

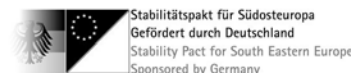
# Sveske za javno pravo Blätter für Öffentliches Recht

ISSN 2232-7320

Utemeljio prof. dr. Edin Šarčević u saradnji sa doc. dr. Tarikom Haverićem  
Saradnici ovog broja: Manfred Dauster, Goran Marković, Zlatan Meškić, Ljubomir Ožegović, Vesna Rakić-Vodinešić, Maja Sahadžić, Sevima Sali-Terzić  
Glavni i odgovorni urednik: prof. dr. Edin Šarčević. Ovaj broj je uređen u saradnji sa Sevimom Sali-Terzić i Enom Gotovuša  
Redakcija: Centar za javno pravo, Čekaluša 52, 71000 Sarajevo [www.fcjp.ba](http://www.fcjp.ba)

4 2011.  
Str. 1-XX  
2. godište  
Maj 2011.

**CJP** Fondacija Centar za javno pravo  
Stiftung Kompetenzzentrum für Öffentliches Recht  
Foundation Public Law Centre



Sadržaj:	Ljubomir OŽEGOVIĆ, <i>Treba li BiH jedan vrhovni sud?</i> ..... 39
Edin ŠARČEVIĆ, <i>Uz ovaj broj</i> ..... 1	Sevima SALI-TERZIĆ, <i>Vrhovni sud Bosne i Hercegovine: odgovor na problem ili još jedan projekat u kontinuiranim reformama pravosuđa</i> ... 45
Manfred DAUSTER, <i>Vrhovni sud za Bosnu i Hercegovinu: razmišljanja o njegovoj neophodnosti</i> .... 4	Zlatan MEŠKIĆ, <i>Osnivanje Vrhovnog suda Bosne i Hercegovine kao uslov za članstvo u Evropskoj uniji</i> ..... 53
Maja SAHADŽIĆ, <i>Uspostavljanje Vrhovnog suda BiH. Aktualna pravna misao o teoretskoj nedosljednosti u praksi</i> ..... 15	Goran MARKOVIĆ, <i>Treba li Bosni i Hercegovini jedan vrhovni sud: prilog raspravi</i> ..... 66
Vesna RAKIĆ-VODINEŠIĆ, <i>Da li je Bosni i Hercegovini potreban jedan vrhovni sud</i> ..... 28	

**EDIN ŠARČEVIĆ**

*Uz ovaj broj / In addition to this Volume*

Treba li Bosni i Hercegovini jedan vrhovni sud? Pitanje nema samo akademski ili politički značaj. Ono je prije svega pitanje žive pravničke prakse i ostvarivanja pravde u postupku sudskog izricanja presuda. No, na njega u postojećoj konstelaciji nije moguće dati *jedan* odgovor. Analize koje slijede pokazuju samo noseće argumente. Oni nisu poopćivi i nemaju karakter pravnih zapovijesti.

*Za održavanje postojećeg stanja:* Protiv uspostavljanja jednog vrhovnog suda govori ustavna konstrukcija i raspodjela nadležnosti između države i entiteta — ovo je opšti pravni okvir koji zagovornicima održavanja postojećeg ustrojstva daje siguran ustavni osnov. Uz ovaj dolazi, unekoliko nategnut, argument da je Ustavni sud BiH u sadašnjoj formi pravna instanca koja može nadoknaditi nedostatak jednog vrhovnog suda svojom apelacionom nadležnošću. Akcesorni argument je da se njime uspostavlja suvišna sudska instanca koja bi se u

Should Bosnia and Herzegovina have one Supreme Court? This is not just a question of academic or political importance. It is, first of all, a question of active juridical practice and achievement of justice in the process of juridical verdicts pronouncement. However, in the existing constellation, it is not possible to give *one* answer to that question. The analyses that follow show only the supportive arguments. They cannot be generalized and have no character of legal orders.

*Towards maintaining the current situation:* What stands against establishing one Supreme Court is the constitutional structure and distribution of competences between the state and the entities — this is the general legal framework providing those advocating for the maintenance of the existing construction with safe constitutional basis. Along with this one, there is a somewhat stretched argument, that the Constitutional Court in its current form is a legal instance that can compensate for the lack of one Supreme Court with its appellate jurisdiction. Accessory arguments is that the

pogledu nadležnosti, profesionalnog sastava, finansiranja i mogućnosti ujednačavanja sudske prakse entitetskih sudova vrlo teško „nazubila“ u postojeće ustrojstvo sudske vlasti.

*Protiv održavanja postojećeg stanja:* Za uspostavljanje jednog vrhovnog suda govore argumenti pravne sigurnosti, jednakosti građana pred zakonom, konkretnije, usaglašavanje sudske prakse i tumačenja zakona, zatim, prevođenje Ustavnog suda BiH u „superrevizionu instancu“ koja vodi prema izigravanju njegove ustavno-pravne pozicije, preporuke međunarodne zajednice, uporednopravna iskustva federalnih država kao i argument članstva u Evropskoj uniji, koji u osnovi cilja na postupak prethodnog odlučivanja. Akcesorni argumenti su: osiguranje jedinstvenog tržišta na državnom prostoru izvan predmeta koji su u apelacionoj nadležnosti Ustavnog suda, ispunjenje Kopenhagenskih kriterija za pristup evropskim integracijama, posebno, osiguranje efikasne primjene prava Evropske unije u smislu „pravne države“, ispunjenje „klauzule o harmonizaciji“ iz čl. 70 Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju, ali i načelni argumenti da takav sud predstavlja jedan od elemenata državnosti i da njegovom uspostavljanju važeće ustavno pravo ne postavlja prepreku.

Opšti pregled analiziranih aspekata navodi na zaključak da se kao vladajuće pravno mišljenje formirao stav da je jedan vrhovni sud za BiH neophodno rješenje ili, bar, pravno utemeljen zahtjev. Priložene analize mogu poslužiti kao ilustracija takvog mišljenja. No, iz njih se ne vide jasno izdiferencirani prijedlozi o konkretnim rješenjima u pogledu organizacije, finansiranja, personala i nadležnosti takvog vrhovnog suda. Na jednoj strani se prećutno ili izričito zagovara zasebna ustanova vrhovnog suda, na drugoj se spominje uspostavljanje takve instance u okviru postojećeg Ustavnog suda. Oba prijedloga ostaju, međutim, na načelnom nivou i ne zahvataju u konkretne organizacione-aspekte.

Čak i ako se prihvati da su ovdje skupljene analize ponudile solidan osnov za „opšti pravni stav“ ne možemo biti sigurni da su one reprezentativne. Naime, CJP je u BiH od početka suočen sa jednim problemom koji se do u detalje iskristalizirao povodom ove teme. Možemo ga, ilustracije radi, nazvati „*entitetskom pravnom pameću*“. Riječ je o fenomenu čiju suštinu opisuje činjenica da pravnici koji rade u pravnoj situaciji entiteta, u jednakoj mjeri jursidkicija i jurisprudencija, ne pokazuju spremnost da se upuste u raspravu o pravnim problemima korištenjem pravnih kriterija i pravno orijentiranih metoda. Na naše upite, molbe i detaljna pojašnjenja srazmjerno uzak krug pravnika iz Republike Srpske odlučio se analizirati ovaj temat. Tipičan razlog za negativan stav je objašnjenje da je pozicija koju obavljaju nespojiva sa iznošenjem stručnih mišljenja o postavljenom problemu. Na drugoj strani, nesrazmjerno visok broj pravnika iz Federacije BiH je pokazao interes da se

establishing one supreme court would mean creating a redundant judicial instance which, in terms of competences, professional structure, financing and the possibility of unification of the entities' court practice would be very difficult to “fit into” the current judicial structure.

*Against the maintaining the current situation:* In favor of establishing one Supreme Court are the arguments of legal security, equality before the law, concrete harmonization of judicial practice and interpretation of the law, then, the transformation of Constitutional Court of BiH into “extra-review” instance which conducts the exclusion of its constitutional position, recommendations of the international community, parallel legal experiences of federal states as well as an argument of the European Union membership, which in its basis, aims at the prior decision-making process. Accessory arguments are: ensuring a single market at the state area, out of cases which are in appellate jurisdiction of the Constitutional Court, fulfilling the Copenhagen's criteria for accession to European integrations, particularly, ensuring the efficient application of the law of European Union in the sense of “rule of law”, fulfilling of the “clause on harmonization” of Article 70 of the Agreement on stabilization and integration, but, also the principal arguments that Court represents one of the elements of statehood and that the current constitutional law does not hinder its establishment.

General overview of the analyzed aspects leads to the conclusion that the prevalent legal opinion resulted in forming the position that one Supreme Court in BiH is a necessary solution or at least, a legally justified demand. Enclosed analysis can serve as an illustration of such opinion. But, they do not show clearly differentiated suggestions for concrete solutions with regard to organization, funding, personnel and competences of such Supreme Court. On one side, there is a tacit or explicit, advocating for a separate institution of the Supreme Court, and on the establishing of such instance within the existing Constitutional Court is mentioned. Both proposals, however, remain at the principal level and do not affect the concrete organizational aspects.

Even if it is accepted that the analysis compiled here have offered a solid basis for the “general legal opinion” we cannot be certain that they are representative. Namely, since its establishment, CJP in B&H has been faced with a problem which has become clear in details with relation to the topic. For the purpose of illustration, we can name it “*entity's legal brain*”. It is a phenomenon the essence of which is described by the fact that the lawyers who work in a legal situation of an entity jurisdiction and jurisprudence to the equal extent, do not show readiness to engage into discussion on legal issues by using the legal criteria and legally oriented methods. Upon our inquiries, requests and detailed clarifications, considerably small number of lawyers from the Republic of Srpska decided to analyze this topic. Typical reason for their negative position is explained by the fact that their current function is incompatible with presenting expert opinions on the issue. On the other hand, disproportionately large number of lawyers from the Federation of B&H has shown interest in this topic. It

posveti ovoj temi. Pokazalo se, međutim, da je samo uzak krug bio u stanju da vlastitu argumentaciju usredsredi na pravno relevantne probleme i da odustane od rada sa političkim floskulama. I jedno i drugo može biti indicija za mjeru nezavisnosti bosanskohercegovačkih pravnikâ od političkih, često nacionalistički inspiriranih trendova, odnosno, pokazatelj u kojoj su mjeri osposobljenost da politički neutralno i na pravno utemeljen način analitički savladaju problem vrhovnog suda u BiH. Postojanje neuporedivo većeg broja pravnikâ, koji bez ikakvih ograda zagovaraju jedan Vrhovni sud, može uz fenomen „entitetske pravne pameti“ poslužiti kao jasan dokaz da je osigurana baza pravnih stavova iz koje se bez poteškoća mora izvesti pravni pleoaje za uspostavljanje jednog vrhovnog suda.

Poseban problem predstavlja angažman kompetentnih pravnikâ iz regiona i iz inozemstva. Ovdje se vidi da je kontakt sa bosanskohercegovačkim modelom sudske vlasti i općenito sa pravnim sistemom BiH izgubljen. Niko se ne usuđuje upuštati u ovaj konstrukt zbog „komplicirane i nepregledne situacije“. To što dolazi u formi ekspertiza podsjeća više na pravnu esejistiku koja ostaje na načelnom apsolviranju problema. Analize koje objavljujemo, premda u dobroj mjeri prevazilaze sve navedene slabosti, pažljivom čitaocu još uvijek mogu ilustrirati opisani fenomen.

Upravo zbog toga se pitanje vrhovnog suda za BiH mora rješavati dijalogom domaćih pravnikâ i angažmanom domaćih stručnjaka. On mora biti ideološki neutralan i rasterećen „entitetske pravne pameti“. Ovaj broj *Sveski* shvatamo kao doprinos kulturi stručnog dijaloga i s nestrpljenjem očekujemo stručne reakcije.

appeared, however, that only a small number of them was able to focus their own argumentation on the legally relevant problems and to forsake working with political rant platitudes. Both can be a clue for some level of independence of the B&H lawyers from political and often nationalistically inspired trends, that is, an indicator of the extent to which they are capable of analytically resolving the issue of the Supreme Court in B&H in a politically neutral and legally based manner. The existence of incomparably large number of lawyers, who, without any constraints, advocate for a single Supreme Court can serve along with the phenomenon of “entity’s legal brain” as a clear evidence that there has been ensured the base of legal positions from which, without any difficulty, a legal plea for the defense for the establishment of one Supreme Court must be derived.

Particular problem is the engagement of competent lawyers from the region and from abroad. Here it becomes obvious that the contact with the B&H model of judicial authority and with the B&H legal system in general has been lost. Nobody dares to get involved in this construct because of “complex and unclear situation”. What we receive in the form of expertise has more resemblance to the legal essays which rest on the basic absolution of problems. Analysis that we publish, though they greatly overcome all mentioned weaknesses, can still illustrate the described problem to a careful reader.

Precisely because of that, the issue of the Supreme Court of B&H must be resolved by dialog between domestic lawyers and by the engagement of domestic experts. It has to be ideologically neutral and un-ballasted by the “entity’s legal brain”. We see this number of Volume as a contribution to the culture of expert dialogue and we look forward eagerly to receiving the expert’s reactions.

## Sadržaj:

1. Uvod .....	4
2. Sudske instance i njihovo historijsko porijeklo .....	6
3. Argumentovana uporišta izvan uporednog prava i historije ideja .....	7
4. I nešto više argumenata „pro vrhovni sud“ .....	9
5. Za sada bez propusnice za Evropsku uniju .....	12
6. Gubitak za entitete i za sud Bosne i Hercegovine .....	13
7. Ergo: nema puta koji vodi mimo jednog vrhovnog suda .....	14

## Inhaltsverzeichnis:

1. Einleitung .....	4
2. Instanzenzüge anderswo und ihre ideengeschichtliche Herkunft .....	6
3. Argumentative Stützen außerhalb von Rechtsvergleich und Ideengeschichte .....	7
4. Und noch mehr Argumente „Pro Oberstes Gericht“ .....	9
5. Derzeit kein Passierschein in die Europäische Union .....	12
6. Verlust für die Entitäten und das Gericht von Bosnien und Herzegowina .....	13
7. Ergo: Kein Weg führt am Obersten Gericht vorbei .....	14

**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“ Georga 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 Orvel 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 strukturu totalitarne države. Priča može biti za pravne svrhe upotrebljiva kao prilog opštoj

**1. Einleitung**

Es ist in der Tat ungewöhnlich, Überlegungen zur Notwendigkeit der Errichtung eines obersten Gerichts mit einer Allegorie zu beginnen. Dennoch ist die hierfür in Anspruch genommene Allegorie in ihrer Aussage plastisch genug, das Wagnis zu unternehmen, um zu veranschaulichen, wie das Dilemma über ein oberstes Gericht für Bosnien und Herzegowina eigentlich aussieht.

1945 erschien *George Orwells* „Die Farm der Tiere“. Gegenstand der (politischen) Erzählung ist die Darstellung einer erfolgreichen Tierrevolution gegen einen trunksüchtigen Bauern und die hieraus resultierenden Folgen für die Tiere auf der Farm. Die auf dem Hof des Bauern lebenden Tiere übernehmen die Macht auf der Farm und beenden dadurch ihre Ausbeutung und Unterdrückung durch den Menschen, ersetzen die menschliche Herrschaft über den Hof aber durch ein Regime von elitären Hofschweinen, das am Ende nicht besser als das gestürzte System ist. Es mag dahin stehen, ob Orwell mit der Allegorie seine eigenen Erfahrungen mit dem Sowjet-Kommunismus unter Stalin hat aufarbeiten wollen. Die Fabel beansprucht - unabhängig von allen Deutungsversuchen -, Stellung zur Entwicklung politischer Systeme und zur Möglichkeit ihrer Verwandlung von auf Demokratie angelegten Strukturen in solche eines totalitären Staates zu beziehen. Als Beitrag zur allgemeinen Staatslehre kann die Erzählung auch für juristische Zwecke urbar gemacht werden. Man mag

\* Dr. iur. M. Dauster, sudija Višeg zemaljskog suda München, sudija Zemaljskog suda za liječnička zanimanja, za arhitekte i za članove Bavorske inženjerske komore; član Zemaljske komisije za polaganje državnih ispita pri Ministarstvu pravde i zaštite potrošača, bivši sudija državnog Suda BiH.

\* Dr. jur. Manfred Dauster, Richter am Oberlandesgericht München und Richter an den Landesberufsgerichten für Heilberufe, für die Architekten und für die Mitglieder der Bayerischen Ingenieure-Kammer-Bau, Mitglied des Landesjustizprüfungsamts im Staatsministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, ehemaliger Richter des Staatsgerichts Bosnien und Herzegowina

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 „kontra-revolucionara“ koji su bili protiv oligarhije vladajuće klike, zapravo, odsustvo pravosuđa, je orkestrirani postupak postavljen kao „pokazni postupak“ sa jasno predvidivim rezultatom. U odsustvu svake pravne kontrole vladajućoj klici je zbog toga uspelo, ne samo da do apsurdna dovede ustavni član „Sve su životinje jednake“ dodatkom „[...] ali neke su jednakije od drugih“<sup>1</sup>, 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 nedostatno, usporeno i neefikasno. Pervertiranje načela jednakosti na „Životinjskoj farmi“ ostaje jedan trenutak 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

räsonieren, ob die von der Erzählung angesprochene Mutation der guten in eine schlechte Gesellschaftsform ihren Grund (mit) darin findet, dass das von den Tieren nach dem Sturz der menschlichen Herrschaft über den Hof begründete Regime ohne rechtsprechende Gewalt ausgekommen ist. Jedenfalls findet Rechtsprechung auf der Farm nicht statt. Die einzige Gerichtsepisode, die die Aburteilung der gegen die Oligarchie der herrschenden Clique Platz greifenden „Konter-Revolutionäre“ betrifft, belegt vielmehr die Abwesenheit von Justiz, ist das orchestrierte Verfahren doch auf einen „Schauprozess“ mit fest stehendem Ausgang hin angelegt. In Abwesenheit jeglicher Rechtskontrolle gelangtes deshalb der herrschenden Clique nicht nur, den Verfassungsartikel „Alle Tiere sind gleich.“ durch den Zusatz „...“, aber manche Tiere sind gleicher.“<sup>1</sup> ins Absurde zu führen, sondern die so dekretierte Ungleichheit im Farmalltag auch umzusetzen.

Niemand wird so weit gehen, die Verfassung von oder die Verfassungswirklichkeit in Bosnien und Herzegowina mit den Zuständen gleichzusetzen, die nach der Vertreibung des Menschen auf der „Farm der Tiere“ schleichend eintraten und in einer absoluten Oligarchie der herrschenden Tierminderheit endeten. Denn Bosnien und Herzegowina verfügt über rechtsprechende Institutionen – von den Fachgerichten in den Entitäten und im Brčko-Distrikt angefangen über das Gericht von Bosnien und Herzegowina bis hin zum gesamtstaatlichen Verfassungsgericht. Das macht einen gewaltigen Unterschied, selbst wenn die Wirkweise der Rechtsprechung in Bosnien und Herzegowina als unzulänglich, schwerfällig und ineffizient empfunden und kritisiert wird. Die Perversion des Gleichheitssatzes auf der „Farm der Tiere“ bleibt gleichwohl ein Momentum, das uns bei den nachfolgenden Überlegungen über die Notwendigkeit eines (gesamt-)staatlichen obersten Gerichts nicht aus den Augen verloren gehen darf. Denn es stellt sich auch in Bosnien und Herzegowina die Frage danach, ob vollständige Gleichheit aller vor dem Gesetz schon hergestellt ist oder ob ihre vollständige Herstellung nach einem obersten Gericht verlangt.

Dass man Allegorien bemüht, ist bei einer juristischen Betrachtung schon außergewöhnlich genug. Immerhin schärft eine solche Vorgehensweise doch die Sicht auf die behandelte Problematik. Es ist gleichwohl das Dilemma an sich, das anderenorts unverständiges Kopfschütteln auslöste, hinterfragte man dort die Notwendigkeit eines obersten

<sup>1</sup> 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](http://www.kas.de) vom 26. Januar 2011).

<sup>1</sup> Ähnliches enthält die Verfassung von Bosnien und Herzegowina in ihrer staatsbürgerlichen Unterscheidung zwischen den Angehörigen der konstitutiven Völker und den sogenannten „Anderen“, welchen das passive Wahlrecht zum Staatspräsidium vorenthalten wird. Zur von Verfassungswegen gewollten, eigentlich aber so offensichtlichen Diskriminierung musste sich am 22. 12. 2009 in den von Jakob Finci und Dervo Sejdić angestregten Menschenrechtsklagen der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte äußern und die offensichtliche Diskriminierung feststellen. Die Umsetzung dieses Urteils liegt nun in den Händen der nationalen Politiker und gerät dort zur Instrumentalisierung sachwidriger Ziele und Zwecke (vgl. S. Wölkner, Wie ist das Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte im Fall „Finci/Sejdić gegen BuH“ zu implementieren?, in: [www.kas.de](http://www.kas.de) vom 26. Januar 2011).

i Hercegovini se zbog toga mora još jednom u samom uvodu postaviti pred oči apsurdnost samog pitanja.

## 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

Gerichts oder stellte die Notwendigkeit seiner Existenz überhaupt in Frage. Dem interessierten Leser in Bosnien und Herzegowina sei deshalb die Absurdität der Fragestellung einleitend noch einmal vor Augen geführt werden.

## 2. Instanzenzüge anderswo und ihre ideengeschichtliche Herkunft

In Bosnien und Herzegowina scheint die Abwesenheit eines obersten Gerichts Normalität zu sein. Denn seit Kriegsende 1995 sind keine wirklich ernsthaften Versuche zu der Errichtung eines solchen Gerichts unternommen worden. Lässt man rechtsvergleichend das Auge über andere Rechtssysteme schweifen, fällt diese Anomalität umso mehr auf. Alle Staaten, die für die Ausübung der rechtsprechenden Gewalt ein unabhängiges Justizsystem bereit halten, das zumeist mehr oder weniger starke Garantien für seine Unabhängigkeit genießt, schließen den Instanzenzug ihrer Gerichte mit einem obersten Gericht ab. Selbst supranationale Organisationen wie die Europäische Union kommen ohne einen solchen Instanzenzug nicht aus. Insoweit fällt Bosnien und Herzegowina jedenfalls in Europa völlig aus dem Rahmen.

In der alten Verfassungsgeschichte Europas war dieser heutige Befund sicherlich nicht die Regel. Den europäischen Staaten ist die Form ihrer heute feststellbaren Justizorganisation in der liberalen Bewegung des Verfassungskonstitutionalismus im 19. Jahrhundert zugewachsen und im 20. Jahrhundert vor dem Hintergrund von Gewalt- und Schreckensherrschaft vollendet worden, so dass das justizförmliche Rechtsschutzsystem die Gestalt erfahren hat, welche man durchaus als europäisches Allgemeingut bezeichnen kann. Bosnien und Herzegowina ist Teil dieser gesamteuropäischen Rechts- und Gerichtskultur. Insoweit steht das Land nicht vor der Tür dieses Hauses, sondern lebt mit den anderen Staaten und Nationen unter seinem Dach. Wenn über die Notwendigkeit eines obersten Gerichts in Bosnien und Herzegowina geredet wird, darf diese rechtskulturelle Einhausung des Landes nicht vergessen werden.

Deshalb scheint die Allegorie von der „Farm der Tiere“ nur vordergründig nichts mit der uns beschäftigenden Frage nach der Notwendigkeit eines obersten Gerichts in Bosnien und Herzegowina zu tun zu haben. Es geht bei der Organisation der rechtsprechenden Institutionen immer zuerst um Rechtsgleichheit. Auch vor diesem Hintergrund lohnt es sich, einen Blick in die europäische Rechtsentwicklung zu werfen. Denn ein solcher Blick eröffnet Sichtweisen auf eine gesamteuropäische Kulturentwicklung, von der sich Bosnien und Herzegowina als Teil Europas nicht abkoppeln kann, zumal das Land eines hoffentlich nicht allzu weit entfernten Tages zur Aufnahme auf der Schwelle der Europäischen Union stehen wird. Das alte Europa vor der Französischen Revolution hatte sich keine Gedanken über eine hierarchische Justizorganisation zu machen. Denn in den Zeiten des Absolutismus gab es zum einen keine unabhängige Justiz.

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 Napoleonovih 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 ovoga 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 US-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

Denn auch die Gerichtsbarkeit lief andererseits auf den an der Staatsspitze stehenden absoluten Monarchen zu, der sich zugleich auch als Inhaber aller Gerichtsgewalt verstand. Insoweit schadete es dann auch nicht, dass die Ausübung der Gerichtsbarkeit im Übrigen feudalistisch-partikularistisch organisiert war und für den Normalfall, dass der Monarch zur Durchsetzung seines Willens nicht eingreifen musste, sich in den Händen von Partikulargewalten befand. Im Zweifel und in der Not bot der Appell an das monarchische Staatsoberhaupt Möglichkeiten zur Abhilfe. Der Gleichheitsgedanke, den die Französische Revolution von 1789 zu einem ihrer tragenden Grundsätze erhob, war mit einem solchen Verständnis von Justiz nicht mehr zu vereinbaren, meinte die Gleichheit doch in erster Linie die Gleichheit vor dem Gesetz. Damit waren die überkommenen Justizstrukturen hinfällig, welche ja unter anderem von den Ungleichheiten vor dem Gesetz und vor den dieses Gesetz anwendenden Justizstrukturen geprägt waren.

Die Gleichheit vor dem Gesetz machte eine Veränderung der Gerichtsorganisation unumgänglich. In Frankreich erfolgte sie letztlich durch die Rechtsreformen Napoleons am Anfang des 19. Jahrhunderts, und von Frankreich aus nahmen sie mit den Feldzügen Napoleons ihren Weg in das restliche Europa. Die nach dem Zusammenbruch des napoleonischen Machtsystems in den europäischen Staaten nach dem Wiener Kongress einsetzende Restauration hat diese Errungenschaften nicht mehr (vollständig) rückgängig machen können. Vielmehr brachte es die wirtschaftliche und soziale Entwicklung des 19. Jahrhunderts mit sich, dass sie weiter ausgebaut und den nationalen Bedürfnissen in den einzelnen Staaten angepasst wurden. Diese Entwicklung brachte in allen Staaten Europas Gerichtsorganisationen hervor, die bei allen landestypischen Unterschieden die Gemeinsamkeit einer auf ein oberstes Gericht zulaufenden und dort endenden Justizhierarchie hatten.

Schon ins 19. Jahrhundert zurückreichen zwar auch die Anfänge der Verfassungs- oder Staatsgerichtsbarkeit. Diese ist jeher jedoch als etwas „Anderes“, Eigenes und Besonderes empfunden worden. Zu keiner Zeit sollten die Verfassungs- oder Staatsgerichte die Spitze der regulären Justizorganisation bilden. Sie sollten verfassungsrechtliche Sondergerichtsbarkeit ausüben und im Rahmen dieser Zuständigkeit die reguläre Justiztätigkeit überwölben. Nicht alle Staaten Europas sind den Weg der besonderen Verfassungsgerichtsbarkeit gegangen. Manche haben Abstand davon gehalten. In ihnen aber wuchsen die verfassungsgerichtlichen Aufgaben der regulären Justiz zu, wo sie dem US-amerikanischen Vorbild nicht unähnlich von dem an der Spitze der regulären Justiz stehenden obersten Gericht wahrgenommen werden. Aus der Errichtung eines Verfassungsgerichts von Bosnien und Herzegowina lässt sich mithin kein Argument herleiten, das gegen ein oberstes Gericht spricht.

### **3. Argumentative Stützen außerhalb von Rechtsvergleich und Ideengeschichte**

Wenn am Anfang der Entwicklung zu einer mit einem obersten Gericht abschließenden Justizhierarchie die

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 2007<sup>2</sup> provede u pravnoj svakodnevnici.

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, da li 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.<sup>3</sup> Pravni i pravosudni sistem koji (još i)

Forderung nach formaler Rechtsgleichheit stand, traten im Verlauf der letzten 200 Jahre europäischer Rechtsentwicklung andere Gesichtspunkte hinzu, die sich aber von der Ausgangsforderung nach Rechtsgleichheit nie völlig lösten. Mit der Industrialisierung im 19. Jahrhundert ging es den Nationalstaaten um die Schaffung eines einheitlichen Wirtschaftsraums innerhalb ihrer Grenzen, frei von Binnenzollschranken und von ständerechtlichen Gewerbehindernissen. Hier mag die Unternehmerfreiheit Anstoß gewesen sein und im Vordergrund gestanden haben. Die Entwicklungen trugen gleichwohl Züge von Gleichheit im Wettbewerb durch Beseitigung von ständischen und korporativen Beschränkungen innerhalb der wirtschaftlichen Binnenräume. Hier bot ein oberstes Gericht ehest die Gewähr einer optimalen Umsetzung. Nachdem im Zuge der Industrialisierung, von Landflucht und von ansteigender Bevölkerung soziale Fragen in den Vordergrund traten, war es die Herstellung gleicher Lebensverhältnisse, welcher sich die Rechtsprechung und an ihre Spitze oberste Gerichte zu stellen hatten. Ohne oberste Gerichte in den jeweiligen Staaten und die von ihnen betriebene Rechtsfortbildung gäbe es den Sozialstaat, wie wir ihn heute vor Augen haben, vermutlich nicht. Ein anderes Beispiel für die Notwendigkeit des Schutzes vor Ungleichheit schaffender Übermacht bietet ausgangs des 20. Jahrhunderts der Verbraucherschutz, welcher der höchstrichterlichen Rechtsprechung zum Anliegen geworden ist. Dies alles wiederholt sich in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts auf der Ebene der Europäischen Union, wo der Europäische Gerichtshof allerdings unter anderen vertraglichen Vorbedingungen bei der Herstellung des europäischen Binnenmarkts, der Durchsetzung von Arbeitnehmerfreizügigkeit, von Dienst- und Kapitalfreiheit sowie bei der Beseitigung staatsangehörigkeitsbezogener Diskriminierungen Entscheidendes geleistet hat. Nicht ohne Verdienste ist seine Rechtsprechung auch auf dem Gebiet eines einheitlichen unionsweiten Verbraucherschutzes. Die Entwicklung ist nicht abgeschlossen. Wohin die Reise auf der europäischen Ebene geht, ist eine interessante Perspektive, und sie verspricht noch interessanter zu werden, wenn der Europäische Gerichtshof, aber auch die obersten Gerichte der Mitgliedstaaten die Charta der Europäischen Grundrechte vom 12. Dezember 2007<sup>2</sup> im Rechtsalltag erst umsetzen.

Angesichts des Vorgesagten und den pervertierten Gleichheitssatz auf der „Farm der Tiere“ immer noch vor Augen darf an Bosnien und Herzegowina die Frage gerichtet werden, ob es in dem partikularistischen Rechtszustand verharren will, den andere Staaten in Europa längst überwunden haben. Das Land droht im Stillstand zu erstarren, wenn keine institutionelle Gewähr dafür geboten wird, dass Recht im einen Teil des Landes auch gleiches Recht in seinem anderen Teil bedeutet. Trotz aller Reformbemühungen nämlich ist das auch heute noch eher ungewiss<sup>3</sup>. Das heute in Bosnien und Herzegowina (noch)

<sup>2</sup> ABl. Nr. C 303 s. 1.

<sup>3</sup> Ponovo se može uputiti na ustavnu diskriminaciju iz gornje bilj. 1.

<sup>2</sup> ABl. Nr. C 303 S. 1.

<sup>3</sup> Erneut sei auf die Diskriminierung von Verfassungen wegen oben Fn. 1 hingewiesen.



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 izbjijanjem 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 suprostavljaju 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.

bestehende Rechts- und Justizsystem ist Erbe des Unabhängigkeitskriegs von 1992 bis 1995 und schreibt, auch wenn dies nicht gerne gehört wird, den Schutz von Partikularinteressen fest. Dies kann auf verfassungsrechtlicher Ebene auf die den Krieg beendende Verfassung vom Dezember 1995 zurückgeführt werden, die dem Beharrungsvermögen auf Partikularem den rechtlichen Rahmen gibt. Deshalb nimmt es auch nicht Wunder, dass gerade sie die Argumente zu liefern scheint, die den partikularistischen Protagonisten Rückhalt bieten. Denn die Verfassung vom Dezember 1995 hält unter anderem auf dem Gebiet der Justizorganisation an dem fest, was schon mit dem Ausbruch der kriegerischen Auseinandersetzungen auf dem Gebiet der Republik Bosnien-Herzegowina faktisch geworden war. Denn das Oberste Gericht der Republik verlor seine Jurisdiktionsgewalt über die von den Insurgenten oder der Jugoslawischen Volksarmee besetzten Teilgebiete der Republik und deren Bewohner. Die Verfassung von 1995 schweigt zur rechtsprechenden Gewalt in Bosnien und Herzegowina; sie ist damit scheinbar Sache der Entitäten Föderation Bosnien und Herzegowina, Republika Srpska und Brcko-Distrikt. Das einzige von der Verfassung selbst und unmittelbar errichtete gesamtstaatliche Gericht ist das Verfassungsgericht von Bosnien und Herzegowina, welches aber nur Sondergerichtsbarkeit über die ihm zugewiesenen, aus dem Verfassungsrecht herzuleitenden Streitigkeiten ausübt und keinen Ersatz für das fehlende oberste Gericht bieten kann und auch einen solchen Ersatz nicht bieten soll. Ähnliches gilt für das später auf der Staatsebene errichtete Gericht von Bosnien und Herzegowina, das straf-, zivil- und verwaltungsgerichtliche Fachgerichtsbarkeit auf den ihm zugewiesenen Gebieten ausübt und neben die Gerichtsorganisation der Entitäten getreten ist. Auch es ist kein Ersatz für das fehlende oberste Gericht in Bosnien und Herzegowina, das die aus den Entitäten und dem Brcko-Distrikt kommenden Instanzenzüge abschließt.

#### **4. Und noch mehr Argumente „Pro Oberstes Gericht“!**

Bosnien und Herzegowina hat einen Obersten Gerichtshof für das Land bisher nicht errichtet. Das liegt einerseits an der Verfassung, die scheinbar der Vervollkommnung der Justizorganisation durch die Schaffung eines obersten Gerichts entgegen steht. Die verfassungsrechtliche Ungewissheit dient andererseits interessierten Gerichtsgegnern zum Vorwand, sich gegen die notwendigen Veränderungen im Justizgefüge des Landes zu stemmen, wo die Instanzenzüge in den Obersten Gerichten der Entitäten enden. Zur Vollendung eines vollständigen Gerichtswesens gehört aber – unabhängig von der verfassungsrechtlichen Strukturierung und Organisation des Landes – ein oberstes Gericht. Das ist mehr als ein nur an prinzipiellen Anschauungen orientierter Wunsch. Es gibt eine Reihe von juristischen, aber auch von außer-juristischen Argumenten, die sich die Gegner der Schaffung eines obersten Gerichts vorbehalten lassen müssen.

Kehren wir zur „Farm der Tiere“ zurück und betrachten den dortigen „Satz von der Ungleichheit“, so lässt sich in

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 konstruktivni 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 posna priroda ustavnopravne judikature i njegovo 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

Bosnien und Herzegowina die latente Gefahr von ungleicher Rechtsanwendung nicht ohne Weiteres hinweg diskutieren. Schon die formale Rechtsgleichheit erscheint prekär. In den beiden Entitäten, nicht im Gesamtstaat, liegt von Verfassungs wegen der Gesetzgebungsschwerpunkt. Sind in einem Staatengebilde die unteren Teilkörperschaften primär Recht setzend tätig, so kann diese Zuständigkeitsverteilung zentrifugal wirken und bewirken, dass sich die Rechtsordnungen in den verschiedenen Landesteilen voneinander weg bewegen. Dies zu verhindern ist die einvernehmliche Verständigung zwischen den zuständigen Landesteilen über die Gesetzgebung ein Mittel, welches jedoch in Bosnien und Herzegowina nicht in Gebrauch ist. Ein oberstes Gericht verhindert die rechtliche Atomisierung eines Landes. Um konkreter zu werden: Dass ein Kaufvertrag in der einen Entität anderen Regeln folgen soll als in der anderen, mag vor dem Hintergrund gerade von Größe und Leistungsfähigkeit der beiden Entitäten grotesk bis lächerlich wirken. Über das einzelne Schuldverhältnis hinaus aber gibt es aus allen Rechtsordnungen ablesbare, über die einzelne Rechtsordnung hinaus gehende und hinaus gültige Rechtsgrundsätze, bei deren Verletzung nicht ohne Weiteres die Tür zur Rechtsprechung des gesamtstaatlichen Verfassungsgerichts eröffnet ist. Denn nicht jede Verletzung eines aus der einfachen Rechtsordnung resultierenden Rechtsgrundsatzes ist zugleich auch oder schon einer Grundrechtsverletzung, bei der das Verfassungsgericht von Bosnien und Herzegowina eingreifen und eine Korrektur vornehmen kann. Dies von der Verfassungsrechtsprechung zu erwarten, verkennt die besondere Natur von Verfassungsjudikatur und pervertiert dessen Rechtsprechung zu der eines „Super-Revisionsgerichts“. Bei der Wahrung gesamtstaatlicher Rechtsgrundsätze findet ein oberstes Gericht Betätigung und Zuständigkeit.

Die Behörden und Gerichte der Entitäten wenden nicht nur Gesetzesrecht derjenigen Entität an, der sie angehören. Sie haben auch von Staats wegen gesetztes Recht anzuwenden. Enden die Instanzenzüge aber wie bisher in den Obersten Gerichten der Entitäten, kann die Uniformität des von Staats wegen gesetzten Rechts in Frage gestellt werden, wenn die Anwendungspraxis in den Entitäten divergiert, weil Entitäten-Behörden und –Gerichte dieses Recht unterschiedlich interpretieren. Hier kann das Verfassungsgericht von Bosnien und Herzegowina schon gleich nicht eingreifen, denn ihm steht nicht die Rechtsaufsicht über die Verwaltungs- und Gerichtspraxis in den Entitäten zu. Dies gilt auch dann, wenn Behörden und Gerichte der einen Entität in einem bei ihnen anhängigen Verwaltungs- oder Gerichtsverfahren eine prozessuale Vorfrage zu entscheiden haben, bei der sie das Recht der anderen Entität anwenden müssen. An die Auslegung der fraglichen Rechtsnorm durch die Gerichte der die Norm setzenden Entität sind die Gerichte der anderen Entität nicht gebunden. So kann es geschehen, dass ein Handeln oder Unterlassen in der einen Entität als rechtswidrig erachtet wird, die andere Entität aber diesem Handeln oder Unterlassen Rechtmäßigkeit zubilligt. Die Konsequenzen gehen dann über die Verstörung der Rechtsbetroffenen

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 veličinom i ne prisiljava u pojedinačnom slučaju samo na sažaljivo slijeganje 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. Da investicije u Bosni i Hercegovini i danas kao i ranije imaju nešto od avanture, zavisi i od činjenice 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 sa činjenicom da njegove investicije u jednom entitetu, čak i ako imaju isti poslovni predmet, podliježu potpuno drukčijim propisima 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 ostavljen 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.

hinaus. Da wiederum spezielles Verfassungsrecht im Zweifel nicht verletzt ist, ist eine verfassungsgerichtliche Korrektur nicht zulässig. In Fällen der Divergenz in der Anwendung einfachen Rechts kann nur eine Entscheidung eines obersten Gerichts die gebotene Abhilfe bringen. Damit wird über die Herstellung von Rechtsgleichheit die Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsordnung zur Aufgabe eines obersten Gerichts. Es übernimmt die Gewähr dafür, dass die Rechtsunterworfenen zugleich Rechtsgewissheit darüber erhalten, was rechtmäßig und was rechtswidrig ist. Der Rechtsunterworfenen kann sein rechtlich relevantes Handeln innerhalb des Landes entsprechend und zwar unabhängig von Entitätengrenzen und –zuständigkeiten einrichten.

Die Einheitlichkeit der Rechtsverhältnisse und die Entitäten-unabhängige Rechtssicherheit haben eminenten Einfluss auf die Herstellung und Gewährleistung einheitlicher Lebens- und Wirtschaftsverhältnisse. Die Forderung nach Herstellung und Gewährleistung einheitlicher Lebensverhältnisse in Bosnien und Herzegowina mag zwar (verfassungs-) rechtlich nicht verankert sein, ist aber politische Richtschnur und Leitlinie. Denn jeder Politik – unabhängig davon, wo sie stattfindet - kann es nicht gleichgültig sein, ob es dem jeweiligen eigenen Bürger besser oder schlechter geht, nur weil er in einer anderer Entität wohnt oder dort sein Recht sucht oder es dort unter Umständen sogar besser gewährleistet sieht. Einheitliche und sichere Rechtsverhältnisse wirken darüber hinaus auch volkswirtschaftlich. Ob der Bürger aus der einen Entität seine Forderung nur deshalb abschreiben muss, weil er sie in der anderen Entität nicht vollstrecken kann, ist ein Momentum, das sich in der Summe denkbarer Vollstreckungsfälle hochaddiert, zu einer volkswirtschaftlich messbaren Größe wird und nicht nur im betroffenen Einzelfall zu schulterzuckendem Bedauern zwingt. Darüber hinaus aber ist sie ein Momentum, das jeder ausländische Investor in seine Investmententscheidung als positiven oder negativen Kostenfaktor einstellt, bevor er seine Investition gleichgültig in welcher Entität tätigt. Dass Investitionen in Bosnien und Herzegowina nach wie vor etwas von einem Abenteuer haben, hängt u. a. auch damit zusammen, dass die Politik des Landes bisher nicht in der Lage war, solche rechtlichen Parameter zu schaffen, die ein anreizendes Investitionsklima aber unabdingbar braucht. Investiert ein Investor in den Entitäten, kann er die bittere Erfahrung machen, dass seine Investitionen in der einen Entität, auch wenn sie den gleichen Wirtschaftsgegenstand betreffen, völlig anderen Regeln folgen als in der anderen Entität. Da die Rechtsordnungen beider Entitäten aber weitgehend berührungslos nebeneinander stehen wie zwei sich nicht berührende Kreise, ist ein solcher Investor mit seinem Investitionsabenteuer weitgehend allein gelassen und mit seinem möglichen Verlust auf sich gestellt. In seiner Sorge um Rechtseinheit und –gewissheit hätte er aber ein oberstes Gericht auf seiner Seite. Denn dieses Gericht könnte ihm die erforderliche Rechtsgleichheit verschaffen.

## 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 dolazi 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 zaokruženog 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. Zbunjenost 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 redovnim 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 kakofoniji 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 „Acquis“ i da ne dolazi do nejednake primjene prava.

## 5. Derzeit kein Passierschein in die Europäische Union

Diesen Argumenten lassen sich ohne sonderliche Phantasie weitere hinzufügen. Es ist nicht nur die Vollendung der Staatlichkeit von Bosnien und Herzegowina, welche für die Errichtung eines obersten Gerichts streitet. Es kommt ein in der Zukunft liegender Gesichtspunkt hinzu. Wenn Bosnien und Herzegowina auf dem Weg in die Europäische Union fortschreiten möchte, werden europäische Institutionen zu einem Zeitpunkt vor der Aufnahme des Landes in die Union den Finger in die offene Wunde des fehlenden Abschlusses der Gerichtsverfassung legen. Nach Art. 267 Abs. 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union entscheidet der Gerichtshof der Union im Wege der Vorabentscheidung über die Auslegung der Verträge und über die Gültigkeit und Auslegung der Handlungen der Organe, Einrichtungen oder sonstigen Stellen der Union. Die Verwirrung auf europäischer Ebene wird nicht vollständiger sein können, wenn das Oberste Gericht der einen Entität wegen solcher Zweifel vorlegen will, das Oberste Gericht der anderen Entität solche Zweifel aber nie hatte. Denn die Entscheidungen beider Gerichte können nach derzeitiger Rechtslage mit ordentlichen Rechtsmitteln nicht angefochten werden, und es trifft letztinstanzlichen Gerichte der Mitgliedstaaten nach Art. 267 Abs. 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union die Pflicht zur Vorlage an den Europäischen Gerichtshof, wenn über die Auslegung des primären Vertrags- oder sonstigen sekundären Rechts der Union Zweifel bestehen. Sicherlich wird man, wenn entsprechende Verfahren aus dem Recht der Entitäten stammen, keine Pflicht des Europäischen Gerichtshofs bei einer Vorlage nach § 267 Abs. 1, Abs. 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union begründen können, wie etwa die andere Entität die Rechtsfrage sieht. Der Konfusion, dass aus den Entitäten unterschiedliche Stimmen nach Brüssel herüber klingen, kann die Errichtung eines obersten Gerichts entgegenwirken. Europäische Institutionen ziehen es sicherlich vor, bei Vorlagen und Anfragen nur eine maßgebliche Stimme, nämlich diejenige des obersten Gerichts, zu hören, als Ohrensauen wegen kakophonischer Dissonanzen aus den Entitäten lauschen zu müssen. Der Weg nach Europa hat aber noch mehr zu bieten. Bosnien und Herzegowina wird wie jeder andere Beitrittskandidat auf den verschiedensten Rechtsgebieten mehrere Tausend Rechtsvorschriften entweder erst zu schaffen oder aber bestehende zu ändern haben. Der sogenannte „*acquis communautaire*“ trifft in erster Linie auf der Ebene völkerrechtlicher Verpflichtungen den Gesamtstaat, dem aber innerstaatlich auf den meisten Rechtsgebieten nach derzeitiger Verfassungslage die innerstaatliche Gesetzgebungszuständigkeit fehlt, denn diese liegen bei den Entitäten. Ein oberstes Gericht könnte neben dem Verfassungsgericht von Bosnien und Herzegowina die Gewähr dafür übernehmen, dass die Entitäten nicht nur die einzugehenden völkerrechtlichen Verpflichtungen in ihrer Gesetzgebung umsetzen, sondern dass auch der Gesetzesvollzug durch die Behörden und Gerichte der Entitäten den Forderungen des „*Acquis*“ entspricht und es nicht zu Rechtsanwendungsungleichheiten kommt.

## **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 dobra primjer. Ni jedna od US-Vlada nije se bavila mišlju da zbog postojanja jednog Vrhovnog suda Sjedinjenih Američkih država ukine vrhovne sudove u saveznom državama niti su takve ideje postojale u saveznom 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 saveznom 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 i onako 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 skurilnosti 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

## **6. Verlust für die Entitäten und das Gericht von Bosnien und Herzegowina**

Die Errichtung eines obersten Gerichts in Bosnien und Herzegowina macht die obersten Gerichte der Entitäten nicht ohne weiteres hinfällig. Die Gerichtsverfassung der Vereinigten Staaten von Amerika gibt dafür ein Beispiel. Weder hat je eine US-Administration einen Gedanken darauf verschwendet, wegen der Existenz des Obersten Gerichts der Vereinigten Staaten auf die Abschaffung der Obersten Gerichte der Bundesstaaten zu drängen, noch sind je solche Überlegungen in diesen Bundesstaaten angestellt worden. Auch in anderen gliedstaatlich organisierten Staaten sind oberste Gerichte der Gliedstaaten jedenfalls möglich. In der Bundesrepublik Deutschland gibt § 8 EGGVG den Bundesländern nach wie vor die Möglichkeit ein solches Oberstes Landesgericht zu schaffen, wenn auf dem Gebiet eines Bundeslandes mehrere Oberlandesgerichte bestehen. In Bayern bestand bis zu seiner Abschaffung zum 30. Juni 2006 aufgrund des Gesetzes vom 20. Oktober 2004 das Bayerische Oberste Landesgericht, das sich nicht nur hohen nationalen Ansehens erfreute, sondern auch auf eine mehrhundertjährige Geschichte zurückblicken konnte, unrühmlicherweise aber einer Staatsregierung und einem Landtag zum Opfer fiel, die ihr Heil im blindwütigen Sparen von Haushaltsmitteln sahen, die im Fall des abgeschafften Bayerischen Obersten Landesgerichts die Grenze des lächerlich Minimalen ausmachen. Es kann also sicherlich ein Weg gefunden werden, der den Obersten Gerichten einen sinnvollen Zuständigkeitsbereich belässt. Gleichwohl werden die obersten Gerichte der Entitäten werden Zuständigkeiten an ein zu errichtendes oberstes Gericht von Bosnien und Herzegowina abzugeben haben. Die den Rechtsunterworfenen jedoch zuwachsenden Vorteile machen diese Verluste wett. Wenn Souveränitäts- oder Staatlichkeitsverluste der Entitäten gegen die Errichtung eines solchen Gerichts angeführt werden, was bei der Partikularinteressen bejubelnden Politik des Landes zu erwarten ist, darf bei aller gebotenen Vorsicht nachgefragt werden, wie viel Staatlichkeit und Souveränität diese Entitäten nach der Verfassung von 1995 überhaupt besitzen. Im Übrigen schenkt die Politik in Bosnien und Herzegowina dem Justizsektor sowieso nur wenig Beachtung. Wenn nun aber von einer Zuständigkeitsübertragung auf ein oberstes Gericht staatliches Wohl und Wehe einer Entität abhängen soll, hat ein solcher Diskussionsbeitrag bei aller Sachfremdheit Züge von Skurrilität und Absurdität.

Dagegen werden die Zuständigkeitsverluste für das Gericht von Bosnien und Herzegowina empfindlicher ausfallen. Es wird zu einem reinen Fachgericht für Straf-, Zivil- und Verwaltungssachen werden und seine bisherige Rechtsmittelzuständigkeit auch gegenüber den Gerichten des Brčko-Distrikts verlieren. Das ist nur folgerichtig. Denn Rechtsmittelgericht ist das Oberste Gericht. Die Stellung des Gerichts von Bosnien und Herzegowina im internationalen Rechtshilfeverkehr kann überdacht werden, muss aber nicht zwangsläufig bei dem obersten Gericht angesiedelt werden. Wird sie beim Gericht von Bosnien

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 provjeravana 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**

Podemo 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 ojačanja 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 uključanja u Evropsku uniju će učiniti neophodnim da se spriječi kako bi 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)

und Herzegowina belassen, können Rechtshilfeentscheidungen, insbesondere Auslieferungsbewilligungen oder Auslieferungshaftbefehle, in einer Rechtsmittelinstanz überprüft werden. Ein solches Beschwerderecht schwebt zudem Art. 13 der Europäischen Menschenrechtskonvention vor.

### **7. Ergo: Kein Weg führt am Obersten Gericht vorbei**

Ausgehend von der Rechtsungleichheit auf der „Farm der Tiere“ führt bei einer vorbehaltlosen Sachdiskussion im Grunde kein Weg an der Errichtung eines Obersten Gerichts für Bosnien und Herzegowina vorbei, denn nicht nur die rechtlichen Gewinne für die Einwohner des Landes liegen auf der Hand. Die durch die Vervollkommnung gestärkte, bisher landesweit nicht vollständig gewährleistete Rechtsgleichheit geht einher mit einem Mehr an Rechtssicherheit, die anreizend auch wirtschaftspolitisch wirken kann. Eine fortschreitende Integration in Europa wird eine Entscheidung, wenn nicht bald, dann vor dem Abschluss des Aufnahmeprozesses unumgänglich machen, um zu verhindern, dass Bosnien und Herzegowina vor den europäischen Gerichtsinstanzen mit gespaltener Zunge spricht. Die den Entitäten entstehenden „Staats“-verluste werden durch Rechtsstaatsgewinne aufgewogen. Ob und wie wichtig der Rechtsstaat der Politik im Lande ist, wird sich nicht zuletzt an der Entscheidung über das Oberste Gericht messen lassen. Hier ist dann Farbe zu bekennen.

### *Summary*

*In completion of its statehood, Bosnia and Herzegovina shall establish the up to now missing Supreme Court as exclusively. This institution on top of the judicial hierarchy provides uniform and country-wide justice, ensures equality before law and guarantees better economic competition conditions for (foreign) investments and simultaneously facilitates the country's accession to European Union.*

## Sadržaj:

1. Uvodne naznake .....	15	4. Kratak usporedni prikaz o vrhovnim sudovima u okruženju i svijetu .....	22
2. Konstitucionalizacija sudbene vlasti u suvremenoj BiH .....	16	5. Uspostavljanje vrhovne sudbene instance na državnoj razini u BiH	
3. Neuvezanost sudbenog sustava u BiH		5.1. Zašto Sud BiH i Ustavni sud BiH ne mogu nadoknaditi nepostojanje Vrhovnoga suda BiH? .....	23
3.1. O Sudu BiH .....	17	5.2. O legitimitetu uspostavljanja Vrhovnoga suda BiH .....	24
3.2. Ustavni sud BiH – apelacije temeljem članaka VI 3 b) i VI 3 c) Ustava BiH .....	18	5.3. Moguće nadležnosti Vrhovnoga suda BiH i odnos prema drugim sudovima u BiH .....	25
3.3. O razlozima za uspostavljanje Vrhovnoga suda BiH .....	19	6. Zaključak .....	27
3.4. Preporuke međunarodne zajednice .....	21		

## 1. Uvodne naznake

U državama europskog kontinentalnog prava, vrhovni sud<sup>1</sup> predstavlja najviše sudbeno tijelo u okviru pravosudnog sustava koje osigurava jedinstvenu primjenu prava i jednakost svih u njegovoj primjeni. Iako BiH spada u države europskog kontinentalnog prava, bosansko-hercegovački ustavno-pravni konstrukt predstavlja izvjesni specifikum. Aneksom IV Općeg okvirnog sporazuma za mir u BiH<sup>2</sup> (kolokvijalno nazvanog Daytonski mirovni sporazum), odnosno Ustavom BiH, ne predviđa se postojanje sudbene vlasti na državnoj razini u BiH. Sukladno tomu na državnoj razini nije utvrđeno niti postojanje vrhovne sudbene instance.

Tijekom 2002. godine Zakonom o Sudu BiH<sup>3</sup> uspostavljen je Sud BiH na državnoj razini. Međutim, zbog usko utvrđenih nadležnosti<sup>4</sup> i nehijerarhijskog odnosa spram sudova u entitetima, ne može nadoknaditi nepostojanje Vrhovnoga suda BiH. S druge strane, Ustavni sud BiH, ima utemeljenje u Ustavu BiH, ali predstavlja *sui generis*

instituciju. Iz Ustava BiH doista se ne može pročitati namjera da Ustavni sud BiH nadoknadi nepostojanje vrhovne sudbene instance na državnoj razini, međutim, ponekad se događa da Ustavni sud BiH nadilazi propisanu apelacijsku nadležnost<sup>5</sup> kojom se osigurava zaštita ljudskih prava i sloboda na teritoriju cijele BiH. Tako se primjerice, u predmetu AP 775/08 Ustavni sud BiH upustio u odlučivanje o načinu na koji su sudovi protumačili i primijenili zakone iako prema svojoj prirodi nema nadležnost za takvo nešto<sup>6</sup>.

Entiteti te Brčko Distrikt BiH imaju upotpunjene i uređene ali zasebne sustave pravosuđa temeljem ustava entiteta<sup>7</sup> odnosno Statuta Brčko Distrikta BiH<sup>8</sup>, te zakonâ o sudovima<sup>9</sup>. Međutim, kada se radi o sudbenim tijelima entiteta i Distrikta, prisutna je neusuglašena sudska praksa na koju se nadovezuje neusuglašeno tumačenje zakona. Posljedica ustrojbenih nedostataka, neusuglašene

\*Autorica je magistar prava i suradnica FCJP.

<sup>1</sup> Vrhovni sud je sud zadnje instance ili najviši sud u pojedinim sudbenim sustavima, odnosno najviše sudbeno tijelo u okviru sudbenog sustava pojedinih država čije odluke ne podliježu daljem preispitivanju od strane drugog suda. Vrhovni sudovi ne odlučuju u meritumu spora povodom izjavljenog izvanrednog pravnog lijeka, nego presude koje smatraju nezakonitima ukidaju. Izuzetno, mogu imati i prvostupanjsku nadležnost.

<sup>2</sup> UN Doc. A/50/790 (1995) i S/1995/999 (1995) od 30. 10. 1995.

<sup>3</sup> Zakon o Sudu BiH, Sl. gl. BiH, br. 29/00, 16/02, 24/02, 3/03, 37/03, 42/03, 4/04, 9/04, 35/04, 61/04, 32/07, 49/09 – pročišćeni tekst, 74/09 i 97/09.

<sup>4</sup> Nadležnosti Suda BiH odnose se na kaznenu nadležnost iz čl. 7, upravnu nadležnost iz čl. 8, i apelacijsku nadležnost iz čl. 9 Zakona o Sudu BiH.

<sup>5</sup> Apelacijska nadležnost odnosi se na pitanja iz Ustava BiH koja se pojave temeljem presude bilo kojeg drugog suda u entitetima, sukladno odredbi čl. VI toč. 3 b) Ustava BiH. Tako postoji mogućnost da se pravomoćna presuda svih redovnih sudova u BiH preispituje ukoliko se radi o povredi prava zagaraniranog Ustavom. Njome se daje pravna zaštita ustavnog karaktera, ali se ne odlučuje o pravnim pozicijama koje se garantiraju redovnim pozitivnopravnim propisima.

<sup>6</sup> Vidi: meritum Odluke o dopustivosti i meritumu Ustavnoga suda BiH AP 775/08.

<sup>7</sup> Ustav Republike Srpske, Sl. gl. RS, br. 3/92, 6/92, 8/92, 15/92, 19/92, 150/02, 22/05, čl. 121 – 131; i Ustav Federacije Bosne i Hercegovine, Sl. nov. FBiH, br. 1/94, 13/97, 16/02, 22/02, 52/02, 63/03, 9/94, 20/04, 33/04, 72/05, 71/05, čl. IV C 1 – 17 i čl. V 11.

<sup>8</sup> Statut BDBiH, Sl. gl. BDBiH, 17/08, 39/09 i 02/10, čl. 66 – 75.

<sup>9</sup> Zakon o sudovima u Federaciji Bosne i Hercegovine, Sl. nov. FbiH, br. 38/05, 22/06 i 63/10; Zakon o sudovima Republike Srpske, Sl. gl. RS, br. 111/04, 109/05, 37/06, 17/08, 119/08, 58/09 i 72/09; i Zakon o sudovima Brčko Distrikta BiH, Sl. gl. BDBiH, br. 19/07, 20/07 i 39/09.

sudske prakse i tumačenja zakona u BiH je, između ostaloga, nejednakost građana BiH u primjeni prava. Da bi se osiguralo zauzimanje načelnih pravnih stavova za cijeli teritorij BiH važno je postojanje vrhovne sudske instance na državnoj razini u BiH čija bi zadaća bila ocjena zakonitosti, usuglašavanje sudske prakse te tumačenje pravnih propisa u BiH s naglaskom na usuglašavanje sudske prakse. Činjenica je da nigdje nije propisano da se u BiH mora osigurati jednaka primjena prava za sve građane u BiH. Međutim, jednaka primjena prava u svezi je s načelima o pravnoj državi a zatim i načelom legaliteta kojima se putem sustava pravnih institucija i mehanizama unaprijed utvrđuju pravila za sve. Ne treba zaboraviti niti načela jednakosti pred zakonom, jednakog postupanja, pravne sigurnosti, isključenja proizvoljnosti itd. U konačnici, osiguravanjem jednake primjene prava dokazuje se postojanje funkcionalnog sudbenog sustava te potpunost i uvezanost cjelokupnog pravnog sustava. Stoga postavljeni problem istraživanja upućuje na to da će se predmet istraživanja usmjeriti na identificiranje i problematiziranje posljedica nepostojanja Vrhovnoga suda BiH te osnovima i mogućnostima njegovog uspostavljanja.

## 2. Konstitucionalizacija sudbene vlasti u suvremenoj BiH

U sustavu trodiobe državne vlasti na zakonodavnu, izvršnu i sudbenu, postojanje sudbene vlasti kao posebne grane vlasti i tzv. „treće vlasti“, odnosno uspostavljanje samostalnih i neovisnih sudbenih organa vlasti, čija je osnovna funkcija rješavanje sporova između subjekata prava na temelju pravnih propisa, pretpostavka je postojanja vladavine prava u svakoj državi. S druge strane, pravosuđe kao širi pojam od sudstva, predstavlja jednu od funkcija državne vlasti koje u naimenovanim sporovima na koncu utvrđuje šta je pravo. Osim sudova<sup>10</sup>, pravosudni sustav obuhvaća i tužiteljstva, pravobraniteljstva, odvjetnike, javne bilježnike, ministarstva pravosuđa<sup>11</sup> itd.

Pravosudni sustav prije sukoba u BiH od 1992. do 1995. godine bio je potpun i osiguravao je jedinstvenu primjenu prava na cijelom teritoriju tadašnje BiH. Tijekom sukoba

<sup>10</sup> Sudovi se mogu podijeliti na sudove opće nadležnosti (npr. građanski, kazneni) i specijalizirane sudove (npr. trgovački, vojni, upravni) ovisno od stvarne nadležnosti; na općinske/osnovne, okružne, sudove federalnih jedinica i sudove za cijelu državu ovisno od mjesne nadležnosti; te na prvostupanjske, drugostupanjske (apelacijski) i trećestupanjske (kasacioni ili vrhovni) u ovisnosti od funkcionalne nadležnosti.

<sup>11</sup> Autori N. Smailagić i N. Keranović navode i Europski sud za ljudska prava kao sastavni dio pravosudnog sustava BiH: „U tom smislu, u pravosudni sustav BiH se ubrajaju i ministarstva pravosuđa kao upravna tijela u izvršnoj vlasti na svim razinama u BiH, tužiteljstva, pravobraniteljstva, odvjetništva i Europski sud za ljudska prava“. Vidi: N. Smailagić i N. Keranović, *Pravosudni sistem*, u: S. Gavrić, D. Banović i K. Krause (ur.), *Uvod u politički sistem BiH – izabrani aspekti*, Sarajevo 2009, s. 234.

otpočeo je proces izmjena u organizaciji sudbene vlasti u BiH koji će se nastaviti i nakon zaključivanja Daytonskog mirovnog sporazuma. Sudbena vlast u Republici Srpskoj uspostavlja se temeljem Ustava Republike Srpske iz 1992. godine, dok se u Federaciji BiH uspostavlja temeljem zaključenog Washingtonskog sporazuma 1994. godine, odnosno sukladno Ustavu Federacije BiH predloženog u okviru Washingtonskog sporazuma. Daytonskim mirovnim sporazumom, koji je zaključen 1995. godine, u Aneksu IV, odnosno u Ustavu BiH nije predviđeno postojanje sudbene vlasti na državnoj razini, osim ako se uzmu u obzir odredbe o Ustavnom sudu BiH, koji i ne spada u redovne sudbene organe. Ubrzo se nakon zaključenja Daytonskog mirovnog sporazuma na entitetskoj razini pristupilo usvajanju neophodnih amandmana na entitetske ustave radi njihovog usuglašavanja s Ustavom BiH a zatim i usvajanju entitetskih zakona o sudovima odnosno zakona o sudovima u Brčko Distriktu BiH. Na taj se način, pravosudni sustav entiteta i Distrikta uspostavlja temeljem odgovarajućeg ustava odnosno zakonâ na državnoj, entitetskoj odnosno razini Brčko Distrikta BiH. Uspostavljanje pravosudnih organa na državnoj razini rezultat je obimnih reformi provedenih u sudbenom sustavu od 2000. do 2004. godine koje su obuhvatile uspostavljanje Neovisnog pravosudnog povjerenstva 2000. godine sukladno dogovoru između Visokog predstavnika za Bosnu i Hercegovinu i Upravnog odbora Vijeća za izvršavanje mira<sup>12</sup>. Od 2001. do 2004. godine bila su uspostavljena povjerenstva na državnoj i entitetskoj razini čiji je zadatak bio izrada strategije reforme u oblasti pravosuđa u smislu preustrojavanja pravosudnog sustava i postupka ponovnog izbora i imenovanja sudaca i tužitelja. Na državnoj razini su uspostavljeni: Sud BiH, Tužiteljstvo BiH<sup>13</sup> i Visoko sudbeno i tužiteljsko vijeće<sup>14</sup>.

Kako je organizacija sudbene vlasti, i u teoriji i u praksi, važna u svakoj ustavnoj državi, uobičajeno je da se pisanim ustavima utvrđuju opće pravne norme o načelima, nadležnostima i organizaciji sudbene vlasti kao i načinu izbora sudaca. U Ustavu Republike Hrvatske, Ustavu Republike Srbije i Ustavu Crne Gore navode se načela o sudbenoj vlasti i izboru i razrješenju sudaca<sup>15</sup>. Ustav Savezne Republike Njemačke sadrži općenite norme o

<sup>12</sup> *Communiqué* Upravnog odbora Vijeća za implementaciju mira, Sarajevo 2000, par. 6. Vidi još i: *Deklaracija Vijeća za implementaciju mira*, Bruxelles 2000; i *Aneks Deklaracije Vijeća za implementaciju mira: neophodne mjere*, Bruxelles 2000.

<sup>13</sup> Zakon o tužiteljstvu Bosne i Hercegovine, Sl. gl. BiH, br. 24/02, 3/03, 37/03, 42/03, 9/04, 35/04, 61/04, 49/09 – pročišćeni tekst i 97/09.

<sup>14</sup> Zakon o Visokom sudskom i tužilačkom vijeću BiH, Sl. gl. BiH, br. 25/04 i 93/05.

<sup>15</sup> Usp. Ustav Republike Hrvatske, Nar. nov, br. 56/90, 135/97, 8/98 – pročišćeni tekst, 113/2000, 124/2000 – pročišćeni tekst, 28/2001, 41/2001 – pročišćeni tekst, 55/2001 – ispravak te Promjena Ustava Republike Hrvatske objavljena u Nar. nov, br. 76/2010, čl. 117 – 123; Ustav Republike Srbije, Sl. gl. RS, br. 98/06, čl. 142 – 152; i Ustav Crne Gore, Sl. list CG, br. 1/07, čl. 118 – 128.



organizaciji sudbene vlasti i načinu izbora sudaca<sup>16</sup>, Ustav Švicarske konfederacije načelno utvrđuje organizaciju sudbene vlasti<sup>17</sup> dok se u Ustavu Kraljevine Belgije definira organizacija sudbene vlasti i izbor sudaca<sup>18</sup>. U Ustavnom aktu Kanade utvrđuje se način izbora sudaca<sup>19</sup>. Ustav Australije sadrži odredbe o nadležnostima i organizaciji sudbene vlasti i načinu izbora sudaca<sup>20</sup>. Međutim, Aneksom IV Daytonskog mirovnog sporazuma, odnosno Ustavom BiH, nije predviđeno postojanje sudbene vlasti na državnoj razini osim Ustavnoga suda BiH, koji ne spada u redovne sudbene organe. Samim tim, ne postoje odredbe u svezi s organizacijom sudbene vlasti, načinom izbora i razrješenja sudaca, nadležnostima sudova itd. Temeljem ovoga, može se zaključiti da Ustavom BiH nisu uspostavljeni temeljni preduvjeti za upotpunjen i jedinstven sudbeni sustav za cijeli teritorij BiH.

Danas sudbeni sustav BiH čine: (1) sudbeni sustav BiH na državnoj razini koji čine: Sud BiH, Tužiteljstvo BiH, Ured Registara, Visoko sudsko i tužiteljsko vijeće BiH i Pravobraniteljstvo BiH; (2) sudbeni sustav na entitetskoj razini koji čine: (a) Vrhovni sud Federacije BiH, kantonalni i općinski sudovi, Tužiteljstvo Federacije BiH, kantonalna tužiteljstva, Pravobraniteljstvo Federacije BiH i kantonalna i općinska pravobraniteljstva u Federaciji BiH; i (b) Vrhovni sud Republike Srpske, okružni i osnovni sudovi, Viši trgovački sud i okružni trgovački sudovi, Tužiteljstvo Republike Srpske i okružna tužiteljstva, Pravobraniteljstvo Republike Srpske i okružna i općinska pravobraniteljstva u Republici Srpskoj. U međuvremenu su u Republici Srpskoj uspostavljeni trgovački sudovi; i (3) Sudbeni sustav u Brčko Distriktu BiH koji čine: Apelacijski sud Brčko Distrikta i Osnovni sud Brčko Distrikta, Javno tužiteljstvo Brčko Distrikta i Pravobraniteljstvo Brčko Distrikta.

### 3. Nevezanost sudbenog sustava u BiH

Na razini entitetâ i Brčko Distrikta BiH utvrđeni su upotpunjeni ali samostalni pravosudni sustavi unutar kojih postoje uspostavljeni hijerarhijski odnosi. Međutim,

<sup>16</sup> Ustav SR Njemačke, čl. 92-96. Prijevod teksta Ustava u: E. Šarčević, *Ustavno uređenje Savezne Republike Njemačke: Osnove njemačkog Državnog prava*, Sarajevo 2005, ss. 169 – 262. Također, za pročišćeni tekst Ustava zaključno s 15. 03. 2011. godine vidi: A. Tschentscher, *The Basic Law (Grundgesetz): The Constitution of the Federal Republic of Germany (May 23rd, 1949)*, Bern 2011. Službeni naziv za njemački ustav je Temeljni zakon ili Osnovni zakon, ali je sasvim opravdano koristiti i prevoditi *Grundgesetz* kao Ustav (vidi: E. Šarčević, *Ustavno uređenje Savezne Republike Njemačke: Osnove njemačkog Državnog prava*, Sarajevo 2005, ss. 35 – 36).

<sup>17</sup> Ustav Švicarske konfederacije, [http://www.servat.unibe.ch/icl/sz00000\\_.html](http://www.servat.unibe.ch/icl/sz00000_.html) (očitanje 30. 03. 2011), čl. 188 – 191.

<sup>18</sup> Ustav Kraljevine Belgije, [http://www.servat.unibe.ch/icl/be00000\\_.html](http://www.servat.unibe.ch/icl/be00000_.html) (očitanje 30. 03. 2011), čl. 147, 151 – 152 i 156 – 157.

<sup>19</sup> The Constitutional Act, Consolidation of Constitution Acts, 1867 – 1982, Department of Justice, 2011, čl. 96 – 100.

<sup>20</sup> Ustav Australijskog *Commonwealth-a*, [http://www.servat.unibe.ch/icl/as00000\\_.html](http://www.servat.unibe.ch/icl/as00000_.html) (očitanje 30. 03. 2011), čl. 71 – 77.

ne postoji hijerarhijski odnos ovih pravosudnih sustava u odnosu na pravosudni sustav koji je uspostavljen na državnoj razini.

#### 3.1 O Sudu BiH

Sud BiH ima karakteristična obilježja budući da se radi o sudu sa jasno utvrđenim (uskim) nadležnostima (kaznena, upravna i apelacijska) te može da sudi samo temeljem pravnih propisa usvojenih na državnoj razini. Osim toga, Sud BiH nema nadležnosti kakve imaju vrhovni sudovi, poput: odlučivanja o žalbama nižih sudova; odlučivanja o izvanrednim pravnim lijekovima; usuglašavanja sudske prakse; itd. Dodijeljene nadležnosti uvjetuju da u ustrojstvu sudbene vlasti u BiH Sud BiH nema hijerarhijski odnos spram entitetskih sudova i sudova u Brčko Distriktu BiH. Samim tim, Sud BiH djeluje kao specijalizirani sud neovisno o entitetskim sudovima i sudovima u Brčko Distriktu BiH. Temeljem navedenog, jasno je da Sud BiH ne može nadoknaditi nepostojanje Vrhovnoga suda BiH niti je to bio cilj koji se želio postići osnivanjem ovog suda.

Žalbe na presude Suda BiH podnose se Apelacijskom odjeljenju istoga suda. Time nisu ispoštovani standardi propisani u Konvenciji o ljudskim pravima i temeljnim slobodama iz 1950. godine (*1950 Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*)<sup>21</sup> i njenim protokolima čija je stranka i BiH. Budući da Protokol VII uz Konvenciju o ljudskim pravima i temeljnim slobodama iz 1984. godine (*1984 Protocol No. 7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*)<sup>22</sup> u članku 2 stavku 1 definira da bilo koja osoba koja je osuđena za kazneno djelo ima pravo na preispitivanje presude ili kazne od strane višeg suda, jasno je da to nije slučaj kada su u pitanju osuđujuće presude Suda BiH. Žalbe na presude Suda BiH podnose se Apelacijskom odjeljenju Suda, odnosno istom sudu koji je sudio u prvom stupnju. Pritom je Ustavni sud BiH, sukladno odredbama Konvencije odnosno Protokola, zauzeo stav da se članak 2 Protokola VII ne može primjenjivati ukoliko osoba nije osuđena i kažnjena<sup>23</sup>. Također, Ustavni sud BiH je zaključio, pozivajući se na praksu Europskog suda za ljudska prava, da „države imaju široko polje procjene u utvrđivanju kako će pravo garantirano člankom 2 Protokola VII uz Europsku konvenciju biti izvršavano“<sup>24</sup>. Međutim, ne treba zaboraviti predmete u kojima postoje osuđujuće presude Kaznenoga odjeljenja Suda BiH kada bi trebalo ispoštovati standarde propisane Konvencijom

<sup>21</sup> ETS No. 005, 213 UNTS 221 (No. 2889), stupila na snagu 03. 09. 1953.

<sup>22</sup> ETS no. 117, 1525 UNTS 195 (No. 2889), stupio na snagu 01. 10. 1988.

<sup>23</sup> Odluka o dopustivosti i meritumu Ustavnoga suda BiH, AP 519/07, par. 73.

<sup>24</sup> *Ibid*, par. 74.

odnosno Protokolom uz Konvenciju koji se temeljem ustavnih odredbi izravno primjenjuju u BiH<sup>25</sup>.

Zaključci o potrebitosti uspostavljanja vrhovne sudbene instance na državnoj razini u BiH, u svezi s položajem Suda BiH navode se i u Izvješću Odbora za pravne poslove i ljudska prava Parlamentarne skupštine Vijeća Europe. U Izvješću se navodi da sudbena tijela na državnoj razini djeluju u potpunosti neovisno od onih na entitetskoj razini. Rezultat toga je činjenica da Sud BiH nema nadležnost da djeluje u smislu vrhovnoga suda, s obzirom da entiteti imaju uspostavljene vrhovne sudove, pa tako ni najmanje ne može da utječe na usuglašavanje sudske prakse<sup>26</sup>.

### 3.2 Ustavni sud BiH – apelacije temeljem članka VI 3 b) i VI 3 c) Ustava BiH

Ustavni sud BiH ima propisanu apelacijsku nadležnost za pitanja iz Ustava BiH koja se pojave temeljem presude bilo kojeg drugog suda u entitetima, sukladno odredbi članka VI točke 3 b) Ustava BiH. To praktično znači da postoji mogućnost da se pravomoćna presuda svih redovnih sudova u BiH preispituje ukoliko se radi o povredi prava zagarantiranog Ustavom. Općenito govoreći, dva su uvjeta koja moraju biti ispunjena da bi se ova nadležnost Ustavnog suda mogla ispuniti: presuda redovnoga suda mora biti pravomoćna<sup>27</sup>; i mora se raditi o povredi ljudskih prava i sloboda garantiranih Ustavom BiH. Temeljem apelacijske nadležnosti Ustavni sud BiH ne odlučuje o pravnim pozicijama koje se garantiraju redovnim pozitivnopravnim propisima nego se daje pravna zaštita ustavnog karaktera. Ovo potvrđuje i Ustavni sud BiH u Odluci U 29/02 gdje se naglašava da je sukladno dosadašnjoj praksi Ustavnoga suda BiH, nadležnost Ustavnoga suda BiH iz članka VI točke 3 b) Ustava BiH ograničena samo na „pitanja sadržana u

<sup>25</sup> Ustav Bosne i Hercegovine, čl. II toč. 2.

<sup>26</sup> The Committee on Legal Affairs and Human Rights of the Council of Europe Parliamentary Assembly, *Prosecution of offences falling within the jurisdiction of the International Tribunal for the former Yugoslavia*, Committee on Legal Affairs and Human Rights, 2007, par. 89. Međutim, valja naglasiti da činjenica da Sud BiH nema nadležnost da djeluje kao vrhovna sudbena instanca (kako se navodi u Izvješću) ne nastaje kao posljedica neovisnog djelovanja Suda na državnoj razini u odnosu na sudove na entitetskoj razini niti nastaje kao posljedica uspostavljenih vrhovnih sudova u entitetima. Ovdje se, naime, radi o pitanju dodijeljenih nadležnosti i organizacije sudbenih organa vlasti u BiH o čemu će kasnije biti riječi.

<sup>27</sup> Iako Ustavni sud BiH može razmatrati apelaciju samo ako se protiv presude koja se njome pobija iscrpljeni svi pravni lijekovi prema zakonu (temeljem čl. 16 st. 1 Pravila Ustavnoga suda BiH, Sl. gl. BiH, br. 60/05, 64/08 i 51/09), Ustavni sud BiH je u Odluci U 29/00 ustvrdio (sukladno čl. 16 st. 3 Pravila Ustavnoga suda BiH) da se apelacijska nadležnost odnosi ne samo na donesene sudske odluke nego i na slučajeve kada se sudska odluka ne donese u razumnom roku što predstavlja kršenje prava na suđenje u razumnom roku iz čl. 6 st. 1 Konvencije o ljudskim pravima i temeljnim slobodama u svezi s čl. II toč. 2 Ustava BiH. Vidi: Odluka Ustavnoga suda BiH U 29/00.

Ustavu“. Ustavni sud BiH nije nadležan da ocjenjuje kako su redovni sudovi utvrdili činjenično stanje ili tumačili i primijenili zakon, osim u slučaju kada odlukama redovnih sudova dođe do kršenja ustavnih prava. To će biti slučaj kada se odlukom redovnog suda ustavna prava pojedinca zanemare ili pogrešno primijene, kada se zakon očito proizvoljno primijeni, kada je primijenjeni zakon sam po sebi neustavan, ili kada dođe do povrede osnovnih principa pravičnog postupka (pravično suđenje, pristup sudu, efikasni pravni lijekovi, itd.)<sup>28</sup>.

Nadležnost Ustavnoga suda BiH iz članka VI točke 3 c) Ustava BiH ograničena je na sporove o pitanjima usuglašenosti zakona koje primjenjuju sudovi prilikom donošenja odluka s Ustavom BiH, Konvencijom o ljudskim pravima i temeljnim slobodama iz 1950. godine i zakonima BiH ili o pitanjima postojanja ili obima nekog općeg pravila međunarodnoga javnog prava. Pritom se ne razmatraju zakonska rješenja ili sudska praksa na razini entiteta. Radi se o preispitivanju usuglašenosti određenog zakona sa standardima navedenim u članku VI točki 3 c) Ustava BiH o čijoj valjanosti ovisi odluka redovnoga suda. Ovakvo stanovište Ustavni sud BiH je potvrdio u Odluci o dopustivosti i meritumu AP 1785/06<sup>29</sup>: Ustavni sud BiH utvrdio je da je predmet razmatranja u navedenoj apelaciji primjena ustavnih prava i prava iz Konvencije o ljudskim pravima i temeljnim slobodama iz 1950. godine na konkretni predmet, a ne zakonska rješenja na razini entiteta i praksa u primjeni na entitetskoj razini. Ustavni sud, pritom, smatra da zakoni entiteta moraju biti usklađeni sa zakonima na razini države jer bi drugačija zakonska rješenja mogla voditi u eventualnu diskriminaciju osoba kojima se sudi na razini entiteta za ista, u ovom slučaju, kaznena djela. Prema tome, konkretni slučaj ne može predstavljati povod za Ustavni sud BiH da utvrđuje jesu li postupci u sličnim slučajevima pred entitetskim sudovima u skladu ili ne s Ustavom BiH. Ustavni sud BiH zaključio je i da je različita sudska praksa na entitetskoj razini konzekvenca nepostojanja suda na državnoj razini koji bi usuglašavao sudske prakse svih sudova u BiH. U Odluci o dopustivosti i meritumu Ustavnoga suda BiH AP 1785/06 utvrđeno je da je različita praksa u postupanju sudova na različitim razinama, vjerojatno, posljedica nepostojanja suda na razini BiH koji bi mogao vršiti usuglašavanje sudske prakse svih sudova u BiH i time doprinio punoj vladavini prava u BiH. Osim toga, prema odluci Ustavnoga suda BiH, pitanje neusuglašenosti zakona i sudske prakse na različitim razinama može otvoriti pitanje usuglašenosti entitetskih sa zakonima BiH, a nikako usuglašavanje zakona BiH sa entitetskim zakonodavstvom<sup>30</sup>.

<sup>28</sup> Odluka Ustavnoga suda BiH U 29/02, par. 23.

<sup>29</sup> Odluka o dopustivosti i meritumu Ustavnoga suda BiH AP 1785/06, par. 87.

<sup>30</sup> *Ibid*, par. 90. Cjelovit paragraf 90 Odluke glasi: „U postupcima koji se vode pred Sudom BiH, a koji se vode na osnovu KZ BiH i ZKP BiH, odnosno zakona za koje u ovom predmetu nije utvrđeno

Čini se da je nedostatak vrhovne sudbene instance na državnoj razini u BiH uvjetovao da je Ustavni sud BiH ponekad nadilazio Ustavom BiH propisane nadležnosti u smislu razmatranja odluka redovnih sudova u pogledu primjene materijalnog prava. Primjerice, u Predmetu AP 775/08 se Ustavni sud BiH se pustio u odlučivanje o načinu na koji su sudovi protumačili i primijenili zakone. U meritumu Odluke o dopustivosti i meritumu AP 775/08<sup>31</sup> suci Ustavnoga suda razmatrali su tumačenje i primjenu zakonâ od strane Vrhovnoga suda Republike Srpske i Okružnoga suda u Trebinju<sup>32</sup>. Ustavni sud je povodom podnesene apelacije, pojednostavljeno govoreći, trebao utvrditi samo da li je došlo do povrede Ustavom BiH zagarantiranih prava. Iako samo po sebi ne predstavlja dokaz za izneseni stav, s obzirom da nije nužno da se odluke donose jednoglasno, valja ukazati na izdvojeno mišljenje sudaca koji su se ogradili od ovakvog postupanja Ustavnoga suda BiH. Od ovakvog postupanja se u Izdvojenom mišljenju ogradio sudac David Feldman kojemu su se pridružili i sutkinja Constance Grewe i sudac Tudor Pantiru. U Izdvojenom mišljenju se navodi „da nije primjereno za Ustavni sud BiH da se na autoritativan način upušta u odlučivanje o načinu na koji su sudovi protumačili i primijenili zakone BiH, jednog od entiteta BiH ili Brčko Distrikta BiH. [...] Kada sud u BiH, entitetu ili u Brčko Distriktu BiH pogrešno primijeni zakon, to, samo po sebi, ne predstavlja ustavno pitanje koje je sadržano u Ustavu BiH. Također, ne smatra se da je Ustavni sud BiH nadležan da odlučuje o tome da li su sudovi pogriješili u tumačenju ili primjeni zakona iz njihove nadležnosti. Sudije Ustavnog suda BiH mogu smatrati da su sudije nekog drugog suda pogriješile, ali oni nemaju ni pravnu ni ustavnu nadležnost da odlučuju o ovim pitanjima. Ovo je važno naglasiti i zbog ustavnih i zbog praktičnih razloga. Na ustavnom nivou, članak VI Ustava BiH počinje riječima: ‘Ustavni sud će podržavati ovaj Ustav’ a članak VI točka 3 b) pažljivo ograničava nadležnost Ustavnog suda na pitanja koja su sadržana u

---

postojanje povrede ustavnih prava niti prava iz Europske konvencije, je neosnovano pozivanje na diskriminaciju zbog postupanja sudova i zakonodavstva na entitetskoj razini. Ovakva praksa u postupanju sudova na različitim razinama je, vjerojatno, posljedica nepostojanja suda na razini BiH koji bi mogao vršiti usuglašavanje sudske prakse svih sudova u BiH i time doprinijeti punoj vladavini prava u BiH. Osim toga, prema stavu Ustavnoga suda, pitanje neusuglašenosti zakona i sudske prakse na različitim nivoima može otvoriti pitanje usuglašenosti entitetskih sa zakonima BiH, a nikako usuglašavanje zakona BiH sa entitetskim zakonodavstvom. Međutim, različito postupanje na entitetskim sudovima nužno ne vodi u diskriminaciju osoba kojima se sudi na nivou BiH sve dok se eventualno ne utvrdi da postoji povreda Ustava BiH ili Europske konvencije u zakonima na nivou Bosne i Hercegovine. Ustavni sud je primijetio ovakvu praksu i različita zakonska rješenja na entitetskom nivou, ali u ovom predmetu ne može vršiti svoju nadležnost iz članka VI točke 3 a) Ustava BiH jer ne postoji zahtjev za ocjenu ustavnosti ovih zakona koji je podnijela ovlaštena osoba.“

<sup>31</sup> Odluka o dopustivosti i meritumu Ustavnoga suda BiH, AP 775/08.

<sup>32</sup> Vidi npr. *Ibid*, par. 80-84.

Ustavu BiH. Dodjeljivanje ovlaštenja Ustavnom sudu da odlučuje o tome da li je neki drugi sud pogrešno tumačio ili primijenio obične zakone bi bilo neopravdano proširenje ustavnih nadležnosti. To bi pretvorilo Ustavni sud u trećestupanjski ili četvrtostupanjski redovni sud, što je uloga koja nema ustavnog ni pravnog osnova. Nadalje, u pogledu sudova entiteta (i Brčko Distrikta BiH), postoji dodatni ustavni razlog da Ustavni sud ne djeluje kao trećestupanjski ili četvrtostupanjski sud: u tom slučaju bi došlo do podjele nadležnosti između institucija BiH i institucija entiteta i Brčko Distrikta BiH, kao što je naznačeno u članku III točke 1 i 3 a) Ustava BiH [...]“<sup>33</sup>.

Temeljem navedenog, sasvim je jasno da se Ustavni sud BiH prema svojoj prirodi ne može svrstati formalno-pravno u sudbenu vlast. Uostalom, ovo potvrđuje i sam Ustavni sud BiH u Odluci o dopustivosti u meritumu U 6/06 a po zahtjevu Ive Mire Jovića i Sulejmana Tihića, koji su u vrijeme podnošenja zahtjeva obnašali dužnost članova Predsjedništva BiH: „[...] Ustavni sudovi i danas naznačavaju svoje federalne korijene i doprinos Hansa Kelsena konceptu ustavnoga pravosuđa. Oni objašnjavaju da je poseban status ustavnih sudova zasnovan na posebnim funkcijama tih sudova. Taj status je status neovisnog i autonomnog ustavnog organa koji mu daje mjesto izvan sudskog aparata i njegove hijerarhije usprkos njegovim pravosudnim funkcijama. [...]“<sup>34</sup>.

### 3.3 O razlozima za uspostavljanje Vrhovnoga suda BiH

U publikaciji o usuglašenoj provedbi važećega zakona u predmetima ratnih zločina pred sudovima u BiH Organizacija za europsku sigurnost i suradnju – OESS (*Organization for European Security and Cooperation – OSCE*)<sup>35</sup> navodi se niz razloga zbog kojih se ukazuje na potrebitost uspostavljanja vrhovne sudbene instance na državnoj razini u BiH. Upućuje se na to da se u BiH, različiti zakoni primjenjuju se na državnoj i entitetskoj razini. Na primjer, u suđenjima u predmetima ratnih zločina pred Sudom BiH primjenjuje se Kazneni zakon BiH iz 2003. godine<sup>36</sup>, u Republici Srpskoj i Brčko Distriktu BiH primjenjuje se Krivični zakon Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije iz 1976. godine<sup>37</sup> koji je bio na snazi u vrijeme otpočinjanja sukoba na području bivše Jugoslavije, dok se u Federaciji BiH primjenjuju Krivični zakon Socijalističke Federativne Republike Ju-

<sup>33</sup> Izdvojeno mišljenje suca Davida Feldmana kojem se pridružuju sutkinja Constance Grewe i sudac Tudor Pantiru u Predmetu AP 775/08 pred Ustavnim sudom BiH, par. 6-9.

<sup>34</sup> Odluka o dopustivosti i meritumu Ustavnoga suda BiH U 6/06, par. 28.

<sup>35</sup> OESS, *Na putu ka usklađenoj provedbi važećega zakona u predmetima ratnih zločina pred sudovima u BiH*, Sarajevo 2008.

<sup>36</sup> Kazneni zakon, Sl. gl. BiH, br. 3/03, 32/03, 37/03, 54/04, 61/04, 30/05, 53/06, 55/06, 32/07 i 8/10.

<sup>37</sup> Kazneni zakon, Sl. list SFRJ, br. 44/76, 36/77, 34/84, 37/84, 74/87, 57/89, 3/90, 38/90, 45/90 i 54/90.

goslavije i Kazneni zakon iz 1998. godine<sup>38</sup>. Ukazuje se i na razlike u definiranju, primjera radi, kaznenih djela između Kaznenog zakona BiH i entitetskih<sup>39</sup> i Kaznenog zakona Brčko Distrikta BiH<sup>40</sup>. Primjerice, jedino Kazneni zakon BiH sadrži odredbe o zločinima protiv čovječnosti i ratnim zločinima što znači da kaznena djela koja spadaju u ovu oblast nisu definirana u entitetskim i Kaznenom zakonu Distrikta. Odredbe o individualnoj i zapovjednoj odgovornosti također su sadržane jedino u Kaznenom zakonu BiH. Kao jedan od problema navodi se i visinu propisane kazne u ovisnosti o tome da li se radi o Kaznenom zakonu Federacije BiH, Kaznenom zakonu Republike Srpske ili Kaznenom zakonu Brčko Distrikta BiH. Tako se primjerice, za uzrokovanje smrti uslijed kaznenog djela silovanja u Federaciji BiH i Brčko Distriktu BiH propisuje se kazna zatvora od najmanje tri godine dok se u Republici Srpskoj propisuje kazna zatvora od najmanje pet godina<sup>41</sup>; za čedomorstvo se u Federaciji BiH i Brčko Distriktu BiH propisuje kazna zatvora od jedne do pet godina a u Republici Srpskoj od šest mjeseci do pet godina<sup>42</sup>; za uzrokovanje teške tjelesne ozljede u Federaciji BiH i Brčko Distriktu BiH propisuje se kazna zatvora od jedne do 10 godina a u Republici Srpskoj kazna zatvora od jedne do osam godina<sup>43</sup>; za najteže oblike teških kaznenih djela počinjenih s umišljajem u Kaznenom Zakonu BiH, Kaznenom zakonu Federacije BiH i Kaznenom zakonu Brčko Distrikta BiH može se propisati kazna dugotrajnog zatvora u trajanju od 21 do 45 godina dok je to u Kaznenom zakonu Republike Srpske od 25 do 45 godina<sup>44</sup>; itd. Također, navodi se i zauzimanje različitih stavova u pogledu kvalifikacije kaznenog djela te razlike u visini izrečenih kazni. Primjera radi, svi zakoni o kaznenom postupku, koji se primjenjuju u BiH, sadrže načelo da sud može, po službenoj dužnosti, prekvalificirati kazneno djelo tako što će ustvrditi predstavlja li radnja optuženog kazneno djelo različito od onoga za koje ga tereti tužitelj. Međutim, neki sudovi to načelo različito tumače, što ponekad dovodi do različitih zaključaka u sličnim okolnostima. Primjerice, dok je Kantonalni sud u Mostaru u predmetu *Niko Obradović* iskoristio svoje ovlasti da po službenoj dužnosti optuženoga osudi za nečovječno postupanje prema civilima, a tužitelj je radnju okvalificirao kao mučenje, Kantonalni sud u Zenici je, u predmetu

*Sabahudin Operta i drugi*, neke od optuženih oslobodio zato što tužitelj nije uspio dokazati da se njihovo postupanje prema civilima može okvalificirati kao mučenje<sup>45</sup>. Pred Kantonalnim sudom u Novom Travniku u predmetu *Mato Derek* optuženi je osuđen na kaznu zatvora od jedne godine i osam mjeseci za surovo postupanje prema šestorici zatvorenika (surovo premlaćivanje, udaranje, zlostavljanje, ponižavanje i zastrašivanje). Vrhovni sud Federacije BiH presudu je potvrdio. S druge strane, Presudom Suda BiH u predmetu *Goran i Zoran Damjanović*, za slično kazneno djelo, jednog od optuženih se u prvostupanjskom postupku osuđuje na kaznu zatvora u trajanju od 10 godina i šest mjeseci<sup>46</sup>. U presudi Kantonalnoga suda u Mostaru u predmetu *Čupina i drugi* od 24. siječnja 2007. godine optuženi je oslobođen od optužbe da je, kao upravnik zatvora, propustio spriječiti stražare da fizički zlostavljaju ratne zarobljenike, te pokrenuti disciplinski ili kazneni postupak protiv njih. Kao temelj za oslobađanje od optužbe, Sud je naveo u obrazloženju da takva radnja nije kazneno djelo iz članka 144 Kaznenog zakona Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije. Da je u postupku prema optuženome primijenjen Kazneni zakon BiH, navedene radnje ne bi bile upitne, jer ovaj zakon jasno definira zapovjednu odgovornost kao kaznenu odgovornost pretpostavljenih za propuštanje sprečavanja ili kažnjavanja za kaznena djela podređenih osoba<sup>47</sup>. Govori se i o zauzimanju različitih stavova Vrhovnoga suda Federacije BiH i Vrhovnoga suda Republike Srpske u svezi s pitanjem da li je neophodno ustvrditi karakter oružanog sukoba u BiH kako bi se ustanovila povreda međunarodnoga humanitarnoga prava. Vrhovni sud Federacije BiH je u predmetu *Fikret Smajlović* zauzeo gledište kako to nije nužno da bi osoba bila smatrana odgovornom za ratne zločine prema domaćem zakonu pri primjeni Ženevskih konvencija iz 1949. godine dok je Vrhovni sud Republike Srpske u predmetu *Dragoje Radanović*, zalažući se za striktno tumačenje Konvencija, smatrao da se mora ustanoviti međunarodni karakter oružanoga sukoba pri navođenju takvih teških kršenja<sup>48</sup>.

Navedeni primjeri iz publikacije *Na putu ka usklađenoj provedbi važećega zakona u predmetima ratnih zločina pred sudovima u BiH* međutim, ne mogu se čitati kao osnov za usuglašavanje sudske prakse. Različita kvali-

<sup>38</sup> Kazneni zakon, Sl. nov. FBiH, br. 43/08, 29/00 i 19/03.

<sup>39</sup> Kazneni zakon, Sl. nov. FBiH, br. 36/03, 37/03, 21/04, 69/04, 18/05 i 42/10 i Kazneni zakon, Sl. gl. BDBiH br. 10/03, 45/04, 6/05 i 21/10.

<sup>40</sup> Kazneni zakon RS, Sl. gl. RS, br. 49/03, 108/04, 37/06, 70/06 i 73/10.

<sup>41</sup> Usp. Kazneni zakon FBiH, čl. 203 st. 3, Kazneni zakon BDBiH, čl. 200 st. 3 i Kazneni zakon RS, čl. 193 st. 3.

<sup>42</sup> Usp. Kazneni zakon FBiH, čl. 169, Kazneni zakon BDBiH, čl. 166 i Kazneni zakon RS, čl. 151.

<sup>43</sup> Usp. Kazneni zakon FBiH, čl. 172 st. 3, Kazneni zakon BDBiH, čl. 169 st. 3 i Kazneni zakon RS, čl. 156 st. 2.

<sup>44</sup> Usp. Kazneni zakon BiH, čl. 42b st. 1; Kazneni zakon FBiH, čl. 43b; Kazneni zakon BDBiH, čl. 43b; i Kazneni zakon RS, čl. 31a.

<sup>45</sup> Vidi: Presuda Kantonalnog suda u Mostaru u predmetu *Niko Obradović* od 29. 05. 2006. godine i Presuda Kantonalnog suda u Zenici u predmetu *Sabahudin Operta i drugi* od 05. 06. 2007. godine u: OESS (bilj. 35), ss. 47-48.

<sup>46</sup> Vidi: Presuda Kantonalnoga suda u Novom Travniku u predmetu *Mato Derek* od 21. 06. 2005. koju je potvrdio Vrhovni sud FBiH 03. 08. 2006. i presuda Suda BiH u predmetu *Goran i Zoran Damjanović* od 18. 06. 2007. u: OESS (bilj. 35), s. 44.

<sup>47</sup> O Presudi Kantonalnoga suda u Mostaru u predmetu *Čupina i drugi* od 24. 01. 2007. u: OESS, (bilj. 35), s. 44.

<sup>48</sup> Vidi: Presuda Vrhovnoga suda FBiH u predmetu *Fikret Smajlović* od 16. 03. 2006. i presuda Vrhovnoga suda RS u predmetu *Dragoje Radanović* od 22. 03. 2007. u: OESS (bilj. 35), s. 47.

fikacija kaznenoga djela i odmjeravanje kazne nisu argument kojim se može uvjerljivo braniti potreba za uspostavljanjem vrhovne sudbene instance na državnoj razini u BiH. Također, prema standardima Europskog suda za ljudska prava, visina izrečene kazne ne dovodi u pitanje pravično suđenje. Kvalificiranje kaznenog djela i odmjeravanje, odnosno individualizacija, kazne se moraju promatrati u smislu neovisnog odlučivanja suda te nisu sudska praksa koju vrhovna sudbena instanca na državnoj razini treba usuglašavati. Različita tumačenja zakona u okvirima pravosudnog sustava su zakonita iako različitost prakse može ukazivati na nejednakost pred zakonom. Ne postoje dva ista predmeta, u materijalnom ili postupovnom smislu. Na kraju, nigdje nije propisano ograničenje za nadležnog zakonodavca da u okviru svoje nadležnosti mora voditi računa da propiše istovjetne kazne kao i drugi zakonodavac.

Sudovi sude temeljem ustava i zakona pri čemu značajnu ulogu ima sudska praksa. Kako BiH pripada europskom-kontinentalnom pravu jasno je da se ne radi o sustavu precedenta u kojem sudska praksa predstavlja izvor prava. Ipak, to ne odvrća države europskog-kontinentalnog prava, pa tako ni BiH, od potrebe usuglašavanja sudske prakse niti se preispituje određenost ustava i zakona kao izvora prava. I u državama europskog-kontinentalnog prava značajno je praćenje i usuglašavanje sudske prakse. Učinak usuglašavanja sudske prakse postiže se zauzimanjem zajedničkih načelnih pravnih stavova primjerice različitih vijeća ili odjeljenja suda/ova koji postaju obvezatni. Utjecaj usuglašavanja sudske prakse ispoljava se tako što odluke viših sudova obvezuju sudove nižeg stupnja snagom pravnog argumenta. U izvjesnim postupcima će postojati obveza da sudovi nižeg stupnja prihvate i načelne pravne stavove, ali samo kada se radi o načelnim pravnim stavovima vrhovnih sudova. Kada je u pitanju tumačenje zakona, zakone najčešće, u okvirima nadležnosti tumače sudovi i to u pravilu samo putem konkretnih predmeta. Jasno da se, ukoliko postoje nejasnoće, pouzdano tumačenje zakona može zatražiti od zakonodavca. To je rijedak slučaj. S druge strane, zakonodavac ne može zahtijevati pouzdano tumačenje zakona od sudova. Na koncu, ukoliko postoje razlike u načelnim pravnim stavovima prilikom tumačenja zakona, tada se pristupa usuglašavanje sudske prakse.

Uspostavljanje vrhovne sudbene instance na državnoj razini u BiH proizlazi iz potrebe za pravnim jedinstvom i usuglašavanjem sudske prakse kao i tumačenjem zakona, što je neizostavan uvjet jednakosti pojedinaca pred zakonom. Usuglašavanje sudske prakse vrhovne sudbene instance na državnoj razini vrše postupanjem po pravnim lijekovima i zauzimanjem načelnih pravnih stavova o pitanjima iz kaznenog i građanskog prava. To se onda primjenjuje na specifične okolnosti svakog konkretnog predmeta. Praktično, to znači da se izvjesne nedosljednosti ispravljaju putem postupanja po pravnim

lijekovima i zauzimanja načelnih pravnih stavova. Tako se uspostavljanje Vrhovnoga suda BiH pravda potrebom postojanja pravnog jedinstva i usuglašavanja sudske prakse, odnosno namjerom da se kroz raspravljanje o spornim pravnim pitanjima različitosti u pravnim shvaćanjima svedu na najmanju mjeru.

Potreba uspostavljanjem vrhovne sudbene instance na državnoj razini u BiH mora se pravdati potrebom praćenja i usuglašavanja načelnih pravnih stavova kojima se osigurava pravno jedinstvo, ravnopravnost građana i jednakost pred zakonom. Ovo je moguće samo uspostavljanjem vrhovnoga suda koji bi vodio računa o odlukama od pravne važnosti, načelnim odlukama iz sudske prakse, vršio ocjenu zakonitosti odluka i usuglašenosti odluka s ranijim načelnim pravnim stavovima, te pratio sudsku praksu sudova nižeg stupnja. U suprotnom, dolazi do nejasnoća i dvosmislenosti prilikom zauzimanja načelnih pravnih stavova te proizvoljnog tumačenja prava. Kao posljedica toga, ugrožavaju se načela o pravnoj državi i vladavini prava i pravna sigurnost građana.

### 3.4 Preporuke međunarodne zajednice

Neusuglašeno tumačenje pravnih propisa kao i neusuglašena sudska praksa u kazneno-pravnoj oblasti temeljni su problem zbog kojeg je ugrožena jednaka primjena prava za sve građane na cijeloj teritoriji BiH. Do sada nije došlo do suglasnosti vlasti u BiH u pogledu uspostavljanja vrhovne sudbene instance na državnoj razini. U međuvremenu je međunarodna zajednica upućivala preporuke, odnosno duže vrijeme ukazuje na potrebu uspostavljanja vrhovne sudbene instance na državnoj razini u BiH. Rezolucijom 1513 Parlamentarne skupštine Vijeća Europe vlasti u BiH pozivaju se na usvajanje i/li primjenu zakona na državnoj razini što je prije moguće. Naglasak se stavlja na mogućnosti uspostavljanja vrhovne sudbene instance na državnoj razini da bi se ojačala reforma pravosuđa<sup>49</sup>. Nešto kasnije, u Izvješću Odbora za pravne poslove i ljudska prava Parlamentarne skupštine Vijeća Europe konstatira se da je usuglašavanje neophodno da bi se osigurala pravna sigurnost u BiH<sup>50</sup>. U konačnici je to potvrđeno i Rezolucijom 1564 Parlamentarne skupštine Vijeća Europe kojom Parlamentarna skupština poziva vlast u BiH da omogući usuglašavanje sudske prakse, razmotri uspostavljanje vrhovnoga suda na državnoj razini ili dodijeli nadležnosti

<sup>49</sup> Council of Europe Parliamentary Assembly, *Resolution 1513 on Constitutional reform in Bosnia and Herzegovina*, 2006, čl. 21.7.

<sup>50</sup> The Committee on Legal Affairs and Human Rights of the Council of Europe Parliamentary Assembly, *Prosecution of offences falling within the jurisdiction of the International Tribunal for the former Yugoslavia*, Committee on Legal Affairs and Human Rights, 2007, par. 89. Također se navodi da bi valjalo razmotriti da se nadležnosti i kapacitet vrhovnog suda na državnoj razini dodijele Sudu BiH ili da se alternativno razmotri uspostavljanje vrhovne sudbene instance na razini države kao zasebnog sudbenog tijela.

vrhovnoga suda postojećem sudu kao i da omogućiti pravnu sigurnost<sup>51</sup>. U publikaciji o usuglašenoj provedbi važećega zakona u predmetima ratnih zločina pred sudovima u BiH Organizacije za europsku sigurnost i suradnju – OESS-a, između ostaloga se zaključuje da se „vidi odgovarajuće mjesto [...] za novu pravosudnu instituciju na državnoj razini koja bi imala konačnu riječ u tumačenju i primjeni relevantnoga zakona pred svim sudovima u državi. Takva institucija bi, isto tako, pomogla da se osigura dosljednost u tumačenju zakona i zajamči jednakost svih osoba pred zakonom“<sup>52</sup>. I u Radnom dokumentu Povjerenstva Europskih zajednica – Izvješće o napretku BiH – navodi se da reforma pravosudnog sustava napreduje, ali da je osnovni problem nepostojanje vrhovnoga suda na državnoj razini koji bi mogao usuglasiti primjenu zakona među četiri unutarnje sudbene nadležnosti: državne razine, Federacije BiH, Republike Srpske i Brčko Distrikta BiH. Dalje se navodi da zbog nedostatka konsenzusa u „Strategiji za reformu sektora pravde za period od 2008. do 2012. godine“<sup>53</sup> nema odredbe kojom se predviđa uspostavljanje Vrhovnoga suda BiH a između ostalog postoje nedovoljno usuglašeni zakoni koji se koriste na suđenjima za ratne zločine na državnoj i entitetskoj razini<sup>54</sup>.

#### 4. Kratak usporedni prikaz o vrhovnim sudovima u okruženju i svijetu

Teško je pronaći državu u okruženju, sličnoj bosansko-hercegovačkoj pravnoj tradiciji, ili uopće složenu državu u svijetu koja nema vrhovni sud čiji je zadatak, između ostaloga, ocjena zakonitosti, usuglašavanje sudske prakse i tumačenje zakona. Kada su u pitanju države u okruženju, postoji ista pravna tradicija, međutim sadašnje pravno uređenje je različito, s obzirom na različito državno uređenje. Ustavom Crne Gore<sup>55</sup> definira se da Vrhovni sud Crne Gore obezbjeđuje jedinstvenu primjenu zakona od strane sudova. Također, Vrhovni kasacioni sud Republike Srbije utvrđuje načelne pravne stavove radi jedinstvene sudske primjene prava, razmatra primjenu zakona i drugih propisa i rad sudova [...]“<sup>56</sup>. Ustav Republike Hrvatske definira da Vrhovni sud Republike

Hrvatske, kao najviši sud, osigurava jedinstvenu primjenu prava i ravnopravnost svih u njegovoj primjeni<sup>57</sup>.

Kada su u pitanju složene države u svijetu valja se osvrnuti na neka komparativna pravna rješenja u Europi koja imaju više ili manje sličnosti sa Bosnom i Hercegovinom. Savezni Vrhovni sud najviši je sud opće nadležnosti u Saveznoj Republici Njemačkoj koji ima jasno utvrđenu nadležnost između parničnih i kaznenih postupaka<sup>58</sup>. U stručnim publikacijama Saveznog Vrhovnog suda navodi se i da je temeljni zadatak Suda osiguranje pravnog jedinstva putem razrješavanja načelnih pitanja i stvaranje prava<sup>59</sup>. Vrhovni sud također je najviši sud opće nadležnosti u Republici Austriji koji ispunjava sveobuhvatnu ulogu očuvanja pravnog jedinstva, pravne sigurnosti i razvoja prava. Ovaj vrhovni sud također ima nadležnost u parničnim i kaznenim postupcima<sup>60</sup>. U stručnim publikacijama Vrhovnoga suda Republike Austrije navodi se da je „njegov temeljni doprinos očuvanje pravnog jedinstva za cijeli teritorij Republike Austrije“<sup>61</sup>. U Švicarskoj konfederaciji postoji Savezni Vrhovni sud koji, između ostaloga, ima zadaću da osigura pravno jedinstvo saveznog prava i doprinosi razvoju prava sukladno promjenama u društvu<sup>62</sup>. Sukladno odredbama Zakona o sudovima Kraljevine Belgije<sup>63</sup>, Kasacioni sud ima nadležnost da nadgleda zakonitost upućenih mu

<sup>51</sup> Ustav Republike Hrvatske, čl. 119. Isto se navodi u čl. 24 Zakona o sudovima, Nar. nov, br. 16/07, 113/08, 153/09, 116/10 i 27/11.

<sup>58</sup> Kada je u pitanju nadležnost u parničnim postupcima Vrhovni sud SR Njemačke odlučuje: o pravnim lijekovima – reviziji na konačne presude najvišeg suda u pojedinim saveznom državama; o konačnim presudama zemaljskih sudova u slučaju tzv. preskačuće revizije; u slučaju kada se Vrhovni sud pojavljuje kao revizijski sud u pravnim stvarima koje nisu regulirane zakonom; i protiv odluka najvišeg suda u pojedinoj saveznoj državi. U kaznenim postupcima Vrhovni sud je nadležan: za donošenje odluka o pravnim lijekovima – reviziji protiv presuda najvišeg suda u jednoj od saveznih država donesenih u prvom stupnju kao i protiv presuda zemaljskih sudova donesenih u prvom stupnju, ako zakonom nije propisana nadležnost za te slučajeve najvišeg suda u okviru pojedine savezne države; za odlučivanje u kaznenim postupcima o povredama i naređenjima najvišeg suda u pojedinoj saveznoj državi u kaznenim postupcima, te o povredama koje napravi sudac izvjestitelj Vrhovnoga suda u kaznenim postupcima. Vidi: M. Sesar, Vrhovni sud u Republici Hrvatskoj, SR Njemačkoj, Republici Sloveniji i Austriji, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, br. 4/2009 i Courts Constitution Act, [http://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_gvg/englisch\\_gvg.html](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gvg/englisch_gvg.html) (očitanje 24. 04. 2011), čl. 133 – 135.

<sup>59</sup> Vidi: *The Federal Court of Justice*, Karlsruhe 2010, s. 9.

<sup>60</sup> U parničnim postupcima Vrhovno sud odlučuje o žalbama protiv presuda žalbenih sudova; žalbama protiv drugostupanjskih presuda kojima je odluka u prvom stupnju izmjenjena, potvrđena ili poništena; i žalbama protiv određenih presuda žalbenih sudova. U kaznenim postupcima Vrhovni sud odlučuje o žalbama na presude sudova u kojima je presudila porota kao i o žalbama za očuvanje nepovredivosti prava i žalbama koje se odnose na temeljna prava kao i ostale žalbe na pojedinačne presude regionalnih žalbenih sudova. Vidi: <http://www.ogh.gv.at/ogh/index.php?nav=3> (očitanje 24. 04. 2011), par. 6 – 9.

<sup>61</sup> Vidi: *The Austrian Judicial System, Institutions – Agencies – Services*, Vienna 2009, s. 11.

<sup>62</sup> Vidi: *The Swiss Confederation, A Brief Guide*, Bern 2011, s. 80.

<sup>63</sup> Zakon o sudovima Kraljevine Belgije, <http://www.droitbelge.be/codes.asp#jud> (očitanje 14. 03. 2011), čl. 608 – 614.

<sup>51</sup> Council of Europe Parliamentary Assembly, *Resolution 1564 on Prosecution of offences falling within the jurisdiction of the International Tribunal for the former Yugoslavia, Committee on Legal Affairs and Human Rights*, 2007, čl. 21.2.1.

<sup>52</sup> OESS (bilj.35), s. 42.

<sup>53</sup> Ministarstvo pravde BiH, *Strategija za reformu sektora pravde za period od 2008. do 2012. godine*, Sarajevo 2006.

<sup>54</sup> Povjerenstvo Europskih zajednica, *Radni dokument Povjerenstva Europskih zajednica „Izvješće o napretku BiH u 2008. godini, prilog uz Saopćenje Povjerenstva Europskom parlamentu i Vijeću“*, 2008, ss. 13 – 14.

<sup>55</sup> Ustav Crne Gore, Sl. list CG, br. 1/07, čl. 124 st. 2; detaljnije o Vrhovnom sudu Crne Gore vidi: Zakon o sudovima, Sl. list CG, br. 5/02, 49/04 i 22/98.

<sup>56</sup> Zakon o uređenju sudova, Sl. gl. RS, br. 116/08 i 104/09, čl. 31.

sudskih odluka te u isto vrijeme ima ulogu nadgledanja i usklađivanja radi jednakoobrazne primjene zakonâ.

Zanimljivo je navesti i neka komparativna pravna rješenja neeuropskih složenih država drugačije pravne tradicije, poput nadležnosti vrhovnih sudbenih instanci Sjedinjenih Američkih Država, Kanade i Australije. Sjedinjene Američke Države s obzirom na federalni sustav vladavine imaju Vrhovni sud Sjedinjenih Američkih Država, ali i svaka savezna država ima najviši sud. Tako se u članku 3 stavku 2 Ustava Sjedinjenih Američkih Država<sup>64</sup> daje kratak pregled nadležnosti saveznih sudova koji imaju nadležnost spram svih predmeta po pravu i pravičnosti koji nastaju temeljem Ustava Sjedinjenih Američkih Država, zakona i sporazuma [...] dok Vrhovni sud ima nadležnosti za pitanja iz saveznih zakona. Vrhovni sud Kanade je najviša sudbena instanca u odnosu na sve ostale sudove u Kanadi te ima nadležnost u sporovima iz svih oblasti prava uključujući i ustavno pravo, upravno pravo, kazneno pravo i građansko pravo<sup>65</sup>. U konačnici, Visoki sud Australije ima funkcije tumačenja i primjene australijskog prava, odlučivanja u predmetima posebnog saveznog značaja uključujući i ustavnost zakona i razmatra apelacije od saveznih, državnih i teritorijalnih sudova<sup>66</sup>.

## 5. Uspostavljanje vrhovne sudbene instance na državnoj razini u BiH

BiH nema pravno jedinstvo a pravosudni sustav BiH ima izvjesne nedostatke ali i nedosljednosti koje valja prevazići. Posljedica nepostojanja vrhovne sudbene instance na državnoj razini u BiH je da se donošenje odluka entitetskih sudbenih tijela u BiH zapravo završava na (najvišoj) entitetskoj razini. To je suprotno načelima o pravnoj državi. Između ostaloga, suprotno je i standardima Europske konvencije o ljudskim pravim i temeljnim slobodama iz 1950. godine koji se odnose na žalbe na osuđujuće presude Kaznenog odjeljenja Suda BiH koje završavaju pri Apelacijskom odjeljenju Suda BiH a ne višeg suda. Između ostaloga, radi se o odlukama sudbenih tijela koje se temelje na razlikama u sadržaju pravnog propisa/pravne norme, razlikama u tumačenju odredbi zakona u ovisnosti koji se zakon u konkretnom predmetu primjenjuje. Time je jasno da je posljednje (i možda jedino) sredstvo za osiguravanje pravnog jedinstva i pravne jednakosti rješavanje pitanja uspostavljanja Vrhovnog suda BiH. Konačno, ovo pitanje je, i simbolično

<sup>64</sup> Tekst Ustava SAD-a s amandmanima u: Johnny H. Killian, George A. Costello and Kenneth R. Thomas (Co-Eds.), *The Constitution of the United States of America, Analysis and Interpretation*, Washington 2002, ss. 3-44.

<sup>65</sup> Za detaljne nadležnosti Vrhovnog suda Kanade vidi: *Supreme Court Act* (R.S.C., 1985, c. S-26), Department of Justice, 2011, čl. 35-43 i 53-55.

<sup>66</sup> Za detaljne nadležnosti Visokoga suda Australije vidi: Ustav Australijskog *Commonwealth-a*, <http://www.servat.unibe.ch/icl/as00000.html> (očitanje 30. 03. 2011), čl. 73-75.

rečeno rezanje Gordijevog čvora, u svezi s revizijom Ustava BiH i organizacijom pravosuđa u BiH. Da bi se odgovorilo na pitanje o mogućnosti uspostavljanja vrhovne sudbene instance na državnoj razini u BiH neophodno je razmotriti razloge zbog kojih Sud BiH i Ustavni sud BiH ne mogu nadoknaditi postojanje Vrhovnog suda BiH, legitimitet za uspostavljanje Vrhovnog suda BiH kao i moguće nadležnosti Vrhovnog suda i odnos spram drugih sudova u BiH.

### 5.1 Zašto Sud BiH i Ustavni sud BiH ne mogu nadoknaditi nepostojanje Vrhovnog suda BiH?

Organizacija sudbene vlasti u svakoj ustavnoj državi je važna. Zbog toga se u pisanim ustavima općim pravnim normama utvrđuju načela, nadležnosti i organizacija sudbene vlasti kao i način izbora sudaca što se dalje razrađuje u nižim pravnim aktima odnosno zakonima o sudovima na državnoj razini. Ustavom se, na taj način, rješavaju posebnosti koje eventualno postoje. Valja uzeti u obzir da BiH u ustavno-pravnoj teoriji i praksi predstavlja specifikum ali i da se Ustavom BiH posebnosti u potpunosti ne rješavaju. Postojeće odsustvo pravnih normi o sudbenoj vlasti na državnoj razini, prvenstveno odredbi o Vrhovnom sudu BiH u Ustavu BiH, može se punim pravom označiti kao odsustvo pravne države. Razlog za ovakvo stajalište je činjenica da se načela o pravnoj državi temelje, između ostaloga, i na sadržaju ustava o sudbenoj vlasti te odnosnim pojedinačnim pravima i slobodama. Ovakvo rješenje u Ustavu BiH i ne treba da čudi s obzirom da se u nedorečenom Ustavu BiH odlučno šuti i o podjeli vlasti. Iz samog Ustava moglo bi se zaključiti da postoji podjela vlasti na izvršnu, zakonodavnu i sudbenu, ukoliko bismo Ustavni sud BiH smatrali sudbenom vlašću na državnoj razini. Međutim, ne može se zanemariti da je osnovna funkcija ustavnih sudova pa tako i Ustavnoga suda BiH tzv. normativna kontrola što ga stavlja izvan okvira „redovnog“ sudstva. Strogo formalno-pravno gledajući, načelo o podjeli vlasti nije zadovoljeno u Ustavu. Dalje, Članak VI Ustava BiH o Ustavnome sudu BiH bez sumnje utvrđuje skućene nadležnosti Ustavnoga suda BiH koje se odnose tek na određena pitanja. Na koncu se može zaključiti da su, s obzirom na prethodno spomenute funkcije te nadležnosti, ustavni sudovi uvijek najviše političko-pravne instance i tijela koja nužno, prema samoj definiciji ustava, zalaze u sferu političkog odlučivanja, i samim tim ne mogu predstavljati u formalno-pravnoj bitnosti sudbenu vlast tj. redovna sudbena tijela<sup>67</sup>. Stoga je veoma važno postojanje redovnih sudbenih tijela na svim razinama vlasti.

<sup>67</sup> Ovakav stav podržava i autor Manfred Dauster: „Ustavni sudovi obavljaju posebnu vrstu pravosuđa koja zrači duboko u područje političkoga i utječe na ostale najviše državne organe kao i na vršenje njihovih ustavno-pravnih 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 europskih država se nakon 1945. godine odlučila za ustanovljavanje ustavnog sudstva, ali

Ne treba svrstavati Sud BiH u ravan s eventualno postojećim vrhovnim sudom s obzirom da se radi o specijaliziranom sudu sa točno utvrđenim (uskim) nadležnostima<sup>68</sup>. Sud BiH nema nadležnost da ispituje odluke nižih sudova niti da usuglašava sudsku praksu u BiH. Doduše, u članku 7 stavku 3 paragrafu c) Zakona o Sudu BiH sadržane su odredbe o odlučivanju o pitanjima provođenja međuentitetskih propisa, pa ipak to bi se teško moglo shvatiti kao usuglašavanje sudske prakse. U isto vrijeme ovaj sud se hijerarhijski ne nalazi iznad nižih redovnih sudova. Temeljem navedenog zaključuje se da Sud BiH nema nikakve funkcije vrhovnoga suda. Doduše, to ne znači da nadležnosti vrhovne sudske instance na državnoj razini ne mogu biti dodijeljene Sudu BiH, ali je pitanje koliko bi to bilo teoretski i praktično svrsishodno.

Ne može se (i u krajnjoj liniji ne smije se) tvrditi da Ustavni sud BiH i Sud BiH mogu zamijeniti ili nadoknaditi nepostojanje vrhovnoga suda na državnoj razini. Sud BiH nema nadležnost da preispituje odluke sudova na entitetskoj razini niti da usuglašava sudsku praksu. S druge strane, Ustavni sud BiH se, po samoj svojoj prirodi te s obzirom na nadležnosti iz članka VI Ustava BiH, ne može svrstati formalno-pravno u sudske vlasti.

### 5.2 O legitimitetu uspostavljanja Vrhovnoga suda BiH

U BiH postoji više zasebnih sudbenih sustava: jedan na državnoj razini, dva na entitetskoj razini – u Republici Srpskoj i Federaciji BiH, pa i u kantonima te Brčko Distriktu BiH. Bez vrhovnoga suda na državnoj razini jasno je da sudbenom sustavu BiH manjka hijerarhija i jedinstvo odnosno uvezanost sudbenog sustava. Pritom se, osiguravanjem pravnog jedinstva stremi ka hijerarhijski uređenoj cjelini. To bi za Bosnu i Hercegovinu značilo uspostavljanje vrhovnoga suda na državnoj razini koji bi osiguravao pravno jedinstvo na cijelom teritoriju BiH.

Mogućnost uspostavljanja vrhovnog sudbenog tijela na državnoj razini podstaklo je teorijska razmišljanja ali i praktične prijedloge o neophodnosti ali i mogućnostima uspostavljanja drugačijeg institucionalnog sustava pravosuđa u BiH. Stanovišta su različita. Neki smatraju da je djelovanje jednog vrhovnog suda, kao suda opće nadležnosti elementarna pretpostavka pravno-državnog ustrojstva kojom bi se onemogućila pogrešna primjena prava a osigurao jednak pristup i položaj pred sudom<sup>69</sup>. S druge strane, postoje razmišljanja o tome da uspostavljeni sustav ne pokazuje organizacijske nedostatke zbog kojih bi trebalo razmišljati o novoj reformi pravosuđa, ali da ga treba osnažiti i analizirati njegove rezultate<sup>70</sup>.

postoje i pravne države koje izlaze na kraj i bez ustavnog suda.“ Vidi: M. Dauster, *Ustav BiH: Nesavršena država*, Sveske za javno pravo, br. 1-2, Sarajevo 2010, s. 10.

<sup>68</sup> Vidi bilj 6.

<sup>69</sup> E. Šarčević, *Ustav iz nužde, Konsolidacija ustavnog prava BiH*, Sarajevo 2010, ss. 396-397.

O legitimitetu uspostavljanja Vrhovnog suda BiH ne može se govoriti bez hijerarhije pravnih propisa u pravnom sustavu BiH. Doduše, tijekom reforme pravosuđa na državnoj razini su usvojeni zakoni kojima se uređuje primjerice kazneno-pravna te djelomice materija iz oblasti obrazovanja<sup>71</sup>. Međutim, materija iz ostalih oblasti poput građansko-pravne, obiteljsko-pravne itd., ostaje nikako, manje ili više neregulirana na državnoj razini. Nedostatak hijerarhije pravnih propisa u svezi je dakle, s nepostojanjem pravnih propisa na državnoj razini na temelju kojih bi Vrhovni sud BiH vršio ispitivanje odluka nižih sudova i usklađivao sudsku praksu. Uzrok ovome je nepostojanje nadležnosti na državnoj razini za usvajanje zakona koji bi se primjenjivali za cijeli teritorij BiH. U svezi s tim, treba dodati i nepostojanje prednosti u primjeni pravnih propisa na državnoj razini i prednosti u usuglašavanju nižih pravnih propisa sa postojećima na državnoj razini. Stoga je jedno od fundamentalnih pitanja na temelju kojih pravnih propisa bi Vrhovni sud BiH, ukoliko bi bio uspostavljen, odlučivao o zakonitosti odluka i usklađivao sudsku praksu. *De lege lata*, odnosno onih postojećih zakona na državnoj razini, a kojih je veoma malo i čime bi se moglo postaviti pitanje svrsishodnosti postojanja Vrhovnoga suda koji bi imao legitimitet tek na temelju manjeg broja pravnih propisa? Ili *de lege ferenda*, odnosno onih zakona koji tek treba da se usvoje a gdje je osnovni problem pitanje nadležnosti za donošenje zakona na državnoj razini kao i preveliki broj zakona koje bi valjalo usvojiti da bi Vrhovni sud imao legitimitet postojanja? Jasno je da je preduvjet uspostavljanja Vrhovnoga suda BiH upravo usvajanje čitavog niza pravnih propisa na državnoj razini bez kojih ne bi bilo svrsishodno njegovo postojanje. To bi međutim, bilo moguće tek ukoliko bi postojao uzajamni sporazum entiteta sukladno članku IV točki 4(c) Ustava BiH. Značajno je i odgovoriti na pitanje da li Vrhovni sud BiH može biti uspostavljen bez amandmanske intervencije na Ustav BiH. Ovo je u svezi s nepostojanjem pravnih normi o vrhovnom sudu na državnoj razini te organizaciji sudske vlasti u BiH, kao i nepostojanjem pravnih normi kojima se ostavlja takva mogućnost. Prvo, jasno je da su u Ustavu prešućene odredbe na temelju kojih bi se uspostavio Vrhovni sud. Time nije uspostavljeno pravno jedinstvo zbog čega su načela o pravnoj državi iz članka I točke 2 Ustava BiH upitna. Međutim, članak I točka 2 Ustava može predstavljati polaznu osnovu za uspostavljanje Vrhovnoga suda BiH. Budući da se načela o pravnoj državi temelje i na ustavnoj sadržini o sudske vlasti neophodno je uspostaviti pravosudnu instituciju na

<sup>70</sup> B. Perić, *Ne treba nam Vrhovni sud BiH*, *Nezavisne novine*, <http://www.nezavisne.com/novosti/bih/Branko-Peric-Ne-treba-nam-vrhovni-sud-BiH-6241.html> (očitanje 14. 03. 2011).

<sup>71</sup> Primjerice: Okvirni Zakon o osnovama znanstvenoistraživačke djelatnosti i koordinaciji unutarnje i međunarodne znanstvenoistraživačke suradnje, Sl. gl. BiH, br. 43/09; Okvirni zakon o srednjem strukovnom obrazovanju i obuci, Sl. gl. BiH, br. 63/08; Okvirni zakon o predškolskom odgoju i obrazovanju, Sl. gl. BiH, br. 88/07; Okvirni zakon o visokom obrazovanju, Sl. gl. BiH br. 59/07.



državnoj razini da bi se načelo u cijelosti primijenilo. Sem ovoga, treba spomenuti i žalbe na osuđujuće presude Kaznenog odjeljenja Suda BiH koje završavaju pri Apelacijskom odjeljenju istog suda. Valjalo bi uskladiti unutarne pravne propise BiH s usvojenim međunarodnim standardima propisanim u međunarodnim dokumentima čija je stranka i BiH, posebice Konvencijom o ljudskim pravima i temeljnim slobodama iz 1950. godine, putem kojih bi se zajamčila mogućnost žalbe višem sudu. Tako treba iskoristiti i mogućnosti primjene ovog pravnog osnova pri razmatranju uspostavljanja vrhovne sudbene instance na državnoj razini u BiH temeljem ustavne revizije. Drugo, ukoliko se ne može predvidjeti skora izmjena Ustava BiH u smislu definiranja Vrhovnog suda BiH, članak III točke 3 b) i 5 a) i članak II točka 2 više su i nego dovoljan pravni osnov da se sem ustavotvorca problemom organizacije sudbene vlasti pozabavi i zakonodavac. To stoga što su navedene odredbe u svezi s pojedinačnim pravima i slobodama koji proizlaze iz obveza BiH sukladno usvojenim međunarodnim dokumentima. Ne treba zaboraviti da se u državama koje imaju pisani ustav norme o organizaciji i radu sudova propisuju u zakonu o sudovima na državnoj razini ali i da se u ustavima barem načelno propisuju norme o organizaciji pravosuđa. Ukoliko ustavotvorac u BiH ne može načelno da razriješi ovo pitanje, tada se može očekivati da to učini zakonodavac sukladno odredbama Ustava o podjeli nadležnosti između državne i entitetske razine. U sadašnjoj podjeli nadležnosti u BiH, organizacija pravosuđa je u nadležnosti entiteta, ali bi zakonodavac na državnoj razini usvajajući zakon o sudovima (kakav postoji u zemljama u okruženju iste ili slične pravne tradicije<sup>72</sup>) na državnoj razini obuhvatio sem državne i entitetsku i kantonalnu razinu. Time bi se riješilo barem pitanje položaja Suda BiH u hijerarhiji sudbenih tijela u BiH. S obzirom na prethodno navedeno, ne bi postojala bojazan od isticanja povrede nadležnosti entiteta iz članka III točke 3 a). Nakon toga bi se moglo pristupiti razmatranjima o uspostavljanju vrhovne sudbene instance. Dakako, prethodno navedeno ne treba miješati sa uspostavljanjem Suda BiH koji se temelji na zakonu u skladu s Ustavom BiH. U državi koja ima pisani ustav, odnosno najviši pravni akt, kojim se, između ostaloga, definira i organizacija državne vlasti, bilo bi neozbiljno i nepromišljeno razmatrati uspostavljanje vrhovne sudbene instance temeljem zakona. U krajnjoj liniji, Ustav BiH i zakoni na državnoj razini zasigurno su jače pravne snage u odnosu na entitetske, a ukoliko se ustavne kavitacije, barem okvirno, ne daju popuniti od strane ustavotvorca one se mogu i moraju popuniti od strane zakonodavca na najvišoj razini vlasti.

### *5.3 Moguće nadležnosti Vrhovnog suda BiH i odnos prema drugim sudovima u BiH*

Kada su u pitanju eventualne nadležnosti Vrhovnog suda BiH, ne treba uspoređivati moguće nadležnosti vrhovnog suda u BiH s nadležnostima vrhovnih sudova

drugih država. Također ne treba uspoređivati odnos eventualne vrhovne sudbene instance i nižih sudova u BiH s odnosom vrhovnih i nižih sudova u drugim državama. Ovo je u svezi s prirodom ustavno-pravnog uređenja BiH. Idealno bi bilo da vrhovna sudbena instance u BiH ima nadležnosti kakve imaju vrhovni sudovi drugih država (odlučivanje o žalbama nižih sudova; odlučivanje o izvanrednim pravnim lijekovima; usuglašavanje sudske prakse itd.). Međutim, kada je u pitanju najmanji očekivani obim nadležnosti, valjalo bi očekivati barem nadležnost za usuglašavanje sudske prakse<sup>73</sup> dok bi se o ostalim nadležnostima još moglo raspravljati. Iako se čini nedosljednim insistirati na uspostavljanju Vrhovnog suda BiH a ne insistirati na nadležnostima kakve imaju vrhovni sudovi u drugim državama teško je ne rukovoditi se onime što je u trenutnom ustavno-pravnom uređenju BiH moguće postići.

Ukoliko bi eventualno došlo do uspostavljanja vrhovne sudbene instance na državnoj razini u BiH, veoma bi važno bilo utvrditi opseg nadležnosti vrhovnog sudbenog tijela na državnoj razini u odnosu na nadležnosti entitetskih vrhovnih sudova. Morao bi se utvrditi odnos Vrhovnog suda BiH spram vrhovnih sudova u entitetima ukoliko bi se nakon izvršenih izmjena u ustavnom uređenju oni zadržali. Iako je važno da dodijeljene nadležnosti vode ka uspostavljanju i primjeni jedinstvenog i hijerarhijski uspostavljenog pravnog sustava valja razriješiti i neka druga pitanja. Ta pitanja uključuju: položaj i nadležnosti Suda BiH u odnosu na Vrhovni sud BiH te uopće u odnosu na jedinstven i hijerarhijski sudbeni sustav BiH; odnos Vrhovnog suda spram okružnih i kantonalnih te općinskih sudova ukoliko bi se nakon izmjene ustavnog ustrojstva ukinuli Vrhovni sudovi entiteta; i odnos Vrhovnog suda BiH spram sudova u Brčko Distriktu BiH.

Uspostavljanju vrhovne sudbene instance na državnoj razini u BiH prethodi razmatranje ukupnog sudbenog sustava posebice nadležnosti i organizacije sudbenih tijela u BiH. U složeno uređenim državama podjela sudova po teritorijalnom principu, koji je u svezi s podjelom sudova prema stvarnoj nadležnosti, opsežno je i veoma važno pitanje. U BiH, ovo pitanje vezuje se prvenstveno za ustavno ustrojstvo BiH kao i utvrđivanje nadležnosti. Zatim slijede pitanja o ukidanju vrhovnih sudova entiteta u kontekstu uspostavljanja Vrhovnog suda BiH, prijedlozi o uspostavljanju tek apelacijskog tijela ili koordinacijskog tijela na državnoj razini, i prijedlozi o uspostavljanju posebnog odjela Suda Bosne i Hercegovine koji bi vršio (barem minimalne) nadležnosti usklađivanja sudske prakse i osiguravanja pravnog jedinstva.

<sup>72</sup> Npr. Zakon o sudovima u CG, Zakon o sudovima u RH i Zakon o uređenju sudova u RS.

<sup>73</sup> Slično mišljenje ima i autor Faris Vehabović: „Minimum nadležnosti Vrhovnog suda može biti obvezujuće usklađivanje sudske prakse. Sve drugo može ali ne mora biti nadležnost Vrhovnog suda.“ Vidi: F. Vehabović, *Zašto neće doći do sistematskih ustavnih promjena*, Sveske za javno pravo, br. 1-2/2010, Sarajevo 2010, s. 42.

U zavisnosti od rezultata moguće revizije Ustava BiH u pogledu osnivanja vrhovne sudbene instance na državnoj razini, treba razmotriti položaj Suda BiH u odnosu na Vrhovni sud BiH. Naime, postoje prijedlozi o uspostavljanju Apelacijskog suda BiH koji bi odlučivao o žalbama na presude izrečene pri Sudu BiH. Ovaj prijedlog se temelji na podatku da su suci Apelacijskog odjeljenja Suda BiH isti oni suci koji sude u prvostupanjskim predmetima Suda BiH<sup>74</sup>. Ovakvo rješenje bilo bi u skladu s gore spomenutim međunarodnim standardima, posebice Konvencijom o ljudskim pravima i temeljnim slobodama iz 1950. godine. Međutim, ovakvo rješenje uvjetovalo bi tek gomilanje institucija. Ovo stoga što bi izostala nadležnost kojom bi se postigla jedinstvena primjena prava s obzirom da bi Apelacijski sud poslužio tek kao drugostupajski sud na državnoj razini. S druge strane, ukoliko bi se uspostavio Vrhovni sud BiH sa minimumom nadležnosti o usuglašavanju sudske prakse, valjalo bi razriješiti pitanje položaja Suda BiH u sustavu pravosuđa BiH i njegovog odnosa spram vrhovne sudbene instance na državnoj razini. On bi mogao ostati postojati kao specijalizirani sud ali bi morao biti u hijerarhiji sa vrhovnom instancom na državnoj razini, sa ili bez Apelacijskog odjeljenja te bi Vrhovni sud BiH morao imati nadležnosti žalbenog suda u odnosu na presude Suda BiH sukladno međunarodnim standardima. Jedno od rješenja moglo bi biti ono prema kojem bi Vrhovni sud BiH bio najviša sudska instanca sa drugostupajskom i trećestupajskom nadležnošću po odlukama Suda BiH, a u isto vrijeme bi bio nadležan i za usuglašavanje sudske prakse u pogledu primjene zakona i drugih pravnih akata u BiH<sup>75</sup>. Međutim, i dalje ostaje pitanje nehijerarhijskog odnosa Suda BiH spram sudova na entitetskoj i nižoj razini o čemu se teško može raspravljati bez detaljnih i konkretnih prijedloga o reviziji Ustava BiH i sveobuhvatne reforme pravosuđa, iako se može zaključiti da bi bio suvišan. Ukoliko bi se transformirao u instituciju koja bi obuhvaćala primjerice specijalizirane sudove poput upravnog suda ili trgovačkog suda i dalje bi se moralo razriješiti pitanje nadležnosti u odnosu na općinske i okružne odnosno kantonalne sudove u entitetima.

U pogledu mogućeg odnosa vrhovne sudbene instance na državnoj razini spram vrhovnih sudova entiteta teško je pronaći usporedbu među različitim složenim državama, s obzirom da je organizacija sudova utvrđena sukladno unutarnjoj teritorijalnoj organizaciji. Tako primjerice sudbeni sustav Savezne Republike Njemačke obuhvaća općenito govoreći lokalne, regionalne i više regionalne redovne sudove sa Saveznim Vrhovnim sudom na čelu, a

sem toga postoje i upravni, socijalni, finansijski i sudovi rada na različitim razinama sa Saveznim Upravnim sudom, Saveznim Socijalnim sudom, Saveznim Finansijskim sudom i Saveznim Radnim sudom na čelu koji predstavljaju specijalizirane vrhovne sudove ali nisu podređeni Saveznom Vrhovnom sudu. Sudbeni sustav Republike Austrije obuhvaća redovne okružne, regionalne i žalbene sudove te trgovačke sudove sa Vrhovnim sudom na čelu s tim da postoji i Upravni sud koji uživa organizacijsku autonomiju te je zbog svojih specifičnih funkcija odvojen od redovnih sudova. Sudbeni sustav Švicarske konfederacije općenito obuhvaća prvostupajnske kantonalne sudove i vrhovne sudove kantona, Savezni Kazneni sud i Savezni Upravni sud te Savezni Vrhovni sud. Belgijski model organizacije sudova obuhvaća uopćeno četiri razine odnosno najniže prekršajne sudove, prvostupajnske, žalbene sudove i kasacioni sud. Sudbeni sustav Kanade u osnovi obuhvaća četiri stupnja sudbenih tijela i to: provincijske sudove, više provincijske sudove i na istoj razini ali sa drugim nadležnostima Savezni sud, provincijske žalbene sudove i Savezni žalbeni sud te Vrhovni sud Kanade. Sudbeni sustav Sjedinjenih Američkih Država na razini saveznih država, s manjim razlikama među državama, obuhvaća uopćeno govoreći prvostepene, žalbene i vrhovne sudove a uporedo postoji savezni sudbeni sustav koji uključuje okružne sudove, žalbene sudove i Vrhovni sud Sjedinjenih Američkih Država. Na koncu, australijski sudbeni sustav načelno obuhvaća lokalne, okružne i vrhovne sudove država i teritorija i Savezni sud Australije, Obiteljski sud Australije, Savezni Prekršajni sud Australije i Visoki sud Australije na saveznoj razini.

Vrhovni sudovi entiteta ne mogu predstavljati zamjenu za Vrhovni sud BiH bez obzira što im je funkcija, između ostalog, da pomažu sprovođenje državnoga prava pred pravom entiteta<sup>76</sup>. Pitanje koje se nužno nameće je da li bi, u slučaju uspostavljanja Vrhovnoga suda BiH, trebalo uspostaviti vrhovnu sudbenu instancu u BiH i zadržati vrhovne sudove entiteta, odnosno da li bi trebalo ukinuti vrhovne sudove entiteta. Čini se da nema zapreka za zadržavanje vrhovnih sudova entiteta s obzirom da su to najviši žalbeni sudovi u entitetima. Također, oba vrhovna suda entiteta postupaju svaki za onaj entitet za koji su uspostavljeni, sukladno članku 35 stavku 5 Zakona o sudovima u Federaciji BiH i članku 34 stavku 5 Zakona o sudovima Republike Srpske, a kada se radi o načelnom zauzimanju stavova o pitanjima koji su od interesa za primjenu odnosnih entitetskih zakona. Tek Ustav Republike Srpske u članku 123 propisuje da Vrhovni sud Republike Srpske obezbjeđuje jedinstvenu primjenu zakona, za razliku od Ustava Federacije BiH koji nema takve odredbe. Pritom se, sukladno članku 29 Zakona o sudovima u Federaciji BiH i članku 28 Zakona o sudovima Republike Srpske, ne propisuje nadležnost usuglašavanja sudske prakse u odnosnom entitetu. Čak i da se

<sup>74</sup> B. Perić (bilj. 70). Dakako, ne radi se o primjerima da su isti suci odlučivali u prvom i drugom stupnju u istom predmetu. Međutim, upitno je što su svi suci istoga suda što, istina, nije nužno suprotno ustavnim odredbama.

<sup>75</sup> Za ovo rješenje pogledati: Radna grupa mladih pravnik/ca, Završni dokument Radne grupe mladih pravnik/ca s prijedlozima novih ustavnih rješenja u BiH *Nove ideje, bolji ustav: amandmani na Ustav BiH*, Sarajevo 2010, s. 29.

<sup>76</sup> Usp. M. Dauster (bilj. 67), s. 10.

propisuje, među vrhovnim sudovima nema koordinacije u pogledu harmoniziranja sudske prakse i stvaranja jedinstvenog prava. Sve ovo ostavlja dovoljno prostora da se eventualno uspostavljenom Vrhovnom sudu BiH dodijeli onaj gore spomenuti minimum nadležnosti o usuglašavanju sudske prakse (primjerice zajedno sa žalbenom nadležnošću u odnosu na presude Suda BiH). Ukoliko bi se, pak, vrhovni sudovi entiteta ukinuli to bi uvelike olakšalo organizaciju sudbene vlasti u smislu da bi općinski i kantonalni odnosno okružni sudovi bili redovni sudovi opće nadležnosti i to prvostupanjski i drugostupanjski, Sud BiH redovni specijalizirani sud (možda čak i sa utvrđenom strategijom postepenog prijenosa nadležnosti na kantonalne odnosno okružne sudove) sa Vrhovnim sudom BiH koji bi tada mogao imati uobičajene nadležnosti vrhovnih sudova koje bi uključivale nadležnosti entitetskih vrhovnih sudova.

Dalje bi, s obzirom na stvarnu nadležnost Apelacijskog suda Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine, a u odnosu na eventualno uspostavljeni Vrhovni sud BiH, trebalo razmisliti i o mogućnostima preraspodjele nadležnosti. To bi uključilo prijenos nadležnosti Apelacijskog suda Brčko Distrikta koje se odnose na odlučivanje o izvanrednim pravnim lijekovima na pravomoćne sudske odluke<sup>77</sup> na Vrhovni sud BiH. U svakom slučaju bilo bi obvezno usvajanje zakona o sudovima na državnoj razini kojim bi se utvrdila hijerarhija, pobliže definirale nadležnosti sudova itd.

Još jedan mogući model kojim bi se nastojalo osigurati pravno jedinstvo bilo bi uspostavljanje koordinacijskog tijela na razini BiH koje bi usuglašavalo sudske prakse na pravno obvezujući način. Slično rješenje postoji, primjerice u Saveznoj Republici Njemačkoj. U slučaju da dođe do neslaganja između najviših saveznih sudova, sastaje se *ad hoc* tijelo pod nazivom Zajednički senat vrhovnih sudova čiji je zadatak usuglasiti stavove vrhovnih sudova. Sem toga, postoje i druge procedure kojima se osigurava jednaka primjena prava kada su u pitanju sudske odluke viših regionalnih sudova u odnosu na sudske odluke Saveznog Vrhovnog suda i drugih viših regionalnih sudova. Također, da bi se osigurala jednaka primjena prava u situacijama kada u okviru građanskog i kaznenog odjeljenja Saveznog Vrhovnog suda dođe do razlika u stavovima sastaju se Zajednička velika vijeća svakog

odjeljenja koja rješavaju sporna pitanja. Međutim, veoma je teško uopće zamisliti koordinacijsko, slobodno ga možemo nazvati, kvazi-sudbeno, tijelo u BiH te utvrditi nadležnosti, sastav itd. dok bi i dalje postojao nehijerarhijski odnos sudova i pravnih propisa u BiH.

O Ustavnom sudu BiH i proširenju nadležnosti istog koje bi uključile nadležnosti vrhovnog sudbenog tijela u BiH neprihvatljivo je razmatrati obzirom na pravnu prirodu postojanja ustavnoga suda uopće. Temeljna zadaća ustavnoga suda je zaštita ustavnosti i zakonitosti. Sva druga pitanja razilaze se s navedenim.

Sve u svemu, vrhovna sudbena instanca na državnoj razini u BiH mogla bi imati drugostupanjsku i trećestupanjsku nadležnost po odlukama Suda BiH, drugostupanjsku i trećestupanjsku nadležnost po izvanrednim pravnim lijekovima na pravomoćne sudske odluke okružnih i kantonalnih sudova (ukoliko bi se ukinuli vrhovni sudovi entiteta) i Apelacijskog suda Brčko Distrikta. U svakom slučaju (bez obzira na vrhovne sudove entiteta) bi imao nadležnost za usuglašavanje sudske prakse u pogledu primjene zakona i drugih pravnih akata u BiH što je u ovom trenutku i najznačajnije.

## 6. Zaključak

Jednaka primjena prava u odnosu na sve građane BiH može biti zajamčena samo putem osiguravanja pravnog jedinstva ali i pravne jednakosti koje je moguće ostvariti samo ukoliko postoji jedinstven i hijerarhijski uspostavljen pravni sustav na čijem će vrhu postojati vrhovni sud. Činjenica je, u prvom redu, da se jedinstvo države uvijek sagledava putem pravnog jedinstva te vladavine prava. A upravo je vrhovni sud taj koji osigurava jedinstvenu primjenu i tumačenje pravnih propisa te ravnopravnost građana pred zakonom kao i jemstvo njihovih pojedinačnih interesa. Bez vrhovnoga suda, tumačenjem i primjenom materijalnoga i postupovnog prava pred svim sudovima u BiH dovode se u pitanje pravna sigurnost, jednakost pred zakonom, i u krajnjoj liniji jednaka primjena prava na sve građane sa teritorija BiH. Tako bi upravo uspostavljanje vrhovnoga suda u BiH predstavljalo djelotvoran i svrsishodan način usuglašavanja primjene pravnih propisa odnosno donošenja konačne odluke u svezi s tumačenjem i primjenom materijalnoga i postupovnog prava pred svim sudovima u BiH bez obzira na mehanizam njegovog uspostavljanja i odnosa spram drugih sudova.

<sup>77</sup> Zakon o sudovima BD BiH, čl. 22 st. 1 toč. 2.

### Summary

*Uniform application of law with respect to all citizens of Bosnia and Herzegovina may be ensured only throughout legal unity and equality before the law. This is conceivable solely as long as if integral and hierarchical legal system with the Supreme Court at the top exists. Unity of the state is always discussed through legal unity and rule of law. As a matter of fact, the Supreme Court is ensuring uniform application and interpretation of law; equality of citizens before the law; and individual interests of citizens. Without the Supreme Court, legal certainty, equality before the law and uniform application of law for all citizens of Bosnia and Herzegovina is compromised through differences in interpretation and application of substantive and procedural law before all courts in Bosnia and Herzegovina. Establishing the Supreme Court in Bosnia and Herzegovina would correspond to effective and rational fashion of legal acts harmonization e.g. final decision-making related to interpretation and application of substantive and procedural law before all courts in Bosnia and Herzegovina irrespective of establishing mechanism and aspect towards other courts.*

Sadržaj:			
1. Uvod .....	28	4.2. Načini obezbeđivanja jedinstvene primene i tumačenja prava .....	34
2. Državno uređenje		4.2.1. Posredni način .....	34
2.1. Međunarodnopravno ugovoreni Ustav .....	28	4.2.2. Neposredni način .....	35
2.2. Državno uređenje Bosne i Hercegovine (osnovne karakteristike) .....	30	4.3. Koncept pravnih lekova pred najvišim federalnim sudovima .....	35
3. Organizacija sudova		5. Ravnopravnost pravnih subjekata sa stanovišta organizacije sudova u BiH	
3.1. Ustavni sud Bosne i Hercegovine .....	31	5.1. Sudska nadležnost u građanskom pravu .....	35
3.1.1. Apelaciona nadležnost .....	31	5.2. Entitetski izvori građanskog prava .....	36
3.1.2. Prosleđivanje pitanja .....	32	5.3. Izvori građanskog prava BiH kao celine .....	36
3.2. Sud Bosne i Hercegovine .....	33	5.4. Upravni sporovi .....	36
4. Uporednopravni pregled organizacije sudova u federacijama		6. Ka vrhovnom sudu BiH	
4.1. Sistemi organizacije sudova .....	34	6.1. Mogući uzor .....	36
		6.2. Mogući koraci ka ustanovljenju jedinstvene vrhovne sudske instance .....	37

## 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 suprotno<sup>1</sup>.

§ 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:

- 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?
- Kako su organizovani sudovi u BiH, sa stanovišta državnog uređenja?
- Da li se i sa kojim državama u Evropi može adekvatno upoređivati sudska organizacija u BiH, sa ciljem mogućeg otkrivanja efikasnog primera za ugled?

d) Da li postojeća organizacija sudova obezbeđuje pravnu (supstancijalnu i procesnu) 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 Međunarodnopravno 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, parafiran 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 Jugoslavije<sup>2</sup>. U savremenoj istoriji, pored bosanskohercegovačkog, međunarodno ugovoreni su ustavi Kipra

\*Autorica je profesor na Pravnom fakultetu univerziteta Union u Beogradu.

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> U svom tekstu pod naslovom *Karakteriziranje dejtonskog ustavnog modela*, Pravni zapisi, 1/2010, s. 43 i sled., E. Šarčević kao stvarne ugovarače i ustavotvorce 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.

i Kambodže<sup>3</sup>. Ipak, primer ugovaranja Ustava BiH može se smatrati jedinstvenim, jer je ceo tekst ugovoren međunarodnim sporazumom<sup>4</sup>. 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 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 prezumirana 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 učenja<sup>5</sup>. Kao zastupnici jusnaturalističkih stanovišta navode se *Grotius* i *Pufendorf*<sup>6</sup>. 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 fizičkih lica, tvrdeći da pravno sledbeništvo

ne nastupa u punom obimu, već samo delimično<sup>7</sup>. Dualističko učenje je, po svemu sudeći, inicirao *Gabba*<sup>8</sup>, 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 privatnopravne 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 međunarodnopravnog subjektiviteta države, ne sme zapasti u bespravno stanje<sup>9</sup>. Iz ovoga *Huber* zaključuje da, u kontekstu *Gabbinog* učenja na svakoj teritoriji uvek ima „nešto države“<sup>10</sup>. Prihvatajući ponešto od dualističkog učenja, *Appleton*<sup>11</sup> tvrdi da država prethodnica „nastavlja da živi kroz teritoriju i stanovništvo“, ali prestaje da živi u međunarodnopravnom smislu, jer je pretrpela *capitis deminutio minima*, tj. pravni subjektivitet države prethodnice se „utapa“ u subjektivitet sukcesorske države gubeći međunarodnopravni status, ali u ostalom pogledu živi dalje u novoformiranom subjektivitetu. Data državna teritorija koja je pretrpela državnu sukcesiju ostaje podjednako opterećena imovinskim obavezama i snabdevena imovinskim 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 prava<sup>12</sup>. Kad ih

<sup>3</sup> Usp. Šarčević (bilj. 2), ss. 40-41.

<sup>4</sup> *Ibid*, s. 41.

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

<sup>6</sup> Grotius, *De iure belli et pacis*, Lib. II, Pufendorf, *De iure naturae et gentium*, Lib. III, navedeno prema Huberu (bilj. 5), s. 6.

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

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

<sup>9</sup> Gabba (bilj. 8), ss. 381-386.

<sup>10</sup> „*etwas Staat*“, Huber (bilj. 5), s. 11.

<sup>11</sup> 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.

<sup>12</sup> D.P. O'Connell, *The Law of State Succession*, Cambridge 1956.

ne može očuvati (npr. pravo na imovinu), država nasljednica 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 promenjenim 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; spoljno-trgovinska 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 krivičnihopravnih 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 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 Hercegovine<sup>13</sup>.

§ 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 delegate 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/III /e/ i /f/). Ovo ustavno rešenje je dalo povoda da se kao jedna od karakteristika Ustava BiH, odredi *etnički determinizam*<sup>14</sup>.

§ 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 su-

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

<sup>14</sup> Tako, E. Šarčević (bilj. 2), s. 52.

dovi /ukupno pet/, te Viši privredni sud, kao žalbeni<sup>15</sup>.) Istorijat nadležnosti sudova u BiH, naročito u Federaciji bio je praćen relativno dugim uspostavljanjem i promjenama kantonalnih propisa, tako da je u današnjem obliku sudski sistem konsolidovan 2002, a zaokružen zakonima o sudovima donesenim u godinama 2004. i 2005. Rekrutovanje 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 prava<sup>16</sup>.

§ 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. II/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 tiču toga je li neki zakon od čije valjanosti zavisi njegova odluka u skladu sa ovom Ustavu, 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).

<sup>15</sup> 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.

<sup>16</sup> Usp. E. Šarčević (bilj. 2), ss. 53-54.

#### 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 entiteta<sup>17</sup>. Ustavnom sudu BiH upućuje se je godišnje 3.500 do 4000 apelacija<sup>18</sup>. 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 apelacija<sup>19</sup>. 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 prava<sup>20</sup> ili (b) uspostavljanje vrhovnog suda za celokupnu teritoriju BiH, koji bi odlučivao o vanrednim pravnim sredstvima protiv odluka drugih sudova, uključiv i povrede ljudskih prava izvršene u toku sudskih postupaka<sup>21</sup>.

<sup>17</sup> 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.

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

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

<sup>20</sup> 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 prava u pojedinačnim (konkretnim) slučajevima i omogućavanja da Ustavni sud Bosne i Hercegovine efikasno obavlja svoje temeljne ustavne zadatke», 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](http://www.ccbh.ba/hrv/press/index.php?pid=2960&sta=3...406).

<sup>21</sup> 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,

Donekle je nadležnost po ovom pravnom sredstvu ograničena posle donošenja Pravila Ustavnog suda koja nalazu 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 ocenama<sup>22</sup>, 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 Ustava<sup>23</sup>, a kasnije bio uređen Pravilima Ustavnog suda BiH, ticao se granica kontrole, tj. 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 izričit<sup>24</sup>.

### 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

---

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 doprinosa 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](http://prf.unze.ba/v2/docs/anali/09%20Alijevic.pdf).

<sup>22</sup> Palavrić (bilj. 20).

<sup>23</sup> Usp. Begić (bilj. 17), ss. 35-36.

<sup>24</sup> 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 Poslovnikom nisu predviđena nikakva samoograničenja na razini općeg pristupa“.

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 pitanje<sup>25</sup>. Pitanja nisu dobila svoj odgovor u aktima Suda, a ni u dostupnoj mi literaturi<sup>26</sup>. Izgleda da se instrument u praksi 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 nadležnosti<sup>27</sup>. Ipak, iako jasna rešenja izostaju, odluke koje o ovim pitanjima do-

---

<sup>25</sup> *Ibid*, s. 37.

<sup>26</sup> 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 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 povjeroce 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.

<sup>27</sup> U odredbi posvećenju 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.“



nosi Ustavni sud morale bi imati bar interpretativni karakter, jer samo tako 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 tekstu<sup>28</sup>. Zakon je menjan je nekoliko puta, a prve izmene<sup>29</sup> 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 Hercegovine<sup>30</sup>.

§ 22. Do ovih izmena, krivičnopravna nadležnost je bila ograničena samo na krivična dela utvrđena zakonima BiH, ali ne i zakonima 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 BiH<sup>31</sup>.

§ 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 izvr-

šenju 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 nadležnost 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 entiteta<sup>32</sup>. 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 među-entitetskih 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*

<sup>28</sup> Sl. gl. BiH, 15/2002.

<sup>29</sup> Sl. gl. BiH, 24/2002.

<sup>30</sup> Sl. gl. BiH, 3/2003.

<sup>31</sup> Sl. gl. BiH, 42/2993.

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

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 federacija, 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 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 nižestepeni 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 obavezu 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 ujednačavanja 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 funkcionise 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 nižestepeni sudskih instance? (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* nižestepenih sudova, jer su ova, sa stanovišta ujednačavanja primene i tumačenja prava, irelevantna (najviši sud prihvata činjenično stanje onako kako ga je utvrdio nižestepeni 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 nižestepenog) 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 bosanskohercegovački<sup>33</sup>. Takva metodologija isključenja federalnog 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 prim. 36 (dole) međusobno gotovo identični, rezultati njihove primene mogu biti različiti.

<sup>33</sup> Ovde 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 nacrt, koji je usvojio parlament Republike Srpske 2008. i doneo Zakon o stvarnim pravima, o kome je objavljen komentar: I. Babić, D. Medić, E. Hasić, M. Povlakić, 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.

### 5.3 Izvori građanskog prava BiH kao celine

§ 41. Štaviše, postojeći Sud BiH nije ovlašćen ni na kontrolu primene prava BiH u građanskopravnoj oblasti (i o srodnima o kojima se, u slučaju spora, odlučuje ili može odlučivati u parničnom postupku)<sup>34</sup>. 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 „*Gabbino 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 bosanskohercegovačkom 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 ih ima. Ne znam koliko je Visoki predstavnik UN u stanju da ih inicira. Pri tome, nastojim da ovaj predlog ne vezujem za švajcarski uzor samo zato što ta država u

<sup>34</sup> 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. 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.

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 njegovo 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, propraćene su još jednom značajnom novošću – umesto kantonalnih zakona o građanskom i krivičnom sudskom postupku, propisala 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 sporo-

vima, 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 instance 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.

## Sažetak

*Razmotrena je potreba konstituisanja vrhovnog suda koji bi bio nadležan za čitavu teritoriju Bosne i Hercegovine. Za odgovor na pitanje da li je BiH odista potreban vrhovni sud u uobičajenom smislu reči, mora se prethodno odgovoriti na pitanja i inače relevantna za svaku sudsku organizaciju: 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? Kako su organizovani sudovi u BiH, sa stanovišta državnog uređenja? Da li se i sa kojim državama u Evropi može adekvatno upoređivati sudska organizacija u BiH, sa ciljem mogućeg otkrivanja efikasnog primera za ugled? Da li postojeća organizacija sudova obezbeđuje pravnu (supstancijalnopravu i procesnopravnu) jednakost pravnih subjekata, shvaćenu ne samo sa legislativnog, već i sa pragmatičnog stanovišta? Da li se, imajući na umu odgovore na ranija pitanja, može formulisati efikasan predlog najviše sudske instance u BiH? Zaključuje se da je BiH zapravo 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. II/2 /a/), može se tvrditi da je granica između slabe federacije i konfederacije u BiH izrazito fluidna. Na celokupnoj teritoriji Bosne i Hercegovine sudsku vlast vrše Ustavni sud i Sud BiH. Iako se ustavni sudovi obično ne kvalifikuju kao organi redovne sudske vlasti, u slučaju BiH, kvalifikacija se čini opravdanom, s obzirom na neke od nadležnosti ovog Suda. 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 i o saglasnosti određenih akata sa ustavom BiH, Evropskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava, kao i o domašaju opštih pravila međunarodnog prava. Sud BiH je suštinski federalni 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 među-entitetskih 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.*

*Posle uporednopravnog pregleda organizacije sudova u federacijama, posebno se prikazuju ovlašćenja, položaj i nadležnost Saveznog suda Švajcarske, posle ustavnih promena 2000. godine i preporučuje se konstituisanje vrhovnog suda BiH koji bi u sebi ujedinio ustavni sud i nadležnosti švajcarskog Saveznog suda u građanskoj, krivičnoj i javnopravnoj oblasti, tako što bi se, povodom vanrednih pravnih lekova, mogle kontrolisati odluke entitetskih sudova sa stanovišta primene prava BiH, a radi uniformne primene toga prava i postizanja stvarne ravnopravnosti građana pred zakonom.*

### Summary

*The need to establish the Supreme Court which would have the competence on the entire territory of Bosnia and Herzegovina has been considered. In order to answer the question whether BiH really needs a Supreme Court as such, first there is a need to answer the questions relevant to any judicial organization: What is the type of government structure in BiH from the legal and practical point of view – unitary, federal/regional, with symmetric or asymmetric federalism/regionalism, or confederation? What type of organization do BiH courts fit into from the government structure point of view? Is there a basis to compare judicial structure in BiH with European states (if so, which states), in order to perhaps find efficient example of the role model? Does the current court structure provide legal equality (pertaining to both substance and process) of legal entities, as viewed both from legislative and pragmatic aspect? Bearing in mind the answers to the preceding questions, is it possible to formulate the efficient proposal related to the highest judicial instance in BiH?*

*The conclusion is that BiH is actually weak federation of asymmetric type (one of its entities has federal, the other has unitary structure and Brčko District has a special status) which is subject to international protectorate. Considering the open ethnical preferences of two ethnical communities and “special parallel relations” established with neighbouring countries (Article II/2/a/) it can be asserted that the borderline between weak federation and confederation in BiH is extremely fluid.*

*Constitutional Court and Court of BiH exercise the judicial authority on the entire territory of BiH. Although constitutional courts usually do not classify as the bodies of regular judicial authority, this classification seems justified in the case of BiH bearing in mind some of the competencies of this Court. These are appellate competence (i.e. constitutional complaint or constitutional appeal) “for issues related to the Constitution which stem from the ruling of any other court” in BiH (Article VI/3 /b/) and submission of question from any other court in BiH on compliance of certain documents with BiH Constitution, European Convention for the Protection of Human Rights, as well as on the implications of general norms of the international law. Basically, the Court of BiH is the federal court with first instance competence in the domain of criminal and administrative disputes related to the BiH regulations, and exceptionally, for some criminal acts, related to the entity regulations. In litigation and executive-judicial area the Court has a meagre competence in solving inter-entity disputes (including district) and in compulsory execution. Legal remedies against the decisions of this Court are all of remonstrations kind (retraction) and allow only for the control of the decisions of this Court, not of the entity courts. Therefore, this court, both by its name and by its competence is not a supreme court.*

*After the constitutional reform in 2000 and following the legal comparative review of the structure of the courts in federations, the Swiss Federal Court competencies, position and jurisdiction are used as an example. It is recommended to establish a Supreme Court of BiH which would unite in itself the Constitutional Court and competencies of the Swiss Federal Court in civic, criminal and public right area. Thereby, in cases of extraordinary legal remedies, it would be possible to check the decisions made by the entity courts in terms of the implementation of law in BiH with an objective to achieve the uniform implementation of law and real equality of citizens before the law.*

Sadržaj:

1. Opšta uvodna razmatranja .....	39	3.2. Rješenja u regionu .....	41
2. Raspodjela nadležnosti između Bosne i Hercegovine i entiteta .....	39	3.3. Međubilans .....	41
3. Vrhovni sudovi – položaj i nadležnosti		4. Jedinствена примјена закона u Bosni i Hercegovini .....	42
3.1. Osnovna načela .....	40	5. Zaključak .....	44

## 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 osvrtnom 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 – govorimo o složenoj državi<sup>1</sup>. 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 izbora<sup>2</sup>, a sastoji se od dva entiteta: Federacije Bosne i Hercegovine i Republike Srpske<sup>3</sup>. 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

\* Autor je sekretar Ustavnog suda RS.

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> Čl. 1/2 Ustava Bosne i Hercegovine.

<sup>3</sup> Čl. 1/3 Ustava Bosne i Hercegovine.

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 državi<sup>4</sup>. 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 federacije<sup>5</sup>. 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“<sup>6</sup>.

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 regulative<sup>7</sup>. 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 enumeracije propisano je šta je u isključivoj nadležnosti institucija Bosne i Hercegovine, a to su - vanjska politika; vanjskotrgovinska politika; carinska i monetarnopolitika; 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 saobraćaja<sup>8</sup>. 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 entiteta<sup>9</sup>. 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 poslova<sup>10</sup>.

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 ostalih<sup>11</sup>, i institucija pravosudne vlasti na nivou Bosne i Hercegovine. Tako je donošenjem Zakona o sudu Bosne i Hercegovine<sup>12</sup> institucionaliziran Sud Bosne i Hercegovine, Zakonom o tužilaštvu Bosne i Hercegovine<sup>13</sup> osnovano je Tužilaštvo Bosne i Hercegovine, dok je donošenjem Zakona o visokom sudskom i tužilačkom savjetu Bosne i Hercegovine<sup>14</sup> 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 entiteta<sup>15</sup>. Navedena ustavna načela potom su razrađena i precizirana odredbama entitetskih zakona: Zakonom o sudovima Republike Srpske<sup>16</sup> i Zakonom o sudovima u Federaciji Bosne i Hercegovine<sup>17</sup>. Prema relevantnim odredbama zakona, Vrhovni sud Federacije Bosne i Hercegovine je definisan kao najviši žalbeni sud u Federaciji<sup>18</sup>, a Vrhovni sud Republike Srpske kao najviši sud u Republici Srpskoj<sup>19</sup>. Potom, u pogledu stvarne nadležnosti, navedenim zakonima je određeno da je Vrhovni sud Federacije Bosne i Hercegovine nadležan da

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

<sup>11</sup> 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.

<sup>12</sup> Sl. gl. BiH, broj 29/00.

<sup>13</sup> Sl. gl. BiH, broj 24/02.

<sup>14</sup> Sl. gl. BiH, broj 15/02.

<sup>15</sup> 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 F BiH sa Amandmanima LVI-LXIII; CIII i CVI.

<sup>16</sup> Sl. gl. RS, broj 111/04.

<sup>17</sup> Sl. nov. FBiH, broj 38/05.

<sup>18</sup> Čl. 18 Zakona o sudovima u Federaciji Bosne i Hercegovine.

<sup>19</sup> Čl. 18 st. 1 Zakona o sudovima Republike Srpske.

<sup>4</sup> 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 ovlaštenjima 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“.

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

<sup>6</sup> S. Sokol/B. Smerdel, *Ustavno pravo*, Zagreb 1998, s. 297.

<sup>7</sup> Čl. III Ustava Bosne i Hercegovine.

<sup>8</sup> Čl. III/1 Ustava Bosne i Hercegovine.

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



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 zakonom, osim onih iz nadležnosti Ustavnog suda Federacije Bosne i Hercegovine<sup>20</sup>. Gotovo na identičan način određena je i stvarna nadležnost Vrhovnog suda Republike Srpske<sup>21</sup>. 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 zakona<sup>22</sup>. 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 Srpske<sup>23</sup>.

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 Hrvatske<sup>24</sup> Vrhovni sud Republike Hrvatske je najviši sud u Republici Hrvatskoj<sup>25</sup> 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; i da razmatra aktuelna pitanja sudske prakse, analizira potrebe za stručnim usavršavanjem sudija, savjetnika i sudskih pripravnika i obavlja druge poslove određene zakonom<sup>26</sup>.

<sup>20</sup> Čl. 29 st. 1 Zakona o sudovima u Federaciji Bosne i Hercegovine.

<sup>21</sup> Čl. 28 Zakona o sudovima Republike Srpske.

<sup>22</sup> Čl. 35 st. 5 Zakona o sudovima u Federaciji Bosne i Hercegovine.

<sup>23</sup> Čl. 123 Ustava Republike Srpske.

<sup>24</sup> Narodne nov. Republike Hrvatske, broj 150/05 od 21. 12. 2005.

<sup>25</sup> Čl. 13 st. 4 Zakona o sudovima Republike Hrvatske.

<sup>26</sup> Čl. 24 Zakona o sudovima Republike Hrvatske.

Položaj i nadležnosti Vrhovnog kasacionog suda Republike Srbije utvrđene su Zakonom o uređenju sudova<sup>27</sup> prema kojem je ovaj sud proklamovan kao najviši sud u Republici Srbiji, čije je sjedište u Beogradu<sup>28</sup>. 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 razloga<sup>29</sup>. 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 zakonom<sup>30</sup>.

U Republici Crnoj Gori položaj i nadležnost Vrhovnog suda utvrđeni su Zakonom o sudovima<sup>31</sup>. Odredbama ovoga zakona određeno je, između ostalog, da je Vrhovni sud najviši sud u Republici sa sjedištem u Podgorici<sup>32</sup>. 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 zakonom<sup>33</sup>. Pored navedenog, pomenutim zakonom je propisano da Vrhovni sud u opštoj sjednici, pored ostalog, utvrđuje načelne pravne stavove i načelna pravna mišljenja radi jedinstvene primjene Ustava, zakona i drugih propisa na teritoriji Republike<sup>34</sup>.

### 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.

<sup>27</sup> Sl. gl. Republike Srbije, br. 116/2008, 104/2009.

<sup>28</sup> Čl. 12 Zakona o uređenju sudova.

<sup>29</sup> Čl. 30 Zakona o uređenju sudova.

<sup>30</sup> Čl. 31 Zakona o uređenju sudova.

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

<sup>32</sup> Čl. 25 Zakona o sudovima.

<sup>33</sup> Čl. 26 Zakona o sudovima.

<sup>34</sup> Čl. 27 Zakona o sudovima.

#### 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 ne-jedinstvena primjena zakona od strane vrhovnih sudova?

No, prije davanje 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 vrhovnih 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”<sup>35</sup>, 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”<sup>36</sup>.

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 položaj 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, pritisaka, prijetnji ili uplitanja, posrednih ili neposrednih, od strane bilo koga ili zbog ikakvog razloga”<sup>37</sup>. 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 vlasti<sup>38</sup>.

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 kvalitetu), 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

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

<sup>36</sup> *Ibid.*, s. 738.

<sup>37</sup> 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.

<sup>38</sup> Evropski sud za ljudska prava, *Baumartin*, presuda od 24. 11. 1994, Series A, no. 296-B, br. 38, 39.

normativna rješenja u pogledu istih instituta u gotovo svim oblastima prava<sup>39</sup>. 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 prevazilaženje 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 jurisdikcije<sup>40</sup>, konstatovao da je takvom odlukom Vrhovni sud Federacije Bosne i Hercegovine povrijedio apelantovo ustavno pravo na pravično suđenje iz čl. II/3 e) Ustava Bosne i Hercegovine i čl. 6 st. 1 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda<sup>41</sup>. 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 [...]”<sup>42</sup>. Ovakvu praksu Ustavni sud Bosne i Hercegovine

je uspostavio po uzoru i na temelju prakse Evropskog suda za ljudska prava<sup>43</sup> 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 povrede 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 suda<sup>44</sup>. Da bi se prekinula takva praksa, tvrde zagovornici ovoga stava, neophodno je konstituisati vrhovni sud na državnom nivou<sup>45</sup> u cilju, 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, 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 zakona<sup>46</sup>, 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 odluka<sup>47</sup> 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

<sup>39</sup> 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.

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

<sup>41</sup> Vidi Ustavni sud Bosne i Hercegovine, Odluka broj AP-2478/06 od 17. 09. 2008, [www.ccbh.ba](http://www.ccbh.ba).

<sup>42</sup> *Ibid.*, s. 10, tačka 23.

<sup>43</sup> 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.

<sup>44</sup> Vidi npr. [http://www.cin.ba/Stories/P20\\_CCourt/?cid=884,2,1](http://www.cin.ba/Stories/P20_CCourt/?cid=884,2,1).

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

<sup>46</sup> 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.

<sup>47</sup> 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.

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

Još negdje 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.

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.

### Rezime

*U radu koji nastoji dati odgovor na pitanje treba li Bosna i Hercegovina jedan vrhovni sud, prikazan je, sa teorijskog i praktičnog aspekta, ambijent u kojem se traže argumenti za opravdanost jednog od dva moguća odgovora i rješenja. Kao što se i u mnoštvu drugih životnih situacija dešava, a koje, čini se, i nemaju izuzetka, tako i u ovome slučaju nije moguće naći samo one argumente koji govore u prilog jednog odgovora. U cilju pokušaja da iznađe odgovarajuće rješenje, autor posebnu pažnju poklanja nadležnostima vrhovnih sudova koje su, negdje ustavom, a negdje zakonom, definisane kao jedinstvena primjena zakona i obezbjeđenje jednakosti građana. Nakon komparacije ove nadležnosti sa takvim istim nadležnostima vrhovnih sudova u drugim pravim sistemima, u bližem okruženju i van njega, i dovođenjem u korelaciju sa određenim međunarodnim pravnim standardima, autor pokušava dati realan prikaz na koji je način moguće inkorporirati navedene pravne vrijednosti u pravni sistem Bosne i Hercegovine.*

### Summary

*The paper, which tries to answer the question of whether Bosnia and Herzegovina needs one Supreme Court, from theoretical and practical aspects, has shown the environment in which arguments are looked for in order to justify one of two possible answers and solutions. As in many other situations in life, which seems are not exceptions, so in this case it is not possible to find only those arguments that speak in favor of single answer. In order to attempt to find an appropriate solution, the author pays special attention to the supreme jurisdiction of the courts which are either constitutionally or by the law defined as the uniform application of law and ensuring the equality of citizens. After comparing this competence with the same powers of the supreme courts in other legal systems in the neighboring area and outside it, and bringing in correlation with certain international legal standards, the author tries to give a realistic view on how is possible to incorporate mentioned values in the legal justice system of Bosnia and Herzegovina.*

## Sadržaj:

1. Uvodna razmatranja .....	45	4. Poštivanje principa vladavine prava i pravne sigurnosti .....	49
2. Da li je BiH bez vrhovnog suda država? .....	46	5. Ujednačavanje sudske prakse .....	50
3. Postoji li u Ustavu BiH pravni osnov za osnivanje Vrhovnog suda BiH? .....	47	6. Umjesto zaključka .....	52

**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 ispolitizirano“<sup>1</sup>.

\* Autorica radi na Ustavnom sudu BiH. Sva mišljenja iznesena u ovom članku ne predstavljaju ni na koji način mišljenje Ustavnog suda BiH, već isključivo mišljenje autorice.

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“<sup>2</sup>.

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

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

<sup>2</sup> 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>.

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 Ustavnog 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“<sup>3</sup>. Predsjednik Advokatske komore RS „tezu da Bosni i Hercegovini nije potreban Vrhovni sud brani političkom argumentacijom. *Mislim da bi se time stvorile jedna apsolutna institucionalna degradacija, i s aspekta nadležnosti i pravosuđa oba entiteta. To je za RS neprihvatljivo*“<sup>4</sup>. 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“<sup>5</sup>. 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“<sup>6</sup>. Zatim, da je u predstojećim ustavnim 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“<sup>7</sup>, a *Jelko*

*Kacin*, poslanik u Evropskom parlamentu, kaže da „država koja nema vrhovni sud nije država“<sup>8</sup>. Evropska komisija u svom Izvještaju o napretku Bosne i Hercegovine u 2010. godini<sup>9</sup>, 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 se 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 ujednačavao sudsku praksu redovnih sudova i obezbijedio ravnopravnost svih građana pred zakonom“<sup>10</sup>. Analogija je jednostavna i zahtijeva da BiH kao i svaka „normalna država“ ima vrhovni sud, te da zbog nepostojanja ove institucije „nećemo moći napredovati na evroatlantskom putu, a pogotovo nećemo biti članica EU i NATO“<sup>11</sup>.

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

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

<sup>4</sup> Na istom mjestu, Jovan Čizmović, predsjednik Advokatske komore RS.

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

<sup>6</sup> Objavljeno na <http://www.hjpc.ba/pr/preleases/1/?cid=4937,2,1>.

<sup>7</sup> *Ibid.*

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

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

<sup>10</sup> Čazim Sadiković i Faris Vehabović, objavljeno na [http://www.cin.ba/Stories/P20\\_CCourt/?cid=884,2,1](http://www.cin.ba/Stories/P20_CCourt/?cid=884,2,1).

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

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 diskriminacije<sup>12</sup>. 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“<sup>13</sup>?

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 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“<sup>14</sup>. 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 sudovima<sup>15</sup>. 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 argumentata koji se navode u korist uvođenja jednog vrhovnog suda u BiH. Nepostojanje sudstva na nivou države, po Ustavu BiH, ne oduzima Bosni i Hercegovini atribut 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.

### 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)<sup>16</sup>, te odluke Ustavnog suda BiH o ustavnosti Zakona o Sudu BiH<sup>17</sup>.

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. 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 zva-

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

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

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

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

<sup>16</sup> 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](http://www.sudbih.gov.ba/files/docs/zakoni/ba/Zakon_o_sudu_29_00_-_bos.pdf).

<sup>17</sup> U 26/01 od 28. 09. 2001, dostupno na [www.ccbih.ba](http://www.ccbih.ba).

ničnici 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“<sup>18</sup>. 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 nacrt Venecijanske komisije“.

Kao što se vidi, pitanju uspostavljanja suda kao institucije na nivou države BiH prethodilo je pažljivo razmatranje nadležnosti države za koje je bilo neophodno uspostaviti sudsku 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 sugeriše uspostavljanje državnog suda kao sudske grane vlasti na tom nivou, zbog čega je, očigledno, iz naziva nacrt 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 poštivanje 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“<sup>19</sup>.

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/3 a) 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) i 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

<sup>18</sup> Aneks Deklaracije Vijeća za implementaciju mira: neophodno mjere, dostupno na [http://www.ohr.int/pic/default.asp?content\\_id=6803](http://www.ohr.int/pic/default.asp?content_id=6803).

<sup>19</sup> 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).



razmotriti samo čl. 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<sup>20</sup>.

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, 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 nabrajanju čl. III/1. Tako je, npr., Predsjedništvu dodijeljena nadležnost civilne komande nad oružanim snagama u čl. V/5 a), 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 Hercegovine<sup>21</sup>.

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“<sup>22</sup>.

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 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, pojednostavljeno) 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

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

<sup>21</sup> *Ibid*, s. 22.

<sup>22</sup> *Ibid*, ss. 24-25.

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 prava<sup>23</sup>.

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 jedankost pred zakonom. Na nivou države je osnovan Sud BiH, kako je to već pokazano, upravo zato da bi postojala institucija koja će štititi prava garantovana državnim zakonima i koji je nadležan da sudi, između ostalog, i za krivična djela koja počinje 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 delikvencije, 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<sup>24</sup>.

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.

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

<sup>24</sup> Izvještaj o napretku, *supra* bilj. 10, ss. 12-14.

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 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 ‘četvrtre 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“<sup>25</sup>, 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 „četvrtre instance“<sup>26</sup>, 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. egzistiraju 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 Gori<sup>27</sup>. 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

<sup>25</sup> Čl. II/1 Ustava BiH.

<sup>26</sup> 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.

<sup>27</sup> 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>.

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 suđenje<sup>28</sup>.

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

<sup>28</sup> Odluka broj AP-2478/06 od 17. 09. 2008, dostupna na [www.ccbh.ba](http://www.ccbh.ba).

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 „rastećenju 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.

## Summary

*The question if BiH needs one Supreme Court at the State level is a complex issue that involves much more consideration than just the mere creation of another court. This complexity derives not from various general arguments 'for' and 'against' its creation that tend to be more political rather than legal. It derives from variety of legal issues, primarily the constitutional bases for the creation of such Court, its jurisdiction, position within the legal BiH system, relation to other Entity courts including Supreme Courts and with the Court of BiH, etc. Also, the discussion should involve strategic issues of the further constitutional development and judicial reform. Is the creation of the BiH Supreme Court crucial for the further judicial reform and for the achievement of a more functional State? Or, is it more important to resolve some other, more difficult problems that judiciary faces in BiH, such as: huge backlog, trial in reasonable time, failures in the implementation of the Judicial Reform Strategy, continuing political pressures, lack of human and material resources, etc.? Author argues that in order to find the best solution it is important to carefully consider all the various questions and issues and not just to view the creation of the BiH Supreme Court as yet another project within judicial or constitutional reform.*

## Sadržaj:

1. Nepostojanja Vrhovnog suda BiH kao rezultat ustavne podjele nadležnosti između entiteta i države .....	53
2. Uspostava Vrhovnog suda BiH i Kopenhagenski kriteriji .....	56
3. Pitanje Vrhovnog suda BiH i sudski sistem EU .....	60
4. Uspostava Vrhovnog suda BiH kao obaveza na osnovu Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju (SSP) .....	62
5. Uspostava Vrhovnog suda kao rezultat jače pregovaračke pozicije EU .....	63
6. Umjesto zaključka: ustavne prepreke za uspostavu Vrhovnog suda BiH vs. snaga političkog cilja članstva u EU .....	64

**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 BiH<sup>1</sup>. 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/3 b) Ustava. Apelaciona jurisdikcija Ustavnog suda unutar okvira čl. VI/2 b) 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 državnom nivou<sup>2</sup>. Komisija je u izvještaju o

napretku BiH u 2007. godini konstatovala da Ustavni sud zbog nepostojanja Vrhovnog suda BiH sve više djeluje kao apelacioni sud<sup>3</sup>. 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/3 a) 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. godine<sup>4</sup>, 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 uspostavljanjem Suda BiH u 2000. godini, čija nadležnost je većinom ograničena na državne zakone<sup>5</sup>.

Venecijanska komisija je, međutim, propustila da konstatuje da čl. III Ustava BiH ne donosi cjelokupnu istinu

\*Autor je docent na Pravnom fakultetu Univerziteta u Zenici.

<sup>1</sup> 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; Ć. 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](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).

<sup>2</sup> 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, 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](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).

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

<sup>4</sup> 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).

<sup>5</sup> 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, 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.

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 međunarodnopravnog 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 formulirano 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 nivou<sup>6</sup>. 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 nauci 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 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 funkcija<sup>7</sup>. 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

<sup>6</sup> 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.

<sup>7</sup> U relevantnom slučaju *Bernadotte*, posrednik UN-a, ubijen je u Palestini 1948. godine. Opća skupština UN-a 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-a; 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.

slučaju *Njemačka i dr./Komisija*<sup>8</sup> 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 aspekt<sup>9</sup>. 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, funkcionirajući 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“<sup>10</sup>.

Drugo pitanje je da li podijeljena odgovornost može značiti podijeljenu/konkurentnu nadležnost za regulaciju date materije. Najnovija praksa Ustavnog suda ide u ovom pravcu, iako to nigdje ne navodi izričito. Naime, u odluci U 12/09<sup>11</sup> 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 BiH<sup>12</sup> 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

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

<sup>9</sup> 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.

<sup>10</sup> 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.

<sup>11</sup> Vidi U 12/09, Sl. gl. BiH, br. 80/2010, tačka 31.

<sup>12</sup> Sl. gl. BiH, br. 50/08 i 35/09.

Protokola br. 12 uz Evropsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, te iz čl. I/4 o uspostavi jedinstvenog tržišta u BiH. Čl. I/4 prema ranijoj odluci Ustavnog suda U 68/02<sup>13</sup> treba tumačiti u skladu sa tumačenjem Suda EU, zbog čega „naknade kao što je porodiljsko 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, samostalno zaposlena lica i članove njihovih porodica koji se kreću unutar Zajednice<sup>14</sup>, te daljnje međunarodne konvencije iz ove oblasti<sup>15</sup>. 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/02/12468<sup>16</sup> 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/3 k) 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/3 k) 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/2 b) ili čl. III/2 d)). Iz 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 države<sup>17</sup>. Tako je pretvorba podijeljene odgovornosti za ispunjenje ustavnopravnih obaveza u podijeljenu nadležnost između države i entiteta naišla na načelno odobravanje u nauci<sup>18</sup>. Za pojedine obaveze zagovara se isključiva nadležnost države<sup>19</sup>, 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 proporcionalnosti<sup>20</sup>. 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 pravima<sup>21</sup>, Zakon o kolektivnom ostvarivanju autorskih i srodnih prava, Zakon o žigu, Zakon o patentu i Zakon o industrijskom dizajnu<sup>22</sup>, te oblast potrošačkog prava koje većim dijelom reguliše obligaciono pravo<sup>23</sup>. Sličan primjer, iako ne iz privatnog prava, pruža i oblast prava konkurencije<sup>24</sup> gdje su odgovarajući zakoni doneseni na državnom nivou. Sada se mora postaviti 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,

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

<sup>14</sup> Sl. list EU 1997, L 28, s.1.

<sup>15</sup> 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).

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

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

<sup>18</sup> 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. Pobrić, *Ustavno pravo*, Mostar 2000, s. 344.

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

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

<sup>21</sup> Sl. gl. BiH, br. 63/10.

<sup>22</sup> Sl. gl. BiH, br. 53/10.

<sup>23</sup> Zakon o zaštiti potrošača, Sl. gl. BiH, br. 25/06.

<sup>24</sup> 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.

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 imovinskopravnih 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, imovinskopravnih 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 zakona<sup>25</sup>. 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 BiH<sup>26</sup>. Jedini osnov za uspostavljanje šire nadležnosti može se pronaći u čl. 9 st. 2 b) 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 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 BiH<sup>27</sup> 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

<sup>25</sup> 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.

<sup>26</sup> Vidi M. Dauster (bilj. 1), s. 12.

<sup>27</sup> Sl. gl. BiH, br. 36/04.

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 izdejstvuje 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)<sup>28</sup>. Prema čl. 47 ZRSZ isključiva međunarodna nadležnost postoji kada je to uređeno ovim ili drugim saveznim zakonom, što se tumači u smislu drugog državnog zakona<sup>29</sup>. 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 i mjesno nadležan za dati spor. Stoga se uzimajući u obzir cijeli niz redakcijskih, jezičkih i pravnih grešaka koji se nalaze u ZZP<sup>30</sup> 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 nedostataka<sup>31</sup>. Komisija izvještaje usvaja na osnovu napretka koji je BiH ostvarila u pogledu kriterija navedenih u čl. 49 Ugovora o EU (UEU)<sup>32</sup>. Prema ovom članu, koji je reformisan Lisabonskim sporazumom, zahtjev za članstvo u EU može podnijeti svaka „evropska država“, koja poštuje vrijed-

<sup>28</sup> Sl. list SFRJ, br. 43 iz 1982.; U BiH je preuzet Uredbom sa zakonskom snagom br. 2 iz 1992. godine

<sup>29</sup> Vidi E. Muminović, *Procesno međunarodno privatno pravo*, Sarajevo 2008, s. 51.

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

<sup>31</sup> 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.



nosti na kojima počiva Unija prema čl. 2 UEU, a to su poštivanje ljudskog dostojanstva, sloboda, demokratija, ravnopravnost, vladavina prava i poštivanje 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 sposobnost za preuzimanje i primjenu cjelokupnog *acquis*-a, uključujući i dio koji se odnosi na Evropsku monetarnu uniju<sup>32</sup>. 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 kriterijem<sup>34</sup>. 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 savjeta<sup>35</sup>, 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 domaće zakonodavstva sa propisima EU, pa se ovdje prepliću politički i pravni kriterij.

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 izuzecima<sup>36</sup>. 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. 1/4 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. 1/4 Ustava BiH, a u okviru Prava EU sveobuhvatno uređenje unutrašnjeg tržišta u Ugovoru o funkcionisanju EU (UFEU)<sup>37</sup>. EU cjelokupnu harmonizaciju privatnog prava na nivou EU zasniva na tome da razlike u uređenju privatnog prava država članica predstavljaju potencijalnu prepreku za tržišne slobode<sup>38</sup>, pa bi bilo paradoksalno da 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

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

<sup>37</sup> Prije svega odredbe čl. 26 – 66 UFEU; Sl. list EU 2010, 83, ss. 49-199.

<sup>38</sup> 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.

<sup>32</sup> Sl. list EU 2010, C 83, 1-388.

<sup>33</sup> Zaključci Evropskog Savjeta, 21 – 22. 06. 1993, Kopenhagen; vidi N. Mišić, *Osnovi Prava Evropske unije*, Sarajevo 2007, s. 445.

<sup>34</sup> Zaključci Evropskog savjeta, 15 – 16. 12. 1995, Madrid.

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

radnog prava, jednaki propisi vrijede i za privatnopravne odnose u oblasti slobode kretanja radnika<sup>39</sup> i usluga<sup>40</sup>, jer ove tržišne slobode imaju tzv. treće dejstvo, tj. vrijede i u odnosima između pojedinaca<sup>41</sup>. 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 ispitujemo mjeru koja je, kako je prethodno utvrđeno, neopravdano kršila tržišne slobode, nego ispitujemo supsidijarnost i proporcionalnost mjere kojom se harmonizuje pravna oblast koja prema stavu Ustavnog suda spada u podijeljenu nadležnost entiteta i države<sup>42</sup>.

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 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 nadležnost<sup>43</sup>, 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 supsidijarnosti<sup>44</sup>. Tako interpretativni učinak prakse Suda EU na čl. 1/4 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 pozitivne integracije, jer mogućnost jednostranih entitetskih amandmana na donesene zakone također predstavlja potencijalnu prepreku za unutrašnje tržište<sup>45</sup>. Osim toga, sve dok se zakoni koji služe uspostavljanju unutrašnjeg tržišta donose na entitetskom nivou, ne postoji organ koji bi u samoj izradi nacrtu i kasnijem zakonodavnom postupku kontrolirao njihovu međusobnu usklađenost, ili kako se to sad dogodilo u slučaju Zakona o stvarnim pravim Republike Srpske<sup>46</sup>, 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 porijekla<sup>47</sup>.

Ovim su najčešće pogođena bezposjedovna sredstva osiguranja na pokretnim stvarima, što je u BiH riješeno na državnom nivou donošenjem Okvirnog zakona o zalo-

<sup>39</sup> 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.

<sup>40</sup> 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.

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

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

<sup>43</sup> Čl. 4 st. 2 Ugovora o Evropskoj uniji (UEU); Sl. list. EU 2010, C 83, 1-388.

<sup>44</sup> Vidi T. Perišin, Razgraničenje ovlasti Europske unije i država članica u: S. Rodin/T. Čapeta/I. Goldner Lang (ed.), *Reforma Europske 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.

<sup>45</sup> 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 Benoit 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.

<sup>46</sup> Sl. gl. RS, br. 124/08 i 58/09.

<sup>47</sup> 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.

zima<sup>48</sup>. 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 kretanja radnika i slobode poslovnog nastanjanja trebali biti regulisani na državnom nivou, nakon njih slijede obligaciono i stvarno pravo, dok porodično i nasljedno pravo samo pogranično utiču na tržišne slobode<sup>49</sup>. U tom smislu Okvirni zakon o registraciji poslovnih subjekata u BiH<sup>50</sup> koji ima uporediv stepen detaljnosti kao i u vrijeme donošenja sa Okvirnim zakon o zalozima, ne zadovoljava uslove slobode poslovnog nastanjanja<sup>51</sup>, jer spada u privredno pravo čija je jedinstvena regulacija u mnogo većem stepenu nužna za ostvarenje slobode poslovnog nastanjanja, 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 ostvariv<sup>52</sup>.

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.

Nadalje, pravni kriterij za preuzimanjem cjelokupnog *acquis*-a, obuhvata i preuzimanje veoma važnog sastav-

nog dijela Prava EU, njegovog 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 slijede<sup>53</sup>. 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 imovinskopravne zahtjeve 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

<sup>48</sup> Sl. gl. BiH, br. 28/04 i 54/04.

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

<sup>50</sup> Sl. gl. BiH, br. 42/04.

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

<sup>52</sup> 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.

<sup>53</sup> Načelo *effet utile* je svoju potpunu afirmaciju dobilo u odlukama Royer (Sud EU, 08. 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).

odgovornosti, utemeljenog u odlukama *Francovich*<sup>54</sup> i *Brasserie du pecheur*<sup>55</sup>, 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“<sup>56</sup>. 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 članice<sup>57</sup>. 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 instance<sup>58</sup>. Sud EU 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 država<sup>59</sup>.

### 3. Pitanje Vrhovnog suda BiH i sudski sistem EU

Za sveobuhvatno razumijevanje prakse Suda EU u pogledu državne odgovornosti za štetu nanesenu pojedincu,

<sup>54</sup> 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.

<sup>55</sup> Sud EU, 05. 03. 1996, povezani predmeti C-46/93 i C-48/93, Brasserie du pecheur 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.

<sup>56</sup> 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.

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

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

<sup>59</sup> 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.

treba podsjetiti na to koju ulogu nacionalni sudovi posljednje instance zauzimaju u sudskom sitemu 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 odlučivanja<sup>60</sup>. 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 vodi<sup>61</sup>. 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!) 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 članicama<sup>62</sup>. Ovaj postupak predstavlja nužnu kariku u obrazovanju neprotivječnog pravnog sistema gdje se odlukom nacionalnog suda u skladu sa dobivenim smjernicama od Suda EU, osigurava transfer standarda Prava EU u nacionalni pravni poredak<sup>63</sup>.

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 odluku<sup>64</sup>. 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

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

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

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

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

<sup>64</sup> 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.

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 zaštite<sup>65</sup>. Sud EU je u odluci *Lyckeskog* utvrdio da pojam sud zadnje instancene 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 teorije<sup>66</sup>. 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 EU<sup>67</sup>. 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 EU<sup>68</sup>. 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 suda<sup>69</sup>. 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“<sup>70</sup>.

Iz obaveze obraćanja nacionalnog suda zadnje instance u okviru postupka prethodnog odlučivanja u skladu sa čl. 267 st. 3 UFEU ne može se izvući zaključak o nužnosti postojanja vrhovnog suda na 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 EU<sup>71</sup>, gdje Sud EU nastoji osigurati jedinstveno tumačenje

<sup>65</sup> Vidi T. C. Hartley (bilj. 7), s. 283.

<sup>66</sup> 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. Opper mann/D. Classen/M. Nettesheim, *Europarecht*, München 2009, s. 272; A. Haratsch/Ch. Koenig/M. Pechstein (bilj. 62), s. 247. Zagovornici apstraktne 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.

<sup>67</sup> 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.

<sup>68</sup> Vidi M. Stanivuković (bilj. 66), s. 106.

<sup>69</sup> Vidi Th. Opper mann/D. Classen/M. Nettesheim (bilj. 66), s. 273.

<sup>70</sup> Vidi W. Frenz (bilj. 58), s. 630.

<sup>71</sup> Vidi G. Reichelt (bilj. 60), s. 80.

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 BiH. Treba dodatno uzeti u obzir da je BiH ujedno i jedina evropska država koja nema Vrhovni sud na državnom nivou<sup>72</sup>. 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 EU<sup>73</sup>. Sporazum je zaključen kao tzv. „mješoviti

<sup>72</sup> Vidi M. Dauster (bilj 1), s. 11.

<sup>73</sup> Vidi S. Rodin, *Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju u pravnom*

sporazum<sup>74</sup>, 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 EU<sup>75</sup>. Francuska je kao posljednja preostala država članica ratifikovala SSP sa BiH 10. februara 2011<sup>76</sup>. 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 pridruživanju<sup>77</sup> koji sadrži najtemeljnije 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 1969<sup>78</sup>. 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-uzvraćeno iz Brisela“<sup>79</sup>. 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*<sup>80</sup> te povredu čl. 36 Privremenog SSP-a nedonošenjem zakona o državnoj pomoći na nivou BiH.

---

*poretku Evropske zajednice i Republike Hrvatske*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Zagrebu, 3-4/2003, s. 592.

<sup>74</sup> Vidi T.C. Hartley (bilj. 7), s. 163.

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

<sup>76</sup> Vidi [http://www.consilium.europa.eu/App/accords/Default.aspx?command=details&id=297&lang=EN&aid=](http://www.consilium.europa.eu/App/accords/Default.aspx?command=details&id=297&lang=EN&aid=2008023&doclang=EN)

2008023&doclang=EN (očitanje 01. 04. 2011).

<sup>77</sup> Sl. gl. BiH, br. 5/08, dodatak međunarodni ugovori.

<sup>78</sup> 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.

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

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

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 ova odredba već vrijedi u BiH<sup>81</sup>. Obaveza koja proizilazi 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 roba, 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 tržište<sup>82</sup>.

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 nivou<sup>83</sup>. 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 podrazumijeva<sup>84</sup>. Ovakav stav Ustavnog suda, utemeljen nekoliko godina prije potpisivanja SSP-a, rano je pokazao prepoznavanje da je usaglašavanje entitetskih propisa sa klauzulom čl. I/4 Ustava, s obzirom na politički cilj BiH za članstvom

---

<sup>81</sup> 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.

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

<sup>83</sup> 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.

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

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 proizilaze 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 BiH<sup>85</sup> 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.

## 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 formulirati. 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 nagradi<sup>86</sup>. 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 uspostavljanjem 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 ograničavajućim<sup>87</sup>. Jača pregovaračka pozicija EU jedna je od osnovnih karakteristika predpristupnog procesa, koja se može odraziti i na uslove koji se državi članici postavljaju, ne zaboravljajući istovremena prava i finansijsku podršku koja se daju kandidatkinji<sup>88</sup>. Pri tome EU u predpristupnoj strategiji trećim državama određuje kriterije za članstvo u oblastima za koje u svojim odnosima prema državama članicama uopće nema ovlasti<sup>89</sup>.

Iako čl. 217 UFEU propisuje da sporazumi o pridruživanju podrazumijevaju međusobna prava i obaveze, ona se ne smiju shvatiti u smislu reciprociteta<sup>90</sup>. 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 države<sup>91</sup>. 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 obaveze<sup>92</sup>. 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 suda<sup>93</sup>. Međutim, ovdje je situacija drugačija, jer i neke od starih država članica poput Nizozemske nemaju Ustavni sud u svom sudskom sistemu.

u: A. Ott/K. Inglis, *Handbook on European Enlargement-A Commentary on the Enlargement Process*, The Hague 2002, s. 167.

<sup>87</sup> 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.

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

<sup>89</sup> 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.

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

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

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

<sup>85</sup> Sl. gl. BiH, br. 48/05; izmjene Sl. gl. BiH, br. 76/07 i br. 80/09.

<sup>86</sup> Vidi J. Marko/J. Wilhelm, *Stabilisation and Association Agreements*,

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 BiH<sup>94</sup>. Samo članstvo u EU zahtijeva ustavnu reformu kojom se dio suverenih ovlasti države prenosi na EU<sup>95</sup>, pa se ni pitanje uspostave Vrhovnog suda u okviru evropskih integracija ne može posmatrati kao unutrašnje pitanje BiH. Ovo je vidljivo iz slijedećih 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 zahtijeva koje EU postavi pred BiH neće steći pravo na članstvo u EU<sup>96</sup>, 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 sistema<sup>97</sup>. 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“<sup>98</sup>. Navedene konstatacije Komisije

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

<sup>94</sup> 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.

<sup>95</sup> 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.

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

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

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

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 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 napredak<sup>99</sup>, 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 pokrivene 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. Podimo od čl. I/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 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 po-

<sup>99</sup> *Ibid.*, s. 39.



stupaka koji su predviđeni pred Ustavnim sudom BiH, u svim aspektima prava privrednih društava izvan područja primjene slobode poslovnog nastanjivanja 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/3 a) nadležni za sve vladine funkcije koja 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 države<sup>100</sup>. Ovdje se treba uzeti u obzir i čl. III/3 b) 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 sloboda<sup>101</sup>. 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.

<sup>100</sup> Vidi M. Dauster (bilj. 1), 17.

<sup>101</sup> *Ibid.*

Prava koja proizilaze iz tako donesenih zakona, mora štiti odgovarajući sudski organ na državnom nivou.

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. I/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. I/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.

### Zusammenfassung

*Bosnien und Herzegowina (BuH) ist der einzige europäische Staat ohne einen obersten Gerichtshof auf der Staatsebene. Die Analyse fragt, ob diese Besonderheit des bosnisch-herzegowinischen Gerichtssystems ein Hindernis für den Beitritt zur Europäischen Union (EU) darstellt. Es wird auf die Ergebnisse der Venedig-Kommission hingewiesen, die das Nichtbestehen des obersten Gerichtshofs mit der Verteilung der Kompetenzen zwischen dem Staat und den Entitäten in der Verfassung von BuH rechtfertigt. Einen wichtigen Teil der Analyse stellt die Beantwortung der Frage dar, ob die Errichtung eines staatlichen obersten Gerichtshofs der aktuellen Verfassung von BuH widerspricht. Die Errichtung des obersten Gerichtshofs von BuH als eine Bedingung für den Beitritt zur EU wird durch die Kopenhagen- und Madrid-Kriterien hinterfragt, sowie aufgrund der Jahresberichte der Kommission, worin der Fortschritt von BuH hinsichtlich der Erfüllung dieser Kriterien begutachtet wird. Der Kommissionsbericht wird aus dem Blickwinkel des Gerichtssystems der EU, der Pflichten, die BuH mit der Unterzeichnung des Stablisierungs- und Assoziierungsabkommens übernommen hat, sowie des existierenden Gerichtssystems von BuH analysiert. Abschließend werden die Kriterien, die die EU vor B.u.H. stellt mit den Pflichten verglichen, die sich für BuH. aus ihrer Verfassung ergeben. Es wird, unter Berücksichtigung des verfassungsrechtlichen Aufbaus von BuH, auf die notwendigen Verbesserungen der Gerichtsbarkeit von BuH hingewiesen.*

## Sadržaj:

1. Uvod .....	66	4. Sudstvo u jugoslovenskoj federaciji .....	67
2. Značaj razumijevanja oblika državnog uređenja .....	66	5. Sud Bosne i Hercegovine ili Vrhovni sud Bosne i Hercegovine? .....	69
3. Institucija vrhovnog suda u Bosni i Hercegovini .....	66	6. Zaključak .....	71

**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 njih<sup>1</sup>. 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.

**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

<sup>1</sup> 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.

\* Autor je docent na Pravnom fakultetu Univerziteta u Istočnom Sarajevu.

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 procedura 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 sudovima<sup>2</sup> 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 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 Hercegovine<sup>3</sup>.

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

<sup>3</sup> Sl. nov. FBiH 38/2005 i 22/2006.

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 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 Hercegovine<sup>4</sup> 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

<sup>4</sup> Sl. nov. FBiH 9/05.

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. Ustav iz 1946. i 1963. godine 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 taksativno 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 zakonom<sup>5</sup>. Kako vidimo, Vrhovni sud Jugoslavije je bio nadležan da obezbijedi jedinstvenu primjenu saveznih zakona i da rješava o pravnim 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

<sup>5</sup> „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.

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 sredstvima<sup>6</sup>. 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 federacije<sup>7</sup>. 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 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 sudu<sup>8</sup>. On je odlučivao u posljednjem stepenu, kad je to

<sup>6</sup> Grupa autora, *Ustav SFRJ Stručno objašnjenje*, 1975, s. 543.

<sup>7</sup> Grupa autora (bilj. 6), s. 545.

<sup>8</sup> Sl. I. SRJ 27/92.

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 sudsku vlast. Odsustvo sudske vlasti na nivou Bosne i Hercegovine ponekad predstavlja, kako ističu pojedini autori, osnov za tvrdnju o konfederalnom karakteru Bosne i Hercegovine<sup>9</sup>. Vrlo ograničene nadležnosti državnih institucija, utvrđene Ustavom Bosne i Hercegovine, vjerovatno su navele ustavotvorca na zaključak da jedan državni sud nije potreban<sup>10</sup>.

Čini se, ipak, da je nužno postojanje institucije sudske vlasti na državnom nivou, kako bi država mogla obezbijediti primjenu svog prava i sankcionisati protivpravna ponašanja<sup>11</sup>. 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.

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

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

<sup>11</sup> „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.

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 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 Hercegovine<sup>12</sup>. 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, 11 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 odslikava 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 drugostepenu nadležnost u krivičnim i upravnim stvarima koje su uređene zakonima Bosne i Hercegovine, a u ne-

<sup>12</sup> 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](http://www.civilnodrustvo.ba/files/docs/Završni_dokument_radne_grupe_Udruženja_mladih_pravnika_u_BiH.pdf), pogledano 09. 05 2011.

kim izuzetnim slučajevima i zakonima entiteta i Distrikta. U poređni 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)<sup>13</sup>. Drugim riječima, vrhovni sudovi imaju i prvostepenu i drugostepenu nadležnost, s tim što je ova prva najčešće usko postavljena<sup>14</sup>, 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 Hercegovine<sup>15</sup>. U tom slučaju bi Vrhovni sud Bosne i Hercegovine imao nadležnost ujednačavanja sudske prakse, čime bi obezbjeđivao da sudovi u Bosni i Hercegovini jedinstveno primjenjuju zakone Bosne i Hercegovine<sup>16</sup>. Ovo bi bio napredak i u

<sup>13</sup> 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.

<sup>14</sup> 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).

<sup>15</sup> 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 krivičnog i građanskog prava, dok Saveznom sudu pripada apelaciona nadležnost, što proističe iz činjenice da federacija uređuje ova pitanja Krivičnim i Građanskim zakonikom.

<sup>16</sup> 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.

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 Hercegovine<sup>17</sup>. 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 entiteta<sup>18</sup>. Uloga Vrhovnog suda Bosne i Hercegovine 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 prava<sup>19</sup>. 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 fede-

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

<sup>18</sup> 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.

<sup>19</sup> U poređni 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).

ralnog 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.

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 prava<sup>20</sup>. 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.

## 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.

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

## Summary

*In the professional and scientific public, as well as among the political elite, for a long time there is a discussion about whether BH needs Supreme Court and what is the possibility to establish it. It is clear that the possible establishment of the mentioned institution can come out only by revision of BH Constitution, by which it have to be stipulated its jurisdiction and procedure of selection of judges. Discussion about establishment of Supreme Court of BH or modification of jurisdiction of existing BH court must start from determining the nature of state organization of Bosnia and Herzegovina. If we start form the compound state structure and its, basically federal government structure, it becomes clear that the judicial institution at state level needs to ensure harmony of applying laws and other state official documents. Due to the problem of the pluralism of legal system in BH, which is in harmony with principle of separation of powers and adopted Federal principle, it is clear that judicial authority on state level must ensure the protection of the state legal system, while the entities, trough the tree level structure judicial authorities, would continue to protect their legal system and harmonization of judicial practice regarding implementation of entities' law.*

## Poziv za angažman u Fondaciji

FCJP je fondacija čiji je osnovni zadatak analiza javnopravnih problema u regiji i obrada izabranih pitanja koja se u formi pravnih ekspertiza provode na zahtjev zainteresiranih stranaka. Za 2011. godinu raspoložemo sa više slobodna mjesta za

### SARADNIKE

iz BiH i regiona (Hrvatska, Srbija i Crna Gora)

Angažiramo diplomirane pravnike u svim akademskim zvanjima. Tražimo saradnike za obradu izabranih tema u okviru tekućih analiza. Angažman je predviđen za period od 2 do 12 mjeseci. Zainteresirani smo za osobe sa završenim pravnim fakultetom koje odlično govore jedan ili više stranih jezika (obavezno njemački ili engleski). Prednost dajemo osobama sa položenim pravosudnim ispitom i iskustvom iz prakse, očekujemo odgovarajući afinitet ili iskustvo u pisanju pravnih analiza. Elokventan nastup, samostalan radni stil i samoinicijativa se podrazumijevaju.

Ako se raspoznajete u opisanom profilu i želite se uključiti već u u fazi pokretanja jednog široko postavljenog projekta koji se odnosi na pravnički rad visoke stručnosti, molimo da se javite kratkom biografijom na bosanskom, hrvatskom ili srpskom jeziku iz koje će se vidjeti Vaš obrazovni put, uspjesi u studiju, stečena akademska zvanja i skupljena iskustva u klasičnim područjima angažmana pravnika.

Informacije o FCJP možete pronaći na našoj web-stranici [www.fcjp.ba](http://www.fcjp.ba); aplikacije na ruke prof. dr. Edina Šarčevića, putem e-maila: [edin@uni-leipzig.de](mailto:edin@uni-leipzig.de)



Fondacija Centar za javno pravo  
Stiftung Kompetenzzentrum für Öffentliches Recht  
Foundation Public Law Centre



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