

eudaimonia

Revija za pravnu, političku i
socijalnu teoriju i filozofiju

Br. 1 Januar 2017.

Izdavač

IVR **SRBIJA**

Srpsko udruženje za pravnu
i socijalnu filozofiju

IZBOR DOMAĆIH SUDIJA USTAVNOG SUDA BiH – DISKRIMINIRAJUĆI USTAVNI OBIČAJ?

Harun Išerić

Strane: 47–82

Online na: <http://www.ivrserbia.org/article/izbor-domacih-sudija-ustavnog-suda-bih-diskriminirajuci-ustavni-obicaj/>

IZBOR DOMAĆIH SUDIJA USTAVNOG SUDA BiH – DISKRIMINIRAJUĆI USTAVNI OBIČAJ?

Rad se bavi praksom izbora domaćih sudija Ustavnog suda Bosne i Hercegovine i primjenom etničkog principa prilikom tog izbora. U prvom dijelu je predstavljena metodologija istraživanja. Drugi dio rada predstavlja etničko-teritorijalni princip ustavnog uređenja BiH te daje osnovne naznake o Ustavnom sudu BiH. Treći dio kroz teorijsku ravan razmatra elemente i vrste ustavnog običaja. U nastavku rada, (četvrti dio) analizom elemenata ustavnog običaja u postupku izbora domaćih sudija Ustavnog suda, utvrđuje se da ta praksa predstavlja ustavni običaj. Glede pitanja o kojoj se vrsti ustavnog običaja radi, razmatrajući praksu Evropskog suda za ljudska prava te službene dokumente organa koji su učestvovali u dosadašnjim postupcima izbora sudija, dolazi se do zaključka da se radi o običaju protivnom ustavnim odredbama o direktnoj primjeni Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda i njenih protokola (prvenstveno Protokola br. 12 – opšta zabrana diskriminacije) te ustavnim odredbama o zabrani diskriminacije (peti dio rada). U prilog ovom zaključku predstavljaju se odredbe prethodnih poslovnika odnosno pravila Ustavnog suda te stavovi pojedinih članova akademske zajednice. Posljednji dio rada (šesti dio) predlaže najadekvatniji način promjene ovog ustavnog običaja.

Ključne riječi: *Bosna i Hercegovina, Ustavni sud, izbor sudije, ustavni običaj, diskriminacija*

1. UVOD

Predmet istraživanja je praksa izbora domaćih sudija Ustavnog suda Bosne i Hercegovine [BiH]. Istraživanje ima za cilj

* Student drugog ciklusa studija na Pravnom fakultetu Univerziteta u Sarajevu, harun.iseric@gmail.com

utvrditi da li ova praksa predstavlja ustavni običaj koji diskriminira kandidate za funkciju sudije Ustavnog suda BiH temeljem njihove nacionalnosti. Zadaci istraživanja su sljedeći: analizirati temeljne postulate postdejtonskog ustavnog uređenja BiH te izbor sudija i sastav Ustavnog suda; utvrditi temeljna teorijska razmišljanja o ustavnom običaju i njegovim elementima; analizirati izbore dosadašnjih sudija Ustavnog suda u svjetlu elemenata ustavnog običaja kako bi se utvrdilo da li se radi o ustavnom običaju; u kontekstu prakse Evropskog suda za ljudska prava [ESLjP] analizirati izbor domaćih sudija Ustavnog suda s ciljem utvrđivanja diskriminacije; razmotriti mišljenja članova akademske zajednice; analizirati u kojoj mjeri Pravila Ustavnog suda su reflektovala ovakvu praksu izbora domaćih sudija te u konačnici analizirati percepciju javnosti o ovom pitanju. Istraživačka pitanja su sljedeća: da li izbor domaćih sudija Ustavnog suda BiH predstavlja ustavni običaj prema kojem sudije izabrane iz entiteta¹ Republika Srpska [RS] su uvijek srpske nacionalnosti, a sudije izabrane iz entiteta Federacija BiH [FBiH] uvijek bošnjačke i hrvatske nacionalnosti? Da li je ovaj ustavni običaj protivan Ustavu BiH, preciznije odredbama o zabrani diskriminacije? U radu će se koristiti sljedeće metode: historijsko-komparativni, dogmatsko-normativni i aksiološki. Istraživanje se sprovodi u trenutku kada je BiH četvrti put proglašena krivom za kršenje Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda [EKLjP] zbog diskriminirajućih ustavnih odredbi prema kojima su državljani BiH koji se izjašnjavaju kao ostali tj. pripadnici nacionalnih manjina ili jednostavno kao građani BiH, onemogućeni da se kandidiraju i budu izabrani za članove Predsjedništva BiH i Doma naroda Parlamentarne skupštine BiH. Pored normativnih promjena do kojih će doći izvršenjem presuda ESLjP-a, morat će se promijeniti i prakse izbora na pojedine funkcije. Prema tome, rad doprinosi ovom procesu, identificirajući praksu izbora domaćih sudija Ustavnog suda BiH, kao jednu od mnogih, koja će se morati promijeniti u nadolazećem vremenskom periodu.

¹ BiH se sastoji od dva entiteta tj. političko-teritorijalne jedinice: Republike Srpske i Federacije BiH.

2. O USTAVU BiH

Ustav BiH² je aneks broj IV međunarodnog ugovora: Opšti okvirni sporazum za mir u BiH. Ustav broji 12 članova³ i dva aneksa⁴.

2.1. Konstitutivnost naroda

Preambula⁵ Ustava BiH navodi da „Bošnjaci, Hrvati i Srbi, kao konstitutivni narodi (u zajednici sa ostalim) i građani Bosne i Hercegovine ovim utvrđuju Ustav BiH...” Prema tome, tri grupe su identificirane u populaciji BiH: konstitutivni narodi, ostali i građani BiH. Ostali su definisani kao pripadnici etničkih manjina i lica koja se ne izjašnjavaju kao pripadnici bilo koje grupe zbog mješovitih brakova, mješovitih brakova roditelja i drugih razloga.⁶ Građani BiH su oni koji se izjašnjavaju samo kao građani BiH. Pojam „konstitutivni narod“, Ustavni sud BiH je razmatrao prvi put u predmetu U 5/98. Priznanje Bošnjaka, Hrvata i Srba kao konstitutivnih naroda znači da oni kao skupine tj. grupe uživaju jednakost na cjelokupnoj teritoriji BiH. To je prepoznato kao ustavno načelo kolektivne jednakosti. „Ustavno načelo kolektivne jednakosti konstitutivnih naroda, koje proizilazi iz označavanja Bošnjaka, Hrvata i Srba kao konstitutivnih naroda, zabranjuje bilo kakve posebne privilegije za jedan ili dva od tih naroda, svaku dominaciju u struktura vlasti i svaku etničku homogenizaciju putem segregacije

² Za potrebe ovog rada je korišten Ustav BiH dostupan na web stranici Ustavnog suda BiH, http://www.ccbh.ba/public/down/USTAV_BOSNE_I_HERCEGOVINE_bos.pdf asp, 8. oktobar 2016.

³ Član 1 – Bosna i Hercegovina, član 2 – Ljudska prava i osnovne slobode; član 3 – Nadležnosti i odnosi između institucija Bosne i Hercegovine i entiteta; član 4 – Parlamentarna skupština; član 5 – Predsjedništvo; član 6 – Ustavni sud; član 7 – Centralna banka; član 8 – Finansije; član 9 – Opšte odredbe; član 10 – Izmjene i dopune; član 11 – Prelazne odredbe; član 12 – Stupanje na snagu.

⁴ Aneks 1 – Dodatni sporazumi o ljudskim pravima koji će se primjenjivati u Bosni i Hercegovini i aneks 2 – Prelazne odredbe.

⁵ Ustavni sud BiH je u svojoj Djelomičnoj odluci u predmetu br. U 5/98-III od 1. jula 2000. godine (*Službeni glasnik BiH*, br. 23/00), zaključio da je preambula sastavni dio Ustava (§ 19) i da ima normativni karakter (§ 25).

⁶ Sejdović i Finci protiv BiH, br. 27996/06 i 34836/06, 22.12.2009., § 11.

zasnovane na teritorijalnom razdvajanju.“⁷ Ovo načelo također „nameće obavezu entitetima da ne diskriminiraju ... one konstitutivne narode koji su, u stvarnosti, u manjinskom položaju u odgovarajućem entitetu.“⁸ Shodno tome, Ustavni sud je zaključno istakao ustavnu obavezu entiteta nediskriminacije skupine u ostvarivanju prava kao da „npr. jedan ili dva konstitutivna naroda imaju poseban povlašten tretman kroz pravni sistem entiteta.“⁹ Ovo je drugo bitno načelo koje je uspostavio Ustavni sud, a koje se veže za pojam konstitutivnih naroda. To je načelo nediskriminacije.

2.2. Etničko-teritorijalni princip ustavnog uređenja BiH

Princip kojim je uspostavljen dejtonski ustavni poredak BiH je etničko-teritorijalni. Pojedini autori razdvajaju ovaj princip na dva osnovna načela „na kojima je utemeljen Ustav BiH.“ To su načelo etničkog pariteta i načelo entitetske proporcionalnosti.¹⁰ Načelo etničkog pariteta se prije svega odnosi na položaj i pojam konstitutivnih naroda, a entitetske proporcionalnosti na činjenicu da se državne institucije, formiraju temeljem principa da jedna treća dolazi iz RS, a dvije trećine iz FBiH. Prema etničko-teritorijalnom principu, jedna etnička grupa se veže za pojedinu teritoriju – entitet u BiH. Tako se Srbi vežu za entitet Republika Srpska, a Bošnjaci i Hrvati za entitet Federacija Bosne i Hercegovine. „Svaki put se na državnom nivou svi građani RS predstavljaju kao etnički Srbi, Federacije BiH kao Hrvati i Bošnjaci.“¹¹ To se najbolje reflektuje kroz izbor i sastav Predsjedništva BiH,¹² kolektivnog šefa države i Doma naroda,¹³

⁷ Djelomična odluka Ustavnog suda u predmetu br. U 5/98-III od 1. jula 2000. godine, § 60; Djelomična odluka Ustavnog suda u predmetu br. U 4/04-I od 31. marta 2006. godine, *Službeni glasnik BiH*, br. 23/00, § 117.

⁸ Preciznije, Bošnjake i Hrvate u RS-u i Srbe u FBiH. Djelomična odluka Ustavnog suda broj U 5/98-III od 1. jula 2000. godine, § 59; Odluka o dopustivosti i meritumu u predmetu br. U 3/13, *Službeni glasnik BiH*, br. 100/15, § 87.

⁹ Djelomična odluka Ustavnog suda u predmetu br. U 5/98-III od 1. jula 2000. godine, § 59.

¹⁰ Lejla Balić, „Ustavni običaj u BiH – osvrt na izbor sudija Ustavnog suda BiH“, *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu* (Godišnjak PFSA) LII – 2009, 18.

¹¹ Edin Šarčević, „Dejtonski Ustav, Karakteristike i problemi“, *Status* 13/2008, 161.

¹² Predsjedništvo BiH ima tri člana: jednog Bošnjaka i jednog Hrvata koji se biraju direktno sa teritorije FBiH i jednog Srbina koji se bira direktno sa teritorije RS. Tri člana se rotiraju na mjesto predsjedavajućeg Predsjedništva.

gornjeg doma državnog Parlamenta.¹⁴ Srpski član/ovi Predsjedništva i Doma naroda biraju se iz entiteta RS, a bošnjački i hrvatski članovi ovih institucija iz entiteta FBiH.¹⁵

Odgovarajući na ovakav etničko-teritorijalni princip ustrojstva BiH, Ustavni sud je istakao da „teritorijalni raspored ... ne smije služiti kao instrument etničke segregacije, već mora ugađati etničkim skupinama putem očuvanja lingvističkog pluralizma i mira u cilju doprinosa integraciji države i društva kao takvih.“¹⁶ Sud je stava da „nije upitno da etnička razdioba teritorijalnim rasporedom ne zadovoljava standarde demokratske države i pluralističkog društva utemeljene člankom I/2 Ustava BiH, u svezi s trećom alinejom Preambule.“¹⁷ Teritorijalni raspored BiH, na dva entiteta, prema mišljenju Ustavnog suda „ne može služiti kao ustavna legitimacija za etničku dominaciju, nacionalnu homogenizaciju ili pravo na održavanje učinka etničkog čišćenja.“¹⁸ Iako je etničko-teritorijalni princip ustavnog uređenja BiH *de facto* Ustavni sud proglasio za neustavan, a potom ESLjP za suprotan EKLjP-u te njenim

¹³ Dom naroda ima 15 delegata: pet Bošnjaka, pet Hrvata i pet Srba. Pet Srba bira Narodna skupština RS, a pet Bošnjaka i pet Hrvata biraju hrvatski i bošnjački klubovi naroda u Domu naroda Parlamenta FBiH

¹⁴ Druge državne institucije također reflektuju ovaj etničko-teritorijalni princip. Prvi Upravni odbor Centralne banke sastojao se od guvernera, stranca, i tri člana: jednog Bošnjaka i jednog Hrvata iz FBiH i jednog Srbina iz RS.

¹⁵ Ovakva kompozicija državnih organa je prisutna i pri sastavljanju organa za koje Ustav ne propisuje koje nacionalnosti imaju biti članovi iz RS, a koje nacionalnosti članovi iz FBiH. Tako, na primjer, Ustav određuje da 2/3 članova donjnjeg doma Parlamenta BiH, Predstavničkog doma, se biraju sa teritorije FBiH, a 1/3 sa teritorije RS. Potom, Predsjedništvo imenuje predsjedavajućeg Vijeća ministara, koji imenuje ministra vanjskih poslova i ministra vanjske trgovine i druge ministre po potrebi. Oni preuzimaju dužnosti po odobrenju Predstavničkog doma BiH. Najviše 2/3 ovih ministara dolaze sa teritorije FBiH. Ustav također propisuje da najviše 2/3 ambasadora i drugih međunarodnih predstavnika BiH mogu biti odabrani sa teritorije FBiH. Dakle, Ustav ne propisuje nacionalnost članova Predstavničkog doma Parlamenta BiH, Vijeća ministara niti ambasadora BiH, koji dolaze iz entiteta RS, odnosno FBiH. Međutim, u pravilu oni koji dolaze iz RS su Srbi, a iz FBiH, Bošnjaci i Hrvati.

¹⁶ Djelomična odluka Ustavnog suda u predmetu br. U 5/98-III od 1. jula 2000. godine, § 57.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ *Ibid.*, § 61; Djelomična odluka Ustavnog suda u predmetu br. U 4/04-I, od 31. marta 2006. godine, § 118.

protokolima,¹⁹ ovaj princip je ostao osnovna karakteristika ustavnog uređenja BiH.

2.3. Ustavni sud BiH

Ustavni sud BiH je jedina sudska instanca predviđena u Dejtonskom ustavu BiH, preciznije u članu VI Ustava BiH. Ustavni sud čini devet sudija. Tri člana, koji nisu državljani BiH, a ni susjednih država²⁰, imenuje predsjednik ESLJP nakon konsultacija sa Predsjedništvom BiH. Ovaj element inostranosti tj. inostranih sudija je integriran sa namjerom da se Ustavni sud osigura od etničkih i političkih utjecaja. Šest članova Ustavnog suda BiH biraju zakonodavni organi entiteta²¹ u BiH.²² Četiri člana bira Predstavnički dom FBiH, a druga dva Narodna skupština RS. U drugim složenim državama, izbor ustavnih sudija je u nadležnosti saveznih organa vlasti, a ne organa federalnih jedinica.²³ Primjer BiH predstavlja odstupanje od ovog pravila i predstavlja „dosta nelogično rješenje“ s obzirom na to da bosanskohercegovački zakonodavac čiji akti su predmet kontrole od strane Ustavnog suda nema nikakav utjecaj na izbor.²⁴ Prema ovoj ustavnoj odredbi, načelo entitetske proporcionalnosti je jedino načelo sprovedeno slovom Ustava, glede institucije Ustavnog suda BiH.

¹⁹ Pogledati predmete: Sejdić i Finci protiv BiH, br. 27996/06 i 34836/06, 22.12.2009.; Zornić protiv BiH, br. 3681/06, 15.7.2014.; Šlaku protiv BiH, br. 56666/12, 26.5.2016. i Pilav protiv BiH, br. 41939/07, 9.6.2016.

²⁰ Republike Hrvatske, Republike Srbije i Republike Crne Gore.

²¹ Detaljnije o postupku izbora sudija vid.: Branko Perić, „Izbor sudija ustavnih sudova u BiH - kontroverze i moguća rješenja“, *Ko bira sudije ustavnog suda?* (ur. Edin Šarčević), Fondacija Centar za javno pravo, Sarajevo 2012, 161 – 179.; Amra Jašarbegović, „Izbor sudija ustavnih sudova u domaćem i uporednom pravu“, *Sveska za javno pravo* 10/2012, 63 - 74.

²² O sprezi politike i izbora sudija Ustavnog suda u parlamentima entiteta vid.: Samir Zuparević, „Slobodna interpretacija ustavom propisanih uvjeta za izbor sudaca Ustavnog suda Bosne i Hercegovine“, *Ko bira sudije ustavnog suda?* (ur. Edin Šarčević), Fondacija Centar za javno pravo, Sarajevo 2012, 179 – 197.

²³ Npr. Savezna Republika Njemačka, u kojoj sudije bira dva parlamentarna doma. U slučaju Austrije i Španije, sudije imenuje predsjednik odnosno kralj; u oba slučaju na prijedlog federalnih organa vlasti.

²⁴ A. Jašarbegović, „Izbor sudija ustavnih sudova u domaćem i uporednom pravu“, *Sveska za javno pravo* 10/2012, 69.

Kvalifikacije koje su potrebne za izbor sudije Ustavnog suda jesu: „istaknuti pravnik“, „visoki moralni ugled“ i da ima pravo glasa.²⁵ Prema tome, Ustav ne zahtjeva da se za sudije biraju pripadnici konstitutivnih naroda, niti da se identifikuju kao pripadnici konstitutivnih naroda, a ni da FBiH bira samo Bošnjake i Hrvate u Ustavni sud ili RS samo Srbe. Takvi zahtjevi ne bi bili u skladu sa zahtjevom nezavisnosti sudija.²⁶ Isključujući uvjet pripadnosti konstitutivnom narodu, ustavotvorac je želio istaknuti prednost stručnim i kvalifikovanim kandidatima za sudije, a ne njihovoj nacionalnoj pripadnosti. Isključivanje nacionalne pripadnosti je dodatno naglašena činjenicom da u postupku izbora učestvuje Predstavnički dom Parlamenta FBiH koji predstavlja građane Federacije, a ne Dom naroda Parlamenta FBiH, u kojem klubovi predstavljaju konstitutivne narode i ostale, te Narodna skupština RS-a, koja predstavlja građane RS, a ne Vijeće naroda RS, gdje su kroz klubove predstavljeni konstitutivni narodi i ostali.²⁷

3. USTAVNI OBIČAJ

Kao izvori ustavnog prava se prepoznaju ustav, ustavni i obični zakoni, podzakonski akti, poslovnici o radu pojedinih državnih organa, odluke ustavnih sudova i posljednji: ustavni običaj. „Ustavni običaj je oblik društvene norme, kojom se uređuje neko pitanje iz oblasti ustavne materije.“²⁸

²⁵ Detaljnije o kvalifikacijama vid. u: S. Zuparević, „Slobodna interpretacija ustavom propisanih uvjeta za izbor sudaca Ustavnog suda Bosne i Hercegovine“, *Ko bira sudije ustavnog suda?* (ur. E. Šarčević), Fondacija Centar za javno pravo, Sarajevo 2012, 179 – 197.; Amra Orhanović, „Izbor sudija Ustavnog suda BiH“, *Ko bira sudije ustavnog suda?* (ur. Edin Šarčević), Fondacija Centar za javno pravo, Sarajevo 2012, 105 – 125. i B. Perić, „Izbor sudija ustavnih sudova u BiH - kontroverzno i moguća rješenja“, *Ko bira sudije ustavnog suda?* (ur. E. Šarčević), Fondacija Centar za javno pravo, Sarajevo 2012, 161 – 179.

²⁶ Nedim Ademović, Christian Steiner, *Ustav Bosne i Hercegovine – Komentar*, Fondacija Konrad Adenauer, Sarajevo 2010, 626.

²⁷ A. Jašarbegović, „Izbor sudija ustavnih sudova u domaćem i uporednom pravu“, *Sveska za javno pravo* 10/2012, 69.

²⁸ Ratko Marković, *Ustavno pravo*, Savremena administracija, Beograd 1982, 28.

3.1. Elementi ustavnog običaja

Da bi nešto predstavljalo ustavni običaj, tri su neophodna elementa koja se moraju ispuniti kumulativno. Prvi je kontinuitet i istovrsnost određenog ponašanja. Neophodno je da se određeno ponašanje ponavlja na isti način. Drugi element bi bio duži vremenski period ponavljanja određenog ponašanja. Prema mišljenju profesora Jovičića, rokovi za nastanak ustavnog običaja „moraju biti relativno kraći.“²⁹ Treći element je opća svijest o tome da je takvo ponašanje državnog organa ispravno, pravno obavezujuće i nužno. Radi se prvenstveno o državnim organima zakonodavne i izvršne vlasti, ali i članovima političkih partija koje čine ove organe. Za nastanak ustavnog običaja, a s obzirom na dinamiku razvoja ustavnog prava, je dovoljno kraće vrijeme i manji broj jednoobraznog ponašanja.³⁰ Kontinuitet i jednoobraznost ponašanja predstavlja vanjski element ustavnog običaja, a svijest da je takvo djelovanje pravno obavezujuće predstavlja unutrašnji element.³¹ Ustavni običaj uspostavlja se djelovanjem državnih organa, a u slučaju federacije, djelovanjem organa članica federacije.³²

3.2. Vrste ustavnog običaja

U teoriji i praksi su prepoznate tri vrste ustavnih običaja:

- a. ustavni običaj kojim se interpretiraju postojeće ustavne norme (*secundum constitutionem*). Ova vrsta običaja se javlja u slučaju nepreciznih ili nejasnih ustavnih normi.
- b. ustavni običaj kojim se dopunjavaju postojeće ustavne norme (*praeter constitutionem*). Ovakav ustavni običaj se javlja kada ustavnim normama nije uređena uopće ili nije u cjelosti, određena ustavna materija. Njima se dakle, dopunjavaju ili upotpunjuje regulisanje određenog pitanja u slučaju ustavnih praznina. Naime, ponekad se javlja potreba da bi ustavna

²⁹ Miodrag Jovičić, *O Ustavu*, Savremena administracija, Beograd 1977, 257.

³⁰ Radmila Vasić, „Ustavne konvencije“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 6/1990, 705.

³¹ Nurko Pobrić, *Ustavno pravo*, Slovo, Mostar 2000, 16.

³² *Ibid.*

odredba „dejtvovala, bude odgovarajuće dopunjena, u skladu sa zahtjevima prakse.“³³

- c. ustavni običaj kojim se mijenjaju postojeće ustavne norme (*contra constitutionem*). Ovakav ustavni običaj se smatra suprotan ustavnim odredbama. Dakle, ovaj ustavni običaj dovodi do faktičke promjene ustava, iako sam ustav ostaje u formalnom smislu nepromjenjen.³⁴

4. IZBOR DOMAĆIH ČLANOVA USTAVNOG SUDA BiH – USTAVNI OBIČAJ?

Kao što smo već naznačili, sudije Ustavnog suda BiH biraju parlamenti entiteta u BiH. Prema tome, domaće sudije se biraju temeljem entitetskog predstavljanja, a ne na osnovu etničkog. Tako je u tekstu Ustava izostalo načelo etničkog pariteta, koje pak u praksi dolazi do izražaja. Na osnovu toga, pojedini autori tvrde da dolazi do uspostavljanja ustavnog običaja, „koji slijedi duh Ustava i principe putem kojih se Ustav sprovodi.“³⁵ Tako zaključuju da je došlo do nastanka ustavnog običaja – *secundum constitutionem*. Balić navodi da se na taj način jasna ustavna norma dodatno precizira ustavnim običajem, po kome se iz FBiH biraju dva Bošnjaka i dva Hrvata, a iz RS dva Srbina. Prema njenom mišljenju, ostvarivanje ovog običaja „slijedi duh Ustava“ ali „predstavlja interpretativnu normu“, jer u ustavnu odredbu o izboru sudija Suda unosi nešto što u njemu ne postoji.

Drugi autori pak nisu tog stava. Kako je ustavna norma o izboru ustavnih sudija jasna i precizna, „toj normi nije potreban ustavni običaj *secundum constitutionem*.“³⁶ Pobrić navodi da praksa izbora sudija temeljem etničkog pariteta je bliža ustavnoj konvenciji,

³³ Miodrag Jovičić, *O Ustavu*, Savremena administracija, Beograd 1977, 254.

³⁴ Marijana Pajvančić, *Ustavno pravo, ustavne institucije*, Pravni fakultet, Centar za izdavačku delatnost, Novi Sad 2003, 18.

³⁵ L. Balić, Ustavni običaj u BiH – osvrt na izbor sudija Ustavnog suda BiH, *Godišnjak PFSA* LII – 2009, 22.

³⁶ Nurko Pobrić, „Izbor i razrješenje sudija Ustavnog suda BiH“, *Ko bira sudije ustavnog suda?* (ur. Edin Šarčević), Fondacija Centar za javno pravo, Sarajevo 2012, 125 – 143.

koja nastaje kao rezultat potrebe prakse integriranja ovog načela u radu institucija gdje to Ustav nije tražio.³⁷ Kritike ovog stava se temelje na činjenici da se ustavne konvencije prvenstveno vežu za ustavni poredak Ujedinjenog Kraljevstva [UK], tj. za vršenje ovlaštenja krune ili jednog i/li oba doma Parlamenta UK, te da nisu svojstvene kontinentalnim pravnim sistemima. Ukoliko pak „tražimo“ ustavni običaj u izboru ustavnih sudija, Pabrić smatra da bi se radilo o ustavnom običaju *contra constitutionem*. To zbog toga što uslov etniciteta nije propisan u Ustavu, pa je navedena praksa zbog toga u suprotnosti sa Ustavom. Istog mišljenja su i Ademović i Štajner (*Steiner*): „Etnički determinisana praksa izbora domaćih sudija u Ustavni sud BiH krši član VI/1.a Ustava BiH time što ovaj član ne propisuje da svaki konstitutivni narod ima po dva mjesta u Ustavnom sudu BiH, već propisuje federalnu strukturu sudijskog sastava koji biraju entitetski zakonodavci.“³⁸

Šarčević praksu izbora članova Ustavnog suda navodi kao primjer uvezivanja etničkog i demokratskog načela u funkciju „teritorijalno i etnički legitimiranih predstavnika svakog 'konstitutivnog naroda'“.³⁹

Pojedini autori, nabrajajući uslove potrebne za izbor sudije Ustavnog suda BiH, navode i etničku pripadnost. To opravdavaju činjenicom da etnička pripadnosti, iako nije zakonski ili ustavom propisan kriterij, predstavlja neformalno pravilo kojim se vode parlamenti entiteta kada biraju sudije Ustavnih sudova.⁴⁰ J. Marko (*Marko*) ističe da „...pošto su se entiteti shvatali i shvataju se kao 'nacionalne države' vlastitog konstitutivnog naroda, moralo je tvorcima Dejtonskog sporazuma biti jasno da će parlamenti birati samo predstavnike svoga konstitutivnog naroda. Na taj način biraju se po dva predstavnika iz svakog konstitutivnog naroda. Ipak intencija

³⁷ *Ibid.*

³⁸ N. Ademović, C. Steiner, *Ustav Bosne i Hercegovine – Komentar*, Fondacija Konrad Adenauer, Sarajevo 2010, 626.

³⁹ Edin Šarčević, *Dejtonski ustav, Karakteristike i karakteristični problemi*, Konrad Adenauer Stiftung predstavništvo u Bosni i Hercegovini, Sarajevo 2008, 67.

⁴⁰ A. Orhanović, „Izbor sudija Ustavnog suda BiH“, *Ko bira sudije ustavnog suda?* (ur. E. Šarčević), Fondacija Centar za javno pravo, Sarajevo 2012, 105 – 125.

tvoraca Ustava mora da je bila da se biranjem trojice stranih sudija stvori protivteža nacionalnom paritetu.“⁴¹

4.1. Procedura izbora sudija Ustavnog suda BiH

Predstavnički dom Parlamenta FBiH je u januaru 2005. godine usvojio Odluku o postupku izbora sudija Ustavnog suda BiH koje bira Predstavnički dom Parlamenta FBiH.⁴² Dvije godine poslije, Narodna skupština RS je donijela Odluku o postupku izbora sudije Ustavnog suda BiH kojeg bira Narodna skupština RS.⁴³ Sukladno odlukama, proceduru izbora sudije provode parlamentarne komisije za izbor i imenovanje putem javnog konkursa. Za sprovođenje procedure izbora sudija, komisije formiraju radne grupe.⁴⁴ Radne grupe raspisuju konkurs, sprovode konkursnu proceduru, utvrđuju zadovoljavanje formalnih uvjeta, obavljaju intervjue sa kandidatima, sastavljaju rang listu i dostavljaju je komisijama za izbor i imenovanje. Komisije potom predlažu entitetskim parlamentima konačni prijedlog za izbor sudija Ustavnog suda.

4.2. Pregled izbora sudija (1997 – 2011)

Prve sudije su počele sa radom 22.5.1997. godine. Njihov mandat je istekao 22.5.2002. godine.⁴⁵ Predstavnički dom Parlamenta FBiH je u prvi saziv Ustavnog suda BiH imenovao: prof. dr Ismeta

⁴¹ Joseph Marko, Pet godina ustavnog sudstva u Bosni i Hercegovini: prva bilansa, *Pravna misao* 3-4/2004, 15-31

⁴² *Službene novine FBiH*, br. 6/05.

⁴³ *Službeni glasnik RS*, br. 5/07.

⁴⁴ Radnu grupu Predstavničkog doma Parlamenta FBiH čini pet članova i čine je tri člana Komisije i dva člana iz reda sudija koje predlaže Udruženje sudija FBiH. Radnu grupu Narodne skupštine RS čini pet članova: tri člana Komisije, i predsjednici Zakonodavnog odbora i Odbora za politički sistem, pravosuđe i upravu.

⁴⁵ Prve strane sudije Ustavnog suda su bile: prof. dr Josef Marko, dr. Hans Danelijus i prof. dr Luis Favore. Njih je imenovao predsjednik Evropskog suda za ljudska prava. Po proteku mandata od pet godine, imenovane su sljedeće strane sudije: prof. Didijer Maus (2002-2003), kojeg je zamijenila 2004. godine prof. dr Konstans Greve, Tudor Pantiru (imenovan 2002. godine), prof. David Feldman (2003. – 2011. godine). Na Feldmanovo mjesto je imenovana Margarita Caca-Nikolovska, 2011. godine. S obzirom na to da je Konstans Greve, 14.12.2016. godine, napunila 70 godina života i time nastupio ustavni razlog za prestanak funkcije sudije, predsjednik ESLJP-a je imenovao novog stranog sudiju – Đovanija Graso.

Dautbašića i prof. dr Kasima Begića (obojska Bošnjaci) i Mirka Zovka i Zvonka Miljka (obojska Hrvati).⁴⁶ Poslije ostakve prof. dr Ismeta Dautbašića (Bošnjaka), 1998. godine, na njegovo mjesto je FBiH imenovala Bošnjakinju, Azru Omeragić.⁴⁷ Po isteku mandata prvih sudija, Predstavnički dom FBiH je imenovao Valeriju Galić i Matu Tadića (oboje Hrvati) 2002. godine, te Hatidžu Hadžiosmanović i Ćazima Sadikovića (oboje Bošnjaci), 2003. godine.⁴⁸ Nakon penzionisanja prof. dr Ćazima Sadikovića (Bošnjak), na njegovo mjesto je imenovana Seada Palavrić⁴⁹ (Bošnjakinja) 2005. godine. Po napunjenju 70 godina života Hatidže Hadžiosmanović, 2008. godine, na njeno mjesto je imenovan Mirsad Ćeman (Bošnjak).⁵⁰

Narodna skupština RS je imenovala Marka Arsovića i prof. dr Vitomira Popovića (obojska Srbi) za sudije Ustavnog suda u prvom mandatu. Poslije ostavke Marka Arsovića, Narodna skupština RS je imenovala prof. dr Snežanu Savić (Srpkinju) 2000. godine. Narodna skupština RS je 2003. godine imenovala prof. dr Miodraga Simovića⁵¹ i Jovu Rosića⁵² (obojska Srbi) za sudije Ustavnog suda. Poslije smrti Jove Rosića, godine 2007. je imenovan Krstan Simić (Srbini),⁵³ a nakon što je on smijenjen konsenzusom sudija Ustavnog suda, 2011. godine je imenovan Zlatko M. Knežević (Srbini).

Iz navedenog proizilazi da FBiH imenuje za sudije Ustavnog suda Hrvate i Bošnjake, i to dva Hrvata i dva Bošnjaka, a RS, Srbe, i to dva Srbina. U slučaju upražnjenja mjesta u Ustavnom sudu, na upražnjeno mjesto se imenuje sudija iste nacionalnosti kao sudija prethodnik.

⁴⁶ *Službene novine FBiH*, br. 13/97.

⁴⁷ *Službene novine FBiH*, br. 3/99.

⁴⁸ *Službene novine FBiH*, br. 38/02.

⁴⁹ *Službene novine FBiH*, br. 69/05.

⁵⁰ *Službene novine FBiH*, br. 40/08.

⁵¹ *Službeni glasnik RS*, br. 40/03.

⁵² *Službeni glasnik RS*, br. 105/03.

⁵³ *Službeni glasnik RS*, br. 48/07.

4.3. Elementi ustavnog običaja u postupku izbora domaćih sudija Ustavnog suda BiH

Kontinuitet i istovrsnost ponašanja

Razmatrajući elemente ustavnog običaja u svjetlu predstavljenog procesa izbora ustavnih sudija, možemo istaći sljedeće: glede prvog elementa, kontinuiteta i istovrsnosti ponašanja, valja istaći da su parlamenti entiteta postupali istovrsno prilikom svakog izbora ustavnih sudija. Narodna skupština RS je do sada vršila pet puta imenovanja. Imenovala je ukupno sedam sudija Ustavnog suda. Svih sedam sudija su bili Srbi. Usljed ostavke, smrti i razrješenja, troje sudija iz RS-a su napustili Ustavni sud. Na njihovo mjesto, Narodna skupština je uvijek imenovala sudije srpske nacionalnosti. Predstavnički dom Parlamenta FBiH je šest puta vršio imenovanja sudija. Ukupno je imenovao 11 sudija Ustavnog suda BiH. Parlament je uvijek vodio računa o tome da od četiri sudije u Sudu dvoje budu Bošnjaci, a drugo dvoje Hrvati. Tako je usljed ostavke i penzionisanja zbog dostizanja 70. godine života, troje sudija napustilo Ustavni sud. Sva tri puta se radilo o sudijama koji su se izjašnjavali kao Bošnjaci. Parlament je potom uvijek imenovao Bošnjake na njihovo mjesto u Ustavnom sudu.

Vremenski period

Glede vremenskog perioda u kojem se sprovodi ustavni običaj – običaj se već skoro dvadeset godina izvršava. Naime, od imenovanja prvih sudija 1997. godine do 2017. godine je prošlo 20 godina. Tokom tih godina, parlamenti su ujednačeno postupali prilikom izbora sudija.

Opća saglasnost o obaveznosti ponašanja

Posljednji element, opća saglasnost o obaveznosti takvog ponašanja je također zadovoljen. Ovaj unutrašnji element se identifikuje u postupanju državnih organa, tj. entitetskih parlamenata i činjenici da se oni, kao relevantni faktori, niti njihova radna tijela, ne protive ovakvom ponašanju i izboru ustavnih sudija. U raspravi o izboru sutkinje Seade Palavrić, a referirajući se na izbor sudija 2002. godine, federalni zastupnik, Irfan Ajanović je istakao da „iz reda bošnjačkog naroda kada smo birali gospodu Matu Tadića i gospodu

Valeriju Galić izabrali smo Hatidžu Osmanović i gospodina Ćazima Sadikovića⁵⁴ Zastupnik koristi frazu „iz reda bošnjačkog naroda“ što dokazuje postojanje svijesti o obaveznosti ovakvog postupanje. Čak ni političke stranke koje sebe nazivaju građanskim, nisu se protivile ovakvoj praksi. Činjenica da se parlamentarci nisu protivili ovakvom načinu izbora, ne znači da se nisu protivili personalnim izborima za sudije, niti da je izbor ustavnih sudija bio jednoglasan,⁵⁵ posebno s obzirom na imenovanja sudija koji su imali političku prošlost i bili vezani za vladajuće političke stranke.⁵⁶

4.4. Ustavni običaj *secundum constitutionem* ili *contra constitutionem*?

S obzirom na to da se radi o ustavnom običaju, sljedeće pitanje jeste o kojoj vrsti običaja se radi. Ne možemo se saglasiti sa mišljenjem da se radi o *secundum constitutionem*, s obzirom na to da je ustavna odredba precizna i jasna. S druge strane, argumenti tvrdnje da se radi o običaju *contra constitutionem* je također nešto sa čim se ne možemo složiti. Naime, argumentacija se temelji na tvrdnji da je običaj u suprotnosti sa ustavnom odredbom koja navodi da četiri člana Ustavnog suda bira Predstavnički dom FBiH, a dva Narodna skupština RS, jer ista ne propisuje etničku pripadnost sudija. Međutim, uvjet etničke pripadnosti ne naglašava se u konkursima, osim u slučaju izbora sutkinje Palavrić, koji je pak potom bio poništen, s izuzetkom imenovanja sudija iz FBiH 2002. godine. Govoreći o ustavnoj realnosti, Ademović je opisuje kao „institucionalnu konkretizaciju ustava na terenu“. Do prekoračenja dozvoljene konkretizacije dolazi ukoliko se „političkim realnostima“ pokušavaju opravdati aktivnosti

⁵⁴ Magnetofonski snimak nastavka 21. sjednice Predstavničkog doma Parlamenta Federacije BiH, održane 06.12.2005. godine.

⁵⁵ Na primjer, sutkinja Seada Palavrić je izabrana sa 53 glasa od 90 zastupnika koliko je pristupilo glasovanja, a sudija Mirsad Ćeman sa 47 glasova, od 80 poslanika koji su glasovali.

⁵⁶ Na primjer, Seada Palavrić je u vrijeme imenovanja bila potpredsjednica vladajuće Stranke demokratske akcije. Od 1996. do 2002. godine je bila poslanik u Predstavničkom domu Parlamenta FBiH, a od 2002. do 2005. godine u Predstavničkom domu Parlamentarne skupštine BiH. Krstan Simić je u vrijeme imenovanja bio potpredsjednik Saveza nezavisnih socijaldemokrata. Nakon što je bio razrješen funkcije sudije Ustavnog suda BiH, u decembru 2010. godine je imenovan za delegata u Klubu Srba u Domu naroda Parlamentarne skupštine BiH, kao član Saveza nezavisnih socijaldemokrata.

koje su u suprotnosti sa odredbama Ustava. Takva ustavna realnost je *contra legem*, i zbog toga je neustavna.⁵⁷ Izbor sudija temeljem njihove nacionalnosti, iako se radi o uvjetu kojeg Ustav ne propisuje, predstavlja prekograničenje dozvoljene konkretizacije ustavne norme i postupanje *contra legem*.

Shodno tome, možemo se složiti sa tvrdnjom da se radi o ustavnom običaju *contra constitutionem*, ali iz drugih razloga. Naime, ovakva praksa izbora sudija je prema našem mišljenju u suprotnosti sa čl. II/2 Ustava – međunarodni standardi,⁵⁸ preciznije sa Protokolom br. 12 čl. 1 EKLJP-a i sa čl. II/4 Ustava BiH– nediskriminacija.⁵⁹

5. DISKRIMINACIJA PRILIKOM IZBORA USTAVNIH SUDIJA

5.1. Ustavne odredbe o zabrani diskriminacije

Ustav BiH izričito zabranjuje diskriminaciju: „Uživanje prava i sloboda, predviđenih u ovom članu [Član II Ustava BiH – ljudska prava i osnovne slobode] ili u međunarodnim sporazumima navedenim u Aneksu I ovog Ustava, osigurano je svim licima u BiH bez diskriminacije po bilo kojem osnovu kao što je pol, rasa, boja, jezik, vjera, političko i drugo mišljenje, nacionalno ili socijalno porijeklo, povezanost sa nacionalnom manjinom, imovina, rođenje ili

⁵⁷ Nedim Ademović, „Značaj i metode tumačenja kroz praksu Ustavnog suda Bosne i Hercegovine“, *Anali Pravnog fakulteta u Zenici* 5/2012.

⁵⁸ Prava i slobode predviđeni u Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i u njenim protokolima se direktno primjenjuju u Bosni i Hercegovini. Ovi akti imaju prioritet nad svim ostalim zakonima.

⁵⁹ Uživanje prava i sloboda, predviđenih u ovom članu ili u međunarodnim sporazumima navedenim u Aneksu I ovog Ustava, osigurano je svim licima u Bosni i Hercegovini bez diskriminacije po bilo kojem osnovu kao što je pol, rasa, boja, jezik, vjera, političko i drugo mišljenje, nacionalno ili socijalno porijeklo, povezanost sa nacionalnom manjinom, imovina, rođenje ili drugi status. Jedan od međunarodnih sporazuma navedenih u Aneksu I je i Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima. Član 25. Pakta garantuje pravo i mogućnost da svaki građanin bez, između ostalog, i razlika temeljem rase i nacionalnog porijekla, i bez razumnih ograničenja, a) učestvuje u vođenju javnih poslova, direktno ili preko slobodno izabranih predstavnika, b) bira i bude biran pravedno provedenim, povremenim izborima sa općim i jednakim pravom glasa i tajnim glasanjem, koji osiguravaju slobodno izražavanje volje birača; c) da bude primljen, pod općim jednakim uvjetima, u javne službe svoje zemlje.

drugi status.“⁶⁰ Iz prakse Ustavnog suda proizilazi da član II st. 4 Ustava BiH pruža „obuhvatniju zaštitu od diskriminacije nego što je pruža čl. 14 EKLJP (zabrana diskriminacije).“⁶¹ Ovaj ustavni član pruža uporište Ustavnom sudu da primjeni međunarodne dokumente za zaštitu ljudskih prava, uključujući i Međunarodnu konvenciju o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije.⁶² Ustavni sud naglašava obavezu svih javnih tijela u BiH da se ne samo suzdržavaju od bilo kojeg čina diskriminacije u uživanju pojedinačnih prava i sloboda, već i da imaju pozitivnu obavezu da zaštite od diskriminacijskih akata pojedinaca.⁶³ Ustav BiH garantuje ne kršenje pojedinačnih prava diskriminacijom, već i nediskriminaciju prava grupa.⁶⁴ Poseban položaj u Ustavu BiH ima jedan međunarodni dokument: EKLJP, te njeni ratifikovani protokoli. Jedino za ovaj dokument Ustav kaže da se primjenjuje „direktno“ te ima „prioritet nad svim ostalim zakonima.“⁶⁵ BiH je jedna od prvih država koja je potpisala (24.4.2002) i potom ratifikovala (29.7.2003) Protokol 12 EKLJP – opšta zabrana diskriminacije.⁶⁶ Protokol je stupio na snagu 01.4.2005. godine

5.2. Pojam diskriminacije

Diskriminacija predstavlja različito tretiranje lica koja se nalaze u sličnoj situaciji bez objektivnog i razumnog opravdanja. „Bez objektivnog i razumnog opravdanja“ znači da različit tretman ne

⁶⁰ Član II stav 4 Ustava BiH.

⁶¹ Djelomična odluka Ustavnog suda u predmetu br. U 4/04-I, od 31. marta 2006. godine, § 110.

⁶² *Ibid*, § 111.

⁶³ Djelomična odluka Ustavnog suda u predmetu br. U 5/98-III od 1. jula 2000. godine, § 81.

⁶⁴ Djelomična odluka Ustavnog suda u predmetu br. U 4/04-I, od 31. marta 2006. godine, § 118; Odluka Ustavnog suda u predmetu br. 3/13 od 26. novembra 2015. godine, § 85

⁶⁵ Član II st. 2. Detaljnije o odnosu Evropske konvencije i Ustava BiH u: Faris Vehabović, *Odnos Ustava Bosne i Hercegovine i Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda*, ACIPS, Sarajevo 20006.

⁶⁶ 1. Uživanje svih prava utvrđenih zakonom osigurano je bez diskriminacije po bilo kojem osnovu kao što je pol, rasa, boja kože, jezik, vjeroispovijest, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili socijalno porijeklo, veza sa nekom nacionalnom manjinom, imovinsko stanje, rođenje ili drugi status. 2. Nikog nijedan organ vlasti ne smije diskriminirati ni po kojem osnovu, kao što je navedeno u stavu 1.

slijedi „legitiman cilj“ ili da ne postoji „razuman odnos proporcionalnosti između primijenjenih sredstava i cilja koji se nastoji postići.“⁶⁷ Ovakvo definiranje diskriminacije se primjenjuje i u pogledu čl. 14 i čl. 1 Protokola 12. Čl. 14 zabranjuje diskriminaciju u vezi sa pravima i slobodama zagarantovanim EKLJP, dok čl. 1 Protokola 12 zabranjuje diskriminaciju u vezi sa uživanjem bilo kojeg prava koje zakon predviđa.

Međunarodna konvencija o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije u čl. 1 st. 1 navodi da diskriminacija po osnovu etničkog porijekla predstavlja jedan od oblika rasne diskriminacije. „Rasna diskriminacija je posebno okrutan oblik diskriminacije i, s obzirom na njene opasne posljedice, traži od vlasti poseban oprez i odlučne reakcije.“⁶⁸ Međunarodna konvencija o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije propisuje obavezu „da se počini nikakvo djelo rasne diskriminacije ili ne vrši nikakvo djelo rasne diskriminacije, ili ne vrši rasna diskriminacija.“ Konvencija je jedan od međunarodnih ugovora o ljudskim pravima koji se primjenjuje u BiH.⁶⁹

5.3. Odredbe Ustava BiH predstavljaju rasnu diskriminaciju

Sejdić i Finci protiv BiH⁷⁰

ESLJP je u četiri predmeta razmatrao ustavne odredbe BiH koje se tiču izbora članova Predsjedništva i Doma naroda. Prvi takav predmet pred ESLJP je bio Sejdić i Finci. Sud je razmatrao aplikaciju Derve Sejdić, Roma, i Jakoba Fincija, Jevreja, koji su tvrdili da ustavne odredbe o izboru članova Predsjedništva i članova Doma naroda ih diskriminiraju bez objektivnog opravdanja. Aplikanti su glede izbora članova Predsjedništva pozvali na kršenje čl. 1 Protokola 12, a glede izbora članova Doma naroda na kršenje čl. 14 u vezi sa čl. 3 Protokola 1 (pravo na slobodne izbore) EKLJP-a.⁷¹ Sud je usvojio

⁶⁷ Sejdić i Finci protiv BiH, br. 27996/06 i 34836/06, 22.12.2009., §42; Pilav protiv BiH, br. 41939/07, 9.6.2016., § 39; Šlaku protiv BiH, br. 56666/12, 26.5.2016., §24 i Zornić protiv BiH, br. 3681/06, 15.7.2014., §26.

⁶⁸ Sejdić i Finci protiv BiH, br. 27996/06 i 34836/06, 22.12.2009., §4.

⁶⁹ Aneks I Ustava BiH.

⁷⁰ Sejdić i Finci protiv BiH, br. 27996/06 i 34836/06, 22.12.2009.

⁷¹ Aplikanti su također tvrdili da je došlo do povrede čl. 3 i čl. 13. Prema tome, aplikanti su tvrdili da je došlo do ponižavajućeg postupanja usljed rasne

njihovu apelaciju. Evropski sud za ljudska prava je u datom predmetu istakao da stavljajući na stranu pitanje da li se BiH može smatrati odgovornom za donošenje Ustava iz 1995. godine, „BiH može svakako smatrati dogovornom što su osporene ustavne odredbe još na snazi.“⁷² Evropski sud je također istakao da „činjenica da predmetni slučaj povlači pitanje kompatibilnosti domaćeg ustava s Konvencijom je u tom smislu irelevantna.“⁷³ ESLJP je utvrdio da je čl. 1 Protokola 12 primjenjiv za izbore članova Predsjedništva BiH s obzirom na to da se pritužba odnosi na „pravo predviđeno zakonom“. Izbor za sudiju Ustavnog suda također predstavlja pravo predviđeno zakonom, odnosno Ustavom BiH, te je shodno tome i na ovaj izbor primjenjiv Protokol 12.

Zornić protiv BiH⁷⁴ i Šlaku protiv BiH⁷⁵

Ova dva predmeta identičnog su činjeničnog stanja kao Sejdić i Finci, s tim da se Azra Zornić izjašnjavala kao građanka BiH, a Samir Šlaku kao Albanac. ESLJP je u presudama u ovim predmetima istakao da „Sud smatra da je došlo vrijeme za politički sistem koji će svakom građaninu Bosne i Hercegovine osigurati pravo da se kandidira na izborima za Predsjedništvo i Dom naroda Bosne i Hercegovine, bez diskriminacije po osnovu etničke pripadnosti i bez davanja posebnih prava konstitutivnim narodima uz isključivanje manjina ili građana Bosne i Hercegovine.“⁷⁶

Pilav protiv BiH⁷⁷

Predmet Pilav protiv BiH se tiče aplikanta, Ilijaza Pilava, koji je živio na teritoriji RS i htio se kandidirati za člana Predsjedništva BiH. S obzirom na to da se izjašnjavao kao Bošnjak, nije se mogao kandidirati jer se iz entiteta RS bira član Predsjedništva iz reda

diskriminacije te da nisu imali efikasan pravni lijek za isticanje pritužbi zbog diskriminacije. Sud je ove navode proglasio neosnovanim.

⁷² Sejdić i Finci protiv BiH, br. 27996/06 i 34836/06, 22.12.2009., § 30.

⁷³ *Ibid.*, § 29.

⁷⁴ Zornić protiv BiH, br. 3681/06, 15.7.2014.

⁷⁵ Šlaku protiv BiH, br. 56666/12, 26.5.2016.

⁷⁶ *Ibid.*, § 40; Zornić protiv BiH, br. 3681/06, 15.7.2014., § 43.

⁷⁷ Pilav protiv BiH, br. 41939/07, 9.6.2016.

srpskog naroda. Aplikant se pozvao na kršenje čl. 1 Protokola 12. EKLJP. Pilav, kao član konstitutivnih naroda ima pravo kandidature za člana Predsjedništva, ali da bi to pravo mogao ostvariti morao bi napustiti svoj dom u Republici Srpskoj i preseliti se u Federaciju BiH. ESLJP „primjećuje da je Predsjedništvo BiH političko tijelo države i entiteta. Njegova politika i odluke imaju utjecaja na sve građane Bosne i Hercegovine, bez obzira na to da li oni žive u Federaciji ili u Republici Srpskoj ili pak u Distriktu Brčko.“⁷⁸ „Iako je pripadnik jednog od „konstitutivnih naroda“, aplikant u predmetnom slučaju je isključen iz prava da bude biran za člana Predsjedništva usljed spornog zahtjeva koji se odnosi na prebivalište. Bez obzira na razlike u odnosu na slučaj Sejdić i Finci, Sud smatra da je ova isključenost zasnovana na kombinaciji etničkog porijekla i mjesta prebivališta od kojih oba služe kao osnov za različit tretman koji spada u domen čl. 1 Protokola br. 12, te kao takva predstavlja diskriminirajuće postupanje suprotno čl. 1 Protokola br. 12.“⁷⁹

Predmet Pilav je izuzetno bitan s obzirom na to da se i u slučaju Ustavnog suda, radi o tijelu „države i entiteta“, čije „odluke imaju utjecaj na sve građane u BiH“, bez obzira u kojem njenom dijelu žive. Izbor sudija Ustavnog suda, također predstavlja kombinaciju etničkog porijekla i mjesta prebivališta. Ovakva kombinacija predstavlja osnov za različit tretman koji je suprotan Protokolu 12.

5.4. Ustavni običaj kao administrativna praksa suprotna EKLJP

ESLJP pojam „administrativne prakse protivne Konvenciji“ definira kao akumulaciju identičnih ili analognih povreda koje su dovoljno brojne i međusobno povezane da predstavljaju ne samo izolirane slučajeve nego i šablon.⁸⁰ Jedanaest puta su entitetski parlamenti imenovali sudije Ustavnog suda. Ukupno je imenovano 18 sudija u posljednjih dvadeset godina. S obzirom na navedeno, možemo zaključiti da izbor ustavnih sudija predstavlja šablon. Ovakva administrativna praksa izbora ustavnih sudija je u suprotnosti sa Protokolom 12 EKLJP, budući da su prilikom uživanja prava izbora za

⁷⁸ *Ibid*, § 45.

⁷⁹ *Ibid*, § 48.

⁸⁰ Irska protiv Velike Britanije, br. 5310/71, 18.1.1978., § 226; Kipar protiv Turske, br. 25781/94, 10.5.2001., § 115.

sudiju Ustavnog suda BiH, lica diskriminirana temeljem njihove nacionalnosti.

Izbor sudije Ustavnog suda iz FBiH

Prilikom izbora sudija Ustavnog suda BiH iz FBiH, 1997., 1998., 2002., 2005. i 2008. godine, prije svega u dokumentaciji radnog tijela koje je provodilo postupak izbora sudija, potom u dokumentima predsjednika i potpredsjednika FBiH, te u jednoj službenoj odluci o imenovanju i konkursu za izbor sudije, se ističe nacionalnost sudije.

U svom dopisu Predstavničkom domu Parlamenta FBiH⁸¹, potpredsjednik FBiH navodi da je 20. januara 1997. godine „dostavio Predsjedniku Federacije imena kandidata iz reda Bošnjaka za izbor na funkciju sudije Ustavnog suda Bosne i Hercegovine.“ Interesantno je pak da je prilikom izbora sudija Ustavnog suda 1997. godine, donesena Odluka koja nije sadržavala naznaku o nacionalnosti sudije.⁸² Međutim, ona je bila precedent prema kojem sudije Ustavnog suda BiH iz FBiH su uvijek dvojica Bošnjaci, a druga dvojica Hrvati. Ovaj balans nikada nije bio narušen.

Poslije isteka mandata od pet godina sudija imenovanih u prvi saziv, pristupilo se izboru novih četiri sudije iz FBiH. Kao i prilikom imenovanja prvih sudija, i u procesu imenovanja sudija 2002. godine, u dokumentima organa koji su sporovodili postupak izbora sudija, ističe se nacionalnost sudija. Sudije se dijele u dvije grupe: Hrvati i Bošnjaci. Na ovaj konkurs se bio prijavio samo jedan kandidat srpske nacionalnosti, ali u konačnom prijedlogu kandidata, nema kandidata srpske nacionalnosti jer nije ispunjavao minimalni broj (19) bodova.⁸³

Federalna komisija za izbor i imenovanje u Pismu o predlaganju kandidata za sudije Ustavnog suda BiH, predsjedniku i dopredsjedniku FBiH, navodi da je „komisija primjenila Odluku o konstitutivnosti naroda Ustavnog suda BiH...“ „Da bi se osiguralo da

⁸¹ Broj 02-111-1/97 od 23.1.1997. godine.

⁸² Odluka je bila sljedećeg sadržaja: „Za sudije Ustavnog suda Bosne i Hercegovine izabrani su: 1. prof. dr Kasim Begić, 2. prof. dr Ismet Dautbašić, 3. mr sc. Zvonko Miljko, 4. Mirko Zovko.“ *Službene novine FBiH*, br. 13/97.

⁸³ Pismo o predlaganju kandidata za sudije Ustavnog suda Bosne i Hercegovine Komisije za izbor i imenovanje, od 18.7.2002. godine.

sastav sudija Ustavnog suda BiH odgovara strukturi predviđenoj u Ustavu BiH, Komisija preporučuje da sa liste predloženih kandidata treba imenovati dva (2) člana iz reda Bošnjaka i dva (2) člana iz reda Hrvata.⁸⁴ U pismu predsjednika i potpredsjednika Federacije BiH od 23.7.2002. godine⁸⁵ Predstavničkom domu Parlamenta FBiH oni ističu da određuju kandidate za sudije Ustavnog suda BiH „primjenjujući relevantne ustavne odredbe kojima se reguliraju jednaka prava i zastupljenost konstitutivnih naroda...“⁸⁶, te predlažu da se imenuje dvoje sudija Bošnjaka i dvoje sudija Hrvata. Službenim novinama FBiH je objavljena Odluka o izboru sudija Ustavnog suda BiH iz FBiH, prema kojoj su izabrani: „Iz reda bošnjačkog naroda: Ćazim Sadiković i Hatidža Hadžiosmanović. Iz reda hrvatskog naroda: Mato Tadić i Valerija Galić.“⁸⁷ Dakle, za razliku od prvog imenovanja, eksplicitno se navodi nacionalnost sudija u službenoj Odluci Parlamenta FBiH. Pri tom, sudije se razdvajaju u dvije grupe: sudije iz reda hrvatskog naroda i sudije iz reda bošnjačkog naroda.

Nakon penzionisanja sudije Ćazima Sadikovića (Bošnjaka), pokrenut je postupak izbora drugog sudije Ustavnog suda BiH iz Federacije BiH. Dana 23.2.2005. je objavljen Konkurs za jedno upražnjeno sudijsko mjesto u Ustavnom sudu Bosne i Hercegovine.⁸⁸ U tekstu Konkursa je naznačeno da „u skladu sa odredbom člana VI. 1. a) Ustava Bosne i Hercegovine predstavnički dom Parlamenta Federacije Bosne i Hercegovine objavljuje javni konkurs za izbor jednog (1) sudije u Ustavni sud Bosne i Hercegovine na upražnjeno mjesto sudije iz reda Bošnjačkog naroda.“ Ovaj Konkurs se razlikovao od svih ostalih prijašnjih, ali i onih poslije, zbog toga što je eksplicitno naveo da se konkurs odnosi na upražnjeno mjesto sudije Bošnjaka, te je tražio ispunjenje dodatnih osnovnih uslova.⁸⁹ Ovakav tekst

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ Br. 01-1-06-368/02 i br. 02-436/02, od 23.7.2002. godine.

⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁷ *Službene novine FBiH*, br. 38/02.

⁸⁸ *Službene novine FBiH*, br. 10/05.

⁸⁹ „Kandidat za sudiju Ustavnog suda Bosne i Hercegovine mora imati najmanje osam (8) godina iskustva rada kao sudija, tužilac, advokat, nakon položenog pravosudnog ispita, odnosno da je profesor ili docent pravnih fakulteta u Bosni i Hercegovini iz predmeta Ustavno pravo, Međunarodno pravo, Krivično pravo ili Krivično procesno pravo, Građansko pravo ili Građansko procesno pravo, Upravno pravo, Privredno pravo ili Porodično pravo.“

Konkursa je izazvao reakciju Ustavnog suda BiH⁹⁰ i institucije Ombudsmana za ljudska prava BiH.⁹¹

Ustavni sud je u svom pismu iskazao sumnju u ustavnost Konkursa, posebno odredbi koje govore o nacionalnosti sudije.⁹² U svom odgovoru na pismo Ustavnog suda BiH, Radna grupa ističe da se „Konkurs ni u jednom dijelu ne bavi nacionalnom pripadnošću potencijalnih kandidata koji žele aplicirati, već naglašava da se „objavljuje javni konkurs za izbor jednog sudije u Ustavni sud BiH na upražnjeno mjesto sudije iz reda Bošnjačkog naroda.“⁹³ Radna grupa se pozvala na izvještaj Komisije za izbor i imenovanje od 23.7.2002. godine. Radna grupa također ističe kako ona nije mogla na sebe preuzeti rizik da „eventualno naruši postojeći nacionalni bilans u Ustavnom sudu BiH, uspostavljen ranije po osnovu stavova drugih organa koji su bili involvirani u prethodni izbor sudija Ustavnog suda BiH.“⁹⁴ Mišljenje je Radne grupe da ovakav tekst Konkursa nije prepreka nikome da se prijavi bez obzira na njegovu nacionalnost jer „to nigdje i ničim nije ograničeno u tekstu Konkursa.“⁹⁵

Ombudsman za ljudska prava BiH je 16. marta 2005. donio Preporuku u vezi sa konkursom za jedno upražnjeno sudijsko mjesto u Ustavnom sudu BiH. U svojoj preporuci Ombudsmen navodi da su propisani uslovi za upražnjeno mjesto u Ustavnom sudu „kontradiktorni i neustavni.“ Glede konkursne odredbe da se bira sudija iz reda bošnjačkog naroda, koja implicira „da se na konkurs trebaju javiti kandidati samo iz reda tog naroda“, ona je u suprotnosti sa Ustavom BiH (član II 4) koji zabranjuje diskriminaciju, uključujući i onu temeljem nacionalnog porijekla, prilikom uživanja prava i sloboda, uključujući i pravo „da aplicira na bilo koju dužnost.“ Ombudsmen je donio Preporuku da „Predstavnički dom FBiH

⁹⁰ Pismo Ustavnog suda Bosne i Hercegovine br. P-106/05 od 2.3.2005. godine.

⁹¹ Pismo Ombudsmena za ljudska prava BiH br. 1182/05 od 16.3.2005. godine.

⁹² Pismo Ustavnog suda BiH br. P-106/05 od 2.3.2005. godine.

⁹³ Odgovor na pismo br. P-106/05 od 02.03.2005. godine, br. 01/f-02/066/05 od 7.3.2005. godine.

⁹⁴ *Ibid.*

⁹⁵ *Ibid.*

ODMAH po prijemu ove preporuke poništi objavljen konkurs ...⁹⁶ Odgovarajući na pismo Ombudsmana za ljudska prava BiH⁹⁷, Radna grupa je istakla da nije u nadležnosti institucije Ombudsmana da konkurs proglašava „neustavnim“ te da pravo izbora za sudiju Ustavnog suda nije pravo svih građana BiH već isključivo onih koji su stekli zvanje „pravnik“. Radna grupa dalje ističe da „nije tačno da se u „osnovnim uslovima“ niti u bilo kojim drugim uslovima ili kriterijima navedenim u Konkursu postavlja nacionalnost kao uslov ili kriterij.“⁹⁸ Pravdajući činjenicu da je u podnaslovu Konkursa navedeno da je „upražnjeno mjesto sudije iz reda bošnjačkog naroda“ naveden je primjer dokumentacije Komisije za izbora imenovanje prilikom izbora sudija 2002. godine. Prema tome, u podnaslovu Konkursa je samo „konstatirana ta činjenica“. Radna grupa također tvrdi da kada bi bila u poziciji da predlaže cjelovit sastav ili pak barem četiri člana Ustavnog suda „tada bi ovu proceduralnu dilemu bila jednostavnije riješiti.“ „Radna grupa je od početka itekako svjesna da ne može niti smije narušiti postojeći nacionalni bilans u Ustavnom sudu BiH jer bi tek tada prekršila princip ravnopravnosti naroda i pomenutu Odluku o konstitutivnosti.“⁹⁹

Dana 6.4.2005. godine je ponovo objavljen Konkurs za izbor jednog sudije Ustavnog suda BiH,¹⁰⁰ te je poništen prethodni Konkurs. Ovaj Konkurs ne sadrži nijednu riječ koja se tiče nacionalnosti sudije niti dodatne osnovne uslove.¹⁰¹ Komisija je ponovo diferencirala kandidate temeljem njihove nacionalnosti. Od prijavljenih kandidata, po nacionalnosti je bilo 19 Bošnjaka, te po jedan Hrvat, Srbin i iz reda ostalih.¹⁰² Radna grupa za sprovođenje postupka izbora sudije

⁹⁶ Preporuka Ombudsmana u vezi sa konkursom za jedno upražnjeno sudijsko mjesto u Ustavnom sudu Bosne i Hercegovine, 16. marta 2005.

⁹⁷ Odgovor na Preporuku br. 1182/05., br. 01/f-02-206/05 od 22.3.2005. godine.

⁹⁸ *Ibid.*

⁹⁹ *Ibid.*

¹⁰⁰ *Službene novine FBiH*, br. 22/05.

¹⁰¹ Relevantni tekst Konkursa je bio sljedeći: „... Prema odredbi člana VI 1. b) Ustava Bosne i hercegovine za sudije Ustavnog suda Bosne i Hercegovine mogu biti birani istaknuti pravnici visokog moralnog stanja (ugleda). Prema istoj odredbi svaki punopravni birač sa takvim kvalifikacijama može služiti kao sudija Ustavnog suda Bosne i Hercegovine.“

¹⁰² Br. 01/f-02-317,383/05 od 1.6.2005. godine.

Ustavnog suda BiH je Komisiji za izbor i imenovanje predložila preferencijalnu listu od pet kandidata. Svi su bili Bošnjaci. Komisija je potom Predstavničkom domu predložila da izabere Redžiba Begovića. Na sjednici Predstavničkog doma, od 27.9.2005. godine, sudija Ustavnog suda nije izabran.

Treći put, Konkurs je bio raspisan 12.10.2005. godine.¹⁰³ Komisija za izbor i imenovanje u svom dokumentu¹⁰⁴ navodi da su po nacionalnosti kandidata, 22 bili Bošnjaci, jedan Srbin i dva iz reda ostalih. Radna grupa je Komisiji predložila listu od pet kandidata. Svi su bili Bošnjaci. U konačnici je izabrana Seada Palavrić.¹⁰⁵

Nakon što je Hatidža Hadžiosmanović (Bošnjakinja) napunila 70. godina života i time dosegla dobnu granicu za penzionisanje, za sudiju Ustavnog suda iz FBiH je imenovan Mirsad Ćeman (Bošnjak). Prema izvještaju Komisije, po nacionalnoj pripadnosti, na konkurs za izbor sudije, ukupno je bilo prijavljenih 13 Bošnjaka i jedan Srbin.¹⁰⁶ Nakon intervjua, sačinjena je lista od pet kandidata, od kojih su svi bili Bošnjaci. Predstavnički dom je na sjednici održanoj 26.6.2008. godine izabrao Mirsada Ćemana. Istovjetan tekstu Odluke o imenovanju Seade Palavrić je tekst Odluke o izboru sudije Mirsada Ćemana.

Izbor sudije Ustavnog suda iz Republike Srpske

Kao što je već predstavljeno, za prve sudije Ustavnog suda su izabrane sudije srpske nacionalnosti. Time je uspostavljen precedent prema kojem su sudije Ustavnog suda iz RS srpske nacionalnosti. U autoru dostupnoj službenoj dokumentaciji i odlukama o imenovanju sudija (od 2003., 2008. i 2011. godine) ne spominje se nacionalnost prijavljenih kandidata za sudijsku poziciju niti nacionalnost imenovanog sudije.¹⁰⁷ To je i razumljivo s obzirom na to da se iz ovog entiteta imenuju sudije jedne (srpske) nacionalnosti.

¹⁰³ *Službene novine FBiH*, br. 55/05.

¹⁰⁴ Br. 01/f-02/894/05 od 05.12.2005. godine.

¹⁰⁵ Odluka o izboru je glasila: „Za sudiju Ustavnog suda BiH kojeg bira Zastupnički dom Parlamenta Federacije Bosne i Hercegovine izabrana je: Seada Palavrić.“ (*Službene novine FBiH*, br. 69/05).

¹⁰⁶ Br. 01/6-02-729/08 od 24.6.2008. godine.

¹⁰⁷ Narodna skupština RS je birajući sudiju Miodraga Simovića, donijela Odluku sljedećeg sadržaja: „Za sudiju Ustavnog suda Bosne i Hercegovine iz

Pravila Ustavnog suda Bosne i Hercegovine

Poslovník, odnosno pravila Ustavnog suda BiH su prepoznala ovakvu praksu izbora domaćih sudija, koja se reflektovala na dva polja: odsustvo sudija iz reda konstitutivnog naroda na sjednicama Suda, te izbor i sastav rukovodstva Suda.

5.3.1.1. Odsustvo sudija iz reda konstitutivnog naroda na sjednicama Suda

Već je prvi Poslovník Ustavnog suda propisivao da se neće održati sjednica ukoliko istoj ne prisustvuje najmanje jedan sudija iz reda jednog konstitutivnog naroda.¹⁰⁸ Ako bi se takva situacija ponovila, bez opravdanog razloga, a na sjednici bi trebalo odbaciti zahtjev ili predmet koji se ne tiče konstitutivnog naroda, sjednica bi ipak bila održana.¹⁰⁹ Ovakva odredba je poznata kao „odgađajući veto.“¹¹⁰ Izmjenama i dopunama Poslovnika iz decembra 2003. godine propisano je da se odredba o odgađanju sjednice odnosi na plenarnu sjednicu Ustavnog suda.¹¹¹ Pravila Suda iz februara 2014. godine su promijenila odredbu o obaveznom odlaganju sjednice Suda. Nove odredbe ne spominju prisustvo sudija iz reda konstitutivnih naroda, već prisustvo sudija izabranih od strane entitetskih parlamenata. Prema novim odredbama, sjednica se odlaže ukoliko joj ne prisustvuje najmanje troje sudija izabranih od strane Predstavničkog doma FBiH i najmanje jedan kojeg je izabrala Narodna skupština RS-a. Ukoliko se takva situacija ponovi bez opravdanih razloga, sjednica bi bila

Republike Srpske izabran je prof. dr Miodrag Simović.“ (*Službeni glasnik RS*, br. 40/03). Istovjetan je tekst Odluke o izboru sudije Jove Rosića, Krstana Simića i Zlatka M. Kneževića.

¹⁰⁸ *Službeni glasnik BiH*, br. 2/97, čl. 37 st. 2.

¹⁰⁹ Čl. 37 st. 2 i 3. Identična odredba je bila sadržana u Poslovníku Ustavnog suda iz 1999. godine. (*Službeni glasnik BiH*, br. 24/99, čl. 37 st. 2 i 3).

¹¹⁰ J. Marko, Pet godina ustavnog sudstva u Bosni i Hercegovini: prva bilansa, *Pravna misao* 3-4/2004, 28.

¹¹¹ *Službeni glasnik BiH*, br. 1/04, čl. 25. Identična odredba je bila u Poslovníku Ustavnog suda iz 2004. godine (*Službeni glasnik BiH*, br. 2/04, čl. 42 st. 1 i 3) i Pravilima iz 2005. godine (*Službeni glasnik BiH*, br. 60/05, čl. 42. st. 2).

održana.¹¹² Identična odredba je sadržana u trenutno važećim Pravilima Ustavnog suda.¹¹³

5.3.1.2. Izbor i sastav rukovodstva Ustavnog suda

Za izbor i sastav rukovodstva Suda se veže dva instituta: institut rotacije i institut zastupljenosti konstitutivnih naroda.

5.3.1.2.1. Rotacija

Ovaj institut podrazumijeva rotaciju između konstitutivnih naroda na mjestu predsjednika Suda. Prvi Poslovnik je propisivao da predsjednik Ustavnog suda se bira rotacijom iz reda sudija koje su izabrali Predstavnički domovi entiteta.¹¹⁴ Izmjenama i dopunama Poslovnika Ustavnog suda iz decembra 2003. godine promijenjene su odredbe o izboru predsjednika Suda, te je propisano da se predsjednik Ustavnog suda BiH bira rotacijom između sudija iz konstitutivnih naroda BiH, s tim da u dva uzastopna mandata predsjednik Suda ne može pripadati istom konstitutivnom narodu.¹¹⁵ Prema Pravilima iz 2005. godine, u slučaju da predsjednik Ustavnog suda prestane biti član Suda ili podnese ostavku, prije isteka mandata, Ustavni sud bi na plenarnoj sjednici izabrao nasljednika za ostatak vremena mandata iz reda istog konstitutivnog naroda.¹¹⁶

¹¹² *Službeni glasnik BiH*, br. 22/14, čl. 39.

¹¹³ *Službeni glasnik BiH*, br. 94/14.

¹¹⁴ Čl. 77. Identično u u Poslovniku Ustavnog suda BiH iz 1999. godine (čl. 83).

¹¹⁵ Čl. 54. Identično i u Poslovniku Ustavnog suda iz 2004. godine (čl. 88 i čl. 91 st. 3), i Pravilima iz 2005. godine (čl. 87).

¹¹⁶ Čl. 88. st. 2. Izmjenama i dopunama Pravila Ustavnog suda BiH iz 2008. godine je dopunjen čl. 88 st. 2 Pravila Ustavnog suda iz 2005. godine. Tako je propisano da ako je, u to vrijeme, prisutan samo jedan sudija iz reda tog konstitutivnog naroda, Ustavni sud može, u plenarnoj sjednici, imenovati sudiju iz bilo kojeg konstitutivnog naroda da vrši dužnost predsjednika do stupanja na dužnost drugog sudije iz reda istog konstitutivnog naroda ili do isteka mandata na koji je imenovan.

5.3.1.2.2. Zastupljenost konstitutivnih naroda

Zastupljenost konstitutivnih naroda u rukovodstvu Suda se osiguravala odredbom da predsjednik i zamjenici nisu mogli biti iz reda istog konstitutivnog naroda.¹¹⁷

Ovakve poslovničke odredbe su predstavljale kompromis, jer su „hrvatske i srpske sudije prihvatile Sarajevo kao sjedište suda, dok je uveden etnički paritet i rotacija prilikom izbora predsjednika i potpredsjednika Suda.“¹¹⁸ Na ovaj način pravila prvo uvode princip etničkog pariteta glede rukovodstva Ustavnog suda i indirektno potvrđuju da su sudije Ustavnog suda samo Bošnjaci, Hrvati i Srbi. Druga relevantna stvar jeste da se Pravila Ustavnog suda smatraju za izvore ustavnog prava, s obzirom na to da se poslovници o radu temeljnih državnih tijela, uključujući Ustavni sud, a kojima se razrađuju ustavne odredbe o radu tih tijela, smatraju izvorima ustavnog prava.¹¹⁹

5.3.1.2.3. Odredbe Pravila Ustavnog suda BiH trenutno na snazi

Pravila Suda iz februara 2014. godine su donijela promjene u odredbama o izboru i sastavu rukovodstva Ustavnog suda. Naime, prema novim pravilima, predsjednik se bira rotacijom između sudija koje su izabrala zakonodavna tijela entiteta, s tim da u dva uzastopna mandata predsjednik Ustavnog suda ne može biti iz reda konstitutivnog naroda ili ostalih iz kojega je bio prethodni, niti predsjednik prije njega.¹²⁰ Ako predsjednik Ustavnog suda prestane biti član Ustavnog suda prije isteka mandata, Ustavni sud će na plenarnoj sjednici imenovati predsjednika za preostalo vrijeme mandata u skladu sa članom 84.¹²¹ Predsjednik i potpredsjednici Suda ne mogu biti iz reda istog konstitutivnog naroda ili ostalih naroda.¹²²

¹¹⁷ Prvi Poslovnik Ustavnog suda (čl. 80 st. 3). Identične odredbe su bile zadržane u Poslovniku Ustavnog suda Bosne i Hercegovine iz 1999. godine (čl. 86. st. 3), Poslovniku iz 2004. (čl. 91 st. 3) i Pravilima iz 2005. godine (čl. 90).

¹¹⁸ J. Marko, Pet godina ustavnog sudstva u Bosni i Hercegovini: prva bilansa, *Pravna misao* 3-4/2004, 28.

¹¹⁹ Branko Smerdel, Sokol Smiljko, *Ustavno pravo*, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb 2006, 18.

¹²⁰ Čl. 84.

¹²¹ Čl. 85 st. 2.

¹²² Čl. 87 st. 3.

Identične odredbe su sadržane u trenutno važećim Pravilima Ustavnog suda – Prečišćeni tekst.¹²³

Pravila iz 2014. godine su prepoznala mogućnost da osim konstitutivnih naroda, sudije mogu biti i iz reda Ostalih. Međutim, problematično je to što sudije, da bi bili kandidati za rukovodstvo Suda, moraju se izjasniti kojem konstitutivnom narodu pripadaju ili ostalim. Također, ostaje pitanje što je sa sudijama koji se izjašnjavaju isključivo kao građani BiH.

Teorija Ustavnog prava

Pojedini autori udžbenika ustavnog prava prihvataju ovu praksu kao ustavno pravilo, dok pak većina nije takvog stava.¹²⁴ Rajko Kuzmanović, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Banja Luci, u svom udžbeniku Ustavno pravo¹²⁵ navodi da „u Sud dva člana bira Narodna skupština Republike Srpska (oba Srbi), četiri člana bira Predstavnički dom Parlamenta Federacije BiH (dva Hrvata i dva Bošnjaka)...“.¹²⁶ Mile Dimičić, u udžbeniku Ustavno pravo – dopuna osnovnoj literaturi,¹²⁷ navodi da „Ustavni sud se sastoji od devet članova. Četiri člana bira Predstavnički dom FBiH, a dva člana Narodna skupština RS. Primjenjen je isti princip kao kod izbora drugih organa na nivou države, s ciljem obezbjeđenja ravnopravnosti konstitutivnih naroda BiH.“¹²⁸

Percepcija javnosti

Percepcija dijela javnosti jeste takva da u Ustavnom sudu prilikom donošenja odluka dolazi do „preglasavanja“ predstavnika jednog ili dva konstitutivna naroda od strane „većinskog naroda uz

¹²³ Čl. 83 st. 1 i čl. 86 st. 3.

¹²⁴ Ti autori se isključivo referiraju na ustavni tekst o izboru sudija Ustavnog suda. Detaljnije vid.: Kasim Trnka, *Ustavno pravo*, Univerzitetska knjiga, Sarajevo 2000., Nurko Pobrić, *Ustavno pravo*, Slovo, Mostar 2000. i Zvonko Miljko, *Ustavno uređenje Bosne i Hercegovine*, Hrvatska sveučilišna naklada, Zagreb 2006.

¹²⁵ Rajko Kuzmanović, *Ustavno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Banja Luci, Banja Luka 2002.

¹²⁶ *Ibid*, 508.

¹²⁷ Mile Dimičić, *Ustavno pravo – dopuna osnovnoj literaturi*, Pravni fakulteta Univerziteta u Banja Luci, Banja Luka 2011.

¹²⁸ *Ibid*, 113.

podršku stranih sudija.“¹²⁹ Ukoliko pak se ne navodi izraz „preglasavanje“, u pravilu se ističe kako su glasale sudije, ne navodeći njihova imena, već nacionalnu pripadnost.¹³⁰ U diskursu se koristi glagol „preglasani“, iako ovaj izraz Ustav uopće ne poznaje. Najsvježiji primjer percepcije javnosti glede sastava Ustavnog suda i glasanja njegovih sudija najbolje možemo prikazati kroz reakciju na Odluku Ustavnog suda u predmetu U 3/13 o neustavnosti Dana RS-a.¹³¹ Sud je ovu Odluku donio u prisustvu osam sudija.

Mediji su u svojim izvještajima naglašavali da je Odluka donesena prije svega preglasavanjem, te naglašavali nacionalnost sudija koji su glasali za Odluku i onih koji su glasali protiv, tj. da je za Odluku glasalo troje sudija: stranci i dvoje bošnjačkih sudija, dok je dvoje Srba i jedan Hrvat¹³², bili protiv Odluke.¹³³ Također je prenesena izjava predsjednika RS-a, Milorada Dodika, koji je komentarišući Odluku izjavio da je Ustavni sud „koristeći mehanizam preglasavanja, ukinuo Dan Republike Srpske“ te da se radi o Odluci „koja je u kontinuitetu svih onih loših i nepravničkih odluka prema Republici Srpskoj od Ustavnog suda BiH, koje su u pravilu kreirali dva Bošnjaka, muslimana, i tri stranca koji su donosili odluke ... sve

¹²⁹ Siniša Karan, Siniša Aleksić, „Ustavni sud Bosne i Hercegovine – od ustavobranitelja do ustavotvorca“, *Godišnjak fakulteta pravnih nauka* 6/2016, 114.

¹³⁰ Opisujući glasovanje sudija Ustavnog suda prilikom donošenja treće djelomične odluke u predmetu U 5/98, Ivan Pilipović, navodi da je odluka donesena većinom glasova, pet spram četiri, od čega su tri glasa za bile glasovi sudija iz reda stranih državljana i „dva glasa „za“ sudija iz reda bošnjačkog naroda, dok su sudije iz reda srpskog i hrvatskog naroda glasale protiv.“ (Ivan Pilipović, „Nadležnost Ustavnog suda BiH u pogledu apstraktne kontrole i prethodnih pitanja“, *Pravna riječ* 18/2009, 323-338).

¹³¹ *Službeni glasnik BiH*, br. 100/15.

¹³² Ova tvrdnja nije tačna. Za Odluku su glasali Konstars Greve, Tudor Pantiru, Margarita Caca Nikolovska, Mirsad Čeman, Seada Palavrić i Valerija Galić.

¹³³ Vid.: Ustavni sud proglasio neustavnim Dan RS; Dodik: Ostajemo pri svom prazniku, <http://www.blic.rs/vesti/republika-srpska/ustavni-sud-proglasio-neustavnim-dan-rs-dodik-ostajemo-pri-svom-prazniku/jqhl1ts> asp, 8. oktobar 2016. BiH: Ustavni sud proglasio neustavnim Dan Republike Srpske, <http://www.vijesti.me/svijet/bih-ustavni-sud-proglasio-neustavnim-dan-republike-srpske-862513> asp, 8. oktobar 2016. Ustavni sud BiH proglasio neustavnim Dan RS, <http://www.rtvbn.com/366347/Ustavni-sud-BiH-odlucio-Dan-Republike-Srpske-nije-sporan-ali-sporan-je-datum> asp, 8. oktobar 2016.

kad skupite vidite da je to bilo u matrici koja je okupila dva stranca i dva Bošnjaka, koji su glasali za sve što je protiv RS.“¹³⁴

U vršenju svoje apelacione nadležnosti, sudije odluke donose gotovo jednoglasno. U tim slučajevima etnička motivacija ne igra „skoro nikakvu ulogu.“¹³⁵ Međutim, kod apstraktne kontrole ustavnosti „sudije su se smatrali od samog početka zastupnicima svojih konstitutivnih naroda. Upravo na liniji toga, srpske sudije su pokušavale da štite Ustav i zakone RS, što je u mnogo manjoj mjeri urađeno od strane bošnjačkih i hrvatskih sudija u pogledu Federacije BiH.“¹³⁶ S tim u vezi, sudije, najčešće iz RS, a rjeđe iz FBiH, koriste instrument izdvojenih mišljenja, kojim sudije kao „predstavnici konstitutivnih naroda, mogu svojim pripadnicima dokazati da su najbolje učinili u odbrani vlastitih nacionalnih interesa, te da njihov poraz leži u sudbini preglasavanja u predmetu.“¹³⁷ Tako, izdvojena mišljenja gotovo uvijek „korespondiraju sa etničkom pripadnošću.“¹³⁸

6. ZAKLJUČAK

Praksa prema kojoj su sudije koje bira Narodna skupština RS-a uvijek Srbi, a sudije koje bira Predstavnički dom FBiH uvijek Bošnjaci i Hrvati, pažljivo pazeći da uvijek u Sudu sjede po dva iz svakog naroda, je ponašanje koje se kontinuirano i istovrsno ponavlja u vremenskom periodu od već 20 godina, uz postojanje opće svijesti o pravnoj obaveznosti i nužnosti takvog ponašanja. Shodno tome, ono predstavlja ustavni običaj.

¹³⁴ *Ibid.*

¹³⁵ J. Marko, „Pet godina ustavnog sudstva u Bosni i Hercegovini: prva bilansa“, *Pravna misao* 3-4/2004, 28.

¹³⁶ *Ibid.*

¹³⁷ *Ibid.*, 30.

¹³⁸ E. Šarčević, Dejtonski Ustav, Karakteristike i problemi, *Status* 13/2008, 161. Naprimjer, pogledati: izdvojena mišljenja o neslaganju sudija: Vitomira Popovića, Snežane Savić, Zvonka Miljka i Mirka Zovka u Odluka Ustavnog suda u predmetu br. U 5/98-III, od 30. juna 2000. godine; izdvojeno mišljenje o neslaganju sudije Zlatka Kneževića u Odluka Ustavnog suda u predmetu br. U 1/11 od 13. jula 2012. godine; izdvojeno mišljenje o neslaganju sudija Miodraga Simovića i Zlatka Kneževića u Odluka Ustavnog suda u predmetu br. U 3/13 od 26. novembra 2015. godine.

Ovakav ustavni običaj diskriminira prije svega same konstitutivne narode, tj. Bošnjake i Hrvate u RS, Srbe u FBiH, te ostale i građane BiH u oba entiteta. Ta diskriminacija je jasno vidljiva u službenim dokumentima entitetskih organa koji su učestvovali u postupku izbora sudija Ustavnog suda BiH. Posebno je indikativna odluka o izboru sudija iz FBiH iz 2002. godine u kojoj su izričito navedene nacionalnosti sudija, te cjelokupna procedura izbora sutkinje Palavrić. Shodno tome, radi se o ustavnom običaju koji predstavlja administrativnu praksu suprotnu EKLJP i ustavnoj zabrani diskriminacije. Govoreći o vrsti običaja, zaključak je da se radi o običaju *contra constitutionem*.

Sama činjenica etničke i entitetske reprezentacije u Ustavnom sudu smanjuje mogućnost da se izaberu najkvalitetniji kandidati. Ovaj običaj je potrebno mijenjati postupajući drugačije ili mijenjajući Ustav BiH. Bilo šta od ovoga je pak teško za očekivati u trenutnoj političkoj situaciji u BiH. Izmjene Ustava BiH nije realno očekivati u skoroj budućnosti. Pravac u kojem bi trebale ići eventualne izmjene i dopune Ustava BiH bi postupak izbora svih devet sudija (koji bi bili samo državljani BiH) trebale prenijeti u nadležnost Predstavničkog doma Parlamenta BiH, koji bi taj izbor vršio 2/3 većinom. Mada ni to ne bi bila garancija drugačijeg postupanja jer je dosadašnje iskustvo da političke stranke, bilo nacionalne ili građanske, postupaju identično. U pogledu mogućeg drugačijeg postupanja, odstupanje od uspostavljene prakse bi se smatralo izdajom nacionalnih interesa ili pak kao preglasavanje volje jednog od konstitutivnih naroda, ukoliko npr. Parlament FBiH bi narušio ravnotežu od dvoje Hrvata i dvoje Bošnjaka u Ustavnom sudu. Međutim, ovaj način mijenjanja običaja je naizgledniji ako uzmemo u obzir posljednja dešavanja u bosanskohercegovačkom pravosuđu. Tako se prilikom izbora predsjednika Suda BiH u decembru 2016. godine kao mjerodavna pojavila stručnost, a ne etnička pripadnost. Jedino čemu se možemo nadati jeste da će ovakav pristup uzeti i maha prilikom izbora ustavnih sudija.

LITERATURA

- Ademović N., „Značaj i metode tumačenja kroz praksu Ustavnog suda Bosne i Hercegovine“, *Anali Pravnog fakulteta u Zenici* 5/2012.
- Ademović N., Steiner C., *Ustav Bosne i Hercegovine – Komentar*, Fondacija Konrad Adenauer, Sarajevo 2010.
- Balić L., „Ustavni običaj u BiH – osvrt na izbor sudija Ustavnog suda BiH“, *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*, LII – 2009.

- Dimićić M., *Ustavno pravo – dopuna osnovnoj literaturi*, Pravni fakulteta Univerziteta u Banja Luci, Banja Luka 2011.
- Djelomična odluka Ustavnog suda u predmetu br. U 4/04-I od 31.3.2006. godine, *Službeni glasnik BiH*, br. 23/00.
- Djelomična odluka Ustavnog suda u predmetu br. U 5/98-III od 1. jula 2000. godine, *Službeni glasnik BiH*, br. 23/00.
- Dopis potpredsjednika Federacije Bosne i Hercegovine, broj 02-111-1/97 od 23.1.1997. godine.
- Irska protiv Velike Britanije, br. 5310/71, 18.1.1978.
- Jašarbegović A., „Izbor sudija ustavnih sudova u domaćem i uporednom pravu“, *Sveska za javno pravo*, 10/2012, 63-74.
- Javni konkurs za izbor jednog sudije Ustavnog suda BiH, *Službene novine FBiH*, br. 55/05.
- Javni konkurs za izbor jednog sudije Ustavnog suda BiH, *Službeni glasnik BiH*, br. 22/05.
- Jovićić M., *O Ustavu*, Savremena administracija, Beograd 1977.
- Karan S., Aleksić S., „Ustavni sud Bosne i Hercegovine – od ustavobranitelja do ustavotvorca“, *Godišnjak fakulteta pravnih nauka*, 6/2016.
- Kipar protiv Turske, br. 25781/94, 10.5.2001.
- Komisija za izbor i imenovanje – izvještaj, br. 01/f-02/894/05 od 05.12.2005. godine.
- Komisija za izbor i imenovanje – izvještaj, br. 01/f-02-317,383/05 od 1.6.2005. godine.
- Komisija za izbor i imenovanje - izvještaj, br. 01/6-02-729/08 od 24.6.2008. godine.
- Konkurs za jedno upražnjeno sudijsko mjesto u Ustavnom sudu Bosne i Hercegovine, *Službene novine FBiH*, br. 10/05.
- Kuzmanović R., *Ustavno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Banja Luci, Banja Luka 2002.
- Magnetofonski snimak nastavka 21. sjednice Predstavničkog doma Parlamenta Federacije BiH, održane 06.12.2005. godine.
- Marko J., Pet godina ustavnog sudstva u Bosni i Hercegovini: prva bilansa, *Pravna misao* 3-4/2004, 28.
- Marković R., *Ustavno pravo*, Savremena administracija, Beograd 1982.

- Odgovor na pismo br. P-106/05 od 02.03.2005. godine, br. 01/f-02/066/05 od 7.3.2005. godine.
- Odgovor na Preporuku br. 1182/05, br. 01/f-02-206/05 od 22.3.2005. godine.
- Odluka o dopustivosti i meritumu u predmetu br. U 3/13, *Službeni glasnik BiH*, br. 100/15.
- Odluka o izboru sudija Ustavnog suda Bosne i Hercegovine iz Federacije Bosne i Hercegovine, *Službene novine FBiH*, br. 38/02.
- Odluka o izboru sudija Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, *Službene novine FBiH*, br. 13/97.
- Odluka o izboru sudija Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, *Službene novine FBiH*, br. 3/99.
- Odluka o izboru sudije Ustavnog suda Bosne i Hercegovine iz Republike Srpske, *Službeni glasnik RS*, br 40/03.
- Odluka o izboru sudije Ustavnog suda Bosne i Hercegovine iz Republike Srpske, *Službeni glasnik RS*, br. 105/03.
- Odluka o izboru sudije Ustavnog suda Bosne i Hercegovine iz Republike Srpske, *Službeni glasnik RS*, br. 105/03.
- Odluka o izboru sudije Ustavnog suda Bosne i Hercegovine kojeg bira Predstavnički dom Parlamenta Federacije Bosne i Hercegovine, *Službene novine FBiH*, br. 69/05.
- Odluka o izboru sudije Ustavnog suda Bosne i Hercegovine kojeg bira Predstavnički dom Parlamenta Federacije Bosne i Hercegovine, *Službene novine FBiH*, br. 40/08.
- Odluka o izboru sudije Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, *Službeni glasnik RS*, br. 48/07.
- Odluka o izmjenama i dopunama Pravila Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, *Službeni glasnik BiH*, br. 64/08.
- Odluka o izmjenama i dopunama Poslovnika Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, *Službeni glasnik BiH*, br. 1/04.
- Odluka o postupku izbora sudije Ustavnog suda BiH kojeg bira Narodna skupština RS, *Službeni glasnik RS*, br. 5/07.
- Odluka Ustavnog suda u predmetu br. U 3/13 od 26. novembra 2015. godine, *Službeni glasnik BiH*, 100/15.
- Odluku o postupku izbora sudija Ustavnog suda BiH koje bira Predstavnički dom Parlamenta Federacije BiH, *Službene novine FBiH*, br. 6/05.

- Orhanović A., „Izbor sudija Ustavnog suda BiH“, *Ko bira sudije ustavnog suda?* (ur. Edin Šarčević), Fondacija Centar za javno pravo, Sarajevo 2012, 105 – 125.
- Pajvančić M., *Ustavno pravo, ustavne institucije*, Pravni fakultet, Centar za izdavačku delatnost, Novi Sad 2003.
- Pilav protiv BiH, br. 41939/07, 9.6.2016.
- Pilipović I., „Nadležnost Ustavnog suda BiH u pogledu apstraktne kontrole i prethodnih pitanja“, *Pravna riječ* 18/2009, 323-338.
- Pismo o predlaganju kandidata za sudije Ustavnog suda Bosne i Hercegovine Komisije za izbor i imenovanje, od 18.7.2002. godine.
- Pismo Ombudsmana za ljudska prava BiH br. 1182/05 od 16.3.2005. godine.
- Pismo predsjednika i potpredsjednika Federacije Bosne i Hercegovine, br. 01-1-06-368/02 i br. 02-436/02, od 23.7.2002. godine
- Pismo Ustavnog suda Bosne i Hercegovine br. P-106/05 od 2.3.2005. godine.
- Pobrić N., „Izbor i razrješenje sudija Ustavnog suda BiH“, *Ko bira sudije ustavnog suda?* (ur. Edin Šarčević), Fondacija Centar za javno pravo, Sarajevo 2012, 125 – 143.
- Pobrić N., *Ustavno pravo*, Slovo, Mostar 2000.
- Poslovnik Ustavnog suda Bosne i Hercegovine – novi prečišćeni tekst -, *Službeni glasnik BiH*, br. 2/04.
- Poslovnik Ustavnog suda Bosne i Hercegovine – prečišćeni tekst -, *Službeni glasnik BiH*, br. 24/99.
- Poslovnik Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, *Službeni glasnik BiH*, br. 2/97.
- Pravila Ustavnog suda BiH, *Službeni glasnik BiH*, br. 60/05.
- Pravila Ustavnog suda Bosne i Hercegovine – prečišćeni tekst -, *Službeni glasnik Bosne i Hercegovine*, br. 94/14.
- Pravila Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, *Službeni glasnik Bosne i Hercegovine*, br. 22/14
- Preporuka Ombudsmana u vezi sa konkursom za jedno upražnjeno sudijsko mjesto u Ustavnom sudu Bosne i Hercegovine, 16. marta 2005.
- Sejdić i Finci protiv Bosne i Hercegovine, br. 27996/06 i 34836/06, 22.12.2009.

Smerdel B., Smiljko S., *Ustavno pravo*, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb 2006, 18.

Šarčević E., „Dejtonski Ustav, Karakteristike i problemi“, *Status*, 13/2008

Šarčević E., *Dejtonski ustav, Karakteristike i karakteristični problemi*, Konrad Adenauer Stiftung predstavništvo u Bosni i Hercegovini, Sarajevo 2008, 90.

Šlaku protiv BiH, br. 56666/12, 26.5.2016.

Ustav Bosne i Hercegovine,
http://www.ccbh.ba/public/down/USTAV_BOSNE_I_HERCEGOVINE_bos.pdf, 8. oktobar 2016.

Vasić R., „Ustavne konvencije“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 6/1990.

Vehabović F., *Odnos Ustava Bosne i Hercegovine i Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda*, ACIPS, Sarajevo 2006.

Zornić protiv BiH, br. 3681/06, 15.7.2014.

Harun Išerić

Graduate student

ELECTION OF DOMESTIC JUDGES OF
CONSTITUTIONAL COURT OF BOSNIA AND
HERZEGOVINA – DISCRIMINATORY CONSTITUTIONAL
PRACTICE?

Summary

The paper deals with the practice of election of domestic judges of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina and the application of the ethnical principle in this process. The first part represents the ethnic-territorial principle of the constitutional order of Bosnia and Herzegovina and provide basic outlines of the constitutional position of Constitutional Court. The second part discusses theory of elements and types of constitutional custom. The next part of the Paper, (Part III) analysis of the elements of the constitutional custom in the process of election of domestic judges of the Constitutional Court, and therefore determines that this practice represents a constitutional custom. By considering the jurisprudence

of the European Court of Human Rights and official documents of bodies which have conducted previous elections of judges, it can be concluded that it is custom which is contrary to the constitutional provisions on the direct application of the European Convention on Human Rights and fundamental freedoms and its protocols (primarily Protocol 12 - general prohibition of discrimination) and to the constitutional provisions on non-discrimination (part four). In support of this conclusion provisions of the previous Rules of Procedure of the Constitutional Court and the views of Serbian constitutional law textbooks authors, are presented. The last part of the Paper (the fifth part) proposes the most appropriate way to change constitutional custom *contra constitutionem*.

Key words: *Bosnia and Herzegovina. – Constitutional court. – Election of judges. – Constitutional custom. – Discrimination.*