
Piše: **Predrag KRSMANOVIĆ**, sudija Kantonalnog suda u Tuzli

KONTROLA USTAVNOSTI ZAKONA OD STRANE REDOVNIH SUDOVA (SA OSVRTOM NA DIREKTNU PRIMJENU EVROPSKE KONVENCIJE O LJUDSKIM PRAVIMA)

Sažetak

Iako se radi o ključnom pitanju prava i pravde koje je od značaja za sve sudove u svim vrstama ustavnih, sudskih i upravno-sudskih postupaka, izgleda da kontrola ustavnosti od strane redovnih sudova u uporednoj, a pogotovo u domaćoj teoriji i praksi, nije previše razmatrana, zbog čega o tome postoje različiti, pa čak i potpuno suprotstavljeni stavovi i mišljenja. Ovaj rad ima za cilj da se domaćoj struci, zakonodavnim i izvršnim organima, te stručnim i obrazovnim ustanovama ukaže na neka otvorena pitanja i dileme koje zahtijevaju široku i ozbiljnu raspravu, kako bi se u domaćem pravosuđu obezbijedila što bolja i efikasnija zaštita osnovnih ljudskih prava, naročito onih koja su zaštićena domaćim ustavima i Evropskom konvencijom o ljudskim pravima i njenim protokolima. Ovo je učinjeno kroz pokušaj definisanja pravde i prava, predstavljanje opštih sistema kontrole ustavnosti, prikaz ustavnih rješenja, prakse i problema kontrole ustavnosti u Bosni i Hercegovini, te susjednim Republici Srbiji i Republici Hrvatskoj, posebno sa stanovišta direktne primjene Evropske konvencije u postupcima kod redovnih sudova, uz davanje određenih ocjena postojećeg stanja, te konkretnih zaključaka i sugestija za buduće djelovanje u toj oblasti.

Ključne riječi: ustavnost, ustavni sudovi, redovni sudovi, kontrola ustavnosti, zakonitost, pravo, juspozitivizam, jusnaturalizam, pravda, vladavina prava, vladavina pravde, decentralizovani, centralizovani sistemi, ljudska prava, Evropska konvencija o ljudskim pravima, direktna neposredna primjena

O odnosu pravde i prava

Da bi se bilo koja tema koja se tiče suštinskih pravnih pitanja i najvažnijih društvenih pojava jasnije predstavila i shvatila, čini se neophodnim reći nešto, makar i u najkraćim crtama, o fenomenima pravde i prava, kao temeljima na kojima leži ne samo ustavnopravna, nego i cjelokupna društvena konstrukcija bilo kog civilizovanog društva.

Iako se mnogima čini da se radi o jasnim i opštepoznatim pojmovima,

činjenica je da u današnjem domaćem i uporednom pravu u pogledu tih temeljnih pojmova postoji dosta nejasnoća i nedoumica, jer glavni stavovi, teorije i mišljenja koji se tiču poimanja i definisanja pravde i prava nisu baš u saglasju.

Kao ilustracija koliko je teško odrediti pojam prava može poslužiti Kanto-vo zapažanje da „*juristi još traže definiciju za svoj pojam o pravu*“¹.

Složenost poimanja prava u savremenoj pravnoj teoriji izložio je Barberis ističući da je mainstream teorija – mješavina pravnog pozitivizma i pravnog realizma – sklona svoditi pravo na zakonodavstvo, a pravosuđenje na tumačenje zakona, dok on taj odnos obrće i tvrdi da je glavna funkcija prava pravosuđenje, dok zakonodavstvo postaje uglavnom način nadziranja i ograničavanja pravosuđenja.²

U najdubljoj suštini, problem definisanja odnosa pravde i prava svodi se na ontološko filozofsko pitanje šta je od tog dvoga „starije“ (šta je koka, a šta jajce) i ko je kome nadređen, ko je dakle tu sluga, a ko gospodar.

Posmatrano na taj način, moglo bi se primijetiti da većina ne samo filozofskih i pravnih, nego i drugih stručnjaka, kao i većina pojedinaca, pa i cijelih naroda, pravdu uzdižu iznad prava i postavljaju je na vrhovni presto svih društvenih principa i pravila, iz čega bi se možda moglo zaključiti da bi glavna funkcija, cilj i rezultat politike, prava, pravosuđa i pravosuđenja trebala biti pravda i da je osnovna svrha svakog prava da služi ostvarenju pravde (kako na kolektivnom, tako i na individualnom planu).

U tom smislu, Radmila Kovačević Kuštrimović kaže da je pravo ona stvarnost čiji je smisao da služi pravnoj vrijednosti – ideji prava, te da je pojam prava usmjeren na ideju pravde.³

Mitrović, pozivajući se na Aristotela⁴, smatra da pravo samo preko pravičnosti može da služi ostvarenju ideje pravde, a ne preko proceduralne pravde (*Rols, Hefe i drugi*).⁵

Ovu misao Mitrović susreće i u Radbruchovoj⁶ *Filozofiji prava*: pravo je

¹ Dejan M. Pavićević, „Pojam prava u sintetičkoj pravnoj filozofiji Tome Živanovića“, *Pravno-Ekonomski Pogledi*, broj 2/2012.

² Mauro Barberis, „Za istinski realističku teoriju prava“, *Revus, Revija za ustavnu teoriju i filozofiju prava*, broj 29, 2016, str. 25-32.

³ Radmila Kovačević Kuštrimović, „Od ideje prirodnog prava do evropske konvencije o ljudskim pravima“, str. 46. U: *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu – Niš*: Pravni fakultet, Centar za publikacije, 2011, broj 58 (2011), str. 41-56.

⁴ Antički grčki filozof (384. pne – 322. pne), Platonov učenik i učitelj Aleksandra Makedonskog. Imao je ogroman uticaj na današnju evropsku filozofiju, moral i pravo. Izgleda da je prvi podijelio pravdu na distributivnu i komutativnu (korektivnu).

⁵ Dragan M. Mitrović, „Proceduralna pravda, istinitost i ispravnost“, Originalni naučni rad, UDK: 340.114 340.134 doi: 10.5937/nabepo22-13148

⁶ Gustav Radbruch, njemački pravnik i filozof (1878. – 1949. g.). Predavao je pravo na univerzitetima u Königsbergu, Kielu i Heidelbergu od 1904. do 1933. g., kada su ga nacističke vlasti lišile službe. Kao odgovor na pravo nacističke epohe, sročio je *Radbruchovu formulu*, prema kojoj, u slučaju nedopustive inkompatibilnosti zakonskoga prava sa zahtjevima pravедnosti, prednost treba dati pravdi, a ne zakonu. Glavna djela: *Pravna nauka kao stvaranje prava, Uvod u pravnu nauku, Osnove pravne filozofije*. <http://www.enciklopedija.hr/Natuknica.aspx?ID=51412> (28. 3. 2018. g.).

stvarnost koja svoje značenje ima u činjenici da služi ideji pravde.⁷

U istom pravcu Dajović ističe da nužna veza pravde i prava proističe iz činjenice da pravne institucije u tipičnom pravnom poretku donose odluke koje se mogu procjenjivati kao pravedne ili nepravedne, te da pravo treba da ostvaruje pravdu.⁸

Definisanje pravde

Iako se radi o fundamentalnoj društvenoj i pravnoj kategoriji, izgleda da pojam pravde ni u domaćem, ni u uporednom pravu, još uvijek nije definisan na način koji bi bio dovoljno jasan i opšteprihvatljiv.

U nekim bivšim jugoslovenskim pravnim izvorima pojam pravde bio je definisan kao *načelo* prema kome treba dati svakome ono što mu pripada⁹, uz ogradu autora ove definicije da je pravdu teško definisati kao pojam, jer spada u najviše apstraktne pojmove, i da je u praksi još teže odrediti šta je pravedno, jer se mišljenja o tome razlikuju, tako da ono što je za jednog pravedno, za drugog nije.

Platon¹⁰ je dao jednu od najstarijih poznatih definicija pravde, određujući taj pojam kao kosmički¹¹ *princip* reda, mira i harmonije.

Ako se bliže osmotre navedene definicije, može se primijetiti da se pravda definiše kao *pravilo* (odnosno *načelo* ili *princip*).

Međutim, pitanje je da li pravda, kao aktivna kategorija, može predstavljati *pravilo* (odnosno *načelo* ili *princip*), jer se svako pravilo, u svojoj suštini, svodi na apstraktno i unaprijed pripremljeno uputstvo za neko konkretno ponašanje, stanje ili odnos, zbog čega bi definicije u kojima se pravda predstavlja kao *pravilo* mogle biti puno bliže definiciji pojma *prava*, nego pojma *pravde*.

S obzirom da je suštinska karakteristika *prava* upravo to da ono predstavlja *pravila* (uputstva), odnosno *principe*, *načela* i *norme* koji regulišu neka konkretna ponašanja, stanja ili odnose, čini se da bi se iz toga mogla izvesti jedna od mogućih definicija *prava* prema kojoj pravo predstavlja *pravila* odnosno *uputstva*, *načela* i *principe* ljudskog ponašanja (zakoni i podzakonski akti i propisi).

Ako je glavni cilj *prava* uspostavljanje ili održavanje *reda*, *mira* i *harmonije*, čini se neophodnim navedenu definiciju dopuniti tom glavnom svrhom

⁷ Ibid.

⁸ Goran Dajović, „Pravda i pravo: novi odgovori na staro pitanje“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, vol 65, br. 1 (2017), UDK 340.12; 340.114, str. 82-108.

⁹ *Pravna enciklopedija*, Savremena administracija, Beograd, 1979, str. 1036.

¹⁰ Antički grčki filozof (427. pne. - 347. pne), Sokratov učenik i Aristotelov učitelj. Uz Aristotela, možda najznačajniji filozof od antike do današnjih dana. Kao jedan od posljednjih poznatijih predstavnika filozofije idealizma, kao vječnu i nepromjenjivu suštinu svega postojećeg (duhovnog i materijalnog) promovisao je Ideju.

¹¹ Grčka riječ *Kosmos*, od *Kosmein* – sređivati, uređivati, dotjerivati, usklađivati, usaglašavati, izbalansirati, uravnotežiti, pomiriti, uljepšati.

prava, pa bi se, posmatrano na taj način, pravo moglo definisati kao *pravila* (uputstva), odnosno principi, načela i norme koji regulišu neka konkretna ponašanja, stanja ili odnose, s ciljem uspostavljanja ili održavanja *reda, mira i harmonije*.

Dosljedno tome, *pravdu* bismo onda u pravnom smislu mogli definisati kao *aktivnost* (*djelovanje, činjenje ili ponašanje*) kojom se u društvu, putem sudskih, zakonodavnih i izvršnih organa, uspostavlja ili održava *red, mir i harmonija*.

Vladavina prava ili vladavina pravde (juspozitivizam ili jusnaturalizam)?

Prije prelaska na temu kontrole ustavnosti, u svjetlu naprijed navedenog, čini se uputnim kratko provjeriti ispravnost poznatih krilatica „Vladavina prava“ i „Pravna država“, koje parole i sintagme u posljednje vrijeme suvereno vladaju i u Bosni i Hercegovini, a koje su kao neke od najvažnijih „propagandnih“ poruka, lansirane od pristalica tzv. pozitivnog prava.

Bobio (Bobbio) smatra da se osnovna maksima pravnog pozitivizma kao ideologije može iskazati na način: „*Treba poslušati zakone kao takve*“, za razliku od maksime jusnaturalizma (prirodnog prava) koja kaže: „*Treba poslušati zakone samo ako su pravedni*“.¹²

Kao glavni predstavnik pravnog pozitivizma vjerovatno bi se mogao imenovati Kelzen (Kelsen)¹³, dok prirodno pravo možda ponajbolje reprezentuje Radbruch.

Pozitivizam zahtijeva dosljednu primjenu zakona (prava), bez obzira na njegov sadržaj, pa se od zakona ne može odstupiti bez obzira na njegovu očiglednu nepravednost i posljedice u vidu povrede osnovnih ljudskih prava i sloboda.

Sve zablude pozitivističkog shvatanja prava možda je najbolje ilustriralo „pozitivno“ pravo stvoreno u periodu nacističke Njemačke.

S obzirom da bi dosljednom primjenom načela pozitivizma brojni zločini učinjeni za vrijeme II svjetskog rata imali opravdanje u njemačkim zakonima donesenim prije i tokom tog rata, Radbruch se od izrazitog pozitiviste vremenom transformisao u jednog od najvažnijih zastupnika prirodnog prava.

Govoreći o tome, Kozličić ističe kako je Radbruch pokazao razočarenje ranijim vlastitim svođenjem prava na njegovu pozitivnu dimenziju i da je tokom godina nacizma uvidio da je nužno vratiti se dimenzijama prava koje su potisnute, posebno onima koje se tiču vrednovanja pravnih normi, zbog

¹² Norberto Bobbio, „Jusnaturalizam i pravni pozitivizam“, *Revus - Revija za ustavnu teoriju i filozofiju prava* (2015) –26, str. 19-32.

¹³ Hans Kelsen, austrijski pravni teoretičar (1881.-1973. g.), autor „Čiste teorije prava“. Od 1919. do 1929. bio je profesor u Beču, od 1930. u Kölnu. Uticao je na izradu austrijskog Ustava iz 1920. i uspostavu prvog Ustavnoga suda, na kojem je 1921–30. bio sudija. Zbog židovskog porijekla emigrirao 1933. u SAD, gdje je od 1942. bio profesor u Berkeleyu. <http://www.enciklopedija.hr/Natuknica.aspx?ID=31132> (28. 3. 2018. g.)

čega je, u svom kratkom radu iz 1945. godine, pod nazivom „Pet minuta filozofije prava“ istakao: „Takvo shvatanje zakona i njegovog važenja (mi ga nazivamo pozitivističko učenje) obezoružalo je pravnike kao i narod pred i te kako samovoljnim, i te kako surovim, i te kako zločinačkim zakonima. On u krajnjoj liniji *izjednačuje pravo i silu* (kurziv S.K.), samo tamo gde je sila tu je i pravo.“¹⁴

U tom smjeru Sič ističe da se prema Radbruhu pravičnost može shvatiti kao „*pravda pojedinačnog slučaja*“.¹⁵

Moguće je da su velike strahote i žrtve II svjetskog rata u znatnoj mjeri uticale na konačan trijumf pravde, odnosno prirodnog nad pozitivnim pravom, jer su nakon tog rata s najvećim brojem ljudskih žrtava u cjelokupnoj ljudskoj istoriji usvojeni mnogi međunarodni pravni dokumenti koji štite osnovna i najvažnija prirodna ljudska prava (kao što su: pravo na život, slobodu, dostojanstvo, pravdu, imovinu i dr.).

Istorijski gledano, „Vladavina prava“ nastupila je kao antiteza vladavini apsolutizma, tiranije i bezakonja, koje je, u većoj ili manjoj mjeri, carevalo u mračnom srednjem vijeku, ali je s obzirom na revoluciju prirodnih prava, koja je uslijedila u drugoj polovini XX vijeka, možda sazrelo vrijeme da „Vladavina prava“ ustupi mjesto „Vladavini pravde“.

Kontrola ustavnosti zakona i drugih opštih akata u savremenom pravu

Prije nego što nastavimo, potrebno je napomenuti da se ni domaća, ni uporedna teorija i praksa u nama susjednim zemljama izgleda nisu baš previše bavile opštım pitanjima koja se tiču kontrole ustavnosti zakona, i da su se još manje bavile pitanjima koja se tiču glavnog predmeta ovog rada – kontrole ustavnosti zakona od strane redovnih sudova.

U savremenim državama kontrola ustavnosti zakona i drugih pravnih propisa i akata regulisana je dosta šaroliko, ali se ona, prema Tripkoviću, u većini zemalja pojavljuje u dva najčešće zastupljena oblika koji se obično nazivaju **decentralizovani** (difuzni), koji je karakterističan prvenstveno za zemlje anglosaksonskog prava, i **centralizovani** (koncentrisani), koji se ponajviše pojavljuje u zemljama koje slijede kontinentalnu pravnu tradiciju.¹⁶

Omejec, pozivajući se na istraživanja Harytuniana i Mavčića, navodi da u svijetu postoji ukupno pet sistema kontrole ustavnosti¹⁷, ali pošto se oni,

¹⁴ Spahija Kozlić, „Ka reafirmiranju sofističkog učenja o prirodnom pravu“, Izvorni naučni rad, https://www.researchgate.net/publication/299681080_KA_REAFIRMIRANJU_SOFISTICKOG_UCENJA_O_PRIRODNOM_PRAVU_-_ispr_1909 (28. 3. 2018. g.).

¹⁵ Magdolna I. Sič, „Tumačenje prava u skladu sa pravičnošću u rimskom pravu“, Pregledni članak 340.132:177.9(37) doi:10.5937/zrpfns49-9073.

¹⁶ Boško Tripković, „Sistemi sudske kontrole ustavnosti“, objavljeno u publikaciji Ustavnog suda Srbije: *U susret novom ustavu*, Beograd, 2004, str. 316.

¹⁷ Jasna Omejec, „O potrebnim promjenama u strukturi hrvatskog ustavnog sudovanja (prilog reformi ustavnog sudovanja)“, *Zbornik radova s okruglog stola Hrvatske akademije znanosti i*

u krajnjoj suštini, svode na dva pomenuta sistema, ili njihove mješavine, u nastavku ćemo razmotriti samo ta dva krajnja sistema.

Glavna razlika između ova dva sistema ogleda se u tome kome je povjerenjena nadležnost da kontroliše ustavnost.

U najšire decentralizovanim sistemima ovu nadležnost imaju svi sudovi, dok u centralizovanom sistemu ovu funkciju najčešće vrši samo jedan sud (Ustavni ili Vrhovni, ako ne postoji Ustavni sud).

Decentralizovana kontrola ustavnosti najčešće je zastupljena u zemljama sa anglosaksonskim pravom, odnosno zemljama koje su naklonjenije ideji prirodnog prava, dok je centralizovani sistem uglavnom prisutan u zemljama kontinentalnog prava, koje je do II svjetskog rata, u većoj ili manjoj mjeri, bilo bliže principima juspozitivizma.

Tripković smatra da bi uvođenje difuznog sistema sudske kontrole ustavnosti u zemlje kontinentalnog prava dovelo do nedostatka pravne sigurnosti (ne navodeći argumente za takvo mišljenje), dok s druge strane ističe da već ima zemalja kontinentalne pravne tradicije koje su primijenile ovaj sistem s manje ili više međusobnih razlika, među koje, primjera radi, navodi: Meksiko, Argentinu i Brazil, a u određenom širem smislu, još i Švajcarsku, Portugaliju, Grčku i Italiju (od 1948. do 1956.), odnosno Norvešku, Dansku i Švedsku, uz konstataciju da u ove posljednje tri zemlje ovlaštenje za kontrolu ustavnosti sudije koriste veoma obazrivo i umjereno.¹⁸

Ovaj autor posebno upozorava da je podjela svih sistema kontrole ustavnosti u samo dvije grupe samo teorijska, i da veliki broj zemalja u praksi kombinuje oba sistema, zbog čega u današnjem svijetu preovlađuju „mješoviti“ sistemi.¹⁹

Decentralizovani sistemi kontrole ustavnosti

Mavčić navodi američki model kao najstariji decentralizovani (difuzni) model sudske ocjene ustavnosti, s primarnom nadležnošću redovnih sudova za rješavanje ustavnih pitanja.²⁰

Osim decentralizacije ovlaštenja za kontrolu ustavnosti zakona, Tripković navodi još tri opšte karakteristike difuznog sistema kontrole ustavnosti:

- *ništavost neustavnih akata i deklarativnost sudskih odluka* (odluka suda u tom slučaju ima samo deklarativan efekat. Smatra se da neustavna norma nije nikad bila važeća),
- *nadležnost sudova da iniciraju ocjenu ustavnosti, i*

umjetnosti: Hrvatsko ustavno sudovanje de lege lata i de lege ferenda / Zagreb: Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, 2009, str. 23-142.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Ibid, str. 319.

²⁰ Arne Marjan Mavčić, „Problem ostvarivanja principa dostupnosti u postupku sudske ocjene ustavnosti i zakonitosti“,

<http://www.concourts.net/lecture/prof%20%20Mavcic%20-%20clanak%20za%20Pravni%20zbornik.pdf> (28. 3. 2018. g.).

- *vezanost za konkretan slučaj i inter partes efekat odluke.* (Pošto je odlučivanje o ustavnosti vezano za konkretan slučaj, odluka ima efekat koji je ograničen na stranke u tom procesu. Ako je zakon proglašen neustavnim, to samo znači da on nije primjenjiv u tom pojedinom slučaju, a ne da ne može biti primijenjen u nekom drugom postupku).²¹

Centralizovani sistemi kontrole ustavnosti

Kao opšte karakteristike centralizovanih sistema kontrole ustavnosti Tripković navodi sljedeće:

- *kontrola ustavnosti mora biti uspostavljena i regulisana ustavom,*
- *poništivost neustavnih opštih akata i konstitutivni efekti odluka* (kada ustavni sud odlučuje o ustavnosti, takva odluka ima konstitutivno dejstvo i u najvećem broju slučajeva ima dejstvo *ex nunc*, odnosno *pro-futuro*, za ubuduće),

- *ustavni sud ne može sam pokrenuti postupak za ocjenu ustavnosti* (u većini zemalja kontinentalnog prava),

- *direktni i incidentalni karakter kontrole ustavnosti* (u prvom slučaju ustavno pitanje pokreće ili državni organ ili se to čini kroz *actio popularis*, a u drugom slučaju postupak pokreće redovni sud),

- *zakonodavni karakter odluka i dejstvo erga omnes* (odlukom se neustavan zakon poništava i to moraju poštovati ne samo stranke u postupku, već i državni organi i građani).²²

Stanje u susjednim zemljama

Republika Srbija

Pri odgovoru na pitanja koja se tiču kontrole ustavnosti zakona u nekoj zemlji, logično je krenuti od ustava te zemlje i vidjeti na koji način je ova ustavna materija regulisana ustavom.

U Ustavu Republike Srbije²³ izričito je propisano da su sudovi *samostalni i nezavisni u svom radu i sude na osnovu Ustava, zakona i drugih opštih akata, kada je to predviđeno zakonom, opšteprihvaćenih pravila međunarodnog prava i potvrđenih međunarodnih ugovora*²⁴, te da je sudija u vršenju sudijske funkcije nezavisan i potčinjen samo Ustavu i zakonu²⁵.

²¹ Ibid.

²² Ibid, str. 318 i 319.

²³ Ustav Republike Srbije: „Službeni glasnik Republike Srbije“, broj 98/2006.

²⁴ Član 142. stav 2. Ustava Republike Srbije:

„Sudovi su samostalni i nezavisni u svom radu i sude na osnovu Ustava, zakona i drugih opštih akata, kada je to predviđeno zakonom, opšteprihvaćenih pravila međunarodnog prava i potvrđenih međunarodnih ugovora.

Raspravljajanje pred sudom je javno i može se ograničiti samo u skladu s Ustavom.“

²⁵ Član 149. Ustava Republike Srbije:

Ljudska i manjinska prava koja su zajemčena Ustavom, opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava, potvrđenim međunarodnim ugovorima i zakonima, u Republici Srbiji primjenjuju se *neposredno* (član 18. Ustava).²⁶

Ovim Ustavom takođe je propisano da *postupak za ocjenu ustavnosti i zakonitosti mogu da pokrenu državni organi, organi teritorijalne autonomije ili lokalne samouprave, kao i najmanje 25 narodnih poslanika, s tim da postupak može pokrenuti i sam Ustavni sud.*

Iz sadržaja Ustava vidljivo je da svi redovni sudovi sude ne samo na osnovu zakona, nego i na osnovu Ustava, što bi trebalo da podrazumijeva i ovlaštenje, kao i nadležnost svakog redovnog suda za ocjenu ustavnosti zakona od čije primjene zavisi odluka u konkretnom predmetu.

Međutim, nasuprot tome, odredbama Zakona o Ustavnom sudu Republike Srbije²⁷ propisano je da će sud pred kojim se postavi pitanje saglasnosti zakona ili drugog opšteg akta sa Ustavom, ili sa opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava, odnosno s potvrđenim međunarodnim ugovorima ili zakonom, zastati s postupkom i pokrenuti postupak za ocjenu ustavnosti ili zakonitosti tog zakona ili drugog opšteg akta pred Ustavnim sudom.²⁸

Time je zakonodavac, čini se, izašao iz okvira ovlaštenja i nadležnosti koje su mu povjerene odredbama Ustava, jer je prema Ustavu, pri donošenju Zakona o Ustavnom sudu, imao ovlaštenje i nadležnost da reguliše samo pitanja koja se tiču *uređenja Ustavnog suda, postupak pred Ustavnim sudom i pravno dejstvo njegovih odluka*²⁹, dok nije imao ovlaštenje i nadležnost da reguliše druga pitanja (pogotovo pitanja koja se tiču postupka u

„Sudija je u vršenju sudijske funkcije nezavisan i potčinjen samo Ustavu i zakonu. Svaki uticaj na sudiju u vršenju sudijske funkcije je zabranjen.“

²⁶ Član 18. Ustava Republike Srbije:

„Neposredna primena zajemčenih prava

Ljudska i manjinska prava zajemčena Ustavom neposredno se primenjuju.

Ustavom se jemče, i kao takva, neposredno se primenjuju ljudska i manjinska prava zajemčena opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava, potvrđenim međunarodnim ugovorima i zakonima. Zakonom se može propisati način ostvarivanja ovih prava samo ako je to Ustavom izričito predviđeno ili ako je to neophodno za ostvarenje pojedinog prava zbog njegove prirode, pri čemu zakon ni u kom slučaju ne sme da utiče na suštinu zajemčenog prava.

Odredbe o ljudskim i manjinskim pravima tumače se u korist unapređenja vrednosti demokratskog društva, saglasno važećim međunarodnim standardima ljudskih i manjinskih prava, kao i praksi međunarodnih institucija koje nadziru njihovo sprovođenje.“

²⁷ Zakon o Ustavnom sudu: „Službeni glasnik Republike Srbije“, br. 109/2007, 99/2011, 18/2013 – odluka US, 103/2015 i 40/2015.

²⁸ Član 63. Zakona o Ustavnom sudu:

„Ako se u postupku pred sudom opšte ili posebne nadležnosti postavi pitanje saglasnosti zakona ili drugog opšteg akta sa Ustavom, opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava, potvrđenim međunarodnim ugovorima ili zakonom, sud će, ako oceni osnovanim takvo pitanje, zastati sa postupkom i pokrenuti postupak za ocenu ustavnosti ili zakonitosti tog akta pred Ustavnim sudom.“

²⁹ Član 175. stav 3. Ustava Republike Srbije:

„Uređenje Ustavnog suda i postupak pred Ustavnim sudom i pravno dejstvo njegovih odluka, uređuju se zakonom.“

kome redovni sudovi vrše ustavom utvrđenu nadležnost ocjene ustavnosti zakona kojima se povređuju *ljudska i manjinska prava* koja su zajemčena Ustavom, opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava, potvrđenim međunarodnim ugovorima i zakonima, u kom slučaju su redovni sudovi, po samom Ustavu, dužni neposredno primijeniti tako zaštićena ljudska i manjinska prava, i nemaju obavezu zastajanja s postupkom i traženja ocjene ustavnosti od Ustavnog suda).

Na ovaj način, čini se, redovnim sudovima je Zakonom o Ustavnom sudu u Republici Srbiji oduzeto Ustavom utvrđeno pravo i obavezu da neposredno (sami, tj. direktno i bez posredovanja Ustavnog suda), ocjenjuju da li su neki zakoni, ili drugi opšti akti, na osnovu kojih treba da donesu odluku, u skladu sa Ustavom, kao najvišim državnim zakonom, te posebno da li su u skladu sa standardima kojima su ljudska i manjinska prava zajemčena opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava, potvrđenim međunarodnim ugovorima i zakonima (prije svega sa Evropskom konvencijom o ljudskim pravima), što je u toj zemlji izazvalo ozbiljne rasprave i neslaganja između Ustavnog i Vrhovnog kasacionog suda.

Neka neriješena pitanja u Republici Srbiji

Na probleme u vezi načina vršenja kontrole ustavnosti zakona od strane redovnih sudija, naročito ozbiljno i podrobno ukazala je Bosa Nenadić.³⁰

S obzirom da je ona, kako se čini, među rijetkim autorima u regionu koji uopšte postavljaju i obrađuju ova suštinska pravna pitanja, u nastavku ćemo bliže predočiti njeno viđenje ove teme koje se tiče specifičnosti stanja u Republici Srbiji.

Kao jednu od najvažnijih dilema ova autorka vidi u naprijed pomenutom pitanju mogu li redovni sudovi jednostavno odbiti primjenu zakona ako ga cijene neustavnim, te neposredno, bez pokretanja postupka ocjene ustavnosti kod Ustavnog suda, primijeniti ustavnu normu.

S tim u vezi, Nenadić ističe kako redovni sudovi (posebno Vrhovni), polazeći od Ustavom utvrđene obaveze neposredne primjene Ustava, traže ovlašćenje da mogu sami odbiti primjenu neustavne zakonske odredbe u nekom konkretnom predmetu (sporu), tako što bi neposredno primijenili ustavnu normu, ukazujući da time ne dovode u pitanje nadležnost Ustavnog suda da donese odluku o neustavnosti te norme.³¹

Poseban problem Nenadić vidi u činjenici da, za razliku od redovnih sudova nekih zapadnoevropskih zemlja, koji „*diktiraju dnevne redove ustavnih sudova*“, sudovi u Srbiji nisu podnijeli veliki broj zahtjeva za pokretanje postupka za ocjenu ustavnosti, jer su do 2013. godine uputili samo osam prijedloga od više hiljada predmeta formiranih u oblasti normativne kontrole

³⁰ Sudija Ustavnog suda Republike Srbije, a ranija predsjednica tog Suda od 2007. do 2010. godine.

³¹ Bosa M. Nenadić, „O nekim aspektima odnosa ustavnih i redovnih sudova“, objavljeno u publikaciji Ustavnog suda Republike Srbije: *Uloga i značaj ustavnog suda u očuvanju vladavine prava*, Beograd, 2013, str. 89.

ustavnosti pred Ustavnim sudom.³²

Za ovakvo stanje autorka nalazi više razloga i opravdanja, među kojima ističe nedovoljnu normiranost ovog oblika kontrole, stalne reforme sudova u posljednjim decenijama, zagušenost sudova sudskim predmetima, zbog čega neki sudovi, umjesto pokretanja postupka konkretne kontrole ustavnosti zakona, radije pribjegavaju novom tumačenju sporne zakonske norme, odnosno tumačenju zakona na način koji polazi od ustavnih odredaba o ljudskim pravima, ili pak od ustavnih principa i načela (jednakosti, zabrane diskriminacije, proporcionalnosti i sl.), koju praksu autorka podržava i smatra da ista treba da bude podsticana od Ustavnog suda, na način kako to čine neki evropski ustavni sudovi.

S tim u vezi, posebno ističe da je obaveza redovnih sudova da sude na osnovu Ustava, i da imaju *obavezu neposredne primjene* ustavnih odredaba o ljudskim pravima, što radikalno mijenja njihovu ulogu i odgovornost.³³

S druge strane, neki sudovi donose odluke u kojima ignorišu odredbe konkretnog zakona i pozivaju se direktno na Ustav, a ne na taj zakon, i na taj način neposredno primjenjuju odgovarajuću konkretnu odredbu Ustava (što im je i pravo i obaveza po odredbama člana 18. Ustava – vidjeti fusnotu 27), čime izbjegavaju primjenu odredbe zakona za koju smatraju da je neustavna, u kom slučaju se ovakvo ponašanje redovnih sudova, po mišljenju ove autorke, nalazi u procjepu između ustavne obaveze da neposredno primijene ustavne norme i zakonske obaveze iz člana 63. Zakona o Ustavnom sudu (vidjeti fusnotu 25), da od Ustavnog suda zatraže ocjenu ustavnosti, zbog čega je, u svjetlu odredaba čl. 18., 142. i 145. Ustava, u sudskoj praksi postala upitna primjena člana 63. Zakona o Ustavnom sudu, u kom pravcu, po njenom mišljenju, izvjesnu kolebljivost pokazuje i sam Ustavni sud.³⁴

Sumarno, kao najvažnije probleme vezane za odnose Ustavnog suda, s jedne strane, te Vrhovnog kasacionog suda i drugih redovnih sudova, s druge strane, ova autorka posebno ističe sljedeća pitanja:

(1) *da li su redovni sudovi ovlašćeni na samostalnu ocenu ustavnosti pravnih normi prilikom njihove primene u konkretnim sudskim sporovima, tj. raspolažu li pravom na ekscipiju neustavnosti;*

(2) *kakva je obaveznost interpretativnih odluka Ustavnog suda;*

(3) *može li Ustavni sud u vršenju ustavnog nadzora u postupku po ustavnoj žalbi kasirati sudske odluke;*

(4) *da li su stavovi Ustavnog suda iznijeti u obrazloženju odluke po usvojenoj ustavnoj žalbi pravnoobavezni za sud koji mora da „reotvori predmet“, odnosno da ponovo odluči i donese korektivnu odluku, kao i za druge sudove u budućim predmetima;*

(5) *da li je raspodjela nadležnosti i ovlašćenja između Ustavnog i Vrhovnog kasacionog suda (i sudova) u domenu zaštite ljudskih prava učinjena u skladu s njihovim ustavom utvrđenim položajem i ulogom.³⁵*

³² Ibid, str. 88 i 89.

³³ Ibid, str. 92.

³⁴ Ibid, str. 92.

³⁵ Ibid, str. 90.

Kontrola ustavnosti sa stanovišta primjene Evropske konvencije o ljudskim pravima u Republici Srbiji

Ivana Krstić ističe kako je primjena Evropske konvencije o ljudskim pravima u Republici Srbiji nedovoljna (što je u martu 2015. godine na drugom Regionalnom forumu o vladavini prava, javno istakao i tadašnji ministar pravde), ukazujući da još uvijek postoji nedovoljno poznavanje Evropske konvencije i jurisprudencije Evropskog suda za ljudska prava, što dovodi do velikog broja predstavki protiv Srbije pred tim sudom, jer gotovo da nema presuda u kojima se sudovi direktno pozivaju na međunarodnu normu, pa čak ni u slučaju postojanja pravne praznine u domaćem pravu.³⁶

Ista autorka primjećuje da, za razliku od redovnih sudova, Ustavni sud često ističe da je Evropska konvencija sastavni dio unutrašnjeg pravnog porijekla u slučajevima kada je od značaja za odlučivanje u konkretnom predmetu, ali ističe da istraživanje na temu primjene Evropske konvencije nije pouzdano, jer sudska praksa još uvijek nije lako dostupna, a ne vodi se ni poseban registar presuda u kojima se sudovi pozivaju na taj dokument³⁷, uz ocjenu da je pozivanje redovnih sudova na praksu Evropskog suda sve češće, ali ipak nedovoljno i fragmentarno, te šturo, a ponekad i pogrešno, što je trebalo da izmijeni Savjet za odnose sa Evropskim sudom za ljudska prava (Vladino tijelo koje je formirano u aprilu 2013. godine, sa zadatkom da prati primjenu Evropske konvencije i da razmatra aktuelna pitanja u Republici Srbiji vezana za primjenu Konvencije).³⁸

Republika Hrvatska

Vezano za kontrolu ustavnosti od strane redovnih sudova, Ustav Republike Hrvatske³⁹ sadrži odredbe kojima je propisano da sudovi sude na temelju Ustava, zakona, međunarodnih ugovora i drugih važećih izvora prava.⁴⁰

Slično kao i u Republici Srbiji, i po Ustavu Republike Hrvatske, međunarodni ugovori koji su sklopljeni i potvrđeni u skladu sa Ustavom (ukoliko su

³⁶ Ivana Krstić, „Status i primena Evropske konvencije o ljudskim pravima u Republici Srbiji“, objavljeno u publikaciji *Uporadni prikaz primjene Evropske konvencije o ljudskim pravima na nacionalnom nivou*, priređenoj u okviru projekta Saveta Evrope pod nazivom: *Pravosuđe na temeljima ljudskih prava*, Beograd, 2016, str. 95., <https://rm.coe.int/16806fbc15> (28. 3. 2018. g.).

³⁷ Ibid, str. 103, fusnota 47. S tim u vezi, Krstić, u fusnoti, posebno ističe da je od novembra 2016. godine Vrhovni kasacioni sud tražio od svih sudova da vode poseban registar presuda u kojima se sudovi pozivaju na Evropsku konvenciju i praksu Evropskog suda za ljudska prava.

³⁸ Ibid, fusnota 46.

³⁹ Ustav Republike Hrvatske: „Narodne novine“, br. 56/90, 135/97, 113/00, 28/01, 76/10 i 5/14.

⁴⁰ Član 115. Ustava Republike Hrvatske:

„Sudbenu vlast obavljaju sudovi. Sudbena vlast je samostalna i neovisna. Sudovi sude na temelju Ustava, zakona, međunarodnih ugovora i drugih važećih izvora prava.“ [NN 76/10., čl. 18., 16. 6. 2010.] * Članak 115. označen je u NN 76/10. kao „članak 117“.

objavljeni i na snazi) čine sastavni dio unutrašnjeg pravnog poretka Republike Hrvatske, a po pravnoj snazi su *iznad zakona*.⁴¹

Uslovi i rokovi za pokretanje postupka ocjene ustavnosti i zakonitosti, postupak i pravno djelovanje odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske, zaštita ljudskih prava i osnovnih sloboda zajemčenih Ustavom, nisu regulisani Ustavom, nego su prepušteni Ustavnom zakonu o Ustavnom sudu Republike Hrvatske⁴², koji se donosi po proceduri predviđenoj za promjenu Ustava.⁴³

U pogledu kontrole ustavnosti od strane redovnih sudova, ovaj Ustavni zakon, u zavisnosti od forme propisa čija se ustavnost ocjenjuje, razlikuje dvije situacije: 1) u slučaju kada je predmet kontrole zakon ili pojedine njegove odredbe, tada su redovni sudovi dužni zastati s postupkom u Ustavnom sudu i podnijeti zahtjev za ocjenu ustavnosti, 2) u situaciji kada ocjenjuju ustavnost i zakonitost drugih (tj. *podzakonskih*) propisa redovni sudovi su dužni neposredno primijeniti zakon, a Ustavnom sudu podnijeti zahtjev za ocjenu saglasnosti spornog propisa, odnosno pojedine njegove odredbe sa Ustavom i zakonom, s tim što je u obje ove situacije o podnijetim zahtjevima Ustavni sud dužan izvijestiti Vrhovni sud Republike Hrvatske.⁴⁴

Kao i u Republici Srbiji, i u Republici Hrvatskoj redovni sudovi su, izgleda, bili dosta pasivni u pokretanju postupka kontrole ustavnosti kod Ustavnog suda.

Jasna Omejec ističe da su u periodu od 1991. do kraja 2008. godine, od ukupno 5.890 zahtjeva za ocjenu ustavnosti koji su podneseni Ustavnom sudu Republike Hrvatske, samo 159 zahtjeva (2,70%) podneseni od redovnih sudova.

⁴¹ Član 134. Ustava Republike Hrvatske [NN 135/97., čl. 16., 15. 12. 1997.]:

„Međunarodni ugovori koji su sklopljeni i potvrđeni u skladu s Ustavom i objavljeni, a koji su na snazi, čine dio unutarjnega pravnog poretka Republike Hrvatske, a po pravnoj su snazi iznad zakona. Njihove se odredbe mogu mijenjati ili ukidati samo uz uvjete i na način koji su u njima utvrđeni, ili suglasno općim pravilima međunarodnog prava.“

⁴² Ustavni zakon o Ustavnom sudu Republike Hrvatske: „Narodne novine“, br. 99/99 i 29/02.

⁴³ Član 127. Ustava Republike Hrvatske:

„Postupak i uvjeti za izbor sudaca Ustavnog suda Republike Hrvatske i prestanak njihove dužnosti, uvjeti i rokovi za pokretanje postupka ocjene ustavnosti i zakonitosti, postupak i pravno djelovanje njegovih odluka, zaštita ljudskih prava i temeljnih sloboda zajamčenih Ustavom i druga pitanja važna za izvršavanje dužnosti i rad Ustavnog suda Republike Hrvatske uređuju se ustavnim zakonom.“ [NN 113/00., čl. 65., 9. 11. 2000., NN 28/01., čl. 62., 28. 3. 2001.]

Ustavni zakon donosi se po postupku određenome za promjenu Ustava. Unutarnje ustrojstvo Ustavnog suda Republike Hrvatske uređuje se njegovim poslovníkom. * Članak 127. označen je u NN 28/01. kao “članak 132.”

⁴⁴ Član 37. Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske:

„(1) Ako sud u postupku utvrdi da zakon koji bi trebao primijeniti, odnosno pojedina njegova odredba nisu suglasni s Ustavom, zastat će s postupkom i podnijeti Ustavnom sudu zahtjev za ocjenu suglasnosti zakona, odnosno pojedine njegove odredbe s Ustavom.

(2) Ako sud u postupku utvrdi da drugi propis koji bi trebao primijeniti, odnosno pojedina njegova odredba nisu suglasni s Ustavom i zakonom, na konkretan slučaj će neposredno primijeniti zakon, a Ustavnom sudu će podnijeti zahtjev za ocjenu suglasnosti spornog propisa, odnosno pojedine njegove odredbe s Ustavom i zakonom.

(3) O podnijetim zahtjevima iz st. 1. i 2. ovoga članka Ustavni sud će izvijestiti Vrhovni sud Republike Hrvatske.“

Ova autorka se zalaže za jačanje uloge redovnih sudova u kontroli ustavnosti pravnih normi koje primjenjuju u sudskim postupcima, te jačanje njihove uloge u zaštiti ustavnih prava stranaka, što bi se trebalo postići novim uređenjem ustavne kontrole koji je detaljnije razrađen i predložen u njenom radu naslovljenom „O potrebnim promjenama u strukturi hrvatskog ustavnog sudovanja (prilog reformi ustavnog sudovanja)“.⁴⁵

Vežano za problematiku odnosa redovnih i Ustavnog suda u Republici Hrvatskoj, Arlović ističe da iz Ustavnog zakona o Ustavnom sudu RH proizlazi da redovni sudovi prilikom rješavanja pojedinih predmeta imaju pravo i obavezu razmotriti jesu li mjerodavne odredbe ili cijeli zakon, na kome će temeljiti svoju odluku, u skladu sa Ustavom.⁴⁶

Iako ovaj autor ističe da je moderna ustavna država otvorila prostore za uspostavljanje odnosa saradnje i uzajamne provjere svih nosilaca vlasti, pa tako i između redovnih i ustavnog suda, i da je riječ o velikim i gotovo revolucionarnim promjenama u njihovim odnosima, Arlović cijeni da redovni sudovi ni u kom slučaju nemaju pravo do kraja provesti postupak ocjenjivanja ustavnosti i odlučiti da li sporni zakoni, ili pojedine njihove odredbe, nisu u skladu sa ustavom, jer takvu ovlast, po njegovom mišljenju, ima samo Ustavni sud Republike Hrvatske, zbog čega su, u slučaju sumnje da se radi o neustavnom zakonu, redovni sudovi dužni zastati s postupkom, a Ustavnom sudu podnijeti zahtjev za ocjenu saglasnosti sa Ustavom.

Na taj način, ovaj autor, Ustavnom Zakonu daje prioritet nad Ustavom, i tako, čini se, zanemaruje odredbe Ustava prema kojima sudovi sude na temelju *Ustava, zakona, međunarodnih ugovora* i drugih važećih izvora prava (član 115. Ustava), a posebno odredbe Ustava prema kojima *međunarodni ugovori* koji su sklopljeni i potvrđeni u skladu sa Ustavom, čine sastavni dio unutrašnjeg pravnog poretka Republike Hrvatske, a po pravnoj snazi su *iznad zakona* (član 134. Ustava).

Tumačenjem kontrole ustavnosti na ovaj način izgleda da se negira pravo redovnih sudova da Evropsku konvenciju o zaštiti ljudskih prava i druge međunarodne pravne dokumente u svojoj praksi primjenjuju *direktno i neposredno*, tj. bez prethodnog zastajanja s postupkom i obaveznog obraćanja Ustavnom sudu za ocjenu ustavnosti nekog konkretnog zakona.

Kontrola ustavnosti u Republici Hrvatskoj sa stanovišta primjene Evropske konvencije o ljudskim pravima

Za razliku od Arlovića, Nikolina Katić, pozivajući se na odredbe Ustava Republike Hrvatske koje propisuju prioritet međunarodnih u odnosu na do-

⁴⁵ Jasna Omejec (predsjednica Ustavnog suda Republike Hrvatske), „O potrebnim promjenama u strukturi hrvatskog ustavnog sudovanja (prilog reformi ustavnog sudovanja)“, *Zbornik radova s okruglog stola Hrvatske akademije znanosti i umjetnosti: Hrvatsko ustavno sudovanje de lege lata i de lege ferenda* / Zagreb: Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, 2009, str. 23-142.

⁴⁶ Mato Arlović, *Međuodnos Ustavnog suda Republike Hrvatske i sudbene vlasti u Republici Hrvatskoj*, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 52, 2/2015, str. 369-405.

maće zakone (član 134. Ustava), smatra da su sve hrvatske sudije, pa čak i javni službenici, vezani Konvencijom na način na koji su vezani i bilo kojim drugim (domaćim) propisom i da imaju obavezu da odredbe Konvencije u svakodnevnom radu primjenjuju direktno što, po mišljenju ove autorke, proizilazi i iz Zakona o zaključivanju i sprovođenju međunarodnih sporazuma, budući da odredbe tog Zakona ne propisuju nijednu dodatnu proceduru za (direktnu) primjenu međunarodnih sporazuma i ugovora u domaćem sistemu.⁴⁷

Ovakav pristup problemu primjene Evropske konvencije, kao međunarodnog ugovora, svodi se na shvatanje da ta Konvencija (kao i ostali pravno obavezujući međunarodni ugovori) predstavlja *domaće materijalno i procesno pravo*, koje je po odredbama Ustava Republike Hrvatske (član 134. Ustava) *iznad svih domaćih zakona*, te da su redovni sudovi, u postupcima koji se tiču primjene Evropske konvencije, ukoliko je bilo koji domaći zakon u protivnosti s bilo kojom odredbom Konvencije, *dužni primijeniti Konvenciju*, kao materijalno i procesno pravo koje ima prioritet u odnosu na sve domaće materijalne i procesne zakone.

Ista autorka posebno primjećuje da je Evropska konvencija pravno obavezujuća u Republici Hrvatskoj već 19 godina, ali da je dugo godina među nacionalnim sudijama i javnim službenicima smatrana „stranim“ ili „međunarodnim“ pravom, koje nije direktno primjenjivo u domaćim postupcima, uprkos odredbama Ustava, koji propisuje drugačije, te da je o odredbama Konvencije i sudskoj praksi Evropskog suda, među građanima i advokatima takođe postojalo malo saznanja, i da se u domaćim postupcima gotovo niko od stranaka nije pozivao na odredbe Konvencije, niti tražio njenu direktnu primjenu, ali da se to zadnjih godina promijenilo.⁴⁸

Kao neku vrstu prekretnice u stavu domaćih sudova, Katić navodi odluku Ustavnog suda U-III-3304/201135, kojom je naglašena važnost *direktno implementacije* Konvencije i međunarodnog prava uopšte u domaćim postupcima, što je, po ovoj autorki, bila prva odluka u kojoj se Ustavni sud bavio odgovornošću države prema međunarodnom ugovoru ili Konvenciji, s tim što među takve odluke ubraja i odluku U-III-2026/201038, koja je vezana za presudu Evropskog suda u slučaju *Peša protiv Hrvatske*, u kojoj je Evropski sud utvrdio kršenje prava podnosioca na pretpostavku nevinosti garantovanog Konvencijom (član 6§2 Konvencije).⁴⁹

Pored više drugih odluka, Katić pominje i odluku U-III-2073/201045, u kojoj je Ustavni sud utvrdio osnovne principe koje niži sud mora da uključi u obrazloženje svojih odluka kada odlučuje o pravu poštovanja nečijeg doma,

⁴⁷ Nikolina Katić, „Sprovođenje Evropske konvencije o ljudskim pravima na nacionalnom nivou“, objavljeno u publikaciji *Uporedni prikaz primjene Evropske konvencije o ljudskim pravima na nacionalnom nivou*, priređenoj u okviru projekta Saveta Evrope pod nazivom: *Pravosuđe na temeljima ljudskih prava*, Beograd 2016, str. 127-143., <https://rm.coe.int/16806fbc15> (28. 3. 2018. g.).

⁴⁸ Ibid, str. 135.

⁴⁹ Ibid, str. 136 i 137.

te je, s tim u vezi, istakao: „Nijedna odredba domaćeg prava se ne sme tumačiti i primenjivati na način koji nije u skladu sa obavezama koje proizlaze iz Ustava i Evropske konvencije. U svim budućim slučajevima u kojima stranke podnesu prigovore u vezi sa mešanjem u njihovo pravo na poštovanje doma merom deložacije, dužnost nadležnih građanskih sudova je da ispituju srazmernost i nužnost predložene mere uzimajući u obzir relevantna načela koja čine sadržaj prava na poštovanje doma, a u skladu sa temeljnim postavkama uključenim u ovu odluku.“⁵⁰

Ustavno uređenje sudske kontrole ustavnosti u Bosni i Hercegovini

Sistem kontrole ustavnosti u svakoj zemlji regulisan je ustavom, kao najvišim pravnim aktom, zbog čega je situacija u Bosni i Hercegovini znatno složenija nego u susjednim i drugim zemljama s jedinstvenim ustavno-pravnim uređenjem, jer umjesto jednog, imamo čak 13 ustava.⁵¹

Kontrola ustavnosti zakona od strane redovnih sudova, međutim, regulisana je u „samo“ tri „glavna“ ustava, tj. u državnom i entitetskim, pa ćemo u nastavku ukratko razmotriti na koji način je ta materija regulisana najvišim pravnim aktima na državnom i entitetskim nivoima.

Uređenje na državnom nivou

Ustavom Bosne i Hercegovine nije predviđeno donošenje posebnog ustavnog zakona kojim bi se bliže i detaljnije uredila sva bitna pitanja koja se tiču postupka i procedura kontrole ustavnosti, kao i svih drugih važnih ustavnih pitanja (kao što je način funkcionisanja Ustavnog suda BiH), nego je propisano da Ustavni sud sam donosi pravila o svom radu⁵², koje rješenje je, čini se, ispod modernih svjetskih standarda ustavne regulative, budući da u svim savremenim državama, pored ustava koji sadrži samo najvažnije ustavne odredbe, postoje ustavni zakoni kojima se bliže razrađuju i regulišu ta najvažnija ustavna pitanja, a te (ustavne) zakone u svim zemljama donose zakonodavna tijela, a ne ustavni sud.

Međutim, ni ranijim⁵³ a ni trenutno važećim⁵⁴ Pravilima Ustavnog suda BiH nisu regulisana načelna pitanja koja se tiču ovlaštenja, odnosno oba-

⁵⁰ Ibid, str. 139.

⁵¹ Ustav Bosne i Hercegovine (koji nikada nije objavljen u „Službenom glasniku BiH“), Ustav Federacije Bosne i Hercegovine sa amandmanima („Službene novine FBiH“, br. 1/94, 13/97, 16/02, 22/02, 52/02, 63/03, 9/04, 20/04, 33/04, 71/05, 72/05 i 88/08), Ustav Republike Srpske sa amandmanima („Službeni glasnik Republike Srpske“, br. 21/92, 28/94, 8/96, 13/96, 15/96, 16/96, 21/96, 21/02, 31/02, 31/03, 98/03 i 115/05), te ustavi 10 kantona u Federaciji Bosne i Hercegovine.

⁵² Član VI – 2.b) Ustava Bosne i Hercegovine:

„Sud će, većinom glasova svih članova, usvojiti svoja pravila o radu. Sud će voditi javne rasprave, a svoje odluke će javno obrazlagati i objavljivati.“

⁵³ Pravila Ustavnog suda Bosne i Hercegovine („Službeni glasnik BiH“ br. 60/05, 64/08 i 51/09).

⁵⁴ Pravila Ustavnog suda Bosne i Hercegovine („Službeni glasnik BiH“, broj 22/14).

veze redovnih sudova u vezi pokretanja postupka kontrole ustavnosti, nego samo pravila postupanja pred Ustavnim sudom, zbog čega su na državnom nivou bitna pitanja koja se tiču ove teme, izgleda, ostala nedovoljno regulisana i sadržana isključivo u državnom Ustavu.

Prema tom Ustavu pitanje ocjene ustavnosti zakona, odnosno njegove kompatibilnosti sa Ustavom, te Evropskom konvencijom o ljudskim pravima i osnovnim slobodama i njenim protokolima, kao i pitanje ocjene postojanja ili domašaja nekog opšteg pravila međunarodnog javnog prava koje je bitno za odluku suda, može pokrenuti *bilo koji* sud u BiH.⁵⁵

Što se tiče primjene Evropske konvencije o ljudskim pravima, Ustav Bosne i Hercegovine sadrži odredbu prema kojoj su *svi sudovi*, ali i *sve ustanove*, odnosno *organi vlasti i drugi organi kojima posredno rukovode entiteti*, dužni da primjenjuju ljudska prava i osnovne slobode predviđene u Konvenciji u njenim protokolima⁵⁶, s tim što se Konvencija i njeni protokoli u Bosni i Hercegovini *primjenjuju direktno*, i imaju *prioritet nad svim ostalim zakonima*.⁵⁷

Prema navedenim ustavnim odredbama možda bi se moglo zaključiti da se neupitna suština ustavno-pravnog uređenja pitanja kontrole ustavnosti od strane redovnih sudova na državnom nivou svodi na sljedeće zaključke:

1) da se Evropska konvencija o ljudskim pravima i njeni protokoli u postupcima pred domaćim redovnim sudovima *primjenjuju direktno* (neposredno, tj. bez posredovanja ustavnih sudova),

2) da ti međunarodni akti predstavljaju *domaće materijalno i procesno pravo*, i da, kao takvi, *imaju prioritet nad svim ostalim domaćim zakonima*,

3) da *svi redovni sudovi* imaju ustavnu obavezu (samim tim i ovlaštenje) da odredbe o ljudskim pravima i osnovnim slobodama koje su predviđene u Konvenciji u njenim protokolima *primjenjuju u svakom konkretnom predmetu*, i da, po *službenoj dužnosti* i prigovorima stranaka, paze na to da ta prava i slobode ne budu povrijeđeni u postupcima koji se vode pred tim sudovima,

4) da ustavno pitanje kod Ustavnog suda Bosne i Hercegovine redovni sudovi mogu predočiti samo povodom ocjene ustavnosti *zakona*, a ne i *podzakonskih opštih akata*.

⁵⁵ Član 6 – 3 c) Ustava Bosne i Hercegovine:

„Ustavni sud je nadležan u pitanjima koja mu je prosljedio 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 domašaja nekog opšteg pravila međunarodnog javnog prava koje je bitno za odluku suda.“

⁵⁶ Član 2. stav 6. Ustava Bosne i Hercegovine:

„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.“

⁵⁷ Član II stav 2. Ustava Bosne i Hercegovine:

„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 ostalim zakonima.“

Uređenje na nivou Federacije Bosne i Hercegovine

Ustav Federacije (kao i državni Ustav) propisuje da su ne samo *svi sudovi*, nego i *svi organi uprave i javne institucije* u obavezi da primjenjuju i poštuju *sva prava i slobode* predviđene u aktima navedenim u Aneksu tog Ustava.⁵⁸

Ovaj Aneks Ustava Federacije sadrži 22 instrumenta za zaštitu ljudskih prava, koji prema tom Ustavu *imaju pravnu snagu ustavnih odredaba*, a uključuju sljedeće međunarodno-pravne akte:

1. Konvencija o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida, 1948.
2. Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima, 1948.
3. Ženevske konvencije I-IV. o zaštiti žrtava rata, 1949. i Ženevski dopunski protokoli I-II., 1977.
4. Evropska konvencija o zaštiti ljudskih prava i temeljenih sloboda i dopunski protokol, 1950.
5. Konvencija o pravnom statusu izbjeglica, 1951. i dopunski protokoli, 1966.
6. Konvencija o nacionalnosti udatih žena, 1957.
7. Konvencija o smanjenju broja apatrida, 1961.
8. Evropska socijalna povelja, 1961. i dopunski protokol 1.
9. Međunarodna konvencija o eliminaciji svih vrsta rasne diskriminacije, 1965.
10. Međunarodni ugovor o građanskim i političkim pravima, 1966. i pripadajući mu Opcionalni protokoli, 1989.
11. Međunarodni ugovor o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima, 1966.
12. Međunarodna konvencija o ukidanju svih oblika diskriminacije žena iz 1979.
13. Deklaracija Ujedinjenih nacija o eliminiranju svih vrsta netolerancije i diskriminacije na osnovu vjere i vjeroispovijesti, 1981.
14. Konvencija protiv mučenja i drugih vrsta okrutnog, nehumanog ili ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja, 1984.

⁵⁸ Član II-6. Ustava Federacije Bosne i Hercegovine /Amandman I („Službene novine FBiH”, broj 1/94), od 21. jula 1994., Amandmani II-XXIV („Službene novine FBiH”, broj 13/97), od 2. juna 1997., Amandmani XXV-XXVI („Službene novine FBiH”, broj 13/97), od 2. juna 1997., Amandmani XXVII-LIV (Wolfgang Petrisch) („Službene novine FBiH”, broj 16/02), od 28. aprila 2002., Amandmani LVI-LXIII (Wolfgang Petrisch) („Službene novine FBiH”, broj 22/02), od 5. juna 2002., Amandmani LXIV-LXVII (Paddy Ashdown) („Službene novine FBiH”, broj 52/02), od 28. oktobra 2002., Amandmani LXVIII-LXXXVII (Paddy Ashdown) („Službene novine FBiH”, broj 52/02), od 28. oktobra 2002. godine, Amandmani LXXXIX-XCIV („Službene novine FBiH”, broj 63/03) od 16. 12. 2003. godine, Amandmani XCV-CII (Paddy Ashdown) („Službene novine FBiH”, broj 9/04) od 16. 2. 2004. godine, Amandmani CIII i CIV („Službene novine FBiH”, broj 20/04) od 15. 4. 2004. godine, Amandman CV („Službene novine FBiH”, broj 33/04) od 19. 6. 2004. godine, Amandman CVI (Paddy Ashdown) („Službene novine FBiH”, broj 72/05) od 26. 12. 2005. godine, Amandmani CVI-CVIII („Službene novine FBiH”, broj 71/05) od 21. 12. 2005. godine i Amandman CIX („Službene novine FBiH”, broj 88/08) od 31. 12. 2008. godine./:

„Svi sudovi, organi uprave, institucije koje vrše javna ovlašćenja i drugi organi federalne vlasti primjenjivat će i poštovati prava i slobode predviđene u aktima navedenim u Aneksu.”

15. Evropska konvencija o spriječavanju mučenja, nehumanog ili ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja, 1987.
16. Konvencija o pravima djeteta, 1989.
17. Konvencija o pravima radnika na privremenom radu u inozemstvu i članova njihovih obitelji, 1990.
18. Dokument sastanka u Kopenhagenu Konferencije o ljudskoj dimenziji KESS-a, Poglavlje IV, 1990.
19. Preporuke parlamentarne skupštine Evropskog savjeta o pravima manjina, paragrafi 10-13, 1990.
20. Deklaracija Ujedinjenih nacija o pravima osoba koje pripadaju nacionalnim ili etničkim, vjerskim ili jezičkim manjinama, 1992.
21. Evropska povelja o regionalnim jezicima i jezicima manjina, 1992.
22. Okvirna konvencija za zaštitu nacionalnih manjina iz 1994.

Iako je Ustav Federacije svim navedenim međunarodno-pravnim aktima iz Aneksa dao snagu jaču nego što tim ili drugim međunarodno-pravnim aktima daje Ustav Bosne i Hercegovine (jer im daje pravnu snagu *ustavnih* odredaba, za razliku od državnog ustava koji im daje snagu *zakona* jačih od svih domaćih zakona), federalni Ustav, čini se, nije bio dosljedan u kreiranju ustavno-pravnog ambijenta u kojima bi došlo do faktičke realizacije te jače pravne snage.

Ovo ponajprije stoga što je, za razliku od državnog Ustava (i Ustava Republike Srpske), federalni Ustav pravo kontrole ustavnosti od strane redovnih sudova ograničio samo na *kantonalne i Vrhovni sud*, dok je ovo pravo oduzeo svim prvostepenim, odnosno opštinskim sudovima u Federaciji, budući da ih ovaj Ustav nije naveo kao ovlaštene podnosiocce zahtjeva za odlučivanje o ustavnim pitanjima koja se pojave u toku postupka pred tim sudovima, na koji način je, izgleda, pravno onemogućio, ili bar znatno ograničio i otežao mogućnosti ostvarenja prava koja su zaštićena navedenim međunarodno-pravnim aktima iz Aneksa tog Ustava, među kojima i prava i sloboda iz Evropske konvencije i njenih protokola.⁵⁹

Pored toga, iako državni Ustav (kao ni Ustav Republike Srpske) ne sadrži odredbe koje redovne sudove obavezuju da u slučaju sumnje u usklađenost nekog zakona sa odredbama tog (ili, eventualno, entitetskog) Ustava ili sa normama pravno obavezujućih međunarodnih ugovora, zastaju s postupkom i da od Ustavnog suda obavezno traže prethodnu ocjenu takve saglasnosti, federalni Ustav propisao je izričitu obavezu redovnim sudovima (tj. Vrhovnom ili kantonalnim) da u takvom slučaju *obustavljaju postupak* i da predmet prije donošenja odluke *obavezno predoče* Ustavnom sudu Federacije Bosne i Hercegovine.⁶⁰

⁵⁹ Član IV-C-10. stav 3. Ustava Federacije Bosne i Hercegovine:

„Ustavni sud odlučuje i o ustavnim pitanjima koja mu predoči Vrhovni sud ili neki kantonalni sud, a koja se pojave u toku postupka pred tim sudom.“

⁶⁰ Član IV-C-10. stav 3. Ustava Federacije Bosne i Hercegovine:

„Kad Vrhovni sud, ili kantonalni sud, u toku postupka koji se vodi pred sudom, smatraju da odgovarajući zakon nije u skladu sa ovim ustavom, obustavit će postupak i predočiti predmet Ustavnom sudu u skladu sa članom IV. C. 10. (3).“

S tim u vezi, čini se, potrebno je postaviti najmanje tri važna pitanja:

1) Da li *prvostepeni* sudovi, kao i *organi uprave* (koji po tom Ustavu *nemaju* ovlaštenje *pokretanja ustavnog pitanja* ocjene ustavnosti zakona, a imaju *obavezu* primjene prava i slobode predviđenih u Evropskoj konvenciji i drugim aktima navedenim u Aneksu tog Ustava), ocjenu ustavnosti zakona po federalnom Ustavu mogu vršiti *direktno*, tj. bez pokretanja ustavnog pitanja kod federalnog Ustavnog suda (što bi bio svojevrsan paradoks, jer kantonalni i Vrhovni sud nemaju takvo pravo)?

2) S obzirom da je ustavno-pravna materija federalnog Ustava u pomenutom dijelu znatno drugačija i u neskladu s tom materijom sadržanom u državnom Ustavu, na koji način će se u takvoj situaciji ponašati redovni sudovi (pogotovo opštinski) u Federaciji, odnosno da li će postupati u skladu sa odredbama državnog ili federalnog Ustava (ovo posebno kada su odredbe domaćeg zakona po ocjeni redovnih sudova u nesaglasnosti s normama Evropske konvencije i njenih protokola, ili s normama drugih pravno obavezujućih međunarodnih akata iz Aneksa Ustava, koji imaju snagu ustavnih normi)?

3) Ukoliko prvostepeni sudovi i organi uprave po federalnom Ustavu nemaju ni ovlaštenje pokretanja ustavnog pitanja ocjene ustavnosti zakona, a ni ovlaštenje direktne ocjene ustavnosti, nije li to u direktnoj protivnosti s normama državnog Ustava, kao i s normama samog federalnog Ustava kojima se Evropskoj konvenciji i njenim protokolima, kao i svim ostalim pravno obavezujućim međunarodnim aktima iz Aneksa federalnog Ustava, daje pravna snaga ustavnih normi (budući da u tom slučaju prvostepeni sudovi i organi uprave gube mogućnost i direktne i posredne primjene Konvencije i svih drugih međunarodnih akata iz Aneksa federalnog Ustava)?

Ovo pogotovo ako se ima u vidu da su, i prema odredbama Zakona o sudovima u Federaciji, redovni sudovi, u svim postupcima, dužni da štite prava i slobode zagwarantovane ustavima Bosne i Hercegovine, Federacije i kantona, i da su dužni da obezbjeđuju ustavnost i zakonitost.⁶¹

Slično kao i državni Ustav, i Ustav Federacije nije propisao mogućnost da redovni sudovi (tačnije Vrhovni sud, ili kantonalni sud) kod Ustavnog suda Federacije, pokreću pitanje ustavnosti *podzakonskih* akata⁶², iz čega bi se moglo zaključiti da taj Ustav redovnim sudovima ostavlja mogućnost da u konkretnim predmetima sami vrše ocjenu ustavnosti i zakonitosti *podzakonskih* propisa.

Ustav Federacije sadrži i važnu odredbu koja nedostaje u ostala dva Ustava, a prema kojoj je, u slučaju kada Ustavni sud Federacije odluči o ustavnom pitanju koje mu je predočeno od strane redovnog suda, njegova

⁶¹ Član 5. Zakona o sudovima u Federaciji Bosne i Hercegovine („Službene novine FBiH“, br. 38/05, 22/06, 63/10, 7/13 i 52/14): „Sudovi štite prava i slobode zagwarantovane ustavima Bosne i Hercegovine, Federacije i kantona i zakonom, te obezbjeđuju ustavnost i zakonitost.“

⁶² Ibid 60, član IV-C-10. stav 3. Ustava Federacije Bosne i Hercegovine.

odluka obavezujuća za sud koji je predočio pitanje, u postupku povodom kojeg je pitanje pokrenuto.⁶³

Uređenje na nivou Republike Srpske

Ustav Republike Srpske sadrži odredbu prema kojoj sudovi sude na osnovu Ustava i zakona (koja odredba je uobičajena u većini savremenih ustava, a koja nedostaje u federalnom i državnom ustavu).⁶⁴

Ustavom nije posebno regulisan postupak ocjene ustavnosti od strane redovnih sudova, nego je načelno predviđeno da svako može dati inicijativu za pokretanje postupka za ocjenjivanje ustavnosti i zakonitosti, s tim da taj postupak pred Ustavnim sudom mogu, bez ograničenja, pokrenuti samo predsjednik Republike, Narodna skupština i Vlada, a ostali organi, organizacije i zajednice pod uslovima utvrđenim zakonom.

Ovaj Ustav, izgleda, ne sadrži druge bitne odredbe o postupku kontrole ustavnosti zakona od strane redovnih sudova, zbog čega je ova ustavna materija u samom Ustavu, čini se, nedovoljno regulisana, ali su neka važna pitanja regulisana Zakonom o ustavnom sudu Republike Srpske, kojim je predviđeno da postupak pred Ustavnim sudom može pokrenuti i (redovni) sud ako se pitanje ustavnosti i zakonitosti postavi u postupku pred „Sudom“.⁶⁵

⁶³ Član IV-C-12. Ustava Federacije Bosne i Hercegovine:

„Odluke Ustavnog suda konačne su i obavezujuće, posebno kada:

- a) Sud rješava spor u skladu sa članom IV. C. 10. (1). Sve strane u sporu moraju poštovati tu odluku i pridržavati se naredbi Suda izdatih u toku ili na kraju postupka;
- b) Sud utvrdi da zakon, usvojeni ili predloženi zakon ili drugi propis Federacije ili bilo kojeg kantona, grada ili bilo koje općine nije u skladu sa ovim ustavom. Taj ili drugi propis neće se primjenjivati, odnosno stupiti na snagu, osim ukoliko se izmijeni na način koji propiše Sud ili ukoliko Sud ne utvrdi prijelazna rješenja, koja ne mogu biti na snazi duže od šest mjeseci.
- c) Sud odluči o ustavnom pitanju koje mu je predočeno u skladu sa članom IV. C. 10. (3). Odluka Ustavnog suda bit će obavezujuća za sud koji je predočio pitanje u odnosu na postupak tokom kojeg je pitanje pokrenuto i imat će dejstvo utvrđeno pod (b).“

⁶⁴ Član 121. stav 2. Ustava Republike Srpske („Službeni glasnik Republike Srpske“, br. 21/92 – prečišćeni tekst, 28/94, 8/96, 13/96, 15/96, 16/96, 21/96, 21/02, 26/02, 30/02, 31/02, 69/02, 31/03, 98/03, 115/05 i 117/05):

„Sudovi su samostalni i nezavisni i sude na osnovu Ustava i zakona.“

⁶⁵ Član 4. stav 2. d) Zakona o Ustavnom sudu Republike Srpske („Službeni glasnik Republike Srpske“, br. 29/94, 23/98, 97/04 i 54/05 – prečišćeni tekst):

„Postupak pred Sudom prijedlogom mogu pokrenuti:

...

d) Sud, ako se pitanje ustavnosti i zakonitosti postavi u postupku pred Sudom“.

Može se primijetiti da je tačka d) stava 2. člana 4. tog Zakona malo konfuzna, jer nije jasno da li se radi o redovnom sudu kao pokretaču postupka, ili o Ustavnom sudu, (jer je zadnja riječ „Sudom“ napisana velikim početnim slovom, što je, prema članu 1. tog Zakona, skraćenica za „Ustavni sud Republike Srpske“), ali pošto je u stavu 3. istog člana propisano da „Sud“ (tj. Ustavni sud) može i sam pokrenuti postupak za ocjenjivanje ustavnosti i zakonitosti, onda se, ipak, može zaključiti da se tačka „d)“ odnosi na (bilo koji) redovni sud.

Pored toga, odredbama člana 70. istog Zakona propisane su neke izuzetno važne odredbe koje nisu sadržane u druga dva Ustava, a koje se tiču pravnih posljedica odluka Ustavnog suda.

Naime, ovaj Ustav jedini propisuje pravo lica čije je konkretno pravo povrijeđeno konačnim ili pravosnažnim pojedinačnim aktom donesenim na osnovu zakona ili drugog propisa i opšteg akta koji je na osnovu odluke Ustavnog suda tog entiteta prestao da važi, da pod određenim uslovima od nadležnog organa *traži izmjenu* tog pojedinačnog akta, s tim što odluka Ustavnog suda u takvim slučajevima predstavlja i ustavno-pravni razlog za *ponavljanje postupka* pred organom koji je donio konačni ili pravosnažni pojedinačni akt.⁶⁶

U slučaju kada se izmjenom pojedinačnog akta ne mogu otkloniti posljedice nastale usljed primjene opšteg akta, koji je na osnovu odluke Ustavnog suda prestao da važi, Ustavni sud može odrediti da se ove posljedice otklone *povraćajem u pređašnje stanje, naknadom štete* ili na drugi način.⁶⁷

Slično tome, u slučaju kada je pravosnažnom sudskom odlukom odbijena primjena propisa ili opšteg akta zbog ocjene redovnog suda da isti nije u saglasnosti sa Ustavom ili zakonom, a Ustavni sud utvrdi da takva nesaglasnost ne postoji, Ustav daje mogućnost svakom licu kome je tom odlukom povrijeđeno neko pravo da može *zahtijevati izmjenu te pravosnažne sudske odluke*, u roku od jedne godine od dana objavljivanja odluke Ustavnog suda.⁶⁸

Razgraničenje nadležnosti ustavnih sudova u Bosni i Hercegovini

Vezano za ustavno-pravna ovlaštenja i obaveze redovnih sudova za pokretanje ocjene ustavnosti, kao vrlo važno pitanje u oba entiteta pojavljuje

⁶⁶ Član 70. Ustava Republike Srpske:

„Svako kome je povrijeđeno pravo konačnim ili pravosnažnim pojedinačnim aktom donijetim na osnovu zakona ili drugog propisa i opšteg akta koji je na osnovu odluke Suda prestao da važi, ima pravo da traži od nadležnog organa izmjenu tog pojedinačnog akta.

Prijedlog za izmjenu konačnog ili pravosnažnog pojedinačnog akta iz stava 1. ovog člana može se podnijeti najkasnije u roku od šest mjeseci od dana objavljivanja odluke u „Službenom glasniku Republike Srpske“, ako od dostavljanja pojedinačnog akta do donošenja odluke Suda nije proteklo više od jedne godine.

Odluka Suda iz stava 1. ovog člana predstavlja razlog za ponavljanje postupka pred organom koji je donio konačni ili pravosnažni pojedinačni akt.“

⁶⁷ Član 72. Ustava Republike Srpske:

„Ako se utvrdi da se izmjenom pojedinačnog akta ne mogu otkloniti posljedice nastale usljed primjene opšteg akta, koji je na osnovu odluke Suda prestao da važi, Sud može odrediti da se ove posljedice otklone povraćajem u pređašnje stanje, naknadom štete ili na drugi način.“

⁶⁸ Član 71. Ustava Republike Srpske:

„Kad je pravosnažnom sudskom odlukom odbijena primjena propisa ili opšteg akta zbog njegove nesaglasnosti sa Ustavom ili zakonom, a Sud utvrdi da takva nesaglasnost ne postoji, svako kome je povrijeđeno neko pravo može zahtijevati izmjenu te pravosnažne sudske odluke, u roku od jedne godine od dana objavljivanja odluke Suda“.

se i pitanje koji ustavni sud je *nadležan* u slučaju kada redovni sudovi žele zatražiti ocjenu ustavnosti nekog zakona.

Državnim ustavom svim redovnim sudovima dato je ovlaštenje da pred tim sudom mogu zatražiti ocjenu o tome 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 domašaja nekog opšteg pravila međunarodnog javnog prava koje je bitno za odluku suda.

Ovim Ustavom, međutim, nije precizirano za koje zakone redovni sudovi mogu zatražiti ustavnosti kod Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, odnosno da li tu ocjenu mogu zatražiti samo za *državne ili i za entitetske zakone*.

S druge strane, ova pitanja nisu precizirana ni u entitetskim ustavima, budući da po oba entitetska ustava redovni sudovi mogu pokrenuti ocjenu ustavnosti zakona od kojih zavisi odluka u konkretnom predmetu, ali nije određeno da li se to odnosi na *sve zakone* u Bosni i Hercegovini (uključujući i državne) ili *samo na entitetske zakone*.

Pored toga, u Federaciji postoji dodatni problem u vidu konflikta federalnog i državnog Ustava, jer su, po federalnom Ustavu, Vrhovni sud i svi kantonalni sudovi dužni ocjenu ustavnosti zatražiti *isključivo od federalnog Ustavnog suda*, bez obzira na to da li se radi o državnom ili entitetskom zakonu⁶⁹, na koji način im je uskraćeno pravo podnošenja zahtjeva za ocjenu ustavnosti *državnom Ustavnom sudu*, tako da pravo pokretanja postupka ocjene ustavnosti kod Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, po federalnom Ustavu, u Federaciji *mogu koristiti samo opštinski sudovi* (što predstavlja još jedan paradoks u ovom Ustavu).

Stanovište Ustavnog suda Bosne i Hercegovine u pogledu nadležnosti

Na neriješena pitanja u pogledu ove vrste nadležnosti ukazuje i Opservatorij ljudskih prava u BiH, pri Centru za ljudska prava Univerziteta u Sarajevu, ističući da je Ustavni sud BiH, radi osiguranja ustavnog principa vladavine prava i zaštite principa pravne sigurnosti, zauzeo stanovište da zahtjev za ocjenu ustavnosti određenog entitetskog akta redovni sudovi trebaju uputiti entitetskom ustavnom sudu, pri čemu se, za ovakav stav, poziva na odluku Ustavnog suda BiH, broj AP-1603/05, od 21. 12. 2006. godine.⁷⁰

U ovoj odluci Ustavni sud je odlučivao o apelaciji fizičkog lica koja je podnesena protiv presude Okružnog suda u Banja Luci i presude Osnovnog suda u Banja Luci, koje su donesene u krivičnom predmetu, pa je, cijeneći

⁶⁹ Vidjeti Član IV-C-10. stav 3. Ustava Federacije Bosne i Hercegovine, u fusnoti 60.

⁷⁰ Ustavno sudovanje u BiH – problemi i perspektive, Opservatorij ljudskih prava u BiH, pri Centru za ljudska prava Univerziteta u Sarajevu, https://opservatorij.njordpress.com/ustavno-sudovanje-u-bih-problemi-i-perspektive-11/#_ftn36 (28. 3. 2018. g.).

obrazloženje presuda u dijelu koji se odnosi na apelantovu krivicu, ocijenio da je obrazloženje u tom dijelu zasnovano isključivo na ocjeni krivičnog suda o valjanosti Pravilnika o rješavanju stambenih pitanja kadrova Vlade RS, te je, s tim u vezi, istakao da je takva ocjena krivičnog suda „(...) van njegove nadležnosti“, i ukazao da su sudovi u redovnom postupku dužni primijeniti pozitivne propise, i da ako im se u postupku postavi pitanje pravne valjanosti ili ustavnosti određenog opšteg pravnog akta, „(...) to pitanje mogu proslijediti nadležnom sudu, u konkretnom slučaju Ustavnom sudu Republike Srpske, što nije učinjeno“.

Međutim, iz sadržaja ove odluke nije, čini se, vidljivo da je Ustavni sud riješio postojeće dileme u pogledu razgraničenja nadležnosti između tog i entitetskih ustavnih sudova vezano za pitanje ocjene ustavnosti zakona, jer u toj odluci nije izražavao pravno stanovište o nadležnosti za ocjenu ustavnosti svih entitetskih opštih akata, nego samo za ocjenu ustavnosti *podzakonskih* opštih pravnih akata (s obzirom da je sporno pitanje u tom predmetu bilo pitanje ocjene valjanosti *Pravilnika* o rješavanju stambenih pitanja kadrova Vlade RS, kao *podzakonskog* akta).

S tim u vezi, Ustavni sud je istakao da redovni sudovi u Republici Srpskoj tu vrstu ustavnog pitanja mogu proslijediti nadležnom sudu, tj. Ustavnom sudu tog entiteta, ali nije isključio mogućnost da u slučaju ocjene ustavnosti zakona, takvo ustavno pitanje, umjesto entitetskom, mogu proslijediti državnom Ustavnom sudu (što se, uostalom, i ne može isključiti odlukom Ustavnog suda, jer je ovlaštenje redovnih sudova za prosljeđivanje ustavnog pitanja državnom Ustavnom sudu, kada je u pitanju ocjena ustavnosti zakona, izričito predviđeno u Ustavu Bosne i Hercegovine (čl. 6-3c Ustava Bosne i Hercegovine – vidjeti fusnotu 55).

Stanovišta sudova o sudskoj kontroli ustavnosti u Bosni i Hercegovini

Iz naprijed izloženog proizilazi da je ustavno-pravno uređenje kontrole ustavnosti od strane redovnih sudova u domaćim ustavima nepotpuno, neujednačeno i čak protivriječno.

Međutim, još veće nedoumice nastaju kada se razmotre pravni stavovi koje o tim pitanjima imaju ustavni i vrhovni sudovi.

Stanovište Ustavnog suda Bosne i Hercegovine

Ustavni sud Bosne i Hercegovine, čini se, do sada nije bio baš previše jasan i transparentan u pogledu ključnih dilema i pitanja koja se mogu postaviti u vezi ocjene ustavnosti zakona od strane redovnih sudova.

S tim u vezi, izgleda da postoje samo dvije odluke tog Ustavnog suda u kojima je ulazio u ovu problematiku.

U prvoj od tih odluka, koja je donesena 2004. godine⁷¹, Ustavni sud ističe da su (redovni) sudovi *dužni* da primjenjuju Ustav Bosne i Hercegovine u svakom konkretnom slučaju, pazeći na konzistentnost opštih pravnih akata s najvišim pravnim aktom države, Ustavom Bosne i Hercegovine (stav 33. odluke), ali istovremeno ističe da sudovi imaju i obavezu da pokreću postupke konkretne kontrole ustavnosti (stav 33. odluke).

U istoj odluci takođe se ističe da Ustavni sud, u apelacionom postupku, istovremeno vrši dvije funkcije, tj. da u jednom postupku rješava konkretan slučaj u okviru svoje apelacione nadležnosti iz člana VI/3.b) i da vrši incidentalnu kontrolu ustavnosti zakona, dok se kod drugih sudova radi o dva postupka: *meritorno rješavanje slučaja i pokretanje postupka iz člana VI/3.c) Ustava Bosne i Hercegovine pred Ustavnim sudom* (stav 34. odluke).

⁷¹ Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, broj U-106/03, od 26. oktobra 2004. godine, iz odluke izdvojeni relevantni stavovi koji se tiču ove teme – 32., 33. i 34:

„32. Konačno, Ustavni sud napominje, kako je to prethodno objašnjeno u ovoj Odluci, da problemi ove vrste proizlaze iz situacije kada su pobijane odluke zakonite, a protuustavne (U 19/00, *loc. cit.*, stav 34) ili kada apelantima zakonski nije omogućena sudska zaštita u predmetima u kojima zakonodavac propusti da predvidi sudska zaštitu pune jurisdikcije barem u jednom stepenu, jer to nalažu ustavni standardi (U 58/03, *op. cit.*), a on je to propustio da uradi. In *conclusio*, radi se primarno o problemu kvaliteta zakona.

33. Da bi se riješio ovaj konflikt, nadležni sudovi, kada se suoče s takvim problemom, imaju obavezu da pokreću postupke konkretne kontrole ustavnosti, pri čemu oni uživaju dispoziciju u pogledu ocjene pitanja da li se radi o protuustavnom zakonu, ali ne i slobodu inicijative pokretanja postupka pred Ustavnim sudom u smislu člana VI/3.c) Ustava Bosne i Hercegovine. Drugim riječima, sudovi su dužni da primjenjuju Ustav Bosne i Hercegovine u svakom konkretnom slučaju, pazeći na konzistentnost opštih pravnih akata s najvišim pravnim aktom države, Ustavom Bosne i Hercegovine. Time sudovi kontroliraju zakonitost u državi, što je jedna od osnovnih funkcija i obaveza koja proizlazi iz principa pravne države, kao njegovog inherentnog elementa (član I/2. Ustava Bosne i Hercegovine).

34. Ako sudovi propuste da to urade, na Ustavnom sudu, kao čuvaru Ustava Bosne i Hercegovine (prva rečenica člana VI/3. Ustava Bosne i Hercegovine) leži zadatak da ispita to pitanje, ako se pojavi potreba za tim u postupku iz apelacione jurisdikcije. Pri tome, Ustavni sud ima punu nadležnost kao onu u smislu člana VI/3.c) Ustava Bosne i Hercegovine, jer se samo na taj način može u potpunosti zaštititi princip pravne države, koji podrazumijeva, *inter alia*, da zakoni budu u hijerarhijskoj harmoniji. U suprotnom, Ustavni sud bi bio zavisn od volje ostalih sudova i zakonodavca u ispunjavanju njihove pozitivne obaveze u smislu člana VI/3.c) Ustava Bosne i Hercegovine, a to bi bilo protivno prvoj rečenici člana VI/3. Ustava Bosne i Hercegovine. Osim toga, Ustavni sud je jedan od „sudova“ u Bosni i Hercegovini. U članu VI/3.c) Ustava Bosne i Hercegovine je propisano da „(...) bilo koji sud u Bosni i Hercegovini [ima nadležnost da u svakom pojedinačnom slučaju pokrene postupak konkretne kontrole ustavnosti] u pogledu toga da li je zakon, od čijeg važenja njegova odluka zavisi (...) kompatibilan sa (...) Ustavom“. Dovodeći u vezu prethodne dvije rečenice, u cilju tumačenja člana VI/3.c) Ustava Bosne i Hercegovine, dolazi se do zaključka da Ustavni sud ima nadležnost da u postupku iz apelacione jurisdikcije izvrši i konkretnu ocjenu ustavnosti u smislu člana VI/3.c) Ustava Bosne i Hercegovine, ako je to potrebno. U suprotnom, Ustavni sud bi se lišio svoje funkcije „suda“. Na ovakav zaključak ne utiče činjenica da Ustavni sud istovremeno vrši obje funkcije, u jednom postupku (rješavanje konkretnog slučaja u okviru svoje apelacione nadležnosti iz člana VI/3.b) i incidentalna kontrola ustavnosti zakona, od čijeg važenja zavisi njegova odluka u smislu člana VI/3.c) Ustava Bosne i Hercegovine), dok se kod drugih sudova radi o dva postupka: *meritorno rješavanje slučaja i pokretanje postupka iz člana VI/3.c) Ustava Bosne i Hercegovine pred Ustavnim sudom*.“

U drugoj odluci⁷², donesenoj 2013. godine u plenarnom sazivu, Ustavni sud podsjeća da se, u smislu odredbe člana II/2. Ustava Bosne i Hercegovine, prava i slobode predviđeni u Evropskoj konvenciji i u njenim protokolima, *direktno primjenjuju* u Bosni i Hercegovini, te da *imaju prioritet nad svim ostalim zakonima*, te ističe da su u konkretnom slučaju redovni sudovi propustili da primijene ustavne odredbe koje ukazuju na *prioritet primjene* Evropske konvencije i njenih protokola u odnosu na bilo koji drugi zakon, iako prilikom odlučivanja o tužbenim zahtjevima, *imaju ustavnu obavezu da primijene međunarodne standarde za zaštitu ljudskih prava i sloboda*, što je u konkretnom slučaju izostalo.

Iz prve odluke, čini se, da Ustavni sud nije jasno i u potpunosti odgovorio na ključno pitanje da li su redovni sudovi, u slučaju ocjene da određeni zakon, ili pojedine njegove odredbe, od kojih zavisi odluka u konkretnom predmetu, nije u saglasnosti sa Ustavom Bosne i Hercegovine i Evropskom konvencijom o ljudskim pravima ili nekog drugog obavezujućeg međunarodno-pravnog dokumenta, *dužni obavezno* pokrenuti postupak konkretne kontrole ustavnosti (i, ako jesu, kod kog Ustavnog suda) ili odluku u tom predmetu mogu donijeti i na osnovu *vlastite ocjene* ustavnosti, *bez obaveze* pokretanja postupka konkretne kontrole ustavnosti, tj. direktnom (neposrednom) primjenom Evropske konvencije na konkretno sporno pitanje, na šta, izgleda, cilja odluka Ustavnog suda iz 2013. godine.

Stanovište Ustavnog suda Federacije BiH

U kratkom tekstu na naslovnoj web stranici Ustavnog suda Federacije pod naslovom „Uloga ustavnog suda Federacije Bosne i Hercegovine“, između ostalog, navodi se: „Redovni sudovi koji odlučuju o konkretnim sporovima *nisu ovlašteni da kontrolišu ustavnost zakona*. Ukoliko posumnjaju u njihovu ustavnost, ovi će sudovi *zastati s postupkom i zatražiti ocjenu ustavnosti zakona od ustavnog suda.*“⁷³

Ovakav stav u skladu je sa odredbama Ustava Federacije (član IV-C-10. stav 3. Ustava Federacije, vidjeti fusnotu 60), ali se postavlja pitanje usklađenosti tih odredaba sa odredbama Ustava Bosne i Hercegovine, budući da državni Ustav ne propisuje ni obavezno traženje ocjene ustavnosti zakona,

⁷² Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, broj AP 369/10, od 24. 5. 2013. godine, iz odluke izdvojen relevantni stav koji se tiče ove teme – 34:

„34. Ustavni sud pri tome podsjeća da se, u smislu odredbe člana II/2. Ustava Bosne i Hercegovine, prava i slobode predviđeni u Evropskoj konvenciji i u njenim protokolima direktno primjenjuju u Bosni i Hercegovini, te da imaju prioritet nad svim ostalim zakonima. U konkretnom slučaju, prema mišljenju Ustavnog suda, redovni sudovi su propustili da primijene ustavne odredbe koje ukazuju na prioritet primjene Evropske konvencije i njenih protokola u odnosu na bilo koji drugi zakon. Dakle, redovni sudovi, prilikom odlučivanja o tužbenim zahtjevima, imaju ustavnu obavezu da primijene međunarodne standarde za zaštitu ljudskih prava i sloboda, što je u konkretnom slučaju izostalo.“

⁷³ <http://www.ustavnisudfbih.ba/bs/index.php> (6. 4. 2018. g.).

ni zastajanje s postupkom do donošenja odluke Ustavnog suda o konkretnom ustavnom pitanju.

Međutim, ovaj stav, čini se, ne ostavlja ni malo prostora za *direktnu* (neposrednu) *primjenu Evropske konvencije o ljudskim pravima* od strane redovnih sudova, u slučaju kada ocijene da je zakon koji treba primijeniti u konkretnom sporu u nesaglasnosti s tom Konvencijom.

Stanovište Ustavnog suda Republike Srpske

U saopštenju za javnost pod naslovom „Obavještenje o nekim pojavama od interesa za ostvarivanje ustavnosti i zakonitosti“, objavljenom na web stranici Ustavnog suda Republike Srpske, navodi se da se *odredbe Evropske konvencije o ljudskim pravima* u ustavno-sudskoj praksi *neposredno primjenjuju*,⁷⁴ da imaju *prioritet nad zakonima* i da to upućuje na poštivanje ustavnog principa *neposredne primjene Ustavom utvrđenih prava i osnovnih sloboda*, uz eliminisanje ili svođenje na minimum zakonske regulative, na koji način se zakonodavac neposredno ograničava u propisivanju načina ostvarivanja konkretnih sloboda, odnosno prava.

Iz ovog saopštenja vidljivo je da su stavovi entitetskih ustavnih sudova, po pitanju koje se tiče neposredne primjene Evropske konvencije o ljudskim pravima od strane redovnih sudova, potpuno suprotstavljeni, što je vjerovatno posljedica različitih rješenja usvojenih u entitetskim Ustavima.

Stanovište Vrhovnog suda Federacije BiH

Izgleda da nije poznat, ili da nije publikovan, stav Vrhovnog suda Federacije o ovoj temi. Međutim, u presudi donesenoj po zahtjevu stranke za vanredno preispitivanje prvostepene odluke u *upravnom sporu* (u kome je tužilac u tužbi *insistirao na pokretanju ocjene ustavnosti određenog zakona*, pozivajući se na povredu prava na imovinu, a kantonalni sud *ocijenio* da te odredbe *nisu neustavne*, te odbio da pokrene postupak ocjene ustavnosti, i odluku donio primijenivši sporne odredbe), vijeće koje je donijelo odluku istaklo je da je prvostepeni sud *sam ocjenjivao ustavnost* tužbom osporenih odredbi, što, po ocjeni Vrhovnog suda, „(...) zaista nije smio“. U istoj presudi takođe je istaknuto da su u vrijeme donošenja odluka *upravnih organa* i odluke prvostepenog suda bile na snazi sporne zakonske odredbe koje moraju primjenjivati i upravni organi i prvostepeni sud, odnosno da se odredbe koje su na snazi *moraju primjenjivati* dok Ustavni sud Federacije BiH u postupku ocjenjivanja njihove ustavnosti, pokrenutom na zahtjev ovlaštenog podnosioca, eventualno *ne donese odluku kojom se utvrđuje da te odredbe nisu u skladu sa Ustavom BiH*.⁷⁵

⁷⁴ <http://www.ustavnisud.org/Doc.aspx?cat=12&subcat=27&id=38&lang=bos&tekst=107> (6. 4. 2018. g.).

⁷⁵ Presuda Vrhovnog suda Federacije BiH, broj 03 0 U 009098 13 Uvp 2, od 6. 4. 2017. godine.

Iz navedene presude vidljivo je da Vrhovni sud (barem u tom predmetu) smatra:

1) da kantonalni sud *ne smije sam ocjenjivati ustavnost zakona* (čak i kada stranka u postupku *traži pokretanje postupka ocjene njegove ustavnosti*, i ističe da joj povrijeđeno neko konkretno pravo koje je zaštićeno Ustavom Bosne i Hercegovine i Evropskom konvencijom),

2) da se zakonske odredbe koje su na snazi u vrijeme donošenja odluka suda i upravnih organa *moraju primjenjivati sve dok Ustavni sud Federacije BiH ne donese odluku kojom se utvrđuje da te odredbe nisu u skladu sa Ustavom BiH* (bez obzira na to da li je tim odredbama *povrijeđeno neko ljudsko pravo* koje je zaštićeno Ustavom Bosne i Hercegovine i Evropskom konvencijom),

3) da Vrhovni sud smatra *nedopuštenom neposrednu primjenu Evropske konvencije o ljudskim pravima*.

Ovi stavovi su u skladu sa Ustavom Federacije i stanovištem federalnog Ustavnog suda (osim, možda prvog stava – da sud ne smije sam ocjenjivati ustavnost zakona, koji stav je, čini se, nelogičan, jer bez vlastite ocjene ustavnosti nekog zakona sud nije u mogućnosti odlučiti da li će pokrenuti postupak njegove ustavnosti), ali su, izgleda, u suprotnosti sa Ustavom Bosne i Hercegovine koji *svim* redovnim sudovima, u slučaju kada je sporna saglasnost bilo kog opšteg akta sa Evropskom konvencijom, *daje mogućnost i direktne (neposredne) ocjene ustavnosti*.

Kontrola ustavnosti sa stanovišta primjene Evropske konvencije o ljudskim pravima u evropskim zemljama

Bourgeois navodi da ustavi nekih evropskih zemalja Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima pripisuju ustavni rang (navodeći kao primjere Albaniju, Austriju, Bosnu i Hercegovinu, Holandiju i Norvešku), u nekim zemljama Konvencija ima nadzakonski rang (u Belgiji, Francuskoj, Gruziji, Grčkoj, Portugaliji, Rusiji, Srbiji, Sloveniji, Španiji), dok u nekim ima rang zakona (u Danskoj, Britaniji, Italiji i Njemačkoj, s tim što su ustavni sudovi Italije i Njemačke zauzeli stav da Konvencija ima posebnu pravnu snagu koja prevazilazi normalnu ustavnu hijerarhiju, odnosno mjesto međunarodnih normi).⁷⁶

Isti autor ističe ključnu ulogu nacionalnih sudija koji Evropskoj konvenciji često priznaju interpretativnu nadmoć, nezavisno od toga šta nacionalni ustavi predviđaju o njenom statusu u domaćem pravnom poretku, s tim da neprimjenjivanje domaćeg prava od strane redovnih sudova osnov ima u ustavima, ili u praksi domaćih sudova.

⁷⁶ Stephanie Bourgeois (nekadašnji pravnik Evropskog suda za ljudska prava), „Sprovođenje Evropske konvencije o ljudskim pravima na domaćem nivou“, objavljeno u publikaciji *Uporedni prikaz primjene Evropske konvencije o ljudskim pravima na nacionalnom nivou*, priređenoj u okviru projekta Savjeta Evrope pod nazivom: *Pravosuđe na temeljima ljudskih prava*, Beograd, 2016, str. 10 i 11., <https://rm.coe.int/16806fbc15> (28. 3. 2018. g.).

Nikolina Katić ističe da Evropska konvencija ostavlja državama potpisnicama da odluče kako će odgovoriti svojim obavezama iz Konvencije, te s tim u vezi podsjeća kako je Evropski sud za ljudska prava naveo da Evropska konvencija ne pruža državama ugovornicama nijedan unapred definisani način kojim će obezbijediti djelotvornu primjenu Konvencije u unutrašnjem pravu u pogledu bilo kog od zagarantovanih prava i sloboda, ali da član 1. Konvencije propisuje obavezu država ugovornica da obezbijede prava i slobode svima u okviru svoje nadležnosti, a da čl. 13. i 17. nameću obavezu državama ugovornicama da obezbijede efektivne domaće pravne lekove i efektivno funkcionisanje cjelokupnog nacionalnog sistema u smislu zaštite ljudskih prava i sloboda.⁷⁷

Ova autorka podsjeća da države ugovornice treba da na nacionalnom nivou obezbijede visok nivo znanja i razumijevanja prava Konvencije među sudijama i drugim javnim službenicima, kao i poznavanje sudske prakse Evropskog suda i njenu adekvatnu primjenu u nacionalnim postupcima.⁷⁸

Kontrola ustavnosti sa stanovišta primjene Evropske konvencije o ljudskim pravima u Bosni i Hercegovini

Ako se ima u vidu da je odredbama Ustava Bosne i Hercegovine propisano da se prava i slobode predviđeni u Evropskoj konvenciji i njenim protokolima primjenjuju *direktno* (član II stav 2.), čini se da bi redovni sudovi, makar u cilju vršenja ove ustavne obaveze, morali imati ovlaštenje da u slučaju kada se radi o predmetima koji se tiču ljudskih prava i sloboda zaštićenih Evropskom konvencijom i njenim protokolima, *sami, direktno i neposredno, cijene ustavnost zakona, odnosno njihovu usklađenost s Konvencijom, bez zastajanja s postupkom i traženja ocjene ustavnosti od Ustavnog suda.*

Direktna primjena Evropske konvencije o ljudskim pravima i njenih protokola po Ustavu Bosne i Hercegovine obavezna je ne samo za sve sudove, nego čak i za organe vlasti i njihove ustanove i organizacije, a pošto Konvencija po tom Ustavu ima prioritet nad svim ostalim zakonima, moglo bi se zaključiti da su svi redovni sudovi i ostali organi vlasti pri odlučivanju u konkretnim predmetima dužni voditi računa o tome da li je neki konkretni zakon ili drugi propis, koji primjenjuju u postupku, u skladu s Konvencijom i njenim protokolima, te da, u slučaju negativne ocjene, imaju na raspolaganju dvije mogućnosti:

1. (ukoliko su dovoljno sigurni u svoje argumente o neusklađenosti) da *odbiju primijeniti* takav opšti akt i da *primijene Konvenciju*, odnosno njene protokole, ili

⁷⁷ Nikolina Katić, „Sprovođenje Evropske konvencije o ljudskim pravima na nacionalnom nivou“, objavljeno u publikaciji *Usporedni prikaz primjene Evropske konvencije o ljudskim pravima na nacionalnom nivou*, priređenoj u okviru projekta Savjeta Evrope pod nazivom: *Pravosuđe na temeljima ljudskih prava*, Beograd, 2016, str. 130 (komentar autorke u fusnoti 9), <https://rm.coe.int/16806fbc15> (28. 3. 2018. g.).

⁷⁸ Ibid, str. 133.

2. (ukoliko nisu dovoljno ubijeđeni u svoje argumente) da od nadležnog ustavnog suda *zatraže ocjenu usklađenosti sa Ustavom, odnosno Konvencijom* i njenim protokolima.

Izgleda da je slično rješenje ugrađeno u Zakon o sudovima Republike Makedonije, koji predviđa da sudija, ukoliko smatra da zakon koji treba primijeniti u konkretnom sporu nije u saglasnosti s Ustavom, spor *može riješiti direktnom primjenom* odredbe Ustava, a ako to nije moguće, prekida postupak te zakon ili pojedinu odredbu zakona upućuje na ocjenjivanje ustavnosti pred Ustavnim sudom, u kom slučaju se postupak prekida do donošenja odluke Ustavnog suda.⁷⁹

Po mišljenju Krčinskog, ovakvo zakonsko rješenje nije problem, s obzirom na to da prema makedonskom Ustavu međunarodni ugovori imaju veću snagu od zakona i ne mogu biti mijenjani zakonima, ali ovaj autor, pozivajući se na Kelzena, ipak smatra da u sistemima sa centralizovnim sistemom kontrole ustavnosti nije dopustivo da sudije sami odlučuju je li pojedini zakon ili pravni akt u saglasnosti sa ustavom, i da je za to pitanje nadležan isključivo ustavni sud.

S druge strane, na direktnoj (neposrednoj) primjeni Konvencije i njenih protokola insistira bivša sutkinja Evropskog suda za ljudska prava iz Bosne i Hercegovine, Ljiljana Mijović, ističući da se analizom odredaba Dejtonskog mirovnog sporazuma neminovno dolazi do zaključka da se odredbe Evropske konvencije *imaju direktno primjenjivati* od strane *domaćih organa*, i da se, u slučaju kolizije između normi unutrašnjeg prava i odredaba Konvencije, *primat mora dati Konvenciji*, što u praksi znači *ne samo pravo, nego i obavezu direktne primjene Evropske konvencije* od strane domaćih sudova.⁸⁰

Šta znači i u čemu se sastoji direktna primjena Evropske konvencije o ljudskim pravima?

U domaće pravo Konvencija je ugrađena odredbama Ustava BiH, prema kojima se prava i slobode zaštićene Konvencijom i njenim Protokolima direktno primjenjuju u Bosni i Hercegovini, i prema kojima ti međunarodni dokumenti imaju prioritet nad svim ostalim domaćim (materijalnim i procesnim) zakonima.

Tim ustavnim odredbama stvoren je pravni osnov da se u sudskim i drugim postupcima u Bosni i Hercegovini Konvencija *direktno primjenjuje* počev od dana potpisivanja Opšteg okvirnog sporazuma za mir u Bosni i Hercegovini (Dejtonski sporazum), tj. od 14. 12. 1995. godine, s tim da je nakon njene ratifikacije, koja je uslijedila 12. 7. 2002. godine, uspostavljena i nadležnost Evropskog suda za ljudska prava u Strazburu.

⁷⁹ Blaže Krčinski, „Neki problemi ustavnosudske kontrole u Makedoniji“, Hrvatska i komparativna javna uprava, god. 11. (2011.), br. 2., str. 475-487.

⁸⁰ Ljiljana Mijović, „Uticaj odluka evropskog suda za ljudska prava na pravne sisteme država članica Vijeća Evrope s posebnim osvrtom na Bosnu i Hercegovinu“, UDK 341.2 (497.6) (4)

Direktna primjena Konvencije znači da su redovni sudovi sami, tj. *bez posredovanja ustavnih sudova*, dužni u svakom postupku ispitati i cijeniti da li je određen materijalni ili procesni zakon ili podzakonski propis, koji se trebaju primijeniti u konkretnom slučaju, u skladu s Konvencijom i njenim protokolima, odnosno da li se tim domaćim propisom, ili pojedinim odredbama tog propisa, povređuje, uskraćuje ili ugrožava neko od prava zaštićenih tim međunarodno-pravnim dokumentima.

U slučaju kada ocijene da bi primjenom domaćeg propisa u konkretnom predmetu došlo do povrede, uskraćivanja ili ugrožavanja nekog konkretnog prava zaštićenog tim međunarodno-pravnim dokumentima, tada su sudovi, umjesto odredaba tog domaćeg propisa, *dužni* primijeniti odredbe Konvencije, odnosno njenih protokola, te svoju odluku donijeti *izbjegavanjem (ekscepcijom) primjene domaćeg propisa* ili njegove pojedine odredbe, koji nisu u skladu sa odredbama Konvencije i njenih protokola (s tim da, ukoliko nisu sigurni u svoju ocjenu, imaju ovlaštenje da provjeru ustavnosti izvrše pokretanjem ustavnog pitanja kod nadležnog ustavnog suda).

Etinski i Đajić ističu da direktna primjena Evropske konvencije o ljudskim pravima omogućava nacionalnim sudovima da zaobiđu dugotrajan proces usklađivanja nacionalnih odredaba s Konvencijom, kao i proces koji bi uključivao donošenje odluka ustavnog suda i izmjene zakona.⁸¹

Ovi autori takođe ističu da je Komitet ministara u svojoj Preporuci Rec (2004), od 12. maja 2004. godine, pozdravio činjenicu da je Konvencija postala sastavni dio domaćeg pravnog poretka svih država članica i preporučio da države članice osiguraju da domaći pravni lijekovi postanu efikasni, te da je Evropski sud za ljudska prava, s tim u vezi, naglasio da samo postojanje pravnog lijeka nije dovoljno i da domaći sudovi moraju biti u mogućnosti da, po domaćem pravu, direktno primijene *sudsku praksu* tog Suda, kao i da njihovo poznavanje ove sudske prakse mora biti olakšano od države.

Međutim, čini se da ovu preporuku Evropskog suda, u vezi direktne primjene njegove *sudske prakse*, treba uzeti sa oprezom i rezervom, kako zbog izbjegavanja povrede obaveze suda da sudi po ustavu i domaćem i međunarodnom pravu, tako i zbog izbjegavanja eventualno pogrešne prakse Evropskog suda (poput prakse tog Suda koja se tiče naknade nematerijalne štete zbog povrede prava stranke na suđenje u razumnom roku⁸²).

Argumenti za direktnu kontrolu ustavnosti zakona od strane redovnih sudova

1) Ustavom se štite najvažnija (prirodna) ljudska prava koja, kako ističe Kurtović, čovjek posjeduje nezavisno od državne vlasti, a ustanovljena su

⁸¹ Rodoljub Etinski, Sanja Đajić, „Direktni efekat evropske konvencije o ljudskim pravima“ CERIF: S112, S150, S155.

⁸² U Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima nedostaju bliže odredbe o mogućnostima i uslovima za dosuđivanje naknade nematerijalne štete, zbog čega se čini da Evropski sud za ljudska prava nema valjanog pravnog osnova za dosuđivanje tog oblika štete.

upravo s ciljem ograničenja državne vlasti, koja ne može biti demokratska ukoliko ne poštuje i ne štiti ljudska prava i osnovne slobode⁸³, zbog čega oduzimanje redovnim sudovima direktne kontrole ustavnosti zakona umanjuje i otežava mogućnost zaštite osnovnih ljudskih prava, kao najvažnijeg pravnog pravila i kao najvažnijeg cilja i svrhe prava.

2) Ustavi i redovni sudovi postoje mnogo duže od ustavnih sudova (ustavni sudovi uspostavljeni su tek poslije I svjetskog rata, ali ne u svim zemljama), tako da su kontrolu ustavnosti do pojave prvih ustavnih sudova, a u mnogim zemljama i kasnije, vršili isključivo redovni sudovi, s tim što u nekim zemljama u kojima postoje ustavni sudovi još uvijek nije predviđena mogućnost da ustavni sudovi vrše ocjenu ustavnosti odluka redovnih sudova.

3) Svaki ustav predstavlja skup najvažnijih pravnih pravila u konkretnoj državi, pa se oduzimanjem redovnim sudovima ovlaštenja da direktno (tj. bez posredovanja ustavnih sudova) vrše ocjenu ustavnosti zakona, redovnim sudovima praktično oduzima mogućnost da sude na osnovu ustava, odnosno najvažnijih pravnih pravila, čime se redovni sudovi prisiljavaju da sude na osnovu *nepotpunog* prava, tj. *bez primjene najvažnijih pravnih pravila* s kojima moraju biti u saglasnosti sva ostala pravila sadržana u propisima nižeg ranga od ustava (slično kao kada bi se građevinskom ili medicinskom stručnjaku oduzelo pravo da u svom radu primjenjuju najvažnija pravila u njihovoj struci).

4) Zakoni i podzakonski propisi mogu često biti *nejasni i nepotpuni*, u kom slučaju redovni sudovi mogu, ukoliko je to moguće u konkretnom predmetu, direktno primijeniti ustavne odredbe ili odredbe Evropske konvencije o ljudskim pravima.

S tim u vezi, Boillat ističe da je Ustavni sud Italije u presudi iz 2011. godine *nepotpunu* zakonsku odredbu proglasio *neustavnom*.⁸⁴

5) U zemljama u kojima je direktna primjena Evropske konvencije o ljudskim pravima ustavom utvrđena obaveza redovnih sudova i upravnih tijela (kao što je slučaj u Bosni i Hercegovini), sudovi su ne samo ovlašteni, nego i *dužni* vršiti kontrolu ustavnosti konkretnih zakona i podzakonskih akata (koji su relevantni u tom predmetu) sa stanovišta njihove usklađenosti s Konvencijom i njenim protokolima.

6) Kontrolom ustavnosti zakona od strane redovnih sudova u konkretnim predmetima postiže se viši nivo zaštite Ustavom i Konvencijom zajamčenih ljudskih prava i sloboda, budući da je veći broj sudova uključen u takvu kontrolu i da eventualne greške, učinjene u slučaju pogrešne ocjene ustavnosti od prvostepenih sudova, mogu ispraviti drugostepeni ili vrhovni sudovi, a u slučaju da i ti sudovi pogriješe, strankama u Bosni i Hercegovini ostaje

⁸³ Rejhan R. Kurtović, „Istorijski razvoj ljudskih prava sa posebnim osvrtom na ljudska prava u Rimu“, *Pravne teme*, Godina 3, Broj 5, str. 218-235.

⁸⁴ Philippe Boillat, Generalni direktor Generalne direkcije za ljudska prava i vladavinu prava Vijeća Evrope, Međunarodna konferencija: „Ustavni sud između negativnoga zakonodavca i pozitivnoga aktivizma“, Sarajevo, 27. 3. 2014. g., Zbornik radova, str. 31, http://www.ustavnisud.ba/admin//public/down/Zbornik_konferencija_2015.pdf (10. 4. 2018. g.).

mogućnost da se za zaštitu svojih prava obrate Ustavnom sudu Bosne i Hercegovine, koji ima apelacionu nadležnost u pitanjima koja su sadržana u Ustavu, BiH kada ona postanu predmet spora zbog presude bilo kojeg suda u Bosni i Hercegovini.⁸⁵

7) Kontrolom ustavnosti zakona od strane redovnih sudova u konkretnim predmetima u Bosni i Hercegovini se stvaraju pretpostavke i mogućnosti za rasterećenje Ustavnog suda u pogledu prevelikog broja apelacionih predmeta, budući da je, prema Miodragu N. Simoviću i Mileni Simović, nadležnost tog Suda u njegovoj dosadašnjoj praksi postala dominantna nadležnost i pretvorila ga u svojevrsni žalbeni Sud, zbog čega je došao u opasnost da i sam ne postupa u razumnom roku, i da svoje osnovne funkcije ne ostvaruje djelotvorno i efikasno.⁸⁶

Isti autori navode da bi Ustavni sud trebalo da se bavi samo najsjloženijim sporovima ustavnog ranga, a da zbog velikog broja apelacionih predmeta polako počinje da gubi fizionomiju ustavnog čuvara i počinje da se pretvara u sud „dnevne intervencije”.⁸⁷

8) Na direktnu kontrolu ustavnosti zakona od strane redovnih sudova upućuju i brojni eksperti za primjenu Evropske konvencije o ljudskim pravima na edukacijama iz te oblasti koje se održavaju pri Evropskom sudu za ljudska prava u Strazburu.⁸⁸

9) Na direktnu kontrolu ustavnosti zakona od strane redovnih sudova upućuje i Evropski sud za ljudska prava u Strazburu u svojim presudama.

Argumenti protiv direktne kontrole ustavnosti zakona od strane redovnih sudova

1) Manja stručna kvalifikovanosti i osposobljenost sudija redovnih sudova u odnosu na sudije ustavnih sudova za ocjenjivanje ustavnosti zakona.

Ovu slabost sistema direktne kontrole ustavnosti zakona od strane redovnih sudova moguće je tokom vremena otkloniti ili bar ublažiti dodatnim

⁸⁵ Član VI 3 c) Ustava Bosne i Hercegovine:

„Ustavni sud je nadležan u pitanjima koja mu je prosljedio 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 domašaja nekog opšteg pravila međunarodnog javnog prava koje je bitno za odluku suda.“

⁸⁶ Miodrag N. Simović, Milena Simović, Izlaganje: „Uloga Ustavnog suda Bosne i Hercegovine u odbrani i daljnjoj izgradnji evropskog identiteta u Bosni i Hercegovini”, Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici,

http://www.prf.unze.ba/Docs/Anali/godina_4_broj_7/01%20Simovic.pdf, str. 14, (10. 4. 2018. g.).

⁸⁷ Ibid 84.

⁸⁸ Autor teksta je 2007. godine pohađao sedmodnevnu obuku koja je, u vezi primjene Evropske konvencije o ljudskim pravima, za edukatore iz zemalja s područja jugozapadnog Balkana, bila organizovana pri Evropskom sudu za ljudska prava u Strazburu, kojom prilikom su svi edukatori Evropskog suda insistirali na direktnoj primjeni Konvencije u konkretnim predmetima redovnih sudova, bez obzira na sadržaj domaćeg prava.

obrazovanjem i stručnim usavršavanjem kako sudija redovnih sudova, tako i studenata na pravnim fakultetima.

2) Mogućnost pojave različitih, pa i suprotstavljenih pravnih ocjena ustavnosti pojedinih zakona i različite sudske prakse u sličnim predmetima, što stvara pravnu nesigurnost.

Međutim, i ovu slabost direktne kontrole ustavnosti zakona od strane redovnih sudova moguće je otkloniti ili bar ublažiti, kako dodatnim obrazovanjem i stručnim usavršavanjem sudija i studenata, tako i kroz praksu drugostepenih, vrhovnih i ustavnih sudova, koja bi tokom vremenom dovela do ujednačavanja sudske prakse redovnih sudova i veće pravne sigurnosti.

3) Radi otklanjanja (obje) navedene slabosti moguće je preduzeti i druge potrebne mjere i aktivnosti kao što su:

a) zakonsko ustanovljenje obaveze redovnih sudova da o neprimjenjivanju neustavnog zakona ili neustavne norme obavijeste viši, Vrhovni, te entitetski i državni Ustavni sud,

b) zakonsko ustanovljenje obaveze redovnih sudova da vode poseban registar predmeta u kojima je vršena direktna kontrola ustavnosti zakona,

c) uvođenje novih obaveznih predmeta na pravnim i drugim fakultetima koji bi se bavili ljudskim pravima i njihovom zaštitom, međunarodnim dokumentima za njihovu zaštitu i kontrolom ustavnosti zakona povodom zaštite ljudskih prava.

Zaključci i sugestije

Čini se da su pitanja koja se tiču ove teme izuzetno složena i važna, jer se odnose na sve redovne sudove i na sve vrste sudskih postupaka.

Ako se saglasimo s tvrdnjom da je glavna uloga svakog prava i pravnog akta uspostavljanje ili održavanje pravde (tj. *reda, mira i harmonije*), onda bi to trebala biti i glavna svrha svakog ustava, kao najvišeg pravnog akta u određenoj državi, dok bi zaštita osnovnih ljudskih prava i sloboda zaštićenih ustavima i međunarodnim aktima, radi uspostavljanja ili održavanja pravde, trebala biti najvažnija funkcija i cilj svih redovnih sudova, koju funkciju i cilj bi trebali znatno lakše postići uz ovlaštenje direktne ocjene ustavnosti propisa.

Na taj način vjerovatno bismo od „Vladavine prava“ načinili značajan korak ka „Vladavini pravde“, koja kao glavni princip ima ocjenu ispravnosti (pravičnosti, pravednosti, moralnosti) prava, odnosno ocjenu o tome da li je konkretni zakon u funkciji najvažnijih (prirodnih, neotuđivih) ljudskih prava zaštićenih ustavima i pravno obavezujućim međunarodnim dokumentima, tj. u funkciji pravde.

Međutim, izgleda da u domaćoj teoriji i struci ne postoji jasan i jedinstven odgovor na tu i druge postojeće dileme, i da ta pitanja još uvijek nisu dobila pažnju koju zaslužuju, budući da se rijetko, sporadično i nedovoljno razmatraju na najvažnijim pravnim skupovima, raspravama, seminarima i savjetovanjima.

Stoga je jedan od glavnih zaključaka ovog rada da se o svim spornim pitanjima povedu ozbiljne stručne rasprave, na kojima bi se, pored ostalih, mogla razmatrati i pitanja koja se tiču:

(1) Ovlaštenja redovnih sudova za direktnu (neposrednu) ocjenu ustavnosti zakona koji su od značaja za donošenje njihove odluke u konkretnom predmetu (bez obaveze prethodnog prosljeđivanja ustavnog pitanja nadležnom ustavnom sudu), posebno u slučaju kada su u pitanju prava zaštićena Evropskom konvencijom o ljudskim pravima i njenim protokolima.

(2) Razgraničenja nadležnosti ustavnih sudova u Bosni i Hercegovini za odlučivanje o ustavnom pitanju koje im upute redovni sudovi za ocjenu ustavnosti zakona koji su od značaja za donošenje njihove odluke u konkretnom predmetu.

(3) Obaveznosti odluka Ustavnog suda donesenih u postupku odlučivanja o ustavnom pitanju koje im upute redovni sudovi. (Ovo pitanje trenutno je uređeno jedino u Ustavu Federacije (član IV-C-12., vidjeti fusnotu 63), prema kome je odluka Ustavnog suda Federacije obavezujuća za sud koji je predočio pitanje, ali ostala dva ustava ne sadrže takve odredbe.)

(4) Usklađenosti Ustava Federacije s državnim Ustavom (po pitanju ovlaštenja prvostepenih sudova za pokretanje ustavnog pitanja, te obavezne obustave postupka i obaveznog obraćanja federalnom Ustavnom sudu u slučaju kada kantonalni i Vrhovni sud pokreću ustavno pitanje, kao i po pitanju razgraničenja nadležnosti državnog i entitetskog suda u takvim slučajevima).

(5) Ovlaštenja redovnih sudova za ocjenu zakonitosti i ustavnosti *podzakonskih* propisa koji su od značaja za odlučivanje u konkretnom predmetu (uz obavezno obavještanje o nadležnog ustavnog suda o svojoj ocjeni, odnosno odluci).

(6) Načina i oblika jačanja i poboljšanja izučavanja materije ljudskih prava, posebno primjene Evropske Konvencije i prakse Evropskog suda za ljudska prava.

Vežano za ova pitanja, Krstić smatra da razloge nedovoljnog izučavanja materije evropskog prava u pogledu ljudskih prava treba tražiti u nerazumijevanju ove oblasti i strahu sudija da se upuste u ocjenu ovih izvora, te da se takvo stanje može prevazići:

a) uvođenjem opšteobaveznog predmeta iz oblasti ljudskih prava na osnovne i više nivoe pravnih studija, uz izučavanje prakse Evropskog suda za ljudska prava;

b) integrisanjem ove materije, kao i standarda i principa prakse tog suda u sve predmete na fakultetima i pri polaganju pravosudnog ispita;

c) podsticanjem drugih oblika načina rada sa studentima (pravne klinike, nagradni temati, konferencije, seminari, ljetnje škole itd.);

d) podizanje na viši nivo početne i kontinuirane obuke za sudije;

e) redovnim publikovanjem priručnika koji bi ovu materiju približili onima koji treba da je primjenjuju;

f) objavljivanjem kratkog i jasnog pregleda presuda Evropskogsuda, s

kratkim prikazom činjeničnog stanja i pravnim standardima koje je taj sud postavio;

g) propisivanjem uslova da obuka iz oblasti ljudskih prava, posebno Evropske konvencije, bude dodatni uslov za napredovanje sudija.

(7) Potrebe da se zakonima utvrdi pravo stranaka da u slučaju kada je pravosnažnom sudskom odlukom odbijena primjena propisa ili opšteg akta zbog ocjene redovnog suda da isti nije u saglasnosti sa Ustavom ili zakonom, a Ustavni sud utvrdi da takva nesaglasnost ne postoji, pod određenim uslovima zahtijevaju izmjenu pravosnažne sudske odluke.

(8) Potrebe da se zakonima utvrdi obaveza redovnih sudova da vode poseban registar presuda u kojima se ti sudovi pozivaju na Evropsku konvenciju ili druge međunarodne akte (što je Vrhovni kasacioni sud Republike Srbije tražio već tražio u toku 2016. godine), i da o takvim presudama obavještavaju neposredno viši, odnosno Vrhovni sud, a da Vrhovni sud o tome obavještava nadležni Ustavni sud.

(9) Potrebe da se zakonima utvrdi obaveza redovnih sudova da primjerak presuda u kojima su ocijenili da je nekim zakonskim ili podzakonskim propisom povrijeđeno pravo zaštićeno Evropskom konvencijom ili drugim međunarodnim aktom, dostavljaju neposredno višem, odnosno Vrhovnom sudu, a da Vrhovni sud o tome obavještava nadležni Ustavni sud.

(10) Potrebe formiranja posebnog tijela za odnose sa Evropskim sudom za ljudska prava.

(11) Načina na koji bi se sve odluke redovnih sudova (osim u zakonom propisanim izuzecima) učinile dostupnim javnosti (ovo je obaveza koja proizilazi iz Evropske konvencije i iz stavova Evropskog suda za ljudska prava).