

Jedan Vrhovni sud za BiH?

JEDAN VRHOVNI SUD ZA BiH?

Uredio
Edin Šarčević

Sarajevo, 2011.

Radovi objedinjeni u ovoj knjizi prethodno su objavljeni u
Sveskama za javno pravo br. 4 i 5.

Knjiga je štampana zahvaljujući finansijskoj podršci Ministarstva
vanjskih poslova Savezne Republike Njemačke u okviru
Pakta za stabilnost jugoistočne Evrope



Stabilitätspakt für Südosteuropa
Gefördert durch Deutschland
Stability Pact for South Eastern Europe
Sponsored by Germany

Sadržaj:

Edin ŠARČEVIĆ, <i>Treba li BiH jedan vrhovni sud?</i>	7
Manfred DAUSTER, <i>Vrhovni sud za Bosnu i Hercegovinu: razmišljanja o njegovoj neophodnosti</i>	20
Sevima SALI-TERZIĆ, <i>Vrhovni sud Bosne i Hercegovine: odgovor na problem ili još jedan projekat u kontinuiranim reformama pravosuđa</i>	32
Ljubomir OŽEGOVIĆ, <i>Treba li BiH jedan vrhovni sud?</i>	51
Branko PERIĆ, <i>Vrhovni sud BiH — između politike i prava</i>	65
Nurko POBRIĆ, <i>Treba li Bosni i Hercegovini vrhovni sud</i>	77
Goran MARKOVIĆ, <i>Treba li Bosni i Hercegovini jedan vrhovni sud: prilog raspravi</i>	94
Zlatan MEŠKIĆ, <i>Osnivanje Vrhovnog suda Bosne i Hercegovine kao uslov za članstvo u Evropskoj uniji</i>	109
Vesna RAKIĆ-VODINELIĆ, <i>Da li je Bosni i Hercegovini potreban jedan vrhovni sud</i>	141
AUTORI PRILOGA	165

Treba li BiH jedan vrhovni sud?

1. Sistem i problem

Pitanje iz naslova bi se u svakoj evropskoj državi shvatilo kao lakrdijaška pravna dosjetka. U Bosni ono ne stvara reflekske osmijeha; pitanje je ozbiljno i prate ga dramatična upozorenja. Tema je unekoliko izlizana političkim parolama i medijskim eskponiranjem političkih pozicija.¹ No, stručni krugovi (sudije, tužioci, advokati i državni službenici)² i akademska zajednica (saradnici univerzitetskih institucija i na-

¹ “Senat Republike Srpske (RS) rezolutno se protivi ideji uvođenja Vrhovnog suda BiH, jer bi njime bila suštinski eliminisana snaga sudske vlasti entiteta koja im po Dejtonskom sporazumu isključivo pripada” (senator M. Mikeš, prema: SRNA 27. 05. 2011, 15:26). “Mi smatramo ne samo da treba odbiti osnivanje vrhovnog suda BiH, nego da treba ispitati opravdanost rada i rezultate rada Suda BiH i Tužilaštva BiH. Tek kada vidimo na osnovu čega postoje ove institucije, možemo razgovarati o nekim drugim pravosudnim institucijama” (Dž. Selman, ministar pravde RS). “To su želje nekih stranaca ovdje koji mislim da se ionako previše petljaju u unutrašnje odnose i strukturu BiH. Trebalo bi da više vode računa o Ustavu zemlje u kojoj su na službi” (P. Kunić, poslanik DNS u novom sazivu Parlamentarne skupštine BiH). Sve citirano prema: D. Šajinović, RS ne prihvata Vrhovni sud, *Nezavisne novine*, 23. 11. 2010, internet izdanje. “(...) da je interes svih građana da postoji vrhovni sud BiH, jer je, (...), postojanje vrhovnog suda na nivou države evropski standard”, (A. Zukić, generalni sekretar SDA, prema: D. Šajinović, Usaglašavanje stavova o bh. pravosuđu, *Nezavisne novine*, 24. 07. 2011, internet izdanje).

² Osim radova u ovoj knjizi npr. Ž. Barić, predsjednik Vrhovnog suda BiH: “Napominjem da je Ustavom BiH uspostavljen Ustavni sud BiH, koji ima apelacionu nadležnost po pitanjima koja između ostalog proizađu iz presuda entitetskih sudova BiH i na određeni način preuzima ulogu vrhovnog suda BiH, a radi na osnovu pravila. Sud BiH je osnovan na osnovu Zakona o sudu BiH, koji je nametnuo visoki predstavnik u novembru 2000. godine, a Parlamentarna skupština BiH je ovaj zakon usvojila u istovjetnom tekstu. Sud BiH nije ustavna, već zakonska kategorija, to je specijalni sud

učno-istraživačkih instituta)³ imaju jasno artikulirane stavove o ovom pitanju. Oni nisu apodiktičke prirode, nego počivaju na analizi pravnog ustrojstva BiH i iznalaze argumente u uporednom pravu, jursidikciji Ustavnog suda BiH i u pozitivnom ustavnom pravu.

Jednoobrazan pravni stav, ipak, nije na vidiku. Naivno bi bilo u ustavnom modelu koji vlastite antinomije⁴ multiplicira kao srastanje “konstitutivnih naroda” i državnih institucija očekivati jednostavan konsenzus pravnika. Velikim dijelom ga osujećuje pravnički angažman pri etabliranju dejtonskog modela. Upravo su pravnici bitno uticali na političko oblikovanje aktuelnog državnopravnog modela, ako ga već nisu i sami kreirali. Čak ako i nismo u stanju konkretnim primjerima ilustrirati njihovu ulogu u pogledu izigravanja državnopravnih standarda koji su npr. najdirektnije (ustavnim pravom) kršili osnovna ljudska prava,⁵ ne smijemo je bagatelizirati.

Pravnici su dio pravnog sistema, i u postojećoj konstelaciji se pokazalo da je stručna reakcija na pitanje iz naslova višestruko uslovljena ovom činjenicom. U analizama koje slijede možda se na najbolji način

sa tačno određenim nadležnostima, te nije nadređen sudovima entiteta, pa otuda proizlazi da nije viši po hijerarhiji. Zagovornici teze o vrhovnom sudu BiH nisu iznijeli argumente kojima opravdavaju formiranje takvog suda, a ne izjašnjavaju se o stvarnoj nadležnosti, kao i sjedištu tog suda, te na koji bi se način uspostavljanje tog suda odrazilo na sadašnju organizaciju i nadležnost postojećih sudova u BiH“ (prema: N. Morača, Želimir Barić: Nema argumenata za vrhovni sud BiH, *Nezavisne novine*, 18. 03. 2007, internet izdanje). B. Čolak, ministar pravde BiH: “Mi ćemo u okviru strukturisanog dijaloga morati razgovarati i o toj temi i to pitanje riješiti na najbolji način. U ranijoj fazi bilo je zagovaranja da se dođe do neke instance koja bi imala ulogu nekadašnjeg Saveznog suda, kao što je bilo u bivšoj državi” (prema: SRNA, objavljeno u *Dnevnom avazu*, 06. 10. 2011, internet izdanje). „Naravno, može se raspravljati o smislu i nadležnostima toga vrhovnoga suda, ali u svakom slučaju bilo bi jako dobro na tom tragu postići sporazum koji bi osigurao da taj vrhovni sud, ili neka druga instanca, jer po meni nije najbitnije kako će se on zvati nego koje su mu ovlasti, osigura harmonizaciju sudske prakse i primjenu standarda na cijelom prostoru BiH“ (prema: *Dnevni list*, 08. 01. 2010, internet izdanje).

³ Usp. radove u ovoj knjizi.

⁴ O antinomičnosti dejtonskog Ustava usp. E. Šarčević, *Völkerrechtlicher Vertrag als „Gestaltungsinstrument“ der Verfassunggebung: Das Daytoner Verfassungsexperiment mit Präzedenzwirkung*, AVR 39/2001, s. 297, skraćeno u: isti, *Dejtonski ustav: Karakteristike i karakteristični problemi*, 2009, ss. 75 i dalje.

⁵ Najpoznatiji primjer je slučaj Sejdić/Finci, usp. Sejdić i Finci protiv BiH od 22. 12. 2009, aplikacija br. 27996/06 i 34836/06.

potvrđuje teza o praktičnoj relevanciji razlikovanja između “sistemskog mišljenja” i “problemskog mišljenja”:⁶ prvo insistira na održavanju sistema u koji se onda uklapaju svi unaprijed programirani odgovori, drugo insistira na priznanju da postoji principijelno neograničen broj relevantnih aspekata koji se moraju uzeti u obzir za rješenje postojećeg problema. Problemski pristup pronalazi rješenje upotrebom opšteprihvaćenih pravnih standarda koji uvijek dobacuju dalje od statičnog uklapanja odgovora u postojeći pravni sistem.

Radovi objavljeni u ovoj knjizi pokazuju da je pitanje jednog vrhovnog suda za BiH razmatrano u shematski raspoznatljivom maniru: ili tendenciozno statički, u korist održavanja postojećeg stanja (*sistemsko mišljenje*), ili principijelno inovativno, iznalaženjem spektra argumenata koji govore u prilog osnivanja jednog vrhovnog suda za BiH (*problemsko mišljenje*).

2. Argumenti u kontekstu

Praktično bi ovakva sistematizacija mogla poslužiti utvrđivanju stvarne ovisnosti između entitetskih sistema i zauzetih stavova. Na prvi pogled se čini da su pravnici koji imaju profesionalnu bazu u Republici Srpskoj pobornici sistemskog, a pravnici iz Federacije problemskog mišljenja.⁷ Takva tipizacija može samo poslužiti kao opšti orijentir koji tačno detektira “političku jurisprudenciju”⁸. Shema je u cjelini održiva isključivo izvan stručnog diskursa, tamo gdje progovaraju “politički

⁶ Razlika počiva na hermeneutičkom diferenciranju između pravničkog zaključivanja koje je orijentirano ili prema *sistemu* (zaključak je funkcionalan i polazi od postojećeg pravnog ustrojstva/sistema), ili je orijentirano prema *problemu* koji treba riješiti (iznalaženje novih argumenata koji rješavaju problem). Detaljnije o jednom i drugom stilu odlučivanja O. Muthorst, *Grundlagen der Rechtswissenschaft*, 2011, ss. 45 i dalje.

⁷ Do ovakvog zaključka se dospjeva uzimanjem u obzir stručne rasprave koja je o temi iz naslova i na osnovu radova koji su ovdje objavljeni održana u Sarajevu (parlamentarna skupština) 29. 09. 2011.

⁸ Pod pojmom razumijevam stavove koji ulaze u najširi pojam nauke o (javnom) pravu, a u cjelini podupiru jedan politički svjetonazor korištenjem argumenata ideološke prirode. Dobar primjer politički obojene “nauke” je udžbenik ustavnog prava R. Kuzmanovića; detaljan prikaz fenomena u E. Šarčević, Kako pisati udžbenik ustavnog prava, *Pravna misao*, Sarajevo 9-12/1998, ss. 105 i dalje.

istomišljenici” bez uzajamnog sučeljavanja suprotstavljenih stavova. Pregled argumenata iz radova u ovoj knjizi pokazuje da u BiH uzajamna veza između “entitetske baze” i pravnog stava, premda dominantna, nije isključive prirode: analitičari se rukovode sistemskim i problem-skim argumentima i rezultati do kojih dolaze ne predstavljaju nužno entitetski politički stav.⁹ Ako u konačan bilans unesemo i autore iz inozemstva i njihove više načelne nego konkretne analitičke doprinose samoj temi,¹⁰ dobićemo sumu argumenata koji samo dijelom protivrječe jedni drugima i podrazumijevaju različite zaključke, a dijelom notificiraju stavove u prilog i protiv jednog suda. U drugom slučaju je riječ više o evidenciji argumenata koji se mogu utemeljiti dogmatski usmjerenom analizom nego o argumentaciji koja podrazumijeva jedan zaključak. Iz takvog analitičkog okvira možemo naučiti kako se evidentira *vladajuće mišljenje* koje ulazi u duktus zajedničkog rezultata: preuzimanjem neosporenog sadržaja i “viška” upotrebljivih argumenata u konačan zaključak. Takvim postupkom se dolazi do zajedničkog supstrata objavljenih analiza, naime, da *u BiH postoji jedan jursidickijom nepokriven normativni prostor koji zahtijeva uspostavljanje jedne sudske instance u rangu vrhovnog suda.*

Pogledajmo kako izgledaju argumenti.

3. Argumenti “protiv” i argumenti “za”

Protiv uspostavljanja jednog vrhovnog suda za BiH govori više teza. One imaju srodne semantičke osnove. Iz publiciranih radova se mogu sistematizirati u sljedeće cjeline:

— *Uporednopravni argument*: Bosanskohercegovački federalizam nema pravne uzore. On se ne može osloniti na neki model iz uporednog prava. Ne postoji “federalni standard” koji nalaže uspostavljanje jednog vrhovnog suda. Federacije su po sebi specifični državnopravni konstrukti koji ne dopuštaju poopštivost. Ne vidi se ni analogna državnopravna konstelacija koja bi mogla biti iskorištena kao uzor ili mjerilo za bosanskohercegovačko ustrojstvo pravosudne vlasti.

⁹ Usp. radove S. Sali-Terzić i G. Markovića.

¹⁰ Radovi M. Daustera i V. Rakić-Vodinelić.

— *Argument političke volje*: dejtonski ustavni model je izraz političke volje koja ga je uspostavila. Ona je bila i ostala na poziciji pravosudnog ustrojstva bez jednog vrhovnog suda. Ta se činjenica mora respektirati kao razlog za održavanje postojećeg ustrojstva.

— *Argument ustavnog prava*: raspodjela nadležnosti prema važećem Ustavu BiH ostavlja vrlo uzak krug nadležnosti institucijama BiH. Takvom rješenju odgovara ustrojstvo pravosudne vlasti. Jedan vrhovni sud nije kompatibilan sa doslovnim ustavnim tekstom. Svaki pokušaj uspostavljanja takvog suda bi bio u suprotnosti sa izričitim ustavnim odredbama iz čl. III Ustava.

— *Argument ustavnog suda*: Ustavni sud BiH ima mogućnosti da u okviru apelacione nadležnosti rješava slučajeve nejednake primjene prava i da zaštititi ravnopravnosti građana pred sudovima. Osnivanje novog vrhovnog suda zbog toga nije neophodno. U dosadašnjoj praksi Ust. sud preispitivao je presudu redovnog suda kada se radilo o očiglednoj proizvoljnosti ili diskriminatorskoj primjeni prava, ili o nejasnim i nepreciznim obrazloženjima sudske odluke (osloncem na čl. 64 I i II Pravila US). Iz toga slijedi da Ustavni sud na zadovoljavajući način nadomješta jedan vrhovni sud i da u okviru svojih nadležnosti može korigirati institucionalnu slabost (nepostojanje jednog vrhovnog suda). Odluke Ustavnog suda i Visokog predstavnika ne predstavljaju pravni osnov za osnivanje novog vrhovnog suda. Do uspostavljanja Suda BiH je došlo zbog potrebe da se osigura vladavina prava i pravna sigurnost. Postojanje četiri pravna sistema u BiH, ne dokazuje po sebi da su povrijeđeni principi vladavine prava i pravne sigurnosti.

— *Argument etabliiranog ustrojstva sudova*: Postojeće ustrojstvo počiva na autonomnim i zaokruženim pravnim sistemima entiteta i Distrikta Brčko. Oni funkcioniraju bez poteškoća i vidljivih manjkavosti. Uvođenje nove sudske instance predstavlja zadiranje u etabliрани pravosudni model i ugrožava uhodane mehanizme odlučivanja. Ustroj sudova je od 2003. u procesu reformi. Svaki radikalni zahvat, kakav je uvođenje jednog vrhovnog suda, predstavlja “reforme u reformi”. Time se stvara opšta zbrka. Ona bi se negativno odrazila na pravosuđe u cjelini. Postojeći sistem je potrebno stabilizirati u sadašnjim okvirima, a uvođenje nove instance tome ne doprinosi.

— *Argument sudske prakse*: Nejasno je o kakvom se usaglašavanju sudske prakse radi i šta se pod tim podrazumijeva, posebno ostaje nejasno čiju bi praksu usaglašavao takav sud. Usaglašavanje prakse svih sudova, podrazumijeva da entitetski sudovi primjenjuju državne zakone. To, opet, zahtijeva temeljnu izmjenu nadležnosti, izmjenu procesnih zakona i organizacionih propisa. Konačno, “usaglašavanje sudske prakse” predstavlja pravnu floskulu: ni tumačenja, ni mišljenja, a ni stavovi viših sudova ne stvaraju obaveze prema sudijama nižih sudova – oni su nezavisni u kreaciji presuda. Održavanje zajedničkih sastanaka vrhovnih sudova entiteta i Apelacionog suda DB nadoknađuje postojanje jednog vrhovnog suda. U okviru ovih sjednica se razmjenjuju iskustva i izgrađuje jedinstvena praksa.

U prilog neophodnosti uspostavljanja jednog vrhovnog suda za BiH govore sljedeće grupe argumenata:

— *Uporednopravni argument*: iako u uporednom pravu ne postoji odgovarajući opšteprihvaćeni uzor i standard, postoji evropski pravni krug država u koji je BiH integrirana. Kako samo BiH u ovom pravnom krugu nema jedan vrhovni sud, to se ovaj nedostatak mora otkloniti. Tako bi se i u BiH ustrojilo pravosuđe kao treća vlast.

— *Argument državnosti*: pravno uobličavanje države podrazumijeva zaokruženu sudsku vlast. Samo sa jednim vrhovnim sudom na vrhu hijerarhizirane piramide sudova mogu se ostvariti pravni i ustavni principi podjele vlasti, pravne države, socijalne države i princip očuvanja pravnog jedinstva. Jedan vrhovni sud je imanentan državnosti.

— *Argument političke volje*: dejtonski ustavni konstrukt je nedorečen i privremen. To slijedi iz njegove prvobitne svrhe – uspostavljanje mira. Kako je riječ o dirigovanom ustavotvorstvu koje se u praksi pokazalo neefikasnim, to se “politička volja” izvornih ustavotvoraca mora ignorisati. Ona je irelevantna izvan prvobitnog cilja: uspostavljanje mira.

— *Argument ustavnog prava*: Ustav niti zabranjuje niti propisuje uspostavljanje jednog vrhovnog suda za BiH. Ustavni osnov se uz oslonac na odluku Ust. suda BiH U-26/01 (28. 09. 2001, ustavnost Zakona o Sudu BiH) dobija iz sistematske veze čl. III/1 u vezi sa čl. III/5, čl. II/1 i II/2 i čl. IV/4(a) Ustava. Čl. III/1 u vezi sa čl. III/5, zbog toga što

pitanja koja ovdje nisu izričito nabrojana nisu u isključivoj nadležnosti entiteta. Zatim, čl. II/1 i II/2 u smislu zahtjeva da se obezbijedi najviši nivo zaštite ljudskih prava. Ovo će se postići uspostavljanjem jednog vrhovnog suda kao institucije koja će osigurati da sudovi djeluju u saglasnosti sa vladavinom prava i da zadovoljavaju uvjete EKLJP u pogledu pravičnih suđenja i efektivnih pravnih lijekova. Konačno čl. IV/4(a) kao propis koji ovlašćuje Parlamentarnu skupštinu da u okviru svoje nadležnosti zakonom uspostavi ovaj sud i da regulira njegove nadležnosti. Navedeni propisi konkretiziraju ustavne principe vladavine prava i demokratije. Osim toga, pisanom ustavnom pravu je imanentan ustavni princip integracije koji obavezuje državu da uspostavi jedan vrhovni sud.

— *Argument Ustavnog suda:* Ustavni sud nije sud treće instance i njegov zadatak nije da provjerava da li su redovni sudovi ispravno tumačili i primijenili pravo. Njegov zadatak je da provjerava da li je u konkretnom slučaju došlo do specifične povrede Ustava BiH i ustavnog prava. Već zbog toga je pravnotehnički netačno, kao što je i suprotno prirodi ustavnog pravosuđa, u Ustavni sud BiH učitavati nadležnosti jednog vrhovnog suda. Apelacionu i kasacionu nadležnost je neophodno odvojiti i organizaciono-tehnički osigurati u ustrojstvu pravosudne vlasti.

— *Argument sudske prakse:* Postoji sasvim realna mogućnost da se razvije različita sudska praksa u entitetima i Distriktu Brčko. Ovo je izraženo u području krivičnog prava jer se primjenjuju tri krivična zakona. U izgledu je razvijanje različitih pravosudnih standarda i standarda krivičnog gonjenja. Potencijalna opasnost od razvijanja neusaglašenih standarda je dovoljan razlog za uspostavljanje sudske instance koja će ovo onemogućiti. Jedan vrhovni sud će odlučivati o načelnim pitanjima od pravne važnosti, ocjenjivati će zakonitost sudskih odluka i usaglašavati sudsku praksu. Posebno je važna kontrola primjene prava BiH u građanskopravnoj oblasti u kojoj se može odlučivati u parničnom postupku. Jedan vrhovni sud je potreban da bi se u slučaju spora osigurala kontrola primjene državnog prava i saglasnost standarda primjene. Zajednički redovni sastanci vrhovnih sudova entiteta i Apelacionog suda Distrikta Brčko nemaju nikakvu pravnu snagu tako da ne

stvaraju obaveze niti predstavljaju osnov na koji se mogu pozvati stranke u sudskim postupcima. Sudije, također, nisu obavezne da pri donošenju odluka uzimaju u obzir stavove sa redovnih sastanaka.

— *Argument pridruživanja EU-integracijama*: ili je pravno-tehnički nemoguć, ili je strukturalno otežan ulazak u evropske integracije bez jednog vrhovnog suda. EU-cilj uspostave jedinstvenog ekonomskog prostora ekvivalentan je ustavnom cilju iz čl. I/4. Zadatak je države da osigura jedinstvenu primjenu državnih zakona koji su donešeni radi uspostavljanja jedinstvenog ekonomskog prostora u BiH. Upravo se njihovom primjenom osigurava pristup jedinstvenom ekonomskom prostoru EU. Bez jednog vrhovnog suda je nemoguće ispuniti ovaj zadatak. Sposobnost preuzimanja EU-prava je bitno ograničena ustavnom raspodjelom regulativnih nadležnosti između države i entiteta. Sudska vlast je odgovorna za efikasno provođenje EU-prava. Bez jednog vrhovnog suda neće biti moguće osigurati efikasnu i jedinstvenu primjenu državnih propisa koji će izići u susret preuzimanju pravnih stečevina EU u nacionalno zakonodavstvo. Strukturalne slabosti se ogledaju u postupku prethodnog odlučivanja (čl. 267 UFEU). Nacionalni sudovi u ovom postupku, svaki put kao sudovi posljednje instance, mogu ispuniti cilj koji slijedi iz dejstva odluke Evropskog suda samo za jedan dio državne teritorije (za entitete i Distrikt Brčko). Zahtjevi Evropske komisije i SSP (Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju) upućuju na zaključak da će jedan vrhovni sud biti uslov za pristup EU kao put za neutralizaciju ove strukturalne slabosti.

— *Argument internacionalnih zahtjeva*: Svi predstavnici internacionalnih organizacija jednoznačno zahtijevaju uspostavljanje sudske instance koja bi po svom karakteru odgovarala vrhovnom sudu. Iz SSP, posebno iz njegovog čl. 70 slijedi obaveza BiH da uskladi postojeće zakone s pravnim stečevinama zajednice i da osigura propisanu primjenu i provođenje postojećeg i budućeg zakonodavstva. Ovim propisom su opisani kriteriji na osnovu kojih Evropska komisija zatijeva uspostavljanje vrhovnog suda u BiH kao sudske instance koja će postojati kao garant jedinstvene primjene prava na cijelom državnom teritoriju.

Vidi se da se argumentu evropskih integracija i argumentu kontrole primjene državnih zakona ne može staviti ozbiljan prigovor. Već je ovo

dovoljno da se prizna pravna utemeljenost zahtjeva za uspostavljanjem jedne sudske instance na državnom nivou, instance koja će obavljati funkciju vrhovnog suda. Uz to se čini da je argument u korist objedinjavanja apelacione i kasacione nadležnosti u okviru postojećeg Ustavnog suda unekoliko “nategnut”: on računa sa ustavnim sudom koji odstupa od klasične nadležnosti ustavnih sudova i ulazi u domen kontrolnih nadležnosti redovnih sudova.

4. Kontrola i apelacija

Čini se da se stručna javnost ne posvećuje dovoljno pažnje razlici između apelacione i kasacione nadležnosti, odnosno, između apelacione i kontrolne nadležnosti kao karakterističnih nadležnosti ustavnih i vrhovnih sudova. Problem se prikazuje šematski i bez mnogo senzibiliteta za pravnu prirodu jednog i drugog suda i za pitanje svrhe postupaka koji se pred njima vode. U zadatke vrhovnog suda se, tako, uz kontrolu konkretne primjene prava od strane redovnih sudova, ubraja i kontrola povrede ljudskih prava, dok se za ustavni sud konstruiše kontrolna nadležnost u okviru apelacionog postupka.¹¹ Nešto preciznija distinkcija je za temu iz naslova relevantna jer se na osnovu nje može utvrditi da li Ustavni sud BiH zaista može fungirati kao jedan vrhovni sud i preuzeti njegove nadležnosti. Pitanje uspostavljanja nove sudske instance u slučaju potvrđnog odgovora može se smatrati izlišnim.

Budući da je izričito propisana članom IV/3.(b) Ustava, apelaciona nadležnost Ustavnog suda BiH nije sporna. Teškoće donosi pojam “apelacija” i problem određenja *intenziteta kontrole* sudskih akata u postupku apelacija. Dok se pojam apelacije može smatrati razjašnjenim,¹² pitanje svrhe i mjere u kojoj Ustavni sud može provjeravati odluke redovnih sudova ostaje otvoreno. Odgovor na ovo pitanje, u okviru naše teme, zavisi od utvrđivanja konkretnog standarda koji važi

¹¹ Usp. u ovom tomu prilog Lj. Ožegovića.

¹² Detaljnije, Ch. Steiner/N. Ademović, *Ustav Bosne i Hercegovine. Komentar*, 2010, s. 686. U osnovi Odluka U-BiH AP-424/04 (“Marka”); nadležnost obuhvata provjeru da li je odluka nekog suda povrijedila specifično ustavno pravo kao i nadležnost da provjeri da li postoje očigledne proizvoljnosti i diskriminacija u primjeni zakonskog propisa (Odluka AP-1123/04, Bilten USBiH 2006, ss. 313-322).

za ustavne sudove općenito, pa i za Ustavni sud BiH. Prihvati li se, naime, da Ustavni sud može ili da mora u apelacionom postupku ulaziti u ocjenu utvrđivanja činjenica i kvalifikaciju činjeničnih stanja, u pitanje tumačenja zakona i njihove primjene na konkretan slučaj, dakle u pitanja koja su tipična nadležnost redovnih sudova, mora se postaviti i pitanje da li je smisleno uspostavljati jedan vrhovni sud. Na ovaj način bi se u okviru ustavnog suda mogla obezbijediti kontrolna funkcija jedne kasacione instance.

Pri tom se mora imati u vidu da je Ustavni sud BiH *incidentno* provjeravao da li je u postupku pred redovnim sudovima došlo do povrede ustavnog prava BiH, proizvoljnom ili očigledno diskriminatorskom primjenom nekog zakona.¹³ Iz takve prakse bi se mogao izvući dalekosežniji zaključak pod pretpostavkom da ona predstavlja uobičajenu (dakle, redovnu, osnovnu) nadležnost Ustavnog suda BiH. Dosašnja praksa, međutim, pokazuje da je Ustavni sud BiH samo izuzetno, i to u okolnostima koje ukazuju na *očigledne* proizvoljnosti i diskriminaciju utvrdio da postoji specifična povreda Ustava BiH. Sam Ustavni sud utvrđuje da u principu nije nadležan da vrši provjeru utvrđenih činjenica i načina na koji redovni sudovi tumače pozitivnopravne propise, osim ako odluke sudova krše ustavno pravo.¹⁴ To *expressis verbis* znači da sam Ustavni sud ovaj tip provjera koristi *incidentno*.¹⁵

Prema tome, netačan je zaključak, da se u analognim konstelacijama radi o “osnovnoj nadležnosti”, o redovnoj ili osnovnoj nadležnosti Ustavnog suda koja predstavlja ili može predstavljati nadomjestak za jedan vrhovni sud. Uz to, on svojom odlukom ne ujednačava praksu entitetskih sudova, nego utvrđuje da je sporna presuda prekršila ustavno pravo zbog toga što je proizvoljna pa je u suprotnosti sa pravom na pravično suđenje i principom pravne sigurnosti kao elementom vla-

¹³ AP-1123/04 (Odluka AP-1123/04, Bilten USBiH 2006, ss. 313-322), s. 20; AP-112/08 od 21. 07. 2010, ss. 32-33.

¹⁴ AP-1123/04 (bilj. 12), s. 20.

¹⁵ U citiranoj odluci prema navodima apelantice koji se koncentriraju na tvrdnju da je do povrede prava na pravično suđenje došlo upravo zbog toga što su redovni sudovi pogrešno tumačili zakon (AP-1234/04, bilj. 12, st. 20).

davine prava.¹⁶ Konačno, ne može se Ustavnom sudu staviti pravno validan prigovor zbog incidentne provjere proizvoljnog tumačenja i primjene propisa u postupku pred redovnim sudovima zbog toga što u principu svaka pogrešna presuda predstavlja povredu Ustava. Ona je nužna nadležnost ustavnog suda. No, od izuzetka (“incidentna provjera”) se ne smije praviti pravilo (“kontrola u okviru apelacije”).

5. Intenzitet provjere

Stvarni problem ovdje nije preklapanje nadležnosti jednog ustavnog sa jednim vrhovnim sudom, jer Ustavni sud još uvijek ostaje u svom domenu nadležnosti, nego pitanje *dometa* odnosno *intenziteta* provjere sudskih odluka redovnih sudova u apelacionom postupku. Pitanje je, dakle, kako *intenzivno* Ustavni sud BiH u apelacionom postupku smije provjeravati rad redovnih sudova u pogledu tumačenja i primjene zakona. Ako bi se nadležnost ustavnog suda u apelacionom postupku htjela proširiti izvan mehanizama provjere konkretne povrede specifičnih ustavnih prava, onda bi se izigrala pravna priroda i smisao ustavnog suda. Ako bi se, istovremeno, iz njegove nadležnosti odstranila mogućnost incidentne provjere očigledne proizvoljnosti i očiglednog kršenja zahtjeva nediskriminacije, Ustavni sud bi bio uskraćen u primjeni ustavnog principa “pravna država” (“vladavina prava”), a stranka u sporu bi ostala bez zaštite u situaciji koja je očigledno nepravedna.¹⁷

Prema tome, u apelacionu nadležnost ustavnog suda se moraju uračunati i (klasične) nadležnosti provjere sudskih akata s obzirom na mogućnost specifične povrede ustavnog prava, kao i incidentna provjera da li je na putu primjene zakona povrijeđeno ustavno pravo očiglednom proizvoljnošću i diskriminacijskom primjenom zakona. Pritom se mora imati na umu da *incidentna* provjera nije jednaka *opštoj* nadležnosti stručnih, odnosno redovnih sudova koja podrazumijeva i kasacione nadležnosti jednog vrhovnog suda. Jer, Ustavni sud BiH ovdje ne ulazi u kvalifikaciju činjeničnih stanja, u svaki detalj tumačenja

¹⁶ Usp. rad S. Sali-Terzić, u ovoj knjizi.

¹⁷ Usp. AP-1123/04 (bilj. 12), s. 20 i dalje; AP-2478/06.

i primjene zakonskih propisa, u stavove stranaka i pravna mišljenja, on ne preuzima na sebe ulogu institucije koja osigurava konzistentnu sudsku praksu na entitetskom nivou, nego postupkom evidencije, koji je neophodan kako bi se savladala materija koja je predmet spora, provjerava da li postoje očigledne proizvoljnosti ili diskriminatorske radnje koje krše specifično ustavno pravo.

Razliku će pojasniti tzv. Heckova formula¹⁸ koju njemački Savezni ustavni sud koristi za diferencijaciju kontrolne nadležnosti Saveznog ustavnog suda u postupku individualne ustavne tužbe od postupka kontrole stručnih sudova: “*Uobličavanje postupka, utvrđivanje i vrednovanje činjeničnog stanja, tumačenje zakona i njihova primjena na pojedinačni slučaj*” su samo stvar stručnih sudova “*i izuzeti su iz provjere Saveznog ustavnog suda, osim ako je povrijeđeno specifično ustavno pravo*”. To se događa kada odluka stručnih sudova “*počiva na načelno netačnom mišljenju koje je u rangu i po snazi jednako osnovnim pravima*”,¹⁹ ili u slučaju da “*sama odluka krši osnovna prava jednog učesnika u postupku*”²⁰. Ovo u praksi njemačkog Saveznog ustavnog suda znači da se kontrola primjene i tumačenja zakona (tzv. jednostavnog prava) svodi na kontrolu zabrane proizvoljnosti.²¹

Ništa više nadležnosti ne uzima ni Ustavni sud BiH. On ne napušta tipično područje djelovanja jednog ustavnog suda i ne preuzima nadležnosti suda treće ili četvrte instance, odnosno superrevizionog suda. On u postupku apelacije ostaje u domenu provjere da li se nadležni sud pridržavao vanjskih granica ustava i vodi, konačno, računa o dvostrukom karakteru apelacije: o apelaciji kao instrumentu za subjektivno-individualnu pravnu zaštitu i o apelaciji kao instrumentu za objektivnu ustavnu zaštitu. Bez ograničene kontrolne nadležnosti u pogledu arbitrarne primjene prava pred redovnim sudovima ni jedan od instrumenata se ne bi mogao ostvariti.

¹⁸ Izvorna varijanta u Odluci ustavnog suda (BVerfGE) 1, 418, 420.

¹⁹ Npr. u pogledu ukidanja revizione odluke Saveznog suda (BGH) BVerfG NJW 2005, 814, NJW 2005, 3271.

²⁰ BVerfGE 34, 269, 280, stalna sudska praksa.

²¹ Usp. S. Detterbeck, u: Sachs, *Grundgesetzkommentar*, 2011, s. 1956 sa detaljnijim napomenama.

6. Facit

Prethodni redovi svjedoče o različitim aspektima koji su u debatu o jednom vrhovnom sudu za BiH uvedeni radovima objavljenim u ovoj knjizi. Nešto detaljnije je prikazan problem kontrolne funkcije Ustavnog suda BiH, naprosto, kao doprinos preciznijem pozicioniranju ustavnog suda u sistemu pravosuđa i nešto jasnijem izoštravanju kruga nadležnosti koje ostaju vrhovnom sudu/vrhovnim sudovima. Čini se, na kraju, da ni u BiH nije moguće zaobići jednu sudsku instancu koja bi po tipu odgovarala vrhovnom sudu i da Ustavni sud BiH ne može fungirati kao nadomjestak ovoj instanci.

Radovi koje prezentiramo u ovoj knjizi pokrivaju uglavnom sve relevantne aspekte bosanskohercegovačkog ustroja sudske vlasti i ilustriraju čvorišne probleme. Argumentaciju nije jednostavno fokusirati i svesti na nekoliko zajedničkih imenitelja. Može se ipak reći da one ilustriraju vladajuće stajalište: debata o uspostavljanju jednog vrhovnog suda za BiH, ako hoće ostati izvan političkih projekata, neće moći bez većih argumentativnih poteškoća, koje moraju računati sa gubitkom pravne vjerodostojnosti, ignorisati neophodnost jednog vrhovnog suda za BiH.

Manfred DAUSTER

Vrhovni sud za Bosnu i Hercegovinu: razmišljanja
o njegovoj neophodnosti

1. Uvod

Zaista je neobično da na početku analize o neophodnosti uspostavljanja jednog vrhovnog suda stoji alegorija. Ipak, može se uzeti u obzir alegorija čiji je iskaz dovoljno plastičan da bi se pokazalo kako izgleda dilema o najvišem sudu za Bosnu i Hercegovinu.

1945. je objavljena *Životinjska farma* Georgea Orwella. Predmet političkog pripovijedanja je prikaz uspješne revolucije koju su životinje provele u borbi protiv seljaka koji je bio ovisan o piću, kao i prikaz posljedica koje su nakon toga uslijedile po životinje sa farme. Životinje koje žive na imanju preuzimaju vlast na farmi, čime ukidaju vlastito izrabljivanje i potčinjavanje, zamjenjuju ljudsku vladavinu na imanju vlastitim režimom, koji vode elitne svinje sa imanja, a koji na kraju nije ništa bolji od režima koji je oboren. Neka ostane otvoreno pitanje da li je Orwell ovom alegorijom htio da preradi vlastito iskustvo sa sovjetskim komunizmom pod Staljinom. Fabula zahtijeva — neovisno o svim pokušajima tumačenja — stav o razvoju političkih sistema i o mogućnosti njihove preobrazbe od struktura koje su orijentirane na demokratiju u strukture totalitarne države. Priča može biti za pravne svrhe upotrebljiva kao prilog opštoj teoriji države. Moglo bi se razmišljati da li mutacija od dobre u lošu društvenu formu, o kojoj priča govori, ima svoj osnov u tome da je režim koji su osnovale životinje nakon rušenja ljudske vladavine na imanju uspostavljen bez pravosudne vlasti. U svakom slučaju, na farmi nema pravosuđa. Jedina sudska epizoda koja se odnosi na osudu »kontrarevolucionara« koji su bili protiv

oligarhije vladajuće klike, zapravo odsustvo pravosuđa, jest orkestrirani postupak postavljen kao »pokazni postupak« sa jasno predvidivim rezultatom. U odsustvu svake pravne kontrole, vladajućoj kliku je zbog toga uspjelo ne samo da do apsurdna dovede ustavni član »Sve su životinje jednake« dodatkom »[...] ali neke su jednakije od drugih«¹, nego i da tako dekoriranu nejednakost provedu u svakodnevnost života na farmi.

Niko neće ići tako daleko da izjednači ustav ili ustavnu stvarnost Bosne i Hercegovine sa stanjem koje je nakon protjerivanja ljudi nastupilo na *Životinjskoj farmi* i koje je, gotovo neprimjetno, okončalo apsolutnom oligarhijom vladajuće životinjske manjine. Jer Bosna i Hercegovina raspolaže pravosudnim institucijama — od sudova u entitetima i u Brčko-Distriktu preko Suda Bosne i Hercegovine do državnog Ustavnog suda. Ovo uspostavlja snažnu razliku, čak i kada se način djelovanja bosanskohercegovačkog pravosuđa doživljava i kritikuje kao nedovoljan, usporen i neefikasan. Pervertiranje načela jednakosti na *Životinjskoj farmi* ostaje moment koji ne smijemo ispustiti iz vida u predstojećoj analizi nužnosti uspostavljanja jednog (zajedničkog) državnog suda. Jer i u Bosni i Hercegovini se postavlja pitanje da li je već uspostavljena puna jednakost svih pred zakonom, ili njeno uspostavljanje iziskuje uspostavljanje jednog vrhovnog suda.

U pravnoj analizi je upotreba alegorija vrlo neobična. No takav postupak, ipak, izoštrava uvid u problematiku koja se analizira. Istovremeno, dilemu stvara činjenica, da se na drugom mjestu odmahuje glavom ne razumijevajući pitanje o nužnosti jednog vrhovnog suda ili da se općenito dovodi u pitanje neophodnost njegovog postojanja. Zainteresiranom čitaocu u Bosni i Hercegovini se zbog toga mora još jednom u samom uvodu predočiti apsurdnost samog pitanja.

¹ Slično Ustav Bosne i Hercegovine sadrži u pogledu razlikovanja državljana između »Ostalih« i pripadnika konstitutivnih naroda kojima pripada pasivno izborno pravo za Predsjedništvo BiH. Evropski sud za ljudska prava se u tužbi Jakoba Fincija i Derve Sejdića izjasnio o diskriminaciji koju je Ustav htio i utvrdio je da postoji očigledna diskriminacija. Provođenje ove odluke sada stoji u rukama nacionalnih političara i tamo je došla do instrumentaliziranja ciljeva i svrha koji sa njom nisu u skladu (usp. S. Wölkner, *Wie ist das Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte im Fall „Finci/Sejdić gegen BuH“ zu implementieren?*, u: www.kas.de vom 26. Januar 2011).

2. Sudske instance i njihovo historijsko porijeklo

Čini se da je u Bosni i Hercegovini odsustvo jednog vrhovnog suda postalo normalno. Zapravo od okončanja rata 1995. nije bilo ozbiljnijih pokušaja da se uspostavi takav sud. Ova anomalija je upadnija ako se uporednopravni pogled baci na druge pravne sisteme. Sve države koje za vršenje pravosudne vlasti imaju nezavisan pravosudni sistem, koji uživa više ili manje jake garancije za sopstvenu nezavisnost, okončavaju sudski postupak u okviru postojećih instanci jednim vrhovnim sudom. Čak i supranacionalne organizacije, kakva je Evropska unija, ne mogu bez takve sudske instance. U tom smislu Bosna i Hercegovina, bar što se tiče Evrope, izlazi iz okvira.

U starijoj ustavnoj historiji Evrope ovaj aktualni nalaz zasigurno nije bio pravilo. Evropske države su privedene formama njihove današnje organizacije pravosuđa za vrijeme liberalno usmjerenog ustavnog konstitucionalizma u 19. stoljeću i on je, na pozadini vladavine nasilja i straha, okončan u 20. stoljeću tako da je pravni sistem koji je obrazovao pravosuđe zadobio oblik koji se, sve u svemu, može označiti kao opšte evropsko dobro. Bosna i Hercegovina je dio ove sveevropske pravne i pravosudne kulture. Zbog toga država ne stoji samo pred vratima ove kuće, nego živi sa drugim državama i nacijama pod njihovim krovom. Kada se u Bosni i Hercegovini govori o nužnosti jednog vrhovnog suda onda se ne smije zaboraviti ovo pravno-kulturološko ukrovljenje same zemlje.

Tako se samo na površini čini da alegorija o *Životinjskoj farmi* nema ništa sa pitanjem koje nas okupira, da li je neophodno da Bosna i Hercegovina dobije jedan vrhovni sud. Kod organizacije institucija pravosuđa radi se uvijek prvenstveno o pravnoj jednakosti. I iz te se perspektive isplati pogledati malo na evropski razvoj prava. Jer, takav pogled otvara pregled sveevropskog kulturnog razvoja, iz kojeg se Bosna i Hercegovina kao dio Evrope ne može izdvojiti budući da zemlja neće, nadajmo se, suviše dugo stajati pred pragom Evropske unije. Stara Evropa se prije francuske revolucije nije bavila hijerarhijski uređenom organizacijom pravosuđa. Jer, za vrijeme apsolutizma, na jednoj strani, nije postojalo neovisno pravosuđe. Pravosuđe se, na

drugoj strani, svodilo na monarha apsolutistu koji je stajao na državnom vrhu i koji se istovremeno smatrao vlasnikom sudske vlasti. Utoliko ne smeta što je vršenje pravosuđa u svemu ostalom bilo organizirano feudalno-partikularistički i što je u normalnom slučaju, da monarh nije morao intervenirati zbog provođenja vlastite volje, ostajalo u rukama partikularnih vlasti. U sumnji i u nuždi apeliralo se na monarhijski državni vrh zbog zahtjeva za pomoć. Zamisao o jednakosti koju je francuska revolucija iz 1789. učinila jednim od njenih nosećih načela, nije se više mogla spojiti sa takvim razumijevanjem pravosuđa, jednakost je prije svega podrazumijevala jednakost pred zakonom. Ovim su ustaljene pravosudne strukture ujedno osuđene na propast, budući da su, između ostalog, bile obilježene nejednakošću pred zakonom i pravosudnim strukturama koje su primjenjivali ove zakone.

Jednakost pred zakonom je učinila nezaobilaznom promjenu sudske organizacije. Ona je u Francuskoj konačno uslijedila preko Napoleоновih reformi sa početka 19. stoljeća i iz Francuske je sa Napoleonovim ratnim pohodima našla put do ostatka Evrope. Po raspadu Napoleonovog sistema vlasti ova se stečevina nakon restauracije na Bečkom kongresu nije više mogla (potpuno) ukloniti. Ona je zapravo donijela sa sobom privredni i socijalni razvoj 19. stoljeća koji je dalje izgrađivan i prilagođavan nacionalnim potrebama pojedinih država. Takav razvoj je u svim evropskim državama donio sudsku organizaciju koja je uz sve tipične razlike u konkretnim državama nosila jednu zajedničku osobinu, hijerarhiju koja je vodila i koja se završavala pred jednim najvišim sudom.

Već se u 19. stoljeću naziru počeci ustavnih ili državnih sudova. No, to je oduvijek doživljavano kao nešto »drugo«, vlastito i posebno. Nikada ustavni ili državni sudovi nisu trebali obrazovati vrh regularne organizacije pravosuđa. Oni su trebali vršiti posebno ustavno sudovanje i natkriljivati redovnu sudsku djelatnost. Nisu sve evropske države išle putem posebnog ustavnog sudstva. Neke su se evropske države od ova ogradile. U njima su, međutim, ustavnopravni zadaci urastali u regularno sudstvo pri čemu su oni jedan vrhovni sud postavljali na vrh regularnih sudova, ne bez sličnosti sa američkim uzorom. Ne može se prema tome, iz uspostavljanja Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, izvoditi argument koji govori protiv jednog vrhovnog suda.

3. Argumentativna uporišta izvan uporednog prava i historije ideja

Ako je na početku razvoja prema sudskoj hijerarhiji koja je zaključena jednim vrhovnim sudom stajao zahtjev za uspostavljanjem formalne jednakosti, u posljednjih 200 godina evropskog razvoja uz sve ovo su došla gledišta koja se nikada nisu oslobodila polaznog zahtjeva za pravnom jednakošću. Sa industrijalizacijom iz 19. stoljeća su države nastojale da uspostave jedinstveno privredno područje unutar njihovih granica, slobodno od carinskih ograničenja tržišta i staleških zapreka zanatstvu. Ovdje bi sloboda poduzetništva mogla biti podstrek i mogla bi predstavljati prioritet. Ovakav razvoj istovremeno nosi karakteristike jednakosti u konkurenciji posredstvom odstranjivanja staleških i kooperativnih ograničenja unutar privrednih prostora zajedničkog tržišta. Jedan vrhovni sud pri tom nudi najbrže jamstvo primjene. Nakon što je u toku industrijalizacije kao posljedica napuštanja zemlje i proširenja gradskog stanovništva primat zadobilo socijalno pitanje, pravosuđe je po uspostavljanju jednakih životnih uslova na vlastiti vrh postavilo jedan vrhovni sud. Bez vrhovnog suda u svakoj državi i bez obrazovanja prava koje su oni provodili, vjerovatno ne bi bilo ni socijalne države, ovako kako je danas imamo pred očima. Drugi primjer koji pokazuje neophodnost zaštite pred snagom uspostavljanja nejednakosti nudi kraj 20. stoljeća sa zaštitom potrošača, što je postalo nadležnost najvišeg pravosuđa. Sve se to ponavlja u drugoj polovini 20. stoljeća na nivou Evropske unije u kojoj Evropski sud, pod drukčije ugovorenim preduslovima, u postupku uspostavljanja zajedničkog tržišta obezbjeđuje slobodu kretanja radnika, slobodu protoka usluga i kapitala kao i odstranjivanje diskriminacije na osnovu državljanstva. Nije bez zasluga i njegova praksa sa područja zaštite potrošača koja se proteže na Uniju u cjelini. Razvoj još nije završen. Interesantna je perspektiva, kuda vodi put na evropskoj razini, i ona će biti još interesantnija kada Evropski sud Povelju o evropskim osnovnim pravima od 12. decembra 2007² provede u pravnoj svakodnevnici.

² ABL. Nr. C 303 s. 1.

³ Ponovo se može uputiti na ustavnu diskriminaciju iz gornje bilj. 1.

S obzirom na naprijed kazano kao i na pervertirano načelo jednakosti na *Životinjskoj farmi*, pred očima nam još uvijek stoji Bosna i Hercegovina na koju se fokusira pitanje, dali se hoće ostati u partikulariziranom stanju koje su druge evropske države već odavno prevladale. Država može ostati zamrznuta u svom stanju mirovanja ako se ne uspostavi institucionalno jamstvo da pravo u jednom dijelu zemlje znači isto pravo u njegovom drugom dijelu. Unatoč svim pokušajima reformiranja to je i danas, prije svega, neizvjesno.³ Pravni i pravosudni sistem koji (još i) danas postoji u Bosni i Hercegovini predstavlja baštinu ustava iz decembra 1995. kojim je završen rat i upravo on održava partikularni pravni okvir. Zbog toga ni ne čudi da se upravo čini kako on nudi argumente koji partikularističkim protagonistima daje uporište. Jer ustav iz 1995, između ostalog, insistira na organizaciji pravosuđa koja je faktički uspostavljena izbijanjem rata na području Republike Bosne i Hercegovine. Budući da je Vrhovni sud Republike izgubio svoju jurisdikcionu vlast na teritoriju koji su zaposjeli pobunjenici ili Jugoslovenska narodna armija. Ustav iz 1995. ne govori o pravosudnoj vlasti u Bosni i Hercegovini; ona je prividno stvar entiteta, Federacije Bosne i Hercegovine, Republike Srpske i Distrikta Brčko. Jedini sud koji je Ustav sam po sebi i neposredno uspostavio je Ustavni sud Bosne i Hercegovine koji sudi samo u posebnim sporovima koji su mu dodijeljeni i koji se izvode iz ustavnog prava i koji ne može i ne treba da ponudi nadomjestak za jedan vrhovni sud. Slično važi i za državni Sud Bosne i Hercegovine koji je kasnije uspostavljen i koji sudi u stručnim stvarima iz područja krivičnog, civilnog i upravnog prava i nastupa paralelno uz sudsku organizaciju entiteta. Ni on nije nadomjestak za jedan vrhovni sud Bosne i Hercegovine koji zaključuje sudske instance koje dolaze iz entiteta i Brčko Distrikta.

4. I nešto više argumenata »pro vrhovni sud«

Bosna i Hercegovina do danas nije uspostavila jedan vrhovni sud za cijelu zemlju. Čini se da razlozi, s jedne strane, leže u Ustavu koji se suprotstavlja usavršavanju organizacije pravosuđa posredstvom uspostavljanja jednog vrhovnog suda. Ustavopravna nedorečenost služi, sa

druge strane, zainteresiranim protivnicima suda kao izgovor kojim se štite od neophodnih izmjena u državnom pravosuđu, i to tamo gdje pravosudne instance okončavaju u vrhovnom sudu entiteta. U kompletiranje jednog pravosudnog ustrojstva, međutim, ulazi — neovisno o ustavnopravnim strukturama i organizaciji zemlje — jedan vrhovni sud. To je daleko više od same želje koja se orijentira prema principijelnim stavovima. Postoji čitav niz pravnih ali i vanpravnih argumenata koje protivnici uspostavljanja jednog vrhovnog suda moraju prihvatiti kao opravdane.

Vratimo se nazad do *Životinjske farme* i pogledajmo kako stoje stvari sa »stavom o nejednakosti« kako bi se, bez daljnjeg, prodiskutirala latentna opasnost od nejednake primjene prava u Bosni i Hercegovini. Već se čini da je formalna jednakost pred pravom upitna. Slovom ustava je težište zakonodavstva u oba entiteta. Ako su u državnom konstrukturu niže državne jedinice primarno ovlaštene da donose zakone, onda takva raspodjela nadležnosti može centrifugalno djelovati i dovesti do toga da se pravna uređenja u različitim dijelovima države odvajaju jedna od drugih. Jedan vrhovni sud sprečava pravno atomiziranje jedne zemlje. Konkretnije kazano: ako jedan kupoprodajni ugovor u jednom entitetu slijedi druga pravila od onih koja postoje u drugom, onda to na pozadini veličine i snage oba entiteta može djelovati od grotesknog do smiješnog. Međutim, u svim pravnim uređenjima postoje, izvan dužničkog odnosa, pravna načela koja se mogu iz njega iščitati i koja prevazilaze pojedinačno pravno uređenje, a pri čijoj povredi vrata državnog ustavnog suda nisu bezuslovno otvorena. Jer, nije svaka povreda pravnog načela koje rezultira iz pravnog uređenja istovremeno i povreda osnovnog prava zbog koje Ustavni sud može biti uključen kako bi korigirao povredu. Ako bi se to i očekivalo od Ustavnog suda previdjela bi se posebna priroda ustavnopravne judikature i njegovog sudovanje bi se pervertiralo u poseban »super-revizioni sud«. Za očuvanje pravnih načela koja važe za cijelu državu je mjerodavna djelatnost i nadležnost jednog vrhovnog suda.

Službe i sudovi entiteta ne primjenjuju samo ozakonjeno pravo entiteta kojem pripadaju. Oni moraju primjenjivati i pravo koje je ozakonila država. Ako sudske instance, kao i do sada, budu okončavale

pred vrhovnim sudovima entiteta može divergentnom praksom biti dovedena u pitanje i uniformnost prava koje je ozakonila država, jer entitetske službe i sudovi ovo pravo različito interpretiraju. Ustavni sud Bosne i Hercegovine ovdje ne može nastupiti jer on nema pravo nadzora nad upravnom i sudskom praksom u entitetima. To vrijedi i onda kada entitetske službe i sudovi u jednom upravnom ili sudskom postupku moraju zastati sa postupkom i odlučiti neko prethodno pitanje procesnog karaktera u kojem se primjenjuje pravo drugog entiteta. Sudovi drugog entiteta nisu vezani za tumačenje problematične pravne norme posredstvom sudova entiteta koji je donio normu. Tako se može dogoditi da djelovanje ili propuštanje radnje bude u jednom entitetu uzeto kao protivpravno dok bi drugi entitet istu radnju odobrio kao zakonitu. Posljedice onda prevazilaze poziciju pravno pogođenog. Kako ponovo nije povrijeđeno specijalno ustavno pravo, nije dopuštena ni ustavnopravna korektura. U slučajevima divergirajuće primjene običnog prava može biti od pomoći samo odluka jednog vrhovnog suda. Time zadatak jednog vrhovnog suda postaje očuvanje jedinstva pravnog uređenja. On preuzima jamstva da će osobe koje su potčinjene pravu imati pravnu svijest o tome šta je zakonito, a šta je nezakonito. Osoba koja je potčinjena pravu može svoje pravno djelovanje usmjeriti u okviru države i to neovisno o entitetskim linijama razgraničenja i o nadležnostima.

Jedinstvo pravnih odnosa i pravna sigurnost koja je neovisna o entitetima imaju eminentan uticaj na uspostavljanje i jamstvo jednakih životnih uslova i uslova privređivanja. Istina, zahtjev za uspostavljanjem i jamčenjem jednakih uslova života ne mora biti u Bosni i Hercegovini ukotvljena u (ustavnom) pravu ali predstavlja politički kanon i ideju vodilju. Jer, svakoj politici — neovisno o tome gdje se provodi — ne može biti svejedno da li je građaninu dobro ili loše samo zbog toga što on stanuje u drugom entitetu i tamo ostvaruje svoja prava ili čak smatra da su ona tamo bolje zagarantirana. Jedinstveni i sigurni pravni odnosi djeluju osim toga i na ekonomiju. Da li građanin iz jednog entiteta svoja potraživanja mora otpisati samo zbog toga što se u drugom entitetu ne mogu izvršiti, riječ je o momentu koji se u sumi predočivih slučajeva izvršenja jasno ističe, postaje mjerljivom ekonomskom veli-

činom i ne prisiljava u pojedinačnom slučaju samo na sažaljivo slije-ganje ramenima. Izvan toga riječ je o momentu koji svaki potencijalni inozemni investitor unosi u svoj troškovnik kao pozitivan ili negativan faktor, prije nego što pokrene svoju investiciju, neovisno u kojem entitetu. To što investicije u Bosni i Hercegovini i danas kao i ranije imaju nešto od avanture, objašnjava i činjenica da politika nije bila u stanju da stvori takve pravne parametre koji odlikuju podsticajnu investicionu klimu. Investira li neki investitor u entitet, on može steći gorka iskustva činjenice da njegove investicije u jednom entitetu, čak i ako imaju isti poslovni predmet, podliježu potpuno drukčijim propi-sima u drugom entitetu. Kako pravna uređenja oba entiteta stoje jedan pored drugog, bez ikakvog doticaja, kao dva kruga koja se uzajamno ne dodiruju, investitor je sa svojom avanturističkom investicijom ostav-ljen potpuno sam i sa mogućim gubicima se mora sam konfrontirati. Oni bi na svojoj strani ovdje ipak mogao imati jedan vrhovni sud u pogledu vlastite brige za pravno jedinstvo i pravnu sigurnost. Jer, takav sud bi mu mogao obezbijediti potrebnu pravnu jednakost.

5. Za sada bez propusnice za Evropsku uniju

Ovakvim argumentima se, bez mnogo mašte, mogu pridružiti i drugi argumenti. Ne radi se samo o dovršenju državnosti Bosne i Hercegovine ubjeđivanjem u korist jednog vrhovnog suda. Uz ovo do-lazi i jedno gledište koje je usmjereno u budućnost. Ako Bosna i Hercegovina želi napredovati na putu za Evropsku uniju, evropskim će institucijama u trenutku prijema zemlje u Uniju nepostojanje zao-kruženog pravosudnog sistema biti so na otvorenu ranu. Prema članu 267 st. 1 Ugovora o načinu rada Evropske unije Evropski sud odlučuje na putu prethodnog odlučivanja o tumačenju ugovora i o važenju i tumačenju akata organa, ustanova i drugih službi Evropske unije. Zbu-njenost na evropskoj razini će biti neprevaziđena kada uslijedi zahtjev najvišeg suda jednog entiteta za prethodnim odlučivanjem zbog sumnje koju najviši sud drugog entiteta nikada nije ni imao. Jer, odluke oba suda se prema sadašnjoj pravnoj konstelaciji ne mogu utuživati re-dovnim pravnim sredstvima, a prema čl. 267 st. 3 Ugovora o načinu

rada Evropske unije oni su obavezni podnijeti na prethodnu odluku Evropskom sudu pitanja o kojima postoji sumnja povodom tumačenja primarnog ili sekundarnog evropskog prava. Sa sigurnošću se neće moći utemeljiti obaveza na podnošenje prema § 267 st. 1, st. 3 Ugovora o načinu rada Evropske unije, ako odgovarajući postupci dolaze iz entiteta, povodom pitanja, kako drugi entitet vidi konkretno pravno pitanje. Uspostavljanje jednog vrhovnog suda bi moglo neutralizirati konfuziju, koju bi stvorili različiti glasovi iz entiteta koji stižu u Brisel. Evropske institucije zasigurno favoriziraju da se u disonantnoj kako-foniji glasova iz entiteta čuje samo jedan glas u postupku podnošenja zahtjeva za donošenjem prethodne odluke. Put u Evropu nudi i nešto više. Bosna i Hercegovina će, jednako kao i svaki drugi pristupni kandidat, morati na najrazličitijim pravnim područjima izmijeniti više hiljada pravnih propisa ili će morati donijeti nove. Takozvani *acquis communautaire* u prvoj liniji pogađa nivo međunarodnopravnih ugovora države kojoj prema sadašnjem stanju stvari nedostaju kompetencije da u unutrašnjosti regulira većinu pravnih područja, jer one su postavljene na strani entiteta. Jedan vrhovni sud bi pored Ustavnog suda Bosne i Hercegovine mogao preuzeti jamstvo da entiteti ne samo da provode obaveze koje slijede iz međunarodnog prava, nego i da provođenje zakona putem upravnih službi i sudova u entitetima odgovara zahtjevima *Acquisa* i da ne dolazi do nejednake primjene prava.

6. Gubitak za entitete i za sud Bosne i Hercegovine

Uspostavljanje jednog vrhovnog suda u Bosni i Hercegovini ne čini vrhovne sudove entiteta izlišnim. Sudsko ustrojstvo Sjedinjenih Američkih Država je dobar primjer. Nijedna od američkih vlada nije se bavila mišlju da zbog postojanja jednog Vrhovnog suda Sjedinjenih Američkih država ukine vrhovne sudove u savezним državama niti su takve ideje postojale u savezним državama. I u drugim složenim državama su mogući vrhovni sudovi država članica. U Saveznoj Republici Njemačkoj § 8 EGGVG (*Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz* = Uvodni zakon u Zakon o ustrojstvu sudova) ostavlja savezним

zemljama mogućnost da uspostave takav vrhovni sud ako na području jedne savezne zemlje postoji više vrhovnih sudova. U Bavarskoj je, do njegovog ukidanja 30. juna 2006. zakonom od 20. oktobra 2004, postojao Bavarski vrhovni sud koji nije uživao samo visok nacionalni ugled, nego je uknjižio i višestoljetnu historiju, koja je neslavno pala kao žrtva zemaljskoj vladi i zemaljskom parlamentu (*Landtag*) koji su vlastitu snagu vidjeli u slijepoj štednji sredstava državnog budžeta, koja su u slučaju Bavarskog vrhovnog suda dostigli granicu smiješnog minimuma. Sigurno je moguće pronaći put koji vrhovnim sudovima entiteta ostavlja smisljeno područje nadležnosti. Istovremeno će vrhovni sudovi entiteta morati jedan dio vlastitih nadležnosti prenijeti na novi vrhovni sud Bosne i Hercegovine koji će se uspostaviti. Međutim, građanima su osigurane prednosti koje će poništiti ovaj gubitak. Kada se navodi gubitak suvereniteta ili državnosti entiteta kao argument protiv uspostavljanja takvog suda, što se inače može očekivati od politike koja u samoj državi ističe partikularne interese, onda se smije uz sav potreban oprez postaviti pitanje o količini suvereniteta i državnosti koje ovi entiteti, uspostavljeni ustavom iz 1995. uopšte posjeduju. Konačno, politika u Bosni i Hercegovini ionako sektoru pravosuđa poklanja jako malo pažnje. No, ovisi li sada dobro i zlo jednog entiteta o prenošenju nadležnosti na jedan vrhovni sud, onda diskurs koji se na ovo odnosi pored sve nestručnosti nosi znake lakrdijašenja i apsurdna.

Suprotno tome, gubici koje u području nadležnosti ima Sud Bosne i Hercegovine će ispasti mnogo osjetljiviji. On će postati čisto stručnim sudom za krivične, civilne i upravne predmete, čak i u odnosu na sudove Brčko Distrikta. No to je i dosljedno rješenje. Jer vrhovni sud je sud pravnih lijekova. Pozicija Suda Bosne i Hercegovine u području međunarodne pravne saradnje može još biti razmotrena, ali ne mora po svaku cijenu biti smještena kod vrhovnog suda. Ako ostane kod Suda Bosne i Hercegovine, onda odluke o pravnim lijekovima, posebno odobravanje izručenja ili rješenja o hapšenju radi izručenja, mogu biti provjeravane pred višom sudskom instancom. Takvo pravo na žalbu ima u vidu čl. 13 Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava.

7. Ergo: nema puta koji vodi mimo jednog vrhovnog suda

Pođemo li od nejednakosti na *Životinjskoj farmi*, nema puta koji bi u stručnoj diskusiji mogao voditi mimo osnivanja jednog vrhovnog suda za Bosnu i Hercegovinu, budući da je jasno da se ovdje ne radi samo o pravnim dobicima za stanovnike države. Pravna jednakost koja bi bila ojačana usavršavanjem, a koja do sada nije bila osigurana u cijeloj zemlji, ide zajedno sa više pravne sigurnosti koja može biti podsticajna i za politiku privrede. Integracija u Evropu, ako ne danas, a ono pred samo zaključenje procesa uključenja u Evropsku uniju, učinit će neophodnim da se spriječi da Bosna i Hercegovina pred evropskim sudovima govori podijeljenim jezikom. Gubitak »državnosti« entiteta će biti nadoknađen pravnim dobicima. Da li je i kako političarima važna pravna država, moći će se mjeriti na pitanju odluke za jedan vrhovni sud. Ovdje se mora, konačno, pokazati pravo lice.

(S njemačkog: Edin Šarčević)

Vrhovni sud Bosne i Hercegovine: odgovor na problem ili još jedan projekat u kontinuiranim reformama pravosuđa

1. Uvodna razmatranja

Svaki put kada se progovori o ustavnoj reformi ili o daljnjoj reformi pravosuđa u BiH, nezaobilazna su i pitanja osnivanja vrhovnog suda na nivou Bosne i Hercegovine (BiH). Međutim, argumentacija i “za” i “protiv” svodi se isključivo na političke fraze, tako da ni oni koji zagovaraju osnivanje takvog suda, a niti oni koji se tome protive, ne daju bilo kakve pravne argumente za stav koji zastupaju. Tako je ovo pitanje i danas, nakon više od četiri godine nakon što je izneseno na javnu scenu, i dalje duboko u sferi političkih rasprava i nadmetanja dok je svaka stručna i profesionalna rasprava o tome izostala. Zašto se stručna javnost usteže da raspravlja o ovom pravno zahtjevnom problemu, odnosno, zašto upravo tako “glasno šuti”, također je interesantno pitanje. No, ono nije predmet ove analize.

Teze na kojima se zasniva stav o neophodnosti osnivanja Vrhovnog suda BiH dolaze uglavnom iz Federacije BiH (FBiH). Argumenti koji se iznose zasnivaju se isključivo na tvrdnjama da “nema nijedne normalne države na svijetu koja nema vrhovni sud”, da je državni vrhovni sud neophodan “radi ujednačavanja sudske prakse” i “uspostavljanja vladavine prava i pravne sigurnosti svih građana u BiH”. U nedavnoj izjavi, predsjednik Vrhovnog suda FBiH izjavio je da “vrhovni sud na nivou države treba da postoji radi osiguranja jedinstvene primjene zakona na nivou cijele BiH. Veliki broj zakona između entiteta je usaglašen i oni su u velikom broju identični, stoga je nelogično da se na jedan način primjenjuju u jednom dijelu zemlje, a na drugi način u

njenom drugom dijelu. Dakle, zbog ujednačavanja sudske prakse dala bi se u stručnoj raspravi braniti ta teza o potrebi vrhovnog suda, ali nažalost to je pitanje previše ispolitizirano¹. Također, tvrdi se da bi se uspostavljanjem državnog Vrhovnog suda “rasteretio Ustavni sud BiH od predmeta koji se odnose na njegovu apelacionu nadležnost” a koji se, prema tim tvrdnjama, neosnovano miješa u nadležnost redovnih sudova i postavlja se kao sud “četvrte instance”. HDZ BiH vidi uspostavljanje državnog vrhovnog suda kao rezultat sveobuhvatne ustavne reforme, pa u svom prijedlogu novog ustava predlaže drugačiju unutrašnju organizaciju države tako što bi se definiralo “da na državnoj razini imamo Vrhovni sud kao apelacijsko tijelo, da imamo Ustavni sud koji nije klasično pravno tijelo, nego političko istovremeno, a da se na srednjoj razini rješavaju sve aktivnosti”².

Također, oni koji zastupaju ovaj stav uglavnom smatraju da sada nije potrebno raspravljati o stvarnoj nadležnosti, položaju i organizaciji državnog vrhovnog suda, mada ne obrazlažu zašto ne treba prvo riješiti ključna pitanja kada se radi o osnivanju bilo kojeg suda. Stoga se stiče dojam da se samo traži osnivanje institucije, a onda bi se, valjda, naknadno vidjelo šta će ona raditi i kako će biti pozicionirana.

S druge strane, mišljenja sasvim suprotna navedenim stavovima, uglavnom dolaze iz Republike Srpske (RS). Ovi argumenti se, naročito pojačano nakon oktobarskih izbora 2010. godine, zasnivaju na tvrdnjama da je “pravosuđe u izvornoj dejtonskoj nadležnosti entiteta, a ne BiH”, da za takvo nešto nema ustavnog osnova, da “Ustavni sud BiH već obavlja određene nadležnosti koje bi inače imao vrhovni sud, te da dodatne nadležnosti nisu potrebne”, odnosno, da će RS “odbiti bilo kakav pokušaj osnivanja vrhovnog suda BiH” u procesu ustavnih reformi. Za predstavnike vlasti RS sporni su, kako se može vidjeti u medijima, svi sudovi koji postoje na državnom nivou. Kako ističe predsjednik Vlade RS sporan je “način rada i obim nadležnosti Us-

¹ Amir Jaganjac, predsjednik Vrhovnog suda FBiH, u intervjuu objavljenom u *Oslobođenju* od 05. 02. 2011.

² Dragan Čović, predsjednik, HDZ BiH u intervjuu objavljenom u *Nezavisnim novinama* od 18. 09. 2011, dostupno na <http://www.hdzbih.org/vijesti/prenosimo-iz-tiska/426-intervju-prof-dr-dragan-ovi-nezavisne-novine.html>.

tavnog suda BiH, iako je riječ o instituciji čije je osnivanje utvrđeno Dejtonskim mirovnim sporazumom”, dok ministar pravde RS smatra da “državnom Ustavnom sudu treba biti onemogućeno da odlučuje u apelacionim postupcima”³. Predsjednik Advokatske komore RS “tezu da Bosni i Hercegovini nije potreban Vrhovni sud brani političkom argumentacijom. *Mislim da bi se time stvorila jedna apsolutna institucionalna degradacija, i s aspekta nadležnosti i pravosuđa oba entiteta. To je za RS neprihvatljivo*”⁴. Predsjednik Vrhovnog suda RS smatra “da osnivanje vrhovnog suda na državnom nivou nije od ključnog značaja, ističući da njegovo postojanje nije predviđeno ni Dejtonskim mirovnim sporazumom. S obzirom na državni i ustave entiteta, postojeća struktura sudova je vrlo dobra”. Što se tiče ujednačavanja sudske prakse smatra da “prema Pravilniku o unutrašnjem sudskom poslovanju, već postoji obavezujuća forma tematskih sastanaka predsjednika vrhovnih sudova i Apelacionog suda Brčko Distrikta, naglašavajući dosadašnju vrlo dobru suradnju”⁵. Jasno je da svi navedeni argumenti imaju duboku političku pozadinu i da se odnose na stalne napore istih političara da neprekidno zagovaraju jačanje pozicije entiteta u odnosu na državu i da se kontinuirano suprotstavljaju svemu što bi državu učinilo funkcionalnijom.

Međunarodna zajednica, odnosno oni međunarodni predstavnici i političari koji se još bave Bosnom i Hercegovinom, usvojili su stav koji podržava osnivanje državnog vrhovnog suda, ali i oni uglavnom iznose vrlo opšte političke fraze. Tako je npr. *Geri Robins*, šef Misije OSCE-a u BiH, kao problem istakao “nedostatak vrhovnog pravosudnog tijela kojim bi se osiguralo jedinstveno tumačenje zakona, predvidivost i pravna sigurnost [što je] jako bitno, ne samo u krivičnim slučajevima nego i u civilnim sporovima, obzirom da pravedno i transparentno rješavanje ovih procesa je važno ukoliko se žele privući strane investicije i kreirati nova radna mjesta”⁶. Zatim, da je u predstojećim ustavnim

³ Aleksandar Džombić, predsjednik Vlade RS i Džerard Selman, ministar pravde RS za *Nezavisne novine* od 06. 01. 2011, dostupno na <http://www.sutra.ba/novost/24524/RS-trai-smanjene-nadlenosti-Suda-BiH>.

⁴ Na istom mjestu, Jovan Čizmović, predsjednik Advokatske komore RS.

⁵ Objavljeno na <http://www.bim.ba/bh/219/10/28244/?tpl=30>.

⁶ Objavljeno na <http://www.hjpc.ba/pr/preleases/1/?cid=4937.2.1>.

reformama “neophodno uvesti vrhovno pravosudno tijelo jer je to praksa u svim evropskim zemljama”. *Doris Pack*, izjaviteljica Evropskog parlamenta za BiH, smatra “da je Bosni i Hercegovini potrebno osnivanje Vrhovnog suda, koji bi ujedinio postojeće pravne sisteme”⁷, a *Jelko Kacin*, poslanik u Evropskom parlamentu, kaže da “država koja nema vrhovni sud nije država”⁸. Evropska komisija u svom Izvještaju o napretku Bosne i Hercegovine u 2010. godini⁹, konstatuje da nema jednog vrhovnog suda, ali ne iznosi mišljenje o tome pitanju niti to navodi kao prioritet koji se treba riješiti za uspješnu reformu pravosuđa.

Cilj ove analize nije dati precizan odgovor na pitanje treba li BiH vrhovni sud niti kako do njega doći, budući da se na osnovu navedenih argumenata o tome ne može zauzeti ozbiljan stav. Cilj je pokušati diskusiju o spornoj temi skrenuti sa čisto političkog ili, još gore, politikantskog terena, na teren prava i pravnih argumenata, bili oni “za” ili “protiv”. Zbog toga će se, polazeći od argumenata koji se u javnosti iznose, u nastavku prvenstveno postaviti pitanja o kojima bi se konačno trebalo progovoriti u stručnoj javnosti. Cjelovite odgovore za koje je, ipak, potrebno ne samo iznijeti odgovarajuće argumente, već ih u javnoj i otvorenoj stručnoj diskusiji ispitati i analizirati, na ovom mjestu nije moguće dati.

2. Da li je BiH bez vrhovnog suda država?

Argument, da je neophodno što prije osnovati vrhovni sud na nivou države, počiva na obrazloženju “da je BiH jedina zemlja na svijetu koja nema vrhovni sud na državnom nivou, dakle, sud koji bi ujedinjavao sudsku praksu redovnih sudova i obezbijedio ravnopravnost svih građana pred zakonom”¹⁰. Analogija je jednostavna i zahtijeva da BiH kao i svaka “normalna država” ima vrhovni sud, te da zbog nepostojanja

⁷ *Ibid.*

⁸ <http://www.vijesti.ba/intervjui/3509-Jelko-Kacin-BiH-ako-nema-Vrhovni-sud-nije-drzava.html>.

⁹ Evropska komisija, Izvještaj o napretku Bosne i Hercegovine u 2010. godini, 09. 11. 2010, SEC (2010) 1331.

ove institucije “nećemo moći napredovati na evroatlantskom putu, a pogotovo nećemo biti članica EU i NATO”¹¹.

Prvo bi se moralo razjasniti šta se misli pod pojmom “normalna država”? Naime, BiH ima mnoštvo posebnosti koje možda ne odgovaraju nečijem poimanju “normalne države”. Npr. Ustav BiH koji je na snazi i 15 godina nakon završetka rata dio je mirovnog sporazuma i trebao je biti prelazna faza u daljnjem razvoju države, a nije produkt političko-pravnog procesa u najvišem zakonodavnom tijelu države, niti je “izraz volje naroda”, tj. nije donesen u “normalnoj proceduri”. Ili, u BiH je određenim odredbama tog Ustava garantovana diskriminacija svih onih koji se ne identifikuju sa nekim od “konstitutivnih naroda”, što je razlog zbog kojeg je Evropski sud za ljudska prava utvrdio da onemogućavanje samo pripadnika ustavne kategorije “ostalih” (u koju se ubrajaju i nacionalne manjine, ali i svi ostali “nekonstitutivni” identiteti), da se kandiduju za važne političke funkcije u Domu naroda Parlamentarne skupštine BiH i Predsjedništvu BiH predstavlja čin diskriminacije¹². Međutim, uprkos pritisku da se izvrši ova presuda, do danas se u BiH nije napravio značajniji pomak u cilju otklanjanja ove diskriminacije. To svakako nije uobičajeno u “normalnim državama” kada je u pitanju izvršenje odluka Evropskog suda za ljudska prava. Uostalom, koliko “normalnih država” poznaje koncept “konstitutivnih naroda” koji je, kako to navodi Venecijanska komisija, usvojen kao jedan od “preduslova za dejtonski mir”, ali je i jedan od “ključnih faktora uspješne poslijeratne tranzicije”¹³?

Činjenica je da je, prema Ustavu BiH, administrativno-teritorijalna struktura Bosne i Hercegovine složena. Jer, prema čl. I/3 “Bosna i Hercegovina se sastoji od dva entiteta: Federacije Bosne i Hercegovine

¹⁰ Ćazim Sadiković i Faris Vehabović, objavljeno na http://www.cin.ba/Stories/P20_CCourt/?cid=884,2,1.

¹¹ Šefket Hafizović, SDA, objavljeno na <http://www.nezavisne.com/novosti/bih/RS-ne-prihvata-vrhovni-sud-BiH-72520.html>.

¹² Presuda Evropskog suda za ljudska prava od 22. 12. 2009, *Sejdić i Finci protiv BiH*, aplikacija br. 27996/06 i 34836/06.

¹³ Venecijanska komisija, Mišljenje o ustavnoj situaciji i ovlaštenjima Visokog predstavnika, CDL-AD(2005)004, 11. 03. 2005, s. 74.

i Republike Srpske”. Osim toga, na osnovu “Opšteg okvirnog sporazuma za mir, Konačne odluke Arbitražnog tribunala za spor oko međuentitetske linije razgraničenja u oblasti Brčkog i Ustava Bosne i Hercegovine”, postoji i Brčko Distrikt Bosne i Hercegovine (“Distrikt Brčko”) kao “jedinствена administrativna jedinica lokalne samouprave koja je pod suverenitetom Bosne i Hercegovine”¹⁴. Ustav BiH nema odredaba o klasičnoj podjeli vlasti na zakonodavnu, izvršnu i sudsku, jer nema niti jedne odredbe o sudskoj vlasti na nivou države, osim što se ustanovljava Ustavni sud BiH, koji ne spada u sudsku vlast u svom klasičnom smislu. S druge strane, sudska vlast je uređena na nivou entiteta i Distrikta Brčko u ustavima entiteta i Statutu Distrikta Brčko. Na osnovu toga, entiteti i Distrikt Brčko su donijeli odgovarajuće zakone o sudovima¹⁵. Oni detaljno razrađuju pitanje organizacije i nadležnosti sudova na nivou tih administrativno-teritorijalnih jedinica.

Dakle, uređenje, organizacija i nadležnost sudova u Bosni i Hercegovini je rezultat ili posljedica ustavno-pravne kompozicije države, pa argument da je nepostojanje vrhovnog suda na nivou BiH jedinstven slučaj i da ne postoji niti jedna druga “normalna država” bez vrhovnog suda ne govori ništa o državnom kvalitetu. Čak i ako nismo sigurni da li se ovakav stav uopšte može nazvati argumentom, sigurno je da je on najslabiji u nizu argumenata koji se navode u korist uvođenja jednog vrhovnog suda u BiH. Nepostojanje sudstva na nivou države, po Ustavu BiH, ne oduzima Bosni i Hercegovini atribute države. Ovo samo ukazuje na određene specifičnosti u njenoj državnoj organizaciji i u njenom pravnom sistemu. To je svakako posljedica okolnosti u kojima je sadašnji Ustav usvojen, što naravno, nije, po sebi uzev, argument da je takvo ustavno rješenje dobro. Ipak, njegova specifičnost ne dovodi u pitanje i samu državnost.

¹⁴ Čl. g Statuta Brčko Distrikta BiH (prečišćeni tekst), *Sl. gl. Brčko Distrikta BiH* br. 39/09.

¹⁵ *Sl. nov. FBiH* br. 38/05, *Sl. gl. RS* br. 111/04 i *Sl. gl. Brčko Distrikta BiH* br. 19/07.

3. Postoji li u Ustavu BiH pravni osnov za osnivanje Vrhovnog suda BiH?

Iz prethodne teze o “normalnoj državi” slijedi pitanje da li postoji ustavno-pravni osnov za eventualno osnivanje državnog vrhovnog suda. Odgovor na ovo pitanje treba potražiti u pravnim, a ne u političkim ili ideološkim okvirima. Kako je već rečeno, Ustav BiH nema odredaba o sudskoj grani vlasti na nivou države, niti propisuje da je u nadležnosti države da uređuje sudstvo na bilo kom nivou. Može se dakle zaključiti da u Ustavu BiH nema eksplicitnog pravnog osnova za osnivanje državnog vrhovnog suda ili za uspostavu jedinstvene sudske grane vlasti na nivou države. Stoga je sljedeće pitanje da li se pravni osnov može pronaći tumačenjem ustavnih odredaba koje regulišu pitanje nadležnosti države i entiteta?

U čl. III/5 a) Ustava BiH je propisano da će BiH “preuzeti nadležnosti u onim stvarima u kojima se o tome postigne saglasnost entiteta; [...]”; ili koje su potrebne za očuvanje suvereniteta, teritorijalnog integriteta, političke nezavisnosti i međunarodnog subjektiviteta Bosne i Hercegovine, u skladu sa podjelom nadležnosti među institucijama Bosne i Hercegovine. Dodatne institucije mogu biti uspostavljene prema potrebi za vršenje ovih nadležnosti.” Odgovor na pitanje da li se primjenom ove odredbe može osnovati državni vrhovni sud, treba razmotriti i kroz prizmu odluke Visokog predstavnika za BiH o uspostavljanju Suda Bosne i Hercegovine (Sud BiH)¹⁶, te odluke Ustavnog suda BiH o ustavnosti Zakona o Sudu BiH¹⁷.

Visoki predstavnik se, u preambuli Odluke o uspostavljanju Suda BiH, nije pozvao niti na jednu odredbu Ustava BiH. Umjesto toga, on se, između ostalog, pozvao na tačku 12.1. Deklaracije Vijeća za implementaciju mira koje se sastalo u Madridu 15. i 16. decembra 1998.

¹⁶ Odluka Visokog predstavnika br. 50/00, *Sl. gl. BiH* br. 29/00, *Sl. nov. FBiH* br. 52/00 i *Sl. gl. RS* br. 40/00, dostupno i na http://www.sudbih.gov.ba/files/docs/zakoni/ba/Zakon_o_sudu_29_00_-_bos.pdf.

¹⁷ U-26/01 od 28. 09. 2001, dostupno na www.ccbih.ba.

godine, u kojoj se jasno kaže da spomenuto Vijeće smatra da “uspostavljanje vladavine prava, u koju svi građani imaju povjerenje, predstavlja preduslov za dugotrajni mir i samoodrživu ekonomiju koja je u stanju da privuče i zadrži strane i domaće ulagače”; zatim na “tačku 3. Aneksa II (Vladavina prava i Ljudska prava) spomenute Deklaracije, prema kojoj je osnivanje sudskih institucija na državnom nivou, čime se zadovoljava potreba utvrđena ustavom da se rješavaju krivična djela koja počine zvaničnici Bosne i Hercegovine u vršenju svojih dužnosti te izborna pitanja i pitanja u oblasti upravnog prava, preduslov za uspostavljanje vladavine prava u Bosni i Hercegovini”, te na Deklaraciju Vijeća za implementaciju mira iz Brisela i Aneks te Deklaracije u kojoj je navedena izričita obaveza donošenja “Zakona o sudu na nivou države”¹⁸. Visoki predstavnik je dalje konstatovao da Sud BiH, “koji pruža sudsku zaštitu u stvarima koje spadaju u nadležnost države Bosne i Hercegovine prema Ustavu Bosne i Hercegovine predstavlja preduslov za uspostavljanje vladavine prava u državi Bosni i Hercegovini”. Također je istakao da će “garancija sudske zaštite u oblastima koje uključuju državljanstvo, vanjsku trgovinu i investicije pružiti pravnu sigurnost i da je ta sigurnost neophodna za uspostavljanje funkcionalne ekonomije u cijeloj Bosni i Hercegovini, čime će se omogućiti otvaranje novih perspektiva za građane Bosne i Hercegovine u budućnosti u njihovoj zemlji”. Visoki predstavnik je istakao i potrebu “za postojanjem sudske zaštite na nivou države Bosne i Hercegovine koja je u skladu sa garancijama utvrđenim Evropskom konvencijom o ljudskim pravima, koja je i sama dio Ustava Bosne i Hercegovine i ima prioritet nad svim ostalim zakonima Bosne i Hercegovine”, te da se nacrt Zakona o Sudu BiH “zasniva na nacrtu Zakona o Državnom sudu Bosne i Hercegovine Venecijanske komisije Vijeća Evrope od 16. juna 2000. godine, koji je radna grupa prilagodila pravnom okviru i uslovima specifičnim za Bosnu i Hercegovinu, zadržavajući pri tom suštinu nacrta Venecijanske komisije”.

Kao što se vidi, pitanju uspostavljanja suda kao institucije na nivou države BiH prethodilo je pažljivo razmatranje nadležnosti države za

¹⁸ Aneks Deklaracije Vijeća za implementaciju mira: neophodne mjere, dostupno na http://www.ohr.int/pic/default.asp?content_id=6803.

koje je bilo neophodno uspostaviti sudska zaštitu čime se, kako je to navedeno, osigurava vladavina prava i pravna sigurnost u vezi sa tim državnim nadležnostima. Dalje, jezik odluke je vrlo pažljivo izabran i očigledno je da se vodilo računa o tome da se ne implicira postojanje ili sugerise uspostavljanje državnog suda kao sudske grane vlasti na tom nivou, zbog čega je, očigledno, iz naziva nacrtu zakona Venecijanske komisije izbačen naziv “Državni sud”. Zatim, jasno je navedeno da je svrha osnivanja Suda BiH, potreba da se pruži sudska zaštita u stvarima koje spadaju u nadležnost države prema Ustavu BiH. Naročito se značajnim ukazuje isticanje da je nacrt Venecijanske komisije prilagođen pravnom okviru i specifičnim uslovima za BiH, jer pokazuje u kojoj mjeri su u obzir uzeti svi faktori koji su bitni da bi se ostalo u okvirima postojećeg Ustava BiH. Uzimajući sve ovo u obzir, čl. 1 Zakona o Sudu BiH je propisano da se taj sud osniva “[d]a bi se osiguralo efikasno ostvarivanje nadležnosti države Bosne i Hercegovine i poštovanje ljudskih prava i vladavine zakona na njenoj teritoriji”, dok su članovima 7 i 8 regulisani krivična (da sudi za krivična djela utvrđena Krivičnim zakonom BiH i drugim zakonima BiH) i upravna nadležnost (da odlučuje po tužbama protiv konačnih upravnih akata, odnosno kada se radi o šutnji administracije, institucija Bosne i Hercegovine i njenih organa, javnih agencija, javnih korporacija, institucija Distrikta Brčko i drugih organizacija utvrđenih zakonom države Bosne i Hercegovine, donesenih u vršenju javnih ovlaštenja). Čl. 9 je propisana apelaciona nadležnost Suda BiH (odlučivanje o žalbama protiv prvostepenih odluka tog suda i o vanrednim pravnim lijekovima), što uključuje i nadležnost da odlučuje o prigovorima u vezi sa kršenjem izbornog zakona, te “rješavanje u svim drugim predmetima kada je to predviđeno zakonom Bosne i Hercegovine”¹⁹.

¹⁹ Tako je npr. Zakonom o parničnom postupku pred Sudom BiH (*Sl. gl. BiH* br. 36/04 i 84/07) propisana su pravila parničnog postupka za rješavanje imovinskih sporova između države i entiteta, države i Distrikta Brčko, te između institucija BiH koje vrše javna ovlaštenja. Ovaj se zakon također primjenjuje i u imovinskim sporovima, proisteklim iz štete koja je nastala pri vršenju poslova organa uprave BiH, drugih institucija BiH i službenih lica tih organa i institucija, te u drugim imovinskim sporovima, kad je nadležnost Suda BiH utvrđena zakonima BiH ili međunarodnim ugovorom (čl. 1 Zakona).

Važno je, dakle, zapaziti da Sud BiH nije u bilo kakvoj hijerarhijskoj vezi sa entitetskim sudovima. Međutim, određena veza između Suda BiH i entitetskih sudova ipak postoji, ali ona se i dalje nalazi u okvirima nadležnosti tog suda i razloga njegovog uspostavljanja i regulisana je Zakonom o Sudu BiH. Očigledno je, dakle, da Odluka Visokog predstavnika nije imala za cilj osnovati državno sudstvo kao “sudsku granu vlasti”, već je formiran specijalni sud iz jasno pobrojanih razloga.

Pitanje ustavnosti Zakona o Sudu BiH ispitivao je Ustavni sud BiH u svojoj odluci broj U-26/01 od 28. septembra 2001. godine, kojom je odlučio da je taj zakon u skladu sa Ustavom BiH. Pitanje na koje je Ustavni sud morao odgovoriti u ovom predmetu bilo je da li se Zakonom o Sudu BiH krši čl. III/3a) Ustava prema kojem sve vladine funkcije i ovlasti, koje po ustavu nisu izričito dodijeljene institucijama BiH, pripadaju entitetima. U traženju odgovora na ovo pitanje, Ustavni sud je prvo ukazao da Ustav BiH dodjeljuje državi odgovornosti i nadležnosti kojima se osigurava očuvanje njenog suvereniteta, teritorijalnog integriteta, političke neovisnosti i međunarodnog subjektiviteta, najviši nivo međunarodno priznatih ljudskih prava i osnovnih sloboda te slobodne i demokratske izbore. Zatim je ukazao na nadležnosti države kako su one nabrojane u čl. III/1 Ustava BiH, ali i na nadležnosti koje su Ustavom date državi, a sadržane su u drugim ustavnim odredbama, kao što su pitanje državljanstva (čl. I/7), odgovornost za osiguranje najvišeg nivoa međunarodno priznatih ljudskih prava i sloboda (čl. II) donošenje izbornog zakona (čl. IV/2 i V/1). U odnosu na dodatne nadležnosti države iz čl. III/5 Ustava BiH, Ustavni sud je ukazao na svoj raniji stav “da u ovom kontekstu treba razmotriti samo čl. IV/4a), koji predviđa da Parlamentarna skupština donosi zakone koji su potrebni za provođenje odluka Predsjedništva (ili za vršenje funkcija Skupštine po ovom ustavu) te da ovaj član ne zahtijeva saglasnost entiteta”²⁰.

Ustavni sud je dalje ukazao i na stav izražen u II Djelimičnoj odluci u predmetu broj U-5/98 u kojem je navedeno:

Ustav BiH stvara ovlasti ne samo u okviru općeg sistema podjele nadležnosti čl. III. Utemeljenjem institucija države BiH, Ustav im,

²⁰ Odluka br. 26/01, s. 21 sa daljnjim referencama.

također, dodjeljuje manje-više specifične ovlasti, što se može vidjeti iz čl. IV/4 za Parlamentarnu skupštinu ili čl. V/3 za Predsjedništvo BiH, a koje nisu nužno ponovljene u nabranju čl. III/1. Tako je, npr., Predsjedništvu dodijeljena nadležnost civilne komande nad oružanim snagama u čl. V/5a), iako čl. III/1 ne navodi izričito vojna pitanja u okviru nadležnosti institucija BiH. Stoga se mora zaključiti da pitanja koja nisu izričito nabrojana u čl. III/1 nisu nužno u isključivoj nadležnosti entiteta na isti način na koji entiteti mogu da imaju rezidualne nadležnosti u odnosu na odgovornosti institucija Bosne i Hercegovine²¹.

Ustavni sud je dalje naveo da se “[m]ože očekivati da će uspostavljanje Suda Bosne i Hercegovine biti važan element u osiguranju da institucije Bosne i Hercegovine djeluju u saglasnosti sa vladavinom prava i da zadovoljavaju uvjete Evropske konvencije u pogledu pravičnih suđenja pred sudovima i efektivnih pravnih lijekova”, te da će odluke Suda BiH biti podložne kontroli Ustavnog suda u pogledu njihove ustavnosti. Također je ukazano da dok ne profunkcioniše Sud BiH, “u pravnom sistemu Bosne i Hercegovine ne postoji mogućnost osporavanja odluka institucija Bosne i Hercegovine pred organom koji ispunjava preduvjete nezavisnog i nepristrasnog tribunala”²².

Na kraju je Ustavni sud zaključio da “u tim okolnostima” država ima ovlaštenje da u oblastima iz njene nadležnosti uspostavi “osim Ustavom izričito predviđenih i druge mehanizme i dodatne institucije koje su joj potrebne za izvršenje njenih nadležnosti, uključujući i uspostavljanje suda za jačanje pravne zaštite njenih građana i osiguranje poštovanja principa Evropske konvencije, te da se “da se uspostavljanjem Suda Bosne i Hercegovine, može očekivati veći doprinos jačanju vladavine prava, što je jedan od temeljnih principa za funkcionisanje demokratske države”.

Iako je obrazloženje ove odluke o ustavnosti neuobičajeno kratko i ograničeno uglavnom na pozivanje na ranije stavove Ustavnog suda i vrlo kratko obrazloženje stava Ustavnog suda o ustavnosti pomenutog zakona, ono ipak nosi ključnu poruku vrlo sličnu onoj koja se vidi i iz

²¹ *Ibid*, s. 22.

²² *Ibid*, ss. 24-25.

preambule Odluke Visokog predstavnika o uspostavljanju Suda BiH. Suština te poruke je u tome da se osnivanjem Suda BiH ostalo u granicama ustavnih ovlaštenja države jer se radi o formiranju institucije koja je neophodna za izvršenje nadležnosti države, što za cilj ima jačanje vladavine prava i pravne sigurnosti u postojećim ustavnim okvirima. Dakle, ni Ustavni sud nije postavio niti razmatrao pitanje (ne)postojanja sudske grane vlasti na nivou države. U suprotnom, to bi značilo uspostavljanje nove nadležnosti države izvan onih dodijeljenih ustavom. Slijedom toga, Ustavni sud nije u svojoj analizi ustavnih odredaba tražio ili pronašao eksplicitan ili implicitan ustavni osnov za formiranje sudstva na nivou države, već se samo ograničio na pitanje funkcionalnog izvršavanja nadležnosti države kako su one već propisane u postojećem Ustavu kroz formiranje odgovarajućih institucija sa nadležnostima koje ne izlaze iz ustavnog okvira.

S obzirom na to da je osnivanjem Suda BiH iz svih navedenih razloga osigurana sudska zaštita u onim pitanjima koja po Ustavu BiH spadaju u nadležnost BiH, teško je zaključiti da bi se u istim argumentima mogao pronaći i osnov za osnivanje još jednog suda na nivou države iz istih razloga. Stoga se ni iz odluke Visokog predstavnika niti iz odluke Ustavnog suda BiH ne može ni implicitno izvući ustavni osnov za osnivanje državnog vrhovnog suda kao sudske grane vlasti na nivou države, pa čak ni pozivanjem na princip vladavine prava i pravne sigurnosti, jer je Odluka o uspostavljanju Suda BiH i donesena, između ostalog, radi osiguranja tih principa. To je, konačno, potvrdio i Ustavni sud BiH.

4. Poštivanje principa vladavine prava i pravne sigurnosti

Sljedeći argument za osnivanje državnog vrhovnog suda je “uspostavljanje vladavine prava i pravne sigurnosti svih građana u BiH” kroz ujednačavanje sudske prakse radi jedinstvene primjene zakona i osiguranja ravnopravnosti građana. Ovdje je pomiješano nekoliko stvari, a izgleda da je uvedena i određena pojmovna zbrka, što nije slučajno, jer su ovi argumenti namijenjeni isključivo širokoj javnosti i dobijanju njene podrške. Za potrebe ove analize, međutim, mora se dati (naravno,

pojedinostavljeno) razjašnjenje kakvo značenje ovdje imaju korišteni pojmovi.

Vladavina prava podrazumijeva da su građani zaštićeni od samovolje vlasti tako što su njihova prava regulisana zakonom koji je javno objavljen, koji se na sve jednako primjenjuje i koji se djelotvorno provodi, da se osigurava odgovornost vlasti i zakonski nadzor nad njom, te da postoje institucije koje štite pravni sistem.

Pojam “ravnopravnost građana” odnosi se na jednakost, odnosno ravnopravnost građana pred zakonom i sudom, što je još jedan ključni element vladavine prava. Praktični aspekt ovog prava je pravilo da svaka strana u postupku mora imati jednaku mogućnost da iznese svoje argumente te da ni jedna strana u sporu ne može uživati prednost u odnosu na suprotnu stranu. Drugi aspekt se odnosi na pravo svake strane u postupku da se prema njoj odnosi jednako kao prema ostalima u sličnom položaju, bez diskriminacije po bilo kom osnovu. Međutim, jednako postupanje ne znači identično postupanje, već znači da u slučajevima u kojima su objektivne činjenice slične, pravosudna tijela moraju slično postupati. Primjena ovog principa zavisi od spremnosti države da uspostavi sistem koji garantuje vladavinu prava i pravičan sudski postupak, u kom cilju država mora ustanoviti i održavati potrebnu institucionalnu infrastrukturu za pravilno funkcionisanje pravosuđa.

Pravna sigurnost kao pretpostavka vladavine prava znači da građani sa sigurnošću znaju šta država može ili smije učiniti, odnosno šta je propisano i dozvoljeno. Npr. jedan od osnovnih principa ovog pojma je da niko ne može biti osuđen ili kažnjen bez zakonske osnove, zatim zabrana retroaktivnog djelovanja zakona, te zahtjev da zakoni budu jasno formulisani. Osim toga, prema sudskoj praksi Evropskog suda, kontradiktorne odluke u sličnim predmetima koje donosi isti sud, koji je pri tome i sud posljednje instance u predmetu (u odnosu na meritum), može, u nedostatku mehanizma koji osigurava konzistentnost, dovesti do povrede načela pravne sigurnosti te dovesti u pitanje javno povjerenje u sudstvo koje je bitan element države koja poštuje vladavinu prava²³.

²³ Evropski sud za ljudska prava, presuda *Vusić protiv Hrvatske*, presuda od 01. 07. 2010, zahtjev br. 48101/07 § 44.

Postavlja se pitanje šta od ovoga što je navedeno nedostaje i šta može biti uspostavljeno samo osnivanjem državnog vrhovnog suda? Da li je to što u BiH postoje najmanje četiri zaokružena pravna sistema dovoljno za tvrdnju da nema vladavine prava ili pravne sigurnosti, ako se razmotre navedeni ključni elementi ovih principa? To bi bila pretjerana tvrdnja, čak i ako se prihvati da takav pravni sistem nije najbolji. U okviru svakog entiteta postoje odgovarajući zakoni i pravosudne institucije koje osiguravaju zaštitu. Ti zakoni su u skladu sa ustavima entiteta koji garantuju nediskriminaciju, ravnopravnost u postupku i jednakost pred zakonom. Na nivou države je osnovan Sud BiH, kako je to već pokazano, upravo zato da bi postojala institucija koja će štiti prava garantovana državnim zakonima i koji je nadležan da sudi, između ostalog, i za krivična djela koja počine zvaničnici BiH u vršenju svojih dužnosti, tako da nakon osnivanja ovog suda više niko nije izvan dometa zakona i pravosudnih institucija.

U Izvještaju Evropske komisije konstatuje se da “komplikacije do kojih dolazi uslijed četiri odvojena pravosudna sistema (na nivou države, Republike Srpske, Federacije i Brčko distrikta) stvaraju ozbiljne poteškoće u funkcionisanju pravosudnog sistema. Ne postoji nijedno tijelo koje bi se moglo porediti sa Vrhovnim sudom, a koje bi moglo garantovati jedinstvenu primjenu zakona”. Međutim, ne konkretizuje se koje su to konkretne komplikacije i poteškoće, niti se u zaključku o ovom pitanju kaže išta o tome da li je državni vrhovni sud uslov za daljnju, uspješniju pravosudnu reformu i da li je njegovo osnivanje uslov za daljnji proces evropskih integracija. S druge strane, nakon ove konstatacije u Izvještaju se navode gorući problemi u pravosuđu u BiH kao što su: kontinuirani politički pritisak na pravosuđe, ogroman broj neriješenih predmeta i dugotrajnost sudskih postupaka, loša i spora provedba Strategije za reformu sektora pravde 2009-2013, ograničeni ljudski resursi, neadekvatni materijalni uslovi jednog broja sudova i tužilaštava širom države, mali napredak u oblasti maloljetničke delinkvencije, kašnjenje u provedbi Državne strategije za rad na predmetima ratnih zločina, nedostaci kapaciteta u uredima tužioca, neadekvatni objekti i nedostatak odgovarajuće zaštite svjedoka i službi za podršku u kantonima i opštinama, itd.²⁴.

Proizlazi da slabosti u funkcionisanju pravosudnih institucija koje je identifikovala Evropska komisija nisu uzrokovane time što nema državnog vrhovnog suda (jer nema ni naznaka o tome kako bi osnivanje te institucije riješilo navedene probleme. Te slabosti proističu iz odnosa koji su postojali od ranije i koji su, uz veliki angažman međunarodne zajednice i ogromna uložena sredstva, doveli do pokretanja procesa reforme pravosuđa još 1998. godine, na žalost sa slabim rezultatima. Naime, kako se to u izvještaju navodi “razvoj neovisnog i nezavisnog i efikasnog pravosuđa u skladu sa evropskim standardima i dalje je u ranoj fazi”.

5. Ujednačavanje sudske prakse

Što se tiče teze o ujednačavanju sudske prakse na nivou države odnosno jedinstvene primjene zakona, nejasno je šta se time želi reći i postići, a još je nejasnije kako.

U uvodnom dijelu je već konstatirano da bi depolitizirana stručna rasprava o ovom pitanju morala uključiti mnogo više pitanja za raspravu, počevši od toga šta bi bila stvarna nadležnost državnog vrhovnog suda, kako bi bio pozicioniran i kakav bi bio njegov odnos sa već postojećim vrhovnim sudovima entiteta, Apelacionim sudom Distrikta Brčko i Sudom BiH. Ona bi morala biti zasnovana, kako na vrlo egzaktnim podacima, tako i na analizi pitanja, koji su to ključni identični zakoni koji se pred entitetskim sudovima različito primjenjuju, kakav stav o tome u svojim odlukama zauzimaju sadašnji entitetski vrhovni sudovi, te postoji li međusobna saradnja po tom pitanju, i je li, i zašto (ne)uspješna.

Dalje, već je ukazano na stanovište Evropskog suda o tome kada kontradiktorne odluke u sličnim predmetima mogu voditi kršenju principa pravne sigurnosti: (a) kada ih donosi isti sud u sličnim situacijama, (b) kada je to sud posljednje instance, te (c) kada nema mehanizma koji osigurava konzistentnost. Važno je zapaziti da donošenje sličnih odluka u sličnim situacijama ne podrazumijeva donošenje identičnih

²⁴ Izvještaj o napretku, *supra* bilj. 10, ss. 12-14.

odluka, jer bi to oduzelo sudu njegovu ključnu ulogu – da nezavisno sudi na osnovu konkretnih činjenica. To znači obavezu sudova da primjenjuju iste standarde jednako na sve, tj. da primjenom istih pravnih standarda donesu odluku zavisno od činjenica utvrđenih u konkretnom predmetu, a ne da slijepo slijede sudsku praksu.

Osim toga, ostaje nejasno koju bi praksu ujednačavao državni vrhovni sud, jer je očigledno da u svjetlu navedenog uslova pod (a) ne bi mogao ujednačavati praksu dvaju entitetskih vrhovnih sudova, niti praksu Suda BiH i entitetskih sudova, ili Apelacionog suda Distrikta Brčko i entitetskih sudova ili Suda BiH, jer se ne radi o “istom sudu”. Uzimajući u obzir i uslove pod tačkom (b) i (c) logično slijedi pitanje da li bi osnivanjem državnog vrhovnog suda morali biti ukinuti vrhovni sudovi entiteta i Apelacioni sud Distrikta Brčko (koji sada jesu na nivou entiteta i Distrikta Brčko sudovi posljednje instance i “mehanizmi konzistentnosti”), kako bi državni vrhovni sud postao jedini sud posljednje instance koji bi osiguravao konzistentnu praksu na teritoriji države? Ako bi odgovor na ovo pitanje bio pozitivan, onda se mora priznati da bi to bilo moguće samo i jedino temeljitom ustavnim reformom ne samo na nivou države već i na nivou entiteta, odnosno uspostavljanjem sasvim *drugачijeg* pravnog sistema, što neminovno znači i uspostavu drugačije ustavno-pravne organizacije države. U suprotnom, nema ni načina, ni pravnog osnova da se na ovakav pravni sistem i ovakvu organizaciju pravosuđa, ograničenim ustavnim promjenama jednostavno “nakalemi” državni vrhovni sud sa bilo kakvim ovlastima, a posebno da on bude i efikasan. Ostaje, naravno, otvoreno i pitanje šta bi u takvoj situaciji bilo sa Sudom BiH i da li bi i kako bio funkcionalno povezan sa državnim vrhovnim sudom, što je također pitanje za ozbiljnu i sveobuhvatnu raspravu.

Na kraju, teza o neophodnosti uspostavljanja državnog vrhovnog suda kao mehanizma konzistentnosti sudske prakse u cijeloj BiH, obrazlaže se i navodnom potrebom “rasterećenja” Ustavnog suda BiH “od predmeta koji se odnose na njegovu apelacionu nadležnost” ili čak oduzimanja te nadležnosti, uz već spomenutu argumentaciju da se taj sud “neosnovano miješa u nadležnost redovnih sudova i postavlja se

kao sud ‘četvrte instance’”. Ovo je možda i najslabija teza jer je materijalno netačna. Apelaciona nadležnost Ustavnog suda daje ovom sudu nadležnost da kao ustavna institucija na nivou BiH “osigura najviši nivo zaštite ljudskih prava”²⁵, tj. da pruži zaštitu ljudskih prava kao ustavnih prava. Zaštita ustavnih prava ne može biti prenesena na bilo koji sud tzv. “redovne nadležnosti” niti može biti u nadležnosti bilo kojeg vrhovnog suda, bio on na nivou entiteta ili države. Svi sudovi u BiH, temeljem odredbe čl. II/6 Ustava BiH moraju voditi računa o primjeni ljudskih prava koje garantuje Ustav Bosne i Hercegovine, ali konačno preispitivanje donesenih odluka u smislu njihove saglasnosti sa Ustavom BiH i ustavno zaštićenim ljudskim pravima nadležnost je samo Ustavnog suda BiH. Čak i ako se složimo da se nekada desi da Ustavni sud zauzme stav kao sud “četvrte instance”²⁶, to ne znači da iznesena teza postaje tačna ili da na bilo koji način dobija na težini. Osim toga, odluke Ustavnog suda BiH su konačne i obavezujuće ali su, ipak, podložne daljnjem preispitivanju poštovanja međunarodnih standarda ljudskih prava pred Evropskim sudom za ljudska prava, kao nadnacionalnog mehanizma zaštite.

Također, ovakva nadležnost nije bosanskohercegovački “ustavni izum”, već svojevrsan trend u ustavnoj zaštiti ljudskih prava. Ako pogledamo samo susjedne države (Hrvatska, Slovenija, Srbija, Crna Gora, Makedonija), uočiti ćemo da su ustavi tih zemalja također predvidjeli ustavnu tužbu ili ustavnu žalbu (što je ekvivalent apelacionoj nadležnosti Ustavnog suda BiH) putem koje ispituju kršenje ljudskih prava kao ustavnih prava. U Republici Hrvatskoj npr. egzi-

²⁵ Čl. II/1 Ustava BiH.

²⁶ Rijetke su odluke u kojima Ustavni sud BiH, nakon što utvrdi kršenje nekog ustavnog prava ukine odluku suda posljednje instance i ostavi na snazi odluku suda niže instance za koju ocijeni da je u skladu sa ustavom zaštićenim ljudskim pravima. Ova nadležnost Ustavnog suda je propisana u čl. 64 st. 2 Pravila Ustavnog suda BiH (*Sl. gl. BiH* br. 60/05, 64/08 i 51/09), prema kojem: “Izuzetno, ako Ustavni sud utvrdi da je apelacija osnovana može, prema prirodi Ustavom utvrđenih prava i osnovnih sloboda, sam odlučiti o meritumu predmeta i odluku dostaviti nadležnom organu radi osiguranja podnosiocu apelacije ustavnih prava koja su mu povrijeđena.” Iako se ova mogućnost vrlo rijetko koristi, opravdanost postojanja takve mogućnosti se, naravno, može analizirati.

stiraju i Vrhovni i Ustavni sud, pa ipak Ustavni sud donosi odluke kojima, nakon što utvrdi kršenje nekog ustavnog prava, ukine odluku nekog suda (uključujući i Vrhovni sud RH) kojom je to pravo prekršeno i predmet vrati na ponovno suđenje kako bi se nova odluka donijela vodeći računa o ustavnim pravima. Tako je i u Republici Srbiji i Republici Crnoj Gori²⁷. Ovakva primjena nadležnosti ustavnih sudova u zaštiti ustavnih prava ne znači “preuzimanje nadležnosti vrhovnih sudova”, jer vrhovni ili drugi “redovni” sudovi i nemaju nadležnost u ovakvim pravnim sistemima da odlučuju o ustavnim pitanjima ali imaju obavezu da u postupcima za koje su nadležni primjenjuju ustavom garantovana ljudska prava, što preispituju i osiguravaju ustavni sudovi kroz svoju ustavnu nadležnost.

Upravo na tom osnovu se i donosi najveći broj odluka Ustavnog suda BiH, koji je npr. utvrdio kršenje prava na pravično suđenje kada je isti sud u sličnim situacijama donosio kontradiktorne odluke. Ustavni sud je u predmetu u kojem se apelant žalio na to da je Vrhovni sud FBiH prekršio njegovo ustavno pravo na pravično suđenje zato što je, između ostalog, različito primijenio zakon u poređenju sa drugim, sličnim slučajevima, ukazao:

da je pravna sigurnost neodvojiv element principa vladavine prava koji je ugrađen u same temelje prava na pravično suđenje iz čl. 6 Evropske konvencije. Stoga, različito pravno tumačenje u istim slučajevima, naročito ako nije jasno i razložno obrazloženo na način koji bi zadovoljio zahtjeve navedenog člana, narušava pravnu sigurnost a time i princip vladavine prava iz čl. I/2 Ustava Bosne i Hercegovine, te samu suštinu prava na pravično suđenje²⁸.

Ovakvo stanovište ne znači da je Ustavni sud BiH na sebe preuzeo ulogu mehanizma koji će osigurati konzistentnost prakse na nivou

²⁷ Npr. Odluka Ustavnog suda RH broj U-III/4593/2010, dostupna na <http://sljeme.usud.hr/usud/praksaw.nsf/Pojmovi/C12570D30061CE54C12577F80034DC32?OpenDocument>; Odluka Ustavnog suda Republike Srbije broj UŽ-2454/2009, dostupna na <http://www.ustavni.sud.rs/page/predmet/sr-Latn-CS/2312/?NOLAYOUT=1>.

²⁸ Odluka broj AP-2478/06 od 17. 09. 2008, dostupna na www.ccbh.ba.

jednog vrhovnog suda entiteta, već znači da je ocijenio da činjenica da Vrhovni sud FBiH, kao sud posljednje instance, sam nije vodio računa o konzistentnosti vlastitih odluka krši ustavno pravo na pravično suđenje, a time i princip pravne sigurnosti kao elementa vladavine prava. U tom smislu, čak i ako bi bio osnovan državni vrhovni sud, on nikako ne bi mogao dobiti dio ustavne nadležnosti Ustavnog suda BiH već bi, naprotiv, i njegove odluke bile podložne preispitivanju poštovanja ustavnih prava pred Ustavnim sudom BiH. To dalje znači da je teza o “rasterećenju Ustavnog suda” potpuno pogrešna, jer se ustavni sud ne može “rasteretiti” od nadležnosti da štiti ustavna prava. Pitanje broja predmeta iz apelacione nadležnosti pred Ustavnim sudom je sasvim drugo pitanje o kojem se može i treba razgovarati, ali sigurno ne u ovom kontekstu. Ako se ne razlikuje ustavna nadležnost u pogledu zaštite ustavnih prava od nadležnosti “redovnih” sudova da štite pravilnu primjenu zakona, uzimajući u obzir sve nijanse u odlučivanju koje neupućene mogu dovesti u zabludu, onda je o pitanju o kojem se govori teško, ako ne i nemoguće raspravljati.

6. Umjesto zaključka

Nesumnjivo je da se u bosanskohercegovačkim okolnostima radi o vrlo složenom pitanju jer ono uključuje puno više od pukog osnivanja još jednog suda. Međutim, njegova složenost ne proizlazi iz vrlo uopštenih teza koje se iznose u prilog ili protiv osnivanja državnog vrhovnog suda već iz niza pravnih pitanja, najprije pitanja ustavnog osnova, a zatim i strateških pitanja daljnjeg razvoja ustavno-pravnog sistema, od kojih je jedno svakako i pitanje da li je za ostvarivanje ciljeva reforme pravosuđa ili za unapređenje funkcionalnosti države nedostatak državnog vrhovnog suda krucijalno pitanje ili je važnije, ipak, riješiti neke druge goruće probleme i pravosuđa i države.

Do pravog odgovora se neće moći doći ako se uspostavljanje državnog vrhovnog suda nametne samo kao još jedan projekat unutar reforme pravosuđa ili ustavne reforme, kao što je do sada često bio slučaj.

Ljubomir OŽEGOVIĆ

Treba li BiH jedan vrhovni sud?

1. Opšta i uvodna razmatranja

U redovima koji slijede centralno pitanje biti će najprije razmotreno s obzirom na opšte usvojena ili preovlađujuća shvatanja teorije države i prava. Takav pristup je opravdan s obzirom na otvorena pitanja tipizacije državnog uređenja Bosne i Hercegovine (u daljnjem tekstu: BiH). Dalje će se pokušati sagledati raspodjela nadležnosti u okviru BiH, posebno s osvrtom na njihovu raspodjelu između državnog i entitetskog nivoa javne vlasti, kao i na ustavna i zakonska rješenja u pogledu organizacije sudske grane vlasti. U zaključku će na osnovu tako postavljene analize biti ponuđen odgovor na pitanje, da li BiH treba jedan vrhovni sud.

S obzirom na ovako postavljen analitički okvir neophodno je, radi šireg sagledavanja problema, podsjetiti na osnovne oblike državnog uređenja. Govoreći sa teorijskog aspekta, diferencijacija država prema obliku njihovog unutrašnjeg uređenja može se uopšteno vršiti s obzirom na pitanje da li u okviru određene države postoji jedna ili više teritorijalnih jedinica koje imaju svojstva države. Ukoliko se radi o državi koja je podijeljena na teritorijalne jedinice koje nemaju atribute države (kao što su oblasti, okruzi, srezovi, opštine itd.), pri čemu je centralna vlast jedinstvena na cijeloj njenoj teritoriji, onda u tom slučaju država ima unitarni oblik državnog uređenja. Nasuprot tome, u situaciji kada je država sastavljena od dvije ili više državnopravnih jedinica koje su, uz to, radi ostvarenja zajedničkih ciljeva i interesa, vršenje nekih poslova i nadležnosti prenijele na zajedničke organe i institucije — go-

vorimo o složenoj državi¹. Tako strukturalno koncipirana država može imati više svojih pojava oblika i to u vidu federacije, konfederacije, kao i raznih vrsta unija (personalna, realna, mješovita i sl.). O kojem će se tipu složene države raditi u konkretnom slučaju zavisi od više aspekata — od načina na koji je došlo do stvaranja zajedničke državne tvorevine i mogućnosti njene, na ustavan način, mirne disolucije; potom od načina donošenja odluka na državnom nivou vlasti i njihovog dejstva i stepena obavezujuće pravne snage; od međusobnog odnosa centralnih organa vlasti i organa vlasti konstitutivnih jedinica; od broja i značaja ingerencija i poslova koji su dati u nadležnost organima državne zajednice, odnosno organima konstitutivnih jedinica itd.

Imajući u vidu da u okviru složenih država postoji manje ili više latentan sukob dvije tendencije — jedna kojom se nastoje ojačati savezni, centralni organi smanjivanjem obima moći organa konstitutivnih jedinica (unitarizirajuća), i suprotna tendencija koja ide za jačanjem organa i institucija država članica te slabljenjem zajedničkih organa (federalizirajuća) — pitanje raspodjele nadležnosti između organa javne vlasti različitih nivoa predstavlja jedno od najsloženijih i najdelikatnijih pitanja u svakoj državi. Od optimalnog rješenja ovoga pitanja zavisi, u najmanju ruku, skladno funkcionisanje cjelokupne državne zajednice.

2. Raspodjela nadležnosti između Bosne i Hercegovine i entiteta

Bosna i Hercegovine svoje postojanje (mada, pored drugih pitanja, i o ovome postoje divergentna mišljenja), ali zato ustrojstvo i organizaciju nesumnjivo, temelji na Ustavu od 14. decembra 1995. godine, odnosno Aneksu IV Opšteg okvirnog sporazuma za mir u Bosni i Hercegovini. Prema ovom Ustavu, Bosna i Hercegovina je proklamovana kao demokratska država, koja (bi trebalo da) funkcioniše na principu vladavine prava i na osnovu slobodnih i demokratskih izbora², a

¹ Potpunije npr. R. D. Lukić/B. Košutić, *Uvod u pravo*, Beograd 2008, ss. 101-103; R. Marković, *Ustavno pravo i političke institucije*, Beograd 1996, ss. 439-441; N. Visković, *Država i pravo*, Zagreb 1995, ss. 57-59.

² Cl. I/2 Ustava Bosne i Hercegovine.

sastoji se od dva entiteta: Federacije Bosne i Hercegovine i Republike Srpske³. S obzirom na ovako šturo određenje koje pruža Ustav u pogledu unutrašnje strukture Bosne i Hercegovine, u stručnim, a još manje u političkim krugovima, ne postoji jedinstven stav o tome o kakvom obliku njenog državnog uređenja se radi. Tako, neki smatraju da se radi o federaciji, drugi da se radi o konfederativnom obliku uređenja, treći da je Bosna i Hercegovina država sa izmiješanim federativno-konfederativnim elementima itd. No, s obzirom na izričito pobrojane nadležnosti koje su Bosni i Hercegovini date ustavom, kao i nadležnosti njenih konstitutivnih elemenata i njihov međusobni odnos; s obzirom na unutrašnju strukturu entiteta iz kojih su sačinjeni, te na način donošenja odluka u institucijama Bosne i Hercegovine, nesporno je da se radi o složenoj državi⁴. Pored toga, čini se da su najbliži istini oni koji tvrde da se u slučaju Bosne i Hercegovine radi o državi sa državno-pravnim uređenjem *sui generis*, u kojem dominiraju elementi asimetrične federacije⁵. Ipak, bilo kako bilo, u prilog tvrdnji da se radi o kompleksnom pitanju da dodamo i stav autora prema kojem je “[U] stavom Bosne i Hercegovine od 14. prosinca 1995. godine utemeljen [...] vjerovatno najsloženiji oblik državnog uređenja koji je do danas poznat u svijetu”⁶.

Dakle, kao što je to slučaj i kod drugih zemalja koje imaju ustav u formalno-pravnom smislu, pitanje državnog uređenja Bosne i Hercegovine predmet je ustavne regulative⁷. Organizacija državne vlasti uspostavljena je tako što su Ustavom razgraničene nadležnosti između institucija na državnom nivou vlasti i entitetskih institucija. Ovo razgraničenje je izvršeno na dvojak način: metodom pozitivne enume-

³ Čl. I/3 Ustava Bosne i Hercegovine.

⁴ Isti zaključak zauzela je i Evropska komisija za demokratiju kroz pravo (tzv. “Venecijanska komisija”) u svom *Mišljenju o ustavnoj situaciji u Bosni i Hercegovini i ovlašćenjima Visokog predstavnika za Bosnu i Hercegovinu*, od 11. 03. 2005, prema kojem je, u tački 35 navedenog mišljenja, iznesen stav da je Bosna i Hercegovina federalna država s obzirom na dvodomnu strukturu njenog zakonodavnog tijela. Također, u tački 45 istog dokumenta ističe se, između ostalog, da je ona “izuzetno decentralizovana federacija”.

⁵ Vidi npr. <http://www.vesti.rs/Vesti/BiH-je-asimetricna-federacija.html>.

⁶ S. Sokol/B. Šmerdel, *Ustavno pravo*, Zagreb 1998, s. 297.

⁷ Čl. III Ustava Bosne i Hercegovine.

racije propisano je šta je u isključivoj nadležnosti institucija Bosne i Hercegovine, a to su — vanjska politika; vanjskotrgovinska politika; carinska i monetarna politika; finansiranje institucija i međunarodnih obaveza Bosne i Hercegovine; politika i regulisanje pitanja imigracije, izbjeglica i azila; provođenje međunarodnih i međuentitetskih krivično-pravnih propisa, uključujući i odnose sa Interpolom; uspostavljanje i funkcionisanje zajedničkih i međunarodnih komunikacijskih sredstava; regulisanje međuentitetskog transporta i, naposljetku, kontrola vazdušnog saobraćaja⁸. Nasuprot tome, Ustav je nadležnosti entiteta odredio primjenom principa generalne klauzule, odnosno presumpcijom nadležnosti, i to tako što je sve državne funkcije, koje nisu izričito date institucijama Bosne i Hercegovine, ostavio u nadležnosti entiteta⁹. Dakle, prema navedenim odredbama Ustava entitetima pripadaju sve one nadležnosti i prerogativi koji *explicite* nisu pod ingerencijom institucija Bosne i Hercegovine. Osim načina podjele nadležnosti između Bosne i Hercegovine i entiteta, Ustav je, u istom odjeljku, utvrdio mogućnost da Bosna i Hercegovina, uz saglasnost entiteta, može preuzeti i određene druge nadležnosti i formirati posebne institucije za vršenje tih poslova¹⁰.

S obzirom da Ustav nije izričito predvidio da se sudska vlast vrši na nivou Bosne i Hercegovine (pod uslovom da prihvatimo da Ustavni sud Bosne i Hercegovine nije dio sudske grane vlasti) proizlazi, stoga, da vršenje iste te vlasti pripada isključivo entitetima. No, iako Ustav, dakle, izvorno nije dao u nadležnost državi da vrši poslove iz domena pravosudne vlasti, neophodno je napomenuti da je donošenjem više zakona od strane Kancelarije visokog predstavnika za Bosnu i Hercegovinu, došlo do formiranja novih, između ostalih¹¹, i institucija pravosudne vlasti na nivou Bosne i Hercegovine. Tako je donošenjem

⁸ Čl. III/1 Ustava Bosne i Hercegovine.

⁹ Čl. III/3a) Ustava Bosne i Hercegovine.

¹⁰ Čl. III/5a) Ustava Bosne i Hercegovine.

¹¹ Prenošenjem nadležnosti iz, na primjer, oblasti odbrane, bezbjednosti i carina sa entitetskog na državni nivo vlasti organizovano je državno Ministarstvo odbrane, Obavještajno-sigurnosna agencija, Državna agencija za istrage i zaštitu, Državna granična služba, Uprava za indirektno oporezivanje itd.

Zakona o sudu Bosne i Hercegovine¹² institucionaliziran Sud Bosne i Hercegovine, Zakonom o tužilaštvu Bosne i Hercegovine¹³ osnovano je Tužilaštvo Bosne i Hercegovine, dok je donošenjem Zakona o visokom sudskom i tužilačkom savjetu Bosne i Hercegovine¹⁴ konstituisan Visoki sudski i tužilački savjet Bosne i Hercegovine.

3. Vrhovni sudovi — položaj i nadležnosti

3.1 Osnovna načela

Osnovna načela u pogledu organizacije, funkcionisanja i principa rada sudske grane vlasti proklamovana su ustavima entiteta¹⁵. Navedena ustavna načela potom su razrađena i precizirana odredbama entitetskih zakona: Zakonom o sudovima Republike Srpske¹⁶ i Zakonom o sudovima u Federaciji Bosne i Hercegovine¹⁷. Prema relevantnim odredbama zakona, Vrhovni sud Federacije Bosne i Hercegovine je definisan kao najviši žalbeni sud u Federaciji¹⁸, a Vrhovni sud Republike Srpske kao najviši sud u Republici Srpskoj¹⁹. Potom, u pogledu stvarne nadležnosti, navedenim zakonima je određeno da je Vrhovni sud Federacije Bosne i Hercegovine nadležan da odlučuje o redovnim pravnim lijekovima protiv odluka kantonalnih sudova, ako je to zakonom određeno; da odlučuje o vanrednim pravnim lijekovima protiv pravosnažnih odluka sudova kada je to zakonom određeno; da odlučuje o pravnim lijekovima protiv odluka svojih vijeća, ako zakonom nije drugačije određeno; da rješava sukobe nadležnosti između kantonalnih i opštinskih sudova sa područja različitih kantona, ako zakonom nije drugačije određeno; da odlučuje o prenošenju mjesne nadležnosti sa jednog suda na drugi sud kada je to određeno zakonom i da obavlja druge poslove utvrđene

¹² *Sl. gl. BiH* broj 29/00.

¹³ *Sl. gl. BiH* broj 24/02.

¹⁴ *Sl. gl. BiH* broj 15/02.

¹⁵ Čl. 121-127 Ustava Republike Srpske sa Amandmanima XCIV, XCV i XCVI; čl. IV/C.1-17, čl. V/4.11 i čl. VI/7 Ustava FBiH sa Amandmanima LVI-LXIII; CIII i CVI.

¹⁶ *Sl. gl. RS* broj 111/04.

¹⁷ *Sl. nov. FBiH* broj 38/05.

¹⁸ Čl. 18 Zakona o sudovima u Federaciji Bosne i Hercegovine.

¹⁹ Čl. 18 st. 1 Zakona o sudovima Republike Srpske.

zakonom, osim onih iz nadležnosti Ustavnog suda Federacije Bosne i Hercegovine²⁰. Gotovo na identičan način određena je i stvarna nadležnost Vrhovnog suda Republike Srpske²¹. Pored pomenutih odredaba koje se odnose na položaj i funkcionisanje vrhovnih sudova entiteta, neophodno je navesti i odredbu prema kojoj Vrhovni sud Federacije Bosne i Hercegovine ima proširenu opštu sjednicu na kojoj se zauzimaju načelni stavovi o pitanjima koja su od interesa za primjenjivanje federalnih zakona²². Neophodno je, također, primijetiti da u odnosu na Vrhovni sud Republike Srpske takva odredba u Zakonu o sudovima Republike Srpske ne postoji, već je ona inkorporirana u sam Ustav Republike Srpske²³.

Imajući u vidu položaj i ulogu vrhovnih sudova entiteta u sistemu podjele vlasti, smatramo da je neophodno sagledati kakav položaj i nadležnosti imaju vrhovni sudovi susjednih država. Ova komparacija je neophodna kako bismo spoznali eventualne razlike među njima, te dobili bar djelomičan odgovor na pitanje da li entitetski vrhovni sudovi u Bosni i Hercegovini ispunjavaju i neke od osnovnih funkcija zbog kojih su osnovani, a za koje neki pravni teoretičari i praktičari (a najčešće političari) tvrde da ovi sudovi neopravdano ne obezbjeđuju.

3.2 Rješenja u regionu

Prema Zakonu o sudovima Republike Hrvatske²⁴ Vrhovni sud Republike Hrvatske je najviši sud u Republici Hrvatskoj²⁵ koji je nadležan da: osigurava jedinstvenu primjenu zakona i ravnopravnost građana, te jednakost svih pred zakonom; da odlučuje o vanrednim pravnim lijekovima protiv pravosnažnih odluka sudova u Republici Hrvatskoj i o redovnim pravnim lijekovima kad je to propisano posebnim zakonom; da rješava o sukobu nadležnosti kad je to propisano posebnim zakonom;

²⁰ Čl. 29 st. 1 Zakona o sudovima u Federaciji Bosne i Hercegovine.

²¹ Čl. 28 Zakona o sudovima Republike Srpske.

²² Čl. 35 st. 5 Zakona o sudovima u Federaciji Bosne i Hercegovine.

²³ Čl. 123 Ustava Republike Srpske.

²⁴ *Narodne nov. Republike Hrvatske* broj 150/05 od 21. 12. 2005.

²⁵ Čl. 13 st. 4 Zakona o sudovima Republike Hrvatske.

i da razmatra aktuelna pitanja sudske prakse, analizira potrebe za stručnim usavršavanjem sudija, savjetnika i sudskih pripravnika i obavlja druge poslove određene zakonom²⁶.

Položaj i nadležnosti Vrhovnog kasacionog suda Republike Srbije utvrđene su Zakonom o uređenju sudova²⁷ prema kojem je ovaj sud proklamovan kao najviši sud u Republici Srbiji, čije je sjedište u Beogradu²⁸. Navedeni zakon je ovome Sudu dao u nadležnost da odlučuje o vanrednim pravnim sredstvima izjavljenim na odluke sudova Republike Srbije i drugim stvarima određenim zakonom, kao i o sukobu nadležnosti između sudova, ako za odlučivanje nije nadležan drugi sud, te da odlučuje i o prenošenju nadležnosti sudova radi lakšeg vođenja postupka ili drugih važnih razloga²⁹. Pored toga, mimo suđenja, ovome sudu je dato u nadležnost da utvrđuje načelne pravne stavove radi jedinstvene sudske primjene prava; da razmatra primjenu zakona i drugih propisa i rad sudova; imenuje sudije Ustavnog suda; daje mišljenje o kandidatu za predsjednika Vrhovnog kasacionog suda i vrši druge nadležnosti određene zakonom³⁰.

U Republici Crnoj Gori položaj i nadležnost Vrhovnog suda utvrđeni su Zakonom o sudovima³¹. Odredbama ovoga zakona određeno je, između ostalog, da je Vrhovni sud najviši sud u Republici sa sjedištem u Podgorici³². U pogledu stvarne nadležnosti, zakon je Vrhovnom sudu dao da odlučuje o vanrednim pravnim lijekovima protiv odluka sudova u Republici; da odlučuje protiv odluka svoga vijeća, kad je to zakonom određeno; zatim da odlučuje o prenošenju i određivanju mjesne nadležnosti; da rješava sukobe nadležnosti između sudova raznih vrsta na teritoriji Republike, izuzev kad je određena nadležnost nekog drugog suda; te da vrši i druge poslove određene zakonom³³. Pored navedenog, pomenutim zakonom je propisano da Vrhovni sud u opštoj sjednici, pored ostalog, utvrđuje načelne pravne stavove i na-

²⁶ Čl. 24 Zakona o sudovima Republike Hrvatske.

²⁷ *Sl. gl. Republike Srbije* br. 116/2008, 104/2009.

²⁸ Čl. 12 Zakona o uređenju sudova.

²⁹ Čl. 30 Zakona o uređenju sudova.

³⁰ Čl. 31 Zakona o uređenju sudova.

³¹ *Sl. list Crne Gore* br. 5/02, 49/04 i 22/08.

³² Čl. 25 Zakona o sudovima. ³³ Čl. 26 Zakona o sudovima.

čelna pravna mišljenja radi jedinstvene primjene Ustava, zakona i drugih propisa na teritoriji Republike³⁴.

3.3 Međubilans

Sagledavanjem odredaba zakona kojima su uređene nadležnosti i položaj vrhovnih sudova u Bosni i Hercegovini i okruženju, jasno se uočava da je, pored uobičajenih nadležnosti za sudove najvišeg ranga (odlučivanje o pravnim lijekovima, rješavanje sukoba nadležnosti, te delegacija nadležnosti) svim navedenim sudovima izričito, zakonom (a u slučaju Vrhovnog suda Republike Srpske čak Ustavom), dato u nadležnost da osiguraju jedinstvenu primjenu zakona i ravnopravnost građana na teritoriji pod svojom jurisdikcijom.

4. Jedinstvena primjena zakona u Bosni i Hercegovini

Osnovni argument zagovornika ukidanja entitetskih vrhovnih sudova i uvođenja jednog, zajedničkog vrhovnog suda za cjelokupnu teritoriju Bosne i Hercegovine jeste potreba jedinstvene primjene zakona i osiguranje ravnopravnosti građana. Ovo radi toga što, navodno, entitetski vrhovni sudovi ne mogu obezbjediti navedene pravne vrijednosti, s obzirom na činjenicu da se njihova jurisdikcija proteže samo u granicama entiteta. Tako, prema tvrdnjama onih koji dijele ovakav stav, subjekti istovrsnih ili bitno sličnih pravnih odnosa na teritorijima različitih entiteta ne uživaju jednak pravni tretman i zaštitu utemeljenu na jedinstvenoj pravnoj praksi što, opet, za posljedicu ima njihov neravnopravan status u jednoj te istoj državi. Postavlja se pitanje: da li je ovakav stav tačan i, ako jeste, da li je opravdana eventualna nejedinstvena primjena zakona od strane vrhovnih sudova?

No, prije davanja odgovora na postavljena pitanja i, time, definitivno razjašnjenje centralne dileme ovoga rada, neophodno je upoznati se sa činjenicom da pitanje jedinstvene primjene zakona i obezbjeđenje ravnopravnosti građana predstavlja, izgleda, ekskluzivnu nadležnost vr-

³⁴ Čl. 27 Zakona o sudovima.

hovnih sudova u Bosni i Hercegovini i okruženju. Ovakav zaključak proizlazi, *eo ipso*, s obzirom da “[A]ko analiziramo neka druga rješenja lako ćemo utvrditi da takve odredbe niti približno nema u drugim pravnim sustavima”³⁵, što govori o tome kakav odnos vlada između sudova najviših instanci u odnosu na sudove nižeg stepena u razvijenim demokratskim državama sa bogatom pravnom tradicijom. Također, “[K]ada se analiziraju odredbe o nadležnosti vrhovnih sudova koji su predmet ovoga rada [*Vrhovni sudovi Slovenije, Austrije i SR Njemačke*] vidjet ćemo da najviše općenitih navoda o nadležnosti Vrhovnog suda ima u hrvatskom Zakonu o sudovima (odredbe tipa zaštita jednakosti građana pred zakonom, razmatranje aktualnih pitanja sudske prakse itd). Sličnih odredbi u nadležnosti Vrhovnog suda Slovenije ili Vrhovnog suda SR Njemačke jednostavno nema”³⁶.

Razlog za ovakva zakonska rješenja u kojima se ne mogu naći nadležnosti kao što su jedinstvena primjena zakona i obezbjeđenje ravnopravnosti građana, prema skromnom sudu autora, leži u tome što se, u osnovi, ne radi o posebnim, izdvojenim obavezama već o principima rada vrhovnih sudova, tj. o načinu i metodu vršenja njihovih osnovnih nadležnosti — odlučivanje o pravnim lijekovima. Stoga, čini se da, s jedne strane, vlada pretpostavka da vrhovni sudovi odluke donose jedinstvenom primjenom zakona i na temelju pravnih stavova zauzetih na svojim opštim sjednicama radi čega to i ne treba posebno isticati. S druge strane, razuman je zaključak da se izostavljanjem ove nadležnosti obezbjeđuje relaksiran položaja sudija nižestepeni sudova, odnosno da se na taj način daje doprinos ostvarenju principa nezavisnosti suda. Jer, podsjetićemo se da su u skladu s Temeljnim principima UN-a o nezavisnosti pravosuđa, “[...] sve institucije vlasti i ostale institucije dužne [...] poštivati nezavisnost pravosuđa”. Pored toga, “[...] pravosudna tijela dužna su nepristrasno odlučivati o predmetima koji se vode pred njima, na temelju činjenica i u skladu sa zakonom, bez ikakvih ograničenja, neprimjerenih utjecaja, pobuda,

³⁵ M. Sesar, *Vrhovni sud u Republici Hrvatskoj, SR Njemačkoj, Republici Sloveniji i Austriji*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, br. 4/2009, s. 736.

³⁶ *Ibid.*, s. 738.

pritisaka, prijatnji ili uplitanja, posrednih ili neposrednih, od strane bilo koga ili zbog ikakvog razloga³⁷. A Evropski sud za ljudska prava otišao je i dalje u preciziranju pojma nezavisnog suda, te nedvosmisleno ustvrdio da se tribunal neće smatrati nezavisnim, ako je po zakonu obavezan da uvažava pravna shvatanja bilo kojeg drugog organa, pa makar on bio organ sudske, a ne samo neke druge grane vlasti³⁸.

Dakle, slijedom navedenih stavova i iz njih proisteklih zaključaka može se konstatovati da najviši sudovi, suprotno uvriježenom mišljenju na ovim prostorima, ne treba i ne smiju da imaju ulogu neprikosnovenog i bespogovornog autoriteta koji će isključivo snagom svoje ustavne ili zakonske pozicije, a ne snagom argumentacije i razločnosti, nametati stavove drugim, potčinjenim organima pravosudne vlasti. Takva tendencija, zasnovana samo na ovim postulatima, u kojoj bi se *a priori* odbacivali stavovi i odluke koje nisu u skladu sa proklamovanim stavovima i praksom najviše sudske instance (bez obzira na njihov kvalitet), neminovno bi trasirala put koji vodi ka automatizaciji u primjeni prava i sputavanju svakog kreativnog pristupa u vršenju funkcije suđenja kojeg nalažu različite okolnosti svakog pojedinog slučaja. Štaviše, takav pristup u obavljanju sudske funkcije predstavljao bi sigurno trasiran put ka negaciji prava.

Nadalje, s obzirom na specifično, decentralizovano državno uređenje Bosne i Hercegovine, u okviru kojeg imamo čak četiri, u manjoj ili većoj mjeri, zaokružena pravna sistema (Bosne i Hercegovine, dva entiteta i Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine) postavlja se pitanje: da li je u takvim okolnostima, u takvom ustavnom okviru, zaista moguća jedinstvena primjena prava od strane jednog vrhovnog suda? Da bi se dobio odgovor na ovo pitanje neophodno je podsjetiti se da su navedena četiri pravna sistema, manje-više, neusaglašena, odnosno da svaki od njih posjeduje u odnosu na one druge različita normativna rješenja u

³⁷ Temeljni principi UN-a o nezavisnosti pravosuđa, usvojeni od strane Generalne skupštine, Rezolucijom 40/32, od 29. 11. 1985. i Rezolucijom 40/146, od 13. 12. 1985, Principi 1 i 2.

³⁸ Evropski sud za ljudska prava, *Baeumartin*, presuda od 24. 11. 1994, Series A, no. 296-B, br. 38, 39.

pogledu istih instituta u gotovo svim oblastima prava³⁹. Imajući u vidu ove činjenice, a pri tome nikako ne zaboravljajući činjenicu kako su Ustavom raspodijeljene nadležnosti između Bosne i Hercegovine i njenih entiteta, nemoguće je zamisliti da jedan, jedinstveni vrhovni sud u državi, na jednak način, na iste ili slične pravne situacije vrši jedinstvenu primjenu zakona koji potiču iz različitih pravnih sistema i koji, nerijetko, imaju različita rješenja za identične pravne institute. Shodno tome, svaka mogućnost da se pokuša jedinstvena primjena prava iz nekompatibilnih pravnih sistema na iste ili bitno slične pravne situacije, i da se tako obezbijedi ravnopravnost građana, predstavlja iluzoran cilj. S obzirom na ovakav zaključak, proizlazi da bi se jednakost građana putem stvarne jedinstvene primjene prava (ukoliko je ona uopšte moguća) mogla postići jedino u slučaju ukidanja različitosti među postojećim pravnim sistemima u okviru Bosne i Hercegovine, odnosno njihovim usaglašavanjem bar u najbitnijim elementima. Međutim, uvažavajući aktuelni politički trenutak i sveukupne društvene okolnosti Bosne i Hercegovine, nesumnjivo je da će prevazi-lazjenje ovih različitosti, na ovaj ili na onaj način, morati sačekati povoljniji ambijent.

U pogledu prigovora da entitetski vrhovni sudovi ne mogu obezbijediti ravnopravnost i pravnu sigurnost građana jer na iste ili slične situacije primjena prava nije uvijek identična, može se reći da su ovakve pravne situacije, nažalost, moguće i da se dešavaju od slučaja do slučaja. Štaviše, u pravnoj praksi vrhovnih sudova entiteta dešavalo se da isti vrhovni sud (a ne vrhovni sud drugog entiteta) u povodu istog činjeničnog supstrata, razmatrajući ista pravna pitanja, donese dvije dijametralno različite odluke. Radi toga je Ustavni sud Bosne i Hercegovine odlučujući o ustavnosti jedne od navedenih odluka, u okviru apelacione jurisdikcije⁴⁰, konstatovao da je takvom odlukom Vrhovni sud Federacije Bosne i Hercegovine povrijedio apelantovo ustavno

³⁹ Kao ilustraciju ovoga stava možemo navesti, između ostalih, primjer stanja u oblasti stvarnog prava, jer oba entiteta i Brčko Distrikt Bosne i Hercegovine imaju u cijelosti nekompatibilne zakone, dok na nivou Bosne i Hercegovine takav zakon uopšte ne postoji.

⁴⁰ Čl. VI/3b) Ustava Bosne i Hercegovine.

pravo na pravično suđenje iz čl. II/3e) Ustava Bosne i Hercegovine i čl. 6 st. 1 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda⁴¹. U toj odluci navedeno je, između ostalog, da “[...] Ustavni sud smatra da Vrhovni sud u osporenoj odluci nije dao obrazloženje svog pravnog stanovišta na način koji bi zadovoljio navedene standarde čl. 6 st. 1 Evropske konvencije, koje bi naročito jasno i razložno ukazalo zbog čega se u osporenoj odluci zauzima drugačiji pravni stav od onog koji je Vrhovni sud zauzeo u drugim odlukama o istom pravnom pitanju [...]”⁴². Ovakvu praksu Ustavni sud Bosne i Hercegovine je uspostavio po uzoru i na temelju prakse Evropskog suda za ljudska prava⁴³ čiju praksu je dužan da slijedi u donošenju svojih odluka. Jer, u slučaju etabliranja prakse koja bi bila suprotna odlukama Evropskog suda za ljudska prava, Bosna i Hercegovina bi bila odgovorna za povredu prava koja štiti Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.

Upravo radi ove i sličnih odluka kao u pomenutom slučaju, neki teoretičari smatraju da se Ustavni sud Bosne i Hercegovine neosnovano miješa u kompetencije redovnih sudova, čime je, navodno, preuzeo ulogu i ovlasti najvišeg redovnog suda⁴⁴. Da bi se prekinula takva praksa, tvrde zagovornici ovoga stava, neophodno je konstituisati vrhovni sud na državnom nivou⁴⁵ radi, između ostalog, sankcionisanja primjera nejednake primjene prava. Međutim, treba podsjetiti, prvo, da apelaciona jurisdikcija proizlazi iz ustavne odredbe prema kojoj “[U]stavni sud ima apelacionu nadležnost nad pitanjima po ovom Ustavu, koja proističu iz presude bilo kojeg suda u Bosni i Hercegovini”. Drugo, ovu vrstu nadležnosti pored Ustavnog suda Bosne i Hercegovine imaju mnogi Ustavni sudovi drugih zemalja (SR Njemačka, Italija,

⁴¹ Vidi Ustavni sud Bosne i Hercegovine, Odluka broj AP-2478/06 od 17. 09. 2008, www.ccbh.ba.

⁴² *Ibid*, s. 10, tačka 23.

⁴³ Vidi npr. Evropski sud za ljudska prava, *Suominen protiv Finske*, presuda od 01. 07. 2003, aplikacija broj 37801/97, st. 36; *Ruiz Torija protiv Španije*, presuda od 09. 12. 1994, serija A, broj 303-A, st. 29.

⁴⁴ Vidi npr. http://www.cin.ba/Stories/P20_CCourt/?cid=884,2,1.

⁴⁵ Vidi npr. <http://www.24sata.info/vijesti/bosna-i-hercegovina/20746-Kasim-Trnka-izmjeni-Ustava-BiH-Mehanizmi-blokade-drzave-dalje-ostaju.html>.

Španija, Slovenija, Hrvatska, Srbija itd.) te da, stoga, odlučivanje o ustavnosti pojedinačnih akata redovnih sudova ne predstavlja ekskluzivitet Ustavnog suda Bosne i Hercegovine. Ono što, izgleda, predstavlja razlog za nerazumijevanje ove nadležnosti jeste opšteprihvaćena činjenica da Ustavni sud nema ovlaštenje da, između ostalog, ocjenjuje da li su osporene odluke redovnih sudova usaglašene sa zakonom. No, iako je u više navrata potvrdio ovaj stav, s druge strane, Ustavni sud je u iznimnim slučajevima smatrao da je nadležan da preispita osporenu odluku redovnog suda sa aspekta povrede ustavnog prava ukoliko je redovni sud na proizvoljan ili diskriminatorski način primijenio odredbu nekog zakona⁴⁶, ili nije, kao u predloženom slučaju, dao dovoljno jasne i precizne razloge za svoju odluku koja, radi toga, ne zadovoljava standarde pravičnog suđenja.

S obzirom na karakteristike apelacione nadležnosti i pravno dejstvo odluka⁴⁷ koje iz nje proističu, jasno je da je apelacija efikasan instrument pomoću kojeg se može ostvariti pravna zaštita i u slučaju, između ostalih, kada redovni sudovi na nejednak način vrše primjenu prava u istim ili bitno sličnim slučajevima. Već uspostavljena praksa Ustavnog suda Bosne i Hercegovine u navedenom smislu nesumnjivo upućuje na zaključak da je potpuno bespredmetno institucionalizirati neki novi sud zbog postojanja mogućnosti korištenja tako snažnog pravnog sredstva kao što je apelacija.

5. Zaključak

Na početku ovoga teksta izrečena je konstatacija da je Bosna i Hercegovina složena država. I oko toga, čini se, nema neslaganja. Ta karakteristika njenog institucionalnog uređenja nije mogla mimoći organizaciju pravosuđa, jer je pravosudna vlast jedan od segmenata cjelokupne javne vlasti.

⁴⁶ Npr. Odluka broj AP-1123/04 od 01. 04. 2006, Ustavni sud Bosne i Hercegovine, *Bilten Ustavnog suda Bosne i Hercegovine 2006. godina – I dio*, 2006, ss. 313-322.

⁴⁷ Čl. 64 st. 1 i 2 Pravila Ustavnog suda Bosne i Hercegovine — Sud može odlukom kojom usvaja apelaciju ukinuti osporenu odluku i predmet vratiti sudu na ponovno suđenje, a može donijeti i meritornu odluku.

Prema Ustavu Bosne i Hercegovine, sudska vlast se nalazi isključivo u nadležnosti entiteta. Da bi se u tom smislu nešto promijenilo — kao što je institucionalizacija vrhovnog suda na državnom nivou — neophodno je, prvo, da se stvori pozitivan politički ambijent i dogovor entiteta za njegovo osnivanje. Čak i kad bi prenebregnuli ovu, za sada, gotovo nepremostivu prepreku (kojom nećemo i nismo željeli da se bavimo), ostaje otvoreno pitanje pravne održivosti i svrsishodnosti takvog poduhvata.

S obzirom da je, u najmanju ruku, upitno da li vrhovni sud treba imati posebnu nadležnost u pogledu jedinstvene primjene prava, a imajući u vidu razjedinjenost i neusaglašenost pravnog prostora Bosne i Hercegovine, nameće se zaključak da osnivanje državnog vrhovnog suda, samo po sebi, ne bi bitnije uticalo na poboljšanje stanja u pogledu zaštite prava građana. Ovo posebno i radi toga što se putem apelacione jurisdikcije pred Ustavnim sudom Bosne i Hercegovine, traženjem zaštite prava ujemčenih Ustavom Bosne i Hercegovine, Evropskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i njenim Protokolima, kao i međunarodnim dokumentima iz Aneksa i na Ustav, mogu efikasno riješiti slučajevi, između ostalih, i nejednake primjene prava i zaštita ravnopravnosti građana.

1. Uvodne napomene

Priča o potrebi osnivanja Vrhovnog suda BiH dolazila je u javnost iz političke sfere, uglavnom u izbornim kampanjama. Problemom se nisu bavile nadležne državne institucije. Nije ga bilo u programima i planovima ministarstava pravde¹, savjeta ministara i skupštinskih savjeta. Problem nije bio razmatran ni u profesionalnoj zajednici. Nije ga bilo na dnevnom redu konferencija, okruglih stolova i stručnih savjetovanja.

Nepostojanje ozbiljnog profesionalnog i javnog dijaloga o ovom pravnom pitanju nije bio problem ni za predstavnike međunarodne zajednice da zastupaju tezu da je BiH potreban vrhovni sud. U nekim ozbiljnim međunarodnim dokumentima koji se bave pravosuđem u BiH provlači se teza o potrebi osnivanja Vrhovnog suda BiH. Tako je Parlamentarna skupština Vijeća Evrope donijela Rezoluciju 1564 (2007. godine) kojom je pozvala vlasti u BiH da “*obezbijede harmonizaciju sudske prakse, razmotre uspostavljanje vrhovnog suda na državnom nivou ili daju ovlaštenja vrhovnog suda postojećem sudu tako da obezbijede pravnu sigurnost.*” U izvještaju OSCE-a o procesuiranju predmeta ratnih zločina od 2005. do 2010. godine, nazvanom “Postizanje pravde u Bosni i Hercegovini”, čak se preporučuje “*ozbiljno razmatranje uspostave vrhovnog suda BiH kao suda zadnje instance*”², iako se nigdje

¹ Državna strategija za reformu pravosuđa u BiH za period 2008. do 2012. godine je jedini državni dokument u kome se pominje Vrhovni sud BiH.

² Vidi opširnije, Postizanje pravde u Bosni i Hercegovini, OSCE, maj 2011, s. 95.

ne objašnjava koji problem pravosudnog sistema bi riješilo osnivanje ovog suda. Na pres konferenciji prilikom promovisanja brošure direktor OSCE-a u BiH Geri Robinson je rekao da je to potrebno da bi se "riješio problem neusklađene primjene važećih zakona u kaznenim predmetima"³.

Kad god se javno iznosila teza o potrebi osnivanja vrhovnog suda, najmanje se govorilo o tome šta bi mogla biti njegova nadležnost u ovakvoj strukturi pravnog sistema. To je samu ideju udaljavalo od struke i neizbježno joj davalo politički prizvuk. U RS su javno bavljenje ovim pitanjem razumijevali kao bošnjačku političku strategiju unitarizacije pravosudnog sistema, usmjerenu na podrivanje dejtonskih nadležnosti RS i stvaranje unitarne BiH. Tako je unaprijed onemogućen ozbiljan stručni i naučni dijalog o jednom važnom pravnom pitanju.

Dijalog o ovom pravnom pitanju ima u osnovi ozbiljnu nelogičnost: kako u jednom pravnom sistemu, koji je funkcionalan preko 15 godina, uspostavljati vrhovni sud? Nije li to svojevrsan pravni nonsens?

Ovaj rad ima za cilj da razjasni neke pravne aspekte problema kako bi se on rasvijetlio u mjeri koja će omogućiti korektan i profesionalan dijalog.

2. Pogled na pravni sistem

2.1 Dejtonska struktura pravosudnog sistema (entitetsko pravosuđe)

Prema Dejtonskom sporazumu pravosuđe je u nadležnosti entiteta. Na osnovu ovog međunarodnog pravnog dokumenta oba entiteta su izgradila identičnu strukturu redovnog pravosuđa. Ona dosljedno prati strukturu modernih država. Dakle, u oba entiteta organizacija pravosudnog sistema počinje sa opštinskim (FBIH) i osnovnim (RS) sudovima. Drugostepenu nadležnost imaju kantonalni (FBIH) i okružni (RS) sudovi. Treći i posljednji stepen u oba entiteta pripada vrhovnim sudovima. Nadležnosti ovih struktura su u najvećoj mjeri identične i oslanjaju se na pravno nasljeđe bivše države.

³ *Nezavisne novine*, 19. 05. 2011.

Aneksom IV Dejtonskog mirovnog sporazuma za BiH uspostavljen je Ustavni sud BiH kao jedina državna pravosudna institucija. Ustavom su utvrđeni sastav, procedure i jurisdikcija. Prema odredbi člana VI. b, Ustavni sud “ima apelacionu nadležnost u pitanjima koja su sadržana u ovom ustavu kada ona postanu predmet spora zbog presude bilo kojeg suda u BiH.”⁴ Ustav ne samo da je propisao nadležnost, nego je Ustavnom sudu dao ovlaštenje da svojim poslovnikom i pravilima⁵ “procesno oblikuje svoju nadležnost”⁶. Tako je Ustavni sud uspostavio nadležnost da povodom apelacija na odluke redovnih sudova može intervenisati privremenim mjerama (obustava sudskog postupka, odlaganje upućivanja na izdržavanje kazne), ukidanjem odluka redovnih sudova i nalaganjem novog postupka.

2.2 Pravosuđe Brčko Distrikta

Brčko Distrikt je dobio vlastitu pravosudnu strukturu na osnovu posebnog statusa grada Brčkog. Ta struktura se sastoji od Osnovnog i Apelacionog suda.⁷ Pravosudni sistem Brčko DC se završava sa dvo-stepenom strukturom i u toj mjeri se razlikuje od entitetske strukture pravosudnih institucija. Moglo bi se reći da je pravosuđe Brčko DC struktura *sui generis*.⁸

2.3 Nametnute pravosudne institucije (državni nivo)

Pravosudni sistem je nakon Dejtonskog sporazuma dodatno fragmentiran osnivanjem pravosudnih institucija na državnom nivou.

⁴ Vidi opširnije: Steiner/Ademović, *Ustav Bosne i Hercegovine - Komentar*, Sarajevo 2010, ss. 621- 643.

⁵ Poslovnik o radu usvojen je 1997. i mijenjan više puta (*Sl. gl. BiH* br. 2/97, 16/99, 20/99, 26/01, 6/02 i 1/04). Prečišćen tekst je objavljen dva puta (*Sl. gl. BiH* br. 24/99 i 2/04). Pravila Ustavnog suda BiH usvojena su 23. 07. 2005. (*Sl. gl. BiH* br. 60/05; izmjene *Sl. gl. BiH* br. 64/08 i 51/09).

⁶ Vidjeti opširnije: Steiner/Ademović (bilj. 4), s. 629.

⁷ Na osnovu Statuta Brčko Distrikta, Zakon o sudovima donešen je 03. 08. 2000.

⁸ Vidi: Zakon o sudovima Brčko DC, *Sl. gl. Brčko Distrikta* br. 19/07.

Odlukama Visokog predstavnika osnovani su Sud i Tužilaštvo BiH⁹ kao državne pravosudne institucije sa specijalnom nadležnošću.

Sud BiH je, između ostalog, nadležan da: a) u krivičnoj oblasti za krivična djela utvrđena Krivičnim zakonom BiH i drugim zakonima Bosne i Hercegovine, za krivična djela utvrđena zakonima FBiH, RS i Brčko Distrikta kada ta krivična djela: ugrožavaju suverenitet, teritorijalni integritet, političku nezavisnost, nacionalnu sigurnost i međunarodni subjektivitet; mogu imati ozbiljne reperkusije ili štetne posljedice na privredu BiH (...), rješava sukob nadležnosti između sudova entiteta, između sudova entiteta i Suda Brčko Distrikta, te između Suda BiH i bilo kojeg drugog suda; b) u upravnoj nadležnosti odlučuje po tužbama protiv konačnih upravnih akata, odnosno kada se radi o upravnom ćutanju, institucija BiH i njenih tijela, javnih agencija, javnih korporacija, institucija Brčko Distrikta i drugih organizacija utvrđenih zakonom države BiH, donesenih u vršenju javnih ovlaštenja; ocjenjuje zakonitost pojedinačnih i opštih izvršnih upravnih akata donesenih na osnovu državnog zakona, pri vršenju javnih funkcija organa vlasti BiH, za koje zakonom nije predviđeno sudske ispitivanje; da rješava imovinske sporove između države i entiteta, između države i Distrikta Brčko, između entiteta, između entiteta i Distrikta Brčko i između institucija BiH koje su povezane sa vršenjem javnih ovlaštenja; da rješava sukob nadležnosti između sudova iz entiteta i sudova entiteta i sudova Distrikta Brčko, te između Suda BiH i bilo kojeg drugog suda.

Iz spektra nadležnosti Suda BiH može se zaključiti da je on u najvećoj mjeri otklonio praznine i nedostatke dejtonske strukture pravosudnog sistema.

⁹ Zakon o Sudu BiH nametnut je odlukom Visokog predstavnika i objavljen u *Sl. gl. BiH* br. 29/00. Tekst zakona usvojen je na Parlamentarnoj skupštini i objavljen u *Sl. gl. BiH* br. 29/02.

3. Osnovna obilježja postojeće strukture pravnog sistema

3.1 Pravni kontekst

Pregled strukture pravnog sistema u BiH pokazuje da centralno mjesto zauzimaju dva potpuno autonomna i pravno zaokružena entitetska pravna sistema sudske vlasti. Ona su potpuno podudarna po vrsti institucija i njihovoj stvarnoj i funkcionalnoj nadležnosti (osnovni/opštinski, okružni/kantonalni i vrhovni sudovi).

Druga važna karakteristika tih sistema jeste potpuno, ili u pretežnom dijelu, usaglašeno materijalno zakonodavstvo na kome počivaju pravni sistemi entiteta (što je logična posljedica istog pravnog nasljeđa države BiH).

Pravni sistem Brčko DC je privremena struktura koja dijeli ustavno-pravnu sudbinu Distrikta (nastao 1998. godine). O tome će se u perspektivi dogovarati entiteti i država BiH i to ostaje političko pitanje.

Sistem pravosudnih institucija na nivou države BiH (Sud i Tužilaštvo BiH), koje su nastale 2003. godine, može se uzeti kao neophodna dogradnja osnovnog sistema sa specifičnim ciljem: krivičnopravnom zaštitom države i efikasnim provođenjem državnih zakona.

3.2 Politički kontekst

Pravosudni sistem na nivou države prate kontroverze političko-pravne prirode. Pošto Sud i Tužilaštvo BiH nisu institucije Dejtonskog ustava i izvorni legitimitet vuku iz zakona koje je nametnuo Visoki predstavnik, kao konačni pravni autoritet u BiH, RS osporava njihov pravni legitimitet. Suština pravnog osporavanja svodi se na tvrdnju da su Sud BiH i Tužilaštvo BiH neustavne institucije, odnosno da nisu nastale prenošenjem sa RS na državu BiH izvornih sudske nadležnosti¹⁰. Sa suprotne strane iznose se argumenti da je nametnute zakone usvojila

¹⁰ Detaljnije: <http://www.bim.ba/bh>, u tekstu "Nastavlja se sa s različitim praksama u BiH"; Intervju premijera RS Milorada Dodika, *Politika*, 18. 04. 2011.

Parlamentarna skupština BiH u kojoj su i poslanici iz RS¹¹. Ova argumentacija se odbacuje tvrdnjama da delegati u Parlamentu BiH ne mogu uzurpirati nadležnost entiteta (Narodne skupštine RS) i da Narodna skupština RS nije dala saglasnosti na ove zakone¹².

I pored osporavanja legitimiteta, iz diskusija koje su pratile ovaj problem moglo se zaključiti da je RS spremna da prihvati postojanje Suda i Tužilaštva BiH kao državnih pravosudnih institucija sa redefinisanim nadležnošću. O tome će se raspravljati u okviru strukturalnog dijaloga o daljoj reformi pravosuđa u kojoj učestvuje i Evropska komisija.

3.3 *Reforma pravosuđa*

Sa opisanom strukturom pravosudnih institucija BiH je ušla u sveobuhvatnu reformu pravosuđa 2003. godine. Ta reforma uključivala je osnivanje nezavisnih sudskih tijela koja su provela reimenovanje svih sudija i tužilaca (kasnije jedinstvenog tijela na nivou države — VSTS). Izvršena su usaglašavanja i izmjene procesnih zakona na svim nivoima, osnovani su entitetski centri za edukaciju sudija i tužilaca, izvršena informatizacija pravosudnog sistema (CMS) i uspostavljena mreža širokog dometa, provedena reforma sudova za prekršaje, osnovan Centar za sudsku dokumentaciju i realizovan čitav niz projekata sa ciljem da se sistem učvrsti kao nezavisan, profesionalan i efikasan. Međunarodna zajednica uložila je u reformu ovako dizajniranog pravosudnog sistema oko 41 milion KM¹³.

U Strategiji za reformu sektora pravde u BiH za period juni 2008. do 2012. godine pitanje vrhovnog suda BiH se navodi kao neriješeno strateško pitanje koje treba dalje razmatrati i zaključuje da ga treba pokrenuti u okviru paketa pitanja koja će se rješavati kroz proces ustavne reforme¹⁴.

¹¹ Ovu argumentaciju koristio je i Visoki predstavnik Valentin Incko. Vidi: Portal Vijesti.ba, 25. 04. 2011.

¹² Intervju Milorad Dodik, *Politika*, 18. 04. 2011.

¹³ Izvor: Visoko sudsko i tužilačko vijeće BiH.

¹⁴ Vidi: Strategija za reformu sektora pravde u BiH, s. 45.

4. Vrhovni sud BiH kao pravno pitanje

Osnivanje novih pravosudnih institucija u jednom pravnom sistemu ima smisla ukoliko se zasniva na analizi sistema i jasnim strateškim ciljevima. Po pravilu, nove institucije popunjavaju praznine u postojećem sistemu i otklanjaju probleme koje postojeći sistem nije u stanju da rješava. Poznato je da su sudski sistemi strukturirani na tradicionalnim konceptima i rijetko se pristupa njihovim izmjenama. U evropskim modelima zabilježeni su slučajevi osnivanja samo specijalnih sudova (Španija, Srbija). Djeluje neuobičajeno da se najviši sud u jednoj zemlji uspostavlja naknadno, isto koliko i činjenica da jedna zemlja nema jedan najviši sud.

Nažalost, niko u dosadašnjim javnim istupima nije ni pokušao objasniti koji su to problemi postojećeg pravosudnog sistema koje treba rješavati i na koji način će oni biti riješeni sa osnivanjem vrhovnog suda na nivou države. U javnim istupima ponavljale su se dvije teza: 1) vrhovni sud postoji u svim evropskim zemljama, i 2) vrhovni sud je potreban kako bi se "usaglašavala sudska praksa". Ovo je najlošija argumentacija za raspravu o vrhovnom sudu BiH.

Teza da vrhovni sudovi postoje u svim evropskim zemljama nije ozbiljan argument s obzirom na ustavnu strukturu države BiH i činjenicu da je po međunarodnom sporazumu pravosuđe u nadležnosti entiteta. U entitetskim sistemima vrhovni sudovi postoje u konceptu koji poznaju sva moderna zakonodavstva.

Ako dva entitetska pravosudna sistema predstavljaju fundament pravnog ustrojstva države i ako postoje kao potpuno autonomne, zaokružene i samostalne cjeline sa vrhovnim sudovima na vrhu pravosudne piramide, onda se nameće pitanje: šta bi takvom sistemu radio još jedan vrhovni sud?

Ako se odmah krene ka drugom argumentu, odnosno tvrdnji da bi taj novi vrhovni sud usaglašavao sudske prakse, otvara se pitanje na koji način bi se sudska praksa mogla usaglašavati? Treba reći da predsjednici entitetskih vrhovnih sudova i Apelacionog suda Brčko Distrikta imaju obavezu da dva puta godišnje održavaju zajedničke sastanke su-

dija radi usaglašavanja sudske prakse¹⁵. Krivična odjeljenja ovih sudova su uspostavila praksu zajedničkog razmatranja pravnih pitanja i ta praksa daje rezultate. Zagovornici ove teze iznose kao ključni argument činjenicu da Sud BiH i entitetski sudovi imaju različitu praksu u pogledu vremenskog važenja krivičnog zakona, odnosno primjenjuju različite stavove po pitanju koji krivični zakon treba primjenjivati u slučajevima ratnih zločina. Treba odmah reći da ovakvi slučajevi nisu problem koji bi konačno riješio vrhovni sud kroz mehanizam usaglašavanja sudske prakse. Apelacije po ovom pitanju prošle su Ustavni sud BiH i nalaze se pred Evropskim sudom za ljudska prava, gdje će problem biti konačno riješen¹⁶. Uzgred rečeno, isti problem postoji na regionalnom nivou jer sudovi u Hrvatskoj i Srbiji također u istoj materiji imaju drugačije tumačenje od Suda BiH. Na regionalnom planu ovaj problem je mnogo ozbiljniji jer može blokirati mehanizme pravne saradnje u krivičnim stvarima. Srbija i Hrvatska mogle bi odbiti da BiH izručuju svoje državljane zbog mogućnosti strožeg kažnjavanja.

Da bi se jedan vrhovni sud jedne složene države bavio doktrinom i utvrđivao načelne stavove i načelna pravna mišljenja o pitanjima od značaja za jedinstvenu praksu potrebno je da svi sudovi u toj državi primjenjuju državne zakone. To je uslov bez koga nije moguće govoriti o usaglašavanju sudske prakse! Takav uslov u BiH ne postoji. Primjena državnih zakona je u nadležnosti državnih institucija, a sporovi koji nastanu u njihovoj primjeni su u nadležnosti Suda BiH. Procesuiranje krivičnih djela koja propisuju državni zakoni u isključivoj su nadležnosti Tužilaštva BiH i Suda BiH. Osnivanje vrhovnog suda da bi se usaglašavala praksa jednog suda nije posebno uvjerljiva priča.

Dakle, da bi se moglo govoriti o vrhovnom sudu BiH, kao mjestu gdje će se usaglašavati sudska praksa, bilo bi potrebno:

- a) prethodno postići političku saglasnost i stvoriti ustavni osnov za novu reformu pravosuđa,
- b) nadležnost za primjenu državnih zakona prenijeti na redovne sudove entiteta,

¹⁵ Čl. 9 st. 3 Pravilnika o unutrašnjem sudskom poslovanju, *Sl. gl. BiH* br. 57/08.

¹⁶ Jedan od predmeta je i *slučaj Maktouf*, prvi u kojem je otvoren problem vremenskog važenja krivičnog zakona.

c) to bi zahtijevalo izmjenu svih procesnih i organizacionih zakona,

d) takav korak bi podrazumijevao redefinisane nadležnosti na svim nivoima,

e) to bi dalje otvorilo niz problema praktične prirode (nove sistematizacije).

Za novu reformu potrebni su vrijeme i materijalni i ljudski resursi. Pravosudnom sistemu koji se nalazi u permanentnoj reformskoj fazi potrebna je stabilizacija kako bi davao rezultate, a ne nova dugotrajna reforma.

Čak i da ne postoji prethodni problem, treba reći da je sam pojam "usaglašavanje sudske prakse" izgubio na značenju i pretvorio se u pravnu floskulu.

Sudska praksa je živa materija i po prirodi stvari nepodobna za bilo kakvo usaglašavanje. Ona ima ishodište u nezavisnosti sudije i rezultat je njegove sposobnosti i pravne kreativnosti. S druge strane, nikakva mišljenja, stavovi i tumačenja viših sudova ne mogu pravno obavezivati sudije i niži sud u primjeni prava. Ona mogu djelovati snagom pravne argumentacije. Također, njihov domet je ograničen samom činjenicom da samo mali broj sudskih slučajeva dolazi pred vrhovne sudove. Na kraju, odluke Ustavnog suda, kao i Evropskog suda za ljudska prava, mogu u izvjesnim slučajevima da dovedu u pitanje načelne stavove i pravna mišljenja vrhovnog suda, te na taj način posredno utiču i na sudsku praksu.

Pravna argumentacija koja je do sada bila u javnoj upotrebi ne doprinosi razumijevanju problema.

5. Da li postoje problemi u sistemu i da li bi Vrhovni sud BiH bio mjesto njihovog rješavanja?

Za raspravu koja bi nas mogla dovesti do ozbiljnih argumenata o potrebi osnivanja vrhovnog suda BiH potrebno je razmotriti *probleme* koji danas postoje u pravosudnom sistemu u BiH koji traže institucionalno rješavanje. Jedini zvaničan dokument u kome se govori o neriješenim strateškim pitanjima u oblasti pravosuđa je Strategija za refor-

mu sektora pravde u BiH za period juni 2008. do 2012. godine.¹⁷ U njemu se problem vrhovnog suda BiH pominje u Poglavlju 6 u dijelu koji razmatra pitanje harmonizacije sudske prakse na prilično nejasan način.¹⁸

U ovom kontekstu postoji samo jedan ozbiljan pravni problem koji bi trebalo razmotriti: struktura Suda BiH! Ovaj problem se neopravdano zanemaruje i pretvara u političko pitanje. U pravnoj zajednici postoji mišljenje da bi on mogao biti dio nadležnosti vrhovnog suda BiH.

Sud BiH je strukturiran tako da žalbe na njegove odluke rješava Apelaciono odjeljenje istog suda. Sudije u Apelaciono odjeljenje bira godišnjim rasporedom predsjednik suda iz reda svih sudija *bez ikakvih zakonskih ili internih kriterija*. Neobrazloženo raspoređivanje sudija u Apelaciono odjeljenje ostavlja utisak proizvoljnosti. Sudije dijele isti prostor, zajednički donose interne akte i zajednički odlučuju o zahtjevima za izuzeće na opštoj sjednici. To nije standard “višeć” suda koji imaju u vidu član 14 tačka 5 Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima i članom 2.1 Protokola 7 Evropske konvencije o ljudskim pravima. Ovlaštenja predsjednika Suda BiH prevazilaze uobičajene nadležnosti predsjednika sudova i u praktičnom smislu uzurpiraju nadležnost Visokog sudskog i tužilačkog savjeta (izbor sudija u “viši” sud). Diskreciona mogućnost predsjednika suda da *bez kriterija i bilo kakve kontrole* bira sudije u Apelaciono odjeljenje i da ih sa tog odjeljenja vraća na prvi stepen ukoliko ne zadovoljavaju njegova očekivanja, predstavlja preveliku moć u rukama predsjednika suda¹⁹. To nije u skladu sa standardima nezavisnog i nepristrasnog suda.

Kontinentalni pravni sistemi ne poznaju ovakvu strukturu sudova. Ona je očigledno “prepisana” od Haškog tribunala. Treba imati na umu da je Haški tribunal međunarodni *ad hoc* sud i da nema pravnog opravdanja za unosenje strukture jednog *ad hoc* suda u sistem redovnog pravosuđa. Ovaj eksces u sistemu kontinentalnog prava treba riješiti u skladu sa opšteusvojenim principima kontinentalnog prava.

¹⁷ Vidi: Poglavlje 6, ss. 45-48.

¹⁸ *Ibid*, s. 48.

¹⁹ Opširnije: Branko Perić, “Struktura Suda BiH i međunarodni dokumenti o ljudskim pravima”, *Pravo i pravda*, broj 1, Godina VI, Sarajevo 2007, s. 261.

Treba odmah reći da bi u rješavanju ovog problema vrhovni sud BiH mogao biti drugostepeni sud za razmatranje redovnih i vanrednih pravnih lijekova na odluke Suda BiH! Takva praksa postoji u svijetu i u zemljama okruženja. Žalbe na odluke Specijalnog suda Srbije rješava Vrhovni sud Srbije. Također, o žalbama protiv presuda za ratne zločine, za čije suđenje su nadležni županijski sudovi u Hrvatskoj, odlučuje Vrhovni sud Hrvatske. Odluke Nacionalnog suda Španije, u čijoj nadležnosti su krivična djela terorizma, također preispituje Vrhovni sud Španije.

Druga mogućnost za rješavanje problema apelacione nadležnosti za Sud BiH bilo bi osnivanje Apelacionog suda BiH po ugledu na strukturu pravosuđa u Brčko Distriktu. Taj sud bi imao svoju posebnu administrativnu strukturu i budžet, a sudije i predsjednika bi birao VSTS. U takvoj organizaciji on bi mogao ostati u istom objektu i koristiti istu informatičku strukturu.

Treća varijanta bi moglo biti Apelaciono odjeljenje u sastavu istog suda, sa posebnom administrativnom strukturom, posebnim budžetom i čije sudije i predsjednika bi birao VSTS. U ovoj varijanti do rješenja bi se moglo doći kroz jednostavnu izmjenu postojećeg Zakona o Sudu BiH.

6. Zaključne teze

1) Čini se da u ovom trenutku, bez sveobuhvatne reforme, nema dovoljno čvrstih argumenata za osnivanje vrhovnog suda BiH.

2) Prema Dejtonskom sporazumu, redovno pravosuđe je u nadležnosti entiteta. Za izmjenu ove nadležnosti potrebna je saglasnost i sporazum entiteta.

3) Entitetski pravosudni sistemi su autonomni i konceptualno zao-kruženi.

4) U praktičnom smislu, u ovom trenutku ne postoje problemi u funkcionisanju koji bi zahtijevali radikalnu izmjenu dejtonskog koncepta. Vrhovni sudovi entiteta i Apelacioni sud Brčko Distrikta održavaju zajedničke sjednice upravo radi razmjene iskustava i izgradnje jedinstvene prakse.

5) Osnivanje vrhovnog suda BiH zahtijevalo bi potpuno novu konfiguraciju nadležnosti. To podrazumijeva izmjene organizacionih i drugih zakona na svim nivoima i novi krug sveobuhvatnih reformi pravosudnog sektora.

6) Pravosudni sistem se trenutno nalazi u reformskom ciklusu koji se provodi na postojećem konceptu. Novi reformski ciklus bi se odrazio na efikasnost reforme. U ovom trenutku to bi ugrozilo dostignuti nivo efikasnosti.

7) Problem apelacione nadležnosti za odluke Suda BiH može se efikasno rješavati kroz model apelacionog suda BiH, ili apelacionog odjeljenja u istom sudu, koje bi imalo vlastitu administrativnu strukturu i svoj budžet, a čije sudije i predsjednika bi birao VSTS. Osnivanje vrhovnog suda samo radi apelacione nadležnosti jednom specijalnom sudu bio bi pravni nonsens!

8) Postojeći sistem treba stabilizovati kroz strpljivu harmonizaciju entitetskih zakona i izgradnju najboljih profesionalnih i etičkih standarda kako bi se stvorili dobri uslovi za novu reformu.

Nurko POBRIĆ

Treba li Bosni i Hercegovini vrhovni sud

1. Aktuelni povod

Neposredni povod za raspravu o temi iz naslova je planirani, ali ne i održani referendum u Republici Srpskoj o Sudu i Tužilaštvu Bosne i Hercegovine, na kome su se građani Republike Srpske trebali izjasniti “šta misle” o radu ovih državnih pravosudnih institucija. Kao što rekostmo, referendum nije održan, jer je Visoka predstavница EU za sigurnost i spoljnu politiku Catherine Ashton, povodom najavljenog referenduma došla u Bosnu i Hercegovinu (Banja Luku) i obećala, odnosno “dogovorila”(se) s predsjednikom Republike Srpske “o otvaranju strukturalnog dijaloga o reformi pravosuđa u BiH”. Republika Srpska je 27. maja 2010. godine uradila dokument za diskusiju pod nazivom “EU-BiH SSP Strukturisani dijalog o pravosuđu” za sastanak koji se trebao održati 6. i 7. juna 2011. godine u Banjoj Luci. Kako prenose *Dani* od 3. juna 2011. godine, u uvodu dokumenta autori iz RS-a priznaju da je reforma pravosuđa (reforma pravosuđa u BiH) već urađena, ali u implementaciji Strategije za reformu sektora pravde, koja je usvojena za period od 2008-2012. godine, “uočavaju se određeni problemi, posebno kada je u pitanju ustanovljavanje vrhovnog suda BiH, status i nadležnost Suda BiH i VSTV-a”. Zatim se govori “o trenutnom stanju” Državne strategije za rad na predmetima ratnih zločina. U navedenom Dokumentu ističe se da “ne postoji nijedan valjan razlog ni potreba za uspostavljanjem Vrhovnog suda BiH iz razloga što ne postoji ustavni osnov za uspostavljanje takvog suda, a i putem apelacione jurisdikcije pred Ustavnim sudom BiH (...) mogu se efikasno

riješiti slučajevi, između ostalih i nejednaka primjena prava i zaštita ravnopravnosti građana. Uostalom, s razlogom se pozivamo na član 123 Ustava RS-a koji kaže da Vrhovni sud RS-a obezbjeđuje jedinstvenu primjenu zakona”. Baveći se Ustavnim sudom BiH, u Dokumentu se izvodi zaključak da “Ustavni sud BiH ne može odlučivati o pitanjima koja su u isključivoj nadležnosti Ustavnog suda RS-a iz razloga što je Ustavom RS-a propisano da su odluke Ustavnog suda obavezujuće i izvršne na teritoriji RS-a i da izvršenje odluka Ustavnog suda obezbjeđuje Vlada RS-a.” U Dokumentu su posebne kritike upućene na rad Suda BiH “što retroaktivno primjenjuje Krivični zakon”.

I Visoka predstavница EU za sigurnost i spoljnu politiku ocijenila je, kako prenosi *Oslobođenje* od 21. juna 2011. godine, da je strukturalni dijalog o reformi pravosuđa u BiH jedan od najvažnijih događaja u regionu u posljednjoj godini, te da se strukturalni dijalog o reformi pravosuđa u BiH zasad uopće ne može komentarisati, jer je riječ o procesu za koji treba imati strpljenja. Zaključci do kojih će se doći na kraju procesa biće obavezni i primjenjivi. Istim povodom u Izjavi dana (*Oslobođenje* od 21. juna 2011. godine), Nebojša Radmanović, predsjednik Predsjedništva BiH je izjavio: “Nema spora da je Dodik pokrenuo pravo pitanje za sve u BiH. Nema spora da je naveo i prave argumente, od toga kako je pravosuđe u BiH dejtonski regulisano, kako je nametnuto, do toga kako funkcioniše protiv jednog dijela BiH-protiv RS-a.”

Moramo istaći da je povodom posjete Visoke predstavnice EU za sigurnost i spoljnu politiku Banjoj Luci i “dogovora” s M. Dodikom “o otvaranju strukturalnog dijaloga o reformi pravosuđa u BiH”, dio bosansko-hercegovačke javnosti bio “zbunjen”, jer se prema navedenom “dogovoru” nije pouzdano moglo zaključiti da li će se “dijalog...” voditi sa RS ili sa BiH. U intervjuu datom *Dnevnom avazu* od 27. juna 2011. godine Visoka predstavница EU za sigurnost i spoljnu politiku potvrdila je početak “strukturalni dijalog o pitanjima pravosuđa”, a kao početak dijaloga označila je “sastanak u Banjoj Luci”. Napomenula je da će biti još susreta, s ciljem da se pomogne državi (Bosni i Hercegovini) da postigne održiv napredak u tom važnom polju. Naglasila je da će se dijalog voditi u okviru procesa stabilizacije i pridruživanja,

te da se radi o procesu koji EU vodi s BiH kao državom, a ne s jednim ili dva entiteta. U skladu sa Ustavom BiH entiteti su dio procesa, ali dijalog ide sa državom. Osnovni cilj dijaloga, naglasila je Visoka predstavica, jest konsolidacija vladavine prava i uspostava nezavisnog, nepristrasnog i odgovornog pravosudnog sistema koji se primjenjuje na cijelu zemlju, a od čega bi korist imao svaki građanin. Kako piše *Oslobodjenje* od 30. juna 2011. godine, Vijeće ministara usvojilo je informaciju o sastanku Strukturalni dijalog o pravosuđu održanom početkom juna u Banjoj Luci. Dalje se navodi da Vijeće ministara BiH do kraja jula mora usvojiti dokument sa odgovorima koje je Evropska komisija tražila od nadležnih institucija BiH. Evropska komisija traži popunjavanje upitnika, odnosno odgovore na pitanja o stanju pravosuđa u BiH. Naglašava se da se “sad ne otvara rasprava o vrhovnom i apelacionom sudu”, i da su to pitanja “za drugu fazu razgovora”.

Iz izjava koje “dolaze” iz RS, može se već sada zaključiti da će predstavnici RS u procesu vođenja “strukturnog dijaloga o reformi pravosuđa u BiH”, zauzeti stav da u BiH nije potrebna uspostava vrhovnog suda, te da će se zalagati za reduciranje nadležnosti Suda BiH i Ustavnog suda BiH.

2. Organizacija sudova u složenoj državi

Nezavisno od toga da li je u nekoj državi uspostavljen parlamentarni, predsjednički ili mješoviti sistem vlasti, sudstvo u svakom od tih sistema ima poseban ustavnopravni značaj. Temeljna funkcija sudstva je interveniranje u slučaju poremećaja pravnog poretka, te “vraćanje” tog poretka u ustavne i zakonske okvire. U federacijama (složenim državama) egzistiraju paralelno dva nivoa pravnih poredaka: jedan savezni utvrđen saveznim ustavom i saveznim zakonima, i drugi, pravni poredak federalnih jedinica, utvrđen njihovim ustavima i zakonima. Stoga, odmah se nameće pitanje o postojanju dva nivoa organizacije sudstva, jednog saveznog koji bi činili savezni sudovi, koji bi primjenjivali savezno pravo i drugog koji bi se sastojao od sistema sudova u federalnim jedinicama i koji bi primjenjivao pravo tih jedinica. “Verovatno bi postojanje ovakva dva posebna sistema sudova najviše bilo

u skladu s primenom federalnog načela, jer bi svaki pravni poredak za sebe imao i svoje sopstvene sudske organe.”¹ Ovakvo “čisto” rješenje teško bi bilo u praksi ostvarivo, jer u okviru vertikalne podjele državne vlasti u federalnim državama (primarno zakonodavne), između federacije i federalnih jedinica uvijek postoje materije koje spadaju u mješovitu nadležnost i federacije i federalnih jedinica. Ova činjenica postavlja problem razgraničenja nadležnosti dvije vrste sudova – saveznih i sudova u federalnim jedinicama. Drugi razlog koji onemogućava uspostavu “čistog” modela organizacije sudova u federaciji (funkcionalno razdvajanje saveznih sudova od sudova federalnih jedinica) je neophodnost postojanja u svakoj federaciji jednog najvišeg, vrhovnog suda čija je osnovna funkcija ujednačavanje sudske prakse sudova u federalnim jedinicama, putem svoje apelacione, odnosno revizione (kasacione) nadležnosti. U protivnom, nepostojanje vrhovnog suda u federalnoj državi moglo bi da rezultira značajnim razlikama u tumačenju zakona i poimanju pravde u okviru federacije. “Čist”, dvostruki sistem sudstva u federalnim državama, danas nigdje ne postoji, izuzev, u nešto “ublaženoj mjeri” u SAD, jer i u SAD postoji Vrhovni sud SAD, za koji John Rawls (zbog značaja koji taj sud ima) kaže da je “egzemplar javnog uma”.² U praksi preovlađuje drugo rješenje (različito od “čistog” dvostrukog sistema sudstva u federalnim državama). Prema njemu je sudovima federalnih jedinica povjerena nadležnost i za primjenu saveznog prava i prava samih federalnih jedinica. Primjena ovog rješenja podrazumijeva da od saveznih sudova postoji samo vrhovni sud, sa mogućom i prvostepenom nadležnošću, ali bi taj sud primarno trebao imati apelacionu i(li) kasacionu nadležnost. Funkcija saveznog vrhovnog suda je, u ovom slučaju osiguranje jedinstvene primjene saveznog prava. Ako bi se sudovanje u federalnim državama završavalo na nivou federalnih jedinica (npr. u njihovim vrhovnim sudovima), a ne na saveznom nivou, u tom slučaju moglo bi se desiti da se savezni zakoni primjenjuju na onoliko različitih načina koliko ima federalnih jedinica. U vezi s navedenim, ističe se da “ne postoji nijedna evropska

¹ M. Jovičić, *Savremeni federalizam*, Savremena administracija, Beograd 1973, s. 140.

² Vidjeti detaljnije J. Rawls, *Politički liberalizam*, Zagreb 2000, ss. 207-228.

država bez vrhovnog suda”,³ unatoč činjenici da je u pojedinim državama (ne samo federalnim) različito institucionaliziran pravosudni sistem. Govoreći o značaju Saveznog suda u Švajcarskoj, Silvano Moeckli kaže: “Sud u pojedinačnom slučaju odlučuje o određenim osobama. Doslovan tekst u zakonima rijetko je tako jasan da u potpunosti odgovara pojedinačnom slučaju. Sud, dakle, mora zakon tumačiti i dok ovo čini on stvara novo pravo jer se presude koriste kako za presuđivanje budućih sličnih slučajeva, tako i kao zakonski materijal. Zbog toga su od posebne važnosti presude najvišeg suda u Švajcarskoj, Saveznog suda. Njima se definiše ‘nepisano pravo’. U anglosaksonskom govornom području ovo se naziva ‘case law’: primjena ranijih sudskih presuda na aktuelne slučajeve. Tako se tokom vremena pravo razvija iako zakonodavac (parlament) nije aktivan.”⁴

U kontekstu opisane funkcije vrhovnog suda u federalnim državama (i državama uopće) može se reći da “pored podjele vlasti, ideja jednakosti pred zakonom, koje u krajnjoj liniji znače jednaku, tj. jedinstvenu sudsku primjenu prava, kao i uopšte ideja ljudskih prava, odnosno njihove efikasne zaštite, imale su velikog značaja za moderno oblikovanje sudske funkcije.”⁵

Bosna i Hercegovina je također država federalne strukture, čiji ustavni aranžman uglavnom slijedi konsocijacijski model podjele vlasti, bez Ustavom jasno uspostavljenih zajedničkih nadležnosti države i entiteta. Ipak, iz nekih odredbi Ustava BiH može se zaključiti da ta nadležnost (zajednička nadležnost) postoji (npr. sistem zaštite ljudskih prava, državljanstvo, izborni sistem, međunarodni odnosi). Također, značajno je istaći, da sudovi u entitetima, mada u manjem obimu, primjenjuju zakone Bosne i Hercegovine. Samo ova dva razloga opravdavaju uspostavu Vrhovnog suda BiH. Ako je država Bosna i Hercegovina federalne strukture (a jeste), zašto bi ona bila izuzetak u odnosu na druge federalne (i ostale) države – da jedina nema uspostavljen

³ M. Dauster, “Ustav Bosne i Hercegovine: Nesavršena država – diskurs”, *Sveske za javno pravo* br. 1-2, Sarajevo 2010, s. 11.

⁴ S. Moeckli, *Politički sistem Švajcarske*, Sarajevo/Zagreb 2010, s. 77.

⁵ J. Hasanbegović, “Sudstvo”, u: *Enciklopedija političke kulture*, Beograd 1993, s. 1128.

vrhovni sud? Ni jedan sud u Bosni i Hercegovini, pa ni Sud Bosne i Hercegovine kao i Ustavni sud Bosne i Hercegovine, ne mogu obavljati najbitnije nadležnosti koje uobičajeno imaju vrhovni sudovi u drugim državama. Uz sve to treba dodati da vrhovni sudovi, u načelu, imaju funkciju očuvanja “jedinstva pravosuđa” – oni su i “stvaraoci prava”, odnosno kreatori ujednačene sudske prakse. Jednostavno kazano, osnovna funkcija vrhovnog suda, kao “najvišeg suda” u državi je da osigura jedinstvenu primjenu zakona (prava) i ravnopravnost građana. Ako u jednoj državi, kao što je Bosna i Hercegovina, ne postoji vrhovni sud, onda se teško može na nivou države uspostaviti jedinstven pravni prostor. Institucionalni propust ovakve prirode, za posljedicu ima deficit pravne državnosti – da se jednako na teritoriji cijele države jamči pravna sigurnost građana te države. U vezi s navedenim osnovano se može ustvrditi da bez obzira na konkretna rješenja u složenim državama, djelovanje jednog vrhovnog suda, kao suda opšte nadležnosti, elementarna je pretpostavka pravnodržavnog ustrojstva.

3. Zašto u Bosni i Hercegovini nije uspostavljen vrhovni sud

U Ustavu Bosne i Hercegovine (Aneks 4 Dejtonskog sporazuma), u odnosu na pravosudne institucije, jedino je ustanovljen Ustavni sud Bosne i Hercegovine. Treba imati u vidu da ustavni sudovi obavljaju posebnu vrstu pravosuđa, koja nerijetko ima upliv i u područje političkog i utjecaj na druge državne organe u vršenju njihovih ustavnih nadležnosti. “Za pravnu državu u cjelini i za njene sadržaje se malo toga može dobiti iz institucionalizacije jednog ustavnog suda ili iz njegove prakse. Istina većina evropskih država se nakon 1945. godine odlučila za ustanovljavanje ustavnog sudstva, ali postoje pravne države koje izlaze na kraj i bez ustavnog suda.”⁶ Dejtonski ustav predstavlja paradigmu heteronomnog nadnacionalnog ustavotvorstva, odnosno dirigovanog ustavotvorstva, koje se u praksi pokazalo neefikasno iz više razloga. Jedan od tih razloga, koji je, možda, i osnovni razlog u odnosu na Dejtonski ustav, jest kauza tog Ustava, kao dijela Dejtonskog mi-

⁶ Dauster (bilj. 3), s. 10.

rovnog sporazuma, koja je (kauza), ubiti, utemeljena na “sankcioniranju” (priznavanju) vojno-političkih provizorija i realiteta nastalih u ratu, kojima je Dejtonski ustav “priznao” status ustavnih institucija. U političkom diskursu, za neke od bivših u ratu nastalih političko-vojnih provizorija, koje su “dejtonizacijom” postale ustavne kategorije i političko-teritorijalne jedinice u Bosni i Hercegovini, često se ističe da su “trajne kategorije”. Ipak, mora se priznati da činjenica da je Ustav Bosne i Hercegovine produkt heteronomnog nadnacionalnog ustavotvorstva ne znači “sama po sebi” da je taj Ustav morao biti “loš”, pa da on, kao takav, onemogućava efikasno funkcioniranje državnih organa. Neki od najuspješnijih ustava donesenih poslije Drugog svjetskog rata, kao što su Osnovni zakon Savezne Republike Njemačke i Ustav Japana, rađeni su bez ikakvog participativnog ustavnog procesa, bez participacije političkih faktora i javnosti zemlje za koju su rađeni. Svakako treba istaći, da participacija javnosti, sama za sebe, ne znači i participativno ustavotvorstvo. Do njega će doći samo u slučaju kada ustavni proces uspostavi načela i institucije demokratske vladavine, dostupnost sudstva i efikasnih pravnih lijekova, efikasnu zaštitu osnovnih ljudskih prava, vlast koja će za svoj rad odgovarati narodnim predstavnicima i javnom mnijenju, ne samo u vrijeme izbora, već i između izbora.

Ko je, zapravo, stvarni bosansko-hercegovački ustavotvorac? Stvarni bosansko-hercegovački ustavotvorac, ističe E. Šarčević je “američka diplomatija” uz fingirano odnosno inscenirano dogovaranje “lokalnih političkih partija” u ime “konstitutivnih naroda”.⁷ S pravom se može postaviti pitanje, da li je taj “stvarni” bosansko-hercegovački ustavotvorac mogao (i htio?!) Bosni i Hercegovini “podariti” drugačiji ustav, nego što je Dejtonski, koji bi, uz ostale institucionalne aranžmane sa državao i odredbe o Vrhovnom sudu Bosne i Hercegovine. Naš odgovor na postavljeno pitanje je – da. Razlog je realna politička, ekonomska i vojna moć “ustavotvorca” koji je za Bosnu i Hercegovinu, da tako kažemo, mogao pripremiti jedan “normalan ustav”, sličan ustavima mnogih drugih demokratskih i funkcionalnih država. Iako takav – “normalan ustav” (uostalom, kao što je i Dejtonski ustav), po načinu donošenja

⁷ E. Šarčević, “Dejtonski ustav: karakteristike i problemi”, *Status* br. 13/2008, Mostar, s. 154.

ne bi bio demokratski, a samim tim ni legitiman, takav ustav, koji bi bio osnov za uspostavu funkcionirajuće i funkcionalne države, kroz svoju efektivnu realizaciju u političkoj i društvenoj zbilji, naknadno, poslije svog donošenja, u određenom, relativno kratkom vremenu, stekao bi svojstvo legitimnog ustava. Ukratko, bio bi prihvaćen kao “pravedan ustav” od većine građana Bosne i Hercegovine. Kazano načelno, međunarodna zajednica, odnosno međunarodni akteri, kao ustavotvorna vlast, u postkonfliktnim društvima (državama) trebali bi “oktroirati” (tim društvima-državama) takve ustave koji će ispunjavati sljedeće uslove: 1) da uspostave ili obnove političku zajednicu i 2) da uspostave ili preformuliraju pravila za podjelu nadležnosti i izvršenja najviših funkcija državne vlasti, što, naravno, uključuje i sudsku vlast. (Navedeno se odnosi samo na ona postkonfliktna društva-države koja nisu u stanju sama donijeti novi ustav, ili promijeniti postojeći). Ako Bosna i Hercegovina poslije završetka rata 1995. godine nije mogla samostalno donijeti svoj novi ustav (a, očigledno nije), onda su akteri međunarodne zajednice kao ustavotvorna vlast (za Bosnu i Hercegovinu) trebali donijeti takav ustav (Bosni i Hercegovini), koji bi joj omogućio da se u relativno kratkom vremenu revitalizira u funkcionalnu državu. Nesumnjivo je, što je već navedeno, da je takav ustav bilo moguće donijeti. Umjesto ustava s navedenom kauzom i karakteristikama, donesen je takav ustav koji je od Bosne i Hercegovine učinio svojevrsan *mixtum compositum*, malo državu, malo faktički protektorat, malo kondominij i sl. Dejtonski ustav (uz ostalo) nije ni pokušao institucijski civilizirati onu nacionalističku praksu koja je bila jedan od uzroka rata u Bosni i Hercegovini. Stoga, s pravom se tvrdi: “Bosna i Hercegovina je, vjerovatno, jedina zemlja na svijetu s tako složenim sistemom upravljanja koji obuhvata nekoliko režima podjele vlasti i različite sisteme zastupanja grupa na različitim nivoima vlasti.”⁸ Jednostavno kazano, postoje sistemske greške ugrađene u ustavne temelje Bosne i Hercegovine.

Ustav Bosne i Hercegovine prihvata koncept sužene ustavne materije, posebno u dijelu koji se odnosi na organizaciju državne vlasti. Ovi

⁸ F. Bieber, *Bosna i Hercegovina poslije rata: Politički sistem u podijeljenom društvu*, Sarajevo 2008, s. 164.

propusti u Ustavu Bosne i Hercegovine, vidljivi su i u činjenici da Ustav Bosne i Hercegovine “ne poznaje” Vrhovni sud Bosne i Hercegovine. Navedeni institucionalni propust, posljedično rezultira deficitom temeljne karakteristike pravne države, da jednako na svojoj teritoriji jamči pravnu sigurnost za svoje građane i stanovnike. “Od toga nema ništa ako se država, kako je BiH to učinila prema članu I/3 Ustava, organizira tako da preuzima entitetsko uređenje i entitetima prema članu III prepušta široka zakonodavna ovlaštenja.”⁹ Vrhovni sudovi entiteta ne mogu u ovom segmentu supstituirati funkciju koju bi imao Vrhovni sud Bosne i Hercegovine, čak ni pod uslovom striktno primjene člana III/3.b) Ustava Bosne i Hercegovine – uvažavanje prioriteta “saveznog prava” i općih načela međunarodnog prava i da se prihvati takvo tumačenje člana VI/3.c) Ustava, prema kojem bi (prihvaćenom tumačenju) Ustavni sud Bosne i Hercegovine bio nadležan ispitivati usklađenost entitetskih zakona sa zakonima Bosne i Hercegovine. Smatramo da bi pravilnim tumačenjem člana VI/3.c) Ustava Bosne i Hercegovine proizlazilo da zakoni entiteta moraju biti usklađeni sa zakonima Bosne i Hercegovine, što bi posebno bilo značajno u oblasti krivičnog zakonodavstva, gdje su uočeni određeni problemi – primjenjuju se različiti zakoni pred Sudom Bosne i Hercegovine i sudovima entiteta u predmetima ratnih zločina, koji propisuju različite kazne za ista krivična djela. Analizirajući procesuiranje ratnih zločina u Bosni i Hercegovini OSCE-Misija za Bosnu i Hercegovinu primjećuje da je pravosudni sistem u Bosni i Hercegovini prilično složen i izuzetno fragmentiran. Između pravosudnih institucija na državnom nivou i u entitetima ne postoji hijerarhijski odnos, što je posljedica postdejtovskog dogovora o unutrašnjem uređenju BiH. Jedan od rezultata je da odluke o žalbi u predmetima ratnih zločina donose četiri različita suda: Apelaciono odjeljenje Suda BiH, Vrhovni sud FBiH, Vrhovni sud RS i Apelacioni sud Brčko distrikta BiH.¹⁰ I zbog složenosti i izuzetne fragmentiranosti pravosudnog sistema u Bosni i Hercegovini “aspekt pravnog jedinstva upravo u BiH ima veliki značaj, budući da u

⁹ Dauster (bilj. 3), s. 11.

¹⁰ *Postizanje pravde u Bosni i Hercegovini-Procesuiranje predmeta ratnih zločina od 2005. do 2011. godine*: OSCE- Misija za BiH, Sarajevo 2011, s. 33.

pravosuđu, osim Ustavnog suda BiH, ne postoji najviša državna pravosudna revizijska instanca koja bi se brinula o jedinstvenoj primjeni istih normi u entitetima.”¹¹

Kao jedan od nedostataka Ustava Bosne i Hercegovine navodi se “šutnja” (ustavna šutnja) o sudskoj vlasti, o njejoj organizaciji i zadacima. “Tako se ključni stav iz člana I/2 Ustava BiH, da je BiH pravna država, pokazuje kao nepotpun.”¹² Ovu ustavnu prazninu, kao i neke druge, moguće je jedino popuniti zakonima, i to tako što bi se dio “ustavne materije”, transformirao u “zakonodavnu materiju”, naravno, pod pretpostavkom da u dogledno vrijeme nije za očekivati reviziju Ustava Bosne i Hercegovine, bar ne u domenu organizacije sudske vlasti. Svakako, odgovarajuće tumačenje Ustava BiH, može biti uvjerljiv osnov za uspostavu institucija države, koje u Ustavu nisu navedene, što uključuje i Vrhovni sud BiH. “Što je konkretno ustav ‘tamniji’ (što ima više praznina, nap. N. P.) u detaljnim iskazima, to je tumačenje ustava koje se oslanja na tradicionalne metode, u koje ulaze i uporedno pravo i ustavna tradicija, kako se ona razvila od konstitucionalizma 19. stoljeća, zahtjevnija u pogledu iznalaženja ustavnih iskaza koji konkretiziraju zatamnjena ustavnog teksta”.¹³ Citirani stav osnovano upućuje na zaključak da tumačenje ustava nadilazi tumačenje običnih zakona koje je primarno usmjereno na tekst zakona, na njegovu sistematiku, vrijeme i datum nastanka. “Ustavna šutnja o pravosudnoj vlasti vodi nužno do nalaza da ne može biti ustanovljen jedan Vrhovni sud BiH. Jer, Ustav BiH iz 1995. šuti o tome. U ustavnopravnoj usporedbi sa ostalim evropskim državama, BiH može opet u ovoj tački za sebe reklamirati ‘posebnost’”.¹⁴ Prema mom mišljenju (kako je već istaknuto), ustavna šutnja o pravosudnoj vlasti nužno ne vodi do zaključka da se u Bosni i Hercegovini ne može uspostaviti Vrhovni sud. Vrhovni sud Bosne i Hercegovine može se uspostaviti i zakonom (samo zakonom), a ne Ustavom i zakonom, što je uobičajeno, i za takav zakon može se u Ustavu BiH naći ustavni osnov, a to je isti onaj ustavni osnov

¹¹ Steiner, Ademović i dr., *Ustav Bosne i Hercegovine – Komentar*, Sarajevo 2010, s. 802.

¹² Dauster (bilj. 3), s. 3.

¹³ *Ibid*, s. 9.

¹⁴ *Ibid*, s. 10.

koji je poslužio za uspostavu Suda Bosne i Hercegovine, o čemu će u nastavku još biti govora.

Sud Bosne i Hercegovine nije vrhovni sud, nego je poseban sud, koji ima kako prvostepenu, tako i apelacionu nadležnost u određenim predmetima (sporovima).¹⁵ Taj Sud može se označiti i kao specijalni sud Bosne i Hercegovine, koji u okviru svoje nadležnosti, egzistira pored, ali ne i iznad sudova entiteta. On i zbog toga ne može obavljati funkciju vrhovnog suda. Ako zbog općepoznatih razloga, značajna rekonfiguracija ustavnog sistema BiH (promjena Ustava BiH), za sada nije moguća, pa time ni (u Ustavu) uspostava Vrhovnog suda BiH, kao ustavne pravosudne institucije, onda bi taj sud trebalo i bilo moguće (pravno gledano) uspostaviti zakonom, mada je iz razloga političke prirode, teško očekivati da bi takav zakon bio usvojen u Parlamentarnoj skupštini BiH. Kada kažemo da bi Vrhovni sud Bosne i Hercegovine bilo moguće uspostaviti zakonom, smatramo da bi bilo najcjelishodnije na nivou Bosne i Hercegovine donijeti jedan zakon o organizaciji sudova u Bosni i Hercegovini, koji bi u odsustvu ustavne regulative u ovoj oblasti, okončao rascjepkanost pravosudnog sistema u Bosni i Hercegovini. Taj zakon ne bi regulisao organizaciju i nadležnost Ustavnog suda BiH i postupak pred tim sudom, ali bi u odnosu na Ustavni sud BiH trebalo izvršiti određene ustavne promjene i donijeti Zakon o postupku pred Ustavnim sudom BiH ili Zakon o Ustavnom sudu BiH. Sličan stav u odnosu na organizaciju pravosuđa u BiH zastupa i Edin Šarčević, koji, uz ostalo ističe da bi “organizacija pravosuđa morala biti nadležnost države u smislu uspostave državnih sudova”, dok bi “u svemu ostalom sudovi mogli biti organizirani na entitetskom nivou.” Šarčević je mišljenja da bi država morala posjedovati okvirno ili konkurirajuće zakonodavstvo za pitanja organizacije sudova i sudskog postupka (u reguliranim područjima bila bi isključena nadležnost entiteta). “U isključivoj bi nadležnosti države”, naglašava Šarčević, “moralo ulaziti uspostavljanje vrhovnog suda i tužilaštva za cijelu zemlju.”¹⁶ Ukoliko bi se uspostavio Vrhovni sud Bosne i Hercegovine, Sud Bosne

¹⁵ Prečišćen tekst Zakona o Sudu Bosne i Hercegovine objavljen je u *Sl. gl. BiH* br. 49/09.

¹⁶ E. Šarčević, *Ustav iz nužde*, Sarajevo 2010, s. 396.

i Hercegovine morao bi reducirati svoje nadležnosti i možda djelovati samo kao prvostepeni sud u određenim krivičnim stvarima. Moguće bi bilo (poslije izvjesnog vremena) i njegovo potpuno ukidanje, i u tom slučaju bi njegove sadašnje nadležnosti preuzeli sudovi u entitetima i Vrhovni sud Bosne i Hercegovine. Pri svemu navedenom, u odnosu na moguće modalitete organizacije pravosuđa na nivou Bosne i Hercegovine, treba imati u vidu određene opće principe o organizaciji sudova. Sudovi se organiziraju instanciono, u dva ili više stepena, kao prvostepeni i drugostepeni (apelacioni), a često i trećestepeni, odnosno vrhovni ili kasacioni sud. Za razliku od podjela sudova na opće i specijalne, po kriteriju njihove stvarne nadležnosti, sudovi se prema funkcionalnoj nadležnosti, u okviru jedinstvene sudske funkcije, mogu podijeliti (što smo već spomenuli) na prvostepene, apelacione i kasacione. Prvostepeni su svi oni sudovi čije odluke u pojedinim sudskim predmetima nisu konačne. Apelacioni sud je drugostepeni sud koji odlučuje o žalbama, ali u određenim sudskim sporovima može biti i prvostepeni sud. Kasacioni sud, po pravilu, povodom izjavljenog pravnog lijeka ne odlučuje u meritumu spora, nego odlučuje samo o zakonitosti presude, sa pravom da presudu koju smatra nezakonitom, zbog povrede materijalnog ili procesnog prava ukine i vrati predmet na ponovno suđenje. U izuzetnim slučajevima i kasacioni (vrhovni) sud može presuđivati u prvom stepenu.

U postdejtonskom periodu bilo je različitih prijedloga za promjenu Ustava Bosne i Hercegovine, a ti prijedlozi dolazili su iz nevladinih organizacija, akademske zajednice, pojedinih državnih i drugih institucija. Malo je tih prijedloga uključivalo i uspostavu Vrhovnog suda Bosne i Hercegovine. Za istaći je u tom smislu prijedlog Ustava Savezne Republike Bosne i Hercegovine koji su uradili Midhat Izmirlija i Dennis Gratz (u daljem tekstu: Ustav). U članu 23 Ustava, pod naslovom *Pravosuđe* propisuje se da pravosudne funkcije vrše: a) Ustavni sud b) Vrhovni sud c) pokrajinski sudovi d) općinski sudovi. U članu 48 st. 2. navodi se da je Vrhovni sud Savezne Republike Bosne i Hercegovine najviši žalbeni sud Saveza, uključujući i odlučivanje o žalbama na odluke pokrajinskih sudova u pogledu pitanja koja se odnose na Ustav, zakone i propise Saveza i druga pitanja predviđena zakonodavstvom

Saveza, osim onih iz djelokruga Ustavnog suda. U članu 48 st. 3 Ustava propisuje se da Vrhovni sud također ima takvu izvornu nadležnost kakvu mu osigura zakonodavstvo Saveza, a u članu 49 st. 1 Ustava navodi se da su presude Vrhovnog suda Savezne Republike Bosne i Hercegovine konačne i obavezujuće. U članu 49 st. 2 Ustava propisuje se da postupak pred Vrhovnim sudom Savezne Republike Bosne i Hercegovine bliže određuje Savezni zakon.¹⁷

4. Ustavni osnov za uspostavu Vrhovnog suda Bosne i Hercegovine

Ustavni sud Bosne i Hercegovine u svojoj odluci broj: U-26/01 od 28. septembra 2001. godine¹⁸ utvrdio je da je Zakon o Sudu Bosne i Hercegovine u skladu sa Ustavom Bosne i Hercegovine. U Ustavu Bosne i Hercegovine ne postoje odredbe o Sudu Bosne i Hercegovine, kao, što smo naprijed istakli, ni odredbe o Vrhovnom sudu Bosne i Hercegovine. Ipak, Ustavni sud Bosne i Hercegovine, odgovarajućim tumačenjem Ustava, pronašao je pravni osnov za donošenje Zakona o Sudu Bosne i Hercegovine, pa samim tim i ustavni osnov za uspostavu tog Suda. Mišljenja smo da se u Ustavu Bosne i Hercegovine, tumačenjem istih odredbi Ustava, kao i u slučaju ocjene ustavnosti Zakona o Sudu Bosne i Hercegovine, može naći osnov za donošenje Zakona o Vrhovnom sudu Bosne i Hercegovine, odnosno da Ustav Bosne i Hercegovine nije prepreka za uspostavu Vrhovnog suda Bosne i Hercegovine. Stoga, čini se korisnim analizirati najbitnije dijelove i argumentaciju koju je Ustavni sud Bosne i Hercegovine dao u navedenoj odluci.

Zakon o sudu Bosne i Hercegovine (koji je bio predmet ocjene ustavnosti) donio je Visoki predstavnik za Bosnu i Hercegovinu 12. novembra 2000. godine, a taj Zakon objavljen je u *Sl. glasniku BiH* br. 29/00. Dvadesetpet poslanika Narodne skupštine Republike Srpske su 23. marta 2001. godine, na osnovu čl. VI/3.a) Ustava Bosne i

¹⁷ *Ustav Savezne Republike Bosne i Hercegovine (prijedlog)*, objavljen u časopisu *Novi pogledi*, broj III, Sarajevo 2004, ss. 6-11.

¹⁸ Odluka je objavljena u *Sl. gl. BiH*, br. 4/02.

Hercegovine, podnijeli Ustavnom sudu Bosne i Hercegovine zahtjev za ocjenu ustavnosti Zakona o Sudu Bosne i Hercegovine. Podnosioci zahtjeva smatrali su da Zakon o Sudu Bosne i Hercegovine “grubo krši” odredbe člana III Ustava Bosne i Hercegovine koje regulišu nadležnosti i odnose između institucija Bosne i Hercegovine i entiteta, jer tačkom 1 tog člana pravosuđe nije predviđeno kao nadležnost Bosne i Hercegovine nego je to nadležnost entiteta, te da ne postoji ustavni osnov za donošenje Zakona o sudu Bosne i Hercegovine, jer, osim Ustavnog suda, Ustavom nije predviđena nijedna sudska instanca na državnom nivou. U zahtjevu je također navedeno da implementacija Zakona o Sudu Bosne i Hercegovine podrazumijeva i donošenje još niza zakona materijalnog i procesnog karaktera, zašto, također, po ocjeni podnosioca zahtjeva, ne postoji osnov u Ustavu Bosne i Hercegovine. U pogledu nadležnosti Visokog predstavnika da donosi zakone i nadležnosti Ustavnog suda Bosne i Hercegovine da odlučuje o saglasnosti tih zakona sa Ustavom Bosne i Hercegovine, Ustavni sud je već ranije, u odlukama broj: U-9/00, U-16/00 i U-25/00, izrazio svoj stav da ovlasti Visokog predstavnika proizlaze iz Aneksa 10 Općeg okvirnog sporazuma za mir u Bosni i Hercegovini, relevantnih rezolucija Vijeća sigurnosti Ujedinjenih naroda i Bonske deklaracije i da te ovlasti, kao ni vršenje tih ovlasti, nisu podložni kontroli Ustavnog suda. Međutim, kada Visoki predstavnik intervenira u pravni sistem Bosne i Hercegovine, supstituirajući domaće vlasti, on djeluje kao vlast Bosne i Hercegovine, a zakoni koje on donosi su prirode domaćih zakona te se moraju smatrati zakonima Bosne i Hercegovine, čija je saglasnost sa Ustavom Bosne i Hercegovine podložna kontroli Ustavnog suda. Suština zahtjeva na koji je Ustavni sud trebao da odgovori u datom slučaju je da li Zakon o Sudu Bosne i Hercegovine krši član III/3.a) Ustava koji glasi: “Sve vladine funkcije i ovlaštenja, koje ovim Ustavom nisu izričito dodijeljene institucijama Bosne i Hercegovine, pripadaju entitetima.”

U obrazlaganju svoje odluke Ustavni sud je naveo da je postavljeno pitanje, prije svega potrebno razmotriti, u kontekstu člana I/2 Ustava koji glasi: “Bosna i Hercegovina je demokratska država koja funkcioniра u skladu sa zakonom i na osnovu slobodnih i demokratskih izbora.”

Iako izričito ne navodi, Ustavni sud BiH, citirajući član I/2 Ustava, koji je trebao biti polazna tačka u donošenju odluke, Bosnu i Hercegovinu (posredno) određuje pravnom i demokratskom državom. Nadalje, Ustavni sud navodi, da zasnovanoj na temeljnom principu demokratije i njenoj ustavnoj strukturi prema tački 3 tog člana (“Bosna i Hercegovina sastoji se od dva entiteta...”), Ustav dodjeljuje Bosni i Hercegovini odgovornost i nadležnosti kojima se osigurava očuvanje njenog suvereniteta, teritorijalnog integriteta, političke nezavisnosti i međunarodnog subjektiviteta (čl. I/1, II/, III/(a), III/5(a), V/III(a), najviši nivo međunarodno priznatih ljudskih prava i osnovnih sloboda (čl. II/1), te slobodne i demokratske izbore (čl. IV/2 i V/1 Ustava). U članu III/1 Ustava, navodi se u obrazloženju odluke Ustavnog suda, utvrđene su nadležnosti institucija Bosne i Hercegovine (navode se te nadležnosti). Zatim, Ustavni sud posebno naglašava da su nadležnosti Bosne i Hercegovine i pitanja državljanstva, koja, prema članu I/7 Ustava, reguliše Parlamentarna skupština Bosne i Hercegovine, zatim odgovornost za osiguranje najvišeg nivoa međunarodno priznatih ljudskih prava i osnovnih sloboda kako je to predviđeno članom II Ustava, donošenje izbornog zakona, kako je to predviđeno članom IV/2 i članom V/1 Ustava. U odnosu na član III/5(a) Ustava (Dodatne nadležnosti) Ustavni sud se poziva na odluku u predmetu U-9/00 u kojoj je analizirao modalitete dodatnih nadležnosti, te je naglasio da u ovom kontekstu treba razmotriti samo član IV/4(a), koji predviđa da Parlamentarna skupština donosi zakone koji su potrebni za provođenje odluka Predsjedništva ili za vršenje funkcija Skupštine po ovom Ustavu, te da ovaj član ne zahtijeva saglasnost entiteta. Dalje, u obrazloženju odluke Ustavnog suda ističe se da je u II Djelomičnoj odluci u predmetu broj: U-5/98 Ustavni sud izrazio stav: “Ustav BiH stvara ovlasti ne samo u okviru općeg sistema podjele nadležnosti člana III. Utemeljenjem institucija države BiH, Ustav im, također, dodjeljuje manjeviše specifične ovlasti što se može vidjeti iz člana IV/4 za Parlamentarnu skupštinu ili člana V/3 za Predsjedništvo BiH, a koje nisu nužno ponovljene u nabranjanju člana III/1. Stoga se može zaključiti”, navodi se u obrazloženju odluke Ustavnog suda, “da pitanja koja izričito nisu nabrojana u članu III/1 nisu nužno u isključivoj nadležnosti entiteta

na isti način na koji entiteti mogu imati rezidualne nadležnosti u odnosu na odgovornost institucija Bosne i Hercegovine”. (Ovaj zaključak iz obrazloženja odluke Ustavnog suda smatramo posebno značajnim). Ustavni sud posebno ističe da, u skladu sa članom II/1 Ustava Bosna i Hercegovina i oba entiteta treba da obezbijede najviši nivo ljudskih prava i osnovnih sloboda i da se, u skladu sa članom II/2, prava i slobode određene Evropskom konvencijom direktno primjenjuju u Bosni i Hercegovini i imaju prioritet nad ostalim zakonima. U konkretnom slučaju, ističe se u odluci, Sud treba posebno razmotriti opći princip vladavine prava koji je inherentan Evropskoj konvenciji i, konkretnije, princip pravičnog suđenja i efektivnog pravnog lijeka, koji su zaštićeni čl. 6 i 13 Evropske konvencije. Na kraju obrazloženja odluke Ustavni sud izvodi bitne zaključke: Ustavni sud kaže: “1) Može se očekivati da će uspostavljanje Suda Bosne i Hercegovine biti važan element u osiguranju da institucije Bosne i Hercegovine djeluju u saglasnosti sa vladavinom prava i da zadovoljavaju uvjete Evropske konvencije u pogledu pravičnih suđenja pred sudovima i efektivnih pravnih lijekova. Ustavni sud, također, konstatuje da će, prema članu VI/3 Ustava odluke Suda Bosne i Hercegovine biti podložne kontroli Ustavnog suda u pogledu njihove ustavnosti.” 2) Bosna i Hercegovina funkcionirajući kao demokratska država, ovlaštena je da u oblastima iz svoje nadležnosti, osim Ustavom predviđenih, uspostavi i druge mehanizme i dodatne institucije, koje su joj potrebne za izvršenje njenih nadležnosti, uključujući i uspostavljanje suda za jačanje pravne zaštite njenih građana i osiguranje poštovanja principa Evropske konvencije o ljudskim pravima.“ U vezi s tim, Ustavni sud se poziva na član IV/4(a) Ustava koji predviđa da Parlamentarna skupština Bosne i Hercegovine donosi zakone koji su joj potrebni za vršenje funkcija Skupštine po ovom ustavu. Sud zapaža da se uspostavljanjem Suda Bosne i Hercegovine, može očekivati veći doprinos jačanju vladavine prava, što je jedan od temeljnih principa za funkcioniranje demokratske države.

Ustavni sud BiH donoseći svoju odluku imao je u vidu osobenost pravila tumačenja ustava. Pri ocjeni ustavnosti zakona nadležni sud (ustavni sud, vrhovni sud) tumači ustavne odredbe. Tumačenje ustavnih odredaba moglo bi se svesti pod uobičajene interpretacije,

istovjetne tumačenju zakona. Jedina “teškoća” pri tumačenju ustava jest činjenica da iznad ustava, kao hijerarhijski najvišeg pravnog akta, ne postoji neki drugi viši pravni akt u kome bi se mogle tražiti sadržajne i formalne odrednice za tumačenje. Upravo zbog navedenog, tumačenje ustava opredjeljuje poseban pristup.

U teoriji prava navodi se nekoliko značajki tumačenja ustava. To su: a) odmjeravanje načela i temeljnih vrijednosti kao specifična pravna tehnika, b) prioritet načela pravde i načela pravne sigurnosti, c) ekstenzivno (prošireno) tumačenje onih odredaba koje se odnose na ljudska prava i slobode, što znači da se teži tome da se ograničenja prava i sloboda svede na najmanju moguću mjeru (*in dubio pro libertate*) i d) pozivanje na “prirodu stvari” kao kvazizakonski pravni izvor. Pri ustavnoj interpretaciji značajna su i dostignuća pravne teorije, posebno ustavnopravne nauke. Osim nauke, bitno je imati u vidu i općedruštvenu saglasnost (konsenzus) u odnosu na osnovna ustavna pitanja. Naravno, i klasična pravila interpretacije pravnih tekstova (jezičko, logičko, sistematsko) mogu se koristiti pri tumačenju ustavnih odredbi. Ciljno i sistematsko tumačenje, trebalo bi izdvojiti kao posebno pogodno za taj tip normativnog teksta.¹⁹

Sudije Ustavnog suda koje su u navedenoj odluci izdvojili svoje mišljenje (Snežana Savić i Vitomir Popović), tumačenju Ustava BiH prišli su naglašeno restriktivno, dogmatski i normativistički, zanemarujući značaj ciljnog i sistematskog tumačenja ustavnog teksta. U osnovi, argument sudija Ustavnog suda BiH koji su izdvojili svoje mišljenje temelji se na tvrdnji da Ustav BiH ne predviđa postojanje ovakve institucije (Suda BiH), “pa predmetni zakon nije u skladu sa Ustavom BiH”.

5. Zaključak

Uz već rečeno bi se moralo dodati: Ustavni sud “ne zabranjuje”, ne onemogućava donošenje “predmetnog zakona”. Odgovor na postavljeno pitanje dato u naslovu ovog rada glasi: Bosni i Hercegovini treba Vrhovni sud, i za njegovu uspostavu postoji ustavni osnov i bez izmjena u Ustavu BiH.

¹⁹ Vidjeti šire: D. Vrban, *Država i pravo*, Zagreb 2003, ss. 457-458.

Goran MARKOVIĆ

Treba li Bosni i Hercegovini jedan vrhovni sud:
prilog raspravi

1. Uvod

U pravnoj literaturi i političkom životu u Bosni i Hercegovini često se ističe potreba osnivanja institucije sudske vlasti koja bi vršila funkciju državnog vrhovnog suda. Ovo pitanje je utoliko kompleksnije ukoliko se osnivanje Vrhovnog suda Bosne i Hercegovine povezuje sa procesom prenosa nadležnosti sa entiteta na državu. Ako se problem tako postavi, politički argumenti postaju dominantni, a pravne analize često služe samo za opravdanje određenog političkog stava.

Očigledno je da rasprava o potrebi osnivanja ove institucije ima više aspekata: terminološki, koji se tiče samog naziva institucije; politički, koji je povezan sa političkim implikacijama njenog eventualnog osnivanja; pravni, gdje se postavljaju suštinska pitanja organizacije, sastava, načina izbora i, naravno, nadležnosti Vrhovnog suda. Osjetljivost problema je veća ukoliko se uzmu u obzir kontroverze koje su pratile i još uvijek prate osnivanje i rad Suda Bosne i Hercegovine.

2. Značaj razumijevanja oblika državnog uređenja

Oblik državnog uređenja Bosne i Hercegovine odlučujuće utiče na razumijevanje potrebe obrazovanja Vrhovnog suda Bosne i Hercegovine, njegovog sastava, nadležnosti i značaja. Instituciju vrhovnog suda imaju države sa različitim oblicima državnog uređenja, kako unitarne tako i federalne, ali je njihova uloga različita. Naročito je važno primijetiti da eventualno osnivanje ovakve institucije u Bosni i Hercegovini ne bi

značilo promjenu oblika državnog uređenja Bosne i Hercegovine. Na koncu, eventualno njegovo osnivanje ne treba ni povezivati sa idejama o radikalnim promjenama ustavnog sistema Bosne i Hercegovine, pogotovo ne sa idejom o promjeni političko-teritorijalne organizacije Bosne i Hercegovine, jer bi osnivanje Vrhovnog suda Bosne i Hercegovine, teorijski posmatrano, moglo ići uporedo sa ukidanjem entiteta, ali i sa zadržavanjem njihovog sadašnjeg ustavnog položaja.

Po obliku državnog uređenja, Bosna i Hercegovina je federacija. Ovakvo određenje njenog oblika državnog uređenja, pod uslovom da se pri njemu ostane, što je, po našem mišljenju, nužno, podrazumijeva ustavnu ulogu sudske vlasti na državnom nivou drugačiju od one koju bi Vrhovni sud imao kad bi Bosna i Hercegovina bila unitarno uređena država. Ovdje treba poći od jednostavne činjenice da je u federalnim državama prisutan pluralizam pravnih poredaka, podjela nadležnosti između federacije i federalnih jedinica i postojanje nekoliko, najmanje tri (federacije i najmanje dvije federalne jedinice), sudskih sistema vlasti. Ova obilježja su prisutna i u ustavnom sistemu Bosne i Hercegovine i predstavljaju snažne federalne karakteristike njenog državnog uređenja.

Istorijski posmatrano, Bosna i Hercegovina je imala instituciju vrhovnog suda i prije rata 1992-1995. godine, a ona je bila predviđena i u ustavima koji su doneseni i važili na pojedinim dijelovima njene teritorije i tokom rata. Entiteti i danas imaju svoje vrhovne sudove. Federalne države takođe imaju vrhovne ili savezne sudove, ponekad i više njih¹. Treba razumjeti da je Bosna i Hercegovina prije rata bila uređena kao unitarna federalna jedinica, da takvo uređenje ima i Republika Srpska, dok se federalne države međusobno razlikuju po stepenu primjene federalnog načela, načinu na koji je izvršena podjela nadležnosti i obimu nadležnosti federacije i federalnih jedinica. Čak i ako se posmatraju Bosna i Hercegovina i Federacija Bosne i Hercegovine, primijetiće se razlike u stepenu primjene federalnog načela.

¹ Tako, na primjer, čl. 95 Osnovnog zakona SR Njemačke predviđa postojanje Saveznog vrhovnog suda, Saveznog upravnog suda, Saveznog finansijskog suda, Saveznog radnog suda i Saveznog socijalnog suda. Švajcarska ima Savezni vrhovni sud, Savezni krivični sud i Savezni upravni sud.

3. Institucija vrhovnog suda u Bosni i Hercegovini

Razmotrićemo odredbe Ustava SR Bosne i Hercegovine iz 1974. godine, Ustava Republike Bosne i Hercegovine, Ustava Republike Srpske i Ustava Federacije Bosne i Hercegovine. Član 408 Ustava SR Bosne i Hercegovine posvećen je Vrhovnom sudu. Njime se vodi računa o tome da SR Bosna i Hercegovina ima jedinstven pravni sistem, kome odgovara trostepena sudska vlast. Stoga nema ničeg čudnog i neobičnog u tome što je jedna od nadležnosti Vrhovnog suda utvrđivanje načelnih stavova i pravnih shvatanja radi jedinstvene primjene republičkih zakona. Ostale nadležnosti Vrhovnog suda bile su: odlučivanje u prvom stepenu i o redovnim pravnim lijekovima protiv odluka sudova; odlučivanje o vanrednim pravnim sredstvima protiv pravnosnažnih sudskih odluka; odlučivanje u upravnom sporu; rješavanje sukoba nadležnosti između sudova, u zakonom predviđenim slučajevima.

Ustav Republike Bosne i Hercegovine takođe je predviđao unitarno državno uređenje, bez pluralizma pravnih poredaka i podjele nadležnosti. Članom 264 ovog Ustava nadležnosti Vrhovnog suda su uređene identično kao Ustavom iz 1974. godine.

Treći unitarni ustav u Bosni i Hercegovini je Ustav Republike Srpske iz 1992. godine sa brojnim amandmanima. Članom 123 ovog Ustava je predviđeno: "Vrhovni sud Republike, kao najviši sud u Republici, osigurava jedinstvenu primjenu zakona." Zakonom o sudovima² precizirana je stvarna nadležnost Vrhovnog suda Republike Srpske. Ovaj sud odlučuje o: redovnim pravnim lijekovima protiv odluka okružnih sudova; vanrednim pravnim lijekovima protiv pravnosnažnih odluka sudova; pravnim lijekovima protiv odluka svojih sudova; sukobu nadležnosti između sudova; prenosu mjesne nadležnosti s jednog suda na drugi; obavljanju drugih poslova određenih zakonom. Vrhovni sud na svojoj proširenoj sjednici može zauzeti načelni stav od značaja za jedinstvenu primjenu zakona.

Naročito značajne i zanimljive su odredbe Ustava Federacije Bosne i Hercegovine, jer je to jedini federalni ustav koji sadrži norme o

² Zakon o sudovima Republike Srpske, *Sl. gl. RS* 111/04, 109/05, 37/06, 119/08.

instituciji vrhovnog suda. Nesumnjivo je da su te odredbe morale biti drugačije od onih koje su o istoj instituciji sadržane u unitarnim ustavima, jer institucija vrhovnog suda ne može imati identičnu funkciju i nadležnosti u državi koja je uređena unitarno i federalno. Ustav Federacije Bosne i Hercegovine posvećuje četiri člana Vrhovnom sudu Federacije Bosne i Hercegovine (čl. IV C 14-17). Član IV C 15 definiše Vrhovni sud kao najviši žalbeni sud Federacije, uključujući i odlučivanje o žalbama na odluke kantonalnih sudova u vezi sa pitanjima koja se tiču Ustava, zakona i drugih propisa Federacije i drugim pitanjima utvrđenim zakonodavstvom Federacije, a ima i izvorne nadležnosti utvrđene federalnim zakonima. Vidimo da Ustav potencira ulogu Vrhovnog suda kao drugostepenog suda u postupcima po žalbama na odluke kantonalnih sudova koje su donesene po pitanjima uređenim federalnim zakonima, što znači da je suština funkcije Vrhovnog suda da štiti federalno pravo, a ne da vrši prodor u kantonalne pravne sisteme.

Stvarna nadležnost Vrhovnog suda precizirana je članom 29 Zakona o sudovima u Federaciji Bosne i Hercegovine³. Njegove nadležnosti su: da odlučuje o redovnim pravnim lijekovima protiv odluka kantonalnih sudova, ako je to zakonom propisano; da odlučuje o vanrednim pravnim lijekovima protiv pravnosnažnih odluka sudova, ako je to zakonom propisano; da odlučuje o pravnim lijekovima protiv odluka svojih vijeća, ako zakonom nije drugačije propisano; da odlučuje o prenosu mjesne nadležnosti s jednog suda na drugi, kad je propisano zakonom; da obavlja druge poslove utvrđene zakonom.

Ako se radi, na primjer, o stvarnoj nadležnosti u oblasti krivičnog prava, vidjećemo da su kantonalni sudovi nadležni da sude u prvom stepenu za krivična djela za koja je propisana kazna zatvora preko deset godina ili dugotrajni zatvor, dok bi Vrhovni sud u tom slučaju postupao kao drugostepeni sud. Ovakvo rješenje je moguće iz dva razloga: prvi je što kantoni nemaju svoje vrhovne sudove, a drugi je što ne uređuju svojim zakonima materiju krivičnog prava, već sude na osnovu Krivičnog zakona Federacije Bosne i Hercegovine. Stoga je logično da u

³ *Sl. nov. FBiH* 38/2005 i 22/2006.

ovakvim slučajevima Vrhovni sud postupa kao drugostepeni sud, jer se stara o zaštiti federalnog pravnog poretka.

Vrhovni sud je nadležan i da u drugom stepenu odlučuje u svim upravnim sporovima, budući da o njima u prvom stepenu odlučuju kantonalni sudovi. Ipak, i ovdje je u pitanju primjena federalnog zakona, budući da Zakon o upravnim sporovima Federacije Bosne i Hercegovine⁴ uređuje sudsku zaštitu prava građana, privrednih društava, ustanova i drugih pravnih lica. Ova zaštita se ostvaruje tako što sudovi u upravnim sporovima odlučuju, između ostalog, o zakonitosti akata organa uprave i službi za upravu u opštini i gradu.

Federacija Bosne i Hercegovine je nadležna i za uređivanje građanskopravne materije, pa je i nadležnost za rješavanje građanskopravnih sporova uređena jedinstveno federalnim Zakonom o parničnom postupku, kojim se utvrđuje nadležnost opštinskih, kantonalnih sudova i Vrhovnog suda Federacije.

Imajući u vidu izvjesnu "centralizaciju" Federacije Bosne i Hercegovine, u smislu njenih značajnih nadležnosti u oblasti krivičnog, građanskog i radnog prava, federalno načelo u organizaciji sudske vlasti je manje izraženo, pošto postojanje jedinstvenog zakonodavstva na federalnom nivou isključuje podjelu nadležnosti u nizu važnih oblasti, pa Vrhovni sud postupa kao što to čine vrhovni sudovi u unitarno uređenim državama.

4. Sudstvo u jugoslovenskoj federaciji

Za našu analizu može biti od značaja analiza ustavnog položaja vrhovnog odnosno saveznog suda u jugoslovenskoj federaciji. Budući da je jugoslovenska država bila federalno uređena, sa stepenom decentralizacije koji se stalno povećavao, ustavnopravna rješenja o instituciji vrhovnog odnosno saveznog suda mogu biti od izvjesnog značaja za razmišljanja o eventualnom uvođenju institucije vrhovnog suda u Bosni i Hercegovini.

U strukturi državne vlasti na saveznom nivou uvijek je postojala institucija vrhovnog ili saveznog suda. Ustavi iz 1946. i 1963. godine

⁴ *Sl. nov. FBiH* 9/05.

predviđali su instituciju vrhovnog suda FNRJ odnosno SFRJ, dok je Ustav iz 1974. godine predviđao instituciju Saveznog suda. Osim Vrhovnog suda FNRJ odnosno SFRJ, postojali su i vrhovni sudovi republika i autonomnih pokrajina. Prema Ustavu FNRJ iz 1946. godine, Vrhovni sud je definisan kao najviši organ pravosuđa FNRJ (član 122). Saveznim zakonom je uređeno u kojim slučajevima Vrhovni sud sudi u prvom, a u kojim u drugom stepenu. Osim toga, on je bio nadležan da ocjenjuje zakonitost pravnosnažnih odluka svih sudova u FNRJ, ali samo u pogledu primjene saveznih zakona (član 123), dok su vrhovni sudovi republika i pokrajina ocjenjivali zakonitost pravnosnažnih odluka sudova republika i pokrajina. Domašaj nadležnosti Vrhovnog suda FNRJ zavisio je i od podjele nadležnosti između Federacije i narodnih republika. Ona je izvršena tako da su nadležnosti ove prve taksonativno nabrojane u 24 tačke (član 44), među koje su spadali i donošenje krivičnog zakonika, zakonodavstvo o krivičnom, građanskom parničnom i vanparničnom, izvršnom, stečajnom i opštem upravnom postupku.

Član 239 Ustava SFRJ iz 1963. godine posvećen je Vrhovnom sudu Jugoslavije. Njegova nadležnost je takođe vezana za primjenu saveznog prava. On je bio nadležan da: utvrđuje načelne stavove i načelna pravna shvatanja o pitanjima koja su od značaja za jedinstvo u primjeni saveznih zakona; odlučuje o redovnim pravnim lijekovima protiv odluka republičkih vrhovnih sudova, kad je to određeno saveznim zakonom; odlučuje o vanrednim pravnim sredstvima protiv pravnosnažnih odluka sudova kojima je povrijeđen savezni zakon, u slučajevima predviđenim zakonom; odlučuje o upravnom sporu protiv određenih upravnih akata saveznih organa ili organizacija koje vrše javna ovlašćenja na cijeloj teritoriji Jugoslavije; rješava sukobe nadležnosti između sudova sa teritorija raznih republika; vrši i druge poslove, u skladu sa saveznim zakonom⁵. Kako vidimo, Vrhovni sud Jugoslavije je bio nadležan da obezbijedi jedinstvenu primjenu saveznih zakona i da rješava o pravnim

⁵ “Ustav ne iscrpljuje sve poslove koje Vrhovni sud Jugoslavije može imati u svojoj nadležnosti; savezni zakon može Ustavom određenu opštu nadležnost i proširivati ali samo u okviru prava i dužnosti federacije (čl. 239, tač. 6).” Usp. J. Đorđević, *Novi ustavni sistem*, 1963, s. 776.

lijekovima protiv odluka sudova donesenih primjenom saveznih zakona, što znači da nije intervenisao u republičke pravne poretke.

Slično važi za Savezni sud, instituciju koju predviđa Ustav SFRJ iz 1974. godine, iako njen ustavni položaj nije bio identičan ustavnom položaju Vrhovnog suda SFRJ prema Ustavu SFRJ iz 1963. godine. Članom 369 utvrđene su nadležnosti Saveznog suda: odlučuje pod uslovima i na način utvrđen saveznim zakonom, u posljednjem stepenu ili po vanrednom pravnom sredstvu, o sporovima koji nastanu iz protivustavnih i protivzakonitih pojedinačnih akata ili radnji, kojima se određeni subjekti stavljaju u neravnopravan položaj na jedinstvenom jugoslovenskom tržištu; odlučuje o imovinskim sporovima između republika odnosno autonomnih pokrajina, kao i između federacije i republika odnosno autonomnih pokrajina; odlučuje o zakonitosti konačnih upravnih akata saveznih organa; odlučuje o vanrednim pravnim sredstvima, ako je to određeno saveznim zakonom; odlučuje u posljednjem stepenu o presudama sudova u republikama i pokrajinama, kao i vojnih sudova kad je izrečena smrtna kazna za krivična djela utvrđena saveznim zakonom; rješava o sukobu nadležnosti sudova sa teritorija dvije ili više republika ili autonomnih pokrajina, kao i između vojnih sudova i drugih sudova; vrši i druge poslove koji su mu stavljeni u nadležnost saveznim zakonom, u okviru prava i dužnosti federacije.

O pitanjima iz svoje nadležnosti, Savezni sud je odlučivao na tri načina: u prvom i posljednjem stepenu, samo u posljednjem stepenu, ili po vanrednim pravnim sredstvima⁶. Savezni sud ostvaruje svoje nadležnosti na osnovu saveznog zakona, odnosno u okviru prava i dužnosti federacije. Tako, recimo, njegova nadležnost da odlučuje o vanrednim pravnim lijekovima mogla se kretati samo u okviru Ustavom utvrđenih prava federacije⁷. To se vidi i iz njegove nadležnosti da ispituje presude kojima je izrečena smrtna kazna. Iako je smrtna kazna mogla biti izrečena na osnovu saveznog, republičkih i pokrajinskih zakona, Savezni sud nije bio nadležan da ispituje presude kojima je smrtna kazna izrečena na osnovu republičkih ili pokrajinskih zakona. Sudovi u republikama i pokrajinama su mogli izreći smrtnu kaznu na

⁶ Grupa autora, *Ustav SFRJ. Stručno objašnjenje*, 1975, s. 543.

⁷ Grupa autora (bilj. 6), s. 545.

osnovu saveznog zakona i Savezni sud je mogao odlučivati u posljednjem stepenu o tim presudama, bez obzira što su presude izrečene od strane sudova u republikama ili pokrajinama, jer je on nadležan za zaštitu i obezbjeđenje jedinstva saveznog pravnog poretka. Bilo bi suprotno federalnom načelu ukoliko bi Savezni sud mogao da odlučuje o presudama izrečenim od strane sudova u republikama ili pokrajinama na osnovu republičkih ili pokrajinskih zakona.

Na koncu, iako je bila sastavljena samo od dvije jugoslovenske zemlje, i Savezna Republika Jugoslavija je zanimljiva za ovu analizu zbog federalnog karaktera svog državnog uređenja. Ona je takođe imala Savezni sud, koji je štitio savezno pravo. Njegove nadležnosti bile su određene članom 108 Ustava Savezne Republike Jugoslavije, koje su detaljnije uređene Zakonom o Saveznom sudu⁸. On je: odlučivao u posljednjem stepenu, kad je to određeno saveznim zakonom; odlučivao o vanrednom pravnom sredstvu protiv odluka sudova u republikama članicama kad je u pitanju primjena saveznog zakona; odlučivao o imovinskim sporovima između republika članica i federacije i republika članica; odlučuje o zakonitosti konačnih upravnih akata saveznih organa; rješava o sukobu nadležnosti između sudova republika članica, kao i između vojnih sudova i ostalih sudova; utvrđuje načelne stavove o pitanjima od interesa za jedinstvenu primjenu saveznih zakona, drugih saveznih propisa i opštih akata od strane sudova; obavlja i druge poslove koji su mu stavljeni u nadležnost Ustavom SRJ i saveznim zakonom.

5. Sud Bosne i Hercegovine ili Vrhovni sud Bosne i Hercegovine?

Ustav Bosne i Hercegovine ne predviđa vršenje sudske vlasti na državnom nivou. To je krajnje neuobičajeno rješenje, pošto je suštinsko obilježje svake države trodioba funkcija državne vlasti, u kojoj ima mjesta i za sudske vlast. Odsustvo sudske vlasti na nivou Bosne i Hercegovine ponekad predstavlja, kako ističu pojedini autori, osnov za

⁸ *Sl. l. SRJ* 27/92.

tvrdnju o konfederalnom karakteru Bosne i Hercegovine⁹. Vrlo ograničene nadležnosti državnih institucija, utvrđene Ustavom Bosne i Hercegovine, vjerovatno su navele ustavotvorca na zaključak da jedan državni sud nije potreban¹⁰.

Čini se, ipak, da je nužno postojanje institucije sudske vlasti na državnom nivou, kako bi država mogla obezbijediti primjenu svog prava i sankcionisati protivpravna ponašanja¹¹. Budući da je moguće predvidjeti da će subjekti prava svojim radnjama povrijediti zapovijesti sadržane u zakonima i drugim aktima države, logično je da ona mora imati mogućnost da zaštiti svoj pravni poredak. Na koncu, čak i kad bi sudovi u entitetima i Distriktu bili ovlašćeni za njegovu zaštitu, morala bi postojati jedna državna institucija sudske vlasti koja bi ujednačavala sudsku praksu. Ako to ne bi bio slučaj, sudovi na subdržavnom nivou bi postupali različito, što bi objektivno vodilo diskriminaciji subjekata prava koji bi bili dovedeni u nepovoljan položaj praksom sudova jednog entiteta ili Distrikta. Uostalom, ovo nije samo teorijska mogućnost. Tako su sudovi u entitetima primjenjivali različite krivične zakone u krivičnim predmetima vezanim za zločine počinjene tokom rata u Bosni i Hercegovini.

Budući da je već ustanovljen Sud Bosne i Hercegovine, postavlja se pitanje ima li potrebe za obrazovanjem Vrhovnog suda Bosne i Hercegovine. Ako bi on bio osnovan, kakva bi bila sudbina Suda Bosne i Hercegovine? Da li bi Vrhovni sud bio osnovan umjesto Suda Bosne i Hercegovine, naravno sa drugačijim nadležnostima, ili bi on mogao postojati uporedo sa ovim drugim?

Postoje mišljenja da Vrhovni sud treba da postoji istovremeno sa Sudom Bosne i Hercegovine, pošto je potrebno da o pravnim lijekovima protiv odluka Suda Bosne i Hercegovine ne odlučuje on sam, makar to

⁹ Z. Miljko, *Ustavno uređenje Bosne i Hercegovine*, 2006, s. 302; A. Fira, *Enciklopedija ustavnog prava bivših jugoslovenskih zemalja* Tom IV, 2002, s. 66.

¹⁰ Th. Markert, *Prilog Venecijanske komisije o federalizmu u Bosni i Hercegovini*, u: *Federalne strukture u Evropi i Bosni i Hercegovini*, 2001, s. 102.

¹¹ "Ustav predviđa da Bosna i Hercegovina izvršava određene ovlasti, pa prema tome, Bosna i Hercegovina mora imati i mogućnost da radi efektivnosti izvršavanja tih ovlasti ustanovi nužne institucije, uključivši u danom slučaju i jedan sud." Markert (bilj. 10), s. 102.

činile sudije drugog njegovog odjeljenja (Apelacionog odjeljenja). U tom slučaju, Vrhovni sud Bosne i Hercegovine bi postojao paralelno sa Sudom Bosne i Hercegovine, a postupao bi kao drugostepeni ili trećestepeni sud po odlukama Suda Bosne i Hercegovine. Njegova nadležnost bi se sastojala i u ujednačavanju sudske prakse povodom primjene zakona i drugih akata Bosne i Hercegovine¹². Ovo rješenje ne dovodi u pitanje postojeću podjelu nadležnosti između države i entiteta, ne zahtijeva reformu entitetskih pravosudnih sistema, niti ukidanje entitetskih vrhovnih sudova. Ono se donekle približava rješenju koje postoji u SAD-u, gdje i federacija i federalne jedinice imaju svoje sudske sisteme. Razlika je u tome što je u SAD federalni sudski sistem organizovan tako što postoje prvostepeni (oblasni) sudovi, i drugostepenih sudova (Courts of Appeal) i Vrhovni sud. Savezne države takođe imaju svoje vrhovne sudove.

Drugo rješenje bi bilo da Sud Bosne i Hercegovine bude zamijenjen vrhovnim sudom Bosne i Hercegovine. Ta nova sudska institucija bi mogla i zadržati dosadašnji naziv, što bi nalagali politički razlozi, ali bi imala donekle drugačije nadležnosti. Naziv institucije, naravno, treba da odslkava njen ustavni položaj i nadležnosti. Politički obziri, međutim, mogu biti dobar argument da se o nazivu institucije možda i ne raspravlja, već da se težište stavi na njene nadležnosti, organizaciju i način izbora sudija. Na koncu, politički razlozi, barem u ovom trenutku, onemogućavaju da ta institucija bude nazvana Savezni sud Bosne i Hercegovine, što bi odgovaralo obliku državnog uređenja Bosne i Hercegovine, ali bi izazvalo političke sporove druge vrste od onih koje izaziva naziv "Vrhovni sud".

Ako bi na nivou države postojao samo jedan sud, i to vrhovni, slijedeći uporedno-pravna rješenja, moralo bi se postaviti pitanje da li bi on bio nadležan da odlučuje samo po redovnim i vanrednim pravnim lijekovima, ili bi imao i prvostepenu nadležnost. Prema važećim zakonskim rješenjima, Sud Bosne i Hercegovine ima i prvostepenu i dru-

¹² Završni dokument Radne grupe Udruženja mladih pravnika Bosne i Hercegovine, *Nove ideje, bolji ustav*, Sarajevo, 2010, <http://www.civilnodrustvo.ba/files/docs/Završni dokument radne grupe Udruženja mladih pravnika u BiH.pdf>, pogledano 09.05. 2011.

gostepenu nadležnost u krivičnim i upravnim stvarima koje su uređene zakonima Bosne i Hercegovine, a u nekim izuzetnim slučajevima i zakonima entiteta i Distrikta. Usporedni federalizam poznaje rješenja odsustva prvostepene nadležnosti vrhovnog suda, osim u nekim izuzetnim slučajevima (upravni sporovi, imovinski sporovi federalnih jedinica, sukob nadležnosti sudova s teritorije raznih federalnih jedinica)¹³. Drugim riječima, vrhovni sudovi imaju i prvostepenu i drugostepenu nadležnost, s tim što je ova prva najčešće usko postavljena¹⁴, pošto sudovi federalnih jedinica primjenjuju i federalno pravo i pravo federalnih jedinica. Ako bi bio prihvaćen taj koncept, sudovi u entitetima bi dobili prvostepenu nadležnost, dok bi Vrhovni sud Bosne i Hercegovine odlučivao o redovnim i vanrednim pravnim lijekovima, ukoliko bi se radilo o zakonima Bosne i Hercegovine¹⁵. U tom slučaju bi Vr-

¹³ Vrhovni sud SAD ima prvostepenu i apelacionu nadležnost, ali je prvostepena nadležnost vrlo ograničena i skoro je ne vrši u praksi, osim u slučajevima spora između dvije ili više država. Prema Ustavu SAD, ova nadležnost se javlja i u slučajevima kad su ambasadori i drugi diplomati stranka u sporu. Ukoliko je presudu donio vrhovni sud federalne jedinice, postoji mogućnost podnošenja žalbe Vrhovnom sudu SAD, kad je riječ o saveznom zakonu. Ako je sudska odluka donesena na osnovu prava federalne jedinice, postupak se okončava pred vrhovnim sudom federalne jedinice: "Ukoliko su odluke sudova federalnih jedinica donete na osnovu prava tih jedinica, one su konačne i Vrhovni sud nema nikakva apelaciona ovlašćenja u odnosu na njih." (M. Jovičić, *Savremeni federalizam*, Izabrani spisi Miodraga Jovičića, 2006, s. 163). Suprotno je u Meksiku i Argentini, što je rezultat većeg stepena centralizacije ovih federacija. Vrhovni sud Indije takođe ima vrlo ograničenu prvostepenu nadležnost, u sporovima između federacije i federalnih jedinica ili između federalnih jedinica.

¹⁴ Neka od pitanja o kojima vrhovni sudovi odlučuju u prvom stepenu su tipična za federalno uređene države (sukob nadležnosti, sporovi između federacije i federalnih jedinica ili između federalnih jedinica). Drugu grupu pitanja o kojima vrhovni sudovi federalnih država odlučuju u prvom stepenu čine pitanja o kojima inače odlučuju najviši sudovi u jednoj državi (npr. izdaja zemlje, suđenje predsjedniku i drugim najvišim funkcionerima i dr).

¹⁵ U Njemačkoj je čl. 74 predviđena konkurentna zakonodavna nadležnost federacije i federalnih jedinica u oblasti krivičnog prava. Budući da je federacija uredila ovu materiju svojim zakonom, krivično pravo je u nadležnosti savezne države. Uprkos tome, Savezni sud donosi presude u posljednjem stepenu povodom pravnih lijekova protiv odluka sudova u federalnim jedinicama. U Ruskoj Federaciji, Vrhovni sud je nadležan da odlučuje o pravnim lijekovima u sporovima iz oblasti krivičnog, građanskog i upravnog prava, što je u neposrednoj vezi da se uređenje oblasti krivičnog i građanskog prava nalazi u isključivoj nadležnosti Federacije (čl. 71 Ustava Ruske Federacije). Kantonalni sudovi u Švajcarskoj donose presude u sporovima iz oblasti

hovni sud Bosne i Hercegovine imao nadležnost ujednačavanja sudske prakse, čime bi obezbjeđivao da sudovi u Bosni i Hercegovini jedinstveno primjenjuju zakone Bosne i Hercegovine¹⁶. Ovo bi bio napredak i u odnosu na sadašnje stanje, budući da Sud Bosne i Hercegovine može zauzimati načelan stav u krivičnim stvarima na zahtjev suda u entitetu ili Distriktu koji primjenjuje zakon Bosne i Hercegovine¹⁷. Istina, ni ovo rješenje ne bi potpuno ukinulo prvostepenu nadležnost Vrhovnog suda u pitanjima o kojima sudovi entiteta po prirodi stvari ne bi mogli odlučivati.

Čak i ako ne bi došlo do osnivanja Vrhovnog suda nego bi ostala institucija Suda Bosne i Hercegovine, svejedno bi trebalo razmotriti mogućnost izmjene ove zakonske norme, tako da bi Sud bio nadležan da samostalno zauzima načelan pravni stav o pitanjima vezanim za primjenu zakona Bosne i Hercegovine, budući da ni po važećim rješenjima on nije jedina institucija koja rješava sporove o pravu koji proističu iz zakona Bosne i Hercegovine.

Ako bi Vrhovni sud bio ustanovljen, njegova nadležnost ne bi bila da vrši harmonizaciju primjene prava na teritoriji Bosne i Hercegovine, već harmonizaciju primjene prava Bosne i Hercegovine na teritoriji Bosne i Hercegovine. Drugim riječima, on bi bio nadležan isključivo za pravo koje stvara država, a ne i pravo koje stvaraju entiteti. Za harmonizaciju njihove primjene na teritoriji entiteta bili bi nadležni, kao i dosad, vrhovni sudovi entiteta¹⁸. Uloga Vrhovnog suda Bosne i Her-

krivičnog i građanskog prava, dok Saveznom sudu pripada apelaciona nadležnost, što proističe iz činjenice da federacija uređuje ova pitanja Krivičnim i Građanskim zakonikom.

¹⁶ U modernim federacijama je uobičajeno rješenje da sudovi federalnih jedinica primjenjuju i federalno pravo i pravo federalnih jedinica: Inače, prevladuje drugo rešenje, po kome je sudovima federalnih jedinica poverena nadležnost za primenjivanje i saveznog prava i prava samih federalnih jedinica, dok od saveznih sudova postoji jedino vrhovni sud, sa svojom ne samo prvostepenom nego i apelacionom nadležnošću, čime se, u krajnoj liniji, u slučaju potrebe, obezbeđuje jedinstvena primena saveznog prava. Jovičić (bilj. 13), s. 158.

¹⁷ Čl. 7 st. 3 Zakona o Sudu Bosne i Hercegovine (službena prečišćena verzija), *Sl. gl. BiH* 49/09.

¹⁸ Vrhovni sud SAD je nadležan da preispituje presude sudova federalnih jedinica samo u pitanjima koja su uređena saveznim pravom. U tom smislu, on takođe vrši funkciju ujednačavanja primjene saveznog prava na teritoriji SAD.

cegovine bila bi u tome da postupa kao drugostepeni i, eventualno, trećestepeni, sud, ali samo u pitanjima primjene državnog zakona, i to, u zavisnosti od toga da li bi bio jedini državni sud, odlučivao bi o pravnim lijekovima protiv odluka Suda Bosne i Hercegovine ili sudova entiteta. U svakom slučaju, on bi vršio ujednačavanje sudske prakse u onim slučajevima u kojima bi sudovi u entitetima ili Distriktu sudili na osnovu državnih zakona.

Ovakvo rješenje ne bi bilo jedinstveno u uporednom federalizmu, uprkos tome što većina federacija dopušta vrhovnom sudu intervenciju i u pravne sisteme federalnih jedinica kako bi obezbijedili jedinstvenu primjenu prava uopšte, a ne samo jedinstvenu primjenu federalnog prava¹⁹. O nadležnosti vrhovnog suda federalne države da donosi odluke primjenjujući pravo federalnih jedinica može se raspravljati na apstraktnom i konkretnom nivou. Apstraktno uzevši, ovo ovlašćenje slabi primjenu federalnog načela, jer omogućava federaciji da se posredstvom svog vrhovnog suda miješa u funkcionisanje pravnog sistema federalnih jedinica, uprkos tome što je federalnim ustavom federalnim jedinicama dato pravo da određene oblasti samostalno uređuju i u njima stvaraju svoje pravo. Logično je da federalne jedinice treba da se samostalno staraju o primjeni tog prava ako su već dobile ovlašćenje da ga stvaraju i primjenjuju u drugim slučajevima i posredstvom drugih organa (organa uprave). Konkretno, Bosna i Hercegovina je izrazito decentralizovana federalna država, u kojoj je federalno načelo, očigledno iz političkih razloga, primijenjeno znatno više nego u drugim federacijama. Davanje ovlašćenja sudskoj instituciji na nivou države (Vrhovnom sudu ili Sudu Bosne i Hercegovine) da interveniše u pravne sisteme entiteta bi bilo suprotno široko definisanom i primijenjenom federalnom načelu i odstupalo bi državno-pravne prirode Bosne i Hercegovine kao visoko decentralizovane federacije.

¹⁹ Uporedni federalizam poznaje različita rješenja ovog pitanja. U nekim federacijama je moguće da vrhovni sudovi federalne države odlučuju o pravnim lijekovima protiv odluka sudova federalnih jedinica donesenih na osnovu prava federalnih jedinica, dok u drugima to nije moguće. Zanimljivo je da je čak i u tako centralizovanoj federaciji kakav je bio SSSR, Vrhovni sud SSSR poslije 1957. godine vršio nadzor nad odlukama vrhovnih sudova republika samo u dva slučaja: ako takva odluka nije bila u skladu sa saveznim zakonom ili ako su njome vrijeđani interesi drugih republika (Jovičić, bilj. 13, s. 164).

Ako bi suđenje za krivična djela propisana zakonima Bosne i Hercegovine u prvom stepenu ostalo u nadležnosti sudske vlasti na nivou države, tada bi reforma pravosudnog sistema na nivou države mogla ići u nekoliko pravaca: ili bi Vrhovni sud Bosne i Hercegovine bio drugostepeni sud, koji bi odlučivao o redovnim pravnim lijekovima protiv odluka Suda Bosne i Hercegovine ili bi na nivou države ostao samo jedan sud, koji bi promijenio svoju nadležnost samo u tom smislu što bi zauzimao (nezavisno od zahtjeva sudova entiteta ili Distrikta) načelne pravne stavove o pitanjima vezanim za primjenu državnog krivičnog zakonodavstva.

Uporedni federalizam poznaje slučajeve postojanja dvije sudske institucije na federalnom nivou, pri čemu jedna od njih ima apelacionu nadležnost. Takav je slučaj u Kanadi, u kojoj je od 1971. do 2003. godine postojao Savezni sud, koji je potom podijeljen na dva – Savezni sud i Savezni apelacioni sud. Ova promjena nije značila suštinske promjene u nadležnosti ovih sudova, nego je jednostavno došlo do podjele jednog suda na dva, kako bi organizaciono i personalno bilo razdvojeno vršenje prvostepene i drugostepene nadležnosti.

Vršenje sudske vlasti neposredno je povezano s pitanjem podjele nadležnosti između federacije i federalnih jedinica, odnosno, kod nas, između Bosne i Hercegovine i entiteta. Pojedini autori ukazuju na to da Sud Bosne i Hercegovine nema nadležnost u oblasti privatnog prava, prava društava i trgovačkog prava²⁰. On je i ne može imati, pošto Bosna i Hercegovina nije nadležna da svojim zakonima uređuje te oblasti. Suštinsko pitanje je u tome kakve su nadležnosti suda i kakav je njegov odnos prema sudovima entiteta. Uporedni federalizam poznaje različita rješenja o tome u kojim granama prava vrhovni sudovi mogu donositi odluke. U svakom konkretnom slučaju to zavisi isključivo od nadležnosti federalne države. U Bosni i Hercegovini, sudska vlast na nivou države može imati nadležnost da odlučuje o pitanjima iz oblasti krivičnog, upravnog, radnog i izbornog prava, kao i u svim drugim oblastima koje jesu ili bi mogle biti u nadležnosti države.

²⁰ M. Dauster, *Ustav Bosne i Hercegovine: Nesavršena država – diskurs*, Sveske za javno pravo 1-2/2010, s. (3 i dalje) 12.

6. Zaključak

Organizacija i nadležnost sudskih institucija na nivou države zavise od oblika državnog uređenja i obima državnih nadležnosti. Pošto je Bosna i Hercegovina država sa pravnim poretkom koji je hijerarhijski nadređen pravnim porecima entiteta i koji treba da se neposredno primjenjuje, neophodno je da vrši sudsku vlast. Pitanje je kako ta vlast treba da bude organizovana.

Federalno državno uređenje, praćeno podjelom nadležnosti između države i entiteta, zahtijeva da sudska vlast države ne interveniše u pravne sisteme entiteta. Oni imaju svoje sudske sisteme, u kojima se entitetski vrhovni sudovi staraju o zaštiti i jedinstvenoj primjeni prava. Entitetski sudovi izriču presude o pitanjima koja su uređena entitetskim pravom i na tom nivou se završava pravna zaštita.

Sudska vlast na nivou države može biti organizovana na nekoliko načina. *Prva* mogućnost je da, pored Suda Bosne i Hercegovine kao prvostepenog, bude formiran Vrhovni sud kao apelacioni sud, koji bi uz to vršio i funkciju ujednačavanja sudske prakse u pogledu primjene državnih zakona. *Druga* mogućnost je da budu promijenjene nadležnosti i organizacija sadašnjeg Suda Bosne i Hercegovine, pa da on djeluje kao drugostepeni i trećestepeni sud, a da prvostepena nadležnost, i kad su u pitanju državni zakoni, pripadne sudovima u entitetima, osim u nekim izuzetnim slučajevima u kojima bi ovaj sud djelovao kao prvostepeni. I u ovom slučaju bi taj sud vršio funkciju ujednačavanja sudske prakse. Problem naziva ovog suda bi ostao. On bi mogao biti riješen na više način – jedan je da, iz političkih razloga, ostane sadašnji naziv, uprkos promijenjene nadležnosti i organizacije, a drugi je da se prihvati naziv Vrhovni sud Bosne i Hercegovine.

Organizovanje sudske vlasti na državnom nivou je neposredno povezano sa problemom podjele nadležnosti između države i entiteta, ali je vjerovatno da eventualno osnivanje Vrhovnog suda ne bi bilo vršeno paralelno sa promjenom nadležnosti države odnosno entiteta, već bi se moralo posmatrati kao odvojeno pitanje.

Zlatan MEŠKIĆ

Osnivanje Vrhovnog suda Bosne i Hercegovine kao uslov za članstvo u Evropskoj uniji

1. Nepostojanje Vrhovnog suda BiH kao rezultat ustavne podjele nadležnosti između entiteta i države

Nepostojanje Vrhovnog suda BiH u nauci se posmatra kao nedostatak pravosudnog sistema koji neposredno onemogućuje osiguranje ravnopravnosti subjekata i stvaranje jedinstvenog ekonomskog prostora, te ujednačenu primjenu prava na cjelokupnoj teritoriji BiH¹. Dok Vrhovni sudovi Federacije BiH (FBiH) i Republike Srpske (RS) ovu ulogu preuzimaju na nivou entiteta, te apelacioni sud Brčko distrikta na teritoriji Brčko distrikta, na državnom nivou zaštita postoji pred Ustavnim sudom putem apelacione nadležnosti, ali samo u okviru pitanja sadržanih u Ustavu BiH “kada ona postanu predmet spora zbog presude bilo kojeg suda u BiH” u skladu sa čl. VI/3b) Ustava. Apelaciona jurisdikcija Ustavnog suda unutar okvira čl. VI/2b) Ustava BiH je jedini pravni prostor u kojem se ostvaruje sudska piramida sve do državnog vrha, pa sudije Ustavnog suda u njoj vide sredstvo za djelomičnu nadoknadu nedostatka postojanja Vrhovnog suda na

¹ Vidi K. Trnka, *Ustavno pravo*, Sarajevo 2006, s. 346; M. Dauster, “Ustav Bosne i Hercegovine: Nesavršena država-diskurs”, *Sveske za javno pravo* 1-2/2010, s. 11; Ch. Steiner/N. Ademović, *Ustav Bosne i Hercegovine-Komentar*, Sarajevo 2010, s. 99; M. Alijević, *Uloga sudske vlasti u BiH*, Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici br. 5/2009; N. Dobrača, *Nezavisno pravosuđe s posebnim osvrtom na reformu pravosudnog sistema u Bosni i Hercegovini*, magistrarski rad, Sarajevo 2005, s. 60; Č. Sadiković, *Za državu novog stoljeća-Bosna i Hercegovina kao savremena demokratska država*, Sarajevo 2003, s. 13, dostupno na http://www.soros.org.ba/index.php?option=com_content&view=article&id=64%3Austav-bih-ka-novim-rjeenjima&catid=49&Itemid=89&lang=ba (očitanje 15. 04. 2011).

državnom nivou². Komisija je u izvještaju o napretku BiH u 2007. godini konstatovala da Ustavni sud zbog nepostojanja Vrhovnog suda BiH sve više djeluje kao apelacioni sud³. Razlog zbog kojeg Ustav BiH nije predvidio Vrhovni sud na državnom nivou može se potražiti u podjeli nadležnosti između države i entiteta, izričito uređene čl. III Ustava BiH. Ustav BiH u svom čl. III/1 navodi isključive i pored njih u čl. III/5 određene dodatne nadležnosti države. Sve nadležnosti koje nisu izričito Ustavom povjerene državi u skladu sa čl. III/3a) u nadležnosti su entiteta. Pri tome čl. III/1 ne navodi državnu nadležnost u krivičnim i civilnim stvarima, što je rezultiralo donošenjem cjelokupnog seta propisa iz ovih oblasti na entitetskom nivou. Moglo bi se zaključiti da su uvjetovani podjelom nadležnosti iz čl. III Ustava BiH nastali samostalni entitetski pravni prostori u krivičnim i civilnim stvarima, pa bi i državni Vrhovni sud koji bi ujednačavao primjenu propisa u ovim oblastima izgubio svrhu postojanja. Do ovakvog zaključka došla je Venecijanska komisija u svom Mišljenju o potrebi za sudskim organom na nivou države BiH od 1998. godine⁴, konstatujući da je nedostatak Vrhovnog suda na nivou BiH u skladu sa posebnostima podjele nadležnosti između države i entiteta prema Ustavu BiH. Tada je Venecijanska komisija ocijenila da prema Ustavu BiH treba biti uspostavljen sudski organ koji će imati nadležnosti u pogledu izbornih zakona i upravnih sporova, što se dogodilo uspostavom Suda BiH u 2000. godini, čija nadležnost je većinom ograničena na državne zakone⁵.

² Vidi Z. Miljko, *Apelaciona jurisdikcija Ustavnog suda Bosne i Hercegovine*, u Okrugli stolovi Ustavnog suda BiH, Ustavni sud BiH i druge sudske instance, Sarajevo 2001, s. 39; K. Trnka (bilj. 1), s. 349; M. Simović, *Ustavopravni osnov vladavine prava u Bosni i Hercegovini kroz funkcionisanje ustavnih institucija*, Sarajevo 2003, s. 22, dostupna na http://www.soros.org.ba/index.php?option=com_content&view=article&id=64%3Austav-bih-ka-novim-rjeenjima&catid=49&Itemid=89&lang=ba (očitanje 15. 04. 2011).

³ Vidi Komisija, 06. 11. 2007, Izvještaj o napretku Bosne i Hercegovine za 2007. godinu, KOM (2007) 663, s. 13.

⁴ Vidi Venice Commission, *Opinion on the need for a Judicial Institution at the Level of the State of Bosnia and Herzegovina*, CDL-INF (98) 17, Strazbur 1998, dostupna na <http://www.venice.coe.int/docs/1998/CDL-INF%281998%29017-e.asp> (očitanje 10. 04. 2011).

⁵ Zakon o Sudu BiH, *Sl. gl. BiH* br. 29/00, 15/02, 16/02, 24/02, 03/03, 37/03, 42/03, 04/04, 09/04, 35/04, 61/04, 32/07 i 97/09; prečišćena verzija Zakona o Sudu BiH,

Venecijanska komisija je, međutim, propustila da konstatuje da čl. III Ustava BiH ne donosi cjelokupnu istinu o podjeli nadležnosti između države i entiteta. Postoji cijeli niz pitanja koja nužno moraju biti regulisana da bi država ispunila određene obaveze propisane Ustavom, koje mogu biti nacionalnog ili međunarodnog karaktera. Ovdje se prije svega misli na osiguranje ljudskih prava i sloboda iz čl. II Ustava kao i osiguranje osnovnih tržišnih sloboda na nivou BiH u skladu sa čl. I/4. Prema posljednje navedenoj odredbi niti BiH niti entiteti neće ometati punu slobodu kretanja lica, robe, usluga i kapitala širom BiH. Pozitivno formulisano i BiH i entiteti moraju osigurati slobodni ekonomski prostor na teritoriji BiH. Tržišne slobode ne mogu biti samo ostvarene negativnom integracijom, tj. odlukama Ustavnog suda o protuustavnosti entitetskih propisa koji ih narušavaju, nego i pozitivnom integracijom, koja podrazumijeva harmonizaciju ovih oblasti na državnom zakonodavnom nivou⁶. Pitanje ovako podijeljene odgovornosti preneseno na pitanje nadležnosti uzrokuje dvostruki problem: kao prvo neophodno je utvrditi da li obaveze koje država mora ispuniti prema Ustavu mogu služiti kao osnov nadležnosti za regulaciju iste materije, i kao drugo, da li bi u slučaju potvrdnog odgovora na prvo pitanje ovo značilo podijeljenu (konkurentnu) nadležnost između države i entiteta koja kao kategorija nadležnosti nije izričito nigdje navedena u Ustavu BiH.

Prvo pitanje, da li ustavna obaveza može zasnivati ovlaštenja, u nuci se zapravo odnosi na teoriju “*implied powers*” i njenu primjenu na nadležnosti države BiH. Teorija “*implied powers*” (“implicirane ovlasti”) nastoji omekšati restriktivnu interpretaciju nabrojanih nadležnosti, a vrijedi i u EU, koja je ovu teoriju preuzela iz Međunarodnog javnog prava. Naime, Međunarodni sud pravde je u svom mišljenju iz 1949. godine o “Naknadi štete pretrpljene u službi Ujedinjenih naroda”, zauzeo stav da se za međunarodnu organizaciju mora smatrati

objavljena u *Sl. gl. BiH* br. 49/09. Sud BiH dodatno ima nadležnosti u pogledu krivičnih zakona donesenih na nivou BiH, ali ne i apelacionu nadležnost za odluke entitetskih sudova.

⁶ Vidi Z. Meškić, *Četiri osnovne slobode kao ustavni osnov za harmonizaciju entitetskih privatnopravnih propisa*, Ustavno-pravni razvoj Bosne i Hercegovine (1910-2010), Zbornik radova Pravnog fakulteta Univerziteta u Tuzli, u postupku objavljivanja.

da ima one ovlasti koje su joj povjerene, mada nisu izričito navedene u Povelji (UN-a), i to putem nužne implikacije da su bitne za obavljanje njenih funkcija⁷. Za EU ova teorija znači da organi EU imaju one nadležnosti koje su im neophodne za ostvarenje u ugovorima navedenih nadležnosti EU. Ova teorija ne narušava sistem podjele nadležnosti nego samo dopunjuje izričito navedene nadležnosti. Važenje teorije “*implied powers*” za organe EU potvrđeno je u praksi Suda EU. Tako je Sud EU u slučaju *Njemačka i dr./Komisija*⁸ uspostavio relativno široku formulu za “*implied powers*” konstatujući da “kada Ugovor o EEZ [...] Komisiji dodijeli određenu nadležnost, mora se prihvatiti da joj je nužno dodijelio i sve ovlasti neophodne za ispunjenje te nadležnosti. U suprotnom bi toj odredbi bio oduzet svaki praktični značaj”. Ukoliko Unija ima dodijeljene ovlasti za materiju, koja bez aspekta koji nije obuhvaćen formulacijom Ugovora ne može biti regulisana, Unija ima nadležnost da reguliše i taj aspekt⁹. Na ovom tragu je i Ustavni sud BiH, koji je teoriju “*implied powers*” primijenio u više odluka, navodeći između ostalog da je “Bosna i Hercegovina, funkcionišući kao demokratska država, ovlaštena (je) da u oblastima iz njene nadležnosti, osim Ustavom izričito predviđenih, uspostavi i druge mehanizme i dodatne institucije koje su joj potrebne za izvršenje njenih nadležnosti”¹⁰.

Drugo pitanje je da li podijeljena odgovornost može značiti podijeljenu/konkurentnu nadležnost za regulaciju date materije. Naj-

⁷ U relevantnom slučaju *Bernadotte*, posrednik UN, ubijen je u Palestini 1948. godine. Opća skupština UN zatražila je od Suda u Haagu savjetodavno mišljenje o tome imaju li UN imaju sposobnost isticanja međunarodnog zahtjeva za naknadu štete prema odgovornoj državi počinjene samoj Organizaciji i žrtvama, iako ovakva sposobnost nije izričito navedena u samoj Povelji UN; vidi V. Đ. Degan, *Međunarodno pravo*, Rijeka 2000, s. 422; Teorija je izvorno razvijena u upravnom i ustavnom pravu Sjedinjenih Američkih Država i Engleske; usp. T. C. Hartley, *The Foundations of European Community Law*, Oxford/New York 2003, s. 106.

⁸ Sud EU, 09. 07. 1987, povezani predmeti 281, 283, 285 i 287/85, *Sl. list EU* 1987, s. 3203.

⁹ Sud EU, 27. 09. 1988, 165/87, Komisija/Vijeće, *Slg.* 1988, s. 5545; vidi M. Nettesheim, *Kompetenzen*, u: A. von Bogdandy (ed.), *Europäisches Verfassungsrecht – theoretische und dogmatische Grundzüge*, Berlin-Heidelberg-New York 2003.

¹⁰ Vidi Ustavni sud BiH, 18. 02. 2000, U-5/98-II, *Sl. gl. BiH* br. 17/00, tačka 29; Ustavni sud BiH, 28. 09. 2001, *Sl. gl. BiH* br. 04/02, tačka 29; Ustavni sud BiH, 10. 05. 2002, U-18/00, *Sl. gl. BiH* br. 30/02, tačke 47 i 51; Ustavni sud BiH, 28. 05. 2010, U-12/09, *Sl. gl. BiH* br. 80/2010, tačka 31.

novija praksa Ustavnog suda ide u ovom pravcu, iako to nigdje ne navodi izričito. Naime, u odluci U-12/09¹¹ Ustavni sud se bavio pitanjem visine naknada prilikom porodijskog odsustva zaposlenica u državnim institucijama. S obzirom da pitanje socijalne politike spada u nadležnost entiteta, osporeni čl. 35 Zakona o plaćama i naknadama u institucijama BiH¹² u pogledu visine naknade samo je ukazao na propise kojima se ova oblast uređuje prema mjestu uplate za svakog zaposlenog. Ova odredba je u praksi dovela do toga da je zaposlenicima sa prebivalištem u Republici Srpskoj isplaćivana naknada u visini punog iznosa plaće, dok je zaposlenicima u FBiH isplaćivana prema kantonalnim propisima, gdje pojedini kantoni uopće ne isplaćuju socijalnu pomoć za vrijeme porodijskog odsustva. Ustavni sud je prvo konstatovao da se ovdje jedna grupa lica, zaposlenice u državnim institucijama, različito tretira u istoj pravnoj situaciji. Stoga je bilo nužno ispitati da li je diskriminacija opravdana podjelom nadležnosti između entiteta i države. Ustavni sud je svoje obrazloženje počeo sa argumentom da u ovom pravnom području postoje obaveze države propisane Ustavom, koje su dijelom domaćeg i dijelom međunarodnopravnog karaktera, a proizilaze u pogledu stvaranja uslova za rad bez diskriminacije iz čl. II/4 Ustava BiH u vezi sa čl. 1 Protokola br. 12 uz Evropsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, te iz čl. I/4 u uspostavi jedinstvenog tržišta u BiH. Čl. I/4 prema ranijoj odluci Ustavnog suda U-68/02¹³ treba tumačiti u skladu sa tumačenjem Suda EU, zbog čega “naknade kao što je porodijsko odsustvo za zaposlenice u državnim institucijama ne bi trebale zavisiti od mjesta prebivališta lica, s obzirom na to da ideja o jedinstvenom tržištu podrazumijeva da država treba da učini jednako privlačnim prilike za zapošljavanje svim građanima Bosne i Hercegovine, bez obzira na granice entiteta, entitetsko državljanstvo ili mjesto prebivališta.” Ustavni sud je također naglasio da se ovdje mora poštovati uredba koja reguliše dato pitanje u okviru slobode kretanja lica u EU, tj. Uredba EEZ br. 1408/71 o primjeni programa socijalnog osiguranja na zaposlena lica,

¹¹ Vidi U-12/09, *Sl. gl. BiH* br. 80/2010, tačka 31.

¹² *Sl. gl. BiH* br. 50/08 i 35/09.

¹³ Ustavni sud BiH, 25. 06. 2004, U-68/02, *Sl. gl. BiH* br. 38/04, tačka 41.

samostalno zaposlena lica i članove njihovih porodica koji se kreću unutar Zajednice¹⁴, te daljnje međunarodne konvencije iz ove oblasti¹⁵. Konačno je Ustavni sud konstatovao da “nadležnost entiteta da reguliraju socijalnu politiku nije adekvatna cilju koji se teži postići u socijalnoj zaštiti i jednakoj naknadi”, pa “država i entitet imaju zajedničku obavezu ne samo da osiguraju najviši nivo zaštite ljudskih prava nego i da garantiraju jednaku implementaciju ovih prava”. Mnogo ranije i izričito je postojanje podijeljene nadležnosti konstatovala Komisija za ljudska prava pri Ustavnom sudu BiH. U predmetu CH/02/12468¹⁶ Komisija za ljudska prava je analizirala pitanje odnosa entitetske odgovornosti za naknadu štete i obaveze države da garantuje ljudska prava, uključujući i pravo na imovinu u skladu sa čl. II/3k) Ustava BiH. Komisija je prvo utvrdila da Ustav Bosne i Hercegovine formalno ne poznaje “konkurentnu nadležnost” države i entiteta. Bez obzira na to, “Komisija smatra da istovremeno postojanje obaveze jednog entiteta da isplati naknadu po osnovu ‘ratne štete’ i obaveze države da garantuje pravo na imovinu predstavlja konkurentnu nadležnost dva nivoa vlasti”. Ovdje Komisija na osnovu nadređenosti Ustava BiH nad cjelokupnim entitetskim pravom dolazi do tumačenja da je država obavezna da preduzme one mjere koje su neophodne kako bi se nečije imovinsko pravo “na entitetskom nivou” ispoštovalo prema standardima čl. II/3k) Ustava BiH, tj. čl. 1 Protokola br. 1 uz Evropsku konvenciju. Istovremeno, država ne smije da se miješa u mjeri koja prevazilazi neophodnost.

Konkurentnu nadležnost bilo je teško pretpostaviti ako je ona u potpunosti nepoznata Ustavu BiH. Kao što je već pomenuto, Ustav BiH ne sadrži taksativan katalog pitanja koja spadaju u podijeljenu nadležnost, kao što to radi u pogledu isključive nadležnosti. Ipak, Ustav na više mjesta predviđa određeni nivo saradnje između entiteta i države u pogledu vršenja nadležnosti (npr. čl. III/2b) ili čl. III/2d)). Iz

¹⁴ *Sl. list EU* 1997, L 28, s.1.

¹⁵ To su UN Konvencija o ukidanju svih oblika diskriminacije žena (1981), Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima i Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima (1966).

¹⁶ Vidi Komisija za ljudska prava pri Ustavnom sudu BiH, 13. 06. 2006, CH/02/12468 i dr., tačka 152 i dalje.

ovoga se nastoji uspostaviti kategorija konkurentnih nadležnosti u Ustavu BiH, koja bi dovela do nužne fleksibilizacije postojeće podjele nadležnosti i omogućila dinamičnije rješavanje sukoba nadležnosti između entiteta i države¹⁷. Tako je pretvorba podijeljene odgovornosti za ispunjenje ustavnopravnih obaveza u podijeljenu nadležnost između države i entiteta naišla na načelno odobravanje u nauci¹⁸. Za pojedine obaveze zagovara se isključiva nadležnost države¹⁹, što otvara pitanje ugrožavanja postojećeg odnosa snaga između entiteta i države. Ovdje se uvodi kriterij nužnosti donošenja akata na državnom nivou u svrhu ispunjenja ustavnopravnih obaveza, koji se ispituje primjenom načela supsidijarnosti i proporcionalnosti²⁰. To znači da država prilikom regulisanja materije koja spada u podijeljenu nadležnost ne smije ići dalje od onoga što je nužno za ispunjenje ustavnopravnih obaveza.

Prethodna analiza potvrđena je i u zakonodavnoj praksi Bosne i Hercegovine, budući da je cijeli niz propisa koji spadaju u privatno pravo, a služe usklađivanju sa Pravom EU u BiH, bez obzira na nepostojanje nadležnosti u okviru čl. III/1 Ustava donesen na državnom nivou. Ovo prije svega vrijedi za oblast autorskih prava u širem smislu, gdje je donesen Zakon o autorskim i srodnim pravima²¹, Zakon o kolektivnom ostvarivanju autorskih i srodnih prava, Zakon o žigu, Zakon o patentu i Zakon o industrijskom dizajnu²², te oblast potrošačkog prava koje većim dijelom reguliše obligaciono pravo²³. Sličan primjer, iako ne iz privatnog prava, pruža i oblast prava konkurencije²⁴ gdje su odgovarajući zakoni doneseni na državnom nivou. Sada se mora po-

¹⁷ Ovo sugeriše sam naslov *Konkurentne nadležnosti* u Ch. Steiner/N. Ademović, *Ustav Bosne i Hercegovine-Komentar*, Sarajevo 2010, s. 537.

¹⁸ Vidi npr. Ch. Steiner/N. Ademović (bilj 17), s. 533; K. Begić, *Bosna i Hercegovina od Vanceove misije do Daytonskog sporazuma*, Sarajevo 1997, s. 300; S. Kurtćehajić/O. Ibrahimagić, *Politički sistem Bosne i Hercegovine*, Sarajevo 2007, s. 274 i dalje; Suprotnog mišljenja N. Pabrić, *Ustavno pravo*, Mostar 2000, s. 344.

¹⁹ Vidi npr. u pogledu makroekonomske stabilnosti u BiH, European Commission Delegation to BiH (ed.), *Study on Potencial Revenue Sources for the Institutions of Bosnia and Herzegovina*, Sarajevo 2003, s. 42.

²⁰ Vidi Ch. Steiner/N. Ademović (bilj 17), s. 540.

²¹ *Sl. gl. BiH* br. 63/10.

²² *Sl. gl. BiH* br. 53/10.

²³ Zakon o zaštiti potrošača, *Sl. gl. BiH* br. 25/06.

²⁴ Zakon o konkurenciji, *Sl. gl. BiH* br. 48/05 i 76/07; Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o konkurenciji, *Sl. gl. BiH* br. 80/09.

staviti pitanje koji će sud u BiH osigurati jedinstvenu primjenu zakona na državnom nivou donesenih u svrhu uspostave jedinstvenog ekonomskog prostora kako zbog klauzule čl. I/4 Ustava BiH, tako i obaveze usklađivanja sa Pravom EU, sa konačnim ciljem uspostave jedinstvenog ekonomskog prostora EU i BiH? Navedenim zakonima osnovana su državna tijela poput Konkurencijskog vijeća, Vijeća za autorsko pravo ili institucije Ombudsmana za zaštitu potrošača koja imaju nadležnosti u upravnim i prekršajnim postupcima, ali ne u pogledu imovinsko-pravnih zahtjeva u parničnim postupcima. Ustavni sud BiH ovu funkciju može ispuniti samo u okviru apelacione nadležnosti koja će se najčešće ticati pitanja ljudskih prava i sloboda, dok Sud BiH uopće nema apelacionu nadležnost u odnosu na sudove u entitetima. Sud BiH ima usko definisane nadležnosti u krivičnim stvarima, upravnim stvarima, u pogledu izbornih propisa, imovinsko-pravnih sporova između države, entiteta i distrikta Brčko, te u slučaju sukoba nadležnosti između sudova entiteta, distrikta Brčko i Suda BiH, a i navedene nadležnosti su ograničene na primjenu i provođenje državnih zakona²⁵. Tako Sud BiH zaokružuje pravni prostor na državnom nivou kao zaseban pravni poredak koji postoji pored entitetskog. Opravdan je zaključak da Sud BiH kao specijalni sud stoji pored hijerarhije entiteta, pa sa trenutnim nadležnostima u najgorem slučaju može dovesti do dodatne diversifikacije prava u BiH²⁶. Jedini osnov za uspostavljanje šire nadležnosti može se pronaći u čl. 9 st. 2b) Zakona o sudu BiH, koji dozvoljava apelacionu nadležnost Suda BiH “u svim drugim predmetima kada je to predviđeno zakonom Bosne i Hercegovine”. Ovdje bi se kao primjer državnog zakona koji predviđa ovakvu nadležnost mogao navesti čl. 97 Zakona o zaštiti potrošača (ZZP) koji određuje

²⁵ Izuzetak predstavlja čl. 7 st. 2 Zakona o sudu BiH koji utvrđuje nadležnost za krivična djela utvrđena entitetskim krivičnim propisima i krivičnim propisima distrikta Brčko, ali uz ponovo usko postavljene uslove da to krivično djelo mora: a) ugrožavati suverenitet, teritorijalni integritet, političku nezavisnost, nacionalnu sigurnost i međunarodni subjektivitet Bosne i Hercegovine ili b) može imati ozbiljne reperkusije ili štetne posljedice na privredu Bosne i Hercegovine, ili mogu izazvati druge štetne posljedice za Bosnu i Hercegovinu ili mogu izazvati ozbiljnu ekonomsku štetu ili druge štetne posljedice izvan teritorije datog entiteta ili Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine.

²⁶ Vidi M. Dauster (bilj. 1), s. 12.

da se “za ugovore zaključene u Bosni i Hercegovini između domaćeg potrošača i stranog pravnog ili fizičkog lica obavezno (se) kao pravna zaštita potrošača ugovara nadležnost Suda BiH”. Postojeće odredbe o nadležnosti Suda BiH ne dozvoljavaju uspostavu nadležnosti u ovim predmetima u prvoj instanci, ali bi Sud BiH u sporovima iz ugovornih odnosa između domaćeg potrošača i stranog poduzetnika mogao imati apelacionu nadležnost, čak i na odluke entitetskih vrhovnih sudova. Naime, čl. 1 st. 3 Zakona o parničnom postupku pred Sudom BiH²⁷ dozvoljava ovu mogućnost propisujući da će se “odredbe ovog zakona primjenjivat (će se) i u drugim imovinskim sporovima, kad je nadležnost Suda utvrđena zakonima Bosne i Hercegovine ili međunarodnim ugovorom”. Ovakvim tumačenjem navedenih odredbi bi se prvi put u BiH mogla uspostaviti sudska piramida sve do državnog nivoa u oblasti obligacionog prava, iako ograničena na oblast potrošačkih ugovora sklopljenih sa stranim poduzetnikom u BiH. Međutim, mora se sumnjati u namjeru zakonodavca da navedene slučajeve povjeri Sudu BiH. Ono što zapravo propisuje čl. 97 ZZP je isključiva međunarodna nadležnost sudstva BiH, koja podrazumijeva da domaći potrošač može tužiti stranog poduzetnika pred sudovima BiH bez obzira na to da li je u ugovor unesena prorogaciona klauzula u korist nadležnosti suda druge države, te da se eventualna strana presuda koju poduzetnik izdejtstvuje protiv potrošača u drugoj državi neće priznati u BiH. Ovdje čl. 97 ZZP dopunjuje listu slučajeva u kojima sudstvo BiH ima isključivu međunarodnu nadležnost, a koja je regulisana Zakonom o rješavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja u određenim odnosima (ZRSZ)²⁸. Prema čl. 47 ZRSZ isključiva međunarodna nadležnost postoji kada je to uređeno ovim ili drugim saveznim zakonom, što se tumači u smislu drugog državnog zakona²⁹. Važna karakteristika međunarodne nadležnosti je da je ona apstraktna, tj. ona rješava pitanje da li je uopće sudstvo BiH nadležno u datom slučaju sa elementom inostranosti, ali ne rješava pitanje koji je konkretni sud u BiH stvarno

²⁷ *Sl. gl. BiH* br. 36/04.

²⁸ *Sl. list SFRJ* br. 43 iz 1982; u BiH je preuzet Uredbom sa zakonskom snagom br. 2 iz 1992. godine

²⁹ Vidi E. Muminović, *Procesno međunarodno privatno pravo*, Sarajevo 2008, s. 51.

i mjesno nadležan za dati spor. Stoga se uzimajući u obzir cijeli niz redakcijskih, jezičkih i pravnih grešaka koji se nalaze u ZZP³⁰ mora ostaviti otvorena mogućnost da je zakonodavac umjesto “Suda BiH” zapravo želio napisati “suda BiH” i ukazati na cjelokupno sudstvo BiH. Jedino preostaje da se sačekaju prve odluke po ovoj odredbi u praksi.

2. Uspostava Vrhovnog suda BiH i Kopenhagenski kriteriji

Možda je promijenjena situacija na državnom zakonodavnom nivou razlog zbog kojeg se EU u svojim godišnjim izvještajima o napretku BiH od 2007-2010. godine odlučila da nepostojanje napretka u uspostavi Vrhovnog suda BiH uvrsti kao jedan od nedostataka³¹. Komisija izvještaje usvaja na osnovu napretka koji je BiH ostvarila u pogledu kriterija navedenih u čl. 49 Ugovora o EU (UEU)³². Prema ovom čl. 49, koji je reformisan Lisabonskim sporazumom, zahtjev za članstvo u EU može podnijeti svaka “evropska država”, koja poštuje vrijednosti na kojima počiva Unija prema čl. 2 UEU, a to su poštovanje ljudskog dostojanstva, sloboda, demokratija, ravnopravnost, vladavina prava i poštovanje ljudskih prava uključujući i prava manjina. Prilikom odlučivanja o prijemu u EU uzeće se u obzir kriteriji koje je uspostavio Evropski savjet, pri čemu se primarno misli na Kopenhagenske kriterije uspostavljene 1993. godine, te dodatni kriterij iz Madrida iz 1995. godine. Kopenhagenski kriteriji uobičajeno se dijele na političke, koji podrazumijevaju stabilnost institucija kao garant demokratskog poretka i vladavine prava, te zaštite ljudskih prava i manjina, ekonomske, koji zahtijevaju funkcionalnu tržišne ekonomije i sposobnost konkurentnosti na evropskom tržištu, te pravne, koji podrazumijevaju

³⁰ Vidi npr. Z. Meškić/A. Brkić, *Zaštita potrošača od nepravednih ugovornih odredbi-usklađivanje obligacionog prava BiH sa Direktivom 93/13/EEZ*, Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici br. 5/2010, s. 68.

³¹ Vidi Komisija, 06. 11. 2007, Izvještaj o napretku Bosne i Hercegovine za 2007. godinu, KOM (2007) 663, s. 13; Komisija, 05. 11. 2008, Izvještaj o napretku Bosne i Hercegovine za 2008. godinu, KOM (2008) 674, s. 13; Komisija, 14. 10. 2009, Izvještaj o napretku Bosne i Hercegovine za 2009. godinu, KOM (2009) 533, s. 12; Komisija, 09. 11. 2010, Izvještaj o napretku Bosne i Hercegovine za 2010. godinu, KOM (2010) 660, s. 12.

³² *Sl. list EU* 2010, C 83, 1-388.

sposobnost za preuzimanje i primjenu cjelokupnog *acquis*-a, uključujući i dio koji se odnosi na Evropsku monetarnu uniju³³. U zaključcima Evropskog savjeta u Madridu su potvrđeni Kopenhagenski kriteriji, ali je navedeno i da država (potencijalna) kandidatkinja mora prilagoditi svoje upravne strukture u svrhu ispunjenja ovih kriterija, što se smatra zasebnim Madridskim kriterijem³⁴. Komisija napredak ka uspostavi Vrhovnog suda razmatra unutar političkih kriterija, tačnije demokratskog poretka i vladavine prava, gdje zasebna poglavlja između ostalih čine ustav, javna uprava, parlament i sudski sistem.

U dijelu izvještaja u kojem se razmatra sudski sistem neposredno se kritikuje što ne postoji sudski organ koji bi mogao uskladiti primjenu zakona između četiri unutrašnje sudske nadležnosti: državnog nivoa, Federacije Bosne i Hercegovine, Republike Srpske i Distrikta Brčko. Pri tome rascjepkanost pravnih okvira narušava efikasnost, kriterij koji nije zasebno naveden u zaključcima Evropskog savjeta³⁵, ali se provlači kroz cjelokupno ispitivanje napretka BiH ka EU. Ovdje treba imati na umu da je harmonizacija pravnih poredaka država članica na nivou EU, te kontrola efikasne provedbe propisa EU unutar država članica jedna od osnovnih politika EU, koja u međuvremenu opravdava zaključak da unutar pravnih poredaka država članica ne postoji pravni prostor oslobođen od Prava EU. Prvobitno je harmonizacija bila ograničena na propise neophodne za uspostavljanje tržišnih sloboda kretanja ljudi, roba, usluga i kapitala, ali se u međuvremenu proširila na sve pravne oblasti. Pri tome harmonizacija prava, s jedne strane, podrazumijeva donošenje propisa na nivou EU, a s druge strane, njihovu provedbu i primjenu od strane izvršne i sudske vlasti država članica. Tako se u izvještajima o napretku BiH kriterij efikasnosti ispituje kako u pogledu funkcionisanja državnih organa tako i u pogledu provedbe i primjene prava donesenog na osnovu obaveze usklađivanja domaćeg zakonodavstva sa propisima EU, pa se ovdje prepliću politički i pravni kriterij.

³³ Zaključci Evropskog Savjeta, 21-22. 06. 1993, Kopenhagen; vidi N. Misita, *Osnovi Prava Evropske unije*, Sarajevo 2007, s. 445.

³⁴ Zaključci Evropskog savjeta, 15-16. 12. 1995, Madrid.

³⁵ Vidi R. Priebe, *Beitrittsperspektive und Verfassungsreformen in den Ländern des Westlichen Balkans* Zeitschrift Europarecht (EuR) 3/2008, s. 314.

Sposobnost preuzimanja i primjene cjelokupnog Prava EU od strane institucija, čiju nefunkcionalnost kritikuje EU, najsnažniji je argument za uspostavu Vrhovnog suda BiH. Prethodno razmotreno pitanje podjele nadležnosti između entiteta ponovo se postavlja kao mogući uzročnik ograničavanja sposobnosti preuzimanja i primjene Prava EU, ako se propisi preuzimaju u svrhu uspostave unutrašnjeg tržišta, a ustavna podjela nadležnosti neposredno vodi ka donošenju propisa kojima se unutrašnje tržište narušava. Ovo se može ispitati na primjeru nedostatka državne nadležnosti za donošenje privatnog prava u BiH, uz napomenu da je na ovom mjestu moguće uraditi samo pojednostavljenu analizu ovog problema, pa će i sami zaključci neminovno podlijegati izuzecima³⁶. Prvo treba podsjetiti na stav Ustavnog suda BiH iz predmeta U-68/02, posljednji put potvrđen u odluci U-12/09, prema kojem praksa Suda EU ima interpretativni učinak za čl. I/4 Ustava BiH. Razlike između pojedinih privatnopravnih propisa na entitetskom nivou mogu biti protivne slobodi kretanja osoba, robe, usluga i kapitala što za unutrašnji bosanskohercegovački promet izričito garantuje čl. I/4 Ustava BiH, a u okviru Prava EU sveobuhvatno uređenje unutrašnjeg tržišta u Ugovoru o funkcionisanju EU (UFEU)³⁷. EU cjelokupnu harmonizaciju privatnog prava na nivou EU zasniva na tome da razlike u uređenju privatnog prava država članica predstavljaju potencijalnu prepreku za tržišne slobode³⁸, pa bi bilo paradoksalno da

³⁶ Za detaljan prikaz sistema funkcionisanja tržišnih sloboda vidi prije svih R. Vukadinović, *Uvod u institucije i pravo Evropske unije*, 2007, s. 169 i dalje.

³⁷ Prije svega odredbe čl. 26-66 UFEU; *Sl. list EU 2010*, 83, ss. 49-199.

³⁸ Privatno pravo u EU najčešće se donosi na temelju čl. 114 UFEU koji omogućava da se putem redovnog zakonodavnog postupka „usvajaju mjere za ujednačavanje zakonskih ili upravnih propisa država članica, čiji je predmet uspostava i funkcionisanje unutrašnjeg tržišta.“ Pored ovog postoje i drugi posebni osnovi za nadležnost u pojedinim oblastima privatnog prava, koji su također vezani za unutrašnje tržište i načelno počivaju na jednakom sistemu. Sudu EU je čak i buduće nastajanje razlika između nacionalnih propisa dovoljno kao obrazloženje za zasnivanje nadležnosti na čl. 114 UFEU (Vidi npr. Sud EU, 14. 12. 2004, predmet C-210/03, *Swedish Match/Secretary of State for Health (Swedish Match)*, *Slg.* 2004, I-11893). Pri tome nastajanje novih prepreka za tržišnu slobodu mora biti vjerovatno, a propis koji se donosi mora imati za cilj njegovo sprečavanje. Uslovi su ispunjeni harmonizacijom prava jer se njome otklanjaju potencijalne prepreke koje za tržišne slobode proizilaze iz razlika privatnopravnih propisa država članica.

tako harmonizirano pravo na nivou EU, BiH preuzme sa ponovo različitim zakonima na entitetskom nivou. Domaći primjer za neophodnost regulacije pojedinih privatnopravnih oblasti na državnom nivou može pružiti prethodno predstavljena odluka U 12/09. Iako se u konkretnom primjeru radilo o radnopravnom odnosu u državnom organu, što bi se time svrstalo u javno pravo i predstavlja izuzetak od inače privatnopravnog karaktera radnog prava, jednaki propisi vrijede i za privatnopravne odnose u oblasti slobode kretanja radnika³⁹ i usluga⁴⁰, jer ove tržišne slobode imaju tzv. treće dejstvo, tj. vrijede i u odnosima između pojedinaca⁴¹. Ako analizu nastavimo uz pomoć navedenog primjera, uvidjećemo da se ovdje radi o negativnom učinku tržišnih sloboda, tj. o negativnoj integraciji kojom se ukida konkretna mjera koja narušava određenu tržišnu slobodu. Nasuprot tome, pozitivna integracija podrazumijeva da BiH harmonizira oblast na državnom nivou za koju primijeti da krši tržišne slobode entitetskim propisima. Pri tome više ne ispituje mjeru koja je, kako je prethodno utvrđeno, neopravdano kršila tržišne slobode, nego ispituje mjeru supsidijarnost i proporcionalnost mjere kojom se harmonizuje pravna oblast koja prema stavu Ustavnog suda spada u podijeljenu nadležnost entiteta i države⁴².

Kao što je već tumačeno u predstavljenim (i drugim) odlukama Ustavnog suda i Komisije za ljudska prava, propisi kojima se ispunjavaju obaveze iz Ustava BiH, koje mogu biti domaćeg i međunarodnopravnog karaktera, bez obzira na entitetsku nadležnost na osnovu čl. III Ustava spadaju u podijeljenu nadležnost države i entiteta. Stoga država može

³⁹ Vidi Sud EU, 15. 12. 1995, predmet C-415/93, Union royale belge des sociétés de football association ASBL, UEFA i dr./Jean-Marc Bosman (Bosman), *Slg.* 1995, I-4921.

⁴⁰ Sud EU, 12. 12. 1974, predmet 36/74, Walrave and Koch protiv Association Union Cycliste Internationale i dr. (Walrave i Koch), *Slg.* 1974, s. 1405, tačka 16/19; o kasnijem razvoju prakse Suda EU vidi npr. J. Snell, *And Then There Were Two: Products and Citizens in Community Law*, u: T. Tridimas/ P. Nebbia, *European Union Law for the Twenty-First Century*, Vol. 2 Internal Market and Free Movement Community Policies, Oxford and Portland Oregon 2004, s. 57.

⁴¹ Vidi M. Schweitzer/W. Hummer/W. Obwexer, *Europarecht- das Recht der Europäischen Union*, Manz, Wien 2007, s. 376.

⁴² Vidi Ch. Steiner/N. Ademović (bilj. 17), s. 540.

regulisati samo one oblasti čija je regulacija na državnom nivou nužna u svrši ispunjenja ovih obaveza. U okviru podijeljenih nadležnosti nužnost se ispituje putem načela supsidijarnosti i proporcionalnosti. Na ovom mjestu se može povući paralela sa EU, gdje ostvarenje tržišnih sloboda također spada u podijeljenu nadležnost⁴³, pa svaka mjera donesena u svrhu njihovog ostvarenja mora ispuniti uslove supsidijarnosti i proporcionalnosti. Načelo supsidijarnosti u skladu sa čl. 5 st. 3 Ugovora o EU (UEU) nalaže da Unija izvan oblasti koje spadaju u njenu isključivu nadležnost djeluje samo ako cilj razmatrane mjere ne može u dovoljnoj mjeri biti ostvaren na nivou država članica (negativni kriterij) i cilj može biti bolje ostvaren na nivou EU (pozitivni kriterij). U praksi se kao osnovni nedostatak načela supsidijarnosti pokazala zasnovanost njegovih kriterija na cilju planirane mjere. To je zakonodavcu EU ostavilo prostora da različito formuliše ciljeve razmatrane mjere u svrhu lakše argumentacije njihove usklađenosti sa načelom supsidijarnosti. Sud EU je u svojoj stalnoj sudskoj praksi npr. prihvatio kao legitiman cilj akta da se njime harmonizira određena pravna oblast na teritoriji EU i time otklanjaju potencijalne (dakle ne postojeće) prepreke na unutrašnjem tržištu, što neminovno uvijek ispunjava uslove načela supsidijarnosti, pa do sada nikada nijedna mjera nije poništena zbog njene suprotnosti sa načelom supsidijarnosti⁴⁴. Tako interpretativni učinak prakse Suda EU na čl. I/4 Ustava BiH ne znači samo da je na državnom nivou moguće harmonizirati pravo u onoj mjeri u kojoj je ono prekršeno entitetskim propisima u okviru negativne integracije, nego da se u okvirima koji su uspostavljene praksom Ustavnog podjelom nadležnosti u ovoj oblasti vrši pozitivna integracija uz ispunjenje uslova supsidijarnosti i proporcionalnosti. Trenutna praksa donošenja gotovo identičnih zakona iz privatnog prava na entitetskom nivou ne znači uspješno izbjegavanje negativne, a time i

⁴³ Čl. 4 st. 2 Ugovora o Evropskoj uniji (UEU); *Sl. list. EU* 2010, C 83, I-388.

⁴⁴ Vidi T. Perišin, *Razgraničenje ovlasti Evropske unije i država članica* u: S. Rodin/T. Čapeta/I. Goldner Lang (ed.), *Reforma Evropske unije-Lisabonski ugovor*, Zagreb 2009, s. 230; vidi npr. Sud EU, 12. 07. 2005, povezani predmeti C-154/04 i C-155/04, Alliance for Natural Health i dr./Secretary of State for Health (C-154/04), National Association of Health Stores i dr./Secretary of State for Health i dr. (C-155/04), Slg. 2005, I-06451, tačka 99 i dalje.

pozitivne integracije, jer mogućnost jednostranih entitetskih amandmana na donesene zakone također predstavlja potencijalnu prepreku za unutrašnje tržište⁴⁵. Osim toga, sve dok se zakoni koji služe uspostavljanju unutrašnjeg tržišta donose na entitetskom nivou, ne postoji organ koji bi u samoj izradi nacрта i kasnijem zakonodavnom postupku kontrolirao njihovu međusobnu usklađenost, ili kako se to sad dogodilo u slučaju Zakona o stvarnim pravim Republike Srpske⁴⁶, spriječio donošenje zakona u jednom entitetu prije drugog, bez da se žele diskutovati politički ili drugi razlozi koji su doveli do ovakve pravne situacije. Osim toga ne želi se sugerisati da se donošenjem novog zakona o stvarnim pravima u samo jednom entitetu krše tržišne slobode, jer je u oblasti stvarnih prava kršenje tržišnih sloboda jedino vjerovatno kada država/entitet odredišta, zbog *numerus clausus*-a stvarnih prava ne poznaje stvarno pravo stečeno u državi/entitetu porijekla⁴⁷.

Ovim su najčešće pogođena bezposjedovna sredstva osiguranja na pokretnim stvarima, što je u BiH riješeno na državnom nivou donošenjem Okvirnog zakona o zalozima⁴⁸. Primjer regulacije stvarnih prava u BiH pokazuje da se donošenjem okvirnih zakona na državnom nivou mogu ispoštovati ustavne obaveze bez narušavanja trenutne podjele nadležnosti između entiteta i države. U privatnom pravu postoje značajne razlike u obimu i stepenu detaljnosti takvih okvirnih zakona zavisno od oblasti u kojoj bi trebali biti usvojeni. Tako bi radno i privredno pravo u najvećem obimu u svrhu ispunjenja slobode kre-

⁴⁵ Potencijalne prepreke za unutrašnje tržište prema stalnoj praksi Suda EU zasnovanoj na odluci *Dassonville* su dovoljne da predstavljaju mjere koje su suprotne tržišnim slobodama EU, osim ako nisu opravdane razlozima javnog poretka. Vidi Sud EU, 11. 07. 1974, predmet 8/74, Državno tužilaštvo/Gustave i Benoît Dassonville (*Dassonville*), Slg. 1974, s. 837; Sud EU, 20. 02. 1979, predmet 120/78, Rewe-Zentral-AG/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (*Cassis de Dijon*), Slg. 1979, s. 649.

⁴⁶ Sl. gl. RS br. 124/08 i 58/09.

⁴⁷ Vidi više u M. Stanivuković/P. Đundić, *Međunarodno privatno pravo-posebni deo*, Novi Sad 2008, s. 31 i dalje; Vidi M. Povlakić, *Kollisionsrechtliche Probleme bei den grenzüberschreitenden Mobiliarsicherheiten in den Nachfolgestaaten des ehemaligen Jugoslawiens*, u: M. Vasiljević/R. Kulms/T. Josipović/M. Stanivuković (ed.), *Private Law Reform in South East Europe-Liber amicorum Christa Jessel-Holst*, Beograd 2010, s. 478 i dalje.

⁴⁸ Sl. gl. BiH br. 28/04 i 54/04.

tanja radnika i slobode poslovnog nastanjivanja trebali biti regulisani na državnom nivou, nakon njih slijede obligaciono i stvarno pravo, dok porodično i nasljedno pravo samo pogranično utiču na tržišne slobode⁴⁹. U tom smislu Okvirni zakon o registraciji poslovnih subjekata u BiH⁵⁰ koji ima uporediv stepen detaljnosti kao i u vrijeme donošenja sa Okvirnim zakonom o zalozima, ne zadovoljava uslove slobode poslovnog nastanjivanja⁵¹, jer spada u privredno pravo čija je jedinstvena regulacija u mnogo većem stepenu nužna za ostvarenje slobode poslovnog nastanjivanja, nego što je slučaj sa stvarnim pravima i slobodom kretanja robe. Ponovo, donošenjem okvirnih državnih zakona u onoj mjeri u kojoj se sprečava narušavanje tržišnih sloboda ispunili bi se uslovi samo negativne integracije, uz uzimanje u obzir da bi pravna fragmentacija koja bi nastala takvom podjelom ranije jedinstvenih zakona u pojedinim pravnim oblastima uzrokovala više poteškoća za pravni promet nego što bi otklanjala njegove prepreke. Iskustva iz EU koja je uporedive poteškoće sa nadležnostima nastojala prevazići principom “minimalne harmonizacije” pokazuju da je konačni put ka unifikaciji prava neminovan, ali i teško ostvariv⁵².

Na jednakom primjeru se može pokazati da nužnost ustavnih reformi u mnogome ovisi o tumačenju postojećih ustavnih propisa. Naime, nadležnost za donošenje privatnopravnih propisa koji su u okviru EU doneseni u svrhu regulisanja unutrašnjeg tržišta, može se zasnovati na čl. III/1b Ustava BiH koji uspostavlja isključivu nadležnost države za regulaciju vanjskotrgovinske politike. Ovim bi se izbjegao problem ispitivanja nužnosti svake pojedine zakonske odredbe za ostvarenje unutrašnjeg tržišta u smislu negativne integracije, jer bi se implementirali propisi iz EU doneseni kao rezultat pozitivne integracije u isključivoj nadležnosti BiH, što ujedno zaobilazi ispitivanje supsidijarnosti i proporcionalnosti.

⁴⁹ Vidi opširno u K. Schilling, *Binnenmarktkollisionsrecht*, Berlin 2006, s. 231 i dalje.

⁵⁰ *Sl. gl. BiH* br. 42/04.

⁵¹ Vidi I. Grubešić, *Pravni status evropske kompanije i njen odnos sa privrednim društvima u Bosni i Hercegovini*, magistarski rad, Zenica 2011, s. 132.

⁵² Vidi Z. Meškić, *Europäisches Verbraucherrecht-Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben und europäische Perspektiven*, Schriftenreihe des Ludwig Boltzmann Institutes für Europarecht, Bd.18, Manz/Wien 2008, s. 21 i dalje.

Nadalje, pravni kriterij za preuzimanjem cjelokupnog *acquis*-a, obuhvata i preuzimanje veoma važnog sastavnog dijela Prava EU, nje- govog temeljnog načela “*effet utile*”. Načelo *effet utile* prevodi se kao načelo “punog dejstva”, “korisnog učinka”, “pune učinkovitosti/djelotvornosti”, “praktične učinkovitosti/djelotvornosti” ili “praktičnog dejstva”, a predstavlja metodu tumačenja Prava EU, prema kojoj Sud EU propise EU tumači na onaj način, na koji će u potpunosti ostvariti cilj koji slijede⁵³. Može se reći da načelo *effet utile* predstavlja jednu dimenziju načela efikasnosti koje je postavljeno kao kriterij pred organe BiH. Sud EU vođen načelom *effet utile* stvarao je opšta pravna načela poput nadređenog i neposrednog dejstva Prava EU, često se, koristeći negativnom formulacijom da bez određenih karakteristika koje nisu utvrđene Ugovorom, Pravo EU ne bi moglo ostvariti *effet utile*. Jasno je da načelo efikasnosti kada je postavljeno ovako široko kao što to čini Sud EU, podrazumijeva mnogobrojne obaveze kako država članica tako i država (potencijalnih) kandidatkinja. Postavlja se pitanje da li bi se iz načela efektivnosti zajedno za obavezom preuzimanja *acquis*-a na cjelokupnoj teritoriji BiH mogla proizvesti obaveza za uspostavom Vrhovnog suda na nivou BiH, koji će osigurati da se pravo koje je jedinstveno preuzeto u BiH zaista na isti način primjenjuje na cijeloj teritoriji. Bez uspostave državnog organa koji bi imao nadležnosti Vrhovnog suda neće postojati institucija u BiH koja će nakon što zakonodavna vlast izvrši svoj dio zadatka preuzimanjem *acquis*-a, osigurati efikasnu i jedinstvenu primjenu tih propisa na cjelokupnoj teritoriji BiH. Ovo bi se najjednostavnije postiglo proširenjem nadležnosti postojećeg Suda BiH, čime bi se dodatno riješila aktuelna problematika učešća Suda BiH u stvaranju pravnog poretka na državnom nivou koji je potpuno neovisan o entitetskim. U pogledu već donesenih i budućih državnih okvirnih zakona u oblasti privatnog prava, to bi donijelo ujednačenje prakse sudova koji rješavaju imovinskoppravne zahtjeve

⁵³ Načelo *effet utile* je svoju potpunu afirmaciju dobilo u odlukama Royer (Sud EU, o8. 04. 1976, 48/75, Jean Noël Royer (Royer), Slg. 1976, s. 497, tačka 73) i Factortame (Sud EU, 05. 03. 1996, povezani predmeti C-46/93 i C-48/93, Brasserie du Pêcheur SA/Bundesrepublik Deutschland i The Queen/Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd i dr. (Brasserie i Factortame), Slg. 1996, I-1029, tačka 6).

subjekata na osnovu donesenih državnih okvirnih zakona. Tek tada bi razmatrano pitanje sposobnosti preuzimanja cjelokupnog prava EU bilo upotpunjeno i drugom zahtijevanom komponentom, sposobnošću primjene Prava EU. Bez sudskog organa sa nadležnostima za ujednačenje primjene krivičnih i civilnih propisa na nivou BiH, različita entitetska sudska praksa može produbljivati postojeće razlike u entitetskim krivičnim i privatnopravnim propisima ili stvarati nove razlike koje u jedinstvenom okvirnom zakonu ne postoje.

Naime iz perspektive EU zakonodavna, sudska i izvršna vlast jednako su odgovorne za efikasnost Prava EU u državi članici. Ovo se najbolje vidi iz načela državne odgovornosti, utemeljenog u odlukama *Francovich*⁵⁴ i *Brasserie du pêcheur*⁵⁵, prema kojem država članica EU odgovara svojim građanima za povredu Prava EU od strane državnih organa, zbog koje je pojedincima nanijeta šteta. Načelo državne odgovornosti također je primarno zasnovano na široko postavljenom načelu *effet utile*, gdje je Sud EU u odluci *Francovich* konstatovao da bi "puno dejstvo normi Prava EZ bilo (bi) ugroženo i zaštita na njima zasnovanih prava umanjena, ako pojedinac ne bi imao mogućnost da traži naknadu štete kada su njegova prava povrijeđena kršenjem Prava EZ, koja se može pripisati državi članici"⁵⁶. U kasnijoj sudskoj praksi u odluci *Köbler* Sud EU je potvrdio da država odgovara i za povredu Prava EU od strane svog sudstva, pa čak i kada se radi o odluci suda najviše instance te države članice⁵⁷. Ovakva odluka je naišla na višestruku kritiku, smatrajući da se time ugrožava neovisnost sudstva, dovodi u pitanje pravna snaga presude u zadnjoj instanci i narušava autoritet koji u jednoj državi uživaju sudovi najviše instance⁵⁸. Sud EU

⁵⁴ Sud EU, 19. 11. 1991, povezani predmeti C-6/90 i C-9/90, Andrea Francovich i Danila Bonifaci i drugi/Republika Italija (Francovich), Slg. 1991, I-5357.

⁵⁵ Sud EU, 05. 03. 1996, povezani predmeti C-46/93 i C-48/93, Brasserie du pêcheur SA/Savezna Republika Njemačka i The Queen/Secretary of State of Transport, ex parte: Factortame Ltd i dr. (Brasserie du pecheur i Factortame), Slg. 1996, I-1029.

⁵⁶ Sud EU, 19.11.1991, povezani predmeti C-6/90 i C-9/90, Andrea Francovich i Danila Bonifaci i drugi/Republika Italija (Francovich), Slg. 1991, I-5357, 33.

⁵⁷ Vidi Sud EU, 30. 09. 2003, C-224/01, Gerhard Köbler/Austrija (Köbler), Slg. 2003, I-10239, tačka 31 i dalje.

⁵⁸ Vidi npr. W. Frenz, *Handbuch Europarecht*, Bd. 5, Wirkungen und Rechtsschutz, Berlin/Heidelberg 2010, s. 613.

odbranio je svoj stav navodeći da naknada štete zbog nepravilne presude suda najviše instance ne mora za sobom povlačiti ukidanje te presude, pa pravna snaga odluka sudova najviše instance nije dovedena u pitanje. Osim toga, neovisnost sudije nije ugrožena, jer za štetu ne odgovara lično sudija nego država⁵⁹.

3. Pitanje Vrhovnog suda BiH i sudski sistem EU

Za sveobuhvatno razumijevanje prakse Suda EU u pogledu državne odgovornosti za štetu nanесenu pojedincu, treba podsjetiti na to koju ulogu nacionalni sudovi posljednje instance zauzimaju u sudskom sistemu EU. Centralni postupak pred Sudom EU kojim se u skladu sa čl. 267 UFEU osigurava jedinstveno tumačenje i primjena Prava EU na cjelokupnoj teritoriji EU je postupak prethodnog odlučivanja⁶⁰. Postupak prethodnog odlučivanja je instrument saradnje između Suda EU i sudova država članica, pomoću kojeg se nacionalnim sudovima pružaju kriteriji za tumačenje prava EU, koji su im neophodni sa odluku o predmetu koji se pred njima vodi⁶¹. Tako nacionalni sudovi kada naiđu na poteškoće u pogledu nekog pitanja iz Prava EU koje je od značaja za donošenje odluke, imaju pravo, a u pojedinim slučajevima i obavezu, da se obrate Sudu EU da ovo pitanje razjasni. Na osnovu ovako dobivenog tumačenja Prava EU (ne i nacionalnog prava!)

⁵⁹ Sud EU je ovo obrazloženje potkrijepio sa još nekoliko argumenata: države u Međunarodnom javnom pravu odgovaraju za povredu svojih međunarodnih obaveza, bez obzira na to koje tijelo te države je počinilo povredu, jer se tretiraju kao jedna cjelina; zbog posebnog mjesta koje sudstvo zauzima u zaštiti subjektivnih prava dodijeljenih Pravom EU, ova zaštita bila bi umanjena, a puno dejstvo ugroženo ako ne bi postojala državna odgovornost za štetu počinjenu od strane suda najviše instance neke države članice; većina država članica u svojim nacionalnim pravnim poredcima imaju propise o odgovornosti za štetu nastalu nepravilnom sudskom odlukom; naknada štete nastale pravosnažnom odlukom suda najviše instance povećava kvaliteta sudstva u jednoj državi, a samim time i njegov autoritet; Evropski sud za ljudska prava također je već odlučivao o odgovornosti država za štetu nastalu nepravilnom odlukom suda najviše instance; vidi Sud EU, 30. 09. 2003, C-224/01, Gerhard Köbler/Austrija (Köbler), Slg. 2003, I-10239, tačka 32 i dalje.

⁶⁰ Vidi G. Reichelt, *Europarecht*, Manz /Wien 2002, s. 80.

⁶¹ Sud EU, 18. 10. 1990, povezani predmeti C-297/88 i C-197/89, Massam Dzodzi/ Belgija (Dzodzi), Slg. 2000, I-3763, tačka 33.

u formi prethodne odluke nacionalni sud primjenjuje Pravo EU na predmet koji se pred njim vodi. Stoga je postupak prethodnog odlučivanja međupostupak u okviru nacionalnog spora putem kojeg se uključuje Sud EU a služi jedinstvenoj primjeni i tumačenju Prava EU u svim državama članicama⁶². Ovaj postupak predstavlja nužnu kariku u obrazovanju neprotivriječnog pravnog sistema gdje se odlukom nacionalnog suda u skladu sa dobivenim smjernicama od Suda EU, osigurava transfer standarda Prava EU u nacionalni pravni poredak⁶³.

U okviru ovog postupka “sudovi država članica protiv čijih odluka nema pravnog lijeka prema nacionalnom pravu” imaju posebnu ulogu, s obzirom da su u skladu sa čl. 267 st. 3 UFEU oni obavezni da Sudu EU upute zahtjev za tumačenje Prava EU kada se u postupku pojavi pitanje tumačenja Prava EU koje je od značaja za odluku⁶⁴. Za razliku od sudova zadnje instance, sudovi protiv čijih odluka postoji pravni lijek prema nacionalnom procesnom pravu, imaju u skladu sa čl. 267 st. 2 UFEU pravo, ali ne i obavezu, da u takvom slučaju upute prethodno pitanje Sudu EU. Ovdje se sukobljavaju apstraktna teorija, prema kojoj se “sudovi država članica protiv čijih odluka nema pravnog lijeka prema nacionalnom pravu” treba tumačiti u smislu suda koji je hijerarhijski predviđen kao sud zadnje instance prema ustavnom poretku date države, i konkretna teorija, prema kojoj se isti sud utvrđuje zavisno od mogućnosti podizanja redovnih pravnih lijekova u konkretnom sporu. U korist apstraktne teorije govori jezičko tumačenje odredbe čl. 267 st. 3 UFEU koja koristi izraz “protiv čijih odluka” u množini, dok u korist konkretne teorije govori povećanje individualne pravne zaštite⁶⁵. Sud EU je u odluci *Lyckeskog* utvrdio da pojam suda

⁶² Vidi A. Haratsch/Ch. Koenig/M. Pechstein, *Europarecht*, Tübingen 2010, s. 245.

⁶³ Vidi E. Šarčević, *Postupak prethodnog odlučivanja-posebna vrsta pravnog transfera?*, *Pravna misao* br. 9-10/2006, s. 10 i dalje.

⁶⁴ U skladu sa doktrinom iz odluke CILFIT, nacionalni sud zadnje instance nije obavezan da se obrati Sudu EU za odluku o prethodnom pitanju ako smatra da pitanje koje je postavila stranka u postupku nije relevantno za odluku, da je Sud EU već dao odgovor na takvo pitanje u ranijoj sudskoj praksi ili da je ispravna primjena Prava EU toliko očigledna da ne ostavlja prostora za razumnu sumnju. Vidi Sud EU, 06. 10. 1982, 283/81, Srl. CILFIT i Lanificio di Gavardo SpA/Ministry of Health (CILFIT), Slg. 1983, I-3415.

⁶⁵ Vidi T. C. Hartley (bilj. 7), s. 283.

zadnje instance ne mora nužno podrazumijevati vrhovni sud, nego to može biti i bilo koji drugi sud protiv čije odluke više nije moguć redovni pravni lijek, što je i u pravnoj nauci donijelo prevagu u korist konkretne teorije⁶⁶. Prema mišljenju Suda EU svrha ovog propisa jeste da se spriječi nastanak sudske prakse u nekoj od država članica koja ne bi bila u skladu sa pravom EU⁶⁷. Ova svrha se može ostvariti samo ako najviši sud u državi, kao i svaki nacionalni sud protiv čije odluke po nacionalnom pravu ne postoji pravni lijek, ima obavezu da uputi prethodno pitanje Sudu EU⁶⁸. Ukoliko nacionalni sud zadnje instance ne ispuni svoju obavezu za obraćanje Sudu EU za prethodnu odluku, može teoretski biti predmet pokretanja postupka za povredu obaveze države članice prema EU u skladu sa čl. 258 UFEU, ali i za tužbu pred nacionalnim sudovima za državnu odgovornost za štetu nastalu pojedincu zbog pogrešne odluke vrhovnog suda⁶⁹. Tako je dobar savjet sudovima zadnje instance da se u slučaju sumnje obrate Sudu EU za prethodno tumačenje, u svrhu izbjegavanja rizika da o naknadi štete koja je nastala pojedincu zbog nepodnošenja zahtjeva za prethodnu odluku odlučuje neki domaći općinski sud kao “superrevizijska instanca”⁷⁰.

Iz obaveze obraćanja nacionalnog suda zadnje instance u okviru postupku prethodnog odlučivanja u skladu sa čl. 267 st. 3 UFEU ne može se izvući zaključak o nužnosti postojanja vrhovnog suda na

⁶⁶ Vidi Sud EU, 04. 06. 2002, C-99/00, krivični postupak protiv Kenny Roland Lyckeskog, 2002, I-4839, tačka 14. Na osnovu date presude konkretnu teoriju zagovaraju npr. U. Karpenstein, u: E. Grabitz/M. Hilf, *Das Recht der Europäischen Union-Kommentar*, München 2009, čl. 234 EZ tačka 52 i dalje; M. Stanivuković, *Pojedinac pred sudom Evropskih zajednica*, Beograd 2009, s. 106; Th. Oppermann/D. Classen/M. Nettesheim, *Europarecht*, München 2009, s. 272; A. Haratsch/Ch. Koenig/M. Pechstein (bilj. 62), s. 247. Zagovornici apstraktno teorije su npr. T. C. Hartley (bilj. 7), s. 283 i dalje; B. Wegener, u: Ch. Calliess/M. Ruffert, *EUV-EGV – Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtscharta-Kommentar*, čl. 234 EGV, 2065, tačka 24.

⁶⁷ Sud EU, 24. 05. 1977, 107/76, Hoffmann-La Roche AG v. Centrafarm Vertriebsgesellschaft Pharmazeutischer Erzeugnisse GmbH (Hoffmann-La Roche), Slg. 1977, s. 957, tačka 5.

⁶⁸ Vidi M. Stanivuković (bilj. 66), s. 106.

⁶⁹ Vidi Th. Oppermann/D. Classen/M. Nettesheim (bilj. 66), s. 273.

⁷⁰ Vidi W. Frenz (bilj. 58), s. 630.

državnom nivou. Jer, kao prvo EU nema nadležnost za reorganizaciju sudskog sistema njenih država članica i, kao drugo, sud zadnje instance ne mora nužno biti vrhovni sud. Mnogo važnije je prepoznati da postupak prethodnog odlučivanja predstavlja institucionalizirani dijalog i saradnju sa Sudom EU⁷¹, gdje Sud EU nastoji osigurati jedinstveno tumačenje datih normi Prava EU na cjelokupnoj teritoriji EU, dok domaći sud jednaku funkciju preuzima za nacionalno pravo. U okviru ovog postupka, kako je prethodno navedeno, sudovi zadnje instance preuzimaju posebnu obavezu obraćanja da bi se spriječio nastanak nacionalne sudske prakse u državi članici suprotne pravu EU. Ovdje se prepoznaje značaj i faktičko dejstvo koje odluke sudova zadnje instance imaju ne samo na postupak koji se pred njima vodi, nego i na sve ostale postupke drugih sudova pred kojima se postavi uporedivo pitanje. Ukoliko bi BiH sa sadašnjim sudskim sistemom postala članica EU prema apstraktnoj teoriji koja značajno sužava broj sudova koji imaju obavezu obraćanja, sud zadnje instance u smislu čl. 267 st. 3 UFEU bili bi Sud BiH, Vrhovni sud FBiH, Vrhovni sud RS i apelacioni sud Distrikta Brčko, dok bi prema konkretnoj teoriji ovaj broj sudova bio značajno veći.

Dok navedeni sudovi ispunjavaju hijerarhijski kriterij suda zadnje instance, svrha njihovog obraćanja da spriječe nastanak sudske prakse u državi članici suprotne pravu EU neće se ostvariti, jer oni imaju nadležnosti samo u okviru zasebnih pravnih poredaka unutar BiH. Kao protuargument ne može poslužiti stav da i u državama članicama, naročito prema konkretnoj teoriji, postoji veći broj sudova zadnje instance, jer ti sudovi odlučuju na osnovu jednakih pravnih normi, dok u BiH navedeni sudovi odlučuju unutar iste pravne oblasti ali na osnovu različitih pravnih normi. Tako bi sistem saradnje i institucionalnog dijaloga u okviru postupka prethodnog odlučivanja u slučaju BiH ispunio cilj koji proizilazi iz samog pravnog dejstva prethodne odluke Suda EU, dok bi nacionalni sud ispunio svoj zadatak samo za jedan dio teritorije (u slučaju entitetskih vrhovnih sudova i apelacionog suda Distrikt Brčko) odnosno pravnog poretka (u slučaju Suda BiH) u

⁷¹ Vidi G. Reichelt (bilj. 60), s. 80.

BiH. Treba dodatno uzeti u obzir da je BiH ujedno i jedina evropska država koja nema Vrhovni sud na državnom nivou⁷². Ovu posebnost pravnog poretka BiH, gledano isključivo sa aspekta sudskog sistema EU i postupka prethodnog odlučivanja, EU može ali ne mora tolerisati. Naime, kako će u nastavku biti detaljnije prikazano, nadležnosti EU u pogledu reforme ustavnog i upravnog uređenja države (potencijalne) kandidatkinje su znatno veće nego što je to slučaj u pogledu država članica.

4. Uspostava Vrhovnog suda BiH kao obaveza na osnovu Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju (SSP)

BiH je potpisala SSP 16. juna 2008. godine sa Evropskim zajednicama (EZ, sada EU) i njihovim državama članicama. Samim potpisivanjem SSP-a BiH je dobila status “potencijalne kandidatkinje” i perspektivu punopravnog članstva u EU⁷³. Sporazum je zaključen kao tzv. “mješoviti sporazum”⁷⁴, tj. pored ratifikacije od strane EZ (sada EU) mora biti ratifikovan od svih država članica, Evropskog parlamenta i same države kandidatkinje. BiH je trenutno u fazi kada su svi navedeni ratificirali SSP osim EU. EU uobičajeno ratifikuje ovakve “mješovite sporazume” neposredno nakon što to urade države članice da ne bi došlo do djelomičnog važenja sporazuma u EU⁷⁵. Francuska je kao posljednja preostala država članica ratifikovala SSP sa BiH 10. februara 2011⁷⁶. Postupak ratifikacije od strane EU podrazumijeva prema čl. 218 st. 6 i 8 UFEU saglasnost Parlamenta kao i jednoglasnu odluku Savjeta. Neposredno nakon potpisivanja SSP-a, stupio je na snagu Privremeni Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju⁷⁷ koji sadrži najte-

⁷² Vidi M. Dauster (bilj 1), s. 11.

⁷³ Vidi S. Rodin, *Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju u pravnom poretku Evropske zajednice i Republike Hrvatske*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Zagrebu, 3-4/2003, s. 592.

⁷⁴ Vidi T.C. Hartley (bilj. 7), s. 163.

⁷⁵ Vidi S. Vöneky, u E. Grabitz/M. Hilf (bilj. 66), čl. 310, tačka 27.

⁷⁶ Vidi <http://www.consilium.europa.eu/App/accords/Default.aspx?command=details&cid=297&clang=EN&aid=2008023&doclang=EN> (očitanje 01. 04. 2011).

⁷⁷ *Sl. gl. BiH* br. 5/08, dodatak *međunarodni ugovori*.

meljnije obaveze iz samog SSP-a i služi kao pravni okvir za pripremu potencijalne kandidatkinje do stupanja na snagu SSP-a.

Osnovna odlika sadržaja SSP-a je njegova postepenost, koja se odražava u vremenski stepenovanim obavezama koje BiH treba izvršiti pri svojim pripremama za članstvo u EU. Postepenost počinje već samim potpisivanjem SSP-a, tako da ubrzo nakon potpisivanja stupa na snagu Privremeni SSP-a sa najosnovnijim obavezama iz samog SSP-a, te stupaju na snagu i pojedini dijelovi SSP-a, iako sporazum nije prošao postupak ratifikacije i njegov sadržaj nije u cijelosti stupio na snagu. Ovdje je riječ o privremenoj primjeni dijelova međunarodnog ugovora, prije njegovog stupanja na snagu, u skladu sa čl. 25 Bečke konvencije o ugovornom pravu iz 1969⁷⁸. BiH će već rano spoznati posljedice specifične strategije EU prema Zapadnom Balkanu, čiji centralni dio predstavlja SSP kao podvrsta evropskih sporazuma, koja glasi: “urađeno na Balkanu-uzvrraćeno iz Brisela”⁷⁹. Naime, stupanje na snagu SSP-a prema svemu sudeći biće odgođeno, jer BiH nije ispunila obaveze na osnovu Privremenog SSP-a koji čini prethodnu stepenicu u napretku. Misli se na povredu čl. 1 Privremenog SSP-a neprovođenjem odluke *Sejdić-Finci*⁸⁰ te povredu čl. 36 Privremenog SSP-a nedonošenjem zakona o državnoj pomoći na nivou BiH.

Jedna od odredbi koja je stupila na snagu samim potpisivanjem SSP-a jeste “harmonizirajuća klauzula” iz čl. 70 SSP-a. Prvi stav čl. 70 SSP obavezuje BiH da “osigura postepeno usklađivanje svog postojećeg i budućeg zakonodavstva sa pravnom stečevinom Zajednice (*acquis*). Bosna i Hercegovina osigurat će primjerenu provedbu i primjenu postojećeg i budućeg zakonodavstva.” Iz sljedećeg stava proizilazi da će usklađivanje početi datumom potpisivanja Sporazuma, što znači da

⁷⁸ Vidi M. Stanivuković/S. Đajić, *Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju i prelazni trgovinski sporazum Srbije i evropskih zajednica-pravno dejstvo i značaj*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 1-2/2008, s. 397.

⁷⁹ Vidi N. Misita, *Evropska unija-osnivanje i razvoj*, Sarajevo 2010, s. 332.

⁸⁰ Evropski sud za ljudska prava, *Sejdic and Finci v. Bosnia and Herzegovina*, predmet br. 27996/06 i 34836/06; O svim propisima koji moraju biti izmijenjeni u svrhu provedbe presude *Sejdic-Finci* vidi N. Kulenović/I. Hažialić-Bubalo/M. Korajlić, *Presuda Sejdić i Finci protiv Bosne i Hercegovine: Konkretno posljedice – prvi pregled*, *Sveske za javno pravo* 1-2/2010, s. 18 i dalje.

ova odredba već vrijedi u BiH⁸¹. Obaveza koja proizlazi iz harmonizirajuće klauzule SSP-a sadržane u čl. 70, za BiH znači harmonizaciju na dva nivoa:

1. harmonizaciju entitetskih propisa u svrhu stvaranja uslova i pretpostavki za potpune slobode kretanja robe, osoba, usluga i kapitala u skladu sa čl. I/4 Ustava BiH i

2. istovremeno usaglašavanje ovog zakonodavstva sa pravom EU u cilju stvaranja uslova za ulazak na ovo novo tržište⁸².

Prva obaveza harmonizacije entitetskih propisa na osnovu čl. I/4 Ustava BiH podrazumijeva, kako je prethodno prikazano, između ostalog donošenje cijelog seta privatnopravnih propisa na državnom nivou⁸³. Međutim, potpuno ostvarenje tržišnih sloboda ponovo će naići na prepreku nepostojanja državnog sudskog tijela koje će osigurati jedinstvenu primjenu tako donesenih državnih zakona na cjelokupnoj teritoriji BiH. Sudska zaštita prava građana koja proizilaze iz državnih propisa poput Zakona o zaštiti potrošača kao i propisa čije će donošenje uslijediti na nivou BiH, ponovo ima jednaku važnost kao i samo donošenje tih propisa. Ovdje se Ustavni sud BiH u svom nastojanju da pruži takvu zaštitu i istovremeno ostane u granicama svoje nadležnosti neposredno oslanja na praksu Suda EU donesenu u oblasti tržišnih sloboda EU. Prema citiranoj odluci U-68/02 istakao je da opštu odredbu o tržišnim slobodama treba tumačiti u skladu sa praksom Suda Evropske unije, budući da sam Ustav ne definiše detaljnije šta ova odgovornost podrazumijeva⁸⁴. Ovakav stav Ustavnog suda, utemeljen nekoliko godina prije potpisivanja SSP-a, rano je pokazao prepoznavanje

⁸¹ O položaju SSP-a u hijerarhiji pravnih izvora u BiH vidi Z. Meškić, Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju – aktuelni izazovi za Bosnu i Hercegovinu, *Zbornik radova naučnog skupa Bosanskohercegovačka država i Bošnjaci*, u postupku objavljivanja.

⁸² Vidi V. Popović, Neki aspekti harmonizacije prava Republike Srpske sa Sporazumom o stabilizaciji i pridruživanju, *Pravni život* 7-8/2010, s. 54.

⁸³ Vidi Ustavni sud BiH, 18. 02. 2000, U-5/98-II, *Sl. gl. BiH* br. 17/00, tačka 29; opširnije u Z. Meškić, Četiri osnovne slobode kao ustavni osnov za harmonizaciju entitetskih privatnopravnih propisa, *Ustavno-pravni razvoj Bosne i Hercegovine (1910-2010)*, *Zbornik radova Pravnog fakulteta Univerziteta u Tuzli*, u postupku objavljivanja.

⁸⁴ Ustavni sud BiH, 25. 06. 2004, U-68/02, *Sl. gl. BiH* br. 38/04, tačka 41.

da je usaglašavanje entitetskih propisa sa klauzulom čl. I/4 Ustava, s obzirom na politički cilj BiH za članstvom u EU, neposredno vezano za daljnje usaglašavanje sa istim klauzulama unutar prava EU. Tako ovaj stav Ustavnog suda čini sponu između prve i druge obaveze koja proizilazi iz harmonizirajuće klauzule u skladu sa čl. 70 SSP-a.

Istovremeno, stav Ustavnog suda iz odluke U-68/02 ukazuje na to da veoma bitan aspekt harmonizacije sa pravom EU, podrazumijeva uzimanje u obzir prakse Suda EU. Ovo prvo potvrđuje čl. 70 SSP-a, jer se pod pravnom stečevinom EU, smatra i praksa Suda EU kao jedan od izvora Prava EU. Još direktnije na značaj prakse Suda EU ukazuje čl. 71 st. 2 SSP, kojim se propisuje da će svako kršenje propisa o konkurenciji iz SSP-a biti ocijenjeno na osnovu kriterija koji proizlaze iz propisa o konkurenciji koji vrijede u (bivšoj) EZ, a naročito na osnovu (bivših) čl. 81, 82, 86 i 87 Ugovora o EZ, i instrumenata za tumačenje koje su usvojile (bivše) Zajednice. Ovdje se neposredno ukazuje na značenje ovih odredbi koje im svojim tumačenjem u odgovarajućim postupcima daje Komisija ili Sud EU. Ova odredba već je pokazala uticaj na domaće zakonodavstvo, gdje Zakon o konkurenciji BiH⁸⁵ u čl. 43 propisuje da se Konkurencijsko vijeće kao domaći organ koji je nadležan za zaštitu konkurencije u prvom stepenu, “u svrhu ocjene datog slučaja, može koristiti sudskom praksom Evropskog suda pravde i odlukama Evropske komisije”. Ponovo je vidljivo koji značaj EU pridaje zaštiti prava nastalih na osnovu propisa koji su doneseni u svrhu harmonizacije sa Pravom EU i primjeni ovih propisa u skladu sa značenjem koje imaju u EU. Stoga se može konstatovati da odredbe SSP-a pružaju pravni osnov za konkretizaciju prethodno navedenih kriterija koje BiH mora ispuniti u cilju članstva u EU. Pri tome čl. 70. SSP-a propisujući obavezu primjerene provedbe i primjene postojećeg i budućeg zakonodavstva, izričito normira kriterij na osnovu kojeg u godišnjim izvještajima o napretku BiH, Komisija kritikuje nedostatak postojanja Vrhovnog suda koji bi osigurao jedinstvenu primjenu na cjelokupnoj teritoriji BiH.

⁸⁵ *Sl. gl. BiH* br. 48/05; izmjene *Sl. gl. BiH* br. 76/07 i br. 80/09.

5. Uspostava Vrhovnog suda kao rezultat jače pregovaračke pozicije EU

Ne treba zaboraviti da uz sve pravne argumente koji su se nastojali pregledno prikazati do sada, pitanje članstva BiH u EU kako za BiH tako i za EU predstavlja pitanje koje spada u oblast međunarodnih odnosa. Pri tome Kopenhagenski kriteriji predstavljaju samo okvir unutar kojeg se uslovi za svaku pojedinu državu kandidatkinju tek trebaju formulisati. Proces stabilizacije i pridruživanja EU posmatra kao novi pristup u kojem se kriteriji članstva u EU prilagođavaju situaciji u svakoj potencijalnoj državi kandidatkinji pojedinačno, a svaki napredak se odgovarajuće nagradi⁸⁶. Tako se i podrazumijeva da svaka država može individualno napredovati u zavisnosti od progressa koji je napravljen u pogledu postavljenih kriterija. Čl. 49 UEU i Kopenhagenski kriteriji ostavljaju dovoljno prostora za interpretaciju da zahtjev za uspostavom Vrhovnog suda BiH ne bi izlazio izvan okvira ovih kriterija niti izvan dosadašnje prakse EU da u svakoj državi zahtijeva reforme oblasti koje smatra naročito ograničavajućim⁸⁷. Jača pregovaračka pozicija EU jedna je od osnovnih karakteristika pretpristupnog procesa, koja se može odraziti i na uslove koji se državi članici postavljaju, ne zaboravljajući istovremena prava i finansijsku podršku koja se daju kandidatkinji⁸⁸. Pri tome EU u pretpristupnoj strategiji trećim državama određuje kriterije za članstvo u oblastima za koje u svojim odnosima prema državama članicama uopće nema ovlasti⁸⁹.

⁸⁶ Vidi J. Marko/J. Wilhelm, Stabilisation and Association Agreements, u: A. Ott/K. Inglis, *Handbook on European Enlargement-A Commentary on the Enlargement Process*, The Hague 2002, s. 167.

⁸⁷ Vidi R. Priebe (bilj. 35), s. 306. O mogućnostima različitog tumačenja kriterija vidi i E. Šarčević, *Bosnia and Herzegovina and Controversies of the EU Integration Process (Constitutional View)*, Zeitschrift für öffentliches Recht (ZÖR) 2009, s. 241; usp. također Sud EU, 22. 11. 1978, Lothar Mattheus/Doego Fruchtimport und Tiefkühlkost G, Slg. 1978, 2203, tačka 8.

⁸⁸ Vidi Th. Oppermann/C. D. Classen/M. Nettesheim (bilj. 66), s. 739.

⁸⁹ Vidi A. Albi, Ironies in Human Right Protection in the EU: Pre-Accession Conditionality and Post-Accession Conundrums, *European Law Journal* 1/2009, s. 49; A. Williams, Enlargement of the Union and human rights conditionality: a policy of distinction?, *European Law Review* 6/2000, s. 610.

Iako čl. 217 UFEU propisuje da sporazumi o pridruživanju podrazumijevaju međusobna prava i obaveze, ona se ne smiju shvatiti u smislu reciprociteta⁹⁰. Strogi reciprocitet ograničavao bi mogući sadržaj ugovora, kao i upotrebu sporazuma o pridruživanju u svrhu približavanja EU. Istovremeno nije moguće na osnovu čl. 217 UFEU zaključiti sporazum o pridruživanju koji predviđa potpunu asimetriju prava i obaveza EU i treće države⁹¹. Stoga uslov međusobnih prava i obaveza ne zabranjuje EU da trećoj državi potpisnici nametne obavezu da svoj politički i društveni sistem uskladi sa onim država članica, ako istovremeno toj državi garantuje određena prava i na sebe preuzima odgovarajuće obaveze⁹². EU do sada nije nijednoj državi kandidatkinji postavljala uslov uspostave Vrhovnog suda na državnom nivou, jer su sve kandidatkinje takav sudski organ već imale u svom sudskom sistemu, pa nije moguće u komparativnom pravu naći primjer koji bi se uporedio sa BiH. Na prvi pogled se može činiti uporedivom činjenica da se nijednoj državi kandidatkinji nije nametao uslov uspostave Ustavnog suda⁹³. Međutim, ovdje je situacija drugačija, jer i neke od starih država članica poput Nizozemske nemaju Ustavni sud u svom sudskom sistemu.

Treba podsjetiti da će pravo BiH budućim članstvom u EU svjesno postati dio pravnog poretka EU koji će u hijerarhiji pravnih normi u cijelosti biti nadređen kako ustavnom tako i niže rangiranom pravu BiH⁹⁴. Samo članstvo u EU zahtijeva ustavnu reformu kojom se dio suverenih ovlasti države prenosi na EU⁹⁵, pa se ni pitanje uspostave

⁹⁰ Vidi Sud EU, 05. 02. 1976. 87/75, *Conceria Daniele Bresciani/Amministrazione Italiana delle Finanze* (Bresciani), Slg. 1976, s. 129, tačka 22/23.

⁹¹ Vidi K. Schmalenbach, u: Ch. Calliess/M. Ruffert (bilj 66), čl. 310, tačka 3.

⁹² Vidi S. Vöneky, u E. Grabitz/M. Hilf, čl. 310, tačka 7.

⁹³ Vidi F. Hoffmeister, *Changing Requirements for Membership*, u A. Ott/K. Ingliš, *Handbook on European Enlargement-A Commentary on the Enlargement Process*, TMC Asser Press, The Hague 2002, 94.

⁹⁴ Vidi Sud EU, 15. 07. 1964, 6/64, *Flaminio Costa/E.N.E.L.*, 1964, s. 1253; Vidi Sud EU, 17. 12. 1970, 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft/Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel* (Internationale Handelsgesellschaft), 1970, s. 1125, tačka 3.

⁹⁵ Vidi opširno o svakoj državi članici u A. Albi, *The EU Enlargement and the Constitutions of Central and Eastern Europe*, Cambridge University Press 2005, 9 i dalje.

Vrhovnog suda u okviru evropskih integracija ne može posmatrati kao unutrašnje pitanje BiH. Ovo je vidljivo iz sljedećih činjenica:

- Komisija u svojim izvještajima o napretku BiH postavlja izričito pitanje uspostave Vrhovnog suda BiH i izričito kritikuje nepostojanje napretka u njegovoj uspostavi;
- članstvo u EU neminovno za sobom povlači ustavne reforme manjih ili većih razmjera;
- EU od svih kandidatkinja uvijek zahtijeva uspostavu određenih državnih organa koji do tada nisu postojali; i konačno
- EU na osnovu svoje pregovaračke pozicije uspostavu Vrhovnog suda BiH i smije i može tražiti.

Kriterije koje EU postavlja BiH kao državi (potencijalnoj) kandidatkinji za članstvo u EU, BiH će nastojati ispuniti u onoj mjeri, u kojoj članstvo u EU predstavlja njen politički i ekonomski cilj. Pri tome, ispunjenjem svih zahtjeva koje EU postavi pred BiH neće steći pravo na članstvo u EU⁹⁶, što samo potvrđuje da to pitanje spada u domenu međunarodnih odnosa. Komisija u izvještaju o napretku BiH u 2010. godini konstatuje da nije postignut napredak u uspostavi jedinstvenog tijela uporedivog sa vrhovnim sudom koje bi osiguralo jedinstvenu primjenu prava. Nadalje, Komisija smatra da kompleksnosti koje proizilaze iz četiri odvojena sudska sistema predstavljaju ozbiljan izazov za funkcionisanje sudskog sistema⁹⁷. Nakon ovih i drugih opservacija sudskog sistema u BiH, Komisija u izvještajima iz posljednjih nekoliko godina uvijek dolazi do jednakog zaključka o pravosuđu u BiH uz određene izmjene u formulaciji, gdje je u izvještaju za 2008. godinu najjasnije ustanovila da “rascjepkanost pravosudnog sistema i zakonskih okvira i dalje ugrožavaju efikasnost pravosuđa”⁹⁸. Navedene konstatacije Komisije mogu navesti na zaključak da uspostava Vrhovnog suda nije neposredan uslov za članstvo BiH u EU, ali je njegovo nepostojanje nedostatak u čijem otklanjanju BiH nije napredovala. Iz

⁹⁶ Vidi Th. Oppermann/C. D. Classen/M. Nettesheim (bilj. 66), s. 746.

⁹⁷ Komisija, 09. 11. 2010, Izvještaj o napretku Bosne i Hercegovine za 2010. godinu, KOM (2010) 660, s.12.

⁹⁸ Komisija, 05. 11. 2008, Izvještaj o napretku Bosne i Hercegovine za 2008. godinu, KOM (2008) 674, s. 14.

formulacije “tijelo uporedivo sa vrhovnim sudom” jasno je da se ne mora raditi o državnom organu koji će nositi takav naziv, nego je jedino značajno da se osigura jedinstvena primjena prava što se najjednostavnije može postići proširenjem nadležnosti Suda BiH. Za ispravno shvatanje ovih zaključaka bitno je podsjetiti na postepenost procesa stabilizacije i pridruživanja. Tako je državna pomoć u izvještaju iz 2008. bila samo oblast u kojoj nije postignut napredak⁹⁹, a sada neposredno koči stupanje na snagu SSP-a, zbog neispunjenja obaveza iz Privremenog SSP-a. Rascjepkanost pravosudnog sistema i zakonskih okvira će se vremenom neminovno povećati ispunjavanjem obaveza iz SSP-a o preuzimanju Prava EU na različitim nivoima, tako da se ne može očekivati da će zahtjev za napredovanjem u pogledu uspostave tijela uporedivog sa vrhovnim sudom u izvještajima Komisije gubiti na intenzitetu.

6. Umjesto zaključka: ustavne prepreke za uspostavu Vrhovnog suda BiH vs. snaga političkog cilja članstva u EU

Neosnivanje vrhovnog suda BiH u početku se pravdalo podjelom nadležnosti između države i entiteta u čl. III Ustava BiH, ali izmijenjena zakonodavna situacija sa sve većim brojem zakona na državnom nivou iz oblasti koje nisu neposredno pokrivena čl. III Ustava BiH navodi na reviziju ovakvog razmišljanja. Nepostojanje vrhovnog suda BiH se kritikuje prije svega, jer ne postoji državno tijelo koje će osigurati jedinstvenu primjenu krivičnih i civilnih propisa na cjelokupnoj teritoriji BiH, stvarajući pri tome jedinstveni pravni prostor. Trenutna podjela sudskih ovlasti ne samo da ne može osigurati jedinstvenu primjenu propisa na teritoriji BiH, nego neposredno narušava svu harmonizaciju koja se uspije postići na zakonodavnom nivou. Međutim, pogrešno je razmišljanje da je osnivanje Vrhovnog suda BiH protivno Ustavu BiH. Pođimo od čl. 1/2 Ustava BiH govori o BiH kao pravnoj državi, što BiH obavezuje na garanciju pravne sigurnosti. Kako je moguće garantovati pravnu sigurnost ako entitetski sudovi na osnovu

⁹⁹ *Ibid.*, s. 39.

npr. identične odredbe iz entitetskih Zakona o privrednim društvima u pogledu identičnog problema donesu različita rješenja, a ne postoji Vrhovni sud na nivou države koji bi njihovu praksu ujednačio? Ova dilema se nastavlja, ako se uzme u obzir da diskriminacija privrednog društva na osnovu sjedišta u različitim entitetima krši čl. I/4 Ustava BiH, tačnije slobodu poslovnog nastanjanja u BiH. Dok se u dijelu koji je obuhvaćen čl. I/4 Ustava BiH privrednom društvu može pružiti sudska zaštita u okviru onih postupaka koji su predviđeni pred Ustavnim sudom BiH, u svim aspektima prava privrednih društava izvan područja primjene slobode poslovnog nastanjanja i nadležnosti Ustavnog suda BiH ne može se garantovati ravnopravnost građana i pravnih lica BiH, a time ni pravna sigurnost propisana čl. I/2 Ustava BiH.

Pretpostavke da je Vrhovni sud nužan za garanciju pravne sigurnosti prema čl. I/2 Ustava BiH, neminovno vodi do zaključka da je nepostojanje Vrhovnog suda u najmanju ruku slabost, ako ne i propust ustavnog zakonodavca. Ovo pitanje uspostave entitetskih i državnih sudova prema čl. III Ustava BiH, stavlja u novo svjetlo. S jedne strane su entiteti prema čl. III/3a) nadležni za sve vladine funkcije koje nisu Ustavom izričito povjerene institucijama BiH, u što spada i uspostava Vrhovnog suda. Ali s druge strane to ne može značiti i nadležnost za popunjavanje pravnih praznina Ustava BiH, koji nije predvidio institucije koje trebaju garantovati prava i načela koja jesu izričito propisana Ustavom, poput zajedničkog tržišta, pravne sigurnosti i načela pravne države¹⁰⁰. Ovdje se treba uzeti u obzir i čl. III/3b) Ustava BiH prema kojem su državni ustavni propisi nadređeni entitetskim ustavnim i zakonskim propisima, što uspostavu Vrhovnog suda BiH državnim zakonom ne čini protivnom entitetskim propisima, ako se ista shvata kao izvršenje naloga ustavotvorca za osiguranjem pravne države, ravnopravnosti građana i tržišnih sloboda¹⁰¹. Tržišne slobode, kao što je prethodno objašnjeno podrazumijevaju harmonizaciju svih propisa iz oblasti svake pojedine tržišne slobode, poput radnog prava, prava privrednih društava i obligacionog prava na državnom zakonodavnom nivou. Prava koja proizilaze iz tako donesenih zakona, mora štiti odgovarajući sudski organ na državnom nivou.

¹⁰⁰ Vidi M. Dauster (bilj. 1), 17.

¹⁰¹ *Ibid.*

Tako je s pravne tačke gledišta članstvo u EU samo dodatni argument pored navedenih domaćih ustavnopravnih argumenata koji zakonodavca BiH obavezuju na uspostavu Vrhovnog suda BiH. Jasno je, međutim, da se radi o politički snažnijem argumentu s obzirom da je perspektiva članstva u EU nešto oko čega postoji više saglasnosti među političkim krugovima i građanima BiH nego o tumačenju postojećih ustavnih normi. Stoga harmonizirajuća klauzula iz čl. 70 sa svojom obavezom za usklađivanjem entitetskih propisa samo upotpunjava čl. 1/4 Ustava BiH, dok druga obaveza spajanja domaćeg tržišta sa tržištem EU pokazuje da je to tek prvi korak u stepenovanom ispunjenju obaveza usklađivanja sa Pravom EU. Komisija postojanje Vrhovnog suda BiH ispituje u okviru poglavlja vladavine prava (eng. "rule of law"), što samo nadograđuje kriterij "pravne države" iz čl. 1/2 Ustava BiH (u originalnoj engleskoj verziji Ustava BiH također se koristi "rule of law"; njemački naziv "Rechtsstaat" prevodi se kao pravna država, iako nema u potpunosti jednako značenje). Načelo efikasnosti koje zahtijeva da se Pravo EU ne preuzima samo ispunjenjem obaveza od strane zakonodavne vlasti, nego jednaku odgovornost prebacuje sudskom sistemu koji data prava treba štiti, samo potvrđuje onaj značaj postojanja Vrhovnog suda BiH sa odgovarajućim nadležnostima koje trenutno nema nijedan sudski organ u BiH, čija nam je nužnost jasna i sa aspekta nacionalnog prava. Stoga kriteriji za članstvo u EU sa većom političkom snagom ukazuju na obavezu uspostave Vrhovnog suda BiH koju je sa aspekta domaćeg ustavnog prava odavno trebalo ispuniti.

Da li je Bosni i Hercegovini potreban jedan vrhovni sud

1. Uvod

§ 1. Pitanje iz naslova je jedan od predmeta javne debate u Bosni i Hercegovini. Ono se uglavnom situira u aktuelni politički kontekst i doživljava se kao pitanje buduće sudbine bosanskohercegovačke teritorijalne celovitosti i/ili ustavne teritorijalne organizacije: zastupnici centrifugalnog pristupa smatraju da za institucijom kakva je vrhovni sud sa nadležnošću na čitavoj teritoriji BiH nema potrebe, zastupnici centripetalnog pristupa misle suprotno¹.

§ 2. Ako se ostave po strani političke preferencije, za odgovor na pitanje da li je BiH odista potreban vrhovni sud u uobičajenom smislu reči, mora se prethodno odgovoriti na sledeća pitanja koja su i inače u teoriji pravosudnog organizacionog prava, relevantna za svaku konkretnu sudsku organizaciju:

a) Kako se, sa stanovišta legislative i prakse, može oceniti aktuelno državno uređenje u BiH — kao unitarno, federativno/regionalno, sa simetričnim ili asimetričnim federalizmom/regionalizmom, ili kao konfederalno?

b) Kako su organizovani sudovi u BiH, sa stanovišta državnog uređenja?

c) Da li se i sa kojim državama u Evropi može adekvatno upoređivati sudska organizacija u BiH, sa ciljem mogućeg otkrivanja efikasnog primera za ugled?

¹ Sa kojeg dela složene teritorije BiH dolaze ova suprotna gledišta, neće biti upućivano, u nastojanju da se politički kontekst ostavi po strani što je više moguće.

d) Da li postojeća organizacija sudova obezbeđuje pravnu (supstancijalnopravnu i procesnopravnu) jednakost pravnih subjekata, shvaćenu ne samo sa legislativnog, već i sa pragmatičnog stanovišta?

e) Da li se, imajući na umu odgovore na ranija pitanja, može formulisati efikasan predlog najviše sudske instance u BiH?

2. Državno uređenje

2.1 Međunarodno pravo ugovoreni Ustav

§ 3. Bitni elementi državnog uređenja BiH nisu proistekli iz domena isključive unutrašnje državne odgovornosti, tj. iz državnog suvereniteta, koji je bitan politički osnov velike većine ustava savremenog sveta. U tom smislu, Ustav BiH nije unilateralan konstitucionni državni akt. On je proizvod međunarodnog mirovnog ugovora (*Dayton Peace Agreement*), čiji je osnovni deo Okvirni sporazum, parafriran u novembru 1995. godine u vojnoj bazi u gradu *Daytonu*, SAD, a potpisan 14. decembra iste godine u Parizu. Ono što predstavlja Ustav BiH sadržano je u Aneksu 4 Okvirnog sporazuma i označeno kao *Ustav*, te će dalje i u ovom tekstu biti označavan tako. Sporazum je zaključen između Republike BiH, Hrvatske i tadašnje SR Jugoslavije². U savremenoj istoriji, pored bosanskohercegovačkog, međunarodno ugovoreni su ustavi Kipra i Kambodže³. Ipak, primer ugovaranja Ustava BiH može se smatrati jedinstvenim, jer je ceo tekst ugovoren međunarodnim sporazumom⁴. Ciljevi međunarodno ugovorenog Dejtonskog Ustava bili su postizanje mira i konstituisanje BiH kao održive države. Već iz samih ovih ciljeva može se tvrditi da je dati međunarodno ugovoreni ustav bio koncipiran kao privremeno rešenje, tačnije da su ga bar neke od ugovornih strana, shvatile na taj način. Cilj postizanja mira, za sad se može smatrati ostvarenim, ali se ne može isto tvrditi za ostvarivanje

² U svom tekstu pod naslovom *Karakteriziranje dejtonskog ustavnog modela*, *Pravni zapisi* 1/2010, s. 43 i sled., E. Šarčević kao stvarne ugovarače i ustavororce označava diplomatiju SAD, i lokalne političke stranke sa pretenzijom da predstavljaju tzv. konstitutivne narode — Bošnjake, Hrvate i Srbe, te da Ustav BiH zapravo predstavlja ugovor ove tri etničke zajednice, s. 45.

³ Usp. Šarčević (bilj. 2), ss. 40-41.

cilja samoodrživosti, već i zbog samo jednog formalnog razloga: dok god Visoki predstavnik UN ima legislativna, pa i konstitucionalna ovlašćenja, Bosna i Hercegovina još nije samoodrživa.

§ 4. Otuda nameravana ili prezimirana privremenost traje i dalje. No, u međuvremenu, stanovnici BiH imaju potrebu da, kao i svi drugi uživaju osnovna ljudska prava, a u okviru ovog teksta — pravo na pravično suđenje, efektivnu pravnu jednakost i na zaštitu od diskriminacije. Državni i ustavni provizorijum može trajati čitav ljudski život, ali ne bi trebalo dopustiti da ga upropasti. Ljudska prava bi morala biti nadređena politički pojmljenom državnom uređenju. Ona to veoma često nisu. Ovakva jedna opservacija ne bi smela da zadovolji pravnik/pravnicu ni onda kad nastoji da ostane bezličan/bezlična. Naročito zato što je pitanje Dejtonskog ustava povezano sa pitanjem sukcesije država i pravne sudbine njihovog stanovništva.

§ 5. Jedna sistematika teorijskih stanovišta o sukcesiji država, načinjena je još krajem XIX veka na jusnaturalistička, pozitivistička i dualistička učenja⁵. Kao zastupnici jusnaturalističkih stanovišta navode se *Grotius* i *Pufendorf*⁶. Oba autora zasnivaju svoje učenje na analogiji sa univerzalnom sukcesijom fizičkog lica u privatnom pravu. Skup prava države prethodnice *ipso iure* prelazi na sukcesorsku državu. Ovo stanovište je još u XIX veku bilo odbačeno od pisaca koji su se dublje bavili teorijom sukcesije država, sa sledećim metodološkim zamerama: primena civilističkih analogija na javnopravna pitanja dovodi do rezultata neupotrebljivih u praksi; pojmovi koji se koriste nisu jasni i ne korespondiraju sa pojmovima javnog prava; nije objašnjen “prenos suvereniteta” sa države koja ne postoji na novu državu, itd. Pozitivistička učenja su, prema *Huberu*, donela samo mali napredak, jer uočavaju i opisuju istorijske primere sukcesije država, uključujući samo neke pravne posledice sukcesije, ali ne objašnjavaju teorijske osnove sukcesije. Za svoj osnov i ona uzimaju analogiju sa univerzalnom sukcesijom

⁴ *Ibid.*, s. 41.

⁵ H. M. Huber, *Beiträge zu einer Lehre von der Staatensuccession*, Berlin 1897, ss. 6-14.

⁶ Grotius, *De iure belli et pacis*, Lib. II, Pufendorf, *De iure nature et gentium*, Lib. III, navedeno prema Huberu (bilj. 5), s. 6.

fizičkih lica, tvrdeći da pravno sledbeništvo ne nastupa u punom obimu, već samo delimično⁷. Dualističko učenje je, po svemu sudeći, inicirao *Gabba*⁸, postavivši tezu da svaka država ima subjektivitet sa dva lica — “građanskim (civilnim)” i “političkim”. Preko sukcesije, menja se samo politički subjektivitet, dok građanski ostaje isti. Dalje razvijajući ovu tezu, *Gabba* nalazi da je “organizovano čovečanstvo” uspostavljanjem državnih granica podeljeno samo *pravno* na različite države, dok socijalno i “suštinski” postoji neprekinuta i neraskidiva veza između svih ljudskih bića koja čine “organizovano čovečanstvo”. Otuda država, shvaćena kroz svoj građanski subjektivitet ostaje stalno ista, a sukcesijom se menja samo njeno drugo lice, tj. njen politički subjektivitet. Pod građanskim subjektivitetom, pojašnjava *Gabba*, valja podrazumevati privredni život jedne države i uspostavljene privat-nopravne odnose građana. Zato se, prema ovom autoru, pitanje sukcesije postavlja samo u odnosu na politički subjektivitet države, dok za građanski subjektivitet važi kontinuitet. Zbog toga “organizovano čovečanstvo”, zarad promene međunarodnog subjektiviteta države, ne sme zapasti u bespravno stanje⁹. Iz ovoga *Huber* zaključuje da, u kontekstu *Gabbinog* učenja na svakoj teritoriju uvek ima “nešto države”¹⁰. Prihvatajući ponešto od dualističkog učenja, *Appleton*¹¹ tvrdi da država prethodnica “nastavlja da živi kroz teritoriju i stanovništvo”, ali prestaje da živi u međunarodnom pravnom smislu, jer je pretrpela *capitis deminutio minima*, tj. pravni subjektivitet države prethodnice se “utapa” u subjektivitet sukcesorske države gubeći međunarodni status, ali u ostalom pogledu živi dalje u novformiranom subjektivitetu. Data državna teritorija koja je pretrpela državnu sukcesiju ostaje podjednako opterećena imovinskim obavezama i snabdevena imovinskim

⁷ Kao zastupnike pozitivističkih učenja *Huber* navodi *Heftera*, *Der europäische Völkerrecht der Gegenwart*, 1888, i *Phillmorea*, *Commentaries upon International Law*, London 1871-1874.

⁸ *Gabba*, *Questioni di diritto civile, X Successione di stato à stato*, Torino 1885, prema *Huberu*, (bilj. 5), s. 6.

⁹ *Gabba* (bilj. 8), ss. 381-386.

¹⁰ “*etwas Staat*”, *Huber* (bilj. 5), s. 11.

¹¹ U delu: *Des effets des annexions des territoires sur les dettes de l'État démembré ou annexé et sur celles des provinces, départements, etc. annexés*, Paris 1895, prema *Huberu* (bilj. 5), ss. 12-14.

pravima. Ili, kako *Appleton* sarkastično sumira: “To što je jedan narod prestao da živi u jednoj državi, ne čini da je prestao da bude dužnik”.

§ 6. Savremeno poimanje sukcesije država stoji pod dominantnim tumačenjem Komisije za međunarodno pravo UN da je ideja prekida odlučujuća za uređenje međunarodno-javnopravnog režima sukcesije. Istovremeno, međutim, najuticajniji teoretičar sukcesije država XX veka, *O’Connell*, držeći da sukcesija država ne predstavlja ništa drugo do zamenu jedne državne jurisdikcije drugom, smatra da svaka država naslednica ima obavezu da poštuje stečena prava, među kojima nisu samo imovinska, porodična i radna, već i ljudska prava¹². Kad ih ne može očuvati (npr. pravo na imovinu), država naslednica mora da plati naknadu.

§ 7. *Ono što jeste bilo zanemareno u svim sukcesijama u “jugoslovenskom slučaju”, jesu status, priznavanje, uživanje i zaštita ljudskih prava stanovnika svih država. Zato gotovo sve one jesu onakve kakve su danas — teško održive, unutarne i regionalno konfliktne, bez vladavine prava. Ni u jednoj od njih nisu ozbiljno formulisana niti primenjena pravila tzv. tranzicione pravde, izuzev onih koje je obezbedila međunarodna zajednica kroz specifične mehanizme (na primer, Međunarodni krivični tribunal u Hagu), pa i to samo delimično.*

§ 8. *U “bosanskohercegovačkom slučaju” verujem da je sudski sistem formulisao pod teretom međunarodno ugovorenog ustava kao sporedan predmet, sa jedne strane, što je specifikum ovog “slučaja”, kao i pod uticajem gotovo isključivo primenjenog shvatanja o sukcesiji država u međunarodno-javnopravnom smislu, uz svestrano unutarne i spoljno zanemarivanje privatnopravne sukcesije, tj. stečenih prava i ljudskih prava, a to iskustvo BiH deli sa većinom drugih država nastalih posle disolucije SFRJ.*

2.2 Državno uređenje Bosne i Hercegovine (osnovne karakteristike)

§ 9. Članom I/1 Ustava Bosne i Hercegovine (Aneks 4) uspostavljen je kontinuitet te države sa prethodnom Republikom Bosnom i Hercegovinom, nekadašnjom članicom jugoslovenske federacije, sa prome-

¹² D.P. O’Connell, *The Law of State Succession*, Cambridge 1956.

njenim unutrašnjim uređenjem i u međunarodno priznatim granicama. Sastoji se od dva entiteta (Federacija Bosne i Hercegovine i Republika Srpska) — čl. I/3. Pored entiteta, u sastav BiH ulazi i Distrikt Brčko. Raspodela legislativnih nadležnosti između Bosne i Hercegovine, na jednoj strani i entiteta na drugoj, predviđena je posredno u čl. III Ustava, definisanjem nadležnosti institucija. BiH je nadležna za ova pitanja i delatnosti: spoljna politika; spoljnotrgovinska politika; carinska politika; monetarna politika; finansiranje institucija i međunarodnih obaveza BiH; politika useljavanja, izbeglica i azila kao i donošenje propisa o tome; sprovođenje međunarodnih i međuentitetskih krivičnopравnih propisa, uključujući i odnose s Interpolom; postavljanje i rad zajedničkih i međunarodnih komunikacionih uređaja; donošenje propisa o transportu među entitetima; kontrola vazdušnog saobraćaja. Za sprovođenje svih ovih nadležnosti (ovde označenih kao “politike”) potrebno je doneti zakone, a i druge propise (iako se “propisi” izričito pominju samo u tri tačke o nadležnosti BiH). Stoga se navedene “politike” mogu smatrati legislativnim područjem nadležnosti BiH. Pored njih, tu spadaju i ljudska prava koja su neposredno zajamčena Ustavom (čl. II). Ipak, čl. III/2(c) predviđa da se vršenje i poštovanje ljudskih prava obezbeđuje od strane organa entiteta (“Entiteti će ispuniti sve uslove za bezbednost i zaštitu svih lica u područjima pod njihovom nadležnošću održavanjem civilnih ustanova za sprovođenje pravnih propisa, koje će delovati u skladu sa međunarodno priznatim standardima i uz poštovanje međunarodno priznatih ljudskih prava i osnovnih sloboda navedenih u članu II, i preduzimanjem drugih odgovarajućih mera”). Opšta načela međunarodnog prava su sastavni deo pravnih poredaka BiH i entiteta (čl. III/3(b)). Preostale nadležnosti, izuzev pobrojanih, pripadaju entitetima — čl. III/3(a). Na osnovu toga, uređenje sistema sudova i drugih pravosudnih institucija, izuzev Ustavnog suda (čl. VI) i Suda BiH, pripada entitetima. Sud Bosne i Hercegovine nije neposredno predviđen Ustavom BiH. Osnovan je 2000. godine, odlukom Visokog predstavnika UN za BiH, čiji je sastavni deo Zakon o Sudu Bosne i Hercegovine¹³.

¹³ *Sl. gl. BiH* br. 29/2000, 16/2002, 3/2003, 37/2003, 42/2003, 4/2004, 9/2004, 35/2004, 61/2004, 32/2007.

§ 10. *Legislativna vlast.* Bosna i Hercegovina ima dvodomi Parlament (Parlamentarnu skupštinu), koja se sastoji iz *Doma naroda* i *Predstavničkog doma* (čl. IV/1 i 2). Za donošenje zakona potrebna je saglasnost oba doma (čl. IV/3/c/). Potrebno je postići većinu glasova prisutnih u oba doma i *nastojati* da se postigne bar jedna trećina glasova svih poslanika oba doma, a predviđen je poseban mehanizam za postizanje ovakvog nastojanja. Ako se odluka Parlamenta proglašuje “štetnom” po interese bošnjačkog, hrvatskog ili srpskog naroda, za šta je potrebna većina glasova delegata ovih etničkih zajednica u Domu naroda, primenjuje se poseban, a složen mehanizam rešavanja spornog pitanja, o kome se, u slučaju da se ne uspostavi politička saglasnost, sa dejstvom konačnosti, izjašnjava Ustavni sud BiH (čl. IV/3/e/ i /f/). Ovo ustavno rešenje je dalo povoda da se kao jedna od karakteristika Ustava BiH, odredi *etnički determinizam*¹⁴.

§ 11. *Izvršna vlast.* Centralni i hijerarhijski najviši izvršni organi jesu Predsedništvo (čl. V/1-3), Veće ministara (čl. V/4) i Stalni komitet za vojna pitanja, koji se može smatrati izvršno-tehničkim telom Predsedništva (čl. V/5(b)). Predsedništvo i Veće ministara konstituisani su kombinacijom entitetsko-etničkog principa (vidi naročito čl. V/1/a/ i čl. V/4/b/).

§ 12. *Sudska vlast.* Sistem sudova u entitetima se u osnovnim rešenjima ne razlikuje mnogo, tj. gotovo je isti u Federaciji BiH i u Republici Srpskoj. Prvostepeni sudovi su, po pravilu opštinski, odnosno osnovni sudovi, a drugostepeni, po pravilu kantonalni, odnosno okružni. Na vrhovima sudske hijerarhije u entitetima stoje Vrhovni sud Federacije BiH i Vrhovni sud Republike Srpske. (U pogledu specijalizacije sudova, postoje razlike. U Federaciji BiH osnovana su specijalizovana privredna odeljenja u deset opštinskih sudova, dok u Republici Srpskoj postoje posebni i institucionalno odvojeni privredni sudovi /ukupno pet/, te Viši privredni sud, kao žalbeni¹⁵.) Istorijat nadležnosti sudova u BiH, naročito u Federaciji bio je praćen relativno dugim uspostavljanjem i promenama kantonalnih propisa, tako da je

¹⁴ Tako, E. Šarčević (bilj. 2), s. 52.

¹⁵ Zakon o sudovima u Federaciji BiH, *Sl. nov. FBiH* br. 38/2005 i 22/2006; Zakon o sudovima Republike Srpske, *Sl. gl. RS* br. 111/2004.

u današnjem obliku sudski sistem konsolidovan 2002, a zaokružen zakonima o sudovima donesenim u godinama 2004. i 2005. Regrutovanje sudija i tužilaca u oba entiteta je u nadležnosti pravosudnih saveta (koji su nazvani većima).

§ 13. *Međunarodni nadzor.* Prema jednoj klasifikaciji, međunarodne organizacije i organi, radi ostvarivanja ciljeva Dejtonskog sporazuma, deluju u tri grupacije: vojnoj, civilnoj i u grupaciji koja je koncentrisana na međunarodnu zaštitu ljudskih prava¹⁶.

§ 14. *Ako bi se, na osnovu normativnih karakteristika, te praktične funkcionalnosti, dala kvalifikacija državnog uređenja Bosne i Hercegovine u tradicionalnom smislu, zaključak bi glasio da je u pitanju slaba federacija asimetričnog karaktera (jer jedan entitet ima federalni karakter, dok je drugi unitarni, a Distrikt Brčko ima poseban status), koja se nalazi pod međunarodnim protektoratom. S obzirom na neskrivene etničke preferencije dve etničke zajednice i uspostavljene "posebne paralelne odnose" sa susednim državama (čl. III/2 /a/), verujem da je linija između slabe federacije i konfederacije u ovoj državi izrazito fluidna.*

3. Organizacija sudova

3.1 Ustavni sud Bosne i Hercegovine

§ 15. Kao što je već rečeno, na celokupnoj teritoriji Bosne i Hercegovine sudsku vlast vrše Ustavni sud i Sud BiH.

§ 16. Iako se ustavni sudovi obično ne kvalifikuju kao organi sudske vlasti, u slučaju BiH kvalifikacija koju sam postavila čini se opravdanom, s obzirom na neke od nadležnosti ovog Suda. Pored ovlašćenja kontrole apstraktne ustavnosti, ovaj Ustavni sud, na osnovu samog teksta Dejtonskog Ustava ima dva ovlašćenja koja ga postavljaju u hijerarhijski nadređen položaj u odnosu na druge sudske instance. To su *apelaciona nadležnost* (tj. ustavna tužba, odnosno ustavna žalba) "za pitanja iz Ustava koja se pojave na osnovu presude bilo kog drugog suda" u BiH (čl. VI/3/b/) i *podnošenje pitanja* od bilo kog drugog suda u BiH "koja se

¹⁶ Usp. E. Šarčević (bilj. 2), ss. 53-54.

tiču toga je li neki zakon od čije valjanosti zavisi njegova odluka u skladu sa ovim Ustavom, sa Evropskom konvencijom za ljudska prava i temeljne slobode i njenim protokolima, ili sa zakonima Bosne i Hercegovine; ili koja se tiču postojanja ili delokruga nekog opšteg pravila međunarodnog javnog prava koje je bitno za odluku suda” — čl. VI/3 (c).

3.1.1 Apelaciona nadležnost

§ 17. Povodom tumačenja apelacione nadležnosti Ustavnog suda BiH, najpre se postavilo pitanje da li su njome obuhvaćene samo odluke sudova opšte nadležnosti i privrednih sudova u entitetima, ili pak i odluke ustavnih sudova entiteta. Budući da se apelaciona nadležnost tiče pitanja Ustava BiH, koji ima suprematiju nad ustavima entiteta, preovladalo je gledište da su apelacionom nadležnošću obuhvaćene i odluke ustavnih sudova entiteta¹⁷. Ustavnom sudu BiH upućuje se je godišnje 3.500 do 4000 apelacija¹⁸. Na zvaničnoj web prezentaciji Ustavnog suda BiH dostupne su 13.254 odluke donesene povodom apelacije. Prosečno vreme odlučivanja kreće se u rasponu od godinu i po do dve godine od dana podnošenja apelacije. Velika većina apelacija su neuspešne. Prema evidenciji dosadašnjih predmeta, Sud je kršenje ljudskih prava utvrdio u manje od pet posto ukupnog broja apelacija¹⁹. Preopterećenost Ustavnog suda, u javnoj debati je dovela do iniciranja dva moguća rešenja: (a) postavljanje principa u samom Ustavnom sudu koji bi mu omogućili da se izjašnjava ne o svim podnesenim, nego o samo nekim apelacijama, bez preciziranja kriterijuma, ali sa pozivanjem na ustavnosudsku praksu drugih država, kao i praksu Evropskog suda za ljudska prava²⁰ ili (b) uspostavljanje vrhovnog suda

¹⁷ Tako, K. Begić, *Odnosi Ustavnog suda Bosne i Hercegovine sa drugim sudskim instancama*, Zbornik sa Međunarodne konferencije: Odnosi između ustavnih sudova i drugih sudskih instanci, Sarajevo, 18 i 19. 03. 2000, s. 35.

¹⁸ Podatak sa web-site <http://www.cin.ba/>.

¹⁹ Podatak sa web-site <http://www.cin.ba/>.

²⁰ S. Palavrić, *Ustavna tužba kao pravno sredstvo za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda*, Okrugli sto ustavnih sudova, Dubrovnik, 24. 10. 2008. “U odgovoru na pitanje: «kako pronaći ravnotežu između efikasne zaštite Ustavom zajamčenih ljudskih

za celokupnu teritoriju BiH, koji bi odlučivao o vanrednim pravnim sredstvima protiv odluka drugih sudova, uključiv i povrede ljudskih prava izvršene u toku sudskih postupaka²¹. Donekle je nadležnost po ovom pravnom sredstvu ograničena posle donošenja Pravila Ustavnog suda koja nalažu da se iscrpe sva pravna sredstva pre nego što se apelant obrati Sudu (čl. 16). No, broj apelacija ni posle donošenja Pravila (2005) nije smanjen. Kao najčešći uzrok takvog stanja, po nekim ocenama²², navodi se revizija po dopuštenju. Parničnim odredbama predviđeno je izuzetno ovlašćenje vrhovnih sudova entiteta da dopuste reviziju, ako ocene da bi odluka o njoj mogla imati načelan pravni značaj, što navodi apelante da, sa jedne strane, podnesu ovakvu reviziju, a tek potom apelaciju Ustavnom sudu, rizikujući da protekne rok za podnošenje apelacije. Zbog toga oni ponekad ne čekaju okončanje postupka po reviziji, već istovremeno podnose i apelaciju.

§ 18. Drugi problem koji je proistekao iz teksta Ustava²³, a kasnije bio uređen Pravilima Ustavnog suda BiH, ticao se granica kontrole, tj.

prava u pojedinačnim (konkretnim) slučajevima i omogućavanja da Ustavni sud Bosne i Hercegovine efikasno obavlja svoje temeljne ustavne zadaće», smatram neophodnim u budućnosti, prije svega, nastaviti s edukacijom i insistiranjem na dosljednoj primjeni standarda ljudskih prava i temeljnih sloboda u sudskim postupcima koje vode redovni sudovi. Ustavni sud bi trebalo da u daljnjim organizacionim mjerama razmotri mogućnosti i efekte donošenja meritornih odluka samo u jednom broju značajnijih predmeta koji su od značaja za primjenu prava u drugim slučajevima, a da se u svim ostalim, relevantno istim ili sličnim slučajevima, umjesto donošenja pojedinačnih odluka, uputi na već donesene vodeće odluke.” Dostupno na: www.ccbh.ba/hrv/press/index.php?pid=2960&sta=3...406.

²¹ Ustavni sudovi se obično ne svrstavaju u sudsku vlast, jer ne rješavaju klasične pravne sporove nego su nadležni za kontrolu ustavnosti i zakonitosti. U BiH je neophodno uspostaviti sudski sistem koji se završava Vrhovnim sudom BiH. Profesor ustavnog prava Kasim Trnka je rekao: “Bilo bi izuzetno korisno da vrhovni sud postoji. Postoji jedan supstitut koji donekle nadomještuje nedostatak vrhovnog suda, a to je takozvana apelaciona jurisdikcija Ustavnog suda BiH. Znači, kada su u pitanju zaštita ljudskih prava i sloboda, ako sudovi u entitetima donesu konačnu odluku i građanin se, ukoliko je nezadovoljan tom odlukom, može obratiti Ustavnom sudu BiH i on je do sada u velikom broju slučajeva radio na zaštiti pojedinačnih prava i doprinosio ujednačavanju sudske prakse.” Regionalna konferencija: *Transparentnost pravosuđa i odgovornost medija*, 20. 11. 2009. Dostupno na <http://www.hjpc.ba/pr/preleases/1/?cid=4434,2,1>. Tako, M. Alijević, *Sudska vlast u Bosni i Hercegovini*. Dostupno na: prf.unze.ba/v2/docs/anali/09%20Alijevic.pdf.

²² Palavrić (bilj. 20).

²³ Usp. Begić (bilj. 17), ss. 35-36.

pitanja da li Sud postupa kao sud pune jurisdikcije ili kao sud koji odlučuje o zakonitosti akta. Kad Ustavni sud usvoji apelaciju, on najpre ukida sudsku odluku na koju se ova odnosi i nalaže ponovno odlučivanje. Izuzetno, Ustavni sud može i sam odlučiti o meritumu pravne stvari (čl. 64). Konačno, ako drukčije ne može otkloniti povredu, Ustavni sud rešava meritorno i u onoj stvari u kojoj je prethodno ukinuo odluku. Ovo znači da Ustavni sud može postupati i da postupa redovno kao sud koji odlučuje o ustavnosti i zakonitosti, a kad drugi sudovi ne postupe po njegovoj odluci, onda i kao sud pune jurisdikcije. Raniji Poslovnik Ustavnog suda u ovom pogledu nije bio izričit²⁴.

3.1.2 Prosleđivanje pitanja

§ 19. Ova nadležnost Ustavnog suda uporediva je, do izvesne mere sa nadležnošću Evropskog suda pravde EU da donosi preliminarne (interpretativne) odluke, na zahtev sudova država članica. Postupak po ovom sredstvu pokreće bilo koji sud na teritoriji BiH. U suštini radi se o svojevrsnoj kontroli “ustavnosti”, tj. o pitanju saglasnosti zakona BiH sa ustavom BiH, ali i sa Evropskom konvencijom o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda, te o domašaju opšteg pravila međunarodnog prava koje je od značaja za odluku suda koji postavlja pitanje. I povodom ove nadležnosti postavila su se pitanja da li se proširuje krug subjekata koji mogu pokrenuti pitanje ustavnosti zakona i da li se, propisivanjem date mogućnosti, uspostavlja ispitivanje ustavnosti zakona kao akcesorno pitanje²⁵. Pitanja nisu dobila svoj odgovor u aktima Suda, a ni u dostupnoj mi literaturi²⁶. Izgleda da se instrument u praksi

²⁴ Usp. K. Begić (bilj. 17), s. 34: „Ali, za razliku od zaštite ustavnosti, odnosno pasivnog čuvara Ustava u pogledu zaštite ljudskih prava i sloboda, Ustavni sud BiH je postupio sasvim drugačije, i između dva principa – neovisnosti sudstva (i svojevrsna zaokruženost redovnog sudstva u okviru entiteta) i efektivne zaštite kataloga prava i sloboda, prednost je data upravo potrebi da Ustavni sud bude institucionalni garant prava i sloboda. Drugim riječima u ovom domenu Poslovníkom nisu predviđena nikakva samooograničenja na razini općeg pristupa“.

²⁵ *Ibid*, s. 37.

²⁶ Ipak, nedavno je objavljena odluka Ustavnog suda BiH, U-5/2010, o ustavnoj (ne) saglasnosti odredaba o izuzimanju od izvršenja sadržanih u Zakonu o izmenama i dopunama Zakona o izvršnom postupku: “Ustavni sud zaključuje da odredbe člana

ne koristi često, tako da je inicirana debata, po svemu sudeći, zamrla. Ustavno pravilo VI/3(c) nije propisalo da je odluka Ustavnog suda o saglasnosti zakona sa Ustavom odnosno Evropskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, obavezna. Isto tako, tumačenje domašaja nekog opšteg pravila međunarodnog prava nije Ustavom proglašeno obaveznim. Štaviše, u Pravilima Ustavnog suda nema izričite odredbe ni o formi odlučivanja o ovoj ustavnoj nadležnosti²⁷. Ipak, iako jasna rešenja izostaju, odluke koje o ovim pitanjima donosi Ustavni sud morale bi imati bar interpretativni karakter, jer samo tako

137a i 137b Zakona o dopunama Zakona o izvršnom postupku nisu u skladu sa pravom na pravično suđenje iz člana II/3 e) Ustava BiH i čl. 6 st. 1 Evropske konvencije. Naime, ustanove koje se u cjelini ili djelimično finansiraju iz budžeta, ukoliko protiv njih dođe do izvršenja na osnovu pravosnažne sudske odluke, mogu zahtijevati da se od izvršenja izuzmu sva novčana sredstva kojima raspolaže ta ustanova, tvrdeći da im ta sredstva služe za vršenje djelatnosti od javnog interesa i osiguravanje ostvarivanja prava iz čl. 79a st. 2 ZIP-a. U tom slučaju nadležni sud nema jasne kriterije na osnovu kojih bi mogao pouzdano utvrditi da li ta sredstva zaista služe navedenoj ustanovi za vršenje djelatnosti od javnog interesa i osiguravanje ostvarivanja prava iz čl. 79a st. 2 ZIP-a, čime je postupak izvršenja na osnovu pravosnažne sudske odluke postao nedjelotvoran pravni lijek u konkretnom slučaju. Na ovaj način, prema mišljenju Ustavnog suda, u odnosu na povjerioce koji posjeduju pravosnažne sudske odluke protiv navedenih ustanova dovedena je u pitanje suština prava iz čl. 6 st. 1 Evropske konvencije, tj. onemogućeno im je pravo da prinudnim putem ostvare izvršenje pravosnažne sudske odluke, što, nesporno, predstavlja dio i suštinu navedenog člana Evropske konvencije. Ustavni sud zbog istih razloga zaključuje da sporne zakonske odredbe nisu u skladu sa pravom na imovinu iz člana II/3 k) Ustava BiH i čl. 1 Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju, jer predstavljaju miješanje u pravo na imovinu koje nije zakonito.” Odluka je odista omogućila kontrolu apstraktne ustavnosti, sa stanovišta uklopivosti odredbe u sistem ljudskih prava utvrđen Evropskom konvencijom.

²⁷ U odredbi posvećenoj aktima Ustavnog suda nema ni traga opisanoj nadležnosti (vidi, ipak, bilj. 26):

“Član 59.

1. Nakon vijećanja i glasanja Ustavni sud donosi odluke.

2. Odluke Ustavnog suda su:

- o dopustivosti zahtjeva/apelacije;
- o meritumu zahtjeva/apelacije (potpuna ili djelimična);
- o prestanku važenja odredbe nesaglasne sa Ustavom;
- o obustavi postupka;
- o privremenoj mjeri.

3. U slučaju potrebe u postupku pred Ustavnim sudom, kao i o unutarnjim pitanjima Ustavnog suda, mogu se donositi rješenja i zaključci.”

ova nadležnost Suda ima smisla i mogla bi doprineti ujednačavanju sudske prakse na čitavoj teritoriji BiH.

3.2 Sud Bosne i Hercegovine

§ 20. Sud BiH je, kao što je rečeno, prvobitno bio osnovan 2000. godine, odlukom Visokog predstavnika UN za BiH, čiji je sastavni deo Zakon o Sudu Bosne i Hercegovine. Potom je, 2002. godine, Parlament doneo Zakon o Sudu, u istovetnom tekstu²⁸. Zakon je menjan nekoliko puta, a prve izmene²⁹ ticale su se mahom unutrašnje organizacije Suda, naročito konsolidacije odeljenja. Druga izmena, uvedena odlukom Visokog predstavnika UN proširila je nadležnost Suda i uspostavila (u ograničenom domenu) primenu ne samo prava BiH, već i entitetskog prava u donošenju odluka Suda, te je u ograničenom, vansudskom domenu (ne u suđenju u konkretnim pravnim stvarima), uspostavila hijerarhijsku nadređenost u odnosu na sudove entiteta i distrikta:

§ 21. Sud je postao nadležan za *krivična dela utvrđena zakonima Federacije Bosne i Hercegovine, Republike Srpske i Brčko Distrikta* kada ta dela: ugrožavaju suverenitet, teritorijalni integritet, političku nezavisnost, nacionalnu bezbednost i međunarodni subjektivitet Bosne i Hercegovine; kad mogu imati ozbiljne posledice na privredu Bosne i Hercegovine, ili mogu izazvati druge štetne posledice za Bosnu i Hercegovinu ili mogu izazvati ozbiljnu ekonomsku štetu ili druge štetne posledice izvan teritorije datog entiteta ili Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine. U nadležnosti Suda je takođe da zauzima *konačan i pravno obavezujući stav vezan za sprovođenje zakona Bosne i Hercegovine i međunarodnih ugovora* na zahtev bilo kog suda entiteta ili bilo kog suda Brčko Distrikta kojem je povereno sprovođenje zakona Bosne i Hercegovine³⁰.

§ 22. Do ovih izmena, krivičnopravna nadležnost je bila ograničena samo na krivična dela utvrđena zakonima BiH, ali ne i zakonima

²⁸ Sl. gl. BiH 15/2002.

²⁹ Sl. gl. BiH 24/2002.

³⁰ Sl. gl. BiH 3/2003.

entiteta i distrikta. Takođe, Sudu je povereno zauzimanje konačnih i obavezujućih stavova u stvarima u kojima entiteti (i distrikt) primenjuju zakone BiH. Ove izmene i dopune je usvojila Parlamentarna skupština BiH³¹.

§ 23. Ostale izmene i dopune su bile ili tehničkog ili organizacionog karaktera i nisu od posebnog značaja za temu. Prečišćen tekst objavljen je u *Sl. gl. BiH* 49/2009.

§ 24. Osnivanje Suda BiH bilo je praćeno nizom zakona od značaja za njegovu delatnost, kao što su: Krivični zakon BiH, Zakon o krivičnom postupku, Zakon o izvršenju krivičnih sankcija, Zakon o upravnim sporovima, Zakon o upravnom postupku, Zakon o parničnom postupku pred Sudom Bosne i Hercegovine, i Zakon o izvršnom postupku pred Sudom BiH.

§ 25. Najvažnija nadležnost Suda je u oblasti *krivičnog prava*: on je nadležan za krivična dela propisana zakonima BiH, kao i za krivična dela propisana zakonima entiteta i propisima Distrikta Brčko, ako ova imaju ugrožavajući karakter za BiH kao celinu. Nadležnost u upravnim sporovima ograničena je na tužbe protiv upravnih akata organa, tela i agencija BiH kao celine (čl. 8 ZSBIH). Među upravnim nadležnostima neadekvatnom sistematikom, našla se i jedna parnična nadležnost: Sud rešava imovinske sporove između države i entiteta, između države i Distrikta Brčko, između entiteta, između entiteta i Distrikta Brčko i između institucija Bosne i Hercegovine koje su povezane sa vršenjem javnih ovlašćenja (čl. 8 st. 2 tač. /b/ ZSBIH). Valja skrenuti pažnju na to da je ova nadležnost Ustavom BiH (čl. VI/3) poverena Ustavnom sudu, ali bez oznake da se radi o *imovinskim sporovima* (“Ustavni sud je jedini nadležan da odlučuje o bilo kojem sporu koji se javlja po ovom Ustavu između dva entiteta, ili između Bosne i Hercegovine i jednog ili oba entiteta....”)

§ 26. Pored toga što je prvostepeni, Sud BiH je istovremeno i žalbeni i kasacioni, budući da ovlašćen da odlučuje o žalbama protiv odluka koje je sam Sud doneo u prvom stepenu, kao i o pojedinim vanrednim pravnim lekovima protiv odluka svojih odeljenja i veća. On nema nad-

³¹ *Sl. gl. BiH* 42/03.

ležnost da preispituje odluke sudova u entitetima niti u distriktu. Zato se ne može prihvatiti ocena na koju se nailazi u nekim napisima – da je ovaj Sud nadređen sudovima entiteta³². Sud se kreće samo u granicama federalne/konfederalne nadležnosti, kad odlučuje o redovnim i vanrednim pravnim lekovima, jer se mogu kontrolisati samo odluke tog Suda. Jedina mogućnost primene (ne i kontrole primene) entitetskog prava predviđena je, na osnovu izmena i dopuna ZSBIH: utvrđivanjem obavezujućih pravnih stavova se, van konkretnih pravnih stvari, nastoji uspostaviti posredna kontrola primene federalnog (konfederalnog) prava pred sudovima entiteta. Vidi gore §§ 20-23.

§ 27. *Sud BiH jeste federalni (konfederalni) sud sa prvostepenom nadležnošću u domenu krivičnog i upravnosudskog spora vezanom za izvore prava BiH i samo u izuzetno, za određena krivična dela, i za entitetske izvore prava. U parničnoj i izvršnosudskoj oblasti Sud ima oskudnu nadležnost za rešavanje međuentitetskih sporova (računajući i distrikt), te za njihovo prinudno izvršenje. Pravni lekovi protiv odluka ovog Suda su svi remonstrativni (retrakcioni) i dopuštaju samo kontrolu odluka tog Suda, a ne i entitetskih sudova. Zato ovaj sud, ne samo po nazivu, nego ni po svojoj nadležnosti nije vrhovni sud.*

4. Uporednopravni pregled organizacija sudova u federacijama

4.1 Sistemi organizacije sudova

§ 28. Sasvim uopšteno, klasifikacija organizacije sudova u federacijama, sa stanovišta podele legislativnih i sudskih ovlašćenja svodi se na tri tipa.

§ 29. *Sistem u kome je jedini federalni sud onaj koji vrši ulogu vrhovnog, najvišeg suda.* Ovom tipu pripadaju najviši (federalni) sudovi u Kanadi, Australiji, Brazilu, do 2000. godine i u Švajcarskoj, itd. U Nemačkoj, pored *Bundesgerichtshofa*, koji je federalni i vrhovni sud, postoji još nekoliko federalnih sudova koji su na vrhu hijerarhije specijalizovanog

³² Takav stav je zauzet u tekstu: L. Heka, *Sudska vlast u slovenskim državama*, *Glasnik Advokatske komore Vojvodine* 1/2008, s. 15.

sudstva. Ali, sa stanovišta sudova opšte nadležnosti i organizacija sudova u Nemačkoj, može se svrstati u ovaj sistem. Takvom sistemu pripadala je i nekadašnja SFRJ, odnosno njen Savezni sud, u vreme raspada (na osnovu Ustava/1974. godine). U okviru ovog sistema, razlikuju se dve podgrupe: (a) federalni sud, kao instancioni, kontroliše samo primenu federalnog prava nižestepenih sudova u federalnim jedinicama (Kanada, bivša SFR Jugoslavija); (b) federalni sud, pored federalnog, kontroliše i primenu prava federalnih jedinica (Nemačka, Indija, u ograničenoj meri, Švajcarska). U okviru prve podgrupe najviši federalni sud ima *interpretativni* karakter, jer je ustrojen tako da obezbedi poželjnu uniformnost u primeni federalnih zakona i da time postigne ne samo apstraktnu nego i stvarnu ravnopravnost građana, koja je ipak ograničena na jednakost samo pred federalnim ustavom i zakonima. Sistemi druge grupe ustanovljavaju najviši federalni sud kao *hijerarhijski*, jer je takav sud organ instancione kontrole u pravom smislu reči, budući da odlučuje o pravilnosti primene prava, nezavisno od koje jurisdikcije pravo potiče, postizujući ravnopravnost građana i obezbeđujući nediskriminaciju pred bilo kojim ustavom i zakonima date države (federalnim, federalnih jedinica).

§ 30. *Sistem paralelnih federalnih sudova i sudova federalnih jedinica.* Ovakav sistem važi u SAD, Meksiku, Argentini. Paralelizam ne treba, međutim, shvatiti tako da sudovi federacije primenjuju samo federalno pravo, a sudovi federalnih jedinica samo “svoje” pravo. Sporove između građana različitih federalnih jedinica rešavaju, po pravilu, federalni sudovi, primenjujući pored federalnog i koliziono pravo, koje redovno upućuje na pravne izvore federalnih jedinica. To važi i za najviši federalni sud.

§ 31. *Sistem u kome postoje samo federalni sudovi, u tom smislu što ih osniva federalna država,* važi u Austriji. Zakonodavna nadležnost pokrajina je oskudna. Sudovi primenjuju sve izvore prava, bez obzira koja ih jurisdikcija donosi. Pitanje ograničenja kontrole primene prava od strane najvišeg suda se ne postavlja s obzirom na organizaciju sudova, već samo s obzirom na koncept pravnih lekova koji se podnose najvišem sudu.

4.2 Načini obezbeđivanja jedinstvene primene i tumačenja prava

§ 32. U uporednopravnim razmerama, opet sasvim uopšteno posmatrano, postoje dva tipa obezbeđivanja jedinstvene primene i tumačenja prava na federalnoj razini: posredni i neposredni.

4.2.1 Posredni način

§ 33. Posrednost se sastoji u tome da se jedinstvena primena i tumačenje prava ne obezbeđuju najvažnijim “proizvodom” sudske delatnosti — judikatom — koji ima obaveznu snagu, već zauzimanjem načelnih pravnih stavova i pravnih mišljenja povodom onih pravnih pitanja koja nisu na jednak način protumačena ili pravo nije jednako primenjeno. U federacijama, posredni način se uglavnom ograničava na federalno pravo. Unutar ove metode ima unutrašnjih razlika između država. Na primer: (a) da li se mogu pokretati samo pitanja ujedinjavanja federalnog prava ili i prava federalnih jedinica; (b) da li se ima obezbediti jedinstvo samo u primeni procesnog ili samo supstancijalnog ili i jednog i drugog; (c) da li inicijativa da zauzimanje stava može poticati samo od federalne instance ili i od instance federalne jedinice; (d) da li je zauzeti pravni stav povodom primene ili tumačenja prava obavezan ili je samo upućujući, a ako je obavezan, onda — da li samo za federalne sudove ili i za sudove federalnih jedinica. Ovakav posredan način jedinstvene primene i tumačenja prava obezbeđuje, na primer, Evropski sud pravde preko svojih preliminarnih (interpretativnih) odluka, i to na efikasan način. Moglo bi se tvrditi da jedna od nadležnosti Ustavnog suda BiH (vidi gore, § 19) predstavlja primer načina kojim se nastoji obezbediti jedinstvo u primeni i tumačenju prava u određenom domenu. Efikasnost ovog metoda u BiH nisam u stanju da ocenim.

4.2.2 Neposredni način

§ 34. Obezbeđenje jednake primene i tumačenja prava federacije (u nekim državama i prava federalnih jedinica) sprovodi se sistemom pravnih lekova. Ovaj sistem funkcioniše u svim federacijama samostalno

ili paralelno sa posrednim. Razlike u konkretnim rešenjima su brojne, a najbitnije se svode na sledeća pitanja: (a) da li je koncept pravnog leka takav da omogućuje kontrolu primene celokupnog saveznog prava od strane nižestepениh sudskih instanci? (b) da li su uslovi za dopuštenost i/ili razlozi pravnog leka takvi da bitno ograničavaju kontrolna i “ujedinjavajuća” ovlašćenja najvišeg federalnog suda? (c) da li uslove za dopuštenost pravnog leka određuje zakonodavac ili sud, a potom koji sud? *Ad (a)* Gotovo da nema federacije koja neograničeno dopušta kontrolu primene federalnog prava od strane najvišeg federalnog suda. Pravni lekovi su obično ograničeni vrednošću predmeta spora (u građanskim sudskim postupcima — npr. Nemačka, Austrija, Švajcarska) ili težinom krivičnog dela u bilo kom njegovom aspektu; načelnim značajem pokrenutog pravnog pitanja (Nemačka, SAD); subjektima između kojih je spor nastao (bivša SFR Jugoslavija, BiH, kad je u pitanju jedna nadležnost Suda BiH — vidi gore, § 25). *Ad (b)* U većini federacija (a tako je i u unitarnim državama) najviši sudovi imaju samo ovlašćenje kontrole primene *prava* (supstancijalnog, a redovno u manjoj meri, procesnog), a ne i kontrole *činjeničnih utvrđenja* nižestepениh sudova, jer su ova, sa stanovišta ujednačavanja primene i tumačenja prava, irelevantna (najviši sud prihvata činjenično stanje onako kako ga je utvrdio nižestepени sud). *Ad (c)* U većini kontinentalno-evropskih prava, pravo na pravni lek je procesno ovlašćenje stranke ustanovljeno ustavom i/ili zakonom. Ipak, ima primera u kojima se ono ne shvata kao ovlašćenje, već kao diskreciona vlast suda (najvišeg federalnog ili nižestepениog) o tome da li pokrenuto pravno pitanje ima tako značajan karakter da pravni lek treba dopustiti (SAD, Nemačka — primer. *Zulassungsrevision*).

4.3 Koncept pravnih lekova pred najvišim federalnim sudovima

§ 35. Najpre, u većini federacija, pravni lek koji se izjavljuje najvišem federalnom sudu je *vanredni*, tj podnosi se pošto je judikat već postao pravnosnažan. Već sama ta činjenica govori o njegovoj izuzetnosti. Povodom osnova za dopuštenost, uopšteno posmatrano, važe tri sistema.

§ 36. *Zakonski osnov dopuštenosti.* Po ovom sistemu, samo federalni zakonodavac uređuje uslove dopuštenosti i razloge pravnog leka (Švajcarska, premda novije zakonodavstvo dopušta da se i sud o ovome izjasni).

§ 37. *Sudski osnov dopuštenosti.* Dopusštenost pravnog leka zavisi od odluke suda koji je doneo pobijani judikat ili od odluke najvišeg federalnog suda (SAD, Kanada).

§ 38. *Mešoviti osnov dopuštenosti.* U ovom sistemu zakonodavac je taj koji određuje uslove za dopuštenost, ali i utvrđuje standarde kojima se rukovodi nadležni sud kad dopušta pojedini pravni lek (Nemačka, ima primera u federalnom zakonodavstvu Švajcarske).

5. Ravnopravnost pravnih subjekata sa stanovišta organizacije sudova u BiH

5.1 Sudska nadležnost u građanskom pravu

§ 39. Kao što je više puta naglašeno, u građanskopravnoj materiji nadležnost Suda BiH (jedinog za čitavu teritoriju BiH koji ima ikakvu nadležnost u ovoj oblasti) je veoma uska i svodi se na rešavanje imovinskih sporova između BiH i entiteta, entiteta međusobno, BiH i distrikta, distrikta i entiteta. Svi ostali imovinski sporovi, kao i sporovi iz građanskog, porodičnog, radnog, ličnog itd. prava koji se rešavaju u okviru parničnog postupka, u isključivom su domenu entiteta. Pravosnažne odluke entitetskih sudova, Sud BiH ne može kontrolisati. Ovakav stav bi se mogao opravdati činjenicom da su izvori supstancijalnog prava u građanskopravnom i ostalim pomenutim domenima entitetski, a ne bosanskohercegovački³³. Takva metodologija isključenja federalnog

³³ Ovdje se navode samo neki izvori entitetskog prava u građanskopravnoj oblasti: izvor *obligacionog prava* je još uvek nekadašnji Zakon o obligacionim odnosima SFRJ; Nacrt zakona o obligacionim odnosima za Federaciju BiH/Republiku Srpsku, pod okriljem GTZ izradio je prof. H. Rüßmann. O ovome nacrtu objavljena je opsežna studija, S. Perović, *Stručno mišljenje o nacrtu zakona o obligacionim odnosima Federacije BiH/Republike Srpske, Knj. I, Opšti deo, sa stanjem*, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu br. 1-2/2003, ss. 10-86; pripremljeni Nacrt nije izglasan u parlamentima Federacije BiH ni Republike Srpske; u oblasti *prava svojine i drugih stvarnih prava*, pripremljen je

suda iz kontrole primene građanskog (i drugih prava o kojima se, u slučaju spora, odlučuje u parničnom postupku), u sudovima federalnih jedinica bila je primenjena u bivšoj SFRJ, na osnovu Ustava/1974 i tadašnjeg Zakona o Saveznom sudu.

5.2 Entitetski izvori građanskog prava

§ 40. Ova metodologija ne omogućava ni neophodno jedinstvo u primeni i tumačenju supstancijalnog građanskog prava (kao ni drugih koja se primenjuju u parničnom postupku). Iako se u konkretnim slučajevima građanskih sporova ne mora raditi o ljudskim pravima, pravna jednakost jeste ono ljudsko pravo koje je osnov za zabranu diskriminacije. Ako se na nivou jedne države kao što je BiH, bilo da se doživljava kao federacija ili konfederacija, ne može ostvariti minimum pravne sigurnosti ni minimum ujednačene primene i tumačenja prava u građanskom pravu (i drugim koja se primenjuju u parničnom postupku) ne može se tvrditi da je obezbeđena praktična i efektivna pravna jednakost. Nejednak tretman koji je posledica potpune entitetske podeljenosti u primeni građanskog prava ne može sprečiti ni Ustavni sud BiH. Iako su supstancijalni zakoni navedeni u belešci 34 (dole) međusobno gotovo identični, rezultati njihove primene mogu biti različiti.

5.3 Izvori građanskog prava BiH kao celine

§ 41. Štaviše, postojeći Sud BiH nije ovlašćen ni na kontrolu primene prava BiH u građanskoj oblasti (i o srodnima o kojima se,

nacrt, koji je usvojio parlament Republike Srpske 2008. i doneo Zakon o stvarnim pravima, o kome je objavljen komentar: I. Babić, D. Medić, E. Hašić, M. Povelakić, L. Velić, *Komentar Zakona o stvarnim pravima Republike Srpske*; parlament Federacije BiH još nije usvojio ovaj tekst; u oblasti *naslednog prava*, u Federaciji BiH je u primeni Zakon o nasljeđivanju SR BiH iz 1980, a u Republici Srpskoj Zakon o nasljeđivanju donesen je 2009; u oblasti *partnerstva i porodice, te odnosa roditelja i dece*: Porodični zakon Federacije BiH donesen je 2005, a Porodični zakon Republike Srpske 2002.

³⁴ Primera radi, navodim neke od zakona koje je donela Parlamentarna skupština BiH, koji važe na celom području BiH, a koje primenjuju i čiju primenu kontrolišu isključivo entitetski sudovi: Zakon o elektronskom pravnom i poslovnom prometu, *Sl.*

u slučaju spora, odlučuje ili može odlučivati u parničnom postupku)³⁴. U slučaju spora sve zakone BiH primenjuju i kontrolu primene obezbeđuju isključivo entitetski sudovi.

§ 42. Već na osnovu samo ovog nedovoljno dubokog uvida, može se zaključiti da je Bosnu i Hercegovinu, osim svega ostalog stiglo i “*Gab-bino prokletstvo*” (vidi bliže § 5), tj. građanski subjektivitet države se ugasio u etničko-entitetskom, dok je politički subjektivitet sukcedirao u još uvek ne-samoodrživu državu pod protektoratom. Građansko zakonodavstvo, uključujući porodično, radno, autorsko i sl. treba da služi svakodnevnom, običnom ili civilnom životu. Taj život ni BiH ni njeni entiteti (a tako je i u većini drugih država nastalih na području bivše SFRJ) nisu stavili u centar svoje legislativne delatnosti.

5.4 Upravni sporovi

§ 43. Ono što je gore rečeno za isključenje kontrole Suda federacije u građanskim sudskim sporovima, važi i za područje sudske kontrole upravnih akata (upravni spor). Sud BiH može odlučivati samo u upravnim sporovima protiv akata koje donesu organi BiH. Sud nije ovlašćen na kontrolu primene ni entitetskog ni prava BiH u ovoj oblasti, čak i kad su u pitanju izuzetno značajni zakoni BiH.

6. Ka vrhovnom sudu BiH

6.1 Mogući uzor

§ 44. Ustavna reforma, posle koje je usledila i reforma Federalnog suda Švajcarske, možda bi mogla poslužiti kao uzor bosansko-hercegovačkom zakonodavcu. Svesna sam da je za takav zahvat potrebna politička volja građana BiH, njenih entiteta i distrikta, kao i centralnih organa. Pored volje, neophodna je i politička energija. Ne znam koliko je ima. Ne znam koliko je Visoki predstavnik UN u sta-gl. BiH 88/2007, Zakon o prebivalištu i boravištu državljana BiH, Sl. gl. BiH 56/2008, Zakon o zabrani diskriminacije, Sl. gl. BiH 59/2009, niz zakona iz oblasti intelektualne svojine: Zakon o patentu, Zakon o žigu, Zakon o industrijskom dizajnu, Zakon o zaštiti geografskog porekla – svi objavljeni u Sl. gl. BiH 53/2010.

nju da je inicira. Pri tome, nastojim da ovaj predlog ne vezujem za švajcarski uzor samo zato što ta država u svom zvaničnom nazivu nosi oznaku konfederacije, niti zato što se Federacija BiH sastoji iz kantona. Verujem da švajcarsku ustavnu i sudsku reformu valja imati kao uzor ili bar inspiraciju zato što je dala delotvoran rezultat, praktična je, nepretenciozna i, ne treba ni to zanemariti — ekonomična.

§ 45. Švajcarski Ustav prihvaćen je na referendumu održanom 1999. godine, a stupio je na snagu 1. januara 2000. godine, zamenivši posle više od stoleća, raniji Ustav iz 1874. godine (koji je bio revidiran preko 140 puta). U čl. 188-191 Ustava definisani su položaj, nadležnosti i osnove unutrašnje organizacije. Savezni sud je izričito određen kao “najviša sudska vlast” u državi. Nadležan je za odlučivanje o povredama federalnog prava, međunarodnog prava, međukantonalnog prava, kantonalnih ustavnih prava, autonomije lokalnih samouprava, federalnih i kantonalnih političkih prava. Njegova nadležnost se može proširiti zakonom. O promeni federalnih sudova građani su se izjasnili na referendumu u martu 2000. godine. Osnovni ciljevi reforme federalnih sudova sastojali su se (a) u potrebi da se redukuje broj pravnih stvari o kojima raspravljaju, da bi se postigao viši kvalitet sudske delatnosti; (b) u potrebi da se obezbedi uniformno tumačenje federalnih zakona, budući da kantonalni sudovi primenjuju ne samo kantonalno, nego i federalno pravo; (c) pre reforme, Savezni sud Švajcarske je postupao i kao prvostepeni, a ne samo kao instancioni sud, što je povećavalo njegovu ukupno opterećenje, pa su, pored do tada jedino postojećeg Saveznog suda, Ustavom uspostavljena još dva federalna suda — Savezni krivični sud i Savezni upravni sud, kojima je Savezni sud nadređena sudska instanca. Ustavna i federalna sudska reforma praćene su još jednom značajnom novošću — umesto kantonalnih zakona o građanskom i krivičnom sudskom postupku, propisana je federalna nadležnost. Nadležnost Saveznog suda propisana Ustavom, kao i ona bliže definisana zakonom, a među njima, nadležnost da odlučuje o povredama ustavnih prava građana, ujedinila, je u ovoj sudskoj instanci, uloge ustavnog suda i vrhovnog suda države. Zakon o Saveznom sudu donesen je u junu 2005. godine.

§ 46. Savezni sud Švajcarske ima brojne nadležnosti koje se mogu klasifikovati u dve grupe – apstraktnu i konkretnu kontrolu. Prva je

kontrola ustavnosti kantonalnih ustava. Druga se vrši putem pravnih lekova u konkretnim pravnim stvarima – zaštite ljudskih prava i kontrole primene federalnih zakona u građanskom, krivičnom i upravno-sudskom (tačnije: javnopravnom) postupku, kao i odlučivanje o pravnim lekovima protiv odluka drugih federalnih sudova (krivičnog i upravnog). U građanskim pravnim stvarima Sud odlučuje po vanrednom pravnom leku protiv odluka kantonalnih sudova. U čl. 71 zakona o Saveznom sudu definisano je građansko područje, tako što su u njega uključene stvari koje se tiču stečaja, starateljstva, javnih registara itd. U imovinskim sporovima, pravni lek je dopušten ako vrednost predmeta spora prelazi iznos od 30.000 švajcarskih franaka (u radnim sporovima – preko 15.000 franaka). Ali, i onda kada je vrednost spora niža, pravni lek će biti dopušten ako se njime pokreće značajno pravno pitanje (vidi čl. 74 Zakona o Saveznom sudu). Pravni lek se podnosi protiv odluke poslednje kantonalne sudske instance (čl. 75 Zakona o Saveznom sudu). U krivičnoj oblasti, pravni lek Saveznom sudu može se podneti protiv odluke poslednje kantonalne sudske instance ili protiv odluke Saveznog krivičnog suda (čl. 80). U oblasti javnog prava, Sud odlučuje o pravnim sredstvima protiv odluka donesenih u oblasti javnog prava, protiv kantonalnih normativnih akata i u slučajevima povrede prava glasa na opštim izborima (čl. 82). Od ovog pravila predviđena su brojna odstupanja, koja se tiču boravka i kretanja stranaca, azila, readmisije, ekstradicije i sl. O njima u poslednjem stepenu odlučuje Savezni upravni sud (čl. 83). I u javnopravnim stvarima, kad one imaju imovinski aspekt, nadležnost Saveznog suda ograničena je vrednošću predmeta postupka. Savezni sud može kontrolisati primenu prava u pobijanim odlukama kad se radi o: federalnom pravu, međunarodnom pravu, ustavima kantona, kantonalnom pravu u domenu prava glasa na opštim izborima i inter-kantonalnom pravu (čl. 95).

§ 47. Sud ima od 35 do 45 sudija. Bira ih Savezna skupština na vreme od šest godina uz mogućnost ponovnog izbora. (Vidi čl. 1–9 Zakona o Saveznom sudu.). Sud se sastoji iz sedam odeljenja (dva građanska, dva za javno pravo, dva za socijalno pravo, jednog krivičnog, kao i veća za dopuštenost pravnih lekova). Može zasedati u plenarnoj sednici, uglavnom onda kada donosi akte o svojoj organizaciji. Van

suđenja, radi vršenja poslova sudske uprave, deluju dva tela: konferencija predsednika odeljenja i administrativna komisija. Sud ima predsednika. Sedište mu je u Lozani.

6.2 Mogući koraci ka ustanovljenju jedinstvene vrhovne sudske instance

§ 48. Jedan idealnotipski model za vrhovnu sudsku instancu mogao bi se dobiti kombinacijom postojećeg Ustavnog suda BiH, kome bi bile pridodate nadležnosti opisane gore u § 46, uz ograničenje vremena rada na apelacijama (ustavnim žalbama) koje bi se moglo postići uvođenjem tzv. pilot-odluka, po uzoru na praksu Evropskog suda za ljudska prava i ozbiljnom redukcijom razmatranja činjeničnih pitanja. Ne bi bilo smetnji da se ta sudska instanca nazove *Vrhovni sud BiH*. Današnji Sud BiH bi valjalo zadržati kao prvostepeni sud, dok bi vrhovni sud odlučivao o žalbama protiv njegovih odluka. Time bi se postigli ciljevi koje je sebi postavio švajcarski zakonodavac, a koji su relevantni za svaki sudski sistem u složenim državama: (a) redukcija broja pravnih stvari o kojima se raspravlja, uz poboljšanje kvaliteta sudskog rada; (b) uniformno tumačenje zakona BiH, koje primenjuju entitetski sudovi; (c) postojanje vrhovne sudske instance u pravom smislu reči.

Autori priloga

Dauster, dr. iur. **Manfred**, sudija Višeg zemaljskog suda München, sudija Zemaljskog suda za liječnička zanimanja, za arhitekta i za članove Bavarske inženjerske komore; član Zemaljske komisije za polaganje državih ispita pri Ministarstvu pravde i zaštite potrošača, bivši sudija Suda BiH; kontakt: saarlouis10@hotmail.com

Marković, doc. dr. iur. **Goran**, docent na Pravnom fakultetu univerziteta u Istočnom Sarajevu; kontakt: goran.rkpbih@gmail.com

Meškić, doc. dr. iur. **Zlatan**, docent na Pravnom fakultetu Univerziteta u Zenici; kontak: zmeskic@pfr.unze.ba

Ožegović, **Ljubomir**, sekretar Ustavnog suda Republike Srpske; kontakt: ljubomir.ozegovic@ustavnisud.org

Pobrić, prof. dr. iur. **Nurko**, sudija Kantonalnog suda Mostar i profesor na Pravnom fakultetu Univerziteta Džemal Bijedić u Mostaru, kontakt: nurko.pobric@pravosudje.ba

Perić, **Branko**, sudija Suda Bosne i Hercegovine; kontakt: branko.peric@sudbih.gov.ba

Rakić-Vodinić, prof. dr. jur. **Vesna**, profesor na Pravnom fakultetu Univerziteta Union u Beogradu; kontakt: rakicv@hotmail.com

Sali-Terzić, **Sevima**, viši stručni saradnik na Ustavnom sudu Bosne i Hercegovine; kontakt: sevima.sali-terzic@ustavnisud.ba

Šarčević, apl. prof. dr. iur. habil. **Edin**, izvanredni profesor na Pravnom fakultetu Univerziteta u Leipzigu i predsjednik Fondacije Centar za javno pravo; kontakt: edin@uni-leipzig.de

Izdavač

Fondacija Centar za javno pravo

Za izdavača

Edin Šarčević

Naslov

Jedan vrhovni sud za BiH?

Urednik

Edin Šarčević

Štampa

Rabic d. o. o., Sarajevo

CIP - Katalogizacija u publikaciji

Nacionalna i univerzitetska biblioteka
Bosne i Hercegovine, Sarajevo

342.531.43(497.6)(082)

JEDAN vrhovni sud za BiH? / uredio Edin
Šarčević. - Sarajevo : Fondacija Centar za
javno pravo. - 165 str. ; 21 cm

Bibliografske i druge bilješke uz tekst.

ISBN 978-9958-1960-0-3

1. Šarčević, Edin

COBISS.BH-ID 19168518