

Igor Popović*

Dopustivost apelacija protiv odluka ustavnih sudova entiteta u Bosni i Hercegovini

Sadržaj

1. Uvod
2. Sažetak odluka U 15/10 i AP-2567/16
3. Stavovi iz pravne literature
4. Kriterijumi dopustivosti iz prakse Evropskog suda za ljudska prava
 - 4.1. Koncept imovine i status žrtve
 - 4.2. Koncept potencijalne žrtve
5. Način promjene prakse USBiH – (ne)kvalitetno obrazloženje
6. Praksa u SR Njemačkoj
7. Meritum slučaja
 - 7.1. Prošireno dejstvo odluke
 - 7.2. Sukob zakona?
 - 7.3. Test diskriminacije
8. Zaključak

1. Uvod

Kada se razmatra pitanje dopustivosti predstavke pred Evropskim sudom za ljudska prava (ESLJP) ili apelacije (ustavne žalbe¹) pred Ustavnim sudom Bosne i Hercegovine (USBiH) u pogledu objekta, tj. akta koji se pobija navedenim pravnim sredstvima, prije svega pomislimo na pojedinačne pravne akte u vidu sudskih odluka. One mogu imati različite nazive – najčešće su to presude, a mogu biti i rješenja, zaključci i drugi akti suda. Pored toga, pravna sredstva za zaštitu ljudskih prava mogu se koristiti i kada država „ćuti“ (ne djela) i tako ugrožava ljudska prava (npr. neprovođenje *efikasne* istrage). Dalje, predstavke mogu biti dopustive i u nekim drugim

* Autor je asistent na Pravnom fakultetu Univerziteta u Banjaluci i student doktorskih studija na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu.

¹ S obzirom da je u BiH zvaničan naziv ovog pravnog sredstva „apelacija“ to će se on koristiti kada se tekst odnosi na BiH. U našoj literaturi je naziva „ustavna žalba“ ili „ustavna tužba“. U ovom radu će se pored apelacije koristiti termin „ustavna žalba“ s obzirom da je to doslovni prevod sredstva koje se u Njemačkoj zove *Verfassungsbeschwerde*. Njemački ustavnopravni sistem zaštite je najuticajniji u Evropi i praksa ovog suda često služi kao uzor drugim ustavnim sudovima u Evropi. O pojmu ustavne žalbe v. u V. Đurić, *Ustavna žalba*, Beograd 2001, ss. 23-31.

slučajevima, a koji su našoj pravnoj tradiciji i teoriji, donekle strani. Tako se izuzetno može proglasiti dopustivom predstavka i protiv opšteg pravnog akta uz ispunjavanje određenih uslova. Cilj ovoga rada jeste da ispita upravo jednu takvu neobičnu situaciju – da li je dopustiva apelacija protiv odluka po apstraktnoj kontroli ustavnosti i zakonitosti ustavnih sudova entiteta Bosne i Hercegovine (BiH)? Odgovor na ovo pitanje baziraće se na slučaju *Notarske komore Federacije Bosne i Hercegovine i notara iz Federacije Bosne i Hercegovine*² u kojem je USBiH odbacio apelaciju Notarske komore Federacije BiH i notara iz FBiH. Povod za apelaciju bila je odluka Ustavnog suda Federacije BiH (USFBiH) U 15/10 od 02. 12. 2015. godine, kojom je nekoliko odredaba Zakona o notarima Federacije Bosne i Hercegovine³ (ZNot) proglašeno neustavnim. Ipak, kako bi analiza bila potpuna, razmotriće se i meritum, naravno, ukoliko se zaključi da je apelacija mogla biti proglašena dopustivom.

Kada je riječ o sistematici rada, nakon uvoda slijedi dio koji je posvećen upoznavanju sa dispozitivom i obrazloženjem odluka USFBiH i USBiH. Navedena je i praksa USBiH povodom pitanja dopustivosti apelacija i način na koji je definisana apelaciona nadležnost. Nakon toga, u trećem dijelu rada, izložen je stav doktrine povodom dopustivosti apelacija u slučajevima poput navedenog (notarskog). Potom slijedi četvrti dio rada u kojem se analiziraju uslovi dopustivosti predstavke pred ESLJP, sa posebnim osvrtom na koncept imovine ustanovljen Evropskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (EKLJP/Konvencija⁴) i koncept žrtve ugrožavanja garantovanih prava. Ovi opšti stavovi ESLJP ukazuju na dopustivost apelacije predmetnog slučaja. U petom dijelu je iznesen stav da način na koji je USBiH promijenio praksu u ovim slučajevima suprotan standardima ESLJP i Savjetodavnom vijeću evropskih sudija (CCEJ) u pogledu obrazloženja promjene prakse. U šestom dijelu iznesena je praksa Saveznog ustavnog suda SR Njemačke iz koje proizlazi da bi se ustavna žalba u sličnoj situaciji u Njemačkoj smatrala dopustivom. Praksa ovog suda je bitna zbog složenog državnog uređenja SR Njemačke kao i Bosne i Hercegovine i nesumnjivog pravnog uticaja ovog suda. Sedmi dio rada je posvećen meritumu slučaja i izneseno je stanovište da bi se mogla utvrditi povreda prava na imovinu zbog neispunjavanja uslova zakonitosti u smislu miješanja u pravo na imovinu. U zaključnom dijelu rada sumiraju se izneseni argumenti da se ne treba uzeti *a priori* da su apelacije protiv odluka entitetskih ustavnih sudova nedopustive, već da je USBiH obavezan da po opštim mjerilima dopustivosti iz prakse ESLJP donese krajnji sud u svakom slučaju zasebno.

2. Odluke U 15/10 i AP-2567/16

Odlukom USFBiH proglašene su neustavnim odredbe članova 27 i 73, kao i dijela člana 6 stava 1 ZNot. Za ovaj rad je bitan samo dio odluke u vezi sa čl. 73 osporenog zakona. Tim članom su (bili) propisani poslovi koji su dati u isključivu nadležnost notarima.⁵ Oni se iscrpljuju u tzv.

² Ustavni sud BiH, odluka AP-2567/16 od 16. 12. 2018.

³ Zakon o notarima FBiH, *Sl. nov. FBiH* 45/02.

⁴ *Sl. gl. BiH* 6/99.

⁵ Riječ je o sljedećim pravnim poslovima: (1) poslovima o regulisanju imovinskih odnosa između bračnih drugova, kao i između lica koja žive u vanbračnoj životnoj zajednici, (2) poslovima o raspolaganju imovinom maloljetnih i poslovno nesposobnih lica, (3) pravnim poslovima kojima se obećava neka činidba kao poklon s tim što se nedostatak notarske forme, u ovom slučaju, nadomješta izvršenjem obećane činidbe, (4) poslovima čiji je predmet prenos ili sticanje vlasništva ili drugih stvarnih prava na nepokretnostima, (5) osnivačkim aktima privrednih

obaveznoj notarskoj obradi navedenih pravnih poslova. Notarska obrada podrazumijeva potpuno učešće notara u sastavljanju određenih isprava, gdje on nastupa kao nezavisan i nepristrasan subjekt koji vrši javna ovlaštenja.⁶ Ukoliko je propisana obavezna ova forma, njeno nepoštovanje povlači ništavost pravnog posla. Za razumijevanje problema, mora se ukazati i da su odredbe čl. 73 ZNot bile privremenog karaktera. Naime, stav 5 ovog člana propisivao je da se odredbe prethodnih stavova tog člana primjenjuju sve dok u posebne zakone, čiji je primarni cilj uređivanje pojedinih oblasti (npr. porodično pravo, stvarno pravo, privredno pravo), ne budu inkorporisane odredbe koje će zamijeniti odredbe iz ovog člana.⁷ Do donošenja odluke USFBiH to je i učinjeno – posebnim zakonima su propisane iste nadležnosti notara kao u čl. 73 ZNot. Stoga, zaključuje se da je zahtjev za ocjenu ustavnosti postao bespredmetan, jer su odredbe čl. 73 prestale da važe, pošto su donijeta nova pravila koja su ih zamijenila. Ipak, ovo nije spriječilo USFBiH da odluči o ustavnosti odredaba ZNot, a da pri tome nije obrazložio da li te odredbe i dalje važe. Sud je otišao i korak dalje i u obrazloženju naveo da se posljedice neustavnosti odredaba iz čl. 73 ZNot protežu i na posebne zakone koji su propisali obaveznu notarsku obradu za određene pravne poslove. Na ovaj način je sud izašao van okvira svoje nadležnosti, jer je podnosilac zahtjeva osporavao samo odredbe ZNot. Ovo je veoma bitno, jer je takvim postupkom sud pokušao u potpunosti da spriječi obaveznu notarsku obradu pravnih poslova. Na taj način je bitno uticano na poslovnu aktivnost notara, jer notarska obrada pravnih poslova čini suštinu njihove djelatnosti.

Nakon ove odluke USFBiH, Notarska komora FBiH i notari iz FBiH su podnijeli apelaciju. Apelacija je odbačena zbog nenadležnosti suda. USBiH je zaključio: „[p]ostupanje Ustavnog suda u konkretnom slučaju, kroz apelacionu nadležnost, značilo bi miješanje Ustavnog suda u nadležnost entitetskih ustavnih sudova“. Ovaj rad je fokusiran upravo na ispitivanje ovog stava. Da li je moguće da odluke entitetskih ustavnih sudova mogu uticati na garantovana prava pojedinaca? Ukoliko je odgovor pozitivan – da li bi se USBiH kroz apelacionu nadležnost umiješao u nadležnost ustavnog suda entiteta?

Valja naglasiti da je praksa USBiH prvobitno bila suprotna od razmatrane odluke. Tako je u odluci U-5/99 po prvi put odlučivao o ovom pitanju i većinom glasova presudio da jeste nadležan da u apelacionom postupku ocjenjuje odluku USFBiH. Obrazložio je da je prema Ustavu FBiH ustavni sud tog entiteta sastavni dio sudstva i „da nema valjanog razloga zašto se on ne bi smatrao “sudom” u okviru značenja člana VI/3.(b) Ustava Bosne i Hercegovine“⁸. Ipak, u slučaju *Vakufske direkcije*⁹ mijenja se praksa i sud odbacuje apelacije povodom odluka entitetskih ustavnih sudova. Tada je i nastao argument „nemiješanja nadležnosti“ – dopustivost apelacije predstavljala bi ponovno ispitivanje ustavnosti konačne i obavezujuće odluke entitetskog ustavnog suda. Ovaj stav USBiH ponavlja iz predmeta u predmet kao razlog za odbacivanje apelacije. Nažalost nije detaljno i jasno obrazloženo zašto se mijenja praksa koja je

društava i utvrđivanje njihovih statuta, kao i svaka promjena statuta. Sankcija za nepoštivanje notarske obrade jeste ništavost.

⁶ V. opširnije u E. Bikić/M. Povelakić/S. Suljević/M. Plavšić, *Notarsko pravo*, Sarajevo 2013, ss. 110-111; K. Senjak, *Notarijat i izvršnost notarskih akata*, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, Zagreb 63/2013, ss. 460-462.

⁷ Kada je riječ o vremenskom važenju prava u literaturi se ovakve situacije u kojima sama norma određuje prestanak svog važenja označavaju najjasnijim. V. u K. Čavoški/R. Vasić, *Uvod u pravo*, Beograd 2007, s. 341.

⁸ Ustavni sud BiH, odluka U-5/99 od 03. 12. 1999.

⁹ Ustavni sud BiH, odluka AP-2391/07 od 27. 11. 2010.

uspostavljena ranije.¹⁰ Naravno, svaki sud može da mijenja stav povodom određenog pitanja, ali je potrebno da se to učini sa jasnim i detaljnim obrazloženjem.

Radi razumijevanja problema i dalje diskusije, bitno je navesti i pravni okvir za apelacionu nadležnost USBiH. Član VI/3.(b) Ustava BiH propisuje apelacionu nadležnost u pitanjima „koja su sadržana u ovom Ustavu, kada ona postanu predmet spora zbog presude *bilo kojeg suda* (prim. I.P.) u Bosni i Hercegovini“. Član 19 Pravila Ustavnog suda Bosne i Hercegovine detaljno propisuje uslove dopustivosti apelacije. Suštinski svode se na uslove uspostavljene EKLJP i praksom ESLJP.

3. Stavovi iz pravne literature

Literatura nudi nekoliko radova koji se bave ovim pitanjem. Sadašnji sudija ispred BiH u ESLJP, Faris Vehabović u svom magistarskom radu ovo pitanje detaljno ne ispituje. Prilikom navođenja nadležnosti USBiH ističe kako je ovaj sud tumačio odredbe o svojoj nadležnosti i tom prilikom navodi već pomenutu odluku U-5/99 u kojoj je sud ušao u meritum povodom odluke entitetskog ustavnog suda¹¹. Čini se da se Vehabović slaže sa takvim stavom, jer kaže „[u] skladu sa argumentacijom o ljudskim pravima, može se reći da Ustavni sud može da, kad god je to moguće, interpretirati svoju jurisdikciju na način da dozvoli najširu mogućnost otklanjanja posljedica kršenja tih prava“. Dakle, prema njegovom shvatanju nadležnost USBiH se ima gledati najšire moguće, a u cilju zaštite ljudskih prava.

Kroz koncept najvišeg stepena zaštite ljudskih prava i USBiH kao vrhovnog autoriteta ovaj problem posmatra i Petar Mrkonjić. Kao protivargument stavu da bi se USBiH dopuštajući apelacije u ovim slučajevima miješao u nadležnost entitetskog ustavnog suda nudi *inter alia* i *pravni aktivizam* USBiH. Citira odluku u kojoj je ovaj sud kroz apelacionu nadležnost osporio akt Vlade FBiH i odluku u postupku ocjene ustavnosti kada je osporio opšti akt lokalne samouprave, iako Ustav BiH izričito to ne dopušta. Kao razlog za ovo postupanje USBiH je upravo naveo da nadležnost za ovakve odluke crpi iz opredijeljenosti da pruži najviši stepen zaštite ljudskih prava.¹²

Steiner i Ademović u komentaru člana VI Ustava BiH koji govori o Ustavnom sudu¹³ navode da je njegova nadležnost povodom odluka entitetskih ustavnih sudova neupitna. Ukazuju da se princip zabrane arbitrnosti ima primijeniti i na odluke entitetskih ustavnih sudova, baš kao na sve druge nižestepene sudove. Istovremeno, ovi autori pobijaju izdvojeno mišljenje sudije Arsovića u odluci U-5/99, jer, slično kao i Vehabović, ukazuju da sve institucije vlasti u BiH

¹⁰ Problem neobrazloženosti promjene prakse po istom pravnom pitanju predstavlja ozbiljan udar na vladavinu prava. Ovaj problem će biti obrazložen u dijelu 5 ovog rada od s. 11.

¹¹ F. Vehabović, *Odnos Ustava BiH i Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda*, (magistarski rad), Sarajevo 2005, ss. 66-67. Treba imati na umu da je navedeni magistarski rad napisan 2005. godine prije promjene prakse USBiH po ovom pitanju.

¹² P. Mrkonjić, *Apelacijska nadležnost Ustavnog suda BiH u odnosu na odluke entitetskih ustavnih sudova*, Sarajevo 2019, s. 3. Analiza dostupna na: http://www.fcjp.ba/templates/ja_avian_ii_d/images/green/Petar_Mrkonjic2.pdf, očitavanje: 14. 06. 2019.

¹³ Navedeni član reguliše položaj USBiH.

(državne i entitetske) moraju da poštuju ljudska prava i ustavne obaveze. Ovo je, zaključuju oni, važan preduslov za postojanje federalne države kakvom smatraju BiH.¹⁴

Detaljniju analizu ovog pitanja iznio je sekretar Ustavnog suda RS Ljubomir Ožegović koji zastupa stav da USBiH ima nadležnost da ispituje apelacije povodom odluka entitetskih ustavnih sudova. U svoju korist ukazuje na praksu Njemačke, u kojoj Savezni ustavni sud ima nadležnost da ispituje odluke ustavnih sudova njemačkih saveznih zemalja. Analizu zaključuje stavom da je „pravno neodrživo i u suprotnosti sa članom II/2 Ustava BiH¹⁵ uskraćivati zaštitu ljudskih prava i sloboda licu koje tvrdi da mu je odlukom ustavnog suda entiteta povrijeđeno neko od njegovih subjektivnih ustavnih prava“¹⁶.

Suprotno navedenim stavovima stoji mišljenje većine sudija USBiH, a koje je već objašnjeno. Na prvi pogled, istu liniju argumentovanja imao je i bivši sudija USBiH Marko Arsović. Svoj stav je iznio u izdvojenom mišljenju u odluci U-5/99, a nagovijestio ga je tokom stručnih diskusija o nadležnosti ovog suda prije donošenja navedene odluke¹⁷. Načelno je smatrao da USBiH ne može na osnovu apelacije da razmatra odluke ustavnih sudova entiteta. Razlog tome jeste što je USBiH prema čl. VI/3.(b) Ustava BiH nadležan da razmatra odluke „bilo kojeg suda u Bosni i Hercegovini“, ali se pod sudom ne može podrazumijevati ustavni sud entiteta. Argumentovao je da ustavni sudovi nisu „sudovi“, jer ne riješavaju sporove između stranaka, a što (redovni) sudovi inače čine. Uostalom, da je ustavotvorac htio da USBiH može razmatrati odluke ustavnih sudova, onda bi to eksplicitno i naveo. Dakle, državni organ koji zovemo ustavni sud, može egzistirati samo u toj sintagmi „ustavni sud“, a ne i „sud“.¹⁸ Ipak, Arsović priznaje da je, između ostalih, i pitanje ljudskih prava specifično i da može biti problematično, jer ga uređuju entitetski, ali i državni ustav. U tom smislu on navodi da entitetski opšti pravni akt (npr. zakon) može biti protivan Ustavu BiH i povrijediti ljudska prava. Tada mogu nastupiti dva rješenja, tj. načina kako postupiti nakon odluke entitetskog ustavnog suda: (1) ovlašteni predlagač može započeti postupak ocjene usklađenosti entitetskog opšteg akta sa Ustavom BiH¹⁹ ili (2) treba dopustiti apelaciju protiv odluke entitetskog suda. Drugo rješenje ukazuje da Arsović ne odbacuje u potpunosti mogućnost podnošenja apelacije povodom odluke entitetskog ustavnog suda. Ipak, ovo će biti slučaj samo ako opšti pravni akt povodom kojeg se oglasio entitetski ustavni sud krši garantovana ljudska prava. O situaciji kao u predmetnom slučaju notara, Arsović se ne izjašnjava, vjerovatno iz razloga što slučaj U-5/99 to i nije zahtijevao.²⁰

Na okruglom stolu o nadležnosti Ustavnog suda BiH, bivši profesor Pravnog fakulteta u Banjaluci, Rajko Kuzmanović, i bivši sudija USBiH Zvonko Miljko istakli su mišljenje da USBiH ne bi trebalo da ima apelacionu nadležnost povodom odluka entitetskih ustavnih sudova. Kuzmanović je kategorički istakao da bi proglašavanje apelacije protiv odluke entitetskog ustavnog suda USBiH bila „teška pravna greška“ i da bi trebalo „da se taj posao obavlja sa

¹⁴ N. Ademović/C. Steiner, Article VI – Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina, u: N. Ademović/C. Steiner (ur), *Constitution of Bosnia and Herzegovina: Commentary*, Sarajevo 2010, ss. 740-741.

¹⁵ Ovaj član sadrži katalog ljudskih prava.

¹⁶ Lj. Ožegović, *Apelaciona nadležnost Ustavnog suda Bosne i Hercegovine*, Banjaluka 2013, s. 124.

¹⁷ V. u M. Arsović, *Apelaciona jurisdikcija Ustavnog suda BiH - opšti pogled*, u: V. Popović/Z. Miljko/D. Kalember (ur), *Ustavni sud BiH i druge sudske instance*, Sarajevo 2001, ss. 16-18.

¹⁸ Odluka Ustavnog suda BiH (bilj. 8), izdvojeno mišljenje sudije Marka Arsovića, ss. 3-4.

¹⁹ U skladu sa čl. VI/3.(a) Ustava BiH. Tada bi se došlo u situaciju da uporedo postoje odluke dva ustavna suda (entitetskog i državnog) povodom istog entitetskog opšteg pravnog akta.

²⁰ Odluka Ustavnog suda BiH (bilj. 8), izdvojeno mišljenje sudije Marka Arsovića, s. 4.

velikom dozom opreza i sa velikom selekcijom i uzdržanošću“. Razlog je da odluke entitetskih ustavnih sudova „praktično i ne mogu povrijediti Ustav Bosne i Hercegovine“.²¹ Miljko je smatrao da su nadležnosti USBiH i ustavnih sudova entiteta odvojene i da su odluke ustavnih sudova entiteta konačne i obavezujuće, te slijedi da apelacija nije dopuštena u ovim slučajevima.²² Sličnog stava je i bivša predsjednica USFBiH Katarina Mandić koja je navela da se apelacija može izjaviti samo povodom odluka redovnih sudova, jer se samo protiv njih mogu izjavljivati pravni lijekovi. Kako nije propisana mogućnost izjavljivanja pravnog lijeka protiv odluke entitetskog ustavnog suda, to se zaključuje da apelacije protiv njih nisu dopuštene. Ipak, i ona sama priznaje da ne može braniti stav da je apelacija protiv odluka entitetskih ustavnih sudova uvijek nedopuštena, već da ne nalazi „mogućnost kada i pod kojim uvjetima se apelacija može izjaviti i protiv odluka ustavnih sudova entiteta“.²³

Sumirajući navedena mišljenja mora se zaključiti da se ona baziraju na argumentima vezanim za *domaće propise*. Pri tom se koriste različiti argumenti. Protiv dopustivosti apelacija povodom odluka entitetskih ustavnih sudova dominantan je argument pravne prirode nadležnosti entitetskih sudova i apelacione nadležnosti USBiH. S druge strane, argumenti za dopustivost apelacije u ovim slučajevima tiču se (1) prirode državne (federalne) strukture BiH, (2) USBiH kao krajnjeg čuvara Ustava BiH, pa samim time i ljudskih prava i (3) jezičkog tumačenje člana VI/3.(b) koji govori o apelacionoj nadležnosti povodom presude „bilo kojeg suda“. Međutim, izostala je detaljna analiza pitanja da li bi apelacija bila dopustiva u smislu zaštite ljudskih prava koju garantuje EKLJP, a u skladu sa praksom Evropskog suda. Praksa ovog suda je ključna, jer se USBiH u potpunosti oslanja na nju, kako u pogledu merituma, tako i dopustivosti apelacija, a s obzirom da je glavni standard u postupku zaštite ljudskih prava pred USBiH upravo EKLJP sa svojim protokolima.²⁴

4. Kriterijumi dopustivosti iz prakse Evropskog suda za ljudska prava

4.1. Koncept imovine i status žrtve

U konkretnom slučaju, apelanti su se žalili na povredu prava na imovinu i prava na pravično suđenje. Zbog dužine rada i njegovog prevashodnog cilja (dopuštenost apelacije), analiziraće se pitanje prava na imovinu.

Ključno pitanje ovdje jeste da li postoji miješanje države u prava garantovana EKLJP i Ustavom BiH i o kojem pravu može biti riječ. To znači da je potrebno ispitati da li je moguće da se odlukom entitetskog suda o neustavnosti odredaba zakona može nepovoljno uticati po prava pojedinca ili na grupe lica. Leksikonom ljudskih prava – mogu li notari imati status žrtve zbog takve odluke entitetskog suda?

Sušтина i cilj odluka ustavnog suda u apstraktnoj kontroli ustavnosti nije da odlučuje o konkretnim pravima i obavezama pojedinaca. Cilj takve odluke je uklanjanje neustavne ili nezakonite pravne norme ili potvrđivanje da je osporena norma ustavna ili zakonita. Ona

²¹ Popović/Miljko/Kalember (bilj. 17), ss. 67-68.

²² *Ibid*, ss. 39-43.

²³ *Ibid*, ss. 62 i 69.

²⁴ Ademović/Steiner (bilj. 14), s. 154.

dejstvuje *erga omnes*.²⁵ Ovaj postulat bi bio osnov za stav da apelacija notara ne bi bila dopuštena, jer nema konkretnog pravnog akta kojim se zadire u zaštićena prava pojedinca. Ipak, miješanje i potencijalno narušavanje ljudskih prava može doći od bilo kojeg organa vlasti – suda, tužilaštva, policije, lokalne samouprave i sl. Zbog načela sudske zaštite, tj. mogućnosti da se svako potencijalno kršenje prava ispita pred (redovnim) sudom, najčešće će se pred ESLJP i USBiH postaviti pitanje da li je sudskim odlukama povrijeđeno pravo garantovano EKLJP. Garantovana prava se mogu ugroziti, kako je rečeno i pojedinačnim aktom drugih državnih organa, pa i nečinjenjem (npr. tužilaštvo zbog neefikasne istrage). U tom smislu njemački Savezni ustavni sud definiše ustavnu žalbu kao pravno sredstvo koje pripada pojedincima protiv države reprezentovane kroz bilo koji organ koji je pojedincima povrijedio onu sferu koja je osigurana naspram države.²⁶ Ovako širog krug organa koji mogu povrijediti prava dovodi do zaključka da se, uopšteno uzev, može smatrati i da se odlukama entitetskih ustavnih sudova mogu povrijediti prava pojedinaca. Bitno je da odluke pogađaju prava pojedinca ili grupe lica. U tom smislu podnosilac apelacije mora da bude *žrtva* kršenja njegovih prava.

Kako to odluka ustavnog suda može uticati na pravo na imovinu notara? Da li ova odluka, koja po svojoj prirodi nema cilj da odlučuje o pravima pojedinaca, može zadirati u prava nekih pojedinaca? Prema praksi ESLJP imovina je autonoman pojam i između ostalog može obuhvatati *klijentelu* koju osobe kroz posao stiču. Ovo je sud zaključio u slučaju *Van Marle protiv Holandije*²⁷. Nakon promjene zakonodavstva u oblasti pružanja računovodstvenih usluga, podnosiocima predstavke nije data dozvola za obavljanje tih usluga. Sud je zaključio da su iz odnosa sa klijentelom proizašla privatna prava podnosioca predstavke, te su oni u tom smislu stekli imovinu (*possessions*) u smislu čl. 1 Pr. 1 uz EKLJP. Odbijanje registracije ovih osoba kao sertifikovanih računovođa je „radikalno uticalo na uslove njihove profesionalne aktivnosti i obim tih aktivnosti je bio smanjen. Njihovi prihodi su opali, kao i vrijednost njihove klijentele i gledano šire opala je vrijednost i njihovog posla. Shodno tome, postojalo je miješanje u njihovo pravo na mirno uživanje imovine“.²⁸ Odluka USFBiH jeste značajno uticala na *klijentelu* i posao notara. Iz odluke povodom apelacije ne vidimo da li su dostavljeni tačni podaci (npr. statističke prirode) da se obim posla smanjio notarima nakon odluke USFBiH, tj. da su izgubili klijentelu. Čini se to i nije potrebno da bi se zaključilo da takva odluka negativno utiče na imovinu notara. Ovo barem iz dva razloga. Prvo, u samoj odluci USFBiH je navedeno da je neustavno propisivanje obavezne notarske obrade za određene poslove iz čl. 73 ZNot. Dalje je navedeno „[u] vezi s tim kako je u međuvremenu donesen jedan broj posebnih zakona koji su propisali obaveznu notarsku obradu određenih pravnih poslova, a kako zakonski osnov u ovom sistemskom zakonu, po kojem je ta mogućnost propisana više ne postoji, te se implikacije ove ustavnosudske odluke proširuju i na posebne odredbe“. Dakle, sud je pokušao da onemogući obaveznu notarsku obradu na osnovu bilo kojeg propisa. Kako je notarska obrada najznačajniji akt notara u FBiH i najskuplja usluga, onda je logično da im je ova odluka uticala na imovinu („vrijednost posla“ – riječima ESLJP). Drugo, u pomenutom predmetu *Van Marle* nije se

²⁵ V. Petrov, Normativna kontrola prava, u: O. Vučić/V. Petrov/D. Simović (ur), *Ustavni sudovi bivših jugoslovenskih republika: teorija, norma, praksa*, Beograd 2010, s. 123.

²⁶ Đurić (bilj. 1), s. 25.

²⁷ ESLJP, *Van Marle and Others v. Netherlands*, predstavka br. 8543/79; 8674/79; 8675/79; 8685/79, presuda od 26. 06. 1986.

²⁸ *Ibid*, §§ 41-42. Treba napomenuti da u ovom slučaju nije utvrđena povreda prava na imovinu, jer je sud smatrao da je miješanje bilo u skladu sa zakonom, težilo legitimnom cilju i bilo srazmjerno.

dokazivalo egzaktnim podacima da je podnosiocima predstavke opala vrijednost posla. Zaključuje se da navedena odluka *direktno* utiče na pravo na imovinu određene grupe lica – notara.

Moglo bi se argumentovati da navedena praksa iz slučaja *Van Marle* nije primjenjiva u našem slučaju, tj. slučajevi nisu uporedivi iz razloga što (1) imovina notara nije pogođena i (2) što je u tom predmetu predstavka podnijeta nakon *konkretnog postupka* i *pojedinačne odluke* uperene protiv podnosioca predstavke (postupak u kojem je odbijen zahtjev za izdavanje dozvole za obavljanje računovodstvenih poslova).

U pogledu prvog razloga, moglo bi se reći da stav iz slučaja *Van Marle* nije primjenjiv, jer notarima nije zabranjeno da vrše određenu djelatnost, tj. oni nisu izgubili nikakvu dozvolu (licencu) za obavljanje posla. Notarska obrada je moguća, ali nije *obavezna*. Ipak, ukoliko forma nije obavezujuća postavlja se pitanje koliko će građana htjeti da koristi tu uslugu notara? Mnogo važnije od ovoga pitanja jeste činjenica da notari nisu bili izloženi tržištu, odnosno oni nisu privredni subjekti. Štaviše, notarijat je definisan kao *javna služba*²⁹. Njima je zakonom bilo garantovano da će imati „posla“ i „klijente“. U tom smislu, čak i ako se ne bi moglo zaključiti da su notari imali klijentelu, pa samim time i imovinu, oni su bar imali legitimno očekivanje sticanja imovine, a što je prema stavu ESLJP dovoljno da čl. 1 Pr. 1 uz EKLJP bude primjenjiv. Legitimno očekivanje sticanja imovine postoji onda kada ono ima dovoljno utemeljenja u unutrašnjem pravnom poretku.³⁰ Ipak, to nikako ne znači pravo na buduću imovinu, odnosno prostu nadu da će se steći dobit od neke djelatnosti. Tako je Komisija u slučaju *Grčka federacija carinskih službenika i ostali* istakla da je služba carinskih službenika slobodna (*liberal profession*) bez utvrđenog prihoda i garantovanog obrta (posla), a koja je izložena rizicima ekonomskog života. Zbog toga je zaključeno da aplikanti u tom slučaju nemaju imovinu u smislu čl. 1 Pr. 1 uz Konvenciju, te je aplikacija odbačena.³¹ Nasuprot ovome, notarijat je javna služba, sa ograničenim brojem notara³², te shodno tome nije izložena rizicima ekonomskog života (drugim riječima – tržišta). Prateći logiku Komisije, a koristeći *argumentum a contrario*, zaključujem da notari imaju imovinu u smislu Konvencije.

Sljedeći slučaj koji se u literaturi pominje kao primjer da sticanje imovine ne potpada pod zaštitu Konvencije je slučaj *X protiv SR Njemačke*. Notar iz Njemačke je bio nezadovoljan izmjenom zakona koje je nalagalo smanjenje notarske tarife i do 80% ukoliko se usluga pruža određenim licima (univerzitetima, vjerskim zajednicama i sličnim neprofitnim organizacijama). Aplikant je uložio ustavnu žalbu Saveznim ustavnom sudu, koji je utvrdio da takvo rješenje nije u skladu sa Ustavom SR Njemačke, jer je umanjeno tarife išlo preko 50% redovne cijene. Ipak, notari su bili obavezani da pružaju usluge navedenim licima sa umanjenom tarifom od 50%. Komisija je istakla da se pod imovinom ne može podrazumijevati čisto očekivanje (*mere expectation*) da trenutna pravila o notarskoj tarifi neće biti promijenjena.³³ Dakle, Konvencija ne pruža pravo na stalnost zakonskih propisa u pogledu visine tarife. S druge strane, u našem slučaju nije riječ o

²⁹ Čl. 2 Zakona o notarima (bilj. 3).

³⁰ C. Grabenwarter, *European Convention on Human Rights – Commentary*, Munich 2014, s. 367.

³¹ ESLJP, *Greek Federation of Customs Officers, Galouris, Christopoulos and 3,333 Other Customs Officers*, predstavka br. 24581/94, odluka od 06. 04. 1995.

³² USFBiH je i odredbu čl. 27 Zakona o notarima proglasio neustavnom. Ona je propisivala nadležnot kantonalnog organa da propiše potreban broj notara za područje kantona.

³³ ESLJP, *X v. FR Germany*, predstavka br. 8410/78, odluka od 13. 12. 1978.

visini tarife, već o obimu poslova notara koji je notarima umanjen odlukom USFBiH. Zbog različitosti ovog slučaja sa našim, mogao bi se izvući i suprotan zaključak od onog koji je Komisija iznijela.

Kada je riječ o drugom razlogu, istina je da u našem slučaju *konkretnog postupka* i *pojedinačne odluke nema*. Stoga, načelo iscrpljenja pravnih lijekova nije ispoštovano; nije data mogućnost domaćim organima da se očituju o navodnoj povredi. Ovakvo rezonovanje jeste logično, ali protivargument bi bilo sljedeće pitanje – koji bi *konkretni postupak* mogli pokrenuti notari, a čiji bi ishod bio *pojedinačni akt*? Nikakav postupak ova lica ne bi mogla pokrenuti osim postupka zaštite ljudskih prava pred USBiH. Jedini postupak koji bi se mogao pokrenuti bio bi postupak države protiv njih zbog obavljanja djelatnosti za koju je USFBiH rekao da ne može da pripada notarima u smislu *obavezne* notarske obrade.³⁴ Takav postupak bi zavisio isključivo od volje države, a ne *pogođenih pojedinaca*. Ne bi moralo nikada da dođe do njega, a ugrožavanje imovine (klijentele) notara bi postojalo. Dopustivost apelacije i zaštita ljudskih prava ne bi trebalo da zavise od (samo)volje države za pokretanjem određenog postupka. Ovaj zaključak je važan, jer on govori da je jedini forum za rješavanje navoda o povredi osnovnih prava notara upravo USBiH. Isti argument koristi i Ožegović koji ukazuje da „[N]aprosto ne postoji druga institucija ili organ, osim Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, koji će meritorno odlučiti da li je neki akt, pa makar to bio i akt entitetskog ustavnog suda, u suprotnosti sa odredbama Ustava Bosne i Hercegovine“³⁵. Argumentujući u korist dopustivosti apelacije, sudija Simović u izdvojenom mišljenju podsjeća da je USBiH ponavljao da „Ustav Bosne i Hercegovine propisuje najveće moguće standarde u zaštiti ljudskih prava, kao i da, prema principu *in favorem*, Ustavni sud treba omogućiti najvišu moguću zaštitu osnovnih ljudskih prava“³⁶. Dakle, u slučaju sumnje, prednost se treba dati licu koje tvrdi da je žrtva kršenja prava garantovanih Ustavom BiH i prihvatiti apelaciju kao dopustivu, a zbog navedenog načela *in favorem*.

U vezi sa navedenim je i pitanje – može li država prema praksi ESLJP da ograniči pravo na pristup sudu (u ovom slučaju Ustavnom sudu BiH)? Odgovor je pozitivan, ali uz ispunjenje određenih uslova. U predmetu *Vilho Eskelinen protiv Finske* zauzet je stav da država može da ograniči pristup sudu licima, zbog njihovog statusa državnog službenika, a u sporovima povodom posla koji obavljaju. Međutim, dva uslova moraju biti ispunjena: (1) takvo ograničenje treba da bude izričito navedeno u domaćem propisu i (2) ono mora biti objektivno opravdano, pri čemu činjenica da neko lice radi u odjeljenju koje vrši vlast povjerenu propisom nije dovoljno.³⁷ Kako u BiH nijednim propisom nije izričito isključena apelacija na odluke entitetskih sudova, onda se zaključuje da mogućnost države za ograničenjem prava na pristup sudu (konkretno USBiH) iz prakse ESLJP nije primjenjiv.

³⁴ Neizvjesno je da li bi do takvog postupka moglo doći, jer ako notarska obrada nije obavezna, onda se poslovi mogu obavljati i zaključivati i bez učešća notara. Ukoliko bi, ipak, lice došlo kod notara da sačini notarsku obradu povodom nekog pravnog posla, onda bi to bilo na dobrovoljnoj bazi, a što nije suprotno Ustavu FBiH prema rezonovanju USFBiH.

³⁵ Ožegović (bilj. 16), s. 123.

³⁶ AP-2567/16 (bilj. 2), izdvojeno mišljenje sudije M. Simovića, § 3.

³⁷ ESLJP, *Vilho Eskelinen v. Finland*, predstavka br. 63235/00, presuda od 19. 04. 2007, § 62.

4.2. Koncept potencijalne žrtve

Dodatni argument za prihvatljivost apelacije, bio bi taj da praksa ESLJP ukazuje da se pod mjerom miješanja u prava pojedinaca može smatrati i opšti, a ne samo pojedinačni pravni akt. To znači da se žrtvom u smislu EKLJP može smatrati i lice protiv kojeg nije donijet pojedinačni pravni akt, već na njegova prava „udara“ opšti pravni akt. Ovo zahtijeva tzv. princip efektivnosti koji predstavlja izuzetak od zabrane *actio popularis*. On implicira da „proceduralne odredbe Konvencije moraju da se primijene na takav način da doprinesu efektivnosti sistema pojedinačnih predstavi“³⁸. Riječ je o konceptu *potencijalne žrtve*. ESLJP ga je prvi put upotrijebio u slučaju *Klass protiv SR Njemačke*³⁹ gdje je zauzeo stav da je predstavka dopustiva protiv zakonodavstva Njemačke koje je dozvoljavalo tajni nadzor osoba. S obzirom da je riječ o tajnom nadzoru, osobe za njega nisu ni mogle znati, pa se Sud zadovoljio samim postojanjem zakona koji omogućava tajne mjere, bez da je tražio pojedinačni akt miješanja u prava pojedinaca.⁴⁰ Ovakvo shvatanje je dalje primijenjeno i na druge slučajeve koji se nisu ticali samo tajnog nadzora, već i drugih sfera života. Opšti stav je formulisan tako da se dopušta pojedincima da „tvrde da zakon sam po sebi krši njihova prava, u nedostatku pojedinačnih implementacija, ako su izloženi riziku da zbog njega direktno trpe“⁴¹. Drugačije rečeno – neophodno je da se „pruže razumni i uverljivi dokazi (*reasonable and convincing evidence*) da je moguće da će se desiti povreda koja pogađa podnosioca lično – nisu dovoljne puke pretpostavke ili špekulacije“⁴². Svakako da cilj odluke povodom ustavnosti nekog zakona nije da „pogodi“ nečije pravo, ali njen efekat može biti takav. U tom smislu da se zaključiti da ova odluka predstavlja miješanje u pravo na imovinu notara, jer onemogućava obavljanje priznatih poslova na osnovu kojih su stekli *klijentelu*. Kao što je rečeno, čak i sam zakon može predstavljati miješanje u prava pojedinaca.

Imajući u vidu navedeni koncept potencijalne žrtve i prateći logiku da što vrijedi za više, vrijedi i za manje, odluke ustavnog suda kao „negativnog zakonodavca“ mogu predstavljati akt miješanja u ljudska prava i lica koja su time pogođena mogu se barem smatrati potencijalnom žrtvom u smislu prakse ESLJP.

U izdvojenom mišljenju, sudija Galić na sličan način (na osnovu garancije ljudskih prava) rezonuje da je apelacija dopuštena. Svoj stav zasnovala je na dva argumenta. Prvi je da se odlukom USFBiH ipak odlučivalo „(i) o individualnim pravima apelanata (notara) s obzirom na to da su osporenim presudom stavljene izvan snage određene zakonske odredbe koje predstavljaju osnovu za njihov dosadašnji rad (obaveza notarske obrade isprava)“⁴³. Shodno tome, postojalo je miješanje u imovinu notara. Drugi argument predstavlja odgovor na pitanje da li „apelaciju protiv odluke ustavnog suda entiteta donesenu iz apstraktne nadležnosti može podnijeti samo učesnik u postupku pred ustavnim sudom entiteta, ili to može biti svako fizičko ili pravno lice“. Priznajući da apelanti (notari) nisu bili učesnici postupka pred USFBiH⁴⁴, sudija Galić koristi opšti pristup koncepta žrtve i podsjeća na praksu USBiH da lice treba da dokaže da

³⁸ P. van Dijk/G.J.H. van Hoof, *Teorija i praksa Evropske konvencije o ljudskim pravima*, Sarajevo 2001, s. 49.

³⁹ ESLJP, *Klass and Others v. Federal Republic of Germany*, predstavka br. 5029/71, presuda od 06. 09. 1978.

⁴⁰ *Ibid.*, §§ 33-34.

⁴¹ ESLJP, *Marckx v. Belgium*, predstavka br. 6833/74, presuda od 13. 06. 1979, § 27.

⁴² V. Beširević/S. Carić/M. Draškić/V. Đerić/G.P. Ilić/I. Janković/E. Korljan/I. Krstić/T. Marinković/T. Papić/D. Popović, *Komentar Konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda*, Beograd 2017, s. 447.

⁴³ AP-2567/16 (bilj. 2), izdvojeno mišljenje sudije V. Galić, § 4. Mišljenju se pridružila sudija M. Caca-Nikolovska.

⁴⁴ Notarska komora FBiH je bila pozvana da se uključi u postupak kao strana koja može dati relevantne informacije Ustavnom sudu FBiH.

je barem potencijalna žrtva kršenja prava kako bi apelaciju bila dopustiva. Zbog nesumnjivog uticaja presude USFBiH na rad notara, zaključuje da su apelanti pružili uvjerljive dokaze da su direktno pogođeni presudom.⁴⁵ Isti stav zastupa i sudija Simović koji kaže da se odlukom USFBiH uticalo na imovinu notara u FBiH.⁴⁶

5. Način promjene prakse USBiH – (ne)kvalitetno obrazloženje

Treba istaknuti još jednu spornu činjenicu. Riječ je o *načinu* promjene prakse USBiH u pogledu analiziranog problema. Odlukom u slučaju *Vakufske direkcije* sud je promijenio praksu i počeo odbacivati apelacije protiv odluka entitetskih ustavnih sudova. Naravno da je moguće da sudovi mijenjaju praksu i sopstvene pravne stavove. ESLJP kaže da princip pravne sigurnosti koji je imanentan EKLJP, ne daje stečeno pravo na stalnost sudske prakse. Razvoj i promjena prakse sami po sebi nisu protivni ispravnoj primjeni pravde (*proper administration of justice*). Ipak, razlozi za odstupanje od prakse treba da budu *detaljno navedeni*.⁴⁷ Savjetodavno vijeće evropskih sudija (CCEJ) koje djeluje pri Savjetu Evrope navodi da, odstupajući od ranije prakse, sudija treba jasno naznačiti da je ranija praksa različita i iscrpno objasniti zašto se od nje odstupa.⁴⁸ USBiH nije iscrpno obrazložio zašto odstupa od ranije prakse. Navedeno je samo da nije u duhu Ustava BiH razmatrati apelacije te vrste i da bi došlo do miješanja nadležnosti dva suda. Ipak, nije detaljno elaborirano šta to znači da nešto nije u duhu Ustava BiH. Ukoliko ćemo već govoriti o duhu i duševnosti Ustava BiH, onda je načelo najvišeg stepena zaštite ljudskih prava *negdje na dnu srca, duboko u Ustavu BiH*, a kako pokazuje praksa USBiH⁴⁹. Kada je riječ o argumentu podjele nadležnosti, zar se istom logikom ne bi moglo reći da USBiH uzima na sebe nadležnost zakonodavca kada utvrdi diskriminaciju apelanta u vezi sa pravom na imovinu, a zbog zakonske odredbe da vanbračni partneri nemaju nasljedna prava i neusaglašenosti zakona koji regulišu porodične i nasljedne odnose?⁵⁰ Naravno da ovdje nema kršenja principa podjele nadležnosti između sudske i zakonodavne vlasti, baš kao što ni sa dopustivosti apelacije notara ne bi bila ugrožena nadležnost ustavnog suda entiteta.

Zamislimo sljedeću situaciju. Pojedini članovi Zakona X entiteta FBiH budu osporeni pred ustavnim sudom ovog entiteta i suprotni su EKLJP i praksi ESLJP. Sud ih, ipak, proglasi ustavnim. Redovni sudovi primjene navedene članove, a na uštrb lica A. Lice A podnese apelaciju nakon postupka pred redovnim sudovima. Kako da se postavi USBiH? Prateći gore navedeno rezonovanje, sud bi morao da *odbaci* apelaciju, jer je entitetski ustavni sud već potvrdio da je Zakon X u skladu sa ustavom tog entiteta i standardima o zaštiti ljudskih prava. Ukoliko prihvati apelaciju kao dopustivu, onda će ući u pitanje koje je već riješio ustavni sud

⁴⁵ AP-2567/16 (bilj. 2), izdvojeno mišljenje sudije V. Galić, § 5-6.

⁴⁶ *Ibid.*, izdvojeno mišljenje sudije M. Simovića, § 3.

⁴⁷ V. ESLJP, *Atanasovski v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia*, predstavka br. 36815/03, presuda od 14. 01. 2010, § 38.

⁴⁸ Consultative Council of European Judges (CCEJ), Opinion No. 20 (2017) on the Role of the Courts with Respect to the Uniform Application of the Law, p. 32.

⁴⁹ Ustavni sud BiH, odluka U-4/05 od 22. 04. 2015, § 16.

⁵⁰ Bez obzira što je USBiH rekao da je *način primjene* Zakona o nasljeđivanju suprotan Ustavu BiH, evidentno je da je sporno to što sam zakon ne omogućava da vanbračni partner bude nasljednik. Nasuprot tome, Porodični zakon, vanbračnu zajednicu koja traje tri ili više godina ili u kojoj su rođena zajednička djeca izjednačava sa bračnom u pogledu imovinskih prava. V. Ustavni sud BiH, odluka AP-4207/13 od 30. 09. 2016.

entiteta. Objašnjenja logika je neodrživa upravo jer USBiH ima konačnu riječ u pogledu zaštite osnovnih prava koja se štite Ustavom BiH. Stoga, podjela nadležnosti između ustavnih sudova entiteta i USBiH postoji, ali kada je riječ o ljudskim pravima, onda se dopustivost apelacije ima gledati po opštim kriterijumima za dopustivosti apelacije, odnosno predstavke ESLJP-u.

Ukoliko zanemarimo i gore navedeno, činjenica je da USBiH uopšte nije razmatrao ovu apelaciju po uobičajenim standardima ispitivanja dopuštenosti apelacije. Sud se u obrazloženju nije posvetio pitanju pogođenosti notara odlukom USFBiH, tj. da li oni mogu imati status žrtve, a što je bilo neophodno da se učini. Kao što smo vidjeli praksa ESLJP i Komisije je po tom pitanju istovjetna – predstavke su se ispitivale upravo sa aspekta statusa žrtve i prava na imovinu. Zbog toga Mrkonjić ističe da „Ustavni sud BiH u svojoj odluci zanemaruje ovu činjenicu iako bi upravo ona mogla biti presudna ne samo za dopustivost apelacije nego i za meritorno odlučivanje po apelaciji“⁵¹.

6. Praksa u SR Njemačkoj

Pomoć pri rješavanju spornog pitanja, može nam dati i uporedna praksa. Svakako da je najznačajniji njemački model ustavne tužbe koji je predstavljao „dragocen uzor mnogim ustavotvorcima koji su u neposrednoj prošlosti konstitucionalizovali ustavnu žalbu“,⁵² ali i zbog činjenice da Njemačka ima složeno državno uređenje, baš kao i BiH. Po ovom modelu Savezni ustavni sud je nadležan za ispitivanje akata ustavnih sudova federalnih jedinica, a povodom pitanja ljudskih prava.⁵³ Naime, predmet ustavne tužbe predstavljaju „svi akti njemačke državne vlasti. Ona, prema tome, može biti pokrenuta (...) protiv svih sudskih odluka svih vrsta i svih stupnjeva“⁵⁴. Da bi uspio u sporu, pokretač postupka mora dokazati da je on *sam, neposredno i trenutno* pogođen mjerom koju osporava. Sam je pogođen ukoliko osporavana mjera tangira njegovo pravo direktno, a ne preko posrednika; *neposredno* je pogođen ukoliko za osporavanu mjeru nije potrebno da se donesu drugi akti; *trenutno* je pogođen ukoliko ugrožavanje prava već postoji, tj. ako miješanje u pravo nije samo *očekivano*.⁵⁵ Logika ovako (široko) postavljenog koncepta zaštite ljudskih prava pred Saveznim ustavnim sudom leži u činjenici da se ljudska prava mogu ugroziti svakom državnim mjerom koja sprečava ili u značajnoj mjeri ometa uživanje ljudskih prava.⁵⁶ Iz ovoga slijedi da su njemački model i model *potencijalne žrtve* razvijen u praksi ESLJP veoma slični.

⁵¹ Mrkonjić (bilj. 12), s. 6.

⁵² D. Simović, Ustavna žalba, u: O. Vučić/V. Petrov/D. Simović (ur), *Ustavni sudovi bivših jugoslovenskih republika: teorija, norma, praksa*, Beograd 2006, ss. 187-188.

⁵³ Upored. BVerfGE 13,132 (140) i BVerfGE 34,81 (93). Navedeno prema Đurić (bilj. 1), s. 47. Na isti izvor se poziva i Ožegović.

⁵⁴ E. Šarčević, *Ustavno uređenje Savezne Republike Njemačke: osnove njemačkog Državnog prava*, Sarajevo 2005, s. 83; V. Đurić (bilj. 1), s. 44.

⁵⁵ Šarčević (bilj. 54), s. 84.

⁵⁶ D. Grimm, The role of fundamental rights after sixty-five years of constitutional jurisprudence in Germany, *International Journal of Constitutional Law*, 13/2015, s. 18.

7. Meritum slučaja

Svi ranije navedeni stavovi jesu zasnovani na slučaju notara, ali su *uopšteno* primjenjivi. Taj slučaj je samo poslužio kao polazna osnova za pokušaj rješavanja spornog procesnog pitanja. Međutim, dopustivost sama po sebi ne znači i uspjeh u sporu apelanata. Zaključak o meritumu, nije moguće dati na opštem planu. On zaista u potpunosti zavisi od činjenica i primjenjivih normi *in concreto*. Ukazano je da se odlukom entitetskog ustavnog suda zadiralo u pravo na imovinu notara. Svako zadiranje u imovinu, prema praksi ESLJP, treba da *kumulativno* ispuni tri uslova: (1) zakonitost, (2) legitimni cilj i (3) srazmjernost.

Uslov zakonitosti govori o tome da svaka mjera mora imati osnov (pravno pravilo) u poretku date države. Takvo pravilo treba i da ispuni određeni kvalitet (dostupnost, jasnost, predvidivost i zaštita od arbitrnosti⁵⁷). Dakle, odluka USFBiH mora da bude donesena u skladu sa domaćim zakonom, koji mora da ispuni određeni kvalitet. Neusmijivo je da ovaj sud ima pravo da odredbe zakona proglasi neustavnim. Njegova nadležnost i postupak normativne kontrole regulisani su Ustavom FBiH i Zakonom o postupku pred Ustavnim sudom Federacije Bosne i Hercegovine⁵⁸. Jedna od obaveza suda jeste da *obrazloži* svoju odluku⁵⁹, ali i da donese zakonitu (pravnu) odluku. Šta to znači *obrazložena* sudska odluka? To je ona odluka čije obrazloženje daje *odgovarajuće* razloge na kojima počiva dispozitiv; *ključna pitanja* treba da budu potpuno i jasno ispitana i obrazložena. Ipak, nije potrebno dati odgovor na svaki navod stranaka, a razlozi za donošenje presude treba da budu i u skladu sa važećim domaćim zakonodavstvom. Ovako kvalitetna odluka treba da bude razumljiva javnosti, a kako bi se zadržao osjećaj povjerenja u rad pravosuđa.⁶⁰

Sljedeći dijelovi obrazloženja su, između ostalih⁶¹, sporni sa aspekta kvaliteta obrazloženja odluke: (1) prošireno dejstvo odluke (2) izostanak elaboracije da li su odredbe čl. 73 prestale da važe donošenjem posebnih propisa i (3) neprovođenje testa diskriminacije, a posebno izostanak objašnjenja uporedivosti grupa.

7.1. Prošireno dejstvo odluke

USFBiH je, kako je već rečeno, proširio dejstvo svoje odluke. Odredbe iz čl. 73 ZNot su bile implementirane u posebne zakone u čije oblasti ulaze poslovi za koje se tražila notarska

⁵⁷ V. u I. Popović, *Laws on Enforcement Procedure in Bosnia and Herzegovina: Compliance with the European Human Rights Standards*, *Strani pravni život*, 61/2017, s. 255, kao i tu citirane presude ESLJP.

⁵⁸ Zakon o postupku pred Ustavnim sudom Federacije Bosne i Hercegovine, *Sl. nov. FBiH* 6/95 i 37/03.

⁵⁹ *Ibid.*, čl. 29.

⁶⁰ B. Spaić/G. Dajović, *Pravo na obrazloženu presudu: praksa Evropskog suda za ljudska prava*, Podgorica 2016, ss. 37-49. V. i citirane presude na stranama navedene monografije. Istina je da se navedena literatura odnosi na kvalitet rada *tribunala/suda* u smislu čl. 6 EKLJP. U ovom radu primjenjivost navedenog člana na predmetni slučaj nije razmatrana, ali se navedeni standardi imaju svakako primijeniti i na rad USFBiH, jer je on dio pravosudnog sistema (po slovu Ustava FBiH) koji je nezavisan od izvršne i zakonodavne vlasti, a njegove odluke se temelje na pravu i pravno su obavezujuće.

⁶¹ Delić ukazuje i da odluku USFBiH „diskvalificira jezik“ i da je ona „ispod svakog nivoa u pogledu pravnog jezika“. V. D. Delić, *Odluka Ustavnog suda Federacije Bosne i Hercegovine o neustavnosti Zakona o notarima*, *Sveske za javno pravo*, 25/2016, s. 43.

obrada⁶². Odredbe ovog člana su proglašene neustavnim, te je sud zaključio: „kako je u međuvremenu donesen jedan broj posebnih zakona koji su propisali obaveznu notarsku obradu određenih pravnih poslova, a kako *zakonski osnov u ovom sistemskom zakonu* (prim. I.P), po kojem je ta mogućnost propisana više ne postoji, te se implikacije ove ustavnosudske odluke proširuju i na posebne odredbe“. Ovakva mogućnost nije dozvoljena, jer svaki, pa i ustavni sud, odlučuje u granicama zahtjeva. USFBiH ne može da izađe van zahtjeva za ocjenu ustavnosti⁶³, a upravo se to zbilo. Na taj način su flagrantno povrijeđene procesne norme. U vezi sa ovim „proširenim“ dejstvom Sud protivrječi samom sebi. Prije svega, svaki zakon ima osnov u ustavu, a ne u drugom zakonu. Zakonodavac u skladu sa ustavom i propisanom procedurom donosi zakone.⁶⁴ Ovo je i sam Sud priznao kada je konstatovao da „u našem pravnom sistemu *nemamo hijerarhijski odnos zakonskih normi* (prim I.P), nego nužnost horizontalnog i vertikalnog usaglašavanja“. Šta znači „nužnost vertikalnog i horizontalnog usaglašavanja“ nije objašnjeno, ali je bitan zaključak o jednakoj snazi zakona međusobno. S obzirom da su zakoni jednaki, kako je onda moguće da jedan zakon (ZNot) bude osnov drugom zakonu (npr. Porodičnom zakonu)? Ista kritika (protivrječnost) se može uputiti i na račun korištenja sintagme „sistemski zakon“ pod koji, prema Sudu, potpada i ZNot. Međutim nigdje nije data definicija sistemskog zakona i koja je korelacija takvog zakona sa drugim, „nesistemskim“ zakonima. Ukoliko se ovo dovede u vezu sa stavom suda da u pravnom poretku FBiH ne postoji hijerarhija između zakona, onda se zaključuje da su dijelovi obrazloženja međusobno protivrječni.⁶⁵

7.2. Sukob zakona?

Sljedeći sporni element obrazloženja je propuštanje Suda da se očituje o pitanju da li je zahtjev za ocjenu ustavnosti odredaba čl. 73 ZNot postao bespredmetan, jer su u međuvremenu stupili na snagu posebni propisi kojima je propisana obavezna notarska obrada na način kako je to bilo učinjeno pomenutim članom. Čl. 73 st. 5 ZNot je propisivao da „odredbe ovog člana vrijede samo tako dugo dok ne budu zamijenjene posebnom regulativom o obavezi notarske obrade isprava, koje ih izričito u cjelini ili u dijelovima stavlja van snage.“ O ovom pitanju bi se moglo raspravljati – posebnim propisima koji su uveli obaveznu notarsku obradu nije *izričito* propisano da se stavlja van snage odredbe čl. 73 ZNot. Ipak, kako im je predmet regulisanja isti, kako je cilj čl. 73 st. 5 ZNot očigledno da su odredbe o notarskoj obradi privremenog karaktera i kako su posebni propisi upravo to – *posebni/specijalni*, logično je zaključiti da su odredbe čl. 73 ZNot prestale da važe u momentu donošenja odluke USFBiH.

⁶² Npr. Zakon o stvarnim pravima, *Sl. nov. FBiH* 66/13; Zakon o nasljeđivanju u Federaciji Bosne i Hercegovine, *Sl. nov. FBiH* 80/14; Porodični zakon Federacije Bosne i Hercegovine, *Sl. nov. FBiH* 35/15.

⁶³ Čl. 13 Zakona o postupku pred Ustavnim sudom Federacije Bosne i Hercegovine.

⁶⁴ V. čl. 20 st. 1 t. c) Ustava FBiH.

⁶⁵ Koncept „sistemskog zakona“ korišten je i u praksi Ustavnog suda Srbije. Za kritiku v. članak G. Dajović, Nezakonitost kao razlog za neustavnost zakona, *Pravni život*, 12/2015, ss. 527-542 iz kojeg uočavamo sa koliko opreza se treba pristupiti konceptu sistemskog zakona i koliko značajne posljedice takvog pristupa mogu biti.

7.3 Test diskriminacije

Treći problem jeste da nije proveden test diskriminacije, a kako je to uobičajeno u praksi sudova, prije svega ESLJP⁶⁶. Sud je rekao da se osporenim odredbama „vrši diskriminacija na štetu drugih lica – diplomiranih pravnika sa položenim pravosudnim, magistarskim ispitom ili doktoratom, koji su sa istim, ako ne i većim stručnim znanje, te sposobnostima i moralnim kompetencijama, osposobljeni za pružanje istih ili sličnih usluga, pri čemu se nejednakost pred zakonom i diskriminacija na najočigledniji način manifestira u odnosu na sva ova navedena lica“. Da li su navedena lica (diplomirani pravници sa položenim ispitom, magistarski ispitom ili doktoratom) uporediva grupa sa notarima nije navedeno. Nisu razmatrane ni profesija notarijata, s jedne strane ni sve ostale pravničke profesije, s druge strane. Ovo bi omogućilo da se razumije njihova priroda i samim tim i međusobna (ne)uporedivost. Takođe, čini se da sud nije diferencirao pojmove *profesije* i *obrazovanja*, jer kao diskriminisane u odnosu na notare (bez jasno provedenog testa) vidi diplomirane pravnike, magistre ili doktore pravnih nauka, a što predstavlja obrazovanje, a ne profesiju. „Prema tome, bez provedenog testa i uz potpuno zanemarivanje argumenata jedne od stranaka, presuda predstavlja 'paušalnu ocjenu'“. ⁶⁷

Navedene anomalije u obrazloženju zaista upućuju na zaključak da presuda nema potreban kvalitet da odgovori na pitanje zašto je sud donio odluku kakvu je donio, te otvara pitanja da li je sud previdio postulate koncepta diskriminacije, pravnog osnova za donošenje zakona i odnosa između zakona i (ne)mogućnost obaveznog pravnog dejstva obrazloženja u pravnom poretku FBiH. Zaključuje se da sporna odluka nije zadovoljila kriterij obrazloženosti. Stoga, prvi uslov iz testa miješanja u pravo na imovinu iz prakse ESLJP (uslov *zakonitosti*) nije ispunjen, te bi se mogla utvrditi povreda prava na imovinu apelanata (notara).

8. Zaključak

Odluka o dopustivosti nekada zaista otvara kompleksna pravna pitanja. Bez obzira što primarni cilj odluke ustavnih sudova u normativnoj kontroli nije uticaj na prava pojedinaca, ipak se takav efekat može postići. Razlog je da praksa ESLJP ukazuje da objekat predstavke (akt koji se pobija) može biti različit, od presude do opšteg pravnog akta. Načelno gledano, svaki akt/mjera države može ugroziti osnovna prava. Ovakav stav ukorijenjen je i u njemačkoj ustavnosudskoj praksi.

Situacije poput slučaja notara iz FBiH biće rijetke, jer apelanti treba da dokažu da su neposredno pogođeni odlukom entitetskog ustavnog suda. Ako bi mogli to da dokažu, onda ne bi bilo prepreke da apelacija bude prihvatljiva. Ponuđeni argumenti ukazuju da se zaista ne može a

⁶⁶ Pitanja koja ulaze pod opseg testa diskriminacije različito se navode od autora do autora, a ni sam ESLJP nije uspostavio stalan i jednoobrazan test. Ipak, na sljedeća pitanja se ima odgovoriti: (1) da li postoji neko pravno zaštićeno pravo, a u odnosu na koje se tvrdi da postoji diskriminacija, (2) da li se različito postupanje zasniva na nekom tzv. ličnom osnovu, (3) da li je lice (grupa lica) za koje se sumnja da je diskriminisano uporedivo sa nekim drugim licem (grupom lica) koje se nalazi u dovoljno sličnom položaju, a ima povoljniji tretman, (4) da li različito postupanje teži zadovoljenju legitimnog cilja i (5) da li je različito postupanje opravdano, tj. da li je srazmjerno. Za slično koncipirane testove uporediti *Jacobs, White, and Ovey: The European Convention on Human Rights*, Oxford 2014, ss. 575-576; N. Ademović/J. Marko/G. Marković, *Ustavno pravo Bosne i Hercegovine*, Sarajevo 2012, s. 311; C Harland/R. Roche/E. Strauss, *Komentar Evropske konvencije o ljudskim pravima prema praksi u Bosni i Hercegovini i Strasbourgu*, Sarajevo 2003, s. 283.

⁶⁷ Delić (bilj. 61), s. 43.

priori odbaciti sama mogućnost dopustivosti apelacije po odluci entitetskog ustavnog suda, a kao što je to učinio USBiH. Zato i sudije koje su izdvojile mišljenje kažu da se ovom pitanju treba pristupiti „krajnje oprezno“⁶⁸ i da bi se nadležnost USBiH mogla zasnovati izuzetno rijetko⁶⁹. Krajnje je sporno i da USBiH nije uopšte razmatrao da li je odlukom USFBiH došlo do miješanja u neko od garantovanih prava. Takva analiza bi razriješila dvojbu da li je USBiH prilikom odlučivanja, uopšte imao na umu uslove dopustivosti apelacije. To je standardan način odlučivanja po apelacijama.

U pogledu merituma, je nemoguće dati opšti odgovor, jer on zavisi od svakog konkretnog slučaja u većoj mjeri nego kod pitanja dopustivosti. U konkretnom slučaju, zbog nekvalitetnog obrazloženja odluke USFBiH može se osnovano tvrditi da je pravo na imovinu povrijeđeno zbog neispunjavanja uslova zakonitosti. Bitno je imati na umu da USBiH u ovakvim slučajevima ne bi imao mogućnost da u potpunosti ispituje da li je entitetski ustavni sud donio „ispravnu odluku“, već bi njegova nadležnost bila ograničena i to principom da on nije četvrta instanca⁷⁰. Ovo ne predstavlja nikakav skriveni i zaobilazni način da se USBiH postavi kao sud pune jurisdikcije ili četvrte instance ili revizionog organa za odluke povodom normativne kontrole. Sud jednostavno ima zadatak da ispita da li je došlo do miješanja i povrede ljudskih prava. To nas dovodi do zaključka da bi se samo u slučajevima koji predstavljaju očiglednu proizvoljnost moglo meritorno odlučiti u korist apelanata. Analizirani slučaj bi predstavljao upravo takvu proizvoljnost (nekvalitetno i nejasno obrazloženje). Vjerovatno su ovo na umu imali Steiner i Ademović kada su naveli da ovakvi slučajevi iziskuju primjenu principa „zabrane proizvoljnosti, a koji se uopšteno primjenjuje na ispitivanje odluka nižestepnih sudova“⁷¹.

Admissibility of appeals against decisions of the constitutional courts of the entities in Bosnia and Herzegovina

Summary

In this paper I consider if it is possible to file an appellation (constitutional complaint) to the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina against one of the entity's Constitutional Court's decision on a normative abstract review procedure. The paper is based on the decision of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina in case AP-2567/16 rendered in December 16, 2018. Here, the Court decided that the appellation was inadmissible because the Court does not have a jurisdiction in these types of cases. It argued that it is not in accordance with the "spirit" of the Constitution of Bosnia and Herzegovina to have jurisdiction in these cases. I argue that it is not possible to have en generale and a priori conclusion that appellations should be inadmissible. Instead, the Court should use the standard test regarding the admissibility conditions and decide on the question of admissibility.

After the introductory remarks, I present the summary of the decisions of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina (AP-2567/16) and the Constitutional Court of Federation Bosnia and Herzegovina (U 15/10). Afterwards, I summarize the legal opinions of several

⁶⁸ AP-2567/16 (bilj. 2), izdvojeno mišljenje sudije V. Galić, § 7.

⁶⁹ *Ibid.*, izdvojeno mišljenje sudije M. Simovića, § 6.

⁷⁰ Uporediti npr. odluke Ustavnog suda BiH: U-27/01 od 28. 09. 2001, § 29; U-31/01 od 21. 12. 2001, § 24.

⁷¹ Ademović/Steiner (bilj. 14), s. 740.

authors regarding this issue. In the fourth part I analyze the admissibility of the appeal in the case of AP-2567/16 using standards from the admissibility test developed in the case-law of the European Court for Human Rights. The test points out that state can interfere into a person's rights in various ways – by ordinary court's judgment, non-facere, even mere parliamentary act (statute) can be regarded as an act of interference. I argue that the decision of the Constitutional Court of Federation Bosnia and Herzegovina can be seen as an act which interferes into the property of appellants. Therefore, it seems that the appeal should have been declared admissible. In the fifth part, I argue that the manner in which the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina has changed its jurisprudence is not in accordance with the European standards introduced by the European Court for Human Rights and the Consultative Council of European Judges. In the sixth part I present the case-law of the German Federal Constitutional Court which shows that constitutional complaint against a decision of a constitutional court of federal unit or parliament act can be admissible. In the seventh part I analyze the merits of the case and argue that the decision of the Constitutional Court of Federation Bosnia and Herzegovina lacks quality in its substance that it can be regarded as an arbitrary one. Bearing in mind that interference into person's property should be based on a law, which must be clear and non-arbitrary I conclude that the lawfulness condition from the ECtHR's case-law is not fulfilled. Thus, there was a violation of the right to property.

Therefore, it is possible to argue that an appeal against a decision of entity's Constitutional Court may be admissible in special case like the one I have analyzed in this paper.