucija od opisa sadržanog u ustavu. Zbog toga teorija razlikuje pojmove: normativni, nominalni i semantički ustav. Normativni ustav u velikoj mjeri odražava stvarne političke odnose, tako da se približava pojmu realnog ustava, iako propisani tekst uvijek nadopunjuju običaji nastali praksom. Takva je većina ustava zapadnih demokratija.

Klasični normativni pristup preferira egzegetski metod koji se sastoji u doslovnom objašnjavanju teksta ustava. U ovom pristupu se koristi naročito jezičko, logičko i ciljno tumačenje teksta ustava⁹⁸. Realizacija ustavne norme se cjeni sa stanovišta njenog odnosa prema normativnom modelu kojeg je uspostavio ustav.

Ustavi rađeni u anglo-američkoj tradiciji (Ustav BiH) najčešće se zadržavaju na nivou principa prepuštajući veću mogućnost praksi da kreira konkretna rješenja u okviru tih principa.

⁹⁸ Više o pravnim tumačenjima vidjeti u Marmor, Andrei: *Law and Interpretation: Essays in Legal Philosophy*. - Clarendon Press. - Oxford Publication. - 1997 ili u Brison, J. Susan i Walter Sinnott-Armstrong: *Contemporary Perspectives on Constitutional Interpretation*. - Westview Press. - 1993

Vrlo upečatljiv primjer je postojanje više od dvjesta godina Saveznog ustava Sjedinjenih Država. Prilikom donošenja odluka na osnovu kojih su doneseni amandmani na ustav Vrhovni sud se služio širokom interpretacijom ustava (*broad interpretation*). Nadležnost Vrhovnog suda Sjedinjenih država određena je članom III Ustava odjeljak 2. tačka 1. koja glasi: "Sudska vlast obuhvata sve predmete u zakonu i pravičnosti koji proizilaze iz ovog Ustava, zakona Sjedinjenih država i sklopljenih sporazuma u skladu sa njihovim ovlaštenjima; obuhvata sve predmete koji se tiču ambasadora i drugih javnih državnih službenika (funkcionera) i konzula; na sve predmete koji se tiču pitanja mornarice, koji se tiču sporova u kojima su Sjedinjene države strana u sporu, kao i sporova između dvije ili više država, sporova između države i građana; između građana različitih država, između građana iste države koji zahtijevaju koja je dodijeljena od strane druge države; i između države ili njenih građana i strane zemlje, građana ili subjekata." Član III Ustava odjeljak 2. tačka 2. glasi: "U svim predmetima koji se tiču ambasadora i drugih javnih državnih službenika (funkcionera) i konzula, i u onim predmetima u kojima je država strana u sporu, Vrhovni sud će imati orginalnu nadležnost (jurisdikciju); u svim drugim predmetima gore navedenim Vrhovni sud ima apelacionu nadležnost i u pogledu zakona i činjenica, sa izuzecima u skladu sa propisima koje doneše Kongres⁹⁹." Primjetna je velika sličnost sa nadležnostima Ustavnog suda.

Upravo je Ustav SAD od 1787. godine zahvaljujući svojoj elastičnosti, bio prilagođavan od strane američkih sudova (posebno Vrhovnog suda) promijenjenim društvenim prilikama, na način što su se sudskim tumačenjem mijenjali smisao i značenje pojedinih ustavnih odredbi. Amandmanskom pravnom tehnikom Ustav SAD jedopunjavan uz očuvanje

⁹⁹ The National Archive, *Constitution of United States*, dostupan na web siteu: www.archives.gov/national-archives

prvobitnog teksta. Vrhovni sud je koristeći se evolutivnim tumačenjem Ustava, prilagođavao Ustav nastalim društvenim promjenama. Evolutivno tumačenje postoji kada se pravim značenjem norme smatra ono značenje koje norma ima u trenutku tumačenja. Pri tome se podrazumijeva da je značenje norme promjenjeno od trenutka njenog donošenja do trenutka tumačenja. Evolutivno tumačenje može postojati samo ako je to značenje tokom vremena promjenjeno.

Prve presude u kojima se Vrhovni sud upustio u ocjenu ustavnosti zakona donesene su već početkom 19. stoljeća, tj. 1803. godine Vrhovni sud u odluci *Marbury v. Madison* proglašio je jedan federalni zakon neustavnim i odbio primijeniti taj zakon u pomenutom sudskom sporu. Obrazloženje iz presude glasilo je: "Nadležnost je i dužnost sudske vlasti osobito da kaže što je zakon. Oni koji primjenjuju propis na pojedine slučajeve moraju neophodno da izlože i da tumače taj propis. Ako su dva zakona jedan s drugim u sukobu, sud treba da odredi polje primjene za svakog od njih. Prema tome, ako je zakon u suprotnosti s Ustavom, ako se i zakon i Ustav odnose na određeni slučaj tako da se taj slučaj mora riješiti ili po zakonu ili po Ustavu, odstranjujući zakon, sud treba da odluči, koji od tih propisa, koji su u sukobu, vrijedi za taj slučaj. I tada, ako sudovi treba da se drže Ustava i ako je Ustav nad svakim običnim aktom legislative, za konkretni slučaj vrijedi Ustav, a ne običan akt (*zakon*), ako se na njega odnose i jedan i drugi. Sudska vlast Sjedinjenih država proteže se na sve slučajeve koji nastaju na osnovu Ustava." Dakle, Vrhovni sud SAD tumačenjem ustava *de facto* je proširio svoju nadležnost. Naime, Ustavom SAD Vrhovnom суду nije bila data nadležnost da vrši kontrolu ustavnosti zakona; međutim, u citiranom slučaju Vrhovni sud je upravo uspostavio sistem sudske kontrole (*judical review*) što je kasnije postalo općeprihvaćen pravni princip¹⁰⁰.

¹⁰⁰ Odluka Vrhovnog suda SAD, *Marbury v. Madison* iz 1803. godine.

U literaturi se često mogu naći riječi sudije, a kasnije i predsjednika Vrhovnog suda SAD, Charlesa Hugesa: "Da, mi (sudije) nalazimo se pod Ustavom, ali Ustav je ono što mi kažemo da je¹⁰¹." Vrhovni sud SAD može ustavnoj odredbi dati jedan ili drugi smisao, tako da se u praksi dešavalо da je Sud jednom istom tekstu davao tokom vremena različito tumačenje. To je bilo moguće, prije svega, zato što su ustavne odredbe katkad neodređene ili nejasne ili nedovoljno razvijene i nedorečene. U takvoj situaciji Ustav zahtijeva da bude tumačen i tome tumačenju pristupaju svi koji ga primjenjuju, i zakonodavac, i organi uprave, i sudovi, kao i svi ostali koji pod Ustavom žive. Međutim pravo meritornog, općeobavezognog tumačenja pripada samo sudovima, a prije svega Vrhovnom суду. Jedino tumačenje Suda ima obavezujuće dejstvo. Vrhovni sud SAD ne bi davao takva različita tumačenja Ustava o istoj stvari u različitim vremenskim razdobljima, da je ostao na poziciji statično-dogmatičnog tumačenja. Sud je, sasvim ispravno, *omekšao* legalistički pristup i prišao širem, elastičnjem tumačenju, uvažavajući i druge faktore (političke, ekonomskе, općecivilizacijske itd.). Najilustrativniji primjer različitog tumačenja Ustava (u zavisnosti od navedenih faktora) jeste slučaj kada je Vrhovni sud 1934. godine proglašio neustavnim zakone i druge akte vezane za Roousveltov New Deale, a 1937. godine, razmatrajući ponovo te zakone, Sud ih je proglašio ustavnim¹⁰².

Univerzalna metoda tumačenja ustava podrazumijeva tumačenje ustava u skladu sa ljudskim pravima. Judikatura Evropskog suda za ljudska prava postigla je adekvatna postignuća u obliku temeljnih ljudskih prava "kao općih pravnih načela".

¹⁰¹ Booklet of the Supreme Court of United States. *The Court and Constitutional Interpretation.* - Supreme Court. - Historical Society. - Washington DC.

¹⁰² Legal Information Institute, *Supreme Court Collection* dostupan na web siteu: <http://straylight.law.cornell.edu/supct/search/index.html>

Noviji ustavi, u svojim jamstvima temeljnih prava, već izričito upućuju na velike temeljnopravne tekstove. Član 10. stav 2. španjolskog ustava glasi: „Prinike koji se odnose na ustavom priznata temeljna prava i temeljne slobode valja tumačiti u saglasnosti s Općom deklaracijom o ljudskim pravima, s međunarodnim ugovorima i sporazumima o toj materiji koje je Španjolska ratificirala¹⁰³“. Kao primjer se može navesti i član 46. gvatemalskog ustava iz 1985. godine koji glasi: "Vrijedi opće načelo da na području ljudskih prava međunarodni ugovori i konvencije imaju prednost nad nacionalnim pravom ako ih je Gvatemala ratificirala¹⁰⁴."

Ustavni sud Austrije je, u slučaju Saveznog zakona o javnim nabavkama, koji ima rang redovnog ustavnog zakona, prvi put preispitao redovni ustavni zakon. Činjenično i pravno stanje predmeta su već objavljeni u *izvještaju o ex officio preispitivanju*¹⁰⁵ Federalnog zakona o javnoj nabavci (*Bundesvergabegesetz* – u daljem tekstu „BVergG“) koji je ustavnog ranga, i prema kojem su zakoni Ländera o organizaciji i jurisdikciji organa uspostavljenih u svrhu preispitivanja dodjele javnih ugovora u skladu s Ustavom, u suprotnosti sa Ustavom zbog povrede osnovnih principa, vladavine zakona i demokratije.

Općenito, u zemljama gdje se kao mjerilo ustavnosti primjenjuju principi nadpozitivnog prava, sudovi smatraju da je moguća kontrola ustavnosti samog ustava. Savezni ustavni sud Savezne Republike Njemačke, na primjer, stoji na stanovištu da je moguće ispitivanje saglasnosti Saveznog ustava sa principima nadpozitivnog prava¹⁰⁶. Također, Savezni ustavni

¹⁰³ Tekst Ustava Kraljevine Španije dostupan na web siteu: <http://www.spainemb.org/information/constitucion.htm>

¹⁰⁴ Tekst Ustava Gvatemale dostupan na web siteu: <http://www.georgetown.edu/pdba/Constitutions/Guate/guate93.html>

¹⁰⁵ G 12/00 et al., *Bulletin 2000/1 (AUT-2001-1-003)*. - stav 126.a

¹⁰⁶ Federer, Julius: *Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts.* - Jahrbuch des öffentlichen Rechts.- 1954. - N.F. Bd. 3. - str 20

sud Savezne Republike Njemačke smatra i da ustavni zakon može biti protivustavan i da kontrola nad njim proizilazi iz same hijerarhije ustavnih propisa¹⁰⁷.

Osnovni zakon Savezne Republike Njemačke sadrži izvjesne principe prirodnog prava kojima je dat rang hijerarhijski viših odredaba od ostalih ustavnih odredaba. Ti principi izloženi su u članu 1. Osnovnog zakona, koji proklamuje "nepovredivost ljudskog dostojanstva" i "nepovredivost i neotuđivost ljudskih prava kao osnovu svake ljudske zajednice"; i u članu 20. Osnovnog zakona govori se o demokratskom poretku, suverenosti naroda i ograničenju svih vlasti Ustavom i zakonima¹⁰⁸.

Vrhovni sud SAD upustio se u ispitivanje ustavnosti 18. Amandmana na Ustav SAD kojim je bila zabranjena proizvodnja i prodaja alkoholnih pića, i 19. Amandmana na Ustav SAD kojim je pravo glasa prošireno na žene. Na ovakav pristup, po kome Vrhovni sud ispituje Amandmane na savezni Ustav, od bitnog utjecaja je bilo tumačenje ustava u skladu sa teorijom prirodnog prava¹⁰⁹.

Prema shvatanju pristalica evolutivne teorije, ustav nije samo zbir odredaba čiji smisao leži u njima samima. Sve ustavne odredbe sačinjavaju organsku cjelinu, zasnovanu na izvjesnim principima kojima se rukovodio ustavotvorac pri stvaranju određenog ustavnog poretku. Ti principi mogu, ali ne moraju biti sadržani u samom ustavu. Oni su dio moralne svijesti zajednice, tj. onog sistema vrijednosti koji zajednica hoće da ostvari kroz određeni ustavni poredak. Kao tumač ustava, sud mora nastojati da

¹⁰⁷ Federer, Julius: *Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*. - Jahrbuch des öffentlichen Rechts. - N.F., Bd. 3. - 1954. - str. 23–24

¹⁰⁸ Basic Law for the Federal Republic of Germany (Grundgesetz, GG) dostupan na web siteu: <http://www.iuscomp.org/gla/statutes/GG.htm#1>

¹⁰⁹ Vidjeti šire Häberle, Peter: *Ustavna država*. - Politička kultura. - Zagreb, 2002

pomogne ostvarenje tih vrijednosti. On bi promašio svoj zadatak ako bi se pridržavao objektivne sadržine ustavnih odredaba bez obzira na posljedice svojih odluka. Ustav je također, konstitutivni akt kojim se jedna ljudska zajednica pretvara u pravno tijelo, koje mora da se razvija i prilagođava prilikama u kojima živi. Stoga se ustavne odredbe moraju tumačiti tako da omoguće taj razvoj i prilagođavanje. Svako statičko tumačenje ustava pretvorilo bi ga u kočnicu društvenog razvoja, umjesto da bude instrument tog razvoja. Takvo dejstvo ustava nije moglo biti cilj ustavotvorca¹¹⁰.

Vrlo sroдno evolutivnom tumačenju ustava jeste tumačenje na osnovu principa prirodnog ili nadpozitivnog prava koje se primjenjuje u nekim zemljama. Razlika između ova dva metoda je u tome što prema evolutivnoj teoriji sudija treba da tumači ustav prema prilikama i potrebama zemlje koje on sam utvrđuje, dok se kod primjene nadpozitivnog prava sudija rukovodi već formulisanim principima i idejama koji su donekle dobili određenu sadržinu u društvenom životu zajednice. Zajednička odlika oba metoda je u tome što sudija nije vezan isključivo za objektivnu sadržinu ustava, nego njegov smisao traži u nečemu što je izvan ustava¹¹¹.

Pored veće sadržajne određenosti, nadpozitivno pravo ima i tu prednost što su njegovi principi često unijeti u sam ustav, ili ustav upućuje na njih kao na mjerilo ustavnosti. Osim toga propisi nadpozitivnog prava imaju viši rang od svih pozitivnih, pa i ustavnih propisa. Oni su neka vrsta apsolutnog pravnog poretku sa kojim svi pozitivni propisi moraju biti saglasni da bi bili zakoniti. Stoga se pri utvrđivanju ustavnosti nekog državnog akta ispituje ne samo njegova saglasnost sa pozitivnim ustavnim odredbama, nego i sa propisima nadpozitivnog prava, prema kojima i sama ustavna odredba, a ne samo zakon, može biti neustavna.

¹¹⁰ ibid.

¹¹¹ ibid.

5. Metode tumačenja u odlukama Ustavnog suda

Što se tiče metoda tumačenja, treba reći da se u pozadini ponovo nalazi problem odnosa Ustavnog suda i zakonodavstva, tj. *ustavnog zakonodavca* Mirovnog sporazuma. Vrlo brzo nakon početka donošenja prvih odluka Ustavnog suda u septembru 1997. godine, postavio se principijelan problem u predmetu broj U 1/98¹¹², povodom ispitivanja aktivne legitimacije kopredsjedavajućeg Vijeća ministara, Harisa Silajdžića, ustavno-konformnog tumačenja Ustava BiH u svjetlu hijerarhije normi. Tako, član V/4. Ustava BiH predviđa jednog predsjedavajućeg, dok tadašnji Zakon o vijeću ministara nije predvidio jednog predsjedavajućeg nego dva kopredsjedavajuća, koja bi se, na osnovu principa etničke podjele ministarskih mjeseta, sedmično rotirala u predsjedavanju. Tako se u konkretnom slučaju postavilo pitanje da li samo jedan od dva kopredsjedavajuća može, na osnovu člana VI/3.a) Ustava BiH, podnijeti zahtjev za apstraktnu kontrolu ustavnosti ili to mogu samo oba zajedno.

Na osnovu činjenice da je ovaj predmet bio odlučen tijesnom većinom od 5 : 4 u njemu se razlikovalo, s jedne strane, *jednostavno rješenje*, po kojem bi se Ustav tumačio na osnovu običnih zakona i, s druge strane, princip funkcionalno-konformnog tumačenja Ustava. U pomenutoj odluci je navedeno: "Interpretacija Ustava na osnovu podustavnih odredbi može biti varijanta načela tumačenja koje zahtijeva saglasnost svih podustavnih propisa sa Ustavom, jer postoji pravna hijerarhija zasnovana na supremaciji Ustava prema članu III/3.b) Ustava BiH. Iz toga slijedi opće načelo tumačenja prema kome se svi zakoni i drugi propisi pod kontrolom smatraju da su usaglašeni sa Ustavom. Međutim, primjena ovog općeg načela tumačenja pri kontroli ustavnosti zakona i drugih propisa mora se razlikovati od ovog predmeta, jer nema zahtjeva za ocjenu ustavnosti

¹¹² Odluka Ustavnog suda broj U 1/98. - "Službeni glasnik BiH", broj 22/98

Zakona o Vijeću ministara BiH i ministarstvima BiH. Nasuprot tome, postavlja se pitanje tumačenja Ustava na osnovu podustavnog zakona, što bi obrnulo pravnu hijerarhiju iz člana III/3.b) Ustava BiH.

Nadalje, tumačenje da postoji zajednička odgovornost oba kopredsjedavajuća moglo bi blokirati mogućnost pokretanja spora pred Ustavnim sudom, kad se oni ne saglase. Prema tome, ovo tumačenje bi moglo imati za posljedicu da ni jedan kopredsjedavajući ne može izvršiti ovu nadležnost, što bi bilo kršenje načela efikasnosti iz člana VI/3. Ustava BiH koje glasi: 'Ustavni sud će podržavati ovaj Ustav'.

Dakle, ako načelo tumačenja koje zahtijeva saglasnost podustavnih akata s Ustavom ima za posljedicu *besmislene* rezultate ili u slučaju ovog prethodnog pitanja, koje dovodi u sumnju ustavnost Zakona o Vijeću ministara BiH i ministarstvima BiH, iako pokretač spora nije zahtijevao ocjenu njegove ustavnosti, onda će imati prednost drugo načelo tumačenja, tj. načelo tumačenja funkcionalne saglasnosti sa Ustavom BiH. Prema općem pravnom načelu, ustavno pravo ima funkciju temeljnog pravnog porekla za zajednički život u državi i društvu.

Prema ovoj funkciji, ustav u formalnom smislu ima veću pravnu snagu od zakona i drugih općih pravnih akata i mora biti, po pravilu, mijenjan u parlamentu samo kvalifikovanom većinom. Iz izloženog slijedi, kao načelo tumačenja, da se tumačenjem ne smije zaobilaziti funkcija ustava. U slučaju sumnje, dakle, ne može se ustav tumačiti na takav način da zakonodavac može postići svoje ciljeve bez amandmana na ustav¹¹³ ."

Iako je Haris Silajdžić povukao svoj zahtjev, tako da Ustavni sud nije bio u stanju da odlučuje u meritumu stvari, Ustavni sud je izrazio osno-

¹¹³ Adamovich, K. Ludwig; Bernd-Chr. Fund: *Österreichisches Verfassungsrecht*. - 3. izd. - Beč ; New York, 1985

vanu sumnju u ustavnu usaglašenost Zakona o Vijeću ministara BiH, na osnovu čega je Zakon promptno poništen. U odluci Ustavnog suda broj U 1/99¹¹⁴, Ustavni sud je proglašio, na osnovu *etničkih razmišljanja*, odredbe o uvođenju kopredsjedavajućih, kao i o uvođenju, Ustavom BiH, nepredviđenog potpredsjednika, koji još, pri tome, ima pravo postavljanja ministara iz reda istog naroda, protivustavnim.

Politički značajan, ali značajan i sa tačke gledišta daljnog razvoja ustavno-dogmatske problematike, bio je predmet U 5/98¹¹⁵. Povod predmetu bio je zahtjev tadašnjeg predsjedavajućeg Predsjedništva, Alije Izetbegovića, da se više od 20 mjesta entitetskih ustava ispita na osnovu Ustava BiH. Uprkos odluci Ustavnog suda¹¹⁶, entiteti nisu u potpunosti ispunili obaveze iz odluke Ustavnog suda u roku od 6 mjeseci, koliko im je dato da dovedu ustave, na osnovu člana XII/2, u saglasnost sa Ustavom BiH. Politički najsenzibilniji problem, pri tome, bio je navod podnosioca zahtjeva da član 1. entitetskih ustava, kao i preambula Ustava Republike Srpske, koja je manje-više govorila o izvođenju državnog suvereniteta na osnovu prava na samoopredjeljenje, nisu u saglasnosti sa preambulom Ustava BiH. Ova preambula garantira *Bošnjacima, Hrvatima i Srbima kao konstitutivnim narodima* ista prava na cijeloj teritoriji Bosne i Hercegovine. U tom kontekstu pobijene su i odredbe koje srpski jezik u Republici Srpskoj, a bosanski i hrvatski u Federaciji Bosne i Hercegovine, proglašavaju oficijelnim jezicima, te odredbu koja privilegira ortodoksnu crkvu u Republici Srpskoj. Osim toga, pobijane su

¹¹⁴ Odluka Ustavnog suda broj U 1/99, "Službeni glasnik BiH" broj 16/99.

¹¹⁵ Odluka je objavljena u četiri djelimične odluke, objavljene u "Službenom glasniku BiH", br. 11/00, 17/00, 23/00 i 36/00

¹¹⁶ Kako u pravno-političkoj diskusiji o sprovodenju odluke Ustavnog suda, tako i u naučnoj literaturi, do sada se obratila politička i pravna pažnja samo u pogledu na treću djelimičnu odluku o "konstitutivnim narodima". Druge djelimične odluke nisu pobudile pažnju u javnosti. Uporedi Stahn, Carsten. *Die verfassungsrechtliche Pflicht zur Gleichstellung der drei ethnischen Volksgruppen in den bosnischen Teilrepubliken – Neue Hoffnung für das Friedensmodell von Dayton?* Osvr na treću djelimičnu odluku Ustavnog suda Bosne i Hercegovine dat je u: ZAORV 2000.663 ff i Šarčević, Edin: *Verfassungsgabe und kontitutives Volk.* - posebno str. 501 ff

i odredbe koje regulišu pitanje postavljanja oficira od strane entitetskih predsjednika, postavljanje i slanje diplomatskog i konzularnog personala, više odredbi Ustava Republike Srpske koje regulišu državno, tj. društveno vlasništvo, zabranu protjerivanja građana, pojam *granice* kao oznaku za međuentitetsku liniju, katalog ljudskih prava i sloboda, kao i određuju *klauzulu vanrednog stanja*, na osnovu kojeg organi Republike Srpske mogu donijeti jednostrane mjere kako bi u vanrednim okolnostima branili prava tog entiteta.

Već kod pitanja da li se preambula Ustava BiH može uzeti kao osnova ispitivanja, predstavnici Narodne skupštine Republike Srpske su pozivajući se na teoriju Hansa Kelzena prigovorili da preambula nema normativan karakter. Oni su bili mišljenja da preambula ima više programsko-deklarativen karakter. Suprotno tome, većina članova Ustavnog suda bila je mišljenja da preambula Ustava BiH ima normativni karakter, te se može posmatrati kao akt koji kroz cijeli Ustav sadrži normativne principe i vrijednosti. Tako, na primjer, formulacija preambule "da promovišu opštu dobrobit i ekonomski razvoj kroz zaštitu privatnog vlasništva i promociju tržišne ekonomije" u vezi sa odredbom člana I/4. Ustava, koji postulira "punu slobodu kretanja lica, roba, usluga i kapitala kroz Bosnu i Hercegovinu" predstavljala je pravnu osnovu da se pojma društvene imovine, koji potiče još iz perioda komunističkog samoupravljanja, proglaši protivustavnom, jer u procesu privatizacije sprečava "promociju tržišne ekonomije", kako je to navedeno u preambuli.

Pored toga, postavilo se generalno pitanje kod tumačenja osnovnih prava, da li se ona trebaju posmatrati kao klasična, liberalna, odbrambena prava ili im, štaviše, pripada određeni normativni sadržaj. Upravo, u pogledu sudske prakse Evropskog suda za ljudska prava i pitanja ograničavanja prava na imovinu iz člana 1. protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju,

a koje štiti samo postojeću imovinu, a ne i pravo na sticanje imovine, većina sudija je vidjela pravo na imovinu iz člana II/3.k. Ustava BiH ne samo kao subjektivno odbrambeno pravo, nego – upravo na liniji postupka apstraktne kontrole normi – kao institucionalnu garanciju. Osim toga, suština tumačenja osnovnih prava uključuje kako negativnu tako i pozitivnu obavezu zaštite, posebno u odnosu na poštivanje imovinskih prava iz člana 1. Protokola 1 uz Evropsku konvenciju, odnosno člana II/3.k) Ustava BiH.

Za obnovu Bosne i Hercegovine je pitanje povratka jedno veoma važno pitanje. Tako člana II/5. Ustava BiH propisuje posebno pravo povratka izbjeglica i internu protjeranih kao i pravo na imovinsku restituciju. Od posebnog značaja u ovom smislu je i *expressis verbis* ukazivanje na Aneks 7. koji sadrži čitav niz pozitivnih obaveza zaštite kao i naredbi na činjenje afirmativnih akcija. Prema članu I/3. i općoj obavezi zaštite "strane će preduzeti sve neophodne korake za sprečavanje aktivnosti unutar svojih teritorija koje bi ometale ili sprečavale bezbijedan dobrovoljan povratak izbjeglica ili raseljenih lica", koja se kasnije konkretizuje.

"...

- ukidanje unutrašnjeg zakonodavstva i administrativnih praksi sa diskriminacijskom namjerom ili efektom;
- prevencija i promptno potiskivanje bilo kakvog pisanog ili verbalnog poticaja, putem medija ili drugačije, etničkog ili religioznog neprijateljstva;
- širenje putem medija, upozorenje protiv i promptno suzbijanje akata odmazde putem vojnih, paravojnih i policijskih službi ili od strane drugih zvaničnika ili drugih privatnih lica; ..."

Pored toga. Član II/1. propisuje da se "strane obavezuju da stvore na

svojim teritorijama političke, ekonomске i društvene uslove koji pridonose dobrovoljnmu povratku i harmoničnoj reintegraciji izbjeglica i raseljenih lica, bez preferiranja bilo koje posebne grupe". Time nije samo došao do izražaja državni cilj za uspostavljanje jednog multietničkog društva, koje je postojalo do početka rata 1992. godine. Ova odredba se, štaviše, treba tumačiti kao nalog zakonodavcu.

Od posebnog značaja u ovom kontekstu jeste pojam *okvirnog zakona*. Ustav BiH sam ne poznaje pojam okvirnog zakona. Prvi put je ova zakonska forma upotrijebljena kroz odluku Visokog predstavnika Karlosa Vestendorpa u pogledu privatizacije¹¹⁷. Ona je prihvaćena od strane Ustavnog suda radi dobivanja ustavnopravne osnove za integraciju privrede, a samim tim i same države. Ovo je u drugoj i četvrtoj djelimičnoj odluci predmeta U 5/98 u dva argumentaciona koraka utemeljeno: protivno zastupnicima Republike Srpske u tom predmetu, prema kojima sve nadležnosti koje nisu izričito nabrojane u članu III/1. Ustava pripadaju entitetima, Ustavni sud je putem sistematskog tumačenja donio zaključak da državnim organima, svakako, mogu pripadati i druge nadležnosti i, pri tome, ukazao na katalog ljudskih prava¹¹⁸:

"Član II/3. stoga, daje opću kompetenciju zajedničkim institucijama BiH za regulisanje svih pitanja pobrojanih u katalogu ljudskih prava, koja se ne mogu prepustiti isključivo entitetima, jer zaštita mora biti garantovana 'svim licima na teritoriji BiH'."

U tom smislu tumačena je i odredba člana I/4. Ustava BiH, koja propisuje slobodu kretanja roba, ljudi, usluga i kapitala u cijeloj Bosni i Hercegovini, te entitetima zabranjuje da ih ograničava. Na ovim osnovama

¹¹⁷ Vidjeti *Okvirni zakon o privatizaciji preduzeća i banaka u Bosni i Hercegovini*. - "Službeni glasnik BiH", broj 14/98.

¹¹⁸ *Bosnia and Herzegovina, Essential texts*. - 2nd revised and updated ed. - OHR

nadležnosti dalje su se razvijali specifični nalozi u polju zakonodavstva. Iz prethodno navedenih odredbi je Ustavni sud izveo zaključak da je za jednu funkcionalnu privredu, koja se zasniva na ovim slobodama i institucionalnim garantima privatnog vlasništva, neophodno da, kako država, tako i entiteti izglasaju određene okvirne zakone, koji bi bili adekvatan odgovor na ovaj ustavni nalog. To se tiče, prije svega, državnog Parlamenta, koji mora izglasati okvirni zakon koji bi garantovao u cijeloj Bosni i Hercegovini minimum privatnog prava. S druge strane, entiteti bi bili odgovorni da ovakve okvirne zakone dalje razrade.

Jedan drugi primjer zakonodavnog naloga potiče iz četvrte djelimične odluke u predmetu U 5/98 u pogledu uvođenja srpskog, tj. bosanskog i hrvatskog službenog jezika u dotičnim entitetima. U tom smislu, odluka je predviđela usvajanje okvirnih zakona, koji bi ponudili minimum prava zaštite jezika tzv. konstitutivnih naroda, kao i jezička prava nacionalnih manjina. Pri tome se čak u detalje propisuje kako se različiti nivoi zaštite Evropske povelje za regionalne jezike i jezike manjina iz 1992. godine ostvaruju u jednom takvom okvirnom zakonu.

IX. NADLEŽNOST USTAVNOG SUDA

Suštinsko pitanje koje se postavlja u okviru razmatranja ove teme je davanje odgovora na pitanje o opsegu tumačenja Ustava BiH od strane Ustavnog suda kao i pružanje odgovora na pitanje da li je Ustavni sud nadležan da ocjenjuje kompatibilnost Ustava BiH sa Evropskom konvencijom, odnosno da li je nadležan da utvrdi da u okviru samog Ustava BiH postoje odredbe koje su postavljene na više hijerarhijsko mjesto u okviru jednog ustava.

Opseg tumačenja Ustava BiH od strane Ustavnog suda

Ustavni sud ispunjava dva osnovna zadatka ustavnog sudstva: zaštitu ustavnosti i institucionalni garant zaštite ljudskih prava i sloboda. Da bi se objasnilo institucionalno mjesto Ustavnog suda naspram internacionalnih institucija i drugih organa države, mora se objasniti još jedno prethodno pitanje kompletognog pravnog sistema koji je stvoren Mirovnim sporazumom. Koliko daleko ide nadležnost Ustavnog suda iz člana VI/3. u smislu da će, kako je to navedeno "podržavati ovaj Ustav"?

Ustavni sud mora biti pravedni i pouzdani zaštitnik Ustava BiH, njegovih vrijednosti i ljudskih prava. Dosta je pitanja koja proizilaze iz Ustava BiH koja treba da budu rasvijetljena, a tumačenje Ustavnog suda je jedino mjerodavno i kompetentno.

Ustav BiH je povjerio Ustavnom суду značajnu i odgovornu ulogu zaštite ustavnosti na cijeloj teritoriji države. Pored uloge nezavisnog čuvara ustava, Ustavni sud se pojavljuje ne samo kao institucionalni garant za zaštitu prava i sloboda ustanovljenih članom II Ustava BiH, već i garant svim instrumentima Aneksa I Ustava BiH i drugim međunarodnim

dokumenatima. Ustavni sud je nezavisna institucija u odnosu na ostale tri grane vlasti; zakonodavnu, izvršnu i sudsку vlast. Niti je Ustavni sud postavljen iznad njih, niti je ostavljen kao funkcionalni ili operativni dio njih. Klasična funkcija Ustavnog suda je da štiti Ustav BiH, a time i jedinstvo ukupnog ustavno-pravnog poretka. Kao dodatna potvrda o ulozi ustavnog suda kao garanta ustavno-pravnog poretka, Ustavni sud ima nadležnost da ispita ustavnost odluka entiteta o uspostavi specijalnih paralelnih odnosa sa susjednim državama. Ustavni sud je jedna od najodgovornijih institucija sistema koji predstavlja dodatni mehanizam zaštite i osigurava dosljedno poštivanje ljudskih prava u skladu sa međunarodnim konvencijama i ostalim međunarodnim dokumentima.

Nadležnost Ustavnog suda je prvenstveno utvrđena u članu VI/3. Ustava BiH.

Član VI/3. Ustava BiH¹¹⁹ glasi:

"Ustavni sud će podržavati ovaj Ustav.

a) Ustavni sud je jedini nadležan da odlučuje o bilo kojem sporu koji se javlja po ovom Ustavu između dva entiteta, ili između Bosne i Hercegovine i jednog ili oba entiteta, te između institucija Bosne i Hercegovine, uključujući, ali ne ograničavajući se na to:

- Da li je odluka entiteta da uspostavi poseban paralelan odnos sa susjednom državom u skladu sa ovim Ustavom, uključujući i odredbe koje se odnose na suverenitet i teritorijalni integritet Bosne i Hercegovine.

- Da li je bilo koja odredba ustava ili zakona jednog entiteta u skladu sa ovim Ustavom.

Sporove može pokrenuti član Predsjedništva, predsjedavajući Vijeća ministara, predsjedavajući, ili njegov zamjenik, bilo kojeg doma Parla-

¹¹⁹ ibid.

mentarne skupštine; jedna četvrtina članova/delegata bilo kojeg doma Parlamentarne skupštine, ili jedna četvrtina članova bilo kojeg doma zakonodavnog organa jednog entiteta.

b) Ustavni sud također ima apelacionu nadležnost u pitanjima koja su sadržana u ovom Ustavu, kada ona postanu predmet spora zbog presude bilo kojeg suda u Bosni i Hercegovini.

c) Ustavni sud je nadležan u pitanjima koja mu je proslijedio bilo koji sud u Bosni i Hercegovini u pogledu toga da li je zakon o čijem važenju njegova odluka ovisi, kompatibilan sa ovim Ustavom, sa Evropskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i njenim protokolima, ili sa zakonima Bosne i Hercegovine, ili u pogledu postojanja ili domaćaja nekog opštег pravila međunarodnog javnog prava koje je bitno za odluku suda."

Iz stava 1. člana VI/3. Ustava BiH, prema kojem "Ustavni sud će podržavati ovaj Ustav", proizilazi princip efektivnosti cijelog teksta Ustava BiH. To znači da Ustavni sud crpi svoju nadležnost i iz drugih odredbi Ustava BiH kao cjeline. Tako u smislu člana IV/3.f) Ustava BiH "kada većina bošnjačkih, hrvatskih ili srpskih delegata stavi primjedbu na pozivanje na tačku e), Predsjedavajući Doma naroda će odmah sazvati Zajedničku komisiju [...] Ukoliko to Komisija ne uspije u roku od pet dana, predmet se upućuje Ustavnom суду koji će po hitnom postupku preispitati proceduralnu ispravnost slučaja".

Prema članu I/2. Ustava BiH "Bosna i Hercegovina je demokratska država zasnovana na vladavini prava i na osnovu slobodnih i demokratskih izbora". U smislu člana II/1. Ustava BiH "Bosna i Hercegovina i oba entiteta će osigurati najviši nivo međunarodno priznatih ljudskih prava i osnovnih sloboda". U članu II/2. Ustava BiH je propisano "prava i slobode predviđeni u Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava

i osnovnih sloboda i u njenim protokolima se direktno primjenjuju u Bosni i Hercegovini", dok prema članu III/3.b) Ustava BiH "entiteti i sve njihove administrativne jedinice će se u potpunosti pridržavati ovog Ustava [...] Opšta načela međunarodnog prava su sastavni dio pravnog poretka Bosne i Hercegovine i entiteta", iz čega slijedi hijerarhija zasnovana na supremaciji Ustava BiH i opće načelo tumačenja prema kojem ustavi entiteta, svi zakoni i drugi propisi moraju biti u skladu sa Ustavom BiH, a samim tim i sa Evropskom konvencijom i općim načelima međunarodnog prava. Dakle, *besmislen* bi bio zahtjev da ustavi entiteta i svi zakoni budu u skladu sa Ustavom BiH, ukoliko taj Ustav ne bio bio u skladu sa Evropskom konvencijom i općim načelima međunarodnog prava. Isto takva bi bila i nadležnost Ustavnog suda iz člana VI/3.a) i c) Ustava BiH, kada ne bi imao i nadležnost da ispita da li je Ustav BiH u skladu sa Evropskom konvencijom i općim načelima međunarodnog prava, prema *argumentum a minori od maius*. Koliki je značaj u Ustavu BiH dat ljudskim pravima i osnovnim slobodama, odnosno Evropskoj konvenciji i drugim međunarodnim sporazumima iz Aneksa I, proizilazi i iz člana X/2. Ustava BiH, prema kojem "nijednim amandmanom na ovaj Ustav ne može se eliminisati, niti umanjiti bilo koje od prava i sloboda iz člana II ovog Ustava niti izmijeniti ova odredba". Ova odredba Ustava BiH ukazuje i na posebnu hijerarhijsku supremaciju odredbi o ljudskim pravima u odnosu na sve druge odredbe.

Za razliku od ustava mnogih drugih zemalja, Ustav BiH je sastavni dio jednog međunarodnog sporazuma. Stoga se Bečka konvencija o pravu međunarodnih ugovora, koja utemeljuje opći princip međunarodnog prava, a ti principi su prema članu III/3.b) Ustava BiH "sastavni dio pravnog poretka Bosne i Hercegovine i entiteta", mora primjenjivati u tumačenju svih njegovih odredbi, uključujući i Ustav BiH.

U Bečkoj konvenciji o pravu međunarodnih ugovora, relevantne odredbe glase:

"Član 31.

Opće pravilo o tumačenju

Ugovor se mora tumačiti u dobroj vjeri, prema uobičajenom smislu izraza iz ugovora u njihovu kontekstu i u svjetlu predmeta i svrhe ugovora. zajedno sa kontekstom, vodit će se računa:

...

c) o svakom mjerodavnom pravilu međunarodnog prava primjenjivom na odnose između stranaka.

...

Član 33.

Tumačenje ugovora kojih je vjerodostojnost teksta utvrđena na dva ili više jezika. Ako je vjerodostojnost teksta ugovora utvrđena na dva ili više jezika, njegov je tekst jednako mjerodavan na svakom od tih jezika, osim ako ugovor određuje ili se stranke sporazumiju da u slučaju neslaganja prednost ima jedan određeni tekst¹²⁰."

Pitanje je da li je ustavotvorac u vrijeme donošenja ustava mogao predvidjeti sve dimenzije funkcija Ustavnog suda. Ta nepredvidljivost se često povezuje sa problematikom nadležnosti Ustavnog suda. Ako bi ustavotvorac detaljno propisao uvjete za donošenje odluke Ustavnog suda, postavlja se pitanje da li bi se na taj način ograničile mogućnosti djelovanja Ustavnog suda. Otuda tekst u članu VI/3. Ustava BiH

¹²⁰ Konvencija je usvojena 22. maja 1969. godine i otvorena je za potpis 22. maja 1969. godine od strane Konferencije Ujedinjenih nacija za pravo ugovora. Konferencija je uspostavljena na osnovu Rezolucije Ujedinjenih nacija 2166 (XXI) od 5. decembra 1966. godine i 2287 (XXII) od 6. decembra 1967. godine. Konferencija je održala dvije sjednice, obje u Neue Hofburg u Beču. Prva sjednica je održana od 26. marta do 24. maja 1968. godine, a druga od 9. aprila do 22. maja 1969. godine. Konferencija je usvojila Final Act i utvrdila deklaracije i rezolucije koje su pridodate tom Aktu. Jednoglasnom odlukom Konferencije, originalni Final Act je pohranjen u arhivi Federalnog ministarstva vanjskih poslova Austrije. Konvencija je stupila na snagu 27. januara 1980. godine u skladu sa članom 84(1). Tekst Konvencije je dostupan u: *United Nations, Treaty Series*. - vol. 1155. - p. 331

"uključujući ali ne ograničavajući se na to". Prema tome, Ustavni sud ima određenu fizionomiju koju je zamislio ustavotvorac i koja je na neki način fiksirana odredbama Ustava BiH koje predstavljaju pravni osnov postojanja i funkcionisanja Ustavnog suda. Međutim, u kojoj će mjeri određeni ustavni sud uspijeti da ostvaruje ciljeve zbog kojih je formiran, predmet je stalnih ocjena, kritika i prijedloga u kom bi pravcu trebalo takav sistem kontrole ustavnosti i zakonitosti dalje usavršavati.

U svojoj jurisprudenciji Ustavni sud je već bio u prilici da tumači svoju nadležnost. Tako su, *inter alia*, donesene slijedeće odluke, a čiji su citati navedeni u dalnjem tekstu:

"Ustavni sud nadležan je da ispituje da li je presuda (odluka) ustavnog suda entiteta u saglasnosti sa Ustavom BiH¹²¹."

"Ustavni sud je nadležan za ocjenu ustavnosti zakona koji je donio Visoku predstavnik, supstituirajući domaće vlasti¹²². "

"Ustavni sud ima apelacionu nadležnost nad presudama 'bilo kojeg suda u Bosni i Hercegovini', ne samo u slučaju donošenja presude, već i u slučaju kada se sudska odluka ne doneše u razumnom roku¹²³."

"Ustav BiH se tumači u kontekstu drugih aneksa Mirovnog sporazuma Ustavnog suda¹²⁴."

"Ustavni sud ima nadležnost da u postupku iz apelacione jurisdikcije izvrši i konkretnu ocjenu 'kvaliteta zakona', odnosno njegove usklađenosti sa

¹²¹ Vidjeti odluku Ustavnog suda, broj U-5/99 od 3. decembra 1999. godine

¹²² Vidjeti odluku Ustavnog suda, broj U-9/00 od 3. novembra 2000. godine

¹²³ Vidjeti odluku Ustavnog suda, broj U-23/00 od 2. februara 2001. godine

¹²⁴ Vidjeti odluku Ustavnog suda, broj U-32/01 od 22. juna 2001. godine

aspekta standarda utvrđenih u Evropskoj konvenciji, u smislu člana VI/3.
b) Ustava BiH, ako je to potrebno¹²⁵."

Ustavni sud je zauzeo stav da je, kao institucija koja podržava Ustav BiH, nadležan da preispituje sve akte, bez obzira na donosioca, ako je pitanje pokrenuto prema jednoj od nadležnosti Ustavnog suda prema članu VI/3. Ustava BiH. S druge strane, postoji obaveza svih državnih organa u Bosni i Hercegovini da primjenom prava i principa iz Evropske konvencije preispituju sve akte koji mogu dovesti do kršenja pojedinačnih prava i osiguraju njihovu zaštitu od eventualnih povreda.

U skladu sa argumentacijom o ljudskim pravima, može se reći da Ustavni sud može, kad god je to moguće, interpretirati svoju jurisdikciju na način da dozvoli najširu mogućnost otklanjanja posljedica kršenja tih prava. U pitanju kompatibilnosti npr. čl. IV/1. i V/1. Ustava BiH i Evropske konvencije, postavlja se pitanje da li bi Ustavni sud bio nadležan da razriješi konflikt Ustava BiH i Evropske konvencije.

Isključivo jezičko tumačenje člana VI/3.a) Ustava BiH nije dostačno, jer bi se po tom tumačenju iz npr. određenja "bilo koja odredba ustava ili zakona jednog entiteta", moglo zaključiti da zakoni Bosne i Hercegovine ne podliježu kontroli ustavnosti, a poznato je da je Ustavni sud već donio odluke o ustavnosti niza zakona Bosne i Hercegovine. Isto tako, kada se posmatra član VI/3.a) Ustava BiH proizilazi da je standard kontrole samo "*u skladu sa ovim Ustavom*", ali je standard kontrole svakako i Evropska konvencija, njeni protokoli i međunarodni sporazumi koji su sastavni dio Ustava BiH, kako je to eksplicitno navedeno u članu VI/3.c) Ustava BiH.

¹²⁵ Vidjeti odluku Ustavnog suda, broj U-106/03 od 26. oktobra 2004. godine

Kada se traži odgovor na pitanje koje su bile namjere ustavotvorca u domenu utvrđivanja nadležnosti Ustavnog suda, treba uzeti u obzir činjenicu da je Ustav BiH nastao pod dominantnim utjecajem *američke pravne škole*. Nadležnost Ustavnog suda u smislu odrednice "Ustavni sud će podržavati ovaj Ustav" i cjelokupnog člana VI/3. Ustava BiH je potrebno posmatrati u svjetlu internacionalizacije ukupnog domaćeg prava i uloge Ustavnog suda. Internacionalizacija domaćeg prava, kao opći princip, proizilazi iz Ustava BiH i položajem Evropske konvencije i drugih međunarodnih sporazuma. U tom smislu je internacionalizacija domaćeg prava u funkciji njegovog ukupnog oblikovanja prema međunarodnim standardima. Pored toga, bilo bi pogrešno tumačiti nadležnosti Ustavnog suda isključivo u pogledu isključivih nadležnosti utvrđenih u članu IV/3.f) i članu VI. Ustava BiH, jer Ustavni sud, "podržavajući Ustav", svoje nadležnosti mora crpiti i iz drugih ustavnih odredbi. Primjenom takvog prisupa, pri tumačenju usklađenosti općih i pojedinačnih pravnih akata, bez obzira na njihovu pravnu snagu, Ustavni sud mora svoje nadležnosti posmatrati, između ostalog, i u svjetlu principa da je "Bosna i Hercegovina demokratska država" ili da je "zasnovana na vladavini prava" i "slobodnim izborima", odnosno da je garantovana "sloboda kretanja roba, osoba, kapitala i usluga", jer to su principi koji se po svom sadržaju, na neki način, postavljaju iznad drugih ustavnih odredbi. Kao potvrda ovoj tvrdnji može se postaviti i pitanje šta bi se desilo ukoliko bi, recimo, način donošenja odluka u zakonodavnom tijelu, bio suprotan ostvarenju principa *demokratije, vladavine prava* ili poštivanju ljudskih prava? Ili da budem još preciziji, šta bi se desilo ukoliko bi Ustav BiH bio amandmanski izmijenjen na način da uvede smrtnu kaznu? Konačno, kako se ovaj rad ne bi bazirao na spekulacijama, način na koji je utvrđen izbor delegata u Dom naroda Parlamentarne skupštine Bosne i Hercegovine i članova Predsjedništva Bosne i Hercegovine će biti analiziran sa aspekta Evropske konvencije u narednom poglavlju.

Cjelokupne odredbe člana VI/3. Ustava BiH služe za zaštitu Ustava BiH, a njegov zaštitnik je Ustavni sud. Zaštita Ustava BiH, u okviru međunarodnih standarda, znači upravo to da bilo koja njegova odredba, kao što to važi i da "bilo koja odredba ustava ili zakona jednog entiteta", ne smiju biti u konfliktu sa Evropskom konvencijom.

Prema svemu navedenom, s obzirom na položaj Evropske konvencije u pravnom sistemu Bosne i Hercegovine, ne bi bila dopustiva situacija u kojoj bi postojao konflikt između pojedinih odredbi Ustava BiH i Evropske konvencije. S druge strane, dajući tumačenje svoje nadležnosti iz člana VI/3.a) Ustava BiH, u skladu sa naprijed navedenim načelima, može se zaključiti da Ustavni sud jeste nadležan *ratione materiae* ispitati da li postoji konflikt između pojedinih odredbi Ustava BiH i Evropske konvencije. Slijedeći logičan slijed, nameće se pitanje supremacije Evropske konvencije u odnosu na Ustav BiH.

X. ODNOS USTAVA BiH I EVROPSKE KONVENCIJE KAO USTAVNOG PRINCIPIA

Da li je Evropska konvencija kao ustavni princip nadređen drugim ustavnim odredbama, odnosno da li postoji prvenstvo primjene Evropske konvencije u odnosu na druge ustavne odredbe?

U preambuli Ustava BiH, u engleskoj verziji, je navedeno da je Ustav BiH napisan na bosanskom, srpskom, hrvatskom i engleskom jeziku i da su sva četiri jezika autentična. Dakle, u tumačenju odredbi ovog sporazuma i sve četiri jezičke verzije bi trebale imati jednak značaj. Međutim, s obzirom da nikada u službenim glasilima nisu objavljene verzije Ustava BiH na službenim jezicima – bosanskom, srpskom i hrvatskom, kao autentična mora se prihvati jedino engleska verzija teksta. U engleskoj, dakle jedinoj autentičnoj verziji, u članu II/2. Ustava BiH¹²⁶, navedeno je:

"The rights and freedoms set forth in the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and its Protocols shall apply directly in Bosnia and Herzegovina. These shall have priority over all other law".

Prostim, gramatičkim tumačenjem je vrlo lako doći do zaključka o značenju pojma "over all other law", da se Evropska konvencija u pravnom poretku Bosne i Hercegovine nalazi iznad cjelokupnog prava u Bosni i Hercegovini, a time i iznad Ustava BiH kao jednog dijela ukupnosti pravnog porekla jedne države. U prilog ovakvom tumačenju ide i činjenica da je recimo u članu 3. tačka 3/b Ustava BiH navedeno: "the general principles of international law shall be an integral part of the law of Bosnia and Herzegovina and the Entities", što se prevodi tako da

¹²⁶ *Bosnia and Herzegovina, Essential texts.* - 2nd revised and updated ed. - OHR

glasí "opšta načela međunarodnog prava su sastavni dio pravnog poretka Bosne i Hercegovine i entiteta". Ovdje se dakle riječ *law* prevodi kao pravni poredak, a radi se o sličnom kontekstu kao što je to u članu II/2. Ustava BiH. U članu I/2. Ustava BiH se također navodi: "Bosnia and Herzegovina shall be a democratic state, which shall operate under the rule of law and with free and democratic elections" gdje pojam "rule of law" sasvim izvjesno označava dobro poznati pojam "vladavine prava" koji se često potpuno pogrešno prevodi i kao "vladavina zakona".

Nadalje, Ustav BiH se mora posmatrati kao jedna cjelina čiji su dijelovi međusobno usko povezani i pojedine odredbe ne mogu biti odvojeno tumačene bez komplementarnog značenja drugih odredbi. Tako npr. ranije navedeni član I/2. utvrđuje da će Bosna i Hercegovina biti demokratska država zasnovana na vladavini prava i slobodnim izborima. Ova odredba stvara obavezu kreiranja državne strukture koja može izdržati test koji postavlja obaveza uspostave vrhunskih principa — demokratske države, vladavine prava i slobodnih izbora u smislu koji ti pojmovi imaju u razvijenim demokratskim državama sa dugogodišnjom praksom uspostave tih principa. Iako se ne može govoriti o međusobnoj supremaciji pojedinih ustavnih odredbi, Ustavom BiH su utvrđeni temeljni principi na kojima počiva država, a koji su, između ostalog, izraženi u preambuli Ustava BiH.

Sličan je slučaj i sa obavezom poštivanja ljudskih prava, kako je to utvrđeno u ranije citiranom članu II/2. Ustava BiH u odnosu na položaj Evropske konvencije u ustavnopravnom poretku Bosne i Hercegovine. Ovakva formulacija Evropsku konvenciju svrstava u osnovni stup ustavnog poretka u Bosni i Hercegovini i predstavlja *Supreme Law of the Land* jer *svako drugo pravo* predstavlja cjelovitost pravnog sistema uključujući i ustavno pravo. Time je Evropskoj konvenciji data veća pravna snaga od samog Ustava BiH.

Dodatni argument predstavlja i tekst člana X. Ustava BiH koji utvrđuje postupak amandmanske izmjene Ustava BiH ali u članu X/2. utvrđuje da se nijednim amandmanom na Ustav BiH ne može eliminisati, niti umanjiti bilo koje od prava i sloboda iz člana II. Ustava BiH, niti izmjeniti ova odredba. Time je član II. Ustava BiH postao jedini član Ustava BiH kojim se ne smiju ni na koji način izmjeniti niti reducirati ljudska prava koja on štiti. Nadalje, pozicija principa zaštite ljudskih prava je dodatno ojačana i čl. II/6. i II/8. Ustava BiH u kojima se utvrđuje obaveza svih sudova, ustanova i organa vlasti, bez obzira da li se radi o državnim, entitetskim ili unutar-entitetskim vlastima, da primjenjuju ljudska prava i osnovne slobode iz Evropske konvencije. Osim toga, utvrđena je obaveza saradnje lokalnih vlasti sa međunarodnim mehanizmima za zaštitu ljudskih prava.

U pogledu formulacije o *direktnoj primjenjivosti* Evropske konvencije u Bosni i Hercegovini, može se reći da se radi o odredbi koja dopušta neposrednu primjenu prava sadržanih u njoj, od strane sudova u Bosni i Hercegovini i to bez donošenja naknadnih akata za njihovu provedbu. Istovremeno suština pojma *direktne primjenjivosti* je da se zabrani državnim organima da na bilo koji način sprečavaju primjenu tih prava ili da ta prava pretvaraju u nacionalno pravo i prikrivaju njihov pravi izvor i značenje. Takav bi bio slučaj sa Ustavom BiH, pošto on u članu II/3. navodi prava koja su gotovo identična pravima iz Evropske konvencije ali *ustavotvorac* je ipak, i pored te činjenice, Evropskoj konvenciji dao posebno mjesto u Ustavu BiH. Kako je to već ranije navedeno, Sud pravde je definirao pojam *direktne primjene* u odnosu na pravo EU i utvrdio da ona predstavlja potpunu i jednoobraznu primjenu propisa (komunitarnog prava) u svim državama članicama od momenta stupanja na snagu pa sve dok su na snazi. Takve odredbe predstavljaju direktni izvor prava i obaveza za sve adresate-subjekte komunitarnog prava, bez obzira da li su u pitanju države članice ili pojedinici.

Ipak, najbolja ilustracija o načinu primjene Evropske konvencije i *de facto* preoblikovanja Ustava BiH, u slučaju postojanja konflikta Ustava BiH i Evropske konvencije, s obzirom na njen materijalni sadržaj, je izražen u odluci Ustavnog suda u predmetu broj U 26/01 kojim je odlučeno o ustavnosti Zakona o sudu BiH¹²⁷.

Podnosioci zahtjeva (25 poslanika Narodne skupštine RS) su smatrali da Zakon o Sudu Bosne i Hercegovine *grubo krši* odredbe člana III Ustava Bosne i Hercegovine koje regulišu nadležnosti i odnose između institucija Bosne i Hercegovine i entiteta. Iстicali su da tačkom 1. tog člana pravosuđe nije predviđeno kao nadležnost Bosne i Hercegovine i navodili su da iz tačke 3.(a) istog člana slijedi da je uređenje pravosudnog sistema nadležnost entiteta, te da ne postoji ustavni osnov za donošenje Zakona o Sudu, jer, osim Ustavnog suda, Ustavom nije predviđena nijedna druga sudska instanca na nivou države. Također su navodili da implementacija Zakona o Sudu Bosne i Hercegovine podrazumijeva i donošenje još niza zakona materijalnog i procesnog karaktera, za što također ne postoji utemeljenje u Ustavu Bosne i Hercegovine.

Dakle, u ovom predmetu je postojao konflikt između teksta Ustava BiH i Evropske konvencije. U obrazloženju svoje odluke, Ustavni sud je naveo:

"Ovo pitanje potrebno je razmotriti, prije svega, u kontekstu člana I/2. Ustava, koji glasi: 'Bosna i Hercegovina je demokratska država koja funkcioniše u skladu sa zakonom i na osnovu slobodnih i demokratskih izbora'¹²⁸". Zasnovano na ovom temeljnog principu demokratske države,

¹²⁷ Pored ovog Zakona i niz drugih zakona je osporavano pred Ustavnim sudom kao što su Zakon o državnoj graničnoj službi (Odluka Ustavnog suda broj U 9/00) i Izborni zakon BiH (Odluka Ustavnog suda broj 14/02). Za svaku od ovih odluka Ustavnog suda, u ovim predmetima, temelj odlučenja je, između ostalog, bila Evropska konvencija i njeni principi.

¹²⁸ Odluka Ustavnog suda broj U 26/01, od 28. septembra 2001. godine objavljena je u "Službenom glasniku BiH" broj 4/02 od 4. marta 2002. godine.

ali i njenoj unutrašnjoj strukturi modifikovanoj prema tački 3. istog člana, Ustav dodjeljuje Bosni i Hercegovini odgovornosti i nadležnosti kojima se osiguravaju: očuvanje njenog suvereniteta, teritorijalnog integriteta, političke neovisnosti i međunarodnog subjektiviteta (vidi, između ostalih, članove I/1, II/7, III/1.(a), III/5.(a), IV/3.(a)); najviši nivo međunarodno priznatih ljudskih prava i osnovnih sloboda (vidi, između ostalog, član II/1. Ustava, Anekse 5—8 Općeg okvirnog sporazuma za mir); te slobodni i demokratski izbori (vidi članove IV/2. i V/1. Ustava).

U članu III/1. Ustava utvrđeno je da su isključive nadležnosti institucija Bosne i Hercegovine: vanjska politika, vanjskotrgovinska politika, carinska politika, monetarna politika, kao što je predviđeno članom VII, finansiranje institucija i međunarodnih obaveza Bosne i Hercegovine, politika i regulisanje pitanja imigracije, izbjeglica i azila, provođenje međunarodnih i međuentitetskih krivičnopravnih propisa uključujući i odnose sa Interpolom, uspostavljanje i funkcionisanje zajedničkih i međunarodnih komunikacijskih sredstava, regulisanje međuentitetskog transporta, kontrola vazdušnog saobraćaja.

Osim toga, nadležnost Bosne i Hercegovine su pitanja državljanstva Bosne i Hercegovine koja, prema članu I/7. Ustava, reguliše Parlamentarna skupština Bosne i Hercegovine; odgovornost za osiguranje najvišeg nivoa međunarodno priznatih ljudskih prava i osnovnih sloboda, kako je to predviđeno članom II Ustava; donošenje izbornog zakona, kako je to predviđeno članom IV/2. i članom V/1. Ustava.

Prema članu III/5.(a) Ustava, Bosna i Hercegovina će preuzeti nadležnost (1) u onim stvarima u kojima se o tome postigne saglasnost entiteta; (2) stvarima koje su predviđene u Aneksimu 5—8 Općeg okvirnog sporazuma; ili (3) koje su potrebne za očuvanje suvereniteta, teritorijalnog integriteta, političke nezavisnosti i međunarodnog subjektiviteta Bosne i

Hercegovine, u skladu sa podjelom nadležnosti među institucijama Bosne i Hercegovine. Dodatne institucije mogu biti uspostavljene prema potrebi za vršenje ovih nadležnosti.

Ustavni sud posebno ističe da u skladu sa članom II/1. Ustava, Bosna i Hercegovina i oba entiteta treba da obezbijede najviši nivo ljudskih prava i osnovnih sloboda i da se, u skladu sa članom II/2, prava i slobode određene Evropskom konvencijom direktno primjenjuju u Bosni i Hercegovini i imaju prioritet nad drugim pravom. U konkretnom slučaju, Ustavni sud treba posebno razmotriti opći princip vladavine prava koji je inherentan Evropskoj konvenciji, i konkretnije, principu pravičnog suđenja i efektivnog pravnog lijeka koji su zaštićeni članovima 6. i 13. Evropske konvencije.

...

Za uspostavljanje Suda Bosne i Hercegovine se može očekivati da bude važan element u osiguravaju da institucije Bosne i Hercegovine djeluju u saglasnosti sa vladavinom prava i zadovoljavajući uslove Evropske konvencije u pogledu pravičnih suđenja pred sudovima i efektivnih pravnih lijekova.

...

Ustavni sud zapaža da, dok Sud Bosne i Hercegovine ne počne funkcioni-sati, u pravnom sistemu Bosne i Hercegovine nije postojala mogućnost osporavanja odluka institucija Bosne i Hercegovine pred organom koji ispunjava preduslove 'nezavisnog i nepristrasnog tribunala'.

...

U vezi s tim, Ustavni sud se poziva na član IV/4.(a) Ustava koji predviđa

da Parlamentarna skupština Bosne i Hercegovine donosi zakone koji su joj potrebni za provođenje odluka Predsjedništva ili za vršenje funkcija Skupštine po ovom Ustavu. Iako nije zadatak Ustavnog suda da se određuje o oportunitetu zakona, Sud ipak zapaža da, u kontekstu Bosne i Hercegovine, za uspostavljanje Suda Bosne i Hercegovine se može očekivati da će doprinijeti jačanju vladavine prava, što je jedan od temeljnih principa za funkcionisanje demokratske države."

Ovakav jasan stav Ustavnog suda ne ostavlja nikakvog prostora za spekulacije o prioritetu u primjeni Evropske konvencije u slučaju konflikta Ustava BiH sa njenim odredbama. Umjesto zaključka o supremaciji Evropske konvencije nad Ustavom BiH, koja nakon ovakvog stava Ustavnog suda, čini se, nije upitna, može poslužiti stav Ustavnog suda iz navedene odluke¹²⁹:

"... Bosna i Hercegovina, funkcionišući kao demokratska država, ovlaštena je da u oblastima iz njene nadležnosti, osim Ustavom predviđenih, uspostavi i druge mehanizme i dodatne institucije koje su joj potrebne za izvršenje njenih nadležnosti, uključujući i uspostavljanje suda za jačanje pravne zaštite njenih građana i osiguranje poštovanja principa Evropske konvencije o ljudskim pravima".

¹²⁹ Član VI/4. Ustava BiH utvrđuje da su odluke Ustavnog suda konačne i obavezujuće.

XI. KOMPATIBILNOST ČLANOVA IV/1. I V/1. USTAVA BiH SA EVROPSKOM KONVENCIJOM

Kao samo jedan mali, ali ne i jedini primjer o neusklađenosti Ustava BiH i Evropske konvencije, uzeti su čl. IV/1. i V/1. Ustava BiH koji utvrđuju način izbora članova Predsjedništva i delegata u Dom naroda Parlamentarne skupštine Bosne i Hercegovine i dati razlozi za njihovu nesuklađenost na osnovu prakse Evropskog suda za ljudska prava.

1. Opća razmatranja

Često se kao primjer *prima facie* neusklađenosti odredbi Ustava BiH i Evropske konvencije navode dva člana Ustava BiH i to član IV/1. i V/1. Njihovo često isticanje ne znači da su ove odredbe jedine čija je usklađenost sa Evropskom konvencijom upitna. Postoji još niz odredbi, posmatranih zasebno ili u korelaciji sa drugim odredbama, koje zavređuju pažljivu analizu¹³⁰ ali u ovom radu će biti predstavljene samo ove dvije navedene odredbe o kojima je Venecijanska komisija već dala svoje mišljenje¹³¹.

Odredba člana II.2 Ustava BiH glasi¹³²:

"Međunarodni standardi. Prava i obaveze dati u Evropskoj konvenciji za

¹³⁰ Član I/3. Ustava BiH u odnosu na naziv "Republika Srpska", član IV/3.b) Ustava BiH u odnosu na zastupljenost građana i Ostalih, član VI/2. Ustava BiH u odnosu na zastupljenost građana i Ostalih i niz drugih odredbi koje imaju dublje značenje i zahtijevaju dublju analizu kao npr. odnos nadležnosti institucija BiH iz člana III/1. u odnosu na ispunjenje međunarodnih obaveza, teritorijalna organizacija BiH u odnosu na princip "demokratije" i "vladavine prava" itd.

¹³¹ U ovom poglavljiju je korišten dio Mišljenja Venecijanske komisije, broj CDL-AD (2005) 004, Venecija, od 11. marta 2005. godine: *Mišljenje o ustavnoj situaciji u Bosni i Hercegovini i ovlaštenjima Visokog predstavnika*, koji je proširen i izmijenjen u nekim razmatranjima.

¹³² *Bosnia and Herzegovina, Essential texts.* - 2nd revised and updated ed. - OHR

zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda i njenim Protokolima direktno se primjenjuju u Bosni i Hercegovini. Oni imaju prioritet nad svim drugim pravom."

Na prvi pogled se može pretpostaviti da je Ustav BiH u potpunoj saglasnosti sa Evropskom konvencijom, kojoj daje prioritet nad svim drugim pravom. Ipak, odredbe Ustava BiH o sastavu i izboru Predsjedništva i Doma naroda često se smatraju nekompatibilnima sa Evropskom konvencijom. Ovo sasvim sigurno nisu jedine odredbe Ustava BiH, čija bi se kompatibilnost mogla dovesti u vezu sa pravima i obavezama iz Evropske konvencije; članovi IV/1. i V/1. Ustava BiH predstavljaju primjere koje je teško zaobići u eventualnom dalnjem razmatranje ove problematike, jer se ne može previdjeti da te dvije moguće kontradikcije odražavaju temeljnu tenziju između ustavnog sistema zasnovanog na kolektivnoj jednakosti etničkih grupa i principa pojedinačnih prava i jednakosti građana.

2. Član V/1. Ustava BiH - Predsjedništvo¹³³:

"Predsjedništvo Bosne i Hercegovine sastoji se od tri člana: jednog Bošnjaka i jednog Hrvata, koji se direktno biraju sa teritorije Federacije, i jednog Srbina koji se direktno bira sa teritorije Republike Srpske."

Iz citirane odredbe može se zaključiti da građanin, da bi bio izabran kao član Predsjedništva, mora pripadati jednom od konstitutivnih naroda i da je glasačima izbor ograničen na bošnjačke i hrvatske kandidate u FBiH, i srpske kandidate u RS, te da Bošnjaci i Hrvati mogu biti birani samo sa teritorije FBiH, a ne iz RS, a Srbi samo sa teritorije RS, a ne iz FBiH.

¹³³ ibid.

U principu, u multietničkoj državi kakva je Bosna i Hercegovina, legitimno djeluje i da se osigura da jedan državni organ odražava multietnički karakter društva. Problem može predstavljati način na koji se kombiniraju teritorijalni i etnički princip. U svojoj odluci broj U 5/98, Ustavni sud je na sljedeći način razmatrao ovaj problem¹³⁴ u entitetskim ustavima:

"65. Stroga identifikacija teritorija i određeni etnički definirani članovi zajedničkih institucija da bi zastupali određene konstitutivne narode ne važe čak ni za pravila o sastavu Predsjedništva data u članu V, prvi stav: 'Predsjedništvo Bosne i Hercegovine sastoji se od tri člana: jednog Bošnjaka i jednog Hrvata, koji se direktno biraju sa teritorije Federacije, i jednog Srpskog koji se direktno bira sa teritorije Republike Srpske.' Ne smije se zaboraviti da srpskog člana Predsjedništva, naprimjer, ne biraju samo građani srpskog etničkog porijekla, već svi građani Republike Srpske bez posebne etničke pripadnosti. On, na taj način, ne predstavlja ni Republiku Srpsku kao entitet, ni samo srpski narod, već sve građane izborne jedinice Republike Srpske. Isto važi i za bošnjačkog i hrvatskog člana koji se biraju iz Federacije."

Ako članovi Predsjedništva koji se biraju iz entiteta predstavljaju sve građane koji žive u tom entitetu, a ne određeni narod, teško je opravdati da se moraju izjasniti kao pripadnici određenog naroda. Takvo pravilo djeluje kao da pretpostavlja da se samo pripadnici određene etničke grupe mogu smatrati potpuno lojalnim građanima entiteta koji mogu braniti njegove interese. Članovi Predsjedništva imaju pravo veta kad god postoji kršenje vitalnog interesa entiteta iz kojeg su izabrani. Ne može se održati da su samo Srbi u stanju braniti interes RS, a samo Hrvati i Bošnjaci interes Federacije. Identitet interesa na ovaj način pod entničkom dominacijom ometa razvoj šireg osjećaja pripadnosti naciji.

¹³⁴ Odluka Ustavnog suda broj U 5/98. - "Službeni glasnik BiH", broj 36/00

Nadalje, pripadnici tri konstitutivna naroda mogu biti birani u Predsjedništvo, ali mogu biti spriječeni da budu kandidati na izborima u entitetu u kojem su nastanjeni, ako žive kao Srbi u Federaciji ili Bošnjaci ili Hrvati u RS. Uz to, Izborni zakon (zasnovan na odgovarajućim odredbama Ustava BiH) jasno isključuje ostale, tj. građane Bosne i Hercegovine koji se ne izjašnjavaju kao Bošnjaci, Hrvati ili Srbi, iz prava da budu birani u Predsjedništvo. Ovo djeluje jasno nekompatibilno sa jednakim pravom da se bira i bude biran, po članu 25. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima, ili sa jednakošću po zakonu, koja se pripadnicima manjina garantira članom 4. Okvirne konvencije za zaštitu nacionalnih manjina, jer se pripadnici manjina formalno isključuju iz jedne javne funkcije.

Član 14 Evropske konvencije navodi: "Uživanje prava i sloboda predviđenih ovom Konvencijom osigurava se bez diskriminacije po bilo kojoj osnovi, kao što su spol, rasa, boja kože, jezik, vjeroispovijest, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili socijalno porijeklo, veza sa nekom nacionalnom manjinom, imovno stanje, rođenje ili drugi status." Kršenje ovog člana može se, shodno tome, pretpostaviti ako se diskriminacija tiče prava garantiranog Evropskom konvencijom. Međutim, Evropska konvencija ne garantira pravo da se bira predsjednik ili da se bude izabran za predsjednika. Član 3 Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju garantira samo pravo da se bira zakonodavno tijelo.

Međutim, mora se uzeti u obzir da je BiH ratificirala Protokol broj 12 Evropske konvencije, koji garantira uživanje svih prava predviđenih zakonom bez diskriminacije. Ovaj protokol je stupio na snagu 1. aprila 2005. godine, i zabrana diskriminacije se, shodno tome, proširuje na način da uključi i pravo da se bira predsjednik ili da se bude izborni kandidat za mjesto predsjednika.

Međutim, još se može pitati da li pod specifičnim, sasvim izuzetnim uvjetima u BiH, ovakva očigledna diskriminacija može biti opravdana. Evropski sud za ljudska prava je u svojim odlukama u predmetima *Mathieu-Mohin i Clerfayt protiv Belgije*¹³⁵ i *Melnichenko protiv Ukraine*, djelovao voljan da državama ostavi posebno širok stepen slobodne procjene u razmatranju osjetljivog područja izbornog zakona. Jednakost glasačkih prava i nediskriminacija su među najznačajnijim vrijednostima jednog ustavnog sistema. Međutim, nezakonita diskriminacija može se pretpostaviti ako nema nikakvog razumnog i objektivnog opravdanja za razliku u tretmanu.

U ovom slučaju, raspodjela mesta u državnim organima između konstitutivnih naroda bila je centralni element Daytonskog sporazuma koji je omogućio mir u BiH. U takvom kontekstu je teško negirati legitimnost normi koje mogu biti problematične iz ugla nediskriminacije, ali neophodne za postizanje mira i stabilnosti i izbjegavanje dalnjeg gubitka ljudskih života. Uključivanje takvih pravila u tekst Ustava BiH u to vrijeme, shodno tome, ne zaslužuje kritiku, mada je suprotno osnovnom duhu Ustava BiH koji ima za cilj da spriječi diskriminaciju.

Ovo se opravdanje mora, pak, razmatrati u svjetlu razvoja Bosne i Hercegovine od stupanja Ustava BiH na snagu. Bosna i Hercegovina je postala članica Vijeća Evrope i zemlja se, shodno tome, mora posmatrati u skladu sa parametrima zajedničkih evropskih standarda. Trenutno stanje je da je Bosna i Hercegovina ratificirala Evropsku konvenciju o ljudskim pravima i njen Protokol broj 12. Međutim, očito je da i dalje postoje okolnosti koje traže politički sistem koji nije jednostavan odraz vladavine

¹³⁵ Presude Evropskog suda za ljudska prava u predmetima *Mathieu-Mohin i Clerfayt protiv Belgije* od 2. marta 1987. godine i *Melnichenko protiv Ukraine* od 19. oktobra 1994. godine

većine, već koji garantira raspodjelu vlasti među etničkim grupama, kao prelazno rješenje do ostvarenja principa građanske države.

To se, s druge strane, može postići bez ulaska u sukob sa međunarodnim standardima. Problem nije samo sistem demokratije, zasnovane na konsenzusu, već mješavina teritorijalnih i etničkih kriterija i očigledno isključenje pojedinih grupa građana iz nekih političkih prava, bez obzira da li se radi o konstitutivnim narodima ili grupi Ostalih. Čini se potpuno neuptinim potreba da se amandmanski izmijene ustavne odredbe o Predsjedništvu kako bi one bile kompatibilne sa međunarodnim standardima o zaštiti ljudskih prava.

Nesporno je da se multietnički sastav može osigurati na nediskriminacijski način, npr. biranjem samo jednog predsjednika koji bi se birao iz reda konstitutivnih naroda i iz reda Ostalih, i to tako da predsjednik iz jednog naroda ne može biti predsjednik u naredna tri četvorogodišnja mandata. Druga mogućnost bi bila da predsjednika bira Parlamentarna skupština BiH sa sličnim načinom zastupljenosti naroda i građana ili da se jednostavno, prema unaprijed utvrđenom redoslijedu naroda i građana, bira na neposrednim izborima. Ova posljednja mogućnost sadržava i najviše demokratskih elemenata i odražava politički pluralizam i napredak u usvajanju demokratskih principa koji bi vodili cilju koji su ispunile zapadne demokratije – cilju uspostave građanske države. Čak i trenutni etnički sastav stanovništva u Bosni i Hercegovini ukazuje da bi to bilo i optimalno rješenje, jer demokratija i princip etničke zastupljenosti teško da idu zajedno, što se najbolje i pokazalo na primjeru ustavnog ustrojstva Bosne i Hercegovine i efikasnog funkcioniranja vlasti na osnovu takvog ustrojstva. Ukoliko bi preovladao ovaj posljednji princip, zbog osjetljivog balansa stanovništva u Bosni i Hercegovini, to bi značilo da bi uvijek druga dva naroda mogla da izaberu predstavnika iz trećeg naroda, odnosno predstavnika Ostalih,

tj. građana, i samim tim u korijenu bi se sasjekla mogućnost da ekstremni politički elementi iz bilo kog naroda nameću volju isključivo jednog naroda koji vrši funkciju Predsjednika BiH u tekućem mandatu.

3. Član IV/1. Ustava BiH - Dom naroda¹³⁶:

"1. Dom naroda.

Dom naroda sastoji se od 15 poslanika, dvije trećine iz Federacije (uključujući pet Hrvata i pet Bošnjaka) i jedna trećina iz Republike Srpske (pet Srba).

(a) Predložene hrvatske i bošnjačke poslanike iz Federacije biraju hrvatski, odnosno bošnjački delegati u Domu naroda Federacije. Poslanike iz Republike Srpske bira Narodna skupština Republike Srpske."

Iz navedenog se može zaključiti da samo građani koji se identificiraju kao pripadnici jednog od tri konstitutivna naroda mogu biti izabrani u Dom naroda, da samo Srbi mogu biti birani za Dom naroda samo iz RS, a Bošnjaci i Hrvati samo iz FBiH i da unutar Doma naroda Federacije, samo bošnjački i hrvatski poslanici mogu učestvovati u izboru kao i da su drugi poslanici lišeni prava da glasaju o tom izboru.

"Član 3. Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju glasi:

Visoke strane ugovornice se obavezuju da u primjerenim vremenskim razmacima održavaju slobodne izbore s tajnim glasanjem, pod uslovima koji obezbijeduju slobodno izražavanje mišljenja naroda pri izboru zakonodavnih organa".

Prema Preambuli Evropske konvencije, osnovna ljudska prava i slobode se najbolje odražavaju *efikasnom političkom demokratijom*. Pošto sadrži

¹³⁶ *Bosnia and Herzegovina, Essential texts*. - 2nd revised and updated ed. - OHR

karakterističan princip demokratije, član 3. Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju je od velikog značaja u sistemu Evropske konvencije¹³⁷.

Bivša Evropska komisija za ljudska prava mijenjala je svoj stav, u pogledu prirode prava koja su sadržana u članu 3. Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju. Prvo je smatrano da član 3. Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju sadrži ideju *institucionalnog* prava na održavanje slobodnih izbora u predmetu *X protiv Belgije*¹³⁸. Nakon toga, Evropska komisija za ljudska prava je modifikovala svoj stav pa je smatrala da član 3. Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju sadrži koncept *univerzalnog prava glasa*. Na kraju, Evropska komisija za ljudska prava je zauzela stav da član 3. Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju sadrži koncept subjektivnih političkih prava, koja se odnose na *pravo glasa* i *pravo da se bude biran na izborima za zakonodavne organe*. Evropski sud za ljudska prava je prihvatio zadnji koncept (vidi *mutatis mutandis, Matheiu-Mohin i Clerfayt protiv Belgije*, presuda od 2. marta 1987. godine. stav 51.)

Naglašava se da koliko god su važna prava iz člana 3. Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju, ova prava ipak nisu absolutna. Pošto su navedena prava priznata članom 3. Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju, bez posebnog izričitog pominjanja, a pogotovo njihove definicije, ima prostora za *podrazumijevanje ograničenja*. U svom pravnom poretku država ugovornica podvrgava pravo na glasanje i kandidovanje uvjetima koji, u principu, nisu isključeni članom 3. Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju. U ovoj sferi državi je dat veliki stepen slobodne procjene, ali je na Sudu da konačno utvrди jesu li ispunjeni zahtjevi iz člana 3. Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju. Sud mora biti siguran da ovi uvjeti ne ograničavaju prava o kojima je riječ u mjeri u kojoj oštećuju njihovu suštinu i lišavaju ih

¹³⁷ Vidjeti Evropski sud za ljudska prava, *Matheiu-Mohin i Clerfayt protiv Belgije*, presuda od 2. marta 1987. godine, stav 47.

¹³⁸ Vidjeti odluku broj 1028/61 od 18. septembra 1961. godine, u predmetu *X protiv Belgije*, Godišnjak Konvencije, dio 4, strana 338.

njihove efikasnosti, da su uvjeti određeni radi postizanja legitimnog cilja i da upotrijebljena sredstva nisu neproporcionalna¹³⁹.

Pravo na slobodne izbore iz člana 3. protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju primjenjuje se samo na izbore u *zakonodavni organ* ili barem na izbore u jedan od domova ukoliko ih ima dva ili više. Riječ *zakonodavni organ*, međutim, ne podrazumijeva samo državni parlament, nego treba da se tumači u svjetlu ustavnog sistema određene države¹⁴⁰.

Pod pojmom *izbora za zakonodavni organ* podrazumijeva se izbor tijela kome su date zakonodavne ovlasti. Tijelo koje može samo predlagati zakone, ali ih ne može donositi, ne spada u *zakonodavna tijela*¹⁴¹. Obaveza održavanja izbora ne odnosi se na tijela koja doista imaju zakonodavna ovlaštenja, ali samo putem delegiranja od strane nadređenog zakonodavca, kao i tijela čija se zakonodavna ovlaštenja odnose samo na ograničen krug osoba¹⁴². Dakle, zakonodavnim tijelom se smatra ono tijelo čija ovlaštenja proizilaze direktno iz ustava.

Što se tiče načina izbora u "zakonodavni organ", član 3. Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju, propisuje samo "slobodne izbore" u "primjerenum vremenskim razmacima, tajnim glasanjem" i "pod uslovima koji obezbjeđuju slobodu izražavanja mišljenja ljudi". Uvjetovano time, ovaj član ne stvara bilo kakvu obavezu "uvodenja nekog specifičnog sistema", kao što je sistem proporcionalnog predstavljanja ili većinski izborni sistem sa jednim ili dva kruga glasanja. Osim toga, formulacija iz člana 3. "uslovi koji obezbjeđuju slobodu izražavanja mišljenja ljudi prilikom

¹³⁹ Vidjeti Evropski sud za ljudska prava, *Gitonas i ostali protiv Grčke*, presuda od 1. jula 1997. godine, stav 39.

¹⁴⁰ Vidjeti *mutatis mutandis*, Evropski sud za ljudska prava, *Matheiu-Mohin i Clerfayt protiv Belgije*, presuda od 2. marta 1987. godine, stav 53.

¹⁴¹ Vidjeti odluku bivše Evropske komisije za ljudska prava, br. 6745/74 i 6746/74 *W, X, Y and Z protiv Belgije*, Yearbook XVIII (1975) strana 236.

¹⁴² Vidjeti odluku bivše Evropske komisije za ljudska prava broj 5155/71 *X protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, OI 6 (1977) strana 13. i broj 9926/82 *X protiv Holandije*, OI 32 (1983) strana 274.

biranja zakonodavnog organa" u suštini podrazumijeva — pored slobode izražavanja (koja je već zaštićena članom 10. Evropske konvencije) — načelo ravnopravnog postupanja prema svim građanima u ostvarivanju njihovog prava da glasaju i da budu birani¹⁴³.

Član 3. Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju ne primjenjuje se samo na direktne izbore, već se primjenjuje i na indirektne, tj. posredne izbore za zakonodavno tijelo. Navedena tvrdnja se temelji na jezičkom tumačenju člana 3. Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju, s obzirom da se u istom ne pojavljuje riječ *direktan*. Stoga se dolazi do zaključka da član 3. Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju ne isključuje posredne izbore, te da ljudi mogu slobodno da izražavaju svoje mišljenje o konačnom sastavu zakonodavnih tijela i putem posrednih izbora. Osim toga, Evropski sud za ljudska prava, ni u jednoj svojoj odluci, nije pokazao namjeru da isključi sistem indirektnih izbora iz člana 3. Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju.

Ustavna odredba poseban problem otvara u pogledu Federacije. Što se tiče prava glasanja, ovo pravo primjenjuje se i na indirektne izbore. U Federaciji ne mogu glasati svi članovi Doma naroda Federacije, već samo hrvatski i bošnjački članovi. Shodno tome, nema jednakosti među parlamentarcima. U RS je situacija donekle drugačija, jer svi članovi Narodne skupštine mogu učestvovati u izborima, mada im je izbor ograničen na srpske kandidate. Mada ova pravila odražavaju iste teškoće sa mješavinom etničkog i teritorijalnog koncepta iznesenog u vezi sa Predsjedništvom BiH, teško je naći pravni *ratio* za ovakav različit tretman istih izbora u dva entiteta, posebno pošto je ovo pitanje propisano ustavom države, a ne pojedinačno ustavima entiteta.

¹⁴³ Vidjeti *mutatis mutandis*, Evropski sud za ljudska prava, *Matheiu-Mohin i Clerfayt protiv Belgije*, presuda od 2. marta 1987. godine, stav 54.

U pogledu prava da se bude kandidat na izborima, kao što je slučaj sa Predsjedništvom BiH, osobe koje se ne izjašnjavaju kao Bošnjaci, Hrvati ili Srbi potpuno su isključene. Uz to, entitet i etnička pripadnost su povezane i samo Srbi iz RS i Hrvati i Bošnjaci iz Federacije mogu biti birani. Niti jedan Srbin iz Federacije i niti jedan Hrvat ili Bošnjak iz RS ne mogu biti u Domu naroda, koji je dom sa punim zakonodavnim ovlaštenjima. Značajan dio stanovništva BiH tako nema prava da se kandidira na izborima za Dom naroda.

Dom naroda je dom sa punim zakonodavnim ovlaštenjima. Član 3. Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju o ljudskim pravima je, shodno tome, primjenjiv i bilo kakva diskriminacija na etničkom osnovu je zabranjena članom 14. Evropske konvencije. Kao i kod Predsjedništva, neophodno je amandmanski izmijeniti Ustav BiH i osigurati ravnopravno učešće svih građana u zakonodavnom tijelu pri čemu se može voditi računa, u interesu mira i stabilnosti, o nacionalnom balansu ali i adekvatnom poštivanju prava manjina. Za Dom naroda bilo bi, na primjer, moguće odrediti maksimalni broj mjeseta za predstavnike svakog konstitutivnog naroda. Ili, kako je gore predstavljeno, moglo bi se izabrati radikalnije rješenje koje bi Dom naroda jednostavno ukinulo, a mehanizam veta na osnovu vitalnog interesa u ograničenom obimu (kultura, jezik, obrazovanje, religija) koristiti u Predstavničkom domu.

Konačno, može se zaključiti na osnovu navedenog da odredbe člana IV/1. i V/1. Ustava BiH nisu u saglasnosti Evropskom konvencijom i to odredbe o sastavu i izboru Doma naroda su nekompatibilne sa članom 14 Evropske konvencije, a pravila o sastavu i izboru Predsjedništva su nekompatibilna sa Protokolom broj 12, koji je u BiH stupio na snagu 1. aprila 2005. godine.

SAŽETAK

Na osnovu svega izloženog, može se izvesti nekoliko pitanja i jedan zaključak. Pitanja su praktične prirode i odnose se na pokušaj predviđanja ponašanja pojedinih institucija i pojedinaca u budućnosti što je prilično nezahvalan posao. S obzirom da je nemoguće sa sigurnošću predvidjeti ponašanja, ono što jeste moguće je da treba proširiti shvatanja o prirodi Ustava BiH i mogućnostima koje on pruža, odnosno akcentirati i prihvatiti rijetke pozitivne strane ovakvih ustavnih rješenja i ugraditi ih u buduća ustavna rješenja.

Danas, gotovo deset godina nakon usvajanja Mirovnog sporazuma i Aneksa IV, kao Ustava BiH, odnosno kao *ustavne povelje* BiH, više je nego jasno da do pozitivnih promjena u ustavnom ustrojstvu Bosne i Hercegovine ne može doći bez utjecaja sila koje su 1995. godine predstavljale *ustavotvorce*. Međutim, iako retrogradan u pogledu teritorijalne organizacije, sistema odlučivanja, raspodjele ovlasti između Države i entiteta itd., ovaj tekst sadrži u sebi moćno oruđe za njegovo *de facto* preoblikovanje. Šta se podrazumijeva pod *de facto preoblikovanjem ustava*? Dovoljno je uporediti nadležnosti Države iz člana III/1. Ustava BiH i zakone, odnosno institucije koje funkcionišu na terenu. Zakoni, na osnovu kojih su formirane *nove* institucije su gotovo redovno, u nedavnoj prošlosti, bili predmet preispitivanja ustavnosti od strane Ustavnog suda. Takav je slučaj bio sa Zakonom o državnoj graničnoj službi, Zakonom o Sudu BiH, Izbornim zakonom itd. Za svaku od odluka Ustavnog suda u ovim predmetima, temelj odlučenja je, između ostalog, bila Evropska konvencija i njeni principi. Takva je bila i odluka Ustavnog suda u predmetu broj U-5/98 (Odluka o konstitutivnosti naroda) koja je omogućila *idealno* vlasništvo konstitutivnih naroda na svakom pedlju Bosne i Hercegovine. Ono što se ne shvata, a što izgleda kao uzdizanje nacionalnog kao preovladavajućeg

u toj odluci, je da negiranje isključivosti u tronacionalnoj državi koja teži ostvarenju principa demokratije, neminovno dovodi do vladavine *neutralnih*, odnosno jačanja principa *građanskog društva* što je temeljni princip svake demokratske države.

Sljedeće pitanje se tiče shvatanja ustavne pozicije i nadležnosti Ustavnog suda. Bilo bi izuzetno neuobičajeno, po uvriježenim teorijskim stanovištima koja favoriziraju državni suverenitet, da Ustavni sud utvrdi da je nadležan da odlučuje o usklađenosti Ustava, kojeg treba da štiti, sa normama međunarodnog prava, odnosno Evropskom konvencijom kao ustavnim principom. Iako bi se na prvi pogled moglo zaključiti da bi to bila apsurdna situacija, ovo pitanje ostaje otvoreno, upravo zbog obaveze da Ustavni sud štiti Ustav, jer on predstavlja cjelovitost ustavnih normi, a ne ograničavanje na pojedine njegove odredbe. Dobar primjer predstavlja odluka Ustavnog suda u predmetu broj U 26/00 kojom je utvrđeno da je Zakon o суду BiH u skladu sa Ustavom BiH iako u članu III/1. Ustava BiH ne postoji ovakva nadležnost BiH. Međutim, imajući u vidu da na nivou države postoje upravna tijela koja donose odluke koje, u situaciji nepostojanja suda na nivou BiH, koji bi mogao, kao "tribunal" preispitati te odluke, Ustavni sud je smatrao da ovakav Zakon doprinosi "vladavini prava", obezbjeđivanju "efektivnih pravnih lijekova" i obezbjeđuje "odlučivanje o građanskim pravima i obavezama od strane ... tribunal", kako to propisuje Evropska konvencija. Još tada je Ustavni sud postavio Evropsku konvenciju na hijerarhijski više mjesto u odnosu na nadležnosti utvrđene tim Ustavom. Tako bi Ustavni sud na najbolji način "štitio Ustav", kako to utvrđuje član VI/1. Ustava BiH.

Kao zaključak, može se reći da, imajući u vidu da je u Bosni i Hercegovini zastupljen radikalni monistički pravni sistem, norme međunarodnog prava, odnosno ratificirani međunarodni ugovori, imaju supremaciju

nad ustavom. Samim tim, Evropska konvencija je, i kao ustavni princip, i kao ratificirani međunarodni sporazum i kao jedan od nosivih stupova državne strukture Bosne i Hercegovine, zajedno sa principom demokratije, vladavine prava i slobodnih izbora, direktno primjenjiva, odnosno "samoizvršiva" i hijerarhijski iznad drugih ustavnih odredbi, odnosno kako je to, u tom istom Ustavu i utvrđeno – "iznad svakog drugog prava". Za budućnost je neophodno da se nosioci najviših državnih funkcija, ponašaju u skladu sa principima koji, prije svega, proizilaze iz Evropske konvencije i na taj način jačanje državnih ovlasti učine apsolutno legitimnim i ustavno dopuštenim.

LITERATURA

1. Adamovich, K. Ludwig; Bernd-Chr. Fund: *Österreichisches Verfassungsrecht.* - 3. izdanje. - Beč ; New York, 1985
2. Austin, John: *Lectures on Jurisprudence or the Philosophuy of Positive Law.* - 5th ed. - London, 1885
3. Barents: *The preliminary procedure and the rule of law in the European Union*, u: Jansen et al. (Eds.): *European Amibitions of the National Judiciary.* - Deventer, 1997. - p. 67
4. Bleckmann, A.: *Verfassungsrang der Europäischen Menschenrechtskonvention?*. - EuGRZ, 1994
5. Booklet of the Supreme Court of United States, *The Court and Constitutional Interpretation*, Supreme Court Historical Society, Washington DC.
6. Brison, Susan J.; Walter Sinnott-Armstrong: *Contemporary Perspectives on Constitutational Interpretation.* - Westwiev Press, 1993
7. Cassese, Antonio: *Modern Constitutions and International Law.* - RCADI, 1985. - tome 192
8. Castberg, Frede: *La philosophie du droit.* - Paris, 1970
9. Cerri, August: *Corso di giustizira Constituzionale.* - Giuffre editore. - Milano, 1997
10. Conforti, Benedetto: *Cours général de droit international public.* - RCADI, 1988. - tome 212
11. Dashwood: *The Principle of Direct Effect in European Community Law.* - 16 JCM Stud. (1977)
12. Decaux, Emmanuel: *La réciprocité en droit international.* - Paris, 1980
13. Degan, V. Đ.: *Medunarodno pravo.* - Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 2000

14. De Visscher, Charles: *Théories et réalités en droit international public, deuxième édition.* - Paris, 1955. - p. 495; *Les effectivités du droit international public.* - Paris, 1967
15. De Visscher, Paul: *Les Tendances internationales des constitutions modernes.* - RCADI, 1952. - tome 80
16. El-Agraa, A. M. (ed.): *Economise of the European Community.* - 1990
17. Favoreu, Louis: *Les cours constitutionnelles.* - PUF, 1996
18. Federer, Julius: *Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland.* - Jahrbuch des öffentlichen Rechts, N.F. - Bd. 3. - 1954
19. Häberle, Peter: *Ustavna kultura.* - Peisl, A. ; Mohler, A. (ured.). - Die Zeit. - 3. izd. - 1991
20. Häberle, Peter: *Ustavna država.* - Politička kultura. - Zagreb, 2002
21. Harris, D.J.; O'Boyle, M.; Warbrick C.: *Law of the European Convention on Human Rights.* - Butterworths ; London ; Dublin ; Edinburgh, 1995
22. Hesse, K.: *Grundzüge.* - 20. izd. - 1995
23. Hirschler; Cimerman: *Westeuropäische Integrationsverdände – Recht.* - Moskva, 1987
24. Janča: *Osobenosti multilateralne saradnje u međunarodnim privrednim organizacijama integracionog karaktera : Pravo, teorija i praksa.* - poseban broj iz septembra 1986.
25. Jambreš, Peter, *Prispevek k razpravi o nacinih in tehnikah odločanja ustavnega sodišča, u: Pravna praksa.* - Ljubljana, jun 1994.
26. Kägi, W.: *Von der klassischen Dreiteilung zur umfassenden Gewaltenteilung.* - 1961
27. Kapteyn, J.G.; P. VerLoren Van Themaat: *Introduction to the law*

of the European Communities after the coming into force the Single European Act. - Kluwer, 1989

28. Kapteyn, J.G. ; P. VerLoren van Themaat: *Introduction to the Law of the European Communities.* - 2. izd. - Deventer, 1989
29. Lasok; Bridge: *Law & Institutions of the European Communities.* - London, 1987
30. Marko, Joseph: *Pet godina ustavnog sudstva u Bosni i Hercegovini : Prva bilansa*
31. Marmor, Andrei: *Law and Interpretation: Essays in Legal Philosophy.* - Clarendon Press. - Oxford, 1997
32. Mavčić, Arne: *Interpretacija ustava, zakonov in drugih pravnih norm.* - Združeno delo. - Ljubljana, jun 1989
33. Morrison, Fred L.: *The Constitution of Bosnia-Herzegovina.* - Constitutional Commentary. - Volume 13. - Issue: 2. - 1996
34. Mossler, Herman: *L'application du droit international public par les tribunaux nationaux.* - RCADI, 1957. - tome 91
35. Myres S. Mc Dougal; W. M. Reisman: *International Law Essays.* - New York, 1981
36. Parry; Hardy: *EEC Law.* - London, 1981
37. Pescatore: *The Doctrine of "Direct Effect": An Infant Disease of Community Law.* - 8 ELRev. (1983)
38. Pescatore, Pierre: *Introduction à la science, réimpression avec mise à jour.* - Luxembourg, 1978
39. Rupp: *Judicial Review of International Agreements: Federal Republic of Germany.* - 25 AJCL (1977)
40. Schermers; Wealbroeck: *Judicial Protection in the Euroepan Communities.* - Kluwer, 1992
41. Seiler, H.: *Gewaltenteilung, Allgemeine Grundlagen und schweizerische Ausgeistaltung.* - 1994
42. Siorat, Lucien: *Le problème des lacunes en droit international,* Paris, 1959

43. Stahn, Carsten: *Die verfassungsrechtliche Pflicht zur Gleichstellung der drei ethnischen Volksgruppen in den bosnischen Teilrepubliken – Neue Hoffnung für das Friedensmodell von Dayton?*. - ZAORV, 2000
44. Stressemann, Christina: *Obavezjuće odluke Ustavnog suda.* - Zagreb, 14. novembra 1997
45. Šarčević, Edin: *Verfassungsgebung und "kontitutives Volk".* - ZAORV, 2000.663 ff
46. Tomšić, Ivan: *La reconstruction du droit international.* - Paris 1931
47. Tunkin: *Teorija međunarodnog prava.* - Moskva, 1970
48. Van Dijk P.; G.J.H. van Hoof u saradnji sa A.W. Hering; J.G.C. Schokkenbroek; B.P. Vermuelen; M.L.V.M. Viering; L.F. Zwaak: *Teorija i praksa Evropske konvencije o ljudskim pravima.* - Kluwer Law International, 1998
49. Verzijl, J.H.W.: *International Law in Historical Perspective.* - vol. I. - Leyden, 1968
50. Vukadinović, Radovan: *Pravo Evropske Unije.* - Megatrend. - Beograd, 2001
51. Vukadinović, Radovan: *Stvaranje i ostvarivanje komunitarnih prava u Evropskoj uniji.* - Beograd, 1998
52. Winter: *Direct Applicability and Direct Effect – Two Distinct and Different Concepts in Community Law.* - 9 CMLRev. (1972)

SUDSKE ODLUKE

1. Odluka Ustavnog suda broj U 7/97 od 22. decembra 1997. godine
2. Odluka Ustavnog suda broj U 5/98, "Službeni glasnik BiH", broj 36/00

3. Odluka Ustavnog suda broj U 18/00, "Službeni glasnik BiH", broj 30/02
4. Odluka Ustavnog suda broj U 1/98, "Službeni glasnik BiH", broj 22/98
5. Odluka Ustavnog suda broj U 1/99, "Službeni glasnik BiH", broj 16/99
6. Odluka Ustavnog suda broj U 5/98, objavljena u četiri djelimične odluke u "Službenom glasniku BiH", br. 11/00, 17/00, 23/00 i 36/00
7. Odluka Ustavnog suda, broj U-5/99 od 3. decembra 1999. godine
8. Odluka Ustavnog suda, broj U-9/00 od 3. novembra 2000. godine
9. Odluka Ustavnog suda, broj U-23/00 od 2. februara 2001. godine
10. Odluka Ustavnog suda, broj U-32/01 od 22. juna 2001. godine
11. Odluka Ustavnog suda, broj U-106/03 od 26. oktobra 2004. godine
12. Odluka Ustavnog suda, broj U 68/02 od 25. juna 2004. godine
13. Odluka Ustavnog suda, broj U 9/00 od 3. novembra 2000. godine
14. Odluka Ustavnog suda, broj U16/00 od 2. februara 2001. godine
15. Odluka Ustavnog suda, broj 14/02 od 30. januara 2004. godine
16. Odluka Ustavnog suda, broj U 25/00 od 23. marta 2001. godine
17. Odluka Ustavnog suda, broj U 26/01 od 28. septembra 2001. godine
18. 18 Odluka Ustavnog suda, broj U 37/01od 2. novembra 2001. godine
19. Odluka Ustavnog suda, broj U-8/04
20. Odluka Bundesverfassungsgericht od 29. maja 1974. godine. - 2 CMRI 549

21. Odluka Conseil d'Etat, No. 88-1082/1117 od 21. oktobra 1989. godine
22. Odluka Vrhovnog suda SAD u predmetu *Marbury v. Madison* iz 1803. godine
23. Odluka Evropskog suda za ljudska prava, broj 1028/61 od 18. septembra 1961. godine, u predmetu *X protiv Belgije*. - Godišnjak Konvencije. - dio 4. - strana 338
24. Odluka bivše Evropske komisije za ljudska prava, br. 6745/74 i 6746/74, *W, X, Y and Z protiv Belgije*. - Yearbook XVIII (1975)
25. Odluka bivše Evropske komisije za ljudska prava, broj 5155/71, *X protiv Ujedinjenog Kraljevstva*. - OI 6 (1977). - strana 13 ; broj 9926/82 *X protiv Holandije*. - OI 32 (1983)
26. Presuda Evropskog suda za ljudska prava, *Gitonas i ostali protiv Grčke* od 1. jula 1997. godine
27. Presuda Evropskog suda za ljudska prava u predmetu *Cruz Varas and Others*. - A. 201
28. Presuda Evropskog suda za ljudska prava u predmetu *Vilvarajah and Others*. - A. 215. 34
29. Presuda Evropskog suda za ljudska prava od 7. jula 1989. godine, u predmetu *Soering*. - A. 161.
30. Presuda Evropskog suda za ljudska prava u predmetu *Loizidou v. Turkey*. - A. 310 23
31. Presuda Evropskog suda za ljudska prava *De Wilde, Ooms i Versyp* od 18. juna 1971. godine. - serija A, broj 12
32. Presuda Evropskog suda za ljudska prava *Artico protiv Italije* od 13. maja 1980. godine. - serija A broj 37
33. Presuda Evropskog suda za ljudska prava *Open Door and Dublin Well Women protiv Irske*, od 29. oktobra 1992. godine, serija A, broj 246-A
34. Presuda Evropskog suda *Loizidou protiv Turske* od 23. maja 1995. godine (prethodni prigovori). - serija A, broj 310

35. Presuda Evropskog suda za ljudska prava *Ujedinjena komunistička partija Turske i dr. protiv Turske* od 30. januara 1998. godine
36. Presuda Evropskog suda u predmetu *Klass i dr. protiv Njemačke* od 6. septembra 1978. godine. - serija A broj 28
37. Presuda Evropskog suda *Soering protiv Veleike Britanije* od 7. jula 1989. godine. - serija A broj 161
38. Presuda Evropskog suda *Kjeldsen, Busk Madsen i Pedersen protiv Danske* od 7. decembra 1976. godine. - serija A broj 23.
39. Presuda Evropskog suda za ljudska prava u predmetu *Mathieu-Mohin i Clerfayt protiv Belgije* od 2. marta 1987. godine
40. Presuda Evropskog suda za ljudska prava u predmetu *Melnichenko protiv Ukrajine* od 19. oktobra 1994 godine
41. Presuda Saveznog ustavnog suda u predmetu *Manfred Brunner and Others v. The European Union Treaty*, (2BvR 2134/92 & 2159/92) objavljena u 1 CMRL (1994) 57
42. Predst. 788/60 *Austria v. Italy*. - Yearbook IV (1961)
43. Predst. 10427/83 *X v. The United Kingdom*. - D&R 47 (1986)
44. Slučaj Suda pravde broj 6/64 *Flamino Costa v. ENEL*. - (1964) ECR, 585
45. Slučaj Suda pravde broj 28/67 *Molkerei-Zentrale Westfalen-Lippe GmbH v. Hauptzollamt Paderborn*. - (1968) ECR 143
46. Slučaj Suda pravde *Cafes Jacques Vabre*. - Presuda od 24. maja 1975. godine
47. Slučaj Suda pravde *German Lütticke Case*. - Bundesverfassungsgericht, 9 June 1971. - AWD 1971, SS. 418-420
48. Slučaj Suda pravde broj 106/77 *Amministrazione delle Finanze dello Stato v. Simmenthal S.p.A.* - (1978) ECR 629
49. Slučaj Suda pravde broj 2/74. - (1974) ECR 631. - mišljenje općeg pravobranioca Mayrasa

50. Slučaj Suda pravde broj 120/78 *Rewe-Zentral AG v Bundesmonopolverwaltung für Branntwein.* - (1979) ECR 649

DOKUMENTI

1. *Basic Law for the Federal Republic of Germany* (Grundgesetz, GG) dostupan na <http://www.iuscomp.org/gla/statutes/GG.htm#1>
2. *Bečka konvencija o pravu međunarodnih ugovora.* - *United Nations, Treaty Series.* - vol. 1155. - p. 331
3. *Bosnia and Herzegovina, Essential texts.* - 2nd revised and updated edition. - OHR
4. Cardoso da Costa; Jose Manuel: *General Report.* - VII. konferencija evropskih ustavnih sudova. - Lisabon, 1987
5. Dokument (1960) ECR. - p. 559
6. Dokument (1960) ECR. - p. 569
7. Dokument G 12/00 et al. - *Bulletin 20001/1 (AUT-2001-1-003).* - stav 126. a
8. Dokument CDL(1996)56 final
9. Dokument CDL(2000)81
10. Dokument CDL-PV(2004)003. - Prilog I.
11. Dokument CDL-INF(1998)017
12. Dokument CDL-INF(1998)016
13. Dokument CDL-INF(1999)006
14. Dokument CDL-AD(2002)024 at 11
15. Dokument CDL-AD(2004)014 and 032 and CDL(2004)073
16. Dokument CDL-INF(2001)21
17. Dokument CDL-AD(2004)033
18. Dokument CDL-AD (2002) 024
19. Dokument CDL(1996) 56, final

20. Legal Information Institute: *Supreme Court Collection*. - dostupan na web siteu: <http://straylight.law.cornell.edu/supct/search/index.html>
21. Mišljenja Venecijanske komisije CDL-INF (2001) 006 i CDL-AD (2002) 024
22. Mišljenja Venecijanske komisije, broj CDL-AD (2005) 004 od 11. marta 2005. godine: *Mišljenje o ustavnoj situaciji u Bosni i Hercegovini i ovlaštenjima Visokog predstavnika*
23. Odluka (Visokog predstavnika o donošenju amandmana na Ustav FBiH i RS radi provođenja djelimičnih odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine). – "Službene novine FBiH", br. 3/01-37 i 39 i 10/01-194
24. *Okvirni zakon o privatizaciji preduzeća i banaka u Bosni i Hercegovini*. - "Službeni glasnik BiH", broj 14/98
25. *Publications of the P.C.I.J.* - Series B. - No. 15. - p. 17
26. Rezolucija Komiteta ministara Vijeća Evrope od 23. jula 2001. godine, broj ResDH(2001)106
27. Rezolucija Komiteta ministara od 2. juna 2004. godine, broj ResDH(2004)38
28. Rezolucija Parlamentarne skupštine Vijeća Evrope, broj 234 (2002)
29. "Službeni list Republike Bosne i Hercegovine", broj 49/95
30. "Službeni glasnik BiH", broj 6/99
31. *Ustav Kraljevine Španije*, dostupan na web siteu: www.spainemb.org/information/constitucionin.htm
32. The National Archive, *Constitution of United States*, dostupan na web siteu: www.archives.gov/national-archives
33. *Ustav Gvatemala*, dostupan na web siteu: www.georgetown.edu/pdba/Constitutions/Guate

34. *Ustav Republike Srpske* — Prečišćeni tekst. - "Službeni glasnik RS", br. 3/92, 6/92, 8/92, 15/92 i 19/92
35. *Ustav RBiH*. — "Službeni listu RBiH", broj 5/93
36. 213 UNTS. - br. 2889. - str. 221. - Council of Europe: *European Treaty Series*. - br. 5. - 4. novembar 1950. - Council of Europe: *Collected Texts*. - Strasbourg, 1994. - str. 13—36

Biografija



Faris Vehabović, rođen 23. maja 1967. godine u Sarajevu. Diplomirao u junu 1993. godine na Pravnom fakultetu Univerziteta u Sarajevu. Položio pravosudni ispit u Sarajevu. Magistrirao 29. novembra 2005. godine na postdiplomskom studiju "Evropske studije" u organizaciji Centra za interdisciplinarnе postdiplomske studije Univerziteta u Sarajevu i Univerziteta u Bologni sa tezom "Odnos Ustava Bosne i Hercegovine i Evropske konvencije: uloga Ustavnog suda i mogući pravci razvoja". Dodatno usavršavanje uključuje ljetnu školu Univerziteta u Bologni i Instituta Balkanica iz oblasti ljudskih prava i demokratije u septembru 2004. godine, kratki trening u Sekretarijatu Evropskog suda za ljudska prava u Strasbourg-u 1997. godine i stažiranje u Evropskom sudu za ljudska prava u Strasbourg-u 1998. godine. Prije imenovanja na mjesto Registrara Ustavnog suda BiH radio kao pravni savjetnik u Komisiji za ljudska prava Bosne i Hercegovine – Ured Ombudsmana za ljudska prava za Bosnu i Hercegovinu (Mart 1996 – 15. januara 2001.). Od 15. januara 2001. godine radi na Ustavnom суду Bosne i Hercegovine kao pomoćnik sekretara za savjetničke poslove, ustavno-sudsku praksu i dokumentaciju, a potom, od 30. aprila 2004. godine, kada je po prvi put uspostavljena, obavlja funkciju registrara Ustavnog suda Bosne i Hercegovine.

ACIPS
2 0 0 6