

Gefördert durch:



aufgrund eines Beschlusses
des Deutschen Bundestages



USTAVNI SUD BOSNE I HERCEGOVINE
УСТАВНИ СУД БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ
CONSTITUTIONAL COURT OF BOSNIA AND HERZEGOVINA



NJEMAČKA FONDACIJA
ZA MEĐUNARODNU PRAVNU
SARADNJU

Regionalna konferencija ustavnih sudova
**ODLUKE EVROPSKOG/EUROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA
PRAVA I NJIHOV UTJECAJ NA STANDARDE
NACIONALNIH USTAVNIH SUDOVA**

7–9. 4. 2016. godine

Zbornik radova

Регионална конференција уставних судова
**ОДЛУКЕ ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА
И ЊИХОВ УТИЦАЈ НА СТАНДАРДЕ
НАЦИОНАЛНИХ УСТАВНИХ СУДОВА**

7–9. 4. 2016. године

Зборник радова

Regionalkonferenz der Verfassungsgerichte
**ENTSCHEIDUNGEN DES EUROPÄISCHEN GERICHTSHOFS
FÜR MENSCHENRECHTE UND IHR EINFLUSS AUF DIE
STANDARDS DER NATIONALEN VERFASSUNGSGERICHTE**

Sarajevo, 7-9. 4. 2016

Tagungsband

Regional Conference of the Constitutional Courts
**DECISIONS OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN
RIGHTS AND THEIR IMPACT ON THE STANDARDS OF
THE NATIONAL CONSTITUTIONAL COURTS**

Sarajevo, 7-9. 4. 2016

Collected Papers

Sarajevo, 2016.

**ODLUKE EVROPSKOG/EUROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA I NJIHOV UTJECAJ NA
STANDARDE NACIONALNIH USTAVNIH SUDOVA**

**ОДЛУКЕ ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА И ЊИХОВ УТИЦАЈ НА СТАНДАРДЕ
НАЦИОНАЛНИХ УСТАВНИХ СУДОВА**

**ENTSCHEIDUNGEN DES EUROPÄISCHEN GERICHTSHOFS FÜR MENSCHENRECHTE UND
IHR EINFLUSS AUF DIE STANDARDS DER NATIONALEN VERFASSUNGSGERICHTE**

**DECISIONS OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS AND THEIR IMPACT ON THE
STANDARDS OF THE NATIONAL CONSTITUTIONAL COURTS**

Izdavač/Publisher:

USTAVNI SUD BOSNE I HERCEGOVINE
Sarajevo, Reisa Džemaludina Čauševića 6/III

Za izdavača/For Publisher:

MIRSAD ĆEMAN

Urednik/Editor:

MATO TADIĆ

Redakcijski odbor/Editorial board:

MATO TADIĆ

MIODRAG SIMOVIĆ

ARIJANA DŽANOVIĆ

ERMINA DUMANJIĆ

AMELA HARBA-BAŠOVIĆ

AZEM KRAJINIĆ

Prijevod, lektura i korektura/

Translation, Editing and Proofreading:

JEZIČKI ODJEL USTAVNOG SUDA BiH/LANGUAGE DEPARTMENT OF CCBH

Prijevod sa njemačkog jezika/

Translation from German language:

IRZ

Prijelom i dizajn/Layout and Design:

AMELA HARBA-BAŠOVIĆ

Štampa/Printed by:

ŠTAMPARIJA FOJNICA d.d., Fojnica

Tiraž/Print run:

200

Gefördert durch:



Bundesministerium
der Justiz und
für Verbraucherschutz

aufgrund eines Beschlusses
des Deutschen Bundestages

DEUTSCHE STIFTUNG FÜR
INTERNATIONALE RECHTLICHE
ZUSAMMENARBEIT E.V.



Štampanje ove publikacije podržali su Njemačka fondacija za međunarodnu pravnu saradnju (IRZ)
i Ministarstvo pravosuđa i za zaštitu potrošača Njemačke.

Sadržaj - Саджај - Inhalt - Contents

Predgovor urednika	5
Vorwort des Redakteurs	7
Foreword from the Editor	11
Vorwort der IRZ	15
Predgovor IRZ-a	17
Foreword from the IRZ	19
<u>Mirsad Ćeman</u>	
Uvodno izlaganje	21
Einführungsvortrag	29
Intro presentation	39
<u>Veronika Keller-Engels</u>	
Grußwort	47
Pozdravni govor	51
Opening speech	55
<u>Dr. Stefan Pürner</u>	
Grußwort	59
Pozdravni govor	61
Opening speech	63
<u>Desanka Lopičić</u>	
Uticao odluka Evropskog suda za ljudska prava na praksu Ustavnog suda Crne Gore (normativni okvir i praksa)	65
<u>Златко М. Кнежевић</u>	
Одлуке Европског суда за људска права и њихов утицај на стандарде националних уставних судова - пракса Босне и Херцеговине	77
<u>Faris Vehabović</u>	
Impact of jurisprudence of the ECHR to post-conflict society of Bosnia and Herzegovina	91
Utjecaj sudske prakse Evropskog suda za ljudska prava na društvo Bosne i Hercegovine nakon sukoba	119



Constance Grewe

Inwieweit wirkt sich die Rechtsprechung des EGMR auf die Standards der nationalen Verfassungsgerichte aus? 147

U kojoj mjeri praksa Europskog suda za ljudska prava utječe na standarde nacionalnih ustavnih sudova? 157

Dr. sc. Mato Arlović

Utjecaj odluka Europskog suda za ljudska prava na sadržajno ujednačavanje standarda konvencijskog i nacionalnog prava u praksi Ustavnog suda Republike Hrvatske 165

Slavica Banić

Standardi Europskog suda za ljudska prava – blagodati i uteg za praksu Ustavnog Suda Republike Hrvatske 203

Udo Steiner

Das Bundesverfassungsgericht und die europäischen Gerichte 223

Savezni ustavni sud i evropski sudovi 231

PREDGOVOR UREDNIKA

Poštovani,

Od 7. do 9. travnja 2016. godine Ustavni sud Bosne i Hercegovine organizirao je Regionalnu međunarodnu konferenciju ustavnih sudova s prostora bivše Jugoslavije kao tradicionalno okupljanje ovih ustavnih sudova. Tema Konferencije bila je „Odluke Europskog suda za ljudska prava i njihov utjecaj na standarde nacionalnih ustavnih sudova”. Na Konferenciji su sudjelovali predstavnici ustavnih sudova Republike Srbije, Republike Hrvatske, Republike Crne Gore i Bosne i Hercegovine.

Konferencija je organizirana uz potporu Njemačke fondacije za međunarodnu pravnu suradnju (IRZ), a kao gost je sa svojim referatom sudjelovao i bivši sudac Saveznog ustavnog suda Njemačke prof. dr. Udo Steiner.

Također je kao gost sa svojim referatom sudjelovao i sudac Europskog suda za ljudska prava u Strasbourg iz Bosne i Hercegovine, gospodin Faris Vehabović.

O dogovorenoj temi Konferencije izloženo je osam referata i vođena vrlo živa rasprava sudionika Konferencije.

Na Konferenciji nisu usvojeni nikakvi posebni zaključci, ali se iz referata i diskusije mogu izvući kratki sažeci poruka koji se ogleđaju u sljedećem:

- Nacionalna tijela, naročito sudovi, prvi su čuvari ljudskih prava koji osiguravaju, shodno sudskoj praksi Europskog suda za ljudska prava, potpunu, učinkovitu i izravnu primjenu Konvencije u svojim nacionalnim pravnim sustavima;
- Nacionalni sudovi efektivno osiguravaju prava i slobode utvrđene Konvencijom i njezinim protokolima na nacionalnoj razini u skladu s načelom supsidijarnosti;
- Na konceptu ljudskih prava i sloboda nacionalni sudovi grade objektivni sustav obvezujućih smjernica za djelovanje državne vlasti u okvirima nacionalnog ustava, ugrađujući u svoje odluke jurisprudenciju Europskog suda za ljudska prava;
- Europska konvencija se mora koristiti kao pomoć kod tumačenja u nacionalnim ustavima utvrđenih temeljnih prava i načela pravne države. U praksi, standarde Europskog suda treba poštovati kao „vodeću odluku” u istim pravnim i/ili činjeničnim situacijama nakon što je Europski sud u nacionalnom ili nekom drugom predmetu uveo ili osnažio svoje standarde tumačenja te ih nacionalni ustavni sudovi, prihvaćajući *volens nolens*, primjenjuju u slučajevima koji se pojavljuju pred njima;

- Učinci standarda Europskog suda u pravnom poretku država članica nesporno predstavljaju blagodat za razvoj ustavnih prava. Standardi Europskog suda imaju preventivni, obrazovni i korektivni učinak na zaštitu ljudskih prava u ovim državama;
- S druge strane, ustavni sudovi koji prihvaćaju i primjenjuju standarde Europskog suda sve više se suočavaju s pitanjem hijerarhijskog odnosa između dvaju sudova te očuvanja ustavnog legitimiteta nacionalnog suda s obzirom da Europski sud sve češće u odlukama povodom pojedinačnih slučajeva daje ustavnopravnu dimenziju stanja zakonodavstva u dotičnim zemljama. Eliminiranje takvih problema moguće je dijalogom dvaju sudova koji pretpostavlja odgovornost ustavnih sudova za ustavna prava. Ovo od ustavnih sudova zahtijeva razvitan vlastitih standarda ustavnih prava iz kojih će izvirati specifične društvene i pravne okolnosti u svakoj zemlji i njihov doprinos univerzalnosti ljudskih prava i temeljnih sloboda.

Zahvaljujući financijskoj pomoći IRZ-a, Ustavni sud je odlučio tiskati skoro sve referate, i to na jezicima na kojima su ih dostavili sami autori (bosanski, crnogorski, hrvatski, srpski, njemački i engleski). Referati koji su bili na njemačkom jeziku objavljeni su, osim na njemačkom, i na domaćim jezicima zahvaljujući prijevodu Službe IRZ-a, a oni koji su bili na engleskom, osim na engleskom, objavljeni su i na domaćim jezicima čiji je prijevod uradio Jezični odjel Ustavnog suda.

Također smo za sve referate dali sažetak kako na jezicima autora tako i na njemačkom i engleskom jeziku da bi ova materija bila dostupna širem krugu pravnika (i ne samo pravnika) koji se služe njemačkim i engleskim jezikom.

Ustavni sud ne odgovara za moguće jezične greške (u bilo kojoj jezičnoj varijanti) jer su radovi tiskani onako kako su ih sami autori dostavili, uključujući i sažetke, osim prijevoda dijela sažetaka i uvodnog govora predsjednika, odnosno predgovora, koje je prevela Služba IRZ-a, na čemu smo im neizmjereno zahvalni. Dio sažetaka na engleski jezik uradio je Jezični odjel Ustavnog suda BIH.

Siguran sam da će ovaj zbornik radova biti interesantno štivo svima onima koji se bave ovom problematikom.

Sarajevo, listopad 2016. godine

Urednik
Mato Tadić
Dopredsjednik
Ustavnog suda Bosne i Hercegovine

VORWORT DES REDAKTEURS

Sehr geehrte Damen und Herren,

vom 7. bis 9. April 2016 wurde vom Verfassungsgericht Bosnien und Herzegowinas die internationale Regionalkonferenz der Verfassungsgerichte aus dem Gebiet des ehemaligen Jugoslawiens ausgerichtet, die traditionelle Zusammenkunft dieser Verfassungsgerichte. Das Thema der Konferenz lautete: „Die Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrecht und ihr Einfluss auf die Standards der nationalen Verfassungsgerichte“. An der Konferenz nahmen Vertreter der Verfassungsgerichte der Republik Serbien, Republik Kroatien, Republik Montenegro sowie Bosnien und Herzegowinas teil.

Die Konferenz wurde mit Unterstützung der Deutschen Stiftung für internationale rechtliche Zusammenarbeit (IRZ) organisiert, und als Gastreferent nahm auch Bundesverfassungsrichter a. D. Prof. Dr. Udo Steiner teil.

Ein weiterer Gastreferent war der bosnisch-herzegowinische Richter am Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte in Straßburg, Herr Faris Vehabović.

Zum vereinbarten Thema der Konferenz wurden acht Referate vorgetragen und eine sehr lebhafte Diskussion unter den Konferenzteilnehmern geführt.

Auf der Konferenz wurden zwar keine abschließenden Schlussfolgerungen verabschiedet, doch lassen sich die Aussagen der Referate und Diskussionen wie folgt in Kürze zusammenfassen:

- Die nationalen Organe, insbesondere die Gerichte, sind die obersten Hüter der Menschenrechte. Der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte entsprechend gewährleisten sie, dass in ihren nationalen Rechtssystemen die Konvention vollständig, wirksam und direkt Anwendung findet;
- Die nationalen Gerichte gewährleisten im Einklang mit dem Subsidiaritätsprinzip auf nationaler Ebene effektiv die in der Konvention und ihren Protokollen festgeschriebenen Rechte und Freiheiten;
- Ausgehend vom Konzept der Menschenrechte und Freiheiten entwickeln die nationalen Gerichte ein objektives System verpflichtender Leitlinien für das staatliche Handeln im Rahmen der nationalen Verfassung, wobei sie in ihre Entscheidungen die Jurisprudenz des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte Eingang finden lassen;

- Die Europäische Konvention muss als Hilfe bei der Auslegung der in den nationalen Verfassungen verbrieften Grundrechte und Rechtsstaatsprinzipien genutzt werden. In der Praxis sind die Standards des EGMR als „Leiterteil“ bei gleichen Rechts- und/oder Sachverhaltsituationen zu respektieren, nachdem dieser in einer nationalen oder anderen Sache seine Auslegungsstandards gesetzt oder gestärkt hat. Sie werden von den nationalen Verfassungsgerichten *nolens volens* angenommen und in den bei ihnen auftretenden Fällen angewendet;
- Die Wirkungen der Standards des EGMR im Rechtssystem der Mitgliedstaaten sind für die Entwicklung der Verfassungsrechte unbestritten ein Segen. Die Standards des EGMR haben präventive, bildende und korrektive Wirkung auf den Schutz der Menschenrechte in diesen Staaten;
- Andererseits sehen sich die Verfassungsgerichte, die die Standards des EGMR annehmen und anwenden, zunehmend mit der Frage der Hierarchiebeziehung beider Gerichte und der Wahrung der verfassungsmäßigen Legitimität des nationalen Gerichts konfrontiert, da der EGMR immer häufiger in Einzelfallentscheidungen eine verfassungsrechtliche Dimension für die Gesetzgebungssituation in den betreffenden Ländern entfaltet. Die Beseitigung derartiger Probleme ist durch einen Dialog beider Gerichte möglich, der die Verantwortung der Verfassungsgerichte für die verfassungsmäßigen Rechte voraussetzt. Dies verlangt von den Verfassungsgerichten, eigene Standards der verfassungsmäßigen Rechte zu entwickeln, die die spezifischen gesellschaftlichen und rechtlichen Umstände des jeweiligen Landes und ihren Beitrag zur Universalität der Menschenrechte und Grundfreiheiten erkennen lassen.

Dank der finanziellen Unterstützung der IRZ hat sich das Verfassungsgericht dazu entschieden, fast alle Referate drucken zu lassen, und zwar in den Sprachen, in denen sie von den Autoren selbst übersandt worden sind (Bosnisch, Montenegroisch, Kroatisch, Serbisch, Deutsch und Englisch). Die auf Deutsch gehaltenen Referate werden dank der Übersetzung durch die IRZ außer in deutscher Sprache auch in den lokalen Sprachen veröffentlicht, die auf Englisch gehaltenen Vorträge außer in englischer Sprache ebenfalls in vom Sprachendienst des Verfassungsgerichts gefertigten Übersetzungen in die lokalen Sprachen.

Darüber hinaus wurden sämtliche Referate sowohl in den Sprachen der Autoren als auch auf Deutsch und Englisch zusammengefasst, um die Inhalte einem möglichst breiten Kreis von Juristen (und nicht nur Juristen) zugänglich zu machen, die der deutschen oder englischen Sprache mächtig sind.

Das Verfassungsgericht übernimmt keine Verantwortung für mögliche sprachliche Fehler (in jeglicher Sprachvariante), da die Arbeiten und ihre Zusammenfassungen

in der Form gedruckt werden, wie sie von den Autoren selbst übersandt worden sind, ausgenommen die Übersetzungen eines Teils der Zusammenfassungen und der Einführungsrede des Präsidenten bzw. des Vorworts, die von der IRZ gefertigt wurden, wofür wir dieser unendlich dankbar sind. Ein Teil der Zusammenfassungen in englischer Sprache stammt vom Sprachendienst des Verfassungsgerichts von Bosnien und Herzegowina.

Ich bin mir sicher, dass dieser Sammelband eine interessante Lektüre für all jene ist, die sich mit dieser Problematik auseinandersetzen.

Sarajevo, Oktober 2016

Redakteur des Tagungsbands
Mato Tadić
Vizepräsident des Verfassungsgerichts
von Bosnien und Herzegowina

FOREWORD FROM THE EDITOR

Dear Readers,

The Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina organized a Regional Conference of the Constitutional Courts from the territory of the former Yugoslavia as a traditional gathering of these constitutional courts from 7 to 9 April 2016. The topic of the Conference was „Decisions of the European Court of Human Rights and their Impact on the Standards of the National Constitutional Courts”. The representatives of the Constitutional Courts of the Republic of Serbia, Republic of Croatia, Republic of Montenegro and Bosnia and Herzegovina all attended the Conference.

The Conference was organized with the support of the German Foundation for International Legal Cooperation (IRZ). The guest of the Conference was the former judge of the Federal Constitutional Court of Germany, Prof. Dr Udo Steiner, who also presented his paper.

The judge of the European Court of Human Rights, Mr. Faris Vehabović, a member from Bosnia and Herzegovina, also presented his paper at the Conference.

Eight papers were presented at the Conference followed by a very lively discussion between the participants of the Conference.

Although no particular conclusions were adopted at the Conference, the summaries of the messages resulting from the papers and discussion are as follows:

- The national authorities, notably the courts, are the primary guardians of human rights ensuring effective and direct application of the Convention in every national legal system;
- The national courts effectively safeguard the rights and freedoms provided for in the Convention and its Protocols at the national level in accordance with the principle of subsidiarity;
- On the basis of the concept of human rights and freedoms, the national courts build the objective system of binding guidelines for the state authorities to act within the framework of the national system by inserting the case-law of the European Court of Human Rights into its decisions;
- The European Convention must be a means used for interpreting the fundamental rights and principles of legal state that are determined in the national constitutions. When it comes to practice, the standards of the European Court should be respected as a „leading decision” in the same legal

and/or factual circumstances after the European Court inserts or reinforces its standards of interpretation in a national or another case and after the national courts apply them *volans nolens* to the cases before them;

- The effects of the standards of the European Court unquestionably foster development of constitutional rights. The standards of the European Court have preventive, educational and corrective effects on the protection of human rights in these countries;
- On the other hand, the constitutional courts which accept and apply the standards of the European Court increasingly face the issue of hierarchical relationship between the two courts and preservation of constitutional legitimacy of the national court given the fact that the European Court increasingly presents the constitutional dimension of legislation of a particular country in its decisions on individual applications. The only solution to such problems is a dialogue between two courts, which implies the constitutional courts' responsibility for constitutional rights. This requires the courts to develop their own standards of constitutional rights that will reflect particular social and legal circumstances in each country and to contribute to the universal nature of human rights and fundamental freedoms.

Due to the financial support of the IRZ, the Constitutional Court will publish almost all papers in the languages in which the papers were submitted by the authors (Bosnian, Montenegrin, Croatian, Serbian, German and English). The papers presented in the German language are published in the German language and in the national languages owing to the translation done by the IRZ Service, and the papers presented in the English language are published in the English language and the national languages owing to the translation done by the Language Department of the Constitutional Court of BiH.

We also gave summaries for each paper both in the language of the author and in the German and English language so this would be available to wider range of lawyers (not just lawyers) using German and English language.

The Constitutional Court does not take any responsibility for any linguistic errors (irrespective of the language) as the papers were published in the languages in which the authors submitted them, including the summaries thereof, apart from a part of the summaries, introductory speech of the President and Introduction, which were translated by the Service of the IRZ. For this we are truly grateful. A part of the summaries was translated into the English language by the Language Department of the Constitutional Court of BiH.

I am convinced that this Collection of Papers will be an interesting reading material to all those who are dealing with this matter.

Sarajevo, October 2016

Mato Tadić
Editor
Vice-President
Constitutional Court of BiH

VORWORT DER IRZ

Die Deutsche Stiftung für internationale rechtliche Zusammenarbeit e.V. (IRZ) wurde 1992 auf Initiative des Bundesministeriums der Justiz gegründet, um den ehemals sozialistischen Staaten beim Umbau ihres Rechtssystems zu unterstützen. In den vergangenen fast fünfundzwanzig Jahren hat sich das geographische Tätigkeitsgebiet der IRZ wesentlich erweitert. Mittlerweile ist man beispielsweise auch in Nordafrika und Zentralasien tätig.

Seit dem Jahre 2000 ist Südosteuropa ein Schwerpunktbereich der Tätigkeit der IRZ. In diesem Jahr nämlich bekam die IRZ vom deutschen Auswärtigen Amt den Auftrag, die dortigen Staaten im Rechtsbereich als Teil des deutschen Beitrags zum Stabilitätspakt für Südosteuropa zu unterstützen. Seither hat die IRZ in den dortigen Ländern eine große Anzahl von Aktivitäten durchgeführt und ein umfassendes Netzwerk von Projektpartnern im staatlichen und nichtstaatlichen Bereich entwickelt.

Ein Schwerpunkt liegt hier bei der Unterstützung der Verfassungsgerichtsbarkeit. Diesbezüglich veranstaltet man regelmäßig mit den Verfassungsgerichten der Region bilaterale und regionale Konferenzen. Einer der diesbezüglichen Partner ist das Verfassungsgericht von Bosnien und Herzegowina. Dieses war bereits früher in die regionalen Aktivitäten der IRZ im Bereich der Verfassungsgerichtsbarkeit einbezogen. Im Jahre 2015 erweiternde man diese Zusammenarbeit durch direkte bilaterale Maßnahmen. Hier ist zum einen die Unterstützung des Verfassungsgerichts durch die IRZ bei der Publikation der eigenen Rechtsprechung zu nennen, zum anderen die gemeinsame Ausrichtung der Regionalkonferenz zum Verhältnis der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in Straßburg und der nationalen Verfassungsgerichte im April 2016 in Sarajevo.

Die Referate dieser Veranstaltung werden im vorliegenden Band dokumentiert und somit über den Kreis der Teilnehmer der damaligen Veranstaltung hinaus einem breiten fachlichen Publikum zugänglich gemacht. Damit die nicht nur Nachhaltigkeit der Konferenz vergrößert, sondern auch ein Beitrag zur verfassungsrechtlichen Diskussion in der gesamten Region geliefert.

Die IRZ möchte sich bei einer Reihe von Personen und Institutionen bedanken, ohne deren Unterstützung dieses Engagement der IRZ nicht möglich wäre. Dies sind zum einen das Verfassungsgericht von Bosnien und Herzegowina und sein Präsident Mirsad Ćeman, denen hier für die stets angenehme und effektive Zusammenarbeit gedankt werden soll. Weiter sind dies das deutsche Bundesministerium der Justiz

und für Verbraucherschutz (kurz: BMJV), das die Tätigkeit der IRZ mit einer institutionellen Zuwendung erst ermöglicht und das Auswärtige Amt (kurz: AA), das die Tätigkeit der IRZ insbesondere in Südosteuropa durch eine Projektförderung aus dem deutschen Beitrag zum Stabilitätspakt für Südosteuropa nachhaltig unterstützt. Verbunden ist die IRZ darüber hinaus der derzeit von Botschafter Christian Hellbach geleiteten deutschen Botschaft in Bosnien und Herzegowina, die die Aktivitäten der IRZ in Bosnien und Herzegowina seit Jahren engagiert und konstruktiv begleitet.

Dr. Stefan Pürner, Rechtsanwalt
Bereichsleiter für Bosnien und Herzegowina,
Mazedonien, Montenegro sowie Serbien der IRZ

PREDGOVOR IRZ-a

Njemačka fondacija za međunarodnu pravnu saradnju (Deutsche Stiftung für internationale rechtliche Zusammenarbeit e.V. -IRZ) osnovana je 1992. godine na inicijativu njemačkog Saveznog ministarstva pravosuđa (Bundesministerium der Justiz) da bi se bivšim socijalističkim državama pomoglo u pretvorbi njihovog pravnog sistema. Tokom proteklih gotovo dvadesetpet godina se geografsko područje rada fondacije znatno proširilo, tako da IRZ u međuvremenu djeluje na primjer i u sjevernoj Africi i srednjoj Aziji.

Jugoistočna Evropa je od 2009. godine jedno od glavnih područja djelovanja IRZ-a. Te je godine fondacija IRZ naime dobila nalog od njemačkog Ministarstva vanjskih poslova (Auswärtiges Amt) da tamošnjim državama, u okviru njemačkog doprinosa Paktu za stabilnost jugoistočne Evrope, pruži podršku u području prava. Od tada je fondacija IRZ u zemljama jugoistočne Evrope provela veliki broj aktivnosti i razvila opsežnu mrežu projektnih partnera iz državnog i nedržavnog sektoru.

Jedno od težišta rada je i podrška ustavnom sudovanju i s tim se ciljem u saradnju s ustavnim sudovima redovito organiziraju bilateralne i regionalne konferencije, a jedan od partner je i Ustavni sud Bosne i Hercegovine, koji je već i prije bio uključen u regionalne aktivnosti IRZ-a u području ustavnog sudovanja. Ta suradnja proširena je 2015. godine direktnim bilateralnim mjerama. Ovdje kao prvo treba navesti podršku IRZ-a Ustavnom sudu kod publiciranja vlastite sudske prakse, a kao drugo zajedničku organizaciju regionalne konferencije o odnosu sudske prakse Evropskog suda za ljudska prava u Strasbourgu te nacionalnih ustavnih sudova koja je održana u aprilu 2016. godine u Sarajevu.

U ovom su zborniku dokumentirana predavanja s te konferencije te su ona tako učinjena dostupnima i za široku stručnu publiku, koja prelazi krug sudionika te konferencije. Time se ne povećava samo održivost konferencije, već se daje i doprinos ustavnopravnoj raspravi u čitavoj regiji.

Fondacija IRZ bi se htjela zahvaliti nizu osoba i institucija bez čije podrške ovakav angažman IRZ-a ne bi bio moguć. To su s jedne strane Ustavni sud Bosne i Hercegovine i njegov predsjednik Mirsad Ćeman, kojima se na ovom mjestu želimo zahvaliti na uvijek ugodnoj i efektivnoj saradnji. Nadalje su to njemačko Savezno ministarstvo pravosuđa i zaštite potrošača (Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz - skraćeno: BMJV), koje institucionalnom potporom zapravo omogućuje rad IRZ-a te njemačko Ministarstvo vanjskih poslova (Auswärtiges Amt -

skraćeno: AA), koje rad IRZ-a posebno u jugoistočnoj Evropi trajno podržava i potiče kroz njemački doprinos Paktu za stabilnost IRZ-a. Fondacija IRZ je nadalje zahvalna njemačkoj ambasadi u Bosni i Hercegovini na čelu s ambasadorom Christianom Hellbachom, koja već godinama aktivnosti IRZ-a u Bosni i Hercegovini prati na veoma angažiran i konstruktivan način.

Dr. Stefan Pürner, advokat
Voditelj odjeljenja IRZ-a za Bosnu i Hercegovinu,
Crnu Goru, Makedoniju i Srbiju

FOREWORD FROM THE IRZ

The German Foundation of International Legal Cooperation (Deutsche Stiftung für internationale rechtliche Zusammenarbeit e.V. - IRZ) was founded in 1992 upon an initiative of the Federal Ministry of Justice (Bundesministerium der Justiz) to assist former socialist countries to transform their legal systems. During the twenty five years of its activity, the Foundation has considerably extended its operations to a number of countries, so that the IRZ is active also in Northern Africa and Central Asia.

Since 2009, the IRZ has focused its activities on South Eastern Europe. Actually, in 2009 the German Ministry of Foreign Affairs (Auswärtiges Amt) tasked the IRZ with providing support to the South East European Countries in the domain of law, as the German contribution to the Stability Pact. The IRZ has been carrying out various operations and developing fruitful relationships and collaboration with many project partners from governmental sector and non-governmental organisations since then.

As part of IRZ's activities and cooperation with the constitutional courts, including the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina which had already been engaged in the IRZ's regional activities related to constitutional judiciary, bilateral and regional conferences have been organised on a regular basis, as the IRZ's support to constitutional judiciary. In 2015, the cooperation between the IRZ and the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina was extended by direct bilateral measures. Firstly, we have to mention the IRZ's support to the publication of the Constitutional Court's case-law and, secondly, the joint organisation of the Regional Conference on Decisions of the European Court of Human Rights and their Impact on the Standards of the National Constitutional Courts, which took place in April 2016 in Sarajevo.

The Collection includes the conference presentations, which are thus made available to the wider professional, domestic and international public as well as to the conference participants. In this way, not only that the sustainability of the conference increases but this also contributes to the constitutional and legal debates throughout the region.

The IRZ would like to take this opportunity to thank a number of persons and institutions without whose support such IRZ's operations would not be possible. First, these are the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina and its President Mirsad Ćeman, so that we would like to thank them for their pleasant and effective cooperation. Also, we are grateful to the German Federal Ministry of Justice and Consumer Protection (Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz -

BMJV), for its institutional support enabling the IRZ to operate, the German Ministry of Foreign Affairs (Auswärtiges Amt - AA), for its continued support to the IRZ's work in South Eastern Europe through German contribution to the Stability Pact. The IRZ would also like to take this opportunity to thank the Embassy of the Federal Republic of Germany to Bosnia and Herzegovina and Ambassador Dr Christian Hellbach, for the continued assistance to and recognition of the IRZ's activities in Bosnia and Herzegovina.

Dr Stefan Pürner, Attorney-at-Law
Head of Section of the IRZ for Bosnia and Herzegovina,
Montenegro, Macedonia and Serbia

UVODNO IZLAGANJE

Cijenjene kolegice i kolege, dame i gospodo!

Našim današnjim susretom, kome, nažalost, iz lokalnih razloga ne prisustvuju svi koje smo pozvali i očekivali, na izvjestan način se i otvara i zatvara krug.

Naime, Ustavni sud Bosne i Hercegovine, na čiju inicijativu iz 2003. godine je u maju naredne, sada već pomalo davne 2004. godine, ovdje, u Sarajevu, održan Prvi okrugli sto (regionalna konferencija) ustavnih sudova država nastalih disolucijom bivše SFRJ, ponovo je domaćin. Tako smo ovom konferencijom, zapravo, započeli novi krug susreta s identičnim i uvijek aktuelnim ciljem razmjene iskustava, stavova i prakse u primjeni prava općenito, a posebno zaštite i poštovanja ljudskih prava i osnovnih sloboda. Pored toga, uspostavljanje stručne saradnje u vezi s drugim pitanjima od zajedničkog interesa i značaja za ustavne sudove zemalja u tranziciji (a naše zemlje to jesu), u kojima ustavno sudovanje ima zajedničke početke i temelje, kao jedan od početnih ciljeva i sada je, sadržajem i oblikom, vid i potreba naše konkretne saradnje.

Nakon prve konferencije/okruglog stola u Sarajevu 2004. godine (da podsjetim) saradnju smo nastavili redovnim susretima (u dvogodišnjim ciklusima, kako je tada dogovoreno), i to redom: 2006. godine u Crnoj Gori (Miločer), 2008. godine u Hrvatskoj (Dubrovnik), 2010. godine u Makedoniji (Ohrid) i 2012. godine u Srbiji (Sremski Karlovci).¹ Očigledno proizlazi da je ovaj naš susret, odnosno Konferencija, koju upravo započinjemo, trebala biti održana 2014. godine, ali Ustavni sud Bosne i Hercegovine, dijelom zbog obilježavanja jubileja 50 godina ustavnog sudovanja u Bosni i Hercegovini, ali istina i primarno iz razloga finansijske prirode, te godine kao ni naredne 2015. nije mogao organizirati Konferenciju. Sada smo zajedno ovdje u

¹ Teme: C. Gora (Miločer) 2006.godine - „Položaj i uloga Ustavnog suda u primjeni Evropske konvencije o ljudskim pravima”; Hrvatska (Dubrovnik) 2008.godine - „Ustavna tužba/apelacija kao pravno sredstvo za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda”; Makedonija (Ohrid) 2010. godine - „Nezavisnost ustavnih sudova” i Srbija (Sremski Karlovci) 2012. godine - „Dejstvo i izvršenje odluka ustavnog suda”.

Sarajevu zahvaljujući i IRZ-u (Njemačkoj fondaciji za međunarodnu pravnu saradnju) o čemu ću kasnije nešto više reći.

Dakle, s izuzetnim zadovoljstvom, ali i velikim očekivanjima (u pogledu kvaliteta rada i zaključaka) otvaram Regionalnu konferenciju ustavnih sudova Bosne i Hercegovine, Republike Hrvatske, Republike Srbije i Republike Crne Gore, uz učešće eksperata (bivših i/ili sadašnjih sudija Ustavnog suda SR Njemačke i Evropskog suda za ljudska prava u Strasbourgu (ESLJP) o temi koja je, pored toga što je s teorijskog i praktičnog aspekta veoma interesantna, jednako tako i aktuelna.

Objavljujem da Konferenciji prisustvuju i srdačno ih pozdravljam:

- Crna Gora: uvažena predsjednica Desanka Lopičić i sudija Budimir Šćepanović;
- Hrvatska: uvažene kolege sudije Mato Arlović, Slavica Banić i Marko Babić;
- Srbija: uvažena predsjednica Vesna Ilić-Prelić i sudija Milan Stanić;
- Njemačka fondacija za međunarodnu pravnu saradnju (IRZ): uvažena gđa Veronika Keller-Engels, generalna direktorica IRZ-a, Stefan Purner, šef Odjela za Bosnu i Hercegovinu, Crnu Goru, Makedoniju i Srbiju u IRZ-u i prof. dr. Udo Steiner, bivši sudija Saveznog ustavnog suda Njemačke kao ekspert IRZ-a;
- ESLJP: uvaženi sudija ESLJP iz Bosne i Hercegovine Faris Vehabović;
- posmatrači Organizacije za sigurnost i saradnju u Evropi/Misije OESC-a u Bosni i Hercegovini: gđa Marija Daška i g. Denis Dobardžić.

Naravno tu su, pored mene, i moje cijenjene kolegice i kolege iz Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, potpredsjednici Mato Tadić, Margarita Caca-Nikolovska i Zlatko Knežević, kao i sudije Valerija Galić, Miodrag Simović, Constance Grewe i Seada Palavrić (sudija Tudor Pantiru iz zdravstvenih razloga ipak nije mogao prisustvovati).

Međutim, sa žaljenjem moram konstatirati da su kolege iz Ustavnog suda Makedonije u zadnji čas otkazale učešće na ovoj konferenciji (iako su nam ranije s neskrivenim zadovoljstvom i željom najavile svoje prisustvo). Razumijemo njihove razloge i nadamo se da će na narednom i budućim susretima ove vrste biti s nama.

Kolegice i kolege,

tema ove konferencije/okruglog stola „Odluke Evropskog suda za ljudska prava i njihov utjecaj na standarde nacionalnih ustavnih sudova” je uistinu izazovna, što, pored ostalog, potvrđuje i ogroman broj stručnih i akademskih radova o ovoj, odnosno sličnim temama u naučnim i stručnim publikacijama. Činilo nam se da je ova konferencija ne samo prilika nego i potreba da se ovim pitanjem pozabavimo kao prvorazrednim, prije svega praktičnim pitanjem za naše ustavne sudove (ali i redovne sudove

i druge organe javne vlasti), imajući u vidu poziciju Evropskog suda za ljudska prava u Strasbourgu i karakter, odnosno domašaj ključnog pravnog dokumenta - Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (EKLJP) koja je u svim našim državama, na ovaj ili onaj način, postala sastavni dio unutrašnjeg pravnog poretka.

Danas ćemo, uvjeren sam, imati priliku čuti niz veoma zanimljivih prezentacija, odnosno mišljenja o ovoj temi (u ime Ustavnog suda BiH svoje prezentacije će, kao vlastito viđenje i poglede, prezentirati naše uvažene sudije potpredsjednik Zlatko Knežević i kolegica Constance Grewe).

Dozvolite mi ipak da se, makar u natuknicama, na današnju temu osvrnem i općenito, ponajprije s ciljem da kod vas izazovem ili pojačam potrebu za aktivnim učešćem u radu Konferencije i ukažem na stavove, pa i dileme koje objektivno postoje kada je u pitanju odnos unutrašnjeg i međunarodnog prava, dometi Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i u tom kontekstu odnos ESLJP i nacionalnih ustavnih sudova, dakle i naših.

Čini mi se uputnim početi s definicijom izvora prava općenito (iako je još i Hans Kelzen, kao tipični i ključni predstavnik teorije normativizma, smatrao da nejasnost termina „izvor prava” taj termin čini uglavnom neupotrebljivim). Ipak, dozvolite da podsjetim na dvije osnovne kategorije izvora prava:

- u materijalnom smislu to su društveni odnosi, razne pojave i oblici na osnovu kojih i iz kojih nastaju potreba i interes reguliranja odnosa, nerijetko i konflikata koji se uređuju, a to znači odnosi iz kojih se može razabrati sadržaj prava i
- u formalnom smislu to su oblici u kojima se javljaju norme - pravne norme, tj. svi akti države kojima ona stvara pravo. U većini država pod njima se podrazumijevaju ustav, zakoni, pa i sudska praksa, te podzakonski akti.

Naravno, ovdje treba dodati i međunarodne izvore prava koji se, bilo direktno ili na drugi način, primjenjuju ili inkorporiraju u unutrašnji pravni poredak zemalja.

Za kontekst u okviru kojeg ćemo danas razgovarati, nezaobilazno je pitanje načina na koji se međunarodno pravo unosi u unutrašnje pravo/poredak. Dva su osnovna sistema: sistem inkorporacije i sistem transformacije.

- Sistem inkorporacije podrazumijeva da se aktom ratifikacije međunarodna pravna norma u svom izvornom sadržaju unosi u nacionalni pravni poredak. To je tzv. monistički koncept jedinstvenosti unutrašnjeg i međunarodnog prava.

- Sistem transformacije podrazumijeva da ugovoreno međunarodno pravo mora biti pretočeno u nacionalni zakon ili drugi propis. Ovo je tzv. dualistički koncept koegzistencije unutrašnjeg i međunarodnog prava kao nezavisnih, odvojenih sistema.

Postoje i kompromisne teorije čija je osnovna doktrina, mada se u nekim aspektima poklapaju s dualističkom teorijom, da „međunarodno i unutrašnje pravo ne mogu

doći u konflikt”. One uvažavaju neka praktična iskustva u primjeni međunarodnog prava u nacionalnim pravnim porecima. Svrha im je da „ublaže rigidnosti teorijskih konstrukcija i ublaže logiku vrijednosnog suprotstavljanja monističkog i dualističkog koncepta”.

U našem fokusu danas su Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda² kao međunarodni pravni dokument i Evropski sud za ljudska prava u Strasbourgu³, ustanovljen odjeljkom II (član 19. i dalje) ove Konvencije. Konvencija je na različite načine postala sastavni dio unutrašnjeg pravnog poretka naših zemalja. Primjenjujemo je bilo kao obavezujući međunarodni dokument iz oblasti ljudskih prava koji je ratifikacijom (sistemom inkorporacije ili transformacije, kako gdje) postao sastavni dio unutrašnjeg pravnog poretka ili se, što je slučaj s Bosnom i Hercegovinom, primjenjuje kao *de facto* i *de iure* ustavna norma (bukvalno kao ustavni tekst) čak i prije ratifikacije koja je uslijedila tek 2002. godine.⁴

Višedecenijska praksa Evropskog suda za ljudska prava u Strasbourgu, putem odluka kojima su etablirani slovo i duh Konvencije, dala je njezinim, nerijetko uopćenim, odredbama sasvim konkretne sadržaje i smisao tako da sada imamo ne samo njom propisane/ugovorene standarde i okvir nego i njihov konkretiziran sadržaj i smisao kao prihvaćenu praksu. Time je Konvencija vremenom, umjesto tek visokog ideala kojim su visoke strane ugovornice „potvrdile svoju vjeru u one osnovne slobode koje su osnov pravde i mira u svijetu”, postala sasvim konkretno i efektivno oružje kojim se garantiraju i štite osnovna ljudska prava u „visokim stranama ugovornicama”, ali i inspiriraju drugi (npr. Američka konvencija o ljudskim pravima iz 1969. godine i

- 2 Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (EKLJP) sa protokolima - Rim 1950. godine. Godine 1948. u Hagu je održan Evropski kongres na kojem je zaključeno da se krene u proces formiranja Vijeća Evrope. Statut Vijeća Evrope potpisan je 5. maja 1950. godine. Deset država članica Vijeća Evrope je 4. novembra 1950. godine potpisalo Konvenciju, a ona se primjenjuje od 3. septembra 1953. godine. EKLJP je inspirirana Univerzalnom deklaracijom o ljudskim pravima koju je Generalna skupština UN-a proglasila 10. decembra 1948. godine. Bosna i Hercegovina je ratificirala Konvenciju 12.7.2002. godine i tim činom prihvatila nadležnost Evropskog suda za ljudska prava.
- 3 Evropski sud za ljudska prava (ESLJP) ustanovljen je 1959. godine članom 19. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i djeluje u okviru Vijeća Evrope, najstarije evropske organizacije. Sjedište mu je u Strasbourgu, u Francuskoj, službeni jezici su engleski i francuski. Pravila postupka - regulirana Poslovnikom Suda i Konvencijom (prvobitno su bile tri institucije: Evropska komisija za ljudska prava, Evropski sud za ljudska prava i Komitet ministara). Evropska komisija za ljudska prava i Evropski sud za ljudska prava su od 1. novembra 1998. godine (stupio na snagu Protokol br. 11) zamijenjeni jedinstvenim Evropskim sudom za ljudska prava - stalni sud.
- 4 Ratifikacijom Konvencije 2002. godine Bosna i Hercegovina se obavezala da će se podvrgnuti konačnoj presudi Evropskog suda za ljudska prava u svakom sporu u kojem učestvuje kao stranka. Prije toga obaveznost primjene (ali bez mogućnosti zaštite prava pred ESLJP) proizlazila je iz odredbe člana II.2. Ustava BiH kojim je predviđeno da: „Prava i slobode predviđene EKLJP i njenim protokolima direktno se primjenjuju u BiH. Ovi akti imaju prioritet nad svakim drugim zakonom.”

Afrička povelja o pravima čovjeka i naroda iz 1981. godine, itd.), jednako kao što je i ona sama inspirirana Univerzalnom deklaracijom o ljudskim pravima Generalne skupštine UN-a od 10. decembra 1948. godine.

Ustavni sud Bosne i Hercegovine svoju dosadašnju bogatu praksu zasniva na dosljednoj primjeni konvencijskih standarda i na praksi ESLJP. Tome je u značajnoj mjeri u početnoj fazi doprinio Dom za ljudska prava (ustanovljen Aneksom 6. Općeg okvirnog sporazuma za mir u Bosni i Hercegovini, tzv. „Dejtonski sporazum”) koji je, također, neposredno primjenjivao EKLJP i njezine protokole. Odluke Doma su i za Ustavni sud, ali i stručnu javnost u toj početnoj fazi, zapravo, bile i edukativno štivo.

Sve ovo vrijeme svjedočimo i novom iščitavanju i razumijevanju slova i duha Konvencije, odnosno pojedinih njezinih odredaba kroz odluke ESLJP. Podizanje standarda ili čak izmjena sudske prakse (njezino evolutivno razumijevanje i tumačenje) samo potvrđuju njezinu dinamičnost i životnost, ali i aktivistički pristup ESLJP tumačenju Konvencije.

Nadam se da ćemo današnjim prezentacijama i raspravom ovom aspektu, odnosno „normativnom” potencijalu Konvencije i ESLJP, jedni drugima, primjerima iz naše ustavnosudske prakse, približiti ovo pitanje. Možda čak otvoriti ili otkloniti neku dilemu?!

Stoga dozvolite, poštovane kolegice i kolege, da na sasvim praktičnoj ravni, u namjeri da ishodim, koliko je moguće, konkretnu raspravu, postavim nekoliko pitanja na koja je na neki način praksa ESLJP već odgovorila, ali koja i dalje ne gube na aktuelnosti, jednako kao ni dinamizam, odnosno životnost konvencijskog teksta i praksa ESLJP.

Dakle, kada je riječ o Evropskoj konvenciji:

- Kako razumijevati, tumačiti i primjenjivati Konvenciju, dinamično ili statično?! Zapravo, da li je i u kojoj mjeri Evropski sud za ljudska prava do sada iscrpio njezin dinamički normativni kapital?
- U kojoj je mjeri Konvencija „živi instrument”, ima li ih i gdje su granice u razumijevanju standarda koje Konvencija uspostavlja u skladu s društvenim razvojem i potrebama savremenog demokratskog društva? (Pod standardom se, da podsjetim, podrazumijeva upravo „način tumačenja, tj. sadržaj i smisao odredbi Evropske konvencije i njezinih protokola koje im je svojim tumačenjem dao ESLJP”).

Kada je riječ o Evropskom sudu za ljudska prava:

- U kojoj su relaciji ESLJP i ustavni sudovi država potpisnica („visokih strana ugovornica”) – da li je njihov odnos i u kojoj mjeri hijerarhijski suodnos s

obzirom na obaveznost primjene odluka, odnosno poštovanja prakse ESLJP, na što su se zemlje članice obavezale ratificirajući Konvenciju?

- Postoji li rizik od konflikta, i u čemu se on ogleda, između „nacionalnog” i „evropskog” tumačenja Konvencije s obzirom na supsidijarni karakter zaštite pred Evropskim sudom za ljudska prava?
- Da li, naime, obaveznost odluka ESLJP dopušta dvosmjernan proces na relaciji ESLJP i nacionalni ustavni sudovi i na koji način, ili se ipak radi o jednosmjernom procesu „odozgo prema dolje” (jer Evropski sud, tumačeći Konvenciju, zapravo, postavlja standarde)?
- Ako se može raditi o dvosmjernom procesu, znači li to, zapravo, da možemo imati dijalog Evropskog suda i nacionalnih ustavnih sudova putem presuda ili na neki drugi način. Dakle, ne samo putem „savjetodavnog mišljenja o načelnim pitanjima u vezi s tumačenjem ili primjenom prava i sloboda definiranih Konvencijom ili njezinim protokolima” iz člana 1. Protokola 16 koji, istina, još nije ni stupio na snagu?!

Dakle, pitanja i/ili dilema ima i može ih biti. Međutim, standardi koje je Konvencija postavila, a ESLJP ih u svojim odlukama i konkretizira i promovira, nesumnjivo su u većoj ili manjoj mjeri već odavno ostvareni ideal, ali ne bez novih izazova u društvima, odnosno državama razvijene demokratije. To je posebno relevantno za građane svih zemalja „visokih strana ugovornica” koji su (u mnogobrojnim slučajevima) pred ESLJP našli satisfakciju, odnosno konačnu zaštitu svojih povrijeđenih prava i sloboda.

Pojedinci ili grupe, pojedinačnim odlukama (donesenim po aplikacijama koje su podnijeli Sudu u Strasbourgu), ali i društva u cjelini, neophodnošću zakonodavnih aktivnosti kao posljedice presuda ESLJP u nekim slučajevima, izdejsvovali su sljedeće (navedeno prema e-dostupnim informacijama):

Austrija je modificirala značajne odjeljke svog zakona o krivičnom postupku i svoja uputstva o postupanju sa zatvorenicima u bolnicama, kao i cijeli sistem honorara za pravnu pomoć;

Belgija je usvojila dopune zakona o skitnicama i donijela mjere za subvencioniranje škola na francuskom jeziku u flamanskoj oblasti. Belgija je također promijenila svoj građanski zakonik da bi dala jednaka prava bračnoj i vanbračnoj djeci;

Danska je usvojila dopune zakona o starateljstvu nad vanbračnom djecom;

Francuska je usvojila zakon o prisluškivanju telefona;

Grčka je usvojila dopune zakona o lišavanju slobode prije suđenja;

Italija je u svoj zakon o krivičnom postupku, usvojen 1988. godine, uključila odredbe kojima prisustvo advokata odbrane postaje obavezno u sudskim postupcima, uključujući i žalbe Kasacionom sudu;

Holandija je usvojila dopune vojnog krivičnog zakona i zakona o lišavanju slobode duševnih bolesnika;

Švedska je usvojila dopune zakona o obaveznom vjerskom obrazovanju;

Švajcarska je potpuno revidirala organizaciju svog sudstva i krivični postupak u primjeni na federalnu armiju i usvojila dopune građanskog zakonika u pogledu lišavanja slobode u popravnim centrima;

Ujedinjeno Kraljevstvo (Velika Britanija) je državnim školama zakonom zabranilo fizičko kažnjavanje;

itd...

Naravno, i zemlje našeg regiona. Bosna i Hercegovina je, pored ostalog, izmijenila svoje zakonodavstvo na državnom i entitetskom nivou koje se tiče stare devizne štednje, traženja nestalih osoba tokom rata u Bosni Hercegovini, a još uvijek stoji obaveza izmjene Ustava, pa i nekih zakona vezano za poznatu, tzv. odluku ESLJP „Sejdić-Finci”, itd.

Kolegice i kolege,

kao što sam na početku rekao nije mi bila namjera preuzeti ulogu koju smo za ovu priliku u naše ime prepustili kolegi Kneževiću i kolegici Grewe. Čut ćemo njihove referate. Neka od mene o ovoj temi, zapravo kao uvod, bude dovoljno, makar kao poticaj.

Preostaje mi još da se zahvalim IRZ-u (Njemačkoj fondaciji za međunarodnu pravnu saradnju) na finansijskoj pomoći i podršci u pripremi ove konferencije. To nam mnogo znači. G. Purner i njegov tim su pokazali veliko razumijevanje. Želim im se ovom prilikom u svoje ime i u ime Ustavnog suda BiH iskreno zahvaliti. Današnja konferencija je nastavak saradnje pomoću koje smo već realizirali neke projekte, a planiramo i druge. Također sam siguran da zahvalnost dugujemo i gđi Veroniki Keller-Engels, generalnoj direktorici IRZ-a. Želim vam ugodan boravak u Sarajevu i Bosni i Hercegovini.

Sarajevo, 8. april 2016. godine

Mirsad Ćeman

Präsident des Verfassungsgerichts von Bosnien und Herzegowina

EINFÜHRUNGSVORTRAG

Verehrte Kolleginnen und Kollegen, meine Damen und Herren!

Mit unserer heutigen Zusammenkunft, an der aus regionalen Gründen leider nicht alle zugegen sein können, die wir eingeladen und erwartet hatten, schließt und öffnet sich gewissermaßen ein Kreis.

Gastgeber ist nämlich erneut das Verfassungsgericht von Bosnien und Herzegowina, auf dessen Initiative aus dem Jahr 2003 im Mai des darauffolgenden, nun auch schon etwas länger zurückliegenden Jahres 2004 hier in Sarajevo der Erste Runde Tisch (die erste Regionalkonferenz) der Verfassungsgerichte der durch die Auflösung der ehemaligen SFRJ entstandenen Staaten stattgefunden hat. So beginnt mit dieser Konferenz eine neue Runde von Zusammenkünften mit demselben, immer aktuellen Ziel, sich über Erfahrungen, Meinungen und die Praxis bei der Rechtsanwendung im Allgemeinen und insbesondere beim Schutz und der Achtung der Menschenrechte und Grundfreiheiten auszutauschen. Zudem ist die Etablierung der fachlichen Zusammenarbeit zu anderen Fragen von gemeinsamem Interesse und von Bedeutung für die Verfassungsgerichte der Transformationsstaaten (und unsere Länder zählen zu diesen), die gemeinsame Anfänge und Grundlagen der Verfassungsgerichtsbarkeit besitzen, als einem der anfänglichen Ziele auch jetzt in Inhalt und Gestalt eine Form und Notwendigkeit unserer konkreten Zusammenarbeit.

Nach der ersten Konferenz/dem ersten Runden Tisch in Sarajevo 2004 haben wir - nur um daran zu erinnern - wie damals vereinbart, unsere Zusammenarbeit mit regelmäßigen Zusammenkünften im Zweijahresrhythmus fortgeführt, und zwar 2006 in Montenegro (Miločer), 2008 in Kroatien (Dubrovnik), 2010 in Mazedonien (Ohrid) und 2012 in Serbien (Sremski Karlovci).¹ Daraus geht klar hervor, dass unser jetziges

1 **Themen:** Montenegro (Miločer) 2006 - „Stellung und Rolle des Verfassungsgerichts bei der Anwendung der Europäischen Menschenrechtskonvention“; Kroatien (Dubrovnik) 2008 - „Verfassungsklage/-beschwerde als Rechtsmittel zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten“; Mazedonien (Ohrid) 2010 - „Unabhängigkeit der Verfassungsgerichte“ und Serbien (Sremski Karlovci) 2012 - „Wirkung und Vollzug verfassungsgerichtlicher Entscheidungen“.

Treffen bzw. die Konferenz, mit der wir gerade beginnen, im Jahr 2014 hätte stattfinden sollen. Da jedoch zum einen das 50. Jubiläum der Verfassungsgerichtsbarkeit in Bosnien und Herzegowina begangen wurde, nicht zuletzt aber auch aus finanziellen Gründen konnte das Verfassungsgericht von Bosnien und Herzegowina die Konferenz weder in diesem noch im darauffolgenden Jahr 2015 ausrichten. Heute haben wir uns hier in Sarajevo dank der IRZ (der Deutschen Stiftung für internationale rechtliche Zusammenarbeit) zusammengefunden, doch darüber später mehr.

Mit außerordentlicher Freude, aber auch großen Erwartungen im Hinblick auf die Qualität unserer Arbeit und abschließenden Schlussfolgerungen eröffne ich also die Regionalkonferenz der Verfassungsgerichte von Bosnien und Herzegowina, der Republik Kroatien, der Republik Serbien und der Republik Montenegro, an der als Experten auch ehemalige und/oder derzeitige Richter des Bundesverfassungsgerichts und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in Straßburg (EGMR) teilnehmen. Sie behandelt ein Thema, das nicht nur vom theoretischen und praktischen Aspekt her sehr interessant, sondern zugleich auch von großer Aktualität ist.

Ich begrüße herzlich die folgenden Konferenzteilnehmer:

- aus Montenegro: die verehrte Präsidentin Desanka Lopičić und Richter Budimir Šćepanović;
- aus Kroatien: die verehrten Kollegen Richter Mato Arlović, Slavica Banić und Marko Babić;
- aus Serbien: die verehrte Präsidentin Vesna Ilić-Prelić und Richter Milan Stanić;
- von der Deutschen Stiftung für internationale rechtliche Zusammenarbeit (IRZ): die verehrte Frau Veronika Keller-Engels, Geschäftsführerin der IRZ, Herrn Stefan Pürner, Bereichsleiter der IRZ für Bosnien und Herzegowina, Mazedonien, Montenegro sowie Serbien und
- Herrn Bundesverfassungsrichter a. D. Prof. Dr. Udo Steiner als Experten der IRZ;
- vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte: den verehrten bosnisch-herzegowinischen Richter am EGMR, Herrn Faris Vehabović;
- die Beobachter der Organisation für Sicherheit und Zusammenarbeit in Europa/der OSZE-Mission in Bosnien und Herzegowina, Frau Marija Daška und Herrn Denis Dobardžić.

Natürlich sind, abgesehen von mir, auch meine geschätzten Kolleginnen und Kollegen vom Verfassungsgericht Bosnien und Herzegowina anwesend, und zwar die Vizepräsidenten Mato Tadić, Margarita Caca-Nikolovska und Zlatko Knežević sowie die Richter Valerija Galić, Miodrag Simović, Constance Grewe und Seada Palavrić

(Richter Tudor Pantiru konnte aus gesundheitlichen Gründen nun leider doch nicht teilnehmen).

Hingegen muss ich mit Bedauern feststellen, dass die Kollegen vom Verfassungsgericht Mazedoniens im letzten Augenblick ihre Teilnahme an der Konferenz abgesagt haben, obwohl sie zuvor ihr Kommen mit unverhohlener Freude und fester Absicht angekündigt hatten. Wir haben Verständnis für ihre Beweggründe und hoffen, dass sie bei der nächsten und bei künftigen Zusammenkünften dieser Art wieder unter uns sein werden.

Sehr geehrte Kolleginnen und Kollegen,

das Thema dieser Konferenz/dieses Runden Tisches, „Die Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und ihr Einfluss auf die Standards der nationalen Verfassungsgerichte“, ist in der Tat herausfordernd. Dies bestätigt unter anderem die riesige Zahl von fachlichen und akademischen Arbeiten zu diesen bzw. ähnlichen Themen in wissenschaftlichen und fachlichen Publikationen. Uns schien, dass diese Konferenz nicht nur eine Gelegenheit bietet, sondern auch eine Notwendigkeit ist, uns mit dieser Frage an vorderster Stelle zu befassen, insbesondere mit den praktischen Aspekten für unsere Verfassungsgerichte (aber auch für die ordentlichen Gerichte und andere staatlichen Behörden), wenn man sich die Stellung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in Straßburg und den Charakter bzw. die Reichweite des wichtigsten Rechtsdokuments, der Europäischen Konvention für den Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK), vor Augen führt, die in allen unseren Staaten auf die eine oder andere Art zum Bestandteil der inneren Rechtsordnung geworden ist.

Ich bin überzeugt davon, dass wir heute die Gelegenheit haben werden, eine Reihe von sehr interessanten Vorträgen bzw. Meinungen zu diesem Thema zu hören (im Namen des Verfassungsgerichts von Bosnien und Herzegowina werden unsere verehrten Richter Herr Vizepräsident Zlatko Knežević und Frau Kollegin Constance Grewe ihre eigenen Sichtweisen und Meinungen in Vorträgen präsentieren).

Erlauben Sie mir dennoch, zumindest stichwortartig ganz allgemein auf das heutige Thema einzugehen. Damit ich in allererster Linie bei Ihnen den Drang, sich aktiv an der Arbeit der Konferenz zu beteiligen, wecken oder verstärken. Außerdem möchte ich so auf die Positionen, aber auch Dilemmata hinweisen, die es objektiv gibt, wenn es um das Verhältnis von innerstaatlichem Recht und Völkerrecht, die Reichweite der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten und in diesem Kontext um das Verhältnis des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und der nationalen, also auch unserer Verfassungsgerichte geht.

Es scheint mir angebracht, mit der Definition der Rechtsquellen ganz allgemein zu beginnen (obwohl schon Hans Kelsen als typischer und einer der bedeutendsten Vertreter des Normativismus der Ansicht war, dass die Unschärfe des Begriffs „Rechtsquelle“ diesen recht unbrauchbar mache). Lassen Sie mich dennoch an die beiden wesentlichen Kategorien von Rechtsquellen erinnern:

- Im materiellen Sinne sind dies gesellschaftliche Beziehungen, verschiedene Erscheinungen und Formen, auf Grundlage derer und aus denen heraus das Bedürfnis und Interesse zur Regelung der Beziehungen, nicht selten auch von zu klärenden Konflikten entstehen, also Beziehungen, aus denen der Inhalt des Rechts erkannt werden kann; und
- im formalen Sinne sind dies die Formen, in denen Normen in Erscheinung treten - Rechtsnormen, d. h. alle Rechtsakte des Staates, mit denen dieser Recht schafft. In den meisten Staaten versteht man hierunter die Verfassung, Gesetze, aber auch die Rechtsprechung und Gesetzen nachgeordnete Rechtsakte.

Natürlich sind hier noch die internationalen Rechtsquellen hinzuzufügen, die auf direkte oder andere Weise Anwendung finden oder in die innere Rechtsordnung der Länder inkorporiert werden.

Für den Kontext, in dessen Rahmen wir uns heute unterhalten werden, ist die Frage unumgänglich, auf welche Art und Weise Völkerrecht Eingang in das innere Recht/ die innere Rechtsordnung findet. Es gibt zwei grundlegende Systeme: das System der Inkorporierung und das System der Transformation.

- Beim System der Inkorporierung wird mit einem Ratifizierungsakt eine völkerrechtliche Norm mit ihrem ursprünglichen Inhalt in die nationale Rechtsordnung eingebracht. Dies ist das so genannte monistische Konzept der Einheitlichkeit von innerstaatlichem Recht und Völkerrecht.
- Beim Transformationssystem muss das vereinbarte Völkerrecht zunächst in ein nationales Gesetz oder eine andere nationale Vorschrift gegossen werden. Dies ist das so genannte dualistische Konzept der Koexistenz von innerstaatlichem Recht und Völkerrecht als voneinander unabhängigen, getrennten Systemen.

Es gibt auch Kompromisstheorien, deren grundlegende Doktrin, auch wenn sie sich in einigen Aspekten mit der dualistischen Theorie decken, lautet, dass „Völkerrecht und innerstaatliches Recht nicht in Konflikt geraten können“. Sie lassen einige praktische Erfahrungen bei der Anwendung des Völkerrechts in den nationalen Rechtsordnungen gelten und haben den Zweck, die „Starrheit der theoretischen Konstruktionen sowie die Logik aufzubrechen, monistisches und dualistisches Konzept von ihrem Wert her gegenüberzustellen“.

Bei uns stehen heute die Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten² als völkerrechtliches Dokument und der auf Grundlage von Abschnitt II (Artikel 19 ff.) dieser Konvention errichtete Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in Straßburg³ im Mittelpunkt. Die Konvention ist auf verschiedene Art und Weise zum Bestandteil der inneren Rechtsordnung unserer Länder geworden. Wir wenden sie entweder als bindendes völkerrechtliches Dokument aus dem Bereich der Menschenrechte an, das auf dem Weg der Ratifikation (je nach Ort über das System der Inkorporierung oder das System der Transformation) zum Bestandteil der inneren Rechtsordnung geworden ist, oder sie wird wie im Falle von Bosnien und Herzegowina als *De-facto*- und *De-jure*-Verfassungsnorm (buchstäblich als Verfassungstext) angewendet, wie es sogar vor der Ratifikation der Fall war, die erst 2002 erfolgt ist.⁴

Die jahrzehntelange Praxis des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in Straßburg, mittels Entscheidungen, die den Wortlaut und Geist der Konvention etabliert haben, hat ihren nicht selten allgemeinen Bestimmungen einen ganz konkreten Inhalt und Sinn verliehen, sodass wir nun nicht nur über die durch sie vorgeschriebenen/vereinbarten Standards und einen Rahmen verfügen, sondern auch über deren konkretisierten Inhalt und Sinn als akzeptierter Rechtsprechung.

-
- 2 **Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) mit Protokollen - Rom 1950** Im Jahre 1948 fand in Den Haag der Europa-Kongress statt, bei dem man übereinkam, den Prozess zur Gründung des Europarates in Gang zu setzen. Die Satzung des Europarats wurde am 5. Mai 1950 unterzeichnet. Zehn Mitgliedstaaten des Europarats unterzeichneten am 4. November 1950 die Konvention, und sie findet seit dem 3. September 1953 Anwendung. Die EMRK ist inspiriert von der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte, die von der VN-Generalversammlung am 10. Dezember 1948 verkündet wurde. Bosnien und Herzegowina hat die Konvention am 12.7.2002 ratifiziert und mit diesem Akt die Zuständigkeit des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte anerkannt.
 - 3 Der **Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) wurde 1959** auf Grundlage von Artikel 19 der Europäischen Konvention für den Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten **errichtet** und ist im Rahmen des Europarats, der ältesten europäischen Organisation, tätig. Er hat seinen Sitz in Straßburg in Frankreich, Amtssprachen sind Englisch und Französisch. Die Verfahrensregeln sind in der Verfahrensordnung des Gerichtshofs und in der Konvention geregelt (ursprünglich gab es drei Institutionen: Europäische Kommission für Menschenrechte, Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte und Ministerkomitee). Die Europäische Kommission für Menschenrechte und der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte sind mit dem 1. November 1998 (Inkrafttreten von Protokoll Nr. 11) durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte als einem ständigen Gericht ersetzt worden.
 - 4 Mit der **Ratifikation der Konvention im Jahre 2002** hat sich Bosnien und Herzegowina verpflichtet, in allen Rechtssachen, in denen es Partei ist, das endgültige Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zu befolgen. Zuvor ging die Verbindlichkeit der Anwendung (jedoch ohne die Möglichkeit des Rechtsschutzes vor dem EGMR) aus Artikel II.2. der Verfassung von Bosnien und Herzegowina hervor, der vorsieht: „Die in der EMRK und ihren Protokollen vorgesehenen Rechte und Freiheiten finden in Bosnien und Herzegowina direkte Anwendung. Diese Rechtsakte sind allen anderen Gesetzen übergeordnet.“

Somit ist die Konvention im Laufe der Zeit, statt nur ein hohes Ideal zu sein, mit dem die Hohen Vertragsparteien „ihren Glauben an diese Grundfreiheiten, welche die Grundlage von Gerechtigkeit und Frieden in der Welt bilden“, bekräftigten, zu einer ganz konkreten und effektiven Handhabe geworden, die die grundlegenden Menschenrechte bei den „Hohen Vertragsparteien“ garantiert und schützt, aber auch Andere inspiriert (siehe z. B. die Amerikanische Menschenrechtskonvention von 1969 und die Afrikanische Charta der Menschenrechte und der Rechte der Völker von 1981 usw.), so wie sie selbst von der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte der VN-Generalversammlung vom 10. Dezember 1948 inspiriert worden ist.

Das Verfassungsgericht von Bosnien und Herzegowina begründet seine bisherige reiche Praxis auf der konsequenten Anwendung der Konventionsstandards und der Rechtsprechung des EGMR. Hierzu hat anfänglich in bedeutendem Maße das Haus der Menschenrechte (eingrichtet durch Annex 6 des Allgemeinen Rahmenabkommens für Frieden in Bosnien und Herzegowina, des so genannten „Dayton-Abkommens“) beigetragen, welches die EMRK und ihre Protokolle ebenfalls direkt anwendete. Die Entscheidungen des Hauses waren für das Verfassungsgericht, aber auch die Fachöffentlichkeit in dieser Anfangsphase im Grunde auch eine Bildungslektüre.

Die ganze Zeit hindurch werden wir auch gewahr, dass Wortlaut und Geist der Konvention bzw. einzelne ihrer Bestimmungen durch Entscheidungen des EGMR neu durchdrungen und verstanden werden. Die Anhebung der Standards oder gar die Änderung der Rechtsprechung (deren evolutive Auffassung und Auslegung) bestätigen nur ihren dynamischen und lebendigen Charakter, wie auch die aktivistische Herangehensweise des EGMR an die Auslegung der Konvention.

Ich hoffe, dass wir mit den heutigen Vorträgen und Diskussionen zu diesem Aspekt bzw. dem „normativen“ Potential von Konvention und EGMR einander diese Frage anhand von Beispielen aus unserer verfassungsgerichtlichen Praxis näherbringen werden. Vielleicht decken wir dabei auch irgendein Dilemma auf oder beseitigen eines?

Erlauben Sie daher, verehrte Kolleginnen und Kollegen, dass ich auf ganz praktischer Ebene und mit der Absicht, eine möglichst konkrete Diskussion anzuregen, einige Fragen aufwerfe, auf die die Praxis des EGMR gewissermaßen schon eine Antwort gegeben hat, die jedoch noch immer nicht an Aktualität verlieren, ebenso wenig wie die Dynamik bzw. die Lebendigkeit des Konventionstextes und die Praxis des EGMR.

Wenn die Rede von der Europäischen Konvention ist, stellen sich etwa folgende Fragen:

- Wie ist die Konvention zu verstehen, auszulegen und anzuwenden - dynamisch oder statisch? Inwieweit hat eigentlich der Europäische Gerichtshof für

Menschenrechte bis jetzt ihr dynamisches normatives Kapital ausgeschöpft?

- In welchem Maße ist die Konvention ein „lebendiges Instrument“? Gibt es Grenzen beim Verständnis der Standards, die die Konvention den gesellschaftlichen Entwicklungen und den Bedürfnissen der modernen demokratischen Gesellschaft entsprechend setzt, und wenn ja, wo liegen sie? (Ich erinnere daran, dass unter Standard die „Art der Auslegung, d. h. der Inhalt und Sinn der Bestimmungen der Europäischen Konvention und ihrer Protokolle, die ihnen der EGMR mit seiner Auslegung gegeben hat“, zu verstehen ist.)

Wenn es dagegen um den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte geht, stellen sich Fragen wie:

- In welcher Beziehung stehen der EGMR und die Verfassungsgerichte der Unterzeichnerstaaten (der „Hohen Vertragsparteien“)? Inwieweit ist ihr Verhältnis ein hierarchisches Miteinander, wenn man die Verbindlichkeit der Anwendung der Entscheidungen bzw. die Achtung der EGMR-Rechtsprechung im Blick hat, wozu sich die Mitgliedsländer mit der Ratifizierung der Konvention verpflichtet haben?
- Gibt es in Anbetracht des subsidiären Charakters des Rechtsschutzes vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte das Risiko eines Konfliktes zwischen der „nationalen“ und „europäischen“ Auslegung der Konvention, und worin spiegelt es sich wider?
- Erlaubt die Verbindlichkeit der Entscheidungen des EGMR eigentlich einen in zwei Richtungen verlaufenden Prozess zwischen EGMR und nationalen Verfassungsgerichten und wenn ja, wie? Oder handelt es sich doch um einen Prozess in einer Richtung, von „oben nach unten“ (da der EGMR in Auslegung der Konvention ja im Grunde die Standards vorgibt)?
- Wenn es sich um einen Prozess in beiden Richtungen handeln kann, heißt das dann, dass wir einen Dialog zwischen dem EGMR und den nationalen Verfassungsgerichten führen können, über Urteile oder auf andere Weise? Also nicht nur über „Stellungnahmen zu grundsätzlichen Fragen bezüglich der Auslegung oder Anwendung der von der Konvention oder ihren Protokollen definierten Rechte und Freiheiten“ nach Artikel 1 von Protokoll 16, das allerdings noch nicht in Kraft getreten ist?

Fragen und/oder Dilemmata gibt es also und kann es geben. Doch sind die Standards, die die Konvention vorgegeben hat und die der EGMR in seinen Entscheidungen konkretisiert und fördert, zweifellos in Gesellschaften bzw. Staaten mit einer entwickelten Demokratie mehr oder weniger ein längst verwirklichtes Ideal,

wenn auch nicht ohne neue Herausforderungen. Dies ist besonders relevant für die Bürger aller Länder der „Hohen Vertragsparteien“, die (in einer Vielzahl von Fällen) vor dem EGMR Befriedigung bzw. den endgültigen Schutz ihrer verletzten Rechte und Freiheiten erlangt haben.

Individuen oder Gruppen (über Einzelentscheidungen, die aufgrund von an das Gericht in Straßburg gerichteten Anträgen ergangen sind), aber auch Gesellschaften insgesamt (durch die Notwendigkeit gesetzgeberischer Aktivitäten infolge von Urteilen des EGMR in einigen Fällen) haben Folgendes erwirkt (aufgeführt nach den elektronisch zugänglichen Informationen):

dass *Österreich* bedeutsame Abschnitte seiner Strafprozessordnung und seine Richtlinien zum Umgang mit Gefangenen in Krankenhäusern sowie das gesamte Honorarsystem für die Rechtshilfe modifiziert;

dass *Belgien* Ergänzungen zum Gesetz über Landstreicher verabschiedet und Maßnahmen zur Subventionierung von französischsprachigen Schulen in Flandern beschlossen hat. Belgien hat ferner sein Zivilgesetzbuch geändert, um ehelichen und unehelichen Kindern die gleichen Rechte zuzuerkennen;

dass *Dänemark* Ergänzungen zum Gesetz über das Sorgerecht für uneheliche Kinder verabschiedet hat;

dass *Frankreich* ein Gesetz zum Abhören von Telefonaten verabschiedet hat;

dass *Griechenland* Ergänzungen zum Gesetz über den Freiheitsentzug im Vorfeld einer Gerichtsverhandlung verabschiedet hat;

dass *Italien* in seiner 1988 verabschiedete Strafprozessordnung Bestimmungen aufgenommen hat, mit denen die Anwesenheit eines Verteidigers bei Gerichtsprozessen einschließlich Beschwerden beim Kassationsgericht verpflichtend wurde;

dass *die Niederlande* Ergänzungen zum Militärstrafgesetz und zum Gesetz über den Freiheitsentzug bei psychisch Kranken verabschiedet haben;

dass *Schweden* Ergänzungen zum Gesetz über den obligatorischen Religionsunterricht verabschiedet hat;

dass *die Schweiz* ihre Gerichtsverfassung und den Strafprozess bei Anwendung auf die föderale Armee vollständig revidiert und Ergänzungen des Zivilgesetzbuchs im Hinblick auf den Freiheitsentzug in Besserungsanstalten verabschiedet hat;

dass *das Vereinigte Königreich (Großbritannien)* den staatlichen Schulen per Gesetz körperliche Bestrafungen verboten hat;

usw...

Natürlich sind auch die Länder unserer Region aufzuführen. Bosnien und Herzegowina hat unter anderem seine Gesetzgebung auf der Ebene des Gesamtstaats

und der Entitäten im Hinblick auf die alten Devisenspareinlagen und die Suche nach vermissten Personen aus der Zeit des Krieges in Bosnien und Herzegowina geändert. Noch immer besteht aber die Pflicht zur Änderung der Verfassung sowie einiger Gesetze im Zusammenhang mit der bekannten EGMR-Entscheidung „Sejdić-Finci“ usw.

Kolleginnen und Kollegen,

wie ich zu Beginn gesagt habe, war es nicht meine Absicht, die Rolle zu übernehmen, die wir für diese Gelegenheit und in unserem Namen dem Kollegen Knežević und der Kollegin Grewe überlassen haben. Wir werden ihre Referate hören. Dies soll von meiner Seite zu diesem Thema und als Einführung genügen, zumindest als Anregung.

Bleibt noch, mich bei der IRZ, der Deutschen Stiftung für internationale rechtliche Zusammenarbeit, für die finanzielle Hilfe und die Unterstützung bei der Vorbereitung dieser Konferenz zu bedanken. Dies bedeutet uns viel. Herr Pürner und sein Team haben uns großes Verständnis entgegengebracht. Ich möchte ihnen bei dieser Gelegenheit in meinem Namen und im Namen des Verfassungsgerichts von Bosnien und Herzegowina aufrichtig danken. Die heutige Konferenz ist die Fortsetzung einer Zusammenarbeit, über die wir schon einige Projekte realisiert haben und weitere planen. Des Weiteren bin ich mir sicher, dass wir auch Frau Veronika Keller-Engels, der Geschäftsführerin der IRZ, zu Dankbarkeit verpflichtet sind. Ich wünsche Ihnen einen angenehmen Aufenthalt in Sarajevo und Bosnien und Herzegowina.

Sarajevo, 8. April 2016.

Mirsad Ćeman

President of the Constitutional Court of Bosnia And Herzegovina

KEYNOTE ADDRESS

Esteemed colleagues, ladies and gentlemen!

Our today's meeting, unfortunately not attended for various reasons by all we have invited and expected, in a way opens and closes one circle.

Namely, upon its own initiative dating back from 2003, the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina held the First Round Table (Regional Conference) of the constitutional courts of the states that came into existence upon the dissolution of the former SFRY in May 2004 in Sarajevo. This period now represents a somewhat distant past. Constitutional Court of BiH is the host again. So with this Conference, as a matter of fact, we begin a new circle of gatherings with an identical and always present goal to exchange experiences, views and case-law in the application of law in general, and in particular, the protection of and respect for human rights and fundamental freedoms. In addition, the establishment of professional cooperation, as one of the initial goals, in regards to other issues of common interest and significance for constitutional courts of the countries in transition (as our countries are), where constitutional justice has common beginnings and foundations, in substance and form, is a form of and need for our specific cooperation even today.

Following the first Conference/Round Table held in Sarajevo in 2004 (to reiterate), we have continued our cooperation through regular gatherings (in biannual cycles, as agreed back then), as follows: in 2006 in Montenegro (Miločer), in 2008 in Croatia (Dubrovnik), in 2010 in Macedonia (Ohrid) and in 2012 in Serbia (Sremski Karlovci).¹ Obviously it follows that this gathering, or the Conference, that is just commencing, should have taken place in 2014, but the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina, partly due to the marking of the 50th Anniversary of Constitutional

1 Topics: Montenegro (Miločer) 2006 – „Position and Role of the Constitutional Court in the Application of the European Convention on Human Rights”; Croatia (Dubrovnik) 2008 – „Constitutional action/appeal as a legal instrument for the protection of human rights and fundamental freedoms”; Macedonia (Ohrid) 2010 – „The Independence of Constitutional Courts” and Serbia (Sremski Karlovci) 2012 – „Effect and Execution of the Decisions of the Constitutional Court”.

Justice in Bosnia and Herzegovina and primarily for financial reasons, was unable to organize the Conference either that year or the next. We are now here in Sarajevo thanks to the IRZ (German Foundation for International and Legal Cooperation), which I will say something about afterwards.

So, it is both with great pleasure and great expectations (with regard to the quality of the work and conclusions) that I open this Regional Conference of the Constitutional Courts of Bosnia and Herzegovina, Republic of Croatia, Republic of Serbia and Republic of Montenegro, with the participation of experts (former and/or present judges of the Constitutional Court of FR Germany and the European Court of Human Rights in Strasbourg) on the topic that, in addition to being very interesting from a theoretical and practical point of view, is as equally relevant today.

I hereby announce that the following persons are present at the Conference and I greet them heartily:

- Montenegro: Honorable President Desanka Lopičić and Judge Budimir Šćepanović;
- Croatia: Honorable colleagues Judges Mato Arlović, Slavica Banić and Marko Babić;
- Serbia: Honorable President Vesna Ilić-Prelić and Judge Milan Stanić;
- German Foundation for International Legal Cooperation (IRZ): honorable Ms. Veronika Keller-Engels, IRZ General Director, Stefan Pürner, Head of the Division for Bosnia and Herzegovina, Montenegro, Macedonia and Serbia in IRZ and prof. dr. Udo Steiner, former Judge of the Federal Constitutional Court of Germany as an IRZ expert;
- ECHR: Honorable Judge of the ECtHR from Bosnia and Herzegovina Mr. Faris Vehabović;
- Monitors from the Organization for Security and Cooperation in Europe/ OSCE Mission in Bosnia and Herzegovina: Ms. Marija Daška and Mr. Denis Dobardžić.

Of course, here are my honorable colleagues from the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina, Vice-Presidents Mato Tadić, Margarita Tsatsa-Nikolovska and Zlatko Knežević, as well as judges Valerija Galić, Miodrag Simović, Constance Grewe and Seada Palavrić (judge Tudor Pantiru was unable to attend for health-related reasons).

However, I must note with regret that colleagues from the Constitutional Court of Macedonia cancelled their participation in this conference in the last minute (although they had announced their presence earlier with evident pleasure and desire to attend).

We understand their reasons and we hope that they will be with us at the next and future gatherings of this kind.

Dear colleagues,

The topic of this Conference/Round Table „Decisions of the European Court of Human Rights and their Impact on the Standards of the National Constitutional Courts” is challenging indeed, which, among other things, is corroborated by a huge number of expert and academic papers on this topic, that is to say similar topics in scientific and specialist publications. It appeared to us that this Conference represents not only an opportunity but also a need to address this issue as a first-class, first and foremost, practical issue of our constitutional courts (as well as for the ordinary courts and other public authorities), bearing in mind the position of the European Court of Human Rights in Strasbourg and the nature and scope of the key legal document the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR), which in all our states, in this or that way, became the integral part of the internal legal order.

Today, I am convinced, we will have the opportunity to hear a number of rather interesting presentations, that is to say opinions on this topic (on behalf of the Constitutional Court of BiH, our honorable colleagues, Vice-President Zlatko Knežević and Constance Grewe, will present their respective presentations, as their own stances and views).

Please allow me to address today’s topic, by giving hints at least, in general terms, first and foremost with a view to provoke or amplify the need for active participation in the work of today’s Conference and to point to the stances, even dilemmas that objectively exist when it comes to the relation between the internal and international law, the scope of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, and in that context the relation between the European Court of Human Rights and the national constitutional courts, including ours.

It seems appropriate to start off with a definition of the sources of law in general (although Hans Kelsen, as a typical and key representative of the normative theory, held that the lack of clarity of the notion „source of law” renders that term almost useless). Nevertheless, please allow me to recall two basic categories of the sources of law:

- In substantive terms they are social relations, various phenomena and forms on the basis of which and which give rise to a need and interest to regulate relations, oftentimes also conflicts requiring regulation, which also means relations wherefrom it is possible to discern the contents of law, and

- In formal terms they are the forms in which norms appear – legal norms, i.e. all acts of the state by means of which the state creates law. In the majority of states these imply the constitution, laws, even the case-law, and delegated legislation.

Of course, the international sources of law should be added here, which are, either directly or otherwise, applied or incorporated in the internal legal order of countries.

Regarding the context within the scope of which we will be discussing today, the issue of the manner in which international law is incorporated in the internal law/order is inevitable. There are two basic systems: the system of incorporation and system of transformation.

- The system of incorporation implies that the act of ratification incorporates the international legal norms in its original content in the national legal order. That is the so-called monistic concept of the unity of internal and international law.
- The system of transformation implies that the international law of treaties must be converted into a national law or other regulation. This is the so-called dualistic concept of coexistence of the internal and international law, as independent, separate systems.

There are theories of compromise, which basic doctrine, although overlapping in certain aspects with dualistic theory, reads that „the international law and internal law cannot come into conflict”. They consider some practical experiences in the application of the international law within the national legal orders. Their purpose is to „mitigate the rigidity of theoretical constructions and to mitigate the logic of confronting values of monistic and dualistic concepts”.

We focus today on the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms² as an international legal document and the European Court of Human Rights in Strasbourg³, founded under Section II (Article 19 *et seq.*)

-
- 2 European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms with Protocols - Rome 1950. In 1948 a European Congress had been held in The Hague where a conclusion had been reached to commence the process of establishing the Council of Europe. The Statute of the Council of Europe had been signed on 5 May 1950. Ten Member States of the Council of Europe had signed the Convention on 4 November 1950, and it has been applied since 3 September 1953. The European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms was inspired by the Universal Declaration of Human Rights, which the UN General Assembly promulgated on 10 December 1948. Bosnia and Herzegovina ratified the Convention on 12 July 2002, and, by this act, accepted the jurisdiction of the European Court of Human Rights.
 - 3 European Court of Human Rights had been set up in 1959 under Article 19 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and it operates as part of the Council of Europe, the oldest European organization. The seat is in Strasbourg, in France, the official languages are English and French. The Rules of Procedure – regulated by the Rules of Court and Convention (there had been three institutions initially: European Commission of Human Rights, European Court of Human Rights and Committee of Ministers). The European Commission

of this Convention. In various ways the Convention has become an integral part of the internal legal order of our countries. We apply it either as a binding international document in the area of human rights, which has become upon ratification (through the system of incorporation or transformation) an integral part of the internal legal order or, as is the case with Bosnia and Herzegovina, as *de facto* and *de iure* constitutional norm (literally as a constitutional text) even before ratification that followed only in 2002.⁴

Decades long case-law of the European Court of Human Rights in Strasbourg, through decisions that established the letter and the spirit of the Convention, afforded its, oftentimes general, provisions rather specific content and meaning, so that we have now not only the standards and framework set forth/agreed thereby, but also their specified content and meaning as an accepted case-law. That is how the Convention, over time, instead of only an ideal by way of which the High Contracting Parties „confirmed their faith in such fundamental freedoms that are the basis for justice and peace in the world”, has become a rather specific and effective weapon guaranteeing and protecting the fundamental human rights in „High Contracting Parties”, as well as inspiring others (e.g. the 1969 American Convention on Human Rights and the 1981 African Charter on Human and Peoples’ Rights, etc.), as equally as it was inspired by the Universal Declaration of Human Rights of the UN General Assembly of 10 December 1948.

The Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina based its hitherto abundant case-law on the consistent application of standards under the Convention and on the case-law of ECtHR. The Human Rights Chamber (set up under Annex 6 of the General Framework Agreement for Peace in Bosnia and Herzegovina, the so-called „Dayton Agreement”) contributed substantially to this in the initial stage, which had also applied directly the ECHR and its protocols. The decisions of the Chamber served during that initial stage as educational literature for the Constitutional Court and the professional community alike.

All this time we are witnessing the new reading and understanding of the letter and the spirit of the Convention, i.e. its individual provisions through the decisions

of Human Rights and European Court of Human Rights were replaced since 1 November 1998 (Protocol No. 11 entered into force) by a single full-time European Court of Human Rights.

- 4 Upon the ratification of the Convention in 2002, Bosnia and Herzegovina committed itself to be subjected to final judgments of the European Court of Human Rights in any dispute in which it partakes as a party. Prior to this the obligation of the application (without a possibility though to protect rights before the ECtHR) arose from the provision of Article II(2) of the Constitution of BiH, which provides for as follows: „The rights and freedoms set forth in the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and its Protocols shall apply directly in Bosnia and Herzegovina. These shall have priority over all other law.”

of the ECtHR. Raising standards or even changing the case-law (its evolutionary understanding and interpretation) only attest to its dynamism and vitality, as well as an activist approach of the ECtHR to the interpretation of the ECHR.

I hope that, through our today's presentations on this aspect, i.e. a „normative” potential of the Convention and ECtHR, by means of examples from our constitutional case-law, we will bring this issue closer to each other. Perhaps even raise or eliminate some of the dilemmas?!

Therefore, please allow me, honorable colleagues, with the intention to bring about, as much as possible, specific discussion, to ask several questions on an utterly practical level, which the ECtHR's case-law has already answered in a way, which still appear though to be topical, to the degree that the text of the Convention and the case-law of the ECtHR appear to be dynamic and vital.

So, as to the European Convention:

- How to understand, interpret and apply the Convention, dynamically or statically?! As a matter of fact, has the European Court of Human Rights, and to which extent, exhausted so far its dynamic normative capital?
- To what extent is the Convention a „living instrument”? Are there limits and where are they when it comes to the understanding of the standards established by the Convention in accordance with the social development and needs of a contemporary society? (To recall, the standard implies precisely „the method of interpretation, i.e. the content and meaning of the provisions of the European Convention and its protocols afforded to them by the ECtHR by means of interpretation”).

As to the European Court of Human Rights:

- What is the relation between the ECtHR and the constitutional courts of the signatory states („High Contracting Parties”) – is their relation and to what extent a hierarchical co-relation given the binding nature of the application of decisions, i.e. the compliance with the case-law of the ECtHR, which these countries committed to upon ratifying the Convention?
- Is there a risk of conflict, and how it is reflected, between the „national” and the „European” interpretation of the Convention given a subsidiary character of the protection before the European Court of Human Rights?
- Does the legally binding character of the ECtHR's decisions allow a two-way process between the ECtHR and national constitutional courts and in what way, or this is, nevertheless, a one-way process „top down” (as the European Court, by interpreting the Convention, actually, sets the standards)?

- If a two-way process is possible, does it, actually, mean that there can be a dialogue between the European Court and the national constitutional courts through judgments or otherwise. Namely, not only through „advisory opinion on principled issues in relation to the interpretation or application of rights and freedoms set forth in the Constitution or its protocols” referred to in Article 1 of Protocol No. 16 which, admittedly, has not come into force yet?!

This is to say that questions and/or dilemmas do exist and can exist. However, the standards set forth in the Convention and specified and promoted in the decisions of the ECtHR, are undoubtedly, more or less, an already achieved ideal, not so without new challenges in societies though, or states of developed democracy. That is particularly relevant for the citizens of all countries „High Contracting Parties” that (in numerous cases) found satisfaction before the ECtHR, i.e. the final protection of their violated rights and freedoms.

Individuals or groups, through individual decisions (rendered on applications lodged with the Court in Strasbourg), as well as societies as a whole, as a result of necessity for legislative activities resulting from the ECtHR’s judgments in some cases, managed to obtain the following (indicated according to the information available in electronic form):

Austria modified significant sections of its Criminal Procedure Code and its Instructions on the Treatment of Hospitalized Prisoners, as well as the entire system of fees for legal assistance;

Belgium enacted amendments to the Law on Vagabonds and enacted measures for subsidizing French language schools in the Flemish Region. Belgium also amended its Civil Code in order to afford the equal rights to children born in and out of wedlock;

Denmark enacted amendments to the Law on Guardianship of Children Born out of Wedlock;

France enacted the Law on Wiretapping;

Greece enacted amendments to the Law on Pre-Trial Detention;

Italy incorporated into its Criminal Procedure Code, enacted in 1988, the provisions making the presence of a defense counsel mandatory in court proceedings, including the appeals with the Court of Cassation;

The Netherlands enacted amendments to the Military Criminal Law and the Law on the Detention of Mental Patients;

Sweden enacted amendments to the Law on Mandatory Religious Education;

Switzerland revised in entirety the organization of its judiciary and the criminal procedure in the application to the federal army and enacted amendments to the Civil Code with respect to the detention in correctional facilities;

The United Kingdom (Great Britain) banned by law physical punishment in state schools;

etc...

Certainly, this applies to the countries of our region as well. Bosnia and Herzegovina, among other things, amended its legislation at the State and Entity levels concerning the old foreign currency savings, the search for persons gone missing during the war in Bosnia and Herzegovina, and there is still the obligation to amend the Constitution and even some laws in relation to the well-known so-called the ECtHR's decision of „Sejdić-Finci”, etc.

Dear colleagues,

As I have said at the outset, it has not been my intention to take over the role that we have given, on this occasion, to the colleagues Knežević and Grewe. We will hear their respective presentations. I hope this opening speech of mine may serve as an impetus.

The only thing left for me to do is to thank the IRZ (German Foundation for International Legal Cooperation) for the financial assistance and support in the preparation of this conference. That means a great deal to us. Mr Pürner and his team have shown a great understanding. I wish to use this opportunity to thank them sincerely on my behalf and on behalf of the Constitutional Court of BiH. Today's conference is a continuation of the cooperation through which we managed to already realize some projects and we have been planning some others to come. Also, I am certain that we owe our gratitude to Ms. Veronika Keller-Engels, the IRZ Director General. I wish you a pleasant stay in Sarajevo and Bosnia and Herzegovina.

Sarajevo, 8 April 2016

Veronika Keller-Engels

Geschäftsführerin der Deutschen Stiftung für internationale rechtliche
Zusammenarbeit e.V. (IRZ)

GRUßWORT

Sehr geehrter Herr Präsident Ceman,
sehr geehrte Präsidentin Ilic-Prelic,
sehr geehrte Präsidentin Lopotic,
sehr geehrte Richterinnen und Richter verschiedenster Verfassungsgerichte der
Region,
sehr geehrter Richter am EGMR Vehabovic,
sehr geehrter Richter am BVerfG a.D. Professor Steiner,

es ist mir eine Freude und Ehre heute diese Regionalkonferenz im Namen der IRZ
eröffnen zu können. Sie alle kennen in diesem Kreise die IRZ seit Jahren, deshalb muss
ich diese nicht vorstellen.

Hervorheben möchte ich aber, dass die IRZ eine lange Tradition der
Zusammenarbeit mit den Verfassungsgerichten der Region hat.

Hier möchte ich nur einige Eckpunkte nennen:

- erfolgreiche Unterstützung der Einführung der Individualverfassungsbeschwerde
in das serbische Recht
- Regelmäßige Veranstaltung von Regionalkonferenzen
 - zusammen mit dem serbischen Verfassungsgericht seit etlichen Jahren
 - Seit 2015 auch mit dem montenegrinischen Verfassungsgericht,
 - nun erstmals mit dem Verfassungsgerichts des Staates Bosnien und
Herzegowina

Hinzu kommen

- die Zusammenarbeit im Rahmen der internationalen Verfassungskonferenz
in Regensburg,

- hier in Sarajevo vor Jahren der Langzeiteinsatz von Dr. Christian Steiner als Berater des Verfassungsgerichts des Staates Bosnien und Herzegowina.
- Beiträge zu verfassungsrechtlichen Themen in den Publikationen der IRZ,
- Solche Beiträge haben - neben dem anwesenden Prof. Steiner, der auch Mitglied im Herausgeberrat der von der IRZ mitherausgegebenen mazedonischen Zeitschrift für Europarecht ist - beispielsweise auch der amtierende Präsident des BVerfG Prof. Dr Voßkuhle und seine Vorgängerin Prof. Dr. Limbach verfasst,
- Abgerundet wird dies durch weitere Publikationen in den Sprachen der Region zur Rechtsprechung des EGMR und zur Durchsetzung der Rechte aus der EMRK

Bereits dies zeigt einen steige Intensivierung der Zusammenarbeit an.

Es ist aber noch mehr geplant. Nämlich, die Ergebnisse dieser gemeinsamen Arbeit in Zukunft durch eine regelmäßige Publikation einem größeren Kreis von Adressaten zugänglich zu machen. Dazu wird Dr. Pürner später etwas sagen.

Das Konzept der IRZ bei dieser Unterstützung beruht auf mehreren Überlegungen:

- Zum einen möchte sie ein Forum bieten für den Austausch zwischen Ihren Gerichten,
- zum anderen bieten wir Ihnen die reichhaltigen deutschen Erfahrungen an als „Material“ für Ihre Diskussionen
- hierbei sehen wir die verschiedenen Verfassungsgericht als Lernverbund, also eine Gemeinschaft von Gerichten, die alle vor den selben Fragestellungen stehen und in der Diskussion miteinander ihre Fähigkeit zu unabhängigen und qualitativen Entscheidungen verbessern
- eine besondere Rolle spielt die Nachhaltigkeit, die u.a. durch die Regelmäßigkeit der Veranstaltungen unterstrichen wird.

Austausch ist in besonderer Weise bezüglich des heutigen Themas erforderlich:

Das Verhältnis zwischen dem Straßburger Gericht und den Nationalen Verfassungsgerichten hat nämlich viele Varianten. Auch wird es von gegenläufigen Aspekten geprägt.

Ein Beispiel:

- Zum einen gehen vom EGMR Leitlinien und Orientierungspunkte für die jeweils eigene Rechtsprechung aus,
- zum anderen stellt sich aber die Frage, wie unabhängig nationale Verfassungsgerichte gegenüber dem EGMR sein sollen und sein dürfen.

Interessant ist das Thema auch, weil es zeigt, dass Rechtsprechung, auch oder gerade verfassungsrechtliche Rechtsprechung, zumindest soweit es die Grund- bzw. Menschenrechte angeht, keine ausschließlich nationale Sache mehr ist.

Deshalb sind interessante, und möglicherweise auch kontroverse Diskussionen zu erwarten.

Dass diese heute hier geführt werden können, ist einer Reihe von Personen und Institutionen zu verdanken:

- Insbesondere ist dem Verfassungsgericht von Bosnien und Herzegowina und seinem Präsidenten Ceman für die gute Zusammenarbeit bei der Vorbereitung der Konferenz zu danken
- Weiter ist allen Präsidenten und Präsidentinnen sowie Richterinnen und Richter der weiteren Verfassungsgerichte für die bisherige Zusammenarbeit und ihr erneutes Engagement im Rahmen dieser Konferenz zu danken
- Schließlich ist Herrn RiBVerfG a.D. Prof. Udo Steiner dafür zu danken, dass er seine Erfahrung wiederum, nicht zum ersten Mal, zur Verfügung stellt
- Ein ganz herzlicher Dank gilt Herrn Botschafter Hellbach und seinen Mitarbeitern, die die Arbeit der IRZ aktiv begleiten und konstruktiv unterstützen
- Besonderer Dank gilt darüber hinaus dem deutschen BMJV und dem AA, die die Arbeit der IRZ in Bosnien und Herzegowina und der Region durch ihre finanziellen Mitteln, darunter auch solche aus dem deutschen Beitrag zum Stabilitätspakt für Südosteuropa, erst ermöglichen.

Veronika Keller-Engels

Direktorica Njemačke fondacije za međunarodnu pravnu suradnju
(Deutsche Stiftung für internationale rechtliche Zusammenarbeit e.V. - IRZ)

POZDRAVNI GOVOR

Poštovani predsjedniče Ćeman,
poštovana predsjednice Ilić-Prelić,
poštovana predsjednice Lopičić,
poštovane sutkinje i suci ustavnih sudova regiona,
poštovani gospodine sudijo Evropskog suda za ljudska prava Vehabović,
poštovani bivši sudijo njemačkog Saveznog ustavnog suda profesor Steiner,

veliko mi je zadovoljstvo i čast što u ime fondacije IRZ smijem otvoriti današnju regionalnu konferenciju. Svi ovdje prisutni poznaju fondaciju IRZ već dugi niz godina tako da je ne moram posebno predstavljati.

No, htjela bih istaknuti da postoji dugogodišnja tradicija suradnje između IRZ-a i ustavnih sudova u regionu.

Ovdje bih htjela navesti samo nekoliko bitnih točaka te suradnje:

- uspješna podrška kod uvođenja individualne ustavne žalbe u srpsko pravo
- redovita organizacija regionalnih konferencija
 - u dugogodišnjoj suradnji sa Ustavnim sudom Srbije,
 - od 2015. godine i sa Ustavnim sudom Crne Gore,
 - a sada, po prvi puta, i sa Ustavnim sudom Bosne i Hercegovine

Pored toga bih htjela istaknuti

- i suradnju u okviru međunarodne ustavne konferencije u Regensburgu,
- dugogodišnji angažman dr. Christiana Steinera kao savjetnika Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, ovdje u Sarajevu,
- priloge o ustavnopravnim temama u publikacijama IRZ-a,

- takve su priloge – pored ovdje prisutnog prof. Steinera, koji je ujedno i član izdavačkog vijeća makedonskog Časopisa za evropsko pravo, čiji je suizdavač i IRZ – npr. pisali i aktualni predsjednik Saveznog ustavnog suda prof. dr. Voßkuhle i njegova prethodnica prof. dr. Limbach,
- sve je to zaokruženo dodatnim publikacijama na jezicima regiona o sudskoj praksi Evropskog suda za ljudska prava i ostvarivanju prava iz Evropske konvencije o ljudskim pravima.

Već se po ovome vidi da suradnja postaje sve intenzivnija.

Ali, planiramo i više. Naime, predviđeno je da se u budućnosti rezultati ovoga zajedničkog rada, kroz redovitu publikaciju, učine dostupnima većem krugu adresata. No, o tomu će dr. Pürner kasnije još nešto reći.

Koncepcija IRZ-a se u okviru ove podrške temelji na sljedećim razmišljanjima:

- s jedne strane, želimo ponuditi forum za razmjenu između Vaših sudova,
- s druge strane, nudimo Vam opsežna njemačka iskustva kao „materijal“ za Vaše rasprave
- pritom pojedine ustavne sudove vidimo kao alijansu za učenje, dakle, kao zajednicu sudova koji stoje pred istim pitanjima te kroz raspravu jedni s drugima mogu poboljšati svoje sposobnosti za donošenje neovisnih i kvalitativnih odluka
- a posebnu ulogu igra i održivost koja se, između ostaloga, naglašava redovitošću konferencija.

A razmjena je na poseban način potrebna u odnosu na današnju temu.

Naime, odnos između suda u Strasbourgu i nacionalnih ustavnih sudova ima puno različitih varijanti, a obilježen je i različitim suprotstavljenim aspektima.

Jedan primjer:

- od Evropskog suda za ljudska prava, s jedne strane, proizlaze smjernice i orijentiri za vlastitu sudsku praksu,
- no, s druge se strane postavlja pitanje koliko neovisni nacionalni ustavni sudovi trebaju i smiju biti samostalni u odnosu na Evropski sud za ljudska prava.

Ova je tema zanimljiva i zbog toga što pokazuje da sudska praksa, pa i upravo ustavnopravna sudska praksa ili baš ona više nije isključivo nacionalna stvar kada se radi o temeljnim, odnosno ljudskim pravima.

Iz tog razloga danas sigurno možemo očekivati zanimljive, a možda i kontroverzne rasprave.

A te se rasprave danas ovdje mogu voditi zahvaljujući brojnim osobama i institucijama:

- posebno bi se htjeli zahvaliti Ustavnom sudu Bosne i Hercegovine i njegovom predsjedniku Ćemanu na dobroj suradnji u pripremi konferencije,
- nadalje, želimo se zahvaliti svim predsjednicima i predsjednicama te sutkinjama i sucima ostalih ustavnih sudova na dosadašnjoj suradnji i njihovom ponovnom angažmanu u okviru ove konferencije,
- potom bi se htjeli zahvaliti i prof. Udu Steineru, bivšem sucu Saveznog ustavnog suda, što nam na raspolaganje stavlja svoja iskustva, i to ne po prvi puta,
- također bi se srdačno htjeli zahvaliti i gospodinu ambasadoru Hellbachu i njegovim suradnicima koji aktivno prate i konstruktivno podržavaju rad IRZ-a,
- a posebnu zahvalnost željeli bismo iskazati Saveznom ministarstvu za pravosuđe i potrošače te Saveznom ministarstvu vanjskih poslova koji svojim finansijskim sredstvima, između ostaloga i iz njemačkog doprinosa Paktu za stabilnost jugoistočne Europe, omogućuju rad IRZ-a u Bosni i Hercegovini kao i u regionu.

Veronika Keller-Engels

Head of the German Foundation of International Legal Cooperation
(Deutsche Stiftung für internationale rechtliche Zusammenarbeit e.V. - IRZ)

OPENING SPEECH

Honourable President Mirsad Ćeman, Constitutional Court of BiH

Honourable President Vesna Ilić-Prelić, Constitutional Court of Serbia

Honourable President Desanka Lopičić, Constitutional Court of Montenegro

Honourable Judges of the regional constitutional courts,

Honourable Judge Faris Vehabović, Judge of the European Court of Human Rights,

Honourable Udo Steiner, professor and former Judge of the German Federal Constitutional Court,

It is a great honour for me today to open the Regional Conference on behalf of the IRZ Foundation. The IRZ needs no introduction as all of the present here today are well aware of its activities for years now.

However, I would like to emphasize that there is a longstanding tradition of cooperation between the IRZ and the regional constitutional courts.

I will mention a few important points of that cooperation:

- a successful support to the introduction of individual constitutional complaint into law of Serbia;
- organisation of regional conferences on a regular basis;
 - a longstanding cooperation with the Constitutional Court of Serbia;
 - and, as of 2015, with the Constitutional Court of Montenegro;
 - and now, for the first time, with the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina.

In addition, I would like to emphasize:

- the cooperation within the framework of the International Constitutional Conference in Regensburg;

- longstanding engagement of Dr Christian Steiner as a legal advisor of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina here in Sarajevo;
- paper contributions on constitutional subjects in the publications of the IRZ;
- such contributions – in addition to those of Prof Steiner who is present here today and who is the member of the Macedonian European Law Journal, the co-publisher of which is the IRZ, were also made by the current President of the Federal Constitutional Court, Prof Dr Voßkuhle and the former President, Prof Dr Limbach;
- all of this was integrated through additional publications on the case-law of the European Court of Human Rights and the exercise of the rights provided for in the European Convention on Human Rights, which were published in the regional languages.

All of this is a testimony to the fact that the cooperation is increasingly intensifying.

However, our plans go beyond that. Our plan in the future is to make available the results of our joint activities to a larger audiences. Dr Pürner will say something about that later.

The concept of the IRZ within the framework of this support is based on the following reflections:

- we would like to offer a forum for exchange between your courts, on the one hand;
- we offer you extensive German experience as a „material” for you discussions on the other hand;
- in doing so, we see certain constitutional courts as an *alliance for learning*, thus, as a community of the courts which face the same issues and which may improve their abilities through discussions in order to take independent and quality decisions;
- a particular role is afforded to sustainability which is emphasized, *inter alia*, through the conferences held on a regular basis.

And, the exchange is particularly necessary for the today’s topic.

In particular, the relationship between the Court in Strasbourg and national constitutional courts exists in many different variations and it is characterized by different conflicting aspects.

One example is:

- directives and guidelines for the national case-law come from the European Court of Human Rights, on the one hand;

- on the other hand, the question arises to know to which extent national courts can and should be independent with regards to the European Court of Human Rights.

This topic is particularly interesting because it shows that jurisprudence, including the constitutional jurisprudence, is not exclusively a national matter anymore when it comes to fundamental rights, i.e. human rights.

This is the reason why today we may expect interesting, even controversial discussions.

We can thank a number of persons and institutions that we have an opportunity today to have such discussions:

- We would like to extend a special recognition to the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina, notably its President Ćeman for a good cooperation in preparing the Conference;
- We would like to thank all presidents and judges of other constitutional courts for their cooperation and their engagement in this Conference;
- We would like to thank Prof Udo Steiner, the former judge of the Federal Constitutional Court for sharing his experience with us;
- We are sincerely thankful to His Excellency Ambassador Hellbach and his associates who follow and support the work of the IRZ in an active manner;
- We would like to extend a particular thanks to the Federal Ministry of Justice and Consumer Protection and Federal Ministry of Foreign Affairs, which enable the work of the IRZ in Bosnia and Herzegovina and region with their own funds and German contributions to the Stability Pact for South Eastern Europe.

Dr. Stefan Pürner

Bereichsleiter der Deutschen Stiftung für internationale rechtliche
Zusammenarbeit e.V. (IRZ)

GRUßWORT

Sehr geehrter Herr Präsident Ceman,
sehr geehrte Präsidentin Ilic-Prelic,
sehr geehrte Präsidentin Lopicic,
sehr geehrte Richterinnen und Richter verschiedenster
Verfassungsgerichte der Region,
sehr geehrter Richter am EGMR Vehabovic,
lieber Richter am BVerfG a.D. Professor Steiner,
liebe Frau Keller Engels,

ich möchte mich insbesondere den Dankesworten von Frau Keller anschließen und nur etwas inhaltlich zur Zusammenarbeit mit den Verfassungsgerichten in der Region sagen.

Im Rahmen unserer regelmäßigen Regionalkonferenzen, aber auch bilateraler Veranstaltungen mit den Verfassungsgerichten der Region, sind eine Vielzahl von Materialien entstanden, die auch über den Kreis der eigentlichen Teilnehmer der jeweiligen Veranstaltung hinaus von Interesse sind. Hierbei handelt es sich nicht nur um die Referate der jeweiligen Konferenzen, sondern auch um zusätzliches Texte, insbesondere Übersetzungen. Ein Beispiel hierfür sind Übersetzungen von Entscheidungen des deutschen Bundesverfassungsgerichts oder der kurz gefassten, sehr informativen Pressemitteilungen hierzu. Darüber hinaus wurden beispielsweise für den Studienbesuch des Verfassungsgerichtes von Montenegro beim Landesverfassungsgericht in Brandenburg sowie in Berlin verschiedene Materialien zur Verfassungsgerichtsbarkeit der Bundesländer in Deutschland übersetzt.

Materialien wie diese wollen wir in Zukunft, soweit sie nicht von den Verfassungsgerichten selbst im Rahmen eigener Publikationsreihen veröffentlicht

werden, in einem regelmäßig erscheinenden „Jahrbuch für Verfassungsrecht“ publizieren, um den Adressatenkreis unserer gemeinsamen Aktivitäten zu vergrößern und so die Nachhaltigkeit noch zusätzlich zu sichern.

Der erste diesbezügliche Band ist derzeit in Vorbereitung. Er besteht im wesentlichen aus den Referaten der Regionalkonferenz, die im März dieses Jahres in Zusammenarbeit mit dem Verfassungsgericht Montenegros zum Thema „Meinungsfreiheit“ abgehalten wurde. Die Materialien zu diesem Thema werden darüber hinaus durch beispielhafte Entscheidungen der verschiedenen Verfassungsgerichte, deren Richter an der Veranstaltung teilnahmen, zu diesem Thema abgerundet. Diesbezüglich möchte ich mich bei dem Verfassungsgerichts von Montenegro sowie dessen Präsidentin Desanka Lopicic für die Unterstützung bei der Sammlung der Manuskripte bedanken. Darüber hinaus möchte mich bei allen Gerichten bedanken, die eigene Entscheidungen zur Verfügung gestellt haben. Die Publikation dieser Entscheidungen wird die seltene Möglichkeit bieten, sich an einer Stelle anschaulich über die Rechtsprechung der verschiedenen Gerichte zu diesem wichtigen Thema, aber auch über deren Urteiltstechnik allgemein zu informieren.

Weiter werden in diesem Band einige Referate von der mit dem Verfassungsgericht Serbiens im Jahr 2014 durchgeführten Regionalkonferenz zum Thema „Verfassungsgerichtsbarkeit und Medien“ enthalten sein. Aus diesem Anlass möchte ich mich auch nochmals bei der Präsidentin des serbischen Verfassungsgerichts Frau Vesna Ilic-Prelic ganz herzlich für die Zusammenarbeit bei dieser Veranstaltung bedanken.

Dr. Stefan Pürner

Voditelj odjeljenja Njemačke fondacije za međunarodnu pravnu suradnju
(Deutsche Stiftung für internationale rechtliche Zusammenarbeit e.V. - IRZ)

POZDRAVNI GOVOR

Poštovani predsjedniče Ćeman,
poštovana predsjednice Ilić-Prelić,
poštovana predsjednice Lopičić,
poštovane sutkinje i suci ustavnih sudova regiona,
poštovani gospodine sudijo na Evropskom sudu za ljudska prava Vahabović,
dragi bivši sudijo njemačkog Saveznog ustavnog suda profesor Steiner,
draga gospođo Keller Engels,

htio bih se priključiti riječima zahvale gospođe Keller i samo ukratko reći nešto o sadržaju suradnje s ustavnim sudovima regiona.

U okviru naših redovnih regionalnih konferencija, ali i bilateralnih skupova s ustavnim sudovima regiona nastao je veliki broj materijala koji je zanimljiv i drugim osobama, osim samih sudionika dotičnih skupova. Pritom se ne radi samo o referatima s tih konferencija, već i o dodatnim tekstovima, posebno prijevodima. Jedan primjer za to su prijevodi odluka njemačkog Saveznog ustavnog suda ili veoma kratkih obavijesti za medije koje su izdane uz te predmete. Pored toga su, na primjer, povodom studijskog posjeta Ustavnom suda Crne Gore Zemaljskom ustavnom sudu Brandenburga i Berlina prevedeni razni materijali o ustavnom sudovanju njemačkih saveznih zemalja.

Materijale poput ovih želimo objavljivati u redovitom „Godišnjaku za ustavno pravo”, ukoliko ih sami ustavni sudovi ne objave u okviru vlastitih publikacija, kako bi se povećao krug adresata naših zajedničkih aktivnosti te kako bismo na taj način dodatno osigurali održivost.

Prvo takvo izdanje je već u pripremi, a sastoji se uglavnom od referata s regionalne konferencije koja je u martu ove godine održana u suradnji s Ustavnim sudom Crne

Gore na temu „sloboda mišljenja”. Materijali su, pored toga, zaokruženi primjerima odluka raznih ustavnih sudova čiji su suci sudjelovali na toj konferenciji. S tim u vezi bih se želio zahvaliti Ustavnom sudu Crne Gore i njegovoj predsjednici Desanki Lopičić na pomoći u prikupljanju manuskripata. Osim toga, želim se zahvaliti svim sudovima koji nam su svoje odluke stavili na raspolaganje. Publiciranje tih odluka će osigurati rijetku mogućnost da se na jednom mjestu možete informirati o sudskoj praksi različitih sudova o toj važnoj temi, ali i o njihovoj tehnici donošenja presuda općenito.

Nadalje, ovo će izdanje obuhvaćati i neke referate s regionalne konferencije koju je 2014. godine Ustavni sud Srbije organizirao na temu „Ustavni sudovi i mediji”. Iz tog bih se razloga također još jednom srdačno želio zahvaliti predsjednici Ustavnog suda Srbije gospođi Vesni Ilić-Prelić na suradnji u organiziranju te konferencije.

Dr Stefan Pürner

Head of Section of the German Foundation of International Legal Cooperation
(Deutsche Stiftung für internationale rechtliche Zusammenarbeit e.V. - IRZ)

OPENING SPEECH

Honourable Mirsad Ćeman, President of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina

Honourable Vesna Ilić-Prelić, President of the Constitutional Court of Serbia

Honourable Desanka Lopičić, President of the Constitutional Court of Montenegro

Honourable Judges of the regional constitutional courts,

Honourable Faris Vehabović, Judge of the European Court of Human Rights

Honourable Udo Steiner, professor and former Judge of the German Federal Constitutional Court

Dear Madam Keller-Engels,

I would like to join Madam Keller in her words of gratitude and take this opportunity to say a few words about our cooperation with the regional constitutional courts.

A large amount of materials has been produced as a result of our regular regional conferences and bilateral meetings with the regional constitutional courts. It is interesting that not only the participants at the mentioned gatherings but also others find those materials interesting. In addition to the papers presented at the conferences, the materials also include additional texts and, particularly, the translation thereof. Thus, for example, those include the translation of decisions of the German Federal Constitutional Court and press releases related to relevant cases. In addition, the materials related to constitutional justice of the German Federal States were translated on the occasion of the study visit of the Constitutional Court of Montenegro to the Constitutional Courts of the State of Brandenburg and the State of Berlin.

In order to increase a circle of recipients and participants in our joint activities and to ensure sustainability, in case the constitutional courts do not publish such materials in their publications, we would like to publish them in our „Yearbook of Constitutional Law”, which is issued at regular intervals.

We have already undertaken the preparation of the first edition, which consists mainly of the papers presented at the Regional Conference on „Freedom of Expression”, which was organised in cooperation with the Constitutional Court of Montenegro and held in March 2016. In addition, the copies of decisions of the constitutional courts whose judges took part at the conference are attached to the materials to supplement them. In this regard, I would like to thank the Constitutional Court of Montenegro and its President Desanka Lopičić for helping us to collect the manuscripts. Furthermore, I would like to express my gratitude to the courts that made their decisions available to us. The publication of those decisions will ensure that one can find information, all in one place, about the case-law of different courts as well as information about the techniques of making their decisions in general.

Moreover, this edition will encompass some papers presented at the Regional Conference on „Constitutional Jurisdiction and the Media”, which was organised in 2014 by the Constitutional Court of Serbia. For those reasons, this is a perfect opportunity to cordially thank Madam Vesna Ilić-Prelić, the President of the Constitutional Court of Serbia, for her cooperation in organising the conference.

Desanka Lopičić
Predsjednica Ustavnog suda Crne Gore

UTICAJ ODLUKA EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA NA PRAKSU USTAVNOG SUDA CRNE GORE (normativni okvir i praksa)

Crna Gora je ratifikacijom Evropske konvencije preuzela obavezu da svakom fizičkom i pravnom licu pod svojom jurisdikcijom obezbjedi efikasnu zaštitu ljudskih prava i sloboda zajamčenih Konvencijom, koja je inkorporirana u crnogorski pravni poredak. Time je ujedno prihvaćena nadležnost Evropskog suda za ljudska prava za odlučivanje o zahtjevima podnesenim protiv Crne Gore, zbog povrede prava i sloboda zajamčenih Konvencijom.

Odluke Ustavnog suda, kojima su u domaći pravni poredak preuzeti standardi koje je u zaštiti prava i sloboda razvio Evropski sud, važno su sredstvo unaprijeđenja zaštite ljudskih prava u Crnoj Gori i važan činilac modernizacije crnogorskog pravnog poretka.

Demokratija predstavlja nužan, ali ne i dovoljan preduslov za očuvanje sistema pravne države. Stoga je potrebno imati i zaštitni mehanizam koji ocjenjuje sadržaje ključnih oblasti ljudskih prava i sloboda. Na ovom mjestu treba ukazati na značaj koji odluke međunarodnih organa, a naročito presude Evropskog suda za ljudska prava imaju za zemlje čije je iskustvo s demokratijom i zaštitom ljudskih prava kratko i nedovoljno. To su sve zemlje koje su prošle fazu „realnog socijalizma”, gdje ljudska prava i slobode, u skladu s vladajućom ideologijom, nijesu zauzimala važno mjesto.

Gotovo pet decenija jedino mjerilo ustavne kontrole u Crnoj Gori bio je, u suštini, samo tekst važećeg ustava, a danas su to i opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava i potvrđeni međunarodni ugovori, ali i praksa međunarodnih institucija koje nadziru ostvarivanje međunarodnih standarda ljudskih prava. Tu je, prije svega, praksa Evropskog suda za ljudska prava, kao svojevrsnog ustavnog suda koji je sa

svoje strane doprinio da se ustavno pravo u evropskim zemljama počne izdizati na položaj najznačajnije oblasti prava, a ustavna kontrola javne vlasti na nivo izuzetno važne oblasti pravne i političke djelatnosti. „Dinamika ustavnog sudovanja nastavlja transformisati prirodu zakonodavne i sudske vlasti.”¹ Ovo je naročito važno za Crnu Goru kao članicu Savjeta Evrope u pogledu poštovanja i obezbjeđivanju zaštite ljudskih prava i sloboda u skladu sa standardima izgrađenim prevashodno kroz praksu Evropskog suda u Strazburu i Crnu Goru kao zemlju kandidata za članstvo u Evropskoj uniji u pogledu postavljanja i primjene fundamentalnih principa i rješenja na kojima počiva pravo Evropske unije.

Ustav Crne Gore, donijet 22. oktobra 2007. godine, u Preambuli detaljno navodi osnovni normativni princip – „opredjeljenje građana Crne Gore da žive u državi u kojoj su osnovne vrijednosti: sloboda, mir, tolerancija, poštovanje ljudskih prava i sloboda, multikulturalnost, demokratija i vladavina prava”. U svojim osnovnim odredbama Ustav propisuje da je Crna Gora suverena građanska, demokratska, ekološka država i država socijalne pravde, zasnovana na vladavini prava. Odredbom člana 6 stav 1 Ustava država jemči zaštitu prava i sloboda, a članom 8 stav 1 zabranjuje svaku neposrednu ili posrednu diskriminaciju, po bilo kom osnovu.² Više od trećine ustavnog teksta odnosi se na jemstva sloboda i prava čovjeka i građanina. U poglavlju „Ljudska prava i slobode” preciznije su definisana pojedina ljudska prava i određena načela i mehanizmi njihove zaštite. Ustavom je zajemčena jednakost svih građana pred zakonom, bez obzira na bilo kakvu posebnost ili lično svojstvo,³ ravnopravnost žene i muškarca. Ustav razvija politiku jednakih mogućnosti,⁴ pravo na pravni lijek,⁵ pravo na pravnu pomoć⁶ i pravo na zdravu životnu sredinu.⁷

Ustav prvi put izričito utvrđuje da su „potvrđeni i objavljeni međunarodni ugovori i opšte prihvaćena pravila međunarodnog prava, sastavni dio unutrašnjeg pravnog poretka; da imaju primat nad domaćim zakonodavstvom i da se neposredno primjenjuju, kad odnose uređuju drukčije od unutrašnjeg zakonodavstva”⁸. Navedeno ustavno određenje pokazuje da se Crna Gora, priznajući međunarodne ugovore kao sastavni dio svog pravnog poretka, pridružila zemljama koje su promijenile svoj odnos prema

1 Alec Stone Sweet, „Politika ustavnog nadzora u Francuskoj i Evropi”

2 Neće se smatrati diskriminacijom propisi i uvođenje posebnih mjera koji su usmjereni na stvaranje uslova za ostvarivanje „nacionalne, rodne i ukupne ravnopravnosti i zaštite lica koja su po bilo kom osnovu u nejednakom položaju” (član 8, stav 2 Ustava).

3 Član 17, stav 1 Ustava

4 Član 18 Ustava

5 Član 20 Ustava

6 Pravnu pomoć pruža advokatura, kao nezavisna i samostalna profesija, i druge službe. Pravna pomoć može biti besplatna, u skladu sa zakonom (član 21).

7 Član 23, stav 1 Ustava

8 Član 9 Ustava.

međunarodnom pravu. U dijelu Ustava posvećenom ustavnosti i zakonitosti utvrđeno je da zakon mora biti saglasan s Ustavom i potvrđenim međunarodnim ugovorima, a drugi propis s Ustavom i zakonom.⁹ Nadležnost Ustavnog suda u oblasti apstraktne kontrole proširena je na odlučivanje o saglasnosti zakona s Ustavom i potvrđenim i objavljenim međunarodnim ugovorima.¹⁰

Evropska konvencija o zaštiti ljudskih prava i sloboda¹¹ kao najznačajniji ratifikovani međunarodni ugovor iz oblasti zaštite ljudskih prava i sloboda sastavni je dio unutrašnjeg pravnog poretka Crne Gore, i samim tim, direktno je primjenjiva i, shodno Ustavu, hijerarhijski je iznad drugih zakona.

Primarni je zadatak država potpisnica Konvencije, prevashodno njihovih sudova, da u svom nacionalnom pravu primjenjuju i obezbijede djelotvornost Konvencije. Ovaj princip jasno je izražen na različitim mjestima u Konvenciji, čl. 1, 13 i 35. Često se s pravom ističe da kontrola od strane Evropskog suda za ljudska prava „ne treba da nadomjesti nacionalno zakonodavstvo već treba da ga ojača”. Radi se „o pozitivnom aktivizmu u korist zaštite ljudskih prava”. Naravno, Evropski sud sa svoje strane treba da vodi računa o principu iscrpljivanja svih pravnih sredstava u okviru nacionalnog prava i o načelu supsidijarnosti. Isto tako, kao što je prof. Dimitrijević isticao „mora se imati u vidu i prostor za procjenu države i u obzir uzimati i kulturni okviri dotičnih zemalja.”

U procesu preispitivanja nacionalnog zakonodavstva s međunarodnim standardima na području zaštite ljudskih prava u Parlamentu Crne Gore usvojene su brojne izmjene postojećih zakona, posebno na području krivičnog prava i krivičnog postupka, izvršenja krivičnih sankcija, ravnopravnosti polova, zaštite prava djeteta, zaštite raseljenih osoba i izbjeglica, žena, uključujući i žrtve nasilja, starijih osoba, osoba s invaliditetom, pripadnika manjina i dr. U ovim oblastima izvršna vlast je donijela konkretne akcije i strateške dokumente, čime je osigurano da se praktično u kontinuitetu unapređuje pravni mehanizam zaštite ljudskih prava i sloboda.

9 Član 145 Ustava

10 Član 149, stav 1, tačka 1 Ustava

11 Prema Rezoluciji Odbora ministara Savjeta Evrope, sa dopunske – 994. sjednice od 9. maja 2007. godine, Crna Gora se smatra članicom Konvencije, s dejstvom od 6. juna 2006. godine. tj. od proglašenja nezavisnosti. Prilikom polaganja isprava o ratifikaciji Konvencije od 3. marta. 2004. godine, smatra se takođe, da je Crna Gora priložila i deklaraciju u vezi s čl. 57 Konvencije te rezerve u odnosu na čl. 5 i 6 Konvencije. Međutim, Evropski sud za ljudska prava je utvrdio drugačije vremensko važenje Konvencije u odnosu na Crnu Goru *ratione temporis* i *ratione personae*. Naime u predmetu *Bijelić protiv Crne Gore i Srbije* (presuda, 28. 4. 2009, zahtjev br. 11890/05) Evropski sud je utvrdio da se važenje Konvencije u odnosu na Crnu Goru računa od 3. marta 2004. godine, to jest od dana ratifikacije Konvencije od strane bivše Državne zajednice Srbija i Crna Gora. Na ovaj način primjena Konvencije, a time i jurisdikcija Evropskog suda, u odnosu na Crnu Goru, proteže se retroaktivno do 3. marta 2004. godine, a ne od njenog pristupanja Savjetu Evrope (tj. od 11. maja 2007. godine), čime je pred Ustavni sud postavljen veliki zahtjev – ocjena usklađenosti pravnog poretka Crne Gore za taj period.

Ustav Crne Gore u cjelini projektuje viziju društvenog poretka koji se temelji na vrijednostima jednakosti, slobode, pravde, dostojanstva i povezanih socijalnih i moralnih vrijednosti. Načelo sudske kontrole ustavnosti Ustavom je dodatno afirmisano kao jedna od osnovnih tekovina vladavine prava. Tome su, prije svega, doprinijele ustavne odredbe o funkcijama i ovlašćenjima suda u domenu obezbjeđenja suprematije Ustava, zaštite ljudskih prava i sloboda, kao i različitih sporova od izuzetnog društvenog i političkog značaja. Učinak pomenutih ustavnih rješenja, a potom i odluka Suda koje su uslijedile posljednjih godina u vezi sa zaštitom osnovnih principa i vrijednosti na kojima se temelji savremeni ustavni sistem Crne Gore (vladavina prava, podjela vlasti, nezavisnost sudske vlasti, politički pluralizam i dr.), kao i onih vezanih za zaštitu ljudskih prava i sloboda, jasno je iscrtao obrise nove pozicije Ustavnog suda.

Osnovno (izvorno) ovlašćenje Ustavnog suda Crne Gore u zaštiti osnovnih prava i sloboda ogleda se u pravu Suda da odstrani zakon, drugi propis ili njihove pojedine odredbe iz pravnog poretka, kada utvrdi da zakon ili drugi propis iz formalnih ili suštinskih, materijalnih razloga nije u saglasnosti s Ustavom. Ukidajući takve akte, Sud obezbjeđuje zaštitu, odnosno poštovanje Ustava i njegovu superiornost u pravnom poretku i vraća zakonodavca u ustavne okvire. Slijedeći praksu Evropskog suda za ljudska prava u Strazburu, i polazeći od sadržine autonomnog pojma „zakona”, koji je u smislu odredaba Evropske konvencije utvrdio ovaj sud, Ustavni sud je počeo kasirati ne samo odredbe zakona koje su protivne Ustavu u formalnom i materijalnom smislu nego i u slučajevima kad odredbe zakona ne zadovoljavaju određena svojstva i standarde u pogledu „jasnoće i preciznosti”, odnosno „razumljivosti”, „izvjesnosti” i „predvidljivosti”.

Neke od odluka Ustavnog suda u ovoj oblasti bile su neposredan povod za donošenje ili izmjenu zakona. Naime, nakon objavljivanja kasatorne odluke Suda eliminisane su iz pravnog poretka pojedine neustavne odredbe zakona ili zakon u cjelini, što je zbog nastale pravne praznine nužno stvaralo potrebu hitnog zakonodavnog djelovanja.

Zalažući se za sudski, pravni aspekt kontrole ustavnosti od strane Ustavnog suda kao osnovni, te njegovu nezavisnost i neutralnost, ova institucija se danas ne može lišiti rješavanja sporova koji imaju za predmet pitanja od šireg političkog značaja i koji zahtijevaju od suda znalački pristup u tumačenju ustavnih normi. Uloga Ustavnog suda u rješavanju ovih sporova sastoji i u tome da obezbijedi „autentično čitanje” Ustava i da ustavnu stvarnost „u optimalnoj mjeri” vodi i usmjerava ka ustavnoj normi kao poželjnom cilju. „Ne mogu postojati apstraktne presude koje ne zavise od vremena i prostora. Politička kultura svake zemlje ima snažan učinak.”¹² Od Suda se s pravom očekuje da dovede ustavna načela i principe u racionalnu i razumnu vezu s demokrat-

12 P. Häberle, „Uloga i uticaj Ustavnog suda iz komparativne perspektive”.

skim ustavnim poretkom, naročito u situacijama kad ustavne norme i stvarnost nijesu u saglasnosti. Zato je Ustavni sud Crne Gore danas mnogo više nego ranije naklonjen tumačenju tzv. bazičnih principa, odnosno osnovnih načela Ustava uz neposredni oslonac na međunarodne standarde, što Sudu obezbjeđuje i omogućava određenu širinu u realizaciji svoje funkcije „čuvara” Ustava, nosioca kontrole ustavnosti.

Ustavni sud Crne Gore se u svojim odlukama poziva na jurisprudenciju Evropskog suda zauzetu ne samo u predmetima protiv Crne Gore već i u odnosu na predmete protiv drugih država-ugovornica. Takvim pristupom Ustavni sud je išao u susret danas aktuelnom stavu da države-ugovornice trebaju poštovati i izvršavati presude Suda, koje donosi u njihovim predmetima, ali isto tako i onu praksu Evropskog suda koju on ima i razvija u presudama koje su rezultat njegovog suđenja u predmetima protiv drugih država. Time Ustavni sud Crne Gore neposredno prihvata i primjenjuje tzv. interpretativni autoritet presude Evropskog suda nezavisno od toga protiv koje je države presuda donijeta. Prihvatajući „interpretativni autoritet”, odnosno sudski aktivizam, koji proizilazi iz evolutivnog tumačenja Evropskog suda, Ustavni sud prihvata njegovu ulogu kao kreatora ustavnih standarda s jedne, a s druge strane njegovu interpretaciju Konvencije „kao ustavnog instrumenta Evropskog javnog prava”. Prihvatanjem i primjenom stavova Evropskog suda dodatno informiše, a na osnovu njih edukuje kako svoje sudije tako i sve druge adresate na koje se odnose njegove odluke i rješenja, na istovjetan način kako to radi sa svojim evolutivnim tumačenjima i na osnovu njega zauzetim aktivističkim stavovima.

Upravo interpretacijom osnovnih ustavnih načela i principa na kojima se temelji Ustavom opredijeljeno uređenje savremene Crne Gore Ustavni sud je kroz veći broj odluka umnogome doprinio njihovom oživotvorenju u praksi. U Odluci U-I br. 35/10 od 28. februara 2014. godine – kontrola ustavnosti odredbe člana 34 stav 3 Zakona o energetici¹³ povodom navoda podnosioca inicijativa da se primjenom osporene odredbe Zakona krše odredbe međunarodnih ugovora koje se odnose na međunarodne standarde o samostalnosti i nezavisnosti regulatornog tijela za energetiku, Ustavni sud je utvrdio da osporena odredba Zakonika nije nesaglasna s odredbama člana 8 stav 1 Ustava, člana 14 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i člana 1 Protokola 12 uz Evropsku konvenciju, kojima se jemči zabrana diskriminacije. Uvažavajući mogućnost interpretativnog dejstva evropskog prava, Ustavni sud je ocijenio da osporena odredba člana 34 stav 3 Zakona nije u suprotnosti s odredbama člana 35 stav 5 Direktive 2009/72 EC Evropskog parlamenta i Savjeta od 13. jula 2009. godine, kojima su radi obezbjeđivanja nezavisnosti regulatornog tijela, propisane obaveze za države-članice. Naime, odredbama člana 35 stav 5 Direktive, između ostalog,

13 Službeni list Crne Gore, br. 28/10 i 6/13.

propisano je da članovi odbora ili, u odsustvu odbora, članovi najvišeg rukovodstva mogu biti razriješeni dužnosti u toku svojih mandata samo ukoliko ne ispunjavaju uslove date ovim članom ili budu okrivljeni za loše upravljanje prema nacionalnom zakonu, jer te odredbe ne isključuju parlamentarni nadzor nad radom tog tijela, kao ni sankciju zbog neispunjenja obaveza utvrđenih nacionalnim zakonom.

Odlukom U-I br. 14/11, od 23. jula 2014. godine – kontrola ustavnosti odredaba člana 2 stav 2, člana 3 st. 1, 3 i 4 i člana 4 Zakona o zaštiti državnih interesa u rudarsko-metalurškom sektoru¹⁴ – Ustavni sud je ukinuo osporene odredbe Zakona, utvrdio povredu načela podjele vlasti, prava na pravično suđenje pred nezavisnim i nepristrasnim sudom, povredu pretpostavke pravne sigurnosti i zakonitosti, načela vladavine prava i ocijenio da osporene odredbe Zakona ne ispunjavaju standard zakonitosti u smislu stavova Evropskog suda:

Ustavni sud je utvrdio da je, nasuprot navedenim ustavnim i konvencijskim principima, osporenim odredbama člana 3 stav 4 i člana 4 Zakona zakonodavac donošenje odluke suda (o prodaji strateškom investitoru i zaključenju ugovora o prodaji) u stečajnom postupku uslovio prethodnim pribavljanjem saglasnosti od Skupštine Crne Gore, odnosno uslovio državu da jedino uz pribavljenu saglasnost Skupštine Crne Gore može otkupiti privredni subjekat. Dajući sama sebi ovlašćenja sadržana u osporenim odredbama člana 3 stav 4 i člana 4 Zakona, Skupština Crne Gore, po ocjeni Ustavnog suda, konstituisala se na način suprotan Ustavu, kao novi organ stečajnog postupka, s neprihvatljivim stepenom arbitrarnosti u tom postupku. Osim toga, zakonodavac je osporenim odredbama člana 2 stav 2 i člana 3 stav 1 Zakona organima stečajnog postupka uskratio pravo izbora najpovoljnijeg modela prodaje, u skladu s odredbom člana 134 stav 2 Zakona o stečaju,¹⁵ odnosno organima stečajnog postupka suzio obim ovlašćenja, koja su im data tim zakonom.

Ustavni sud je u predmetu U-I br. 14/11, od 23. jula 2014. godine – kontrola ustavnosti odredaba člana 10, 11 i 26 Zakona o javnim okupljanjima¹⁶ – ukinuo osporene odredbe Zakona i utvrdio povredu načela vladavine prava, prava na slobodu mirnog okupljanja i ocijenio da osporene odredbe Zakona ne ispunjavaju standard zakonitosti u smislu stavova Evropskog suda:

Ustavni sud je u konkretnom slučaju utvrdio da ne postoji hitna društvena potreba za apsolutnom zakonskom zabranom mirnog okupljanja, odnosno „hitna društvena potreba”, da se zakonski (*generalno, blanketno, apsolutno i a priori*) zabrane mirna okupljanja u smislu člana 11 stav 2 Evropske konvencije na način na koji je osporenim

14 Službeni list Crne Gore, br. 58/13.

15 (2) Stečajni upravnik dužan je da izvrši procjenu cjelishodnosti prodaje stečajnog dužnika kao pravno lica, odnosno cjelokupne imovine stečajnog dužnika u odnosu na prodaju imovine stečajnog dužnika u djelovima i da o tome obavijesti odbor povjerilaca.

16 Službeni list Republike Crne Gore, br. 31/05.

odredbama Zakona to učinio zakonodavac. Ustavni sud je utvrdio i da osporene odredbe čl. 11 i 26 Zakona, kojima su nadležnom organu (policiji) data diskreciona ovlaštenja da bez zakonom utvrđenih kriterijuma zabranjuje mirna okupljanja i javne priredbe, da vrši procjene o prikladnosti prostora za održavanje skupova, postojanje stvarne opasnosti (...) i dr., ne ispunjavaju standard zakonitosti u smislu navedenih stavova Evropskog suda. Zakon koji dopušta neizvjesnost u pogledu krajnjeg efekta svojih odredaba ne može se smatrati zakonom koji je zasnovan na načelu vladavine prava, niti zakonom kojim je ustanovljeno načelo pravne izvjesnosti i predvidljivosti.

U **Odluci U-I** br. 34/11, od 23. jula 2014. godine – apstraktna kontrola ustavnosti odredbe člana 257 stav 2 Zakonika o krivičnom postupku (Službeni list Crne Gore, br. 57/09 i 49/10), u dijelu koji glasi: „zatraži od pružaoca usluga elektronskih komunikacija provjeru identičnosti telekomunikacijskih adresa koje su u određenom vremenu uspostavile vezu” (tzv. listing) – Ustavni sud je ukinuo osporeni dio odredbe Zakonika i utvrdio povredu prava na nepovredivost tajnosti pisama, telefonskih razgovora i drugih sredstava opštenja i prava na poštovanje svog privatnog i porodičnog života, doma i prepiske. Iako osporena odredba ima legitiman cilj (sprečavanje nereda ili kriminala), po ocjeni Ustavnog suda, suprotna je načelu sudskog nadzora iz odredbe 42 stav 2 Ustava i člana 8 stav 2 Evropske konvencije, iz kojih proizilazi da je sud jedini organ koji je ovlašćen za odobravanje primjene ovih mjera, odnosno da samo sud može dozvoliti odstupanja od tajnosti utvrđenih odredbom člana 42 stav 1 Ustava.

Ustavni sud je u predmetu U-I br. 49/11 i 59/11, od 25. decembra 2014. godine – apstraktna kontrola ustavnosti odredbe člana 2 stav 1 Odluke o oblicima socijalne i dječje zaštite¹⁷ – ukinuo osporenu odredbu Odluke i utvrdio povredu ustavnih i konvencijskih principa iz člana 8 stav 1 i člana 17 stav 2 Ustava, člana 14 Evropske konvencije i člana 1 Protokola br. 12 uz Evropsku konvenciju o opštoj zabrani diskriminacije i jednakosti pred zakonom:

U konkretnom predmetu Ustavni sud je utvrdio da osporena odredba člana 2 stav 1 Odluke, kojom je pravo na socijalnu i dječiju zaštitu licima s prebivalištem na teritoriji Glavnog grada uslovljeno posjedovanjem crnogorskog državljanstva, ima diskriminatorni karakter. Naime, navedenom odredbom člana 2 stav 1 Odluke isključena je mogućnost korišćenja prava na socijalnu i dječiju zaštitu svim licima koja nemaju crnogorsko državljanstvo ili su lica bez državljanstva, iako imaju prebivalište na teritoriji Glavnog grada i ispunjavaju ostale propisane pretpostavke za ostvarenje tog prava. Ustanovljavanjem različitog, povoljnijeg režima za lica koja imaju crnogorsko državljanstvo donosilac akta je diskriminisao lica koja nemaju crnogorsko državljanstvo i lica bez državljanstva, odnosno lica koja imaju status stranca s odobrenim privremenim boravkom ili stalnim nastanjenjem, a nalaze

17 Službeni list Crne Gore – opštinski propisi, br. 33/08.

se u istoj pravnoj situaciji, stanju socijalne potrebe i imaju prebivalište na teritoriji Glavnog grada. Uspostavljena razlika između lica koji imaju crnogorsko državljanstvo i svih drugih lica koja nemaju crnogorsko državljanstvo, a nastanjena su na teritoriji Glavnog grada i nalaze se u stanju socijalne potrebe, po ocjeni Ustavnog suda, nema objektivno i razumno opravdanje u pogledu mogućnosti korišćenja tih prava. Ustavni sud je, takođe, ocijenio da ne postoji nijedan dopušteni ustavnopravni ili zakonski – legitimni cilj, koji bi opravdao osporenu diskriminaciju po osnovu državljanstva, odnosno nejednakost u ostvarivanju prava na socijalnu i dječiju zaštitu, po osnovu ličnih svojstava građana Glavnog grada.

Najveću novinu u pogledu promjene uloge i nadležnosti Ustavnog suda Crne Gore, po Ustavu iz 2007. godine, donijele su odredbe kojima je utvrđena neposredna zaštita ljudskih prava i sloboda od strane Suda putem ustavne žalbe. Ustavnom sudu Crne Gore, kao tijelu *sui generis*, povjerena je značajna uloga, da na nacionalnom nivou otklanja kršenje ljudskih prava i osnovnih sloboda.

Mada ustavna žalba izričito utvrđena u samom tekstu Ustava, kao sredstvo pravne zaštite pred Ustavnim sudom, svojom cjelinom ne dovodi u pitanje osnovu ulogu Ustavnog suda, koja se ogleda u apstraktnoj kontroli ustavnosti i zakonitosti svih opštih akata u pravnom poretku Crne Gore, ona svakako u određenoj mjeri „razblažuje” dosadašnju koncepciju ustavnog sudstva. Iz Ustava slijedi da je ustavna žalba specifičan pravni lijek protiv povrede ustavnog prava ili slobode kojim se omogućava subjektima koji smatraju da im je to pravo povrijeđeno ili uskraćeno da se pod određenim uslovima obrate Ustavnom sudu.

Ustavni sud odlučuje o ustavnoj žalbi zbog povrede ljudskih prava i sloboda zajemčenih Ustavom nakon iscrpljivanja svih djelotvornih pravnih sredstava.

Ustavotvorac je, dakle, stao na stanovište da odlučivanje Ustavnog suda Crne Gore o ustavnoj žalbi ne može (i ne smije) dovesti ovaj sud u poziciju organa državne supervizije, ali ni organa koji samo na papiru štiti ljudske slobode i prava. Uvođenje ustavne žalbe kao dopunskog i supsidijarnog pravnog sredstva obezbjeđuje da građani ne mogu „preskakati” redovni – Ustavom i zakonom propisani – put pravne zaštite svojih prava i interesa pred sudovima i drugim nadležnim organima da bi se neposredno obraćali Ustavnom sudu, s jedne strane, a s druge, da u Crnoj Gori nijedno Ustavom zajemčeno ljudsko pravo, odnosno sloboda ne može ostati bez pravne zaštite. Takav karakter ustavne žalbe kao pravnog sredstva nužan je jer bi u suprotnom njeno uvođenje dovelo do još jednog u nizu sredstva pravne zaštite koja se ulažu pred sudovima i drugim državnim organima (trećeg, odnosno četvrtog stepena), a sama ustavna žalba izgubila bi karakter krajnjeg, izvanrednog pravnog sredstva koje se ulaže samo radi zaštite.

„Ustavna presuda prije svega utiče na zakonodavstvo, ali djeluje na redovno pravosuđe, a u praksi širi konstitucionalizam (u prvom redu zaštite individualnog prava) na području iznad javnog prava, na kazneno, upravno i privatno pravo.”¹⁸

Tako je npr. u predmetu broj UŽ-III br. 188/12 od 2. oktobra 2012. godine – ustavna žalba, građanski postupak – Ustavni sud ukinuo presudu Vrhovnog suda i vratio na ponovni postupak zbog povrede prava podnosioca žalbe na imovinu iz člana 58 Ustava i člana 1 Protokola 1 Konvencije.

U konkretnom predmetu Ustavni sud je u sprovedenom ustavnosudskom postupku utvrdio da je podnosiocu obustavljena isplata starosne penzije na osnovu Rješenja Republičkog fonda penzijskog i invalidskog osiguranja zbog obavljanja advokatske djelatnosti. Obustava isplate penzije uslijedila je zbog izmjene Zakona o penzijskom i invalidskom osiguranju, koji se smatrao primjenjivim od 1. januara 2004. godine, dok je podnosilac bio obavezan da regresnoj službi Fonda PIO naknadi štetu. Imajući u vidu sve okolnosti ovog predmeta, Ustavni sud je ocijenio da je miješanje u pravo podnosioca na mirno uživanje njegove imovine bilo zakonito, ali ne i proporcionalno cilju koji se želio ostvariti miješanjem, tako da se razlozi koje je Vrhovni sud naveo u svojoj odluci ne mogu smatrati relevantnim i dovoljnim da se to miješanje opravda.

Odlukom broj UŽ-III br. 455/10, od 17. aprila 2014. godine – ustavna žalba – građanski postupak – Ustavni sud je ukinuo presudu Višeg suda u Podgorici jer miješanje u pravo na slobodu izražavanja novinara iz člana 47 Ustava i člana 10 Evropske konvencije nije bilo srazmjerno legitimnom cilju koji se nastojao postići, nije bilo nužno u demokratskom društvu, niti je postojala bilo kakva prijevika društvena potreba zbog koje bi se zaštita prava ličnosti trebala staviti iznad podnosiocčevog prava na slobodu izražavanja. Presuda Višeg suda zasnovana je na izrazima (...), koje je podnosilac žalbe prenio iz nedjeljnika NIN, ne uzimajući u obzir sve okolnosti ovog predmeta i kontekst u kojem su te informacije prenijete, upustivši se jedino u utvrđivanje karaktera – istinitosti tvrdnji o tužiocu, iznijetih u dijelu spornog teksta. Ne vodeći računa o suštinskom značenju prava na slobodu izražavanja, Viši sud je zanemario legitimno pravo novinara da putem štampe javnopolemički reaguje na pojedine navode iz drugih medija u kontekstu pitanja koje su usredsrijeđena na pitanja od javnog interesa (djelovanja kriminalnih grupa), što proizlazi iz sadržaja teksta i njegovog sveopšteg konteksta.

Analizom prakse Ustavnog suda evidentno je da je institut ustavne žalbe postao značajan mehanizam zaštite ljudskih prava i sloboda u Crnoj Gori i zbog velikog broja izjavljenih ustavnih žalbi Ustavni sud se sve više „udaljio” od svoje klasične nadležnosti, apstrakne kontrole Zakona i drugih propisa. Naime, u ukupnom broju predmeta pred Ustavnim sudom 80% su predmeti u postupku po ustavnoj žalbi.

18 Andras Sajo, *Limiting Government*

Uvođenje ustavne žalbe u pravni sistem Crne Gore ne može ispuniti svoj cilj u zaštiti ljudskih prava ukoliko ustavna žalba ne postane efikasan pravni lijek. U tom pravcu krajem februara 2015. godine Skupština Crne Gore je donijela novi Zakon o Ustavnom sudu Crne Gore, koji je usklađen s Amandmanima na Ustav. Najznačajnije novine u Zakonu odnose se na predmet i postupak odlučivanja o ustavnoj žalbi. Prema novom Zakonu, ustavnu žalbu može podnijeti svako fizičko i pravno lice, organizacija, naselje, grupa lica i drugi oblici organizovanja koji nemaju svojstvo pravnog lica, ako smatraju da im je povrijeđeno ljudsko pravo ili sloboda zajemčeni Ustavom, ne samo pojedinačnim aktom već i radnjom ili nepostupanjem državnog organa, organa državne uprave, organa lokalne samouprave, odnosno lokalne uprave, pravnog lica ili drugog subjekta koji vrši javna ovlašćenja. Novo rješenje je i da se ustavna žalba može podnijeti i prije iscrpljivanja pravnih sredstava, ako podnosilac ustavne žalbe dokaže da pravno sredstvo na koje ima pravo u konkretnom predmetu nije ili ne bi bilo djelotvorno.

Značajnu novinu u Zakonu predstavlja mogućnost pravičnog zadovoljenja zbog pretrpljene povrede ljudskog prava ili slobode zajemčenih Ustavom, odnosno uvođenje kompenzacione komponente djelotvornosti za podnosioca ustavne žalbe, ako je u toku postupka odlučivanja po ustavnoj žalbi prestalo pravno dejstvo pojedinačnog akta koji je predmet ustavne žalbe, a Ustavni sud utvrdi da je tim aktom povrijeđeno ljudsko pravo ili sloboda zajemčeni Ustavom. Stavovi o određenim pitanjima izraženi u odlukama Ustavnog suda obavezujući su za sve državne organe, organe državne uprave, organe lokalne samouprave, odnosno lokalne uprave, pravna lica i druge subjekte koji vrše javna ovlašćenja.

Sudski postupci protiv Crne Gore pred Evropskim sudom, u prethodnom periodu ukazali su na potrebu da se u okviru pravnog sistema Crne Gore unaprijede i time preventivno uklone slabosti koje bi mogle biti povod za nove predstavke protiv Crne Gore pred Evropskim sudom za ljudska prava. Izmjenama Ustava i donošenjem novog Zakona o Ustavnom sudu Crne Gore stvoren je novi normativni okvir za postupanje po ustavnoj žalbi.

Zaključak

Ustav, kao pravni akt koji sadrži složen sistem pravnih načela, osnov je pravnog poretka i normativnog uređenja društva. Kao uporište prava i pravde, Ustav obezbjeđuje sigurnost i stabilnost u državi, njen identitet i individualnost.

U središtu ustava je čovjek i njegova prava. I one odredbe koje to izrekom ne govore, u u svojoj svrsi, imaju osnovni smisao ostvarivanja i zaštite ljudskih prava i osnovnih sloboda.

Crna Gora je u Ustavu ugradila širok katalog ljudskih prava i u njima projektovala željeni tip otvorenog društva po uzoru na zapadne demokratije. Riječ je o prihvatanju tkz. zajedničkog evropskog nasljeđa. Njegovo je prihvatanje Crna Gora izrazila ratifikacijom Evropske Konvencije za zaštitu ljudskih prava i sloboda, najvažnijem međunarodnom ugovoru o ljudskim pravima.

Na konceptu ljudskih prava i sloboda pojedinaca, Ustavni sud Crne Gore gradi objektivni sistem obavezujućih smjernica za djelovanje državne vlasti u okvirima Ustava ugrađujući u svoje odluke, jurisprudenciju velikih nacionalnih ustavnih sudova, a i prije svega Evropskog suda za ljudska prava.

Summary

Desanka Lopičić

President of the Constitutional Court of Montenegro

Impact of the Decisions of the European Court of Human Rights on the Case-Law of the Constitutional Court of Montenegro (normative framework and case-law)

Montenegro, by ratification of the European Convention, has undertaken obligation to ensure to any natural or legal person under its jurisdiction effective protection of human rights and freedoms guaranteed by the Convention, which is incorporated in the Montenegrin legal system. Thereby, Montenegro has also accepted jurisdiction of the European Court of Human Rights to decide on claims filed against Montenegro, for violation of the rights and freedoms guaranteed by the Convention.

Decisions of the Constitutional Court which in its domestic legal order incorporate standards in human rights and freedoms developed by the European Court are an important instrument of improving the protection of human rights in Montenegro and an important factor in modernization of Montenegrin legal system.

Златко М. Кнежевић

Потпредседник Уставног суда Босне и Херцеговине

ОДЛУКЕ ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА И ЊИХОВ УТИЦАЈ НА СТАНДАРДЕ НАЦИОНАЛНИХ УСТАВНИХ СУДОВА – ПРАКСА БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ

Тема ове расправе је указивање на правце развоја међународног права путем фрагментирања у посебним правним дисциплинама попут међународног права мора до конституционализације међународног права које се своди на цивилизацијску тековину једнаког поступања. Посебно је указано на значај и улогу Европске конвенције о основним људским правима и слободама и Европског суда за људска права у уставном поретку Босне и Херцеговине. Наглашено је дефинисање стандарда одлука Европског суда за људска права, као и неки од принципа судске интеракције са посебним нагласком на принцип усклађене интерпретације и принцип маргине просуђивања. У богатој пракси Уставног суда Босне и Херцеговине издвојен је предмет који показује међусобну корелацију одлука Уставног суда Босне и Херцеговине прије одлуке Европског суда за људска права, као и последице којом је Уставни суд директно прихватио као свој стандард одлуке Европског суда за људска права и последице и по измјене закона из области азила. Тиме је излагање указало на дефинисан стандард Европског суда за људска права и његов утицај на праксу Уставног суда Босне и Херцеговине.

Пролог

Међународно право, развијајући се нарочито након Другог свјетског рата, а поготово након бурних деведесетих година прошлог вијека, суочило се са два наизглед супротстављена правца развоја. Један правац је *фрагментирање* међународног права на начин да се међународно право, као цјелина, дијели према одређеним правним наукама и дисциплинама (нпр. међународно право мора, трговачко право итд.), а други правац је *конституционализација* међународног права који, опет, има своја два правца утицаја; подређеност националних правних

система наднационалном систему и, истовремено, примјена наднационалног система владавине права кроз, такође, наднационални судски орган или систем.

Неспорно је да комплекс људских права (установљења, уједначавања, примјене и заштите), свакако уз права финансијског и робног промета (тзв. глобално тржиште), у највећој мјери доприноси наднационализацији владавине права. Од Повеље Уједињених нација преко Европске конвенције о основним људским правима и слободама (удаљем тексту: Европска конвенција) до Европске повеље, уз не мање важна документа која се доносе на континенталном или свјетском нивоу, међународно право и *право* уопште улазе на „велика врата“ као нужност *једнаког поступања* без обзира на националне суверенитете или чак на унутрашњи суверенитет у примјени и тумачењу међународних стандарда. Оно због чега велики савремени правни мислиоци, попут *М. Koskenniemiја*, говоре о јединству међународног права или, попут *А. Wammса*, о неспојивости права супротне радње са међународном владавином права¹ имплицира и непосредну примјену владавине права или, боље речено, заштиту путем институционалног оквира какав налаже Европска конвенција када оснива Европски суд за људска права (у даљем тексту: Европски суд).

Овај радније усмјерен на расправу о савременим тенденцијама у међународном праву, мада би било врло интересантно упоредити *појаве* у тумачењу владавине права деведесетих година прошлог вијека и у овој декади, што би, свакако, представљало виши ниво научног рада и апстракције. Усмјерен је, у мјери у којој му допуштају обим и оквир расправљања, на оно што би Н. Kelzen назвао „идејом слободе... која доминира“² не улазећи, при томе, у расправе о доприносу, користи или грешкама глобализације (у нашем случају *европеизације*) када је ријеч о развоју права или међународног права³ а, при томе, намјерно, искључиво ослоњен на праксу Уставног суда Босне и Херцеговине (у даљем тексту: Уставни суд) и дејство стандарда Европског суда на одлуке Уставног суда.

Аутор је дужан да укаже и да се, због обимне праксе Уставног суда и већ сада скоро дводеценијске корелације са Европским судом, ради избјегавања замке простог набрајања одлука било једног, било другог суда које јесу у корелацији и међусобној интеракцији, задржао на само једном примјеру који, како ће се касније видјети, има богату историју одлучивања Уставног суда, али и Европског

1 *Др sc Петар Бачић*, приказ књиге Јасне Омејец: Вијеће Европе и Европска унија, Институционални и правни оквир, 2008.

2 *Hans Kelzen*: Проблем парламентаризма, Београд, 2010, стр. 7.

3 Врло интересантне тезе које могу да се препознају у данашњим реакцијама на *глобализацију*, а можда, дјелимично, и да се препознају у промјенама праксе примјене и тумачења стандарда *опитности људских права* у тзв. азилантском процесу, налазе се у расправи *Ingeborg Maus*: Аспекти народне суверености, Београд, 2001.

суда, и чија *историја* кроз скоро десетак година одлучивања осликава утицаје о којима је ријеч.

Увод

Устав Босне и Херцеговине (у даљем тексту: Устав), уз специфичност свога настанка⁴, има и неколико специфичности када је ријеч о уставним параметрима диобе власти. На нивоу државе Босне и Херцеговине он предвиђа два вида власти - законодавни и извршни, а као специфичан облик контроле *владавине права* - коју је на нивоу уставног принципа означио већ у Преамбули - предвиђа Уставни суд Босне и Херцеговине.

Осим тога, Устав је Уставном суду, а у овом раду нећемо да набрајамо све надлежности из Устава, поред класичних надлежности сваког уставног суда - преиспитивања уставности закона, сукоба надлежности између разних уставних категорија (у смислу њемачке правне теорије, могло би се рећи између разних уставних ентитета), општег права Уставног суда да уређује свој поступак, врсте одлука, рокове, организацију, имунитет - што се у другим системима уређује уставним законом, дао и овлашћење да *против одлука било ког суда у земљи* посебним правним лијеком именованим као *апелација*⁵, одлучује ако сматра да је дошло до повреде права и слобода гарантованих Уставом. Истовремено, када је ријеч о основним људским правима и слободама, Устав је нагласио: а) каталог уставних права, б) Европску конвенцију као саставни дио Устава, ц) непосредну примјену Европске конвенције у унутрашњем правном поретку, д) супремацију Европске конвенције над свим осталим законима у правном поретку, е) обавезу тумачења у складу са највишим стандардима и ф) додатна права појединца и грађанина и обавезе јавне власти проистекле из међународних аката који су садржани у Анексу I на Устав⁶. Када се дода и предвиђена забрана промјене Устава у дијелу који се односи на *умањење* достигнутих или, боље речено, гарантованих права, може се слободно рећи да је Устав један од ријетких у савременој уставној пракси на највишем нивоу интеракције са међународним документима у области људских права и можда је изузетак када се примјена међународних докумената, а поготово Европске конвенције, диже на ниво *уставне адопције* гдје постаје саставни дио Устава. Према правилу, национални уставни системи Европској

4 Саставни дио Општег оквирног мировног споразума за мир у Босни и Херцеговини, Анекс IV, Дејтон, 21.11.1995/Париз 14.12.1995.

5 Наравно, суштина *апела/позива* је иста као и у системима у којима се зове уставна тужба/уставна жалба

6 Устав Босне и Херцеговине

конвенцији дају положај међународног ратификованог уговора или унутрашњег (националног) закона.

Такав збир уставних налога даје Уставном суду сасвим другачији положај у односу на друге уставне националне судове. Дакле, Уставни суд има улогу *највишег националног суда*⁷, као и улогу класичног уставног суда чији је задатак класична заштита уставности, те, посебно битно за овај рад, има улогу суда који има обавезу да међународни докуменат (Европску конвенцију) примјењује: а) као саставни дио Устава, б) са директном примјеном и ц) са супремацијом над осталим националним законима. Ту се јавља још једна специфичност уставног поретка Босне и Херцеговине, а поготово специфичност положаја Уставног суда, када имамо у виду двојакост Европске конвенције - однос Европске конвенције и стандарда у тумачењу нема само међународни значај у смислу наднационалности или *конституционализације* међународног права у области заштите основних људских права и слобода већ основано може да се размишља и о односу Уставног суда и Европског суда, гледајући кроз визуру, чак! субординације судова. Оваквим просуђивањем могло би се доћи и до закључка да, ако је Европска конвенција саставни дио Устава, а Европски суд је дио Конвенције, одлуке Европског суда могле би да буду одлуке *готово националног* суда. Наравно да је ово мишљење, у свом поједностављивању, нетачно, јер не узима у обзир многе друге уставне категорије, али и категорије међународног јавног права, уз готово заборављене попут националне суверености. Међутим, намеће се потреба, у неко друго скорије вријеме, да се одржи посебна расправа која ће разјаснити све аспекте односа Уставног суда и Европског суда.

Истовремено, у најкраћем, треба погледати и положај Европског суда.

Европска конвенција, по својој сржи, најзначајнији је правни инструмент у новијој историји права уопште. Њен настанак се веже за организациони облик нове европске архитектуре након окончања II свјетског рата путем организације Савјета Европе као облика међусобне комуникације и кохабитације држава у Европи подијељених идеолошком оградом или завјесом. Исходиште Европске конвенције је у члану 3 Статута Савјета Европе, који говори о обавези чланица да прихвате принцип владавине права *rule of law*, али и обавези заштите свих, без обзира на држављанство, да на европском тлу на једнак начин уживају основна људска права и слободе⁸.

7 Уставни систем Босне и Херцеговине не предвиђа Врховни суд на нивоу државе, већ на нивоу ентитета и специфичност организације Брчко дистрикта Босне и Херцеговине - Апелациони суд, те посебним законом надлежност Суда Босне и Херцеговине - Апелационо вијеће.

8 *Russo: The drafting history of European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms*, 1999.

Принцип заштите појединца искључиво ограниченог територијалним присуством (на тлу чланице Савјета Европе), а не националношћу, донио је коперникански обрт у заштити и промовисању основних људских права.

Од 1950. године, када је потписана, односно 1953. године, када је ступила на снагу, па све до данас, уз многобројне додатне протоколе, узроковала је и да се на свјетском нивоу владавина права исказује путем нових регионалних конвенција. Данас имамо Европску конвенцију као основ нових докумената путем којих се принцип владавине права исказује као у Интерамеричкој повељи о демократији, у уставним актима Афричке уније, те у неким од кључних докумената Арапске лиге.

Наравно да владавина права као универзални принцип установљења, гарантовања и спровођења људских права и основних слобода није у потпуности идентичан у савременом свијету, али је неспорно да је Европска конвенција темељ операционализације ових начела. Ако су три принципа: поштовање људских права, плуралистичка демократија и владавина права услов демократије у савременом друштву, онда је Европски суд механизам или алат којим се ови принципи, а поготово владавина права и поштовање људских права, усклађују у простору Савјета Европе.

Већ сачињавањем Европске конвенције предвиђен је контролни механизам - Суд за људска права и Комисија за људска права, а касније, због ефикасности, установљен је Стални суд за људска права⁹. Начело према којем појединац може да се обрати наднационалном суду захтјевом за заштиту својих права гарантованих Конвенцијом и, у случају констатовања повреде, налог држави из које је радом суда узроковано кршење права јесте кључна гаранција једнакости пред законом.

Стога, Европски суд не представља само „суд“ у уском смислу ове ријечи, нити само „наднационални суд“, који пресуђује у класичном смислу. Он је, истовремено, тумач, али и креатор суштине захтјева Европске конвенције; он је и модификатор пракса које се појављују у националним правним просторима; он је валидатор националних правних система у два основна питања: владавини права и поштовању људских права. Његова улога надраста уобичајено тумачење норме према животном догађају или радњи, он постаје и већ је, неспорно, и постао предводник актуелизације права као животне прилагодљиве науке.

Многобројне су одлуке Европског суда које су пресудно допринијеле тумачењу и заживљавању „слова и духа“ Европске конвенције, али и општих правних начела, али предмет овог излагања није њихово навођење. Но свакако

9 *Александар Јакшић*: Коментар Европске конвенције о људским правима, Београд, 2006.

јесте утицај стандарда из одлука Европског суда на праксу националних уставних судова.

Овом приликом нећемо се освртати на савремене ретроградне тенденције умањења карактера одлука Европског суда¹⁰, нити на озбиљне притиске сужавања карактера његових одлука¹¹, већ ћемо почети од дефинисања шта, у ствари, у смислу овог излагања значе „стандарди Европског суда”.

У *Клаићевом* рјечнику страних ријечи „стандард” се преводи као утврђена мјера, мјерило, водећи облик, а неки други рјечници додају и значења кроз „стандардизацију” као јединствено, једнако, прилагођено мјерилу/стандарду, понашање или одлучивање. Многобројни су примјери примјена стандарда и/или стандардизације као термина и за нас је битно да, у смислу овог излагања, аутор стандард разумијева као „начин тумачења одредби Европске конвенције”, и у формалном и у суштинском смислу, које Европски суд примјењује на једнак начин у истим правним и/или сличним чињеничним ситуацијама. У капиталном дјелу *проф. др Јасне Омејец* о Европској конвенцији, у посебном поглављу о потреби дијалога¹², дајући преглед ставова о потреби дијалога између националних уставних судова и Европског суда, цитира се сјајна мисао од које преузимам дио: ... *он симболизира есенцијални дио еуропске правне културе...*¹³ Наравно да за ову тему није битна расправа о Европском суду као европском уставном суду, али симбол правне културе је истовремено и лучоноша ставова који чине ту исту европску правну културу.

У том смислу и схватамо „стандарде” Европског суда и „утицај на националне уставне судове”, па у том правцу и усмјеравамо овај рад.

Кратак преглед ставова судске интеракције

Посебно морамо да се осврнемо и на судску интеракцију када је ријеч о тумачењу основних права садржаних у Европској конвенцији. Судска интеракција укључује и правне доктрине и начела за интерпретацију права из Европске конвенције, методе и технике, али и квалитетно нов приступ судије или судовања у овој области. Пошто се ради о врло озбиљној и обимној правној дисциплини, не желећи да преоптеретимо рад овим дијелом, даћемо врло кратак додир са овом области у смислу теме рада.

10 Актуелна измјена Устава Руске Федерације

11 Питање евентуалног новог закона о карактеру одлука Европског суда у Великој Британији

12 *Јасна Омејец*: Конвенција за заштиту људских права и темељних слобода у пракси Еуропског суда за људска права *Strasbourgški acquis*, Загреб, 2013.

13 *Op. cit.*, стр. 1352

Наравно да се без познавања начина на који Европски суд интерпретира Европску конвенцију не могу у потпуности схватити ни циљ, ни суштина поједине одлуке, поготово оне која може да се назове „стандардом”. Ако је неспоран став познавалаца¹⁴ да Европски суд тумачи Европску конвенцију на начин да „његова пракса буде смјерница у интерпретативном процесу”, онда је сасвим јасно да су, истовремено, национални судови, поготово национални уставни судови, усклађени у процесу тумачења Европске конвенције и својим квалитативним доприносима, али и праксом Европског суда у својој интерпретацији.

Класична теорија говори о судској интеракцији као о скупу техника које европски¹⁵ судови и судије користе, или могу да користе да: а) унаприједи кохерентност тумачења и примјене основних права, б) спријече ризик конфликта између „националног” и европског тумачења¹⁶. Најпрецизније је описано као ... *скуп техника који користе судови и суци како би унаприједили кохерентност и координацију (или барем смањили ризик конфликта) међу различитим правним и правосудним суставима с циљем остваривања неких уставно заштићених добара - попут људских права - који се штите на различитим разинама управљања (националне, међународне и наднационалне нормативне разине)*¹⁷.

Само као примјер, поред техника судске интеракције **усклађене интерпретације и маргина просудбе** нама интересантних за овај рад, постоје и друге које смо испустили, јер се више односе на интеракцију у праву Европске уније, или се непосредно не дотичу теме. Врло грубо, дефинисаћемо *усклађену интерпретацију* као заједничко тумачење на исти начин при заштити основних права, а *маргину просудбе* као право националног система тумачења да приликом заштите основних права уобличи и уведе и *национални контекст* у дијелу који допушта Европска конвенција. Свакако да је ово врло непрецизна дефиниција, али би детаљније расправљање о техникама и прецизније дефинисање одвели далеко од циља рада, те и ове дефиниције могу да послуже као указивање на потребе корелације Европског суда и националних, поготово националних уставних судови. Стога и прихватамо као полазну тачку да: 1) пракса Европског суда доприноси тумачењу Европске конвенције у националним системима; 2) да су национални судови дужни, због обавеза установљених Европском конвенцијом, да се воде праксом Европског суда у својим интерпретацијама;

14 Op. cit., стр. 1012 и 1013

15 Овдје, у смислу европски, у ширем смислу ријечи ... подређени само Европској конвенцији, а не и праву Европске уније...

16 *Filippo Fontanelli, Nicole Lazzarini, Madalina Moraru*: Упораба техника судске интеракције у предметима који се односе на темељна права: неке практичне смјернице за националне судови, European University Institute, Centre for judicial cooperation, хрватска верзија Приручника

17 Op. cit., стр. 26 Приручника

3) да стандарди које уводи и/или примјењује Европски суд имају непосредну посљедицу по тумачење права заштићених Европском конвенцијом пред националним судовима; 4) да се маргина просудбе или, како смо ми уско дефинисали, национални контекст може да примјењује приликом тумачења, али не и ван утврђених стандарда Европског суда.

При оваквим полазним премисама, закључак до кога долазимо јесте да се у пракси стандарди Европског суда поштују као „водећа одлука” у истим правним и/или чињеничним ситуацијама, након што је Европски суд у националном или неком другом предмету увео, или оснажио своје стандарде тумачења, те да национални уставни судови, прихватајући *volens nolens*, ове исте утврђене стандарде примјењују у случајевима који се појављују пред њима. Посебно је питање реодлучивања у пресуђеним предметима који нису дошли до Европског суда, а посљедице одлуке Европског суда погађају и њих, али о томе ћемо неком другом приликом.

Пракса Уставног суда Босне и Херцеговине

Како смо већ раније нагласили, Уставни суд од свог савременог почетка, након почетка важења Устава из 1995. године и свог организовања, баштини врло богату праксу, али и праксу Комисије за људска права, чије је предмете, у коначници, преузео Уставни суд.

Неке од тих кључних одлука Уставног суда биле су, такође, предмет разматрања Европског суда (предмет разматрања у смислу да је Европски суд имао другачији правни став од Уставног суда) и тиме је уведен **стандард** одлучивања Европског суда у позицију утицаја на национални уставни суд.

Као тему овог рада нисмо изабрали јавно попраћене одлуке које су стварно измијениле праксу Уставног суда у једној специфичној области као што је начело забране ретроактивне примјене кривичног закона, односно обавеза примјене блажег закона, нити интересантну расправу о самом појму блажег закона, већ далеко мање познати скуп одлука о збиру права гарантованих Европском конвенцијом, али и Уставом, те чак гарантованих и неким другим међународним актима о заштити људских права са којима су у корелацији и у назнакама утицаја стандарда Европског суда и на законодавну активност.

Чињенично стање предмета

Предмет наше опсервације у овом излагању је предмет апеланта/апликанта¹⁸ *Имада ал Хусина*, у домаћој јавности познатијег као предмет *Абу Хамза*.

Ријеч је о дугогодишњем поступку у којем се налази седам одлука Уставног суда прије доношења одлуке Европског суда¹⁹; једна одлука Европског суда²⁰, три одлуке Уставног суда након одлуке Европског суда²¹; једна привремена мјера Европског суда²²; једна привремена мјера Уставног суда²³; четири закона Босне и Херцеговине као основ за одлучивање²⁴ и још неколико процесних закона; учешће државних административних, обавјештајних и редовних судских органа у поступцима, те дугогодишњи боравак у Центру за азиланте. Такође, у току овог поступка дошло је до промјене основних закона, измијењене су кључне норме, те је законодавни орган и својим дјеловањем утицао на рјешавање апелација.

Фактографски, уз опасност да се пропусти нека од радњи, због обимности предмета, апелант је дошао на подручје бивше Југославије из Сирије прије ратних дејстава, у току ратних дејстава био је истакнути припадник јединице страних бораца Ел Муцахид која је била на страни Армије РБиХ, која је једно вријеме била самостална, па онда у командној структури АРБиХ, те која се везује за ратне злочине, у току рата добио је држављанство Босне и Херцеговине, оженио се прво шеријатски (вјерски) држављанком Босне и Херцеговине и с њом стекао дјецу, затим се вјенчао у складу са законима Босне и Херцеговине, након рата био је суђен за тешко кривично дјело вјероватно почињено из неморалних побуда, одузето му је држављанство због лажних података о начину његовог стицања.

Повезан је са организацијама које су на листи терористичких организација САД, или су проглашене терористичким, путовао је у Сирију и поново добио пасош Сирије, након одузимања држављанства тражио је азил у Босни и Херцеговини, његов захтјев је одбијен и наложено је да се протјера из Босне и Херцеговине због пријетњи по националну безбједност, наложено је његово депортовање, забрањено је депортовање у Сирију привременом мјером Европског

18 Зависно од суда којем се обраћао - Уставног суда или Европског суда

19 АП 41/09, АП 434/10, АП 746/07, АП 1222/07, АП 1750/09, АП 2707/09, АП 3307/08

20 *Ал Хусин v. Bosna and Herzegovina* AP No. 3727/08 od 7.2.2012.

21 АП 5015/11, АП 2742/13, АП 2832/15

22 У склопу одлучивања о предмету

23 У склопу одлучивања о једној од апелација

24 Закон о странцима БиХ („Сл. гласник БиХ“ број 88/2015), Закон о кретању и боравку странаца („Сл. гласник БиХ“ бр. 29/03,4/04,53/07), Закон о кретању и боравку странаца и азилу („Сл. гласник БиХ“ број 36/08), Закон о азилу („Сл. гласник БиХ“ број 11/2016), Закон о заштити тајних података („Сл. гласник БиХ“ бр. 54/05, 12/09)

суда због наводне опасности по његов живот у вези са актуелним догађајима у овој држави, наложено је да борави у Центру за азиланте под надзором до окончања депортовања, тражено је од више од 50 држава да га приме као азиланта од којих је највећи број одбио да га прими, а неке државе нису уопште хтјеле да одговоре на захтјев надлежних органа Босне и Херцеговине, стално је преиспитивана чињеница да ли представља опасност по националну безбједност и стално потврђивана и, на крају, због измјена наведених закона, укинут му је боравак и надзор у Центру за азиланте, јер му је истекао максималан рок који може да се одреди лицу да борави у овом центру, сада се налази на слободи у Босни и Херцеговини а налог за његово депортовање је и даље неспоран, али ниједна држава не жели да га прими²⁵.

Апелант се позивао на повреде Устава Босне и Херцеговине и Европске конвенције, и то:

- члана 3,
- члана 5,
- члана 6,
- члана 8,
- члана 13,
- члана 14,
- Протокола број 2, Протокола број 7, члана 1.2.²⁶,

али и на повреде наведених закона и/или чињеничног стања којег су утврдили управни/обавјештајни органи у поступцима, те редовни суд у управним споровима вођеним против одлука државних органа²⁷.

Одлуке Уставног суда

Уставни суд је набројаним одлукама, углавном, одбијао апелације као неосноване, или одбацивао, јер су недопустиве, или одбацивао као недопустиве због ненадлежности Уставног суда, или, у појединим случајевима, усвајао због повреде члана 8 Европске конвенције, па, након поновног поступка пред управним органима, одбијао такве апелације. Детаљан слијед налази се у набројаним одлукама Уставног суда.

25 Врло детаљно у свим наведеним одлукама Уставног суда и Европског суда, јер би било какво обимније навођење у раду захтијевало на десетине страница

26 Наведени предмети

27 Наведени предмети

Одлука Европског суда

Европски суд је у својој одлуци²⁸ детаљно образложио апликантов правни и чињенични статус, врло јасно образложио позадину случаја, стање у Сирији, релевантне међународне извјештаје о ситуацији у Сирији (у то вријеме), међународне извјештаје о стању азиланата у Босни и Херцеговини (у то вријеме), апликацију и наводе из апликације и, на крају, своју одлуку.

Посебно је нагласио да домаћи суд (Уставни суд) није довољно узео у обзир природу муџахединског покрета којем апликант припада, однос муџахединског покрета са савременим проблемом тероризма и проглашење организација којима апликант припада или са којим има контакт, те међународно значење везе са тероризмом, апликантова јавна иступања, стање у Сирији и опасност да би апликант био изложен забрани из члана 3, те је, стога, утврдио да би протјеривање апликанта у Сирију представљало кршење члана 3 у садашњим (тадашњим) околностима²⁹. Такође, суд је констатовао да је дошло до повреде члана 5 став 1 у вези са апликантовим притвором од 2008. до 2011. године, јер домаће власти нису утврдиле конкретно (*sic!*) кривично дјело за које би се апликант сумњичио³⁰.

Међутим, након 2011. године, када је поступак протјеривања већ текао, притварање апликанта је законито и нема повреде члана 5 став 1³¹. Истовремено, о наводима о кршењу члана 5 став 4 Суд се изјаснио, јер је већ изнио свој став о кршењу члана 5 став 1. Када је ријеч о наводним повредама члана 6, Суд је одбио да одлучује о томе, јер се у конкретном случају не ради о надлежности коју обухвата члан 6 став 1, а о наводној повреди члана 8, као о хипотетичком питању³², одбио је да се изјасни. Наводе о наводним повредама из члана 2, 3, 13 и 14 Европске конвенције и члана 1 Протокола број 6, те члана 1 Протокола број 7 Суд је одбио као очигледно неосноване.

Један дио утврђених повреда Суд је донио једногласно, а један дио већином гласова уз издвојено мишљење једног од судија.³³

28 Op. cit.

29 Одлука Европског суда, параграфи 50 и даље

30 Op. cit., параграфи 57 -66

31 Op. cit., параграфи 67-69

32 Op. cit., параграфи 69-80

33 Op. cit., Одлука у цијелости

Дефинисање стандарда Европског суда у конкретном случају

За потребе овог рада нужно је дефинисати шта је *стандард* Европског суда у конкретном случају и какве посљедице утврђени *стандард* има на одлуке националног уставног суда.

Могли бисмо да закључимо да је стандард у овом случају: а) да се приликом одлучивања о депортацијама и/или одбијању азила и депортацијама проистеклим из тога посебна пажња мора да усмјери на чињеницу да ли се може очекивати и/или да ли је очекивано да се апелант нађе у очекиваној ситуацији у којој ће бити прекршен члан 3 Европске конвенције, б) да се у поступцима депортације, када су започети на основу законитог рјешења о депортацији, у складу са националним законима, може, што није спорно, одредити притвор ако су испуњени услови из националног закона и ц) да се приликом одлучивања о депортацији остале наводне повреде Европске конвенције морају да конкретизују са неспорним доказима о кршењу, а не са хипотетичким (шта би било кад би било, или шта ће бити ако буде).

Посљедице утврђеног стандарда на праксу националног уставног суда

Најкраће, и потпуно тачно, Уставни суд је, након доношења одлуке Европског суда, у потпуности примијенио утврђени стандард не само у конкретном случају већ и у другим, када је у законодавном поступку дошло до измјене законодавства. Такође, може се рећи да је то и индиректна посљедица примјене утврђених стандарда. Расправа о примјени би могла да води различитим прихватањима, што није циљ рада, али је, свакако, најбоље све наведене одлуке детаљно прочитати и размотрити промијењени приступ Уставног суда, те аутор препушта сваком читаоцу да изведе свој закључак³⁴.

Закључна разматрања

За потребе овог рада указивање на конкретан предмет и праксу није имало циљ да се поведе било каква расправа о стандардима одлучивања које примјењује Европски суд, те посљедице таквог одлучивања на праксу Уставног суда. Такође, није имало циљ да се укаже на потребу сензибилности када је ријеч

34 Све наведене одлуке су доступне на www.ustavisud.ba

о националном контексту примјене стандарда заштите из Европске конвенције, нити да укаже да *маргина просудбе* може да се тумачи од случаја до случаја, у зависности од конкретног чињеничног и правног питања.

Нарочито није имало циљ да се промијењена чињенична ситуација, када је ријеч о савременим тенденцијама заштите појединца у сфери азила, о озбиљним споровима о домету заштите у савременој ситуацији, а поготово о промијењеној законодавној активности у земљама Европске уније, слобода кретања, заштита избјеглица и/или лица која се сматрају избјеглицама, поступци ограничења основних права након терористичких активности, увођење озбиљних препрека за остваривање основних права збора и говора, те расправа о томе колики је допуштени домет супротних мишљења, веже за конкретан случај. Такође, циљ није био да се укаже на овај предмет и стандарде утврђене у њему као *еталон* за будуће одлуке Европског суда, те нарочито не на (већ сада!) дјелимично примијењена тумачења уз ишчекивање да се донесу одлуке у будућности у истим или врло сличним правним ситуацијама, а у савременим *националним контекстима*.

Али, свакако, циљ јесте био да се укаже на значај утврђених стандарда одлучивања Европског суда на праксу националних уставних судова и, у овом случају, као могући примјер интеракције одлучивања и међусобног прожимања.

Summary

Zlatko M. Knežević

Vice-President of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina

Decisions of the European Court of Human Rights and their Impact on the Standards of the National Constitutional Courts – the Case-Law of Bosnia and Herzegovina

The topic of this discussion is designed to identify the directions of development of the international law through its fragmentation into special law disciplines such as international maritime law, all the way to the constitutionalisation of the international law that led to the civilizational achievement of equal treatment. A particular attention was given to the significance and role of the European Convention on Human Rights and Freedoms and European Court of Human Rights in the constitutional order of Bosnia and Herzegovina. An emphasis has been made on defining the standards of the decisions of the European Court of Human Rights as well as some of the principles of judicial interaction with a special emphasis on the principle of the consistent interpretation and principle of margin of appreciation. In the very rich case-law of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina, a particular case was singled out as showing an inter-correlation of the decisions of the Constitutional Court of BiH prior to and following the decision of the European Court of Human Rights. As a result of this decision, the Constitutional Court recognises directly the decisions of the European Court as being its own standard as well as the consequence thereof in the form of the amendments to the law relating to the field of asylum. In this manner, the presentation referred to the defined standard of the European Court and its impact on the case-law of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina.

Faris Vehabović
Judge of the European Court of Human Rights

IMPACT OF JURISPRUDENCE OF THE ECHR TO POST-CONFLICT SOCIETY OF BOSNIA AND HERZEGOVINA

Weaknesses of institutional framework leave enough space for different forms of violations of human rights as a result of European Court's case law. Apart from the fact that national legislation usually includes obligatory antidiscrimination provisions certain deviations are present in administrative and judicial practice often questioning the principle of equality in realization of rights. Complex administrative structure and division of competence leads to disharmonized law and bylaw acts bringing citizens of Bosnia and Herzegovina to unequal position depending in which part of the state they live.

The institutions of Bosnia and Herzegovina, in the manner in which they were established by the Dayton Peace Agreement, are so weak that they cannot perform even daily duties due to inefficient system of adoption even very simple decisions. It is quite evident that State institutions are unable to respond to growing demands of EU integration processes due to constant blockade on the basis of vital national interests' and vital entities' interests' veto.

1. Introduction

Democracy and rule of law are probably the most frequently used words in both political and general public discourse in Bosnia and Herzegovina. When we speak about democracy and the rule of law, do we have in mind a society where the same rights apply to all, where government policies depend on the needs and the will of the electorate, where the right to participate in decision-making processes is not merely a piece of paper, where the public not only has, but also exercises the right to full information on public affairs? Or, do we, perhaps, refer to the process of persuasion, where under the watchful eye of international institutions, political elites agree, sooner or later, to intervene in terms of changing the form, while keeping the substance more

or less the same? Does it seem to us that the aim of numerous reforms is, first and foremost, to meet the requirements for joining this or that integration process, rather than an expression of the need for a better, fairer system?

Unfortunately, no guarantee of an automatic and certain transformation of views, values, awareness and political culture comes from the transformation of political institutions and changes of legislation. It has been long enough since Bosnia and Herzegovina adopted the form of representative democracy for us to have the right to ask how far have we gone from this minimum requirement, and how much of the „democratic spirit” has truly come to life in this area in the meantime, despite all our specific features, starting from the institution of the High Representative¹ onwards.

By way of background to the assessment of the impact of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms² (hereinafter referred as the „European Convention”) and the jurisprudence of the European Court of Human Rights (hereinafter referred as the „European Court”), it is useful to provide a brief overview of the status of human rights in general in Bosnia and Herzegovina.

There is an obvious gap between rights recognized by obligatory international and regional instruments as defined in national constitutional and legislative framework, and the way they are implemented and respected in practice³. Constitution of Bosnia and Herzegovina⁴ provides primacy of collective rights – rights of constituent peoples

1 Office of the High Representative (OHR) is an ad hoc international institution responsible for supervision of implementation of civilian aspects of the agreement that put an end to the war in Bosnia and Herzegovina. Pursuant to Article II of Annex 10 of the Dayton Peace Agreement the High Representative is given the task of supervising the implementation of the Peace Agreement; keeping close contacts with the parties signatories of the Agreement aimed at affirmation of full observance of all the civilian aspects of the Agreement; and coordination of activities of international civil organizations and agencies in Bosnia and Herzegovina aimed at ensuring efficient implementation of the civilian aspects of the Peace Agreement. One of the most important events in the process of implementation of peace was the meeting of the Peace Implementation Council (PIC) in Bonn, in December 1997. Analysing Annex 10 of Dayton Peace Agreement, Peace Implementation Council (PIC) demanded from the High Representative to oust public officials who were breaching the legally assumed obligations and the Dayton Peace Agreement, and to impose, if he deems it necessary, key laws in case legislative bodies of Bosnia and Herzegovina fail to do so.

2 European Convention (Rome, 4 November 1950). The text of the Convention is available at <http://conventions.coe.int/treaty/en/treaties/html/005.htm>.

3 In fact constitutions (state, entities, cantons, DC Brcko Statut – in total 14) and laws contradicts its self. Some provisions promote protection of the rights of individuals while other provisions of same constitutions and laws favorize protection of collective rights. Of course in this confrontation the first to suffer are the rights of individuals. Best example is composition of the Presidency of Bosnia and Herzegovina as well as Presidencies of entities and House of People or similar bodies on State and Entities levels which exclude anyone does not belonging to constituent people. Affiliation to constituent people is of crucial importance for an application to any post to civil service, police and military forces, courts, prosecutors' offices etc.

4 Bosnia and Herzegovina was created, in its present form, as the result of peace agreement signed on 14 December 1995 in Paris, after negotiations held in the period from 1 November to 21 November

(Bosniaks, Croats and Serbs) over individual rights even though the European Convention has supremacy „over all other law”⁵ in Bosnia and Herzegovina. This in large scale leads to negative estimation of condition of human rights protection of citizens of Bosnia and Herzegovina and consequently impact of the European Court but idea of necessity and legal possibility to seek protection by mechanism provided by the European Convention is deeply present among legal professionals.

In the country that wants to be member to European Union its citizens who do not declare themselves as members of one of the three constituent peoples still have certain political rights denied. This brought Bosnia and Herzegovina before the European Court to which discriminated citizens appealed and that is the most challenging task for BH’s decision making officials⁶.

2. Historical aspects of the accession of Bosnia and Herzegovina at the European Convention’ system

The key question of the efficient protection of human rights in Bosnia and Herzegovina is reflected in the legal nature of the Constitution, as well as in the relation between the Constitution and ratified international treaties for the protection of human rights, primarily the European Convention. From the answer to this question stems also the answer to the question as to the effectiveness of institutional protection of

1995 in the military base Wright-Patterson near Dayton. This agreement officially stopped the war in Bosnia and Herzegovina and it was signed by three presidents: Alija Izetbegović, Franjo Tuđman and Slobodan Milošević. The peace agreement, officially called «The General Framework Agreement for Peace in Bosnia and Herzegovina» defined the ensuing political climate in Bosnia and Herzegovina. The Dayton Peace Agreement established a union of newly established territorial units, i.e. Republika Srpska and the Federation of Bosnia and Herzegovina. The Federation of Bosnia and Herzegovina is a territorial unit that resulted from the agreement signed in 1994 in Washington between the representatives of the Republic of Croatia, Herzeg-Bosna and the Republic of Bosnia and Herzegovina. Thus, in the past 19 years, the political landscape of Bosnia and Herzegovina was shaped by negotiated constitutions agreed, under the pressure of foreign powers, in the process of two separate peace negotiations.

- 5 Interview with Daniel Serwer, Scholar at Middle East Institute and Professor, School of Advanced International Studies, Johns Hopkins University (22 September 2011). Looking back at his role in Dayton, Ohio, Daniel Serwer thinks about that elusive provision that US diplomats slipped into the Bosnian constitution: the clause stating that the European Convention on Human Rights would hold precedent over Bosnian law, the one that has been ignored for the last 17 years. „We snuck it in and nobody noticed it!” Serwer still seems astonished that he got away with it. „If [the Bosnians] had noticed it, they probably would have insisted that it was taken out.” Today, Serwer insists that this one act of stealth paved the way for Sejdić and Finci v. Bosnia. Yes, he says, Dayton negotiators are accused of throwing minority rights to the wind in 1995. But his team „was well aware that [we were] planting in the constitution the seeds of its own destruction. Although [we] thought the destruction might come a little faster than it has...”
- 6 Grand Chamber Judgment, Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina: Applications nos. 27996/06 and 34836/06 (ECHR, 22 December 2009).

human rights in a substantive sense, as well as the psychological aspect that is reflected in the confidence of citizens in the state institutions and, above all, in the institutions whose primary task is the protection of human rights and rule of law.

Likewise, the issue of harmonisation of the legal system of Bosnia and Herzegovina with the international and regional documents on the protection of human rights is, above all, (but not exclusively) the issue of the attitude of Bosnia and Herzegovina towards the commitment made when the country acceded to the Council of Europe. Bosnia and Herzegovina signed the European Convention on 24 April 2002 and ratified it on 12 July 2002; the European Convention entered into force for it on the latter date. The Parliamentary Assembly of the Council of Europe, in its Resolution No. 234 (2002)⁷ on the acceptance of Bosnia and Herzegovina into the membership of the Council of Europe, analysed the progress made by Bosnia and Herzegovina since the signing of the Dayton Peace Agreement in all fields, and it accepted, inter alia, the commitments made by the Presidency of Bosnia and Herzegovina, the Parliament of Bosnia and Herzegovina and the prime ministers to honour the following commitments:

iii. Related to the Convention:

c. Continuous control of the compatibility of legislation with the European Convention for the protection of human rights and fundamental freedoms.

In view of the aforementioned, Bosnia and Herzegovina established, in cooperation with the Council of Europe, a special expert team given the task of establishing the compatibility of all the regulations in Bosnia and Herzegovina with the commitments made, and primarily with the European Convention. The Compatibility Study was published on 16 September 2008.⁸

From legislative point of view Bosnia and Herzegovina is very unique example of the State that included European Convention as well as other 15 instruments for the protection of human rights into its constitutional and legal order since 1995, i.e. seven years prior to its accession to the Council of Europe.

⁷ Resolution of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe, No. 234 (2002).

⁸ http://www.coe.ba/web/index.php?option=com_content&task=view&id=324&Itemid=34

Findings were divided into three separate headings: „must do”, „should do” and „could do”. It corresponds to priority given by the Study. The most relevant findings under the heading „must do” relates to guarantees in military justice proceedings, restrictions on access to a court, reasonable time guarantees in judicial proceedings, judicial independence and impartiality, existence of death penalty in the Constitution of Republika Srpska, prison conditions and health treatment.

2.1 Brief overview of the Constitutional Order

The Constitution of Bosnia and Herzegovina is quite certainly a typical transitional document⁹, irrespective of its constitutional status. It was created as a part of the peace negotiation package agreed in Dayton in November 1995 and accepted by two entities (the Federation of Bosnia and Herzegovina and Republika Srpska) and the central government that was internationally recognized as the Government of the Republic of Bosnia and Herzegovina. The Constitution was the second constitution agreed with international assistance in hostile conditions on the ground in Bosnia and Herzegovina (the first was the Constitution of the Federation of Bosnia and Herzegovina adopted in March 1994).¹⁰

9 Constitution of Bosnia and Herzegovina hardly can be characterised as a legitimate act for the following reasons:

1. Given the fact that it was part of the peace agreement, Annex 4th was drafted and adopted without participation of the citizens of Bosnia and Herzegovina (as designated by the Constitution of the Republic of Bosnia and Herzegovina - the last constitution that was adopted with deep involvement of citizens and which represent will of people of Bosnia and Herzegovina). Instead of that it designated to ethnic groups constituent power which at the moment of signing of Annex IV lacked democratic legitimacy ;

2. Procedures have not been applied to provide it democratic legitimacy;

3. Annex 4 represents a unique case of „constitution” which was never officially translated into official languages of the country concerned, it was adopted and published in a foreign, English, language, and thus made unavailable to citizens, including government officials who use unofficial translations of the Constitution which has not been approved in legally acceptable manner;

4. It originated in an undemocratic manner and through violation of the (former but last democratic) Constitution RBH;

5. It contains provisions contrary to international law and legitimise discrimination, which makes itself contrary to the provisions on the protection of human rights in terms of non-discrimination, which are also an integral part of Annex 4, i.e. Constitution;

6. Territorial division legitimised „ethnic cleansing” carried out during the war;

7. In practice, it proved completely ineffective because it did not meet the primary purpose - to stabilise the state of Bosnia and Herzegovina;

8. Peace agreement as a whole, including Annex 4th as part of that agreement, has been signed by the neighbouring states but only Annex 4th was signed by illegitimate entities (with the exception of RBH), in substance representative of rebellious ethnic groups.

10 Bosnia and Herzegovina was created, in its present form, as the result of peace agreement signed on 14 December 1995 in Paris, after negotiations held in the period from 1 November to 21 November 1995 in the military base Wright-Patterson near Dayton. This agreement officially stopped the war in Bosnia and Herzegovina and it was signed by three presidents: Alija Izetbegović (Bosnia and Herzegovina), Franjo Tuđman (Croatia) and Slobodan Milošević (Yugoslavia). The peace agreement, officially called «The General Framework Agreement for Peace in Bosnia and Herzegovina» defined the ensuing political climate in Bosnia and Herzegovina. The Dayton Peace Agreement established a union of newly established territorial units, i.e. Republika Srpska and the Federation of Bosnia and Herzegovina. The Federation of Bosnia and Herzegovina is a territorial unit that resulted from the agreement signed in 1994 in Washington between the representatives of the Republic of Croatia, Herzeg-Bosna and the Republic of Bosnia and Herzegovina. Thus, in the past 18 years, the political landscape of Bosnia and Herzegovina was shaped by negotiated constitutions agreed, under the pressure of foreign powers, in the process of two separate peace negotiations.

Almost all the competences of the state were transferred to the two entities – the Federation of Bosnia and Herzegovina and the Republika Srpska. It also effectively prevents the central government from performing those few competences vested in it by the Constitution. It combines a *minimalist* approach in terms of central, state authority and a *maximalist* approach in terms of balance of powers. Central authorities have only several competences that must be carried out solely upon the agreement of all parties, including entities and constituent peoples.¹¹ The Constitution is just one of the annexes of the Dayton Peace Agreement. Other annexes, undoubtedly, also have a constitutional dimension. Some of the international instruments for the protection of human rights, re-establishment of infrastructure and dispute resolution between the entities are the issues defined in special agreements that are an integral part of the Constitution itself.¹²

The key aspect of this new constitutional order in Bosnia and Herzegovina, and the embryo of the future development of the system, is human rights and their protection¹³. Today, in Bosnia and Herzegovina, human rights have become a phrase that is frequently used by the politicians for the purpose of daily politics, without a full understanding of the meaning of the concept and awareness of effective mechanisms for their protection. Indeed, human rights, without a mechanism of their protection, represent a mere proclamation without any relevance in real life. However, the same Constitution that places human rights in the central position as one of its basic pillars (probably due to the war circumstances in which it was drafted by international community), contains some provisions that are typical examples of discrimination¹⁴ which is also confirmed by the European Court¹⁵. For all of these reasons, the issue arises of the relation between

11 Constituent people are one or more peoples sharing a territory of a state.

12 Morrison, L. Fred. The Constitution of Bosnia and Herzegovina, Constitutional Commentary. Volume: 13. Issue: 2. Publication Year: 1996. p. 145-157.

13 In addition to the European Convention, there is a number of other international documents: 1948 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide; 1949 Geneva Conventions I-IV on the Protection of the Victims of War, and the 1977 Geneva Protocols I-II thereto; 1951 Convention relating to the Status of Refugees and the 1966 Protocol thereto; 1957 Convention on the Nationality of Married Women; 1961 Convention on the Reduction of Statelessness; 1965 International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination; 1966 International Covenant on Civil and Political Rights and the 1966 and 1989 Optional Protocols thereto; 1966 Covenant on Economic, Social and Cultural Rights; 1979 Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women; 1984 Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment; 1987 European Convention on the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment; 1989 Convention on the Rights of the Child; 1990 International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families; 1992 European Charter for Regional or Minority Languages; 1994 Framework Convention for the Protection of National Minorities.

14 Opinion of the Venice Commission, No. CDL-AD (2005) 004, Venice, 11 March 2005. „Opinion on the Constitutional Situation in Bosnia and Herzegovina and the Powers of the High Representative.”

15 Grand Chamber Judgment, *Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina*: Applications nos. 27996/06

the Constitution, as the supreme legal and political act of a country, and the European Convention, as an act that contains a minimum of common will of member states in terms of the substantive human rights it protects, as well as the mechanisms of the protection of those rights, including obligations that must be respected by the member states in order for those substantive rights to be implementable not only at a supra-national level, but also within each particular legal system.

2.2 The status of the European Convention in the domestic order

There are two substantial elements for understanding of position of the European Convention in the legal system of Bosnia and Herzegovina: European Convention as the constitutional principle and the European Convention as a ratified international agreement.

a. Relationship between Domestic and International Law

Constitution of Bosnia and Herzegovina is a product of the Anglo-Saxon legal school. However, looking at structure of the Constitution, it should be noted that the Constitution would put particular emphasis on respect for human rights and other obligations under international law. Drafters of the Constitution (whoever it was in the case of the Constitution of Bosnia and Herzegovina) probably wanted to achieve automatic application of international treaties, ratified by Bosnia and Herzegovina, perhaps due to the complexity of the decision-making system in the legislative bodies, especially in the Parliamentary Assembly of Bosnia and Herzegovina due to different, almost always opposed (ethnic) interests.

What is the nature of Bosnia and Herzegovina's legal system - dualistic or monistic? The answer to this question provides an indirect response to the relation between the Constitution and the European Convention as an international agreements ratified by Bosnia and Herzegovina.

The question that arises is the question of the character of the legal system in Bosnia and Herzegovina in terms of the acceptance of the obligations arising from international agreements. The answer to this question lies in the constitution of every state in which it exists. For this purpose, it is necessary to analyse certain provisions of the Constitution which deals with the question of conclusion of international agreements or the manner of entry into force of obligations under international

and 34836/06 (ECHR, 22 December 2009). <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=860268&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649>

treaties, i.e. effects of ratified international agreements on the internal law of Bosnia and Herzegovina.

Constitutional provisions that are relevant to this question read as follows:

„Article II

...

6. *Implementation*

Bosnia and Herzegovina, and all courts, agencies, governmental organs, and instrumentalities operated by or within the Entities, shall apply and conform to the human rights and fundamental freedoms referred to in paragraph 2 above.

7. *International Agreements*

Bosnia and Herzegovina shall remain or become party to the international agreements listed in Annex I to this Constitution.

8. *Cooperation*

All competent authorities in Bosnia and Herzegovina shall cooperate with and provide unrestricted access to: any international human rights monitoring mechanisms established for Bosnia and Herzegovina; the supervisory bodies established by any of the international agreements listed in Annex I to this Constitution; the International Tribunal for the Former Yugoslavia (and in particular shall comply with orders issued pursuant to Article 29 of the Statute of the Tribunal); and any other organization authorized by the United Nations Security Council with a mandate concerning human rights or humanitarian law.

Article III

Responsibilities of and Relations between the Institutions of Bosnia and Herzegovina and the Entities

2. *Responsibilities of the Entities*

b) Each Entity shall provide all necessary assistance to the government of Bosnia and Herzegovina in order to enable it to honour the international obligations of Bosnia and Herzegovina, provided that financial obligations incurred by one Entity without the consent of the other prior to the election of the Parliamentary Assembly and Presidency of Bosnia and Herzegovina shall be the responsibility of that Entity, except insofar as the obligation is necessary for continuing the membership of Bosnia and Herzegovina in an international organization.

c) The Entities shall provide a safe and secure environment for all persons in their respective jurisdictions, by maintaining civilian law enforcement agencies operating in accordance with internationally recognized standards and with respect for the internationally recognized human rights and fundamental freedoms referred to in Article II above, and by taking such other measures as appropriate.

...

3. Law and Responsibilities of the Entities and the Institutions

(b)... The general principles of international law shall be an integral part of the law of Bosnia and Herzegovina and the Entities.”

Looking at the structure of the Constitution, it should be noted that the above provisions, established particular emphasis on respect for human rights and other obligations under international law in general namely compliance with the general principles of international law which, according to the Constitution, are part of the law of Bosnia and Herzegovina. If dualistic legal system is prevailing, than any international agreement would be transformed into the legal system in form of domestic law.

Unquestionably, the wording of Article III/3.b) Constitution establishes that the general principles of international law as such are part of the legal system in Bosnia and Herzegovina. Consequently, the interpretation of all legal norms that creates the integrity of the legal system in Bosnia and Herzegovina cannot be considered separately from the „general principles” of international law.

Article VI /3. c) of the Constitution which provides one of the competences of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina (hereinafter referred as „the Constitutional Court”), read as follows:

„c) The Constitutional Court shall have jurisdiction over issues referred by any court in Bosnia and Herzegovina concerning whether a law, on whose validity its decision depends, is compatible with this Constitution, with the European Convention for Human Rights and Fundamental Freedoms and its Protocols, or with the laws of Bosnia and Herzegovina; or concerning the existence of or the scope of a general rule of public international law pertinent to the court’s decision.”

The above provision is comprised of two parts - the first relates to the classic competence of review of the constitutionality of laws, and only this provision provides to review legality of the laws. The second part of the provision provides that the Constitutional Court is not bound to a specific legal provision or any domestic law but introduces the power to examine „existence or scope of a general rule of international

law that is essential to the court's decision". Applying linguistic interpretation, it would mean that any of the provisions in force in the legal order of Bosnia and Herzegovina (including constitutional provisions as part of a legal order of a state), may be subject to the assessment of compliance with fundamental principles of international law. What this tells us about the presence of monistic or dualistic legal system in Bosnia and Herzegovina? In the Constitution there is no provision or even hint on transformation of signed international agreement into the legal order of Bosnia and Herzegovina but there are several provisions on direct applicability of international law.

As one of last but very strong argument in determining the nature of the legal system in Bosnia and Herzegovina and its relation to international law, is already mentioned Article II of the Constitution which provides direct applicability of the European Convention but also provide that it is „above all other law"¹⁶. Untypically such a formulation leads to conclusion that the international law is promoted even above entire legal system of the state.

Finally, Constitution as such, is part of international Agreement – Dayton Peace Agreement and Annex IV of this Agreement is the Constitution of Bosnia and Herzegovina with all undemocratic implications in relation to procedure of adoption of such a document.

From all arguments submitted it can be concluded that the Constitution is typical example of monistic approach in the application of international law regardless of how this finding might contradict with what has been traditional understanding of state sovereignty and relationship between national and international law in some countries. Present arguments clearly show relationship between the Constitution and the European Convention, as an international agreement, due to the presence of monistic approach in accepting international treaties. Consequently the European Convention as a ratified international agreement must be considered (at least) equivalent to the Constitution which is also part of another international agreement.

B. Status of the European Convention in the Legal Order of Bosnia and Herzegovina

It arises from Article XI of the General Framework Agreement for Peace in Bosnia and Herzegovina (in the English text), that the Constitution was written in Bosnian, Serbian, Croatian and English and that all four versions are authentic.¹⁷ Therefore,

16 Vehabovic Faris, „Relationship between Constitution of Bosnia and Herzegovina and the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms”, Sarajevo 2006, Sarajevo, ACIPS.

17 Bosnia and Herzegovina, Essential texts (2nd revised and updated edition), OHR. On the exactness of the translation of the Constitution of Bosnia and Herzegovina one can conclude on the basis of

in the interpretation of the provisions of this Agreement all four linguistic versions should have equal relevance. However, given that the version of the Constitution in the official languages – Bosnian, Serbian and Croatian were never officially translated and adopted by the Parliamentary Assembly of Bosnia and Herzegovina and published in the official gazettes, only English version can be accepted as authentic. In the text in English, therefore, the only authentic versions, Article II(2) of the Constitution states:

„The rights and freedoms set forth in the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and its Protocols shall apply directly in Bosnia and Herzegovina. These shall have priority over all other law.”

Grammatical interpretation leads us to the conclusion that the phrase over all other law is interpreted so that in the legal order of Bosnia and Herzegovina the European Convention has priority over the entire legal order of the country and, consequently, over the Constitution as well, i.e. „over all other law”. In Article I(2) of the Constitution it is also stipulated that Bosnia and Herzegovina shall be a „democratic state, which shall operate under the rule of law and with free and democratic elections” where the term rule of law is often mistranslated in order to reflect the „Roman” or „continental-German” understanding of rule of laws principle which is completely different from Anglo-Saxon legal theory. Constitution of Bosnia and Herzegovina represents typical Anglo-American approach to the development of general legal acts by which (the Constitution is composed of 12 Articles and 2 Annexes) the Constitution contains only principles whose components are closely interlinked so that individual provisions cannot be interpreted separately without the complementary meaning of other provisions. Mentioned provisions provides an obligation to create a state structure which can stand the test imposed by the obligation of the establishment of supreme principles - democratic state, the rule of law, and free and democratic elections – in the same sense that those notions are endowed with in developed democratic states with a long tradition of implementation of those principles.

Practical implementation of that direct applicability of the European Convention and its Protocols, Article II(6) of the Constitution makes clear that:

„Bosnia and Herzegovina, and all courts, agencies, governmental organs, and instrumentalities operated by or within the Entities, shall apply and conform to the human rights and fundamental freedoms referred to in Article II(2).”

the introduction written by the first High Representative for Bosnia and Herzegovina, Carl Bildt, on constitutional texts, OHR (ed.) Sarajevo, 1996, which can serve as the basis for clarification: «The English language contained in this booklet is the agreed text contained in the Peace Agreement. The Bosniak, Serb and Croat texts, which the parties have been using themselves. A legal expert from Sarajevo has looked at these texts, and believes that each of them represents an accurate translation of the English» (sic).

Such a formulation puts the European Convention into the fundamental pillar of the constitutional order of Bosnia and Herzegovina and truly represents the Paramount Law of the Land¹⁸ since all other law represents the entirety of the legal system including the constitutional law. Thus, the European Convention is endowed with the legal force of the Constitution itself.

An additional argument may be found in Article X of the Constitution that determines the procedure of amending the Constitution, but in Article X/2 it is stipulated that no amendment to the Constitution can eliminate, nor reduce any of the rights and freedoms defined in Article II of the Constitution, nor can this provision be modified. Thus, Article II of the Constitution became the only article of the Constitution that safeguards the human rights it protects against any changes or reductions.

Relating the formulation on direct applicability of the European Convention in Bosnia and Herzegovina, one may say that this provision allows the direct application of the rights it contains by courts in Bosnia and Herzegovina without the adoption of any additional enforcement acts. At the same time, the essence of the notion of direct applicability lies in the prohibition imposed on the state bodies to prevent, in any way possible, the application of these rights or to transform those rights into national legislation as well as to hide their true source and meaning.

3. The European Court's Case Law in relation to the Bosnia and Herzegovina

a. Overview

Given the direct applicability of the European Convention under domestic law, it is unsurprising that the jurisprudence of the European Court has been extremely influential in shaping the approach of the courts of Bosnia and Herzegovina in general.

Nevertheless, a study of domestic decisions delivered reveals the full extent to which the European Convention has permeated the domestic legal system, or, at the least, the decisions of the Court of Bosnia and Herzegovina and the Constitutional Court.

¹⁸ *Marbury v. Madison*, 1803, Decision of the Supreme Court of United States. The Supreme Court of USA for the very first time reviewed constitutionality of law even the Constitution of USA does not provide competence to the Supreme Court to do so. Obviously Supreme Court of USA followed often quoted statement of the former judge and the President of the Supreme Court of USA „Yes, we (judges) are under the Constitution but the Constitution is what we say it is“, Booklet of the Supreme Court of United States. The Court and Constitutional Interpretation. – Supreme Court. - Historical Society. - Washington DC.

It is not rare case that the domestic courts made reference to the relevant jurisprudence of the European Court.¹⁹

As discussed above, the European Convention is expressly incorporated by reference and thus forms an integral part of the Constitution. This special constitutional status of the European Convention has in fact existed since the entry into force of the Constitution in 1995 and is formally independent of the ratification of the European Convention by Bosnia and Herzegovina.

An additional important element contributing to the strong influence of the European Convention and the jurisprudence of the European Court within the Bosnia and Herzegovina's legal system is the continuing „internationalisation” of the principal institutions. In this regard, a particularly significant element is the presence of three international judges on the Bosnian Constitutional Court²⁰, as well as the presence of international staff within the State Court and the Special Department for War Crimes within the Prosecutor's Office.

Similarly, the existence of the Office of the High Representative, with its extraordinary powers of intervention would undoubtedly appear to have played a role in ensuring the conformity of the domestic procedural rules and norms with the standards required by the European Convention. For instance, in this regard, it is telling that the new Criminal Code and Criminal Procedure Code were imposed by decision of the High Representative immediately after the prospect of delays in their adoption by the Bosnian parliamentary institutions became apparent.

In conclusion, the European Convention and the case-law of the European Court have undoubtedly played a significant role in shaping the domestic procedural rules applicable to all domestic procedure.

b. Selected examples of the Case-Law of the European Court in respect of Bosnia and Herzegovina

Jurisprudence of the ECHR in respect of Bosnia and Herzegovina clearly describes events that took place two decades ago. One could follow post-conflict legal developments in post-war society that is still under international supervision. It is easy to notice that first group of legal issues were resolved by domestic institution (prior to accession of Bosnia and Herzegovina to the Council of Europe) that are dealing with human rights as well as ordinary court in legal system that surpassingly functioned very well even

19 <http://www.domac.is/media/domac/DOMAC5---Impact-of-the-ECHR-on-war-crimes-prosecutions-in-Bosnia.pdf>

20 Article VI of the Constitution of Bosnia and Herzegovina.

during tragic events 1992-1995. There has been long way that Bosnia and Herzegovina passed from post-conflict society to membership of the Council of Europe. But still, Bosnia and Herzegovina suffers from childhood diseases in respect of functionality and effectiveness of democratic institutions that need to promote, to enable further progress and that need to be guarantor of achievements already reached. All these processes are visible in jurisprudence of the ECHR in cases against Bosnia and Herzegovina.

The very first decision in a case brought against Bosnia and Herzegovina was delivered in October 2005 (*Hadžić v. Bosnia and Herzegovina* (App. No. 1123/04), decision, 11 October 2005), although the decision adopted by the Court struck the application out of the list following a friendly settlement. The first decision on admissibility in a case against Bosnia and Herzegovina was rendered a little over a month later (*Jeličić v. Bosnia and Herzegovina* (App. No. 41183/02), decision on admissibility, 15 November 2005; ECHR Reports 2005-XII) and the first substantive decision on the merits of a complaint was delivered in the same case in October 2006 (*Jeličić v. Bosnia and Herzegovina* (App. No. 41183/02), judgment of 31 October 2006, ECHR Reports 2006). Following examples represent just few cases against Bosnia and Herzegovina adopted by the European Court.²¹

Jeličić v. Bosnia and Herzegovina - 41183/02 - Judgment 31.10.2006;

The case is far reaching for the following reasons: Firstly because it was a test case on facts that affected thousands of citizens of Bosnia and Herzegovina. Before the dissolution of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia thousands of individuals deposited foreign currency with commercial banks in that country. During and after the war in Bosnia and Herzegovina these individuals were unable to withdraw money from their accounts as they were blocked by legislative acts.

Secondly, because the European Court was called to determine the international nature of some of the Annexes to the 1995 Dayton Peace Agreement, in particular those annexes which were approved or signed by Bosnia and Herzegovina and its entities only (such as the Constitution of Bosnia and Herzegovina – Annex 4, the Agreement on Human Rights – Annex 6, and the Agreement on Refugees and Displaced Persons – Annex 7). The Dayton Peace Agreement contains 11 articles only, which mostly set out the obligations for the three Contracting States to „welcome and endorse” and to „fully respect and promote fulfilment of the commitments” made in the annexes thereto. The substance of the commitments is contained in the annexes. The Court held that all the Annexes have to be considered as international treaties.

21 Special attention is addressed to the case *Sejdic-Finci v Bosnia and Herzegovina* due to its importance for further development of democratic institutions of Bosnia and Herzegovina.

Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina [GC]

Judgment of 22 December 2009²²

In December 2009, the European Court of Human Rights convened in Strasbourg to issue its historic ruling; by a vote of 16 to 1, the Court held that Bosnia-Herzegovina's constitution was in violation of the European Convention.²³

The *Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina* case began 2006, when Dervo Sejdić (who is Roma) and Jakob Finci (who is Jewish) charged Bosnia with systematically depriving them of citizenship rights: by barring them from the country's highest government posts (the Presidency and the House of Peoples).²⁴ Bosnia's constitution limits those offices to „Constituent Peoples:” self-declared Serbs, Croats and Bosniaks: the three warring faction in the 1990s Bosnian War. Ethnic „Others” are ineligible, though they can still vote in national elections²⁵. In December 2009, the ECHR concurred with *Sejdić and Finci*, ruling that Bosnia was in violation of European Convention's Article 14 (in conjunction with Article 3, on voting rights) and Protocol 12.²⁶

Soon after the verdict was handed down, the case - which had until then garnered scant media attention - was hailed continent-wide as precedent-setting, pioneering, historic. For it was the first time that the Court had ruled on Protocol 12: the European Convention's anti-discrimination provision, effective since April 2005, which guarantees equal treatment on all legal rights²⁷ (Protocol 12 provides more extensive protections than Article 14, which also concerns anti-discrimination).²⁸ Advocates and

22 In 2006, a separate case concerning „Others” was presented to the Constitutional Court. The Court confirmed that Bosnia's electoral exclusion of „Others” violated Article 3, Article 5 and Article 14 of the European Convention. Yet it subsequently declared the case inadmissible: on the grounds that the constitutional violations themselves were provisions of the Dayton Peace Agreement - and thus not subject to alteration by a national Bosnian court. The problem at hand, ruled the Constitutional Court, was not „a dispute between the Entities or institutions,” but rather a conflict between national and international law. In other words, not only did the Dayton Constitution institutionalize discrimination, but it left unresolved the question of competency - so that domestic courts could excuse themselves from amending the discriminatory clauses internally.

23 Grand Chamber Judgment, *Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina*: Applications nos. 27996/06 and 34836/06 (ECHR, 22 December 2009).

24 The 2001 „OSCE Guidelines to Assist National Minority Participation in the Electoral Process” describes political participation as a constitutive element of citizenship. OSCE, 'Guidelines to Assist National Minority Participation in the Electoral Process', Organization for Security and Co-Operation in Europe, Mission to Bosnia and Herzegovina <<http://www.osce.org/odihr/elections/17569>> accessed 29 September 2011.

25 The Constitution of Bosnia-Herzegovina.

26 Grand Chamber Judgment, *Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina* (ECHR, 22 December 2009).

27 The provision, ratified by Bosnia, came into there at this time. Human Rights Watch, „Second Class Citizens,” (HRW, April 2012) 17. Hereafter HRW 2012.

28 Council of Europe, 'Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms' (2005) <<http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/177.htm>> accessed 29 September 2011; Lucy Claridge, 'Discrimination and political participation in Bosnia and Herzegovina', *Minority Rights Group International* (2010), p. 3.

policymakers celebrated the ECHR's judgment as sign of a more muscular commitment to stamping out constitutional inequality. In a review of the case, Minority Rights Group International lauded the ruling for „set[ting] a high benchmark with regard to racial discrimination.”²⁹

Precedent-setting or not, it has been more than four years since the Court made its ruling and Bosnia has yet to amend a single sentence of its constitution. EU-backed reform talks have floundered.³⁰ And international pressure - including a warning that Bosnia will not be eligible for EU candidate status until it complies with the Court's decision - has gained little traction. „Today,” warns a damning report from Human Rights Watch, „it is the constitution itself that threatens peace in Bosnia.”³¹

Yet *Sejdić and Finci v. Bosnia* has implications for Europe too. One could argue that the trial has exposed acute gaps in the European Convention's relatively new Protocol 12: in particular, its notion of „reasonable” discrimination. *Sejdić and Finci v. Bosnia*, a 2009 trial that put 1995-era institutions on the stand, revealed that the European Convention's anti-discrimination clause can hinge on an individual court's subjective reading of historical events. While the history in question remains disputed, so too will the verdict it renders. Protocol 12 stands as it did in 2009; and indeed, its flaws have largely been overlooked.

Within Bosnia, amending the constitution so that someone who is Jewish or Roma can run for president will require a far-reaching overhaul of the country's entire post-Dayton governance model.³² Across Europe, the European Court of Human Rights - and its prized new bulwark against discrimination, Protocol 12 - risk appearing discordant and toothless if *Sejdić and Finci v. Bosnia* is not carried through, and soon.

Reasonably Discriminatory

The landmark ECHR ruling also offers an occasion for a re-evaluation of European human rights legislation. One could argue that *Sejdić and Finci v. Bosnia* expose critical gaps in European thinking about consociational government models: gaps that the ECHR should address before the ECHR's Article 14 and Protocol 12 are put to use again.

29 Ibid, p. 5.

30 Steven Woehrel, 'Bosnia: Current Issues and U.S. Policy'. Congressional Research Service (Washington, 20 June 2011), p 9.

31 HRW 2012, 16.

32 Enforcement of that particular judgement could mark Bosnia's transformation from Dayton to Brussels stage of development, i.e. from post-conflict society that functioned on the basis of international agreement with the main aim to stop to war under international supervision to the stage of functionality based on constituent democracy, rule of law and respect of human rights.

In the near future the Bosnian policymakers will arrive at a compromise agreement and make space for an 'Others' category at the highest levels of government while preserving the ethnically-based power-sharing model. This appears to be in accordance with the Framework Convention for the Protection of National Minorities, adopted on 10 November 1994. But, would it be a right solution? Or would this solution be in accordance with requirements of the principle idea of European Convention – democracy, rule of law and protection of individuals (except when dealing with systematic discrimination as in this case)?

In anticipation that some kind of 'intermediate system' is implemented, new questions arise: How do we ensure that an ethnicity-based model is fair to all parties? Where do we draw the line between discrimination and equal access? And perhaps most troublingly: How much discrimination do we allow? Indeed, as the Open Society Justice Initiative outlines, Article 14 and Protocol 12 of the European Convention do not ban discrimination outright. Rather, they insist on a „reasonable proportionality between the means employed and the aim sought to be realized” - thus tepidly allowing discrimination in pursuit of a „legitimate aim.”³³ The burden is on the state to prove „whether the treatment pursues a legitimate aim.”³⁴ As Christopher McCrudden and Sacha Prechal explain, this effectively privileges „the intention of the state, rather than the effect of the policy.”³⁵ Yet *Sejdić and Finci v. Bosnia* has demonstrated that states enjoy considerable „margin of appreciation” under this provision.³⁶ Too much hinges on this elusive claim to legitimacy.

Indeed, this case shows that much of this comes down to timing. The ECHR ruling on *Sejdić and Finci v. Bosnia* did not rebuke Bosnia's ethnic power-sharing model in

33 Open Society Justice Initiative, 'Third Party Observations.'

34 In the 1968 *Belgian Linguistics Case*, for instance, the parents of French-speaking children in a Dutch majority region argued that the state, in mandating that their children be educated in Dutch, was committing discrimination; the Court, however, accepted as „legitimate” the state's intention to promote a Dutch-speaking majority. Lindsey E. Wakely, 'From Constituent Peoples to Constituents: Europe Solidifies Fundamental Political Rights for Minority Groups in *Sejdić v. Bosnia*,' *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, 31.1 (2010), p. 240-3.

35 The authors explain that claims of „legitimate” discrimination are „subject to a test of 'reasonable and objective justification.'

„There are several elements in this test: (1) Has the state established the justification? (2) Does the difference in treatment have a legitimate aim or aims? (3) If so, (a) is the objective sufficiently important to justify limiting a fundamental right; (b) are the measures designed to meet the objective rationally connected to it; and (c) are the means used to impair the right or freedom no more than is necessary to accomplish the objective? In applying the test of objective and reasonable justification, the ECHR has made clear that states 'enjoy a margin of appreciation in assessing whether and to what extent differences in otherwise similar situations justify a different treatment in law.'”

Christopher McCrudden and Sacha Prechal, *The Concepts of Equality and Non-Discrimination in Europe: A practical approach*, (June 2009), 34.

36 Council of Europe, „The Margin of Appreciation” <http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/lisbonnetwork/themis/ECHR/Paper2_en.asp>

its entirety. Rather, the Court tacitly acknowledged that the discriminatory electoral model was necessary in 1995, in the post-war context:

„When the impugned constitutional provisions were put in place a very fragile cease-fire was in effect on the ground. The provisions were designed to end a brutal conflict marked by genocide and ‘ethnic cleansing.’ The nature of the conflict was such that the approval of the ‘constituent peoples’ (namely, the Bosniaks, Croats and Serbs) was necessary to ensure peace. This could explain, without necessarily justifying, the absence of representatives of the other communities (such as local Roma and Jewish communities) at the peace negotiations...”

At the same time, the judges confirmed that the continued ineligibility of Roma and Jews to government posts in Bosnia „lacks an objective and reasonable justification.” In other words, the Court ruled that enough time has passed to render Dayton-era discrimination unnecessary.³⁷

Has Bosnia progressed enough in the last seventeen years for European justices to accurately declare that its governance model - a model that the international community itself fashioned at Dayton - is antiquated and illegitimate? The question affects citizenship rights in the country more broadly.

Palić v. Bosnia and Herzegovina - Judgment of 15 February 2011

In 1995, during the war in Bosnia and Herzegovina, the applicant’s husband, a military commander in a UN „safe zone”, disappeared after going to negotiate terms of surrender with an opposing local force (the VRS). In 1999, following repeated attempts to obtain any official news about her husband, the applicant lodged a complaint with the Human Rights Chamber, a domestic human rights body set up by the 1995 Dayton Peace Agreement, which concluded that he had been a victim of enforced disappearance and ordered Republika Srpska, one of the entities of Bosnia and Herzegovina, to carry out a full investigation and to either release Mr Palić, if still alive, or to hand his remains over to his wife. In 2001 the authorities acknowledged that Mr Palić had been held in a military prison for about a month following his disappearance before being taken away by a VRS security officer. Following findings by the Chamber’s successor body, the Human Rights Commission, in September 2005 and January 2006 that the core elements of the Chamber’s decision had still not been enforced in that Mr Palić’s fate had not been established and no prosecution had been brought, the Republika Srpska authorities set up an ad hoc commission to investigate his case (it was alleged by the applicant that one of the members of this commission had attended the surrender negotiations in 1995 prior to Mr Palić’s disappearance).

37 Wakely, ‘From Constituent Peoples to Constituents,’ p. 238; Grand Chamber Judgment, *Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina*.

Having interviewed numerous witnesses, the ad hoc commission adopted a report establishing that, after being held in a military prison, Mr Palić had been taken away by two VRS officers. Six months later the Court of Bosnia and Herzegovina issued an international arrest warrant against the two VRS officers, who had meanwhile taken up Serbian citizenship in Serbia and could not be extradited. A third person allegedly implicated in Mr Palić's disappearance was arrested and transferred to the custody of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia. Following inquiries by a second ad hoc commission Mr Palić's body was identified in August 2009.

The Court dealt with this case under procedural limb of Article 2 of the European Convention. Notwithstanding initial delays, the investigation had finally led to the identification of the body. Given that almost 30,000 people had gone missing as a result of the war in Bosnia and Herzegovina that in itself was a significant achievement. Between October 2005 and December 2006 the domestic authorities had taken various investigative steps which had led to international arrest warrants being issued. The investigation had been at standstill ever since as both suspects had in the interim moved to Serbia and taken up Serbian citizenship, and so could not be extradited. It was not necessary to establish whether Bosnia and Herzegovina was obliged to request Serbia to take proceedings in this case, since the applicant herself could have reported the case to the Serbian War Crimes Prosecutor, who had jurisdiction over serious violations of international humanitarian law committed anywhere in the former Yugoslavia. In such circumstances, the Court found that, notwithstanding the lack of any convictions to date, the domestic criminal investigation had been effective in the sense that it had been capable of leading to the identification of those responsible for Mr Palić's death. The procedural obligation under Article 2 was one of means, not of result. As to the independence of the investigation, there was no reason to doubt that the competent prosecutor's office had acted independently. Even though it was of grave concern for the Court that a member of the ad hoc commission had allegedly played a role, no matter how minor, in Mr Palić's disappearance, it was decided that it is not necessary to examine the question of the independence of that commission since it had had no influence on the conduct of the ongoing criminal investigation. As to the requirement for promptness, the Court reiterated that the obligations under Article 2 had to be interpreted in a way which did not impose an impossible or disproportionate burden on the authorities. In a post-conflict situation, what amounted to an impossible and/or disproportionate burden had to be measured by the very particular facts and context. More than 100,000 people had been killed, almost 30,000 people had gone missing and more than 2,000,000 people had been displaced during the war in Bosnia and Herzegovina so that, inevitably, choices had had to be made in terms of post-war priorities and resources. The country had also undergone a fundamental overhaul of its internal structure and political system, with new institutions being created

and existing ones restructured. While it was difficult to pinpoint when exactly that process had ended, the Court considered that the domestic legal system should have become capable of effectively dealing with disappearances and other serious violations of international humanitarian law by 2005. The criminal investigation into Mr Palić's disappearance had effectively begun late that year. Since there had been no substantive period of inactivity since then on the part of the domestic authorities, the domestic criminal investigation could be considered to have been conducted with reasonable promptness and expedition. Consequently the Court concluded that there is no violation of Article 2 as well as the Article 5 of the European Convention.

Even this judgment is important in keeping the same line as in the case *Varnava and Others v. Turkey* [GC], nos. 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 and 16073/90, §§ 147-49, 2009, it was also underlined that when dealing with forced disappearances, the Court must deal with cases depending of the facts of every particular case.

Rodić and 3 Others v. Bosnia and Herzegovina - Judgment 27 May 2008

The four applicants were all convicted of war crimes against Bosniac civilians during the 1992-95 war in Bosnia and Herzegovina. The case concerned their detention in an ordinary prison where a majority of the other prisoners were Bosniacs. The Court found that considering the number of Bosniacs in the prison and the nature of the applicants' offences (war crimes against Bosniacs), it was clear that their detention there entailed a serious risk to their physical well-being.

Šobota-Gajić v. Bosnia and Herzegovina – Judgement of 6 November 2007

Verica Šobota-Gajić complained that the national authorities had failed to take all reasonable measures to facilitate her reunion with her son, in spite of domestic decisions in her favour. The mother had been granted custody of both children following the divorce. The custody decision took 9 months to enforce in relation to the son. On the day after the son moved to the mother's home, the father abducted the child. The mother brought criminal proceedings, which for some reason remained at the preliminary stage until the father died, 2 years later. On the father's death the child lived with the paternal grandmother. The grandmother was eventually convicted of subjecting the child to psychological violence, but following the conviction it took another 10 months before the child was restored to the mother's care.

The authorities had failed to take all reasonable measures to reunite the mother with the child; the separation had lasted over 4 years. The delays had partly been caused by confusion as to who was responsible for enforcement of the various court decisions. The Court decided that there had been violation of Article 8 in regard to her right to respect for private and family life.

Maktouf and Damjanovic v. Bosnia and Herzegovina

(GC) Judgment of July 2013

The War Crimes Chamber of Bosnia-Herzegovina has been generally considered as a successful effort to prosecute crimes committed during the conflict in the former Yugoslavia at the domestic level (see, in this regard, reports from OSCE and ICTJ). The War Crimes Chamber of Bosnia-Herzegovina closely cooperates with the ICTY and received most of the cases transferred by the ICTY to domestic jurisdiction as part of its completion strategy; it is established within the Court of Bosnia and Herzegovina and is a wholly domestic institution. As such, its work falls under the review of the ECHR, which in a Judgment by the Grand Chamber in *Maktouf-Damjanović v. Bosnia-Herzegovina* issued in July 2013 found that the War Crimes Chamber of Bosnia-Herzegovina had violated Article 7 of the European Convention in connection with the convictions of the applicants due to the retroactive application of criminal legislation in their war crimes cases.

In order to understand the content and relevance of *Maktouf-Damjanović* it is necessary to briefly outline the substantial criminal laws applied in atrocity crimes proceedings held in Bosnia and Herzegovina. The 1976 Criminal Code of the former Socialist Federal Republic of Yugoslavia (SFRY CC) was in force throughout the 1992-1995 conflict. Under this Code, war crimes and genocide could be punished with imprisonment from a minimum of 5 years (1 year in case of extraordinary mitigating circumstances) to a maximum of 15 years or, in the most serious cases, with the death penalty, which could be commuted to 20 years imprisonment. This Code has been and is still generally applied by courts at the entity level in war crimes cases; since the death penalty is not anymore applicable in Bosnia and Herzegovina after the 1995 Dayton Peace Agreement, these courts have been imposing sentences up to 15 years for war crimes. In 2003 this legal framework changed as the OHR imposed a Criminal Code at the State level (CC) which punishes war crimes, genocide and crimes against humanity with imprisonment from a minimum of 10 years (5 years in case of extraordinary mitigating circumstances) to a maximum of 45 years. This Code has been applied in the overwhelming majority of cases processed by the War Crimes Chamber of Bosnia-Herzegovina. Since the beginning, however, the lawfulness of its application by the War Crimes Chamber of Bosnia-Herzegovina has been a matter of intense legal discussion and controversy at the political level, to the extent of becoming one of the issues at the centre of the EU-Bosnia and Herzegovina Structured Dialogue on Justice.³⁸

38 Francesco de Sanctis, The Impact of the ECHR's Judgment in *Maktouf-Damjanović* on Accountability and Punishment for War Crimes in Bosnia-Herzegovina, published on 12 November 2013, Blog of the European Journal of International Law,

The legal arguments against the application of the CC in place of the SFRY CC rely on the observance of the *nullum crimen, nulla poena sine lege* and *lex mitior* principles. Under these rules, the substantial law in force at the time of the commission of the crime has to be applied unless it is possible to enforce a subsequent law which is more lenient to the defendant. Accordingly, the SFRY CC should be applied with the exclusion of the death penalty which, as already mentioned, was abolished in 1995. On the other hand the War Crimes Chamber of Bosnia-Herzegovina has alternatively relied on two arguments to reason its compliance with national and international law: (a) the CC is retroactively applicable as being more lenient than the SFRY CC since it does not foresee the death penalty, which at the time of the commission of the crime was still applicable; (b) the application of the CC can be justified as an exception to the principle of legality under Art. 7(2) of the European Convention.

The *Maktouf-Damjanović* Judgment: what is its scope?

Maktouf-Damjanović addresses this legal dispute, although only in part. The first applicant was convicted in 2006 to 5 years of imprisonment for taking of hostages as a war crime. The second applicant was convicted in 2007 to 11 years for torture as a war crime. In both cases, the War Crimes Chamber of Bosnia-Herzegovina applied the CC. The Grand Chamber underlined that the applicants had received sentences fitting within the lower range of punishment foreseen under the CC. It held, therefore, that in these specific cases, „there exists a real possibility that the retroactive application of the 2003 Code operated to the applicants’ disadvantage” (para. 70) since the applicants could have received lower sentences had the sentencing provisions of the SFRY CC been applied. Accordingly it found that the applicants’ rights under Art. 7 had been violated since „it cannot be said that they were afforded effective safeguards against the imposition of a heavier penalty”.

The Judgment dismissed Bosnia and Herzegovina’s argument mentioned above under (a) as not relevant in the instant case since the death penalty was applicable under the SFRY CC only in relation to the most serious instances of war crimes, whereas the two applicants did not belong to this category of perpetrators (see para. 69). As to argument (b), the Grand Chamber held that from a reading of the *travaux préparatoires* on Art. 7(2) it is „clear that the drafters of the Convention did not intend to allow for any general exception to the rule of non-retroactivity” (see para. 72).

The application of this Judgment in relation to other war crimes cases with sentences fitting in the lower range of punishment is not controversial. As recognized by the Grand Chamber (see para. 29), the War Crimes Chamber of Bosnia-Herzegovina in 2009 changed its initial jurisprudence and started applying the SFRY CC in the, indeed limited, number of cases belonging to that category.

Uncertainty in the definition of the Judgment's scope is manifest in the opposite stances taken by the War Crimes Chamber of Bosnia-Herzegovina and the Constitutional Court on this matter. The former declared in a press release that the ECHR Judgment implies that „when it comes to more serious forms of war crimes, the application of the 2003 Criminal Code is not in contravention of the Convention”. The latter, on 24 October 2013, interpreting the same Judgment, overturned ten War Crimes Chamber of Bosnia-Herzegovina's judgments, including at least one carrying genocide convictions with sentences above 30 years and ordered the War Crimes Chamber of Bosnia-Herzegovina to apply the SFRY CC in all these cases. While the Constitutional Court's sweeping interpretation of *Maktouf-Damjanović* can be praised as being cautious and an expression of *favor rei*, it is nevertheless questionable from the point of view of compliance with generally recognized rationales and principles in sentencing. Punishing perpetrators of multiple and serious violations of human rights with sentences not exceeding 15 years, as foreseen under the SFRY CC, may be considered as inconsistent with the principles of proportionality, parity and the purpose of deterrence. Admittedly, the precise content of these principles is ill-defined and needs to be flexibly understood. On the other hand, it is difficult to deny that manifest disparity between sentences up to 45 years for the murder of a human being in time of peace and much more lenient ones for the same conduct as war crime or genocide sends a clear message to the society; namely that crimes committed during a conflict are less serious and more forgivable than those committed in ordinary times.

An extensive interpretation of *Maktouf-Damjanović* clashes with basic concepts of justice and fairness also for another reason: while the Judgment may apply to serious war crimes and genocide cases, it expressly does not affect sentences for crimes against humanity. In *Maktouf-Damjanović* the Grand Chamber referred to and upheld a previous Decision on Admissibility (*Simsić v BiH*) stating that the conviction of the applicant to 14 years of imprisonment for crimes against humanity under the CC was not in violation of Art. 7. While this category of crimes was clearly prescribed under international law at the time of the conflict in Bosnia and Herzegovina, it was not foreseen under the SFRY CC. Distinguishing *Simsić* from *Maktouf-Damjanović*, the Grand Chamber agreed that in crimes against humanity cases the War Crimes Chamber of Bosnia-Herzegovina has „no other option but to apply the 2003 Criminal Code” (see para 55). This is a sound conclusion; it however has the disturbing consequence of subjecting those convicted for crimes against humanity to sentences up to 45 years under the CC, while leaving those convicted for war crimes and genocide under the more favourable SFRY CC sentencing regime. The prevailing view in international law is that, for the purpose of sentencing, there is no hierarchy among atrocity crimes. The combined effect of *Simsić* and *Maktouf-Damjanović* therefore results in an unequal

and illogical sentencing policy which discriminates those convicted for crimes against humanity.

Lastly, it is worth pointing out that the Grand Chamber's Judgment deals with the complex and multifaceted notions of *nullum crimem*, *nulla poena sine lege* and *lex mitior*, the status and application of which are still unsettled issues in international law, particularly in connection with international crimes. In this regard, it may suffice to mention that the ECHR case-law until 2010 constantly held Art. 7(2) to be an exception to its first paragraph in connection with the trial and punishment of individuals for acts which, at the time of their commission, were criminal according to general principles of law (see *Naletilić v. Croatia* of 2000 and *Kolk and Kislyiy v. Estonia* of 2006). With the 2010 Grand Chamber's Judgment in *Kononov v. Latvia*, the Court changed its understanding of Art. 7(2) in the opposite direction reflected in *Maktouf-Damjanović*. In contrast to *Maktouf-Damjanović*, *Naletilic* case relates to the very same factual situation as well as the same complaints, in particular Article 7. The applicant complains, under Article 7 of the European Convention that in Croatia he could have been sentenced to a maximum prison term of twenty years, while the ICTY may sentence him to life imprisonment. In its Decision on Admissibility the ECHR concluded:

„As to the applicant's contention that he might receive a heavier punishment by the ICTY than he might have received by domestic courts if the latter exercised their jurisdiction to finalise the proceedings against him, the Court notes that, even assuming Article 7 of the Convention to apply to the present case, the specific provision that could be applicable to it would be paragraph 2 rather than paragraph 1 of Article 7 of the Convention. This means that the second sentence of Article 7 § 1 of the Convention invoked by the applicant could not apply.

It follows that this part of the application is also manifestly ill-founded within the meaning of Article 35 § 3 of the Convention and, therefore, must be rejected in accordance with Article 35 § 4.”

Furthermore, it is only in 2009 that the ECHR held, in *Scoppola v. Italy*, that the right of an offender to application of a more favorable criminal law (*lex mitior* principle) was protected under Art. 7(1). Before that Judgment, the Court had constantly excluded that Article 7 could afford that right.

Against this background of unsettled rules, rapidly evolving case-law and clashes between basic principles of law such as *nulla poena sine lege* and *lex mitior* on the one hand and fairness of sentencing on the other, Bosnia and Herzegovina judicial institutions will surely have a difficult task in implementing *Maktouf-Damjanović*. In such context one would have hoped for more guidance by the ECHR with regard to

the compatibility of sentences fitting in the higher range of punishment with Article 7. This is perhaps one of those cases in which *obiter dicta* would have been precious if not necessary.

4. The European Court's Case Law's Effects at a National level

a. Legislative level

It appears from examples of the European Court selected judgments' that the major problem for Bosnia and Herzegovina relates to adoption of general measures that would resolve problem in legislation but also to provide legislative framework for support of additional tools for judicial system in general in order to enforce final and binding judgments issued by courts. There are almost no cases that relates to violations of the European Convention as interpreted by courts at national level. Almost every case against Bosnia and Herzegovina, especially those in which European Court found violations had its roots in a legislation or action taken by legislative or executive powers on various levels in Bosnia and Herzegovina³⁹.

b. Judiciary

As concluded earlier, national courts' system provides an effective remedy to citizen to contest various situations in relation to alleged violation of rights protected by the European Convention.

Advantage of Bosnia and Herzegovina human rights' protection system is that as a replacement of European Court' jurisdiction from 1995 to 2002 Human Rights Commission⁴⁰ composed mainly of international human rights experts applied European Court's jurisprudence in all of its judgments. All judgments were translated into local languages which make application of the European Convention closer to practitioner lawyers but also to entire population. This early efforts in application of European Convention resulted in more than 20.000 judgment that dealt with human

39 See in contract *Maktouf and Damjanovic v. Bosnia and Herzegovina* but even in this case different interpretation as well as the consequences arising from implementation of that judgement have its basis in different legislation applicable to the same type of cases depending of the level of judiciary that deal with particular cases.

40 Human Rights Commission was composed of the Ombudsperson for Human Rights of Bosnia and Herzegovina and the Human Rights Chamber which acted as the Council of Europe's Commission for Human Rights and the European Court of Human Rights and it has very similar competences to those two Council of Europe's organs. Both institutions were supported by permanent staff seconded by the European Commission of Human Rights and the European Court of Human Rights acting as the registrars or lawyers.

rights issues. Legacy of Human Rights Chamber were taken over by the Constitutional Court which continue to spread the very same idea of protection of rights prescribed by the European Convention through its appellate jurisdiction⁴¹.

Next advantage of Bosnia and Herzegovina in respect of application of European Convention standards is the fact that due to large presence of the international community soon after the war in Bosnia and Herzegovina, many projects carried out by various NGOs, EU, OSCE, UNHCR, CoE etc. in the field of application of the human rights principles in general. Separate efforts were applied also in organisation of centres for education of judges and prosecutor in a field, among other issues, of human rights protection and particular articles of the European Convention, procedure before European Court, Human Rights Commission and Constitutional Court.

There is only one disadvantage of Bosnia and Herzegovina in application of European Convention and that is weak capacity of democratic institutions due to complex constitutional structure which allows that entire legislative process can be blocked by small political or ethnic group by invoking veto on the basis of vital national interest of one's constituent people or vital interest of an entity. That is the main reason for non-enforcement of judgement of the European Court but also decisions of Constitutional Court.

As a result, from 2002 the date when Bosnia and Herzegovina became member of the Council of Europe, judgments of European Court very precisely underlined very visible facts that the application of the European Convention is not terra incognita for the application of human rights standards before local courts but it is a huge problem for legislative process as well as executive powers. Case law of the European Court shows that a vast majority of violation judgments' against Bosnia and Herzegovina before the European Court relates to so called „systemic errors in legislation” or directly or indirectly require general legislative measures.

41 The Constitutional Court has existed since the time when Bosnia and Herzegovina was one of the republics of the former Socialist Federal Republic of Yugoslavia (SFRY). It was first established on 15 February 1964. As from 14 December 1995 the Constitutional Court operates with different competences that includes „appellate jurisdiction” with the same admissibility criteria as before the European Court. The appellate jurisdiction of the Constitutional Court is defined by the constitutional provision that grants the Constitutional Court „appellate jurisdiction for the issues related to the Constitution that appear on the basis of a judicial decision of any court in Bosnia and Herzegovina. In terms of its organization, the Constitutional Court has „copied” the arrangements of the European Court, introduced the function of Registrar, and additionally strengthened the functions of legal advisors in the Registry, i.e. the Registrar's Office, very similarly to the manner this system functions in the European Court.

5. Conclusions

As expected, weaknesses of institutional framework leave enough space for different forms of violations of human rights as a result of European Court's case law. For example, apart from the fact that national legislation usually includes obligatory antidiscrimination provisions certain deviations are present in administrative and judicial practice often questioning the principle of equality in realization of rights. Already mentioned complex administrative structure and division of competence leads to disharmonized law and bylaw acts bringing citizens of Bosnia and Herzegovina to unequal position depending in which part of the state they live.

In terms of the alleged violations of human rights, Bosnia and Herzegovina has fully accepted and applies very same principles applied by the European Court in a field of judiciary, primarily through the functioning of the Constitutional Court. Thus, the issue of ordinary and extraordinary legal remedies is the full responsibility of ordinary courts that, by application of relevant legal provisions, enable the respect of the right to a fair trial. On the other hand, the constitutional provision that establishes the obligation of all courts, institutions and bodies of authority to apply the human rights and freedoms defined in Article II of the Constitution, represents an additional obligation for ordinary courts to directly apply, in addition to relevant laws, the rights referred to in Article II of the Constitution regardless of their classification in national legal system, which also implies the implementation of the European Convention. Unfortunately there is no legal remedy provided except various possibilities at political level as to the execution of judgments of European Court. It is up to the Ministry of Human Rights and Refugees and its Agent for Representation before European Court to take measure in order to enforce judgments of European Court.

It is very easy to assess impact of European Court's case law on judiciary by calculation of judgment with finding of violation in national courts decisions' because such a judgments does not exist up to now. But, from the other side it is also very easy to conclude that impact of the European Court's case law on legislative and sometimes executive administration is insignificant. Closed in ethno-political circles in constant struggle for another term in office by manipulation of lowest feeling of citizens they simply ignore main purpose of politics – to provide democracy to every citizen and to improve their wellbeing. Even today when execution of (obviously) the most important judgment in respect of Bosnia and Herzegovina (*Finci and Sejdic v. Bosnia and Herzegovina*) became the main precondition for Bosnia and Herzegovina to acquire date to start negotiations about candidacy to the EU but also recognition of general election to be held in 2014 BH's politicians simply quietly decided that they close discussion on this issue. Even membership to the Council of Europe started to

be subject of very serious discussions before Comity of Ministers of the Council of Europe due to non-execution of judgment of the European Court in the case *Finci and Sejdic v. Bosnia and Herzegovina*. Huge pressure is put on ruling parties that form State Government in order to expel discrimination from the Constitution. Obviously this particular case became a corner stone for the future of the country.

That is why it is extremely difficult to assess democracy, political pluralism, and equality before the law, civil rights and accompanying process and real impact of the European Court's case law in the field of legislative processes. Irresponsible governments at all level failed also to enforce decisions of the Constitutional Court so that the European Court's judgments are not unique example of lack of respect for democratic processes and obligations.

This is quite unique picture that has two sides – one side is judiciary with well-educated professionals in a field of application of relevant national laws but also in application of European Convention and the other side is represented by legislative and executive administration which are not prepared to follow any recommendation even if it is in a form of judgment of the European Court.

There is a very simple reason for such a behavior - the institutions of Bosnia and Herzegovina, in the manner in which they were established by the Dayton Peace Agreement, were so weak that they cannot perform even daily duties due to inefficient system of adoption even very simple decisions. It is quite evident that State institutions are unable to respond to growing demands of EU integration processes due to constant blockade on the basis of vital national interests' and vital entities' interests' veto.

UTJECAJ SUDSKE PRAKSE EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA NA DRUŠTVO BOSNE I HERCEGOVINE NAKON SUKOBA

Slabosti institucionalnog okvira ostavljaju dovoljno prostora za različite oblike povreda ljudskih prava kao rezultat sudske prakse Evropskog suda. I pored činjenice da nacionalni pravni poredak obično uključuje antidiskriminacione odredbe, određene devijacije su prisutne u upravnoj i sudskoj praksi često preispitujući princip jednakosti u ostvarivanju prava. Kompleksna administrativna struktura i raspodjela nadležnosti vodi ka neusklađenosti zakona i podzakonskih akata dovodeći građane Bosne i Hercegovine u nejednaku poziciju, ovisno o dijelu države u kojem žive.

Institucije Bosne i Hercegovine, na način na koji su uspostavljene Dejtonskim mirovnim sporazumom, su tako slabe da ne mogu izvršavati čak ni dnevne obaveze zbog neefikasnog sistema usvajanja, čak i najjednostavnijih, odluka. Vrlo je jasno da su državne institucije onemogućene da odgovore sve većim zahtjevima integracijskih procesa zbog konstantnih blokada na osnovu veta u slučaju „vitalnih nacionalnih interesa” i „vitalnih interesa entiteta”.

1. Uvod

Demokratija i vladavina prava su vjerovatno najčešće korištene riječi u političkom i javnom diskursu Bosne i Hercegovine. Kada govorimo o demokratiji i vladavini prava, da li imamo na umu društvo u kojem se ista prava primjenjuju na sve, u kojem politike vlada zavise od potreba i želja glasačkog tijela, u kojem pravo na učestvovanje u procesu odlučivanja nije jednostavno komad papira, te u kojem javnost ne samo da ima nego i ostvaruje prava na puno informiranje u javnim stvarima? Ili, da li se možda pozivamo na proces ubjeđivanja u kojem političke elite, pod budnim okom međunarodnih institucija, postignu sporazum prije ili kasnije kako bi intervenirale u smislu mijenjanja forme, dok zadržavaju više ili manje istu suštinu? Da li nam se čini da je cilj

brojnih reformi prije svega ispunjavanje zahtjeva u svrhu pridruživanja ovom ili onom integracijskom procesu, a ne izražavanja potrebe za boljim ili pravičnijim sistemom?

Nažalost, ne postoji garancija za automatsku i sigurnu transformaciju mišljenja, vrijednosti, svijesti i političke kulture transformacijom političkih institucija i promjenom zakonodavstva. Dovoljno vremena je prošlo otkad je Bosna i Hercegovina usvojila oblik predstavničke demokratije, što nam daje pravo da se zapitamo koliko daleko smo otišli od tog minimalnog zahtjeva i koliko je „demokratski duh” uistinu postao dio života u međuvremenu na ovom području uprkos svim našim specifičnim karakteristikama, počevši od institucije Visokog predstavnika¹ pa nadalje.

U kontekstu ocjene dejstva Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda² (u daljem tekstu: Evropska konvencija) i sudske prakse Evropskog suda za ljudska prava (u daljem tekstu: Evropski sud), korisno je predočiti kratak pregled stanja ljudskih prava uopšteno u Bosni i Hercegovini.

Postoji očigledna praznina između prava koja su priznata međunarodnim i regionalnim instrumentima, koja su definisana ustavnim i zakonskim okvirom, i načina na koji se ona implementiraju i poštuju u praksi³. Ustav Bosne i Hercegovine⁴

- 1 Ured Visokog predstavnika (OHR) je ad hoc međunarodna institucija odgovorna za nadgledanje provođenja civilnih aspekata sporazuma kojim je okončan rat u Bosni i Hercegovini. Prema članu II Aneksa 10 Dejtonskog mirovnog sporazuma, Visoki predstavnik će nadzirati implementaciju mirovnog sporazuma; održavati bliske kontakte sa stranama da bi unapređivao njihovo puno pridržavanje svih civilnih aspekata mirovnog rješenja; i koordinirati aktivnosti civilnih organizacija i agencija u BiH da bi se obezbijedila djelotvorna implementacija civilnih aspekata mirovnog rešenja i visoki nivo saradnje između njih i organizacija i agencija koje učestvuju u tim aspektima. Jedan od najvažnijih događaja u procesu provođenja mira je sastanak Vijeća za implementaciju mira (PIC) u Bonu u decembru 1997. godine. Analizirajući Aneks Dejtonskog mirovnog sporazuma, Vijeće za implementaciju mira je zatražilo od Visokog predstavnika da smijeni zvaničnike koji si prekršili obaveze preuzete u skladu sa zakonom i Dejtonskim mirovnim sporazumom, te da nametne, ako smatra potrebnim, ključne zakone u slučaju da zakonodavna tijela Bosne i Hercegovine to ne urade.
- 2 Evropska konvencija (Rim, 4. novembra 1950). Tekst Konvencije je dostupan na: <http://conventions.coe.int/treaty/en/treaties/html/005.htm>.
- 3 Naime, ustavi (države, entiteta, kantona, Statut Distrikta Brčko – ukupno 14) i zakoni su u kontradikciji sa samim sobom. Neke odredbe promovisu zaštitu prava pojedinaca, dok druge odredbe istih ustava i zakona favoriziraju zaštitu kolektivnih prava. Naravno, u takvom sučeljavanju, prva na udaru su prava pojedinaca. Najbolji primjer je sastav Predsjedništva Bosne i Hercegovine te predsjedništava entiteta i Doma naroda ili sličnih tijela na nivou države ili entiteta, što isključuje sve one koji ne pripadaju konstitutivnim narodima. Pripadnost konstitutivnom narodu je od krucijalne važnosti za konkurisanje na bilo koje mjesto u državnoj službi, policiji, oružanim snagama, sudovima, tužilaštvima itd.
- 4 Bosna i Hercegovina je stvorena, u ovom obliku, kao rezultat mirovnog sporazuma koji je potpisan 14. decembra 1995. godine u Parizu, nakon pregovora koji su održani od 1. novembra do 21. novembra 1995. godine u vojnoj bazi Wright-Patterson blizu Dejtona. Tim sporazumom je zvanično zaustavljen rat u Bosni i Hercegovini, te su ga potpisala tri predsjednika: Alija Izetbegović, Franjo Tuđman i Slobodan Milošević. Mirovni sporazum, čiji je zvanični naziv «Opšti okvirni sporazum za mir u Bosni i Hercegovini», je definisao rezultirajući političku klimu u Bosni i Hercegovini. Dejtonskim mirovnim sporazumom je uspostavljen savez novouspostavljenih teritorijalnih jedinica, tj. Republike

propisuje prioritet kolektivnih prava – prava konstitutivnih naroda (Bošnjaka, Hrvata i Srba) nad pojedinačnim pravima, premda Evropska konvencija ima supremaciju nad „svim drugim zakonima”⁵ u Bosni i Hercegovini. To uveliko vodi negativnoj ocjeni stanja zaštite ljudskih prava građana Bosne i Hercegovine i, prema tome, uticaja Evropskog suda, ali i ideji o nužnosti i pravnoj mogućnosti da se traži zaštita obezbijedena Evropskom konvencijom koja je prisutna među pravnim ekspertima. U zemlji koja želi postati član Evropske unije, njenim građanima koji se ne izjašnjavaju kao članovi jednog od tri konstitutivna naroda su još uvijek uskraćena određena politička prava. To je dovelo Bosnu i Hercegovinu pred Evropski sud kojem su se diskriminisani građani žalili, a to je najizazovniji zadatak za bosanskohercegovačke donosiocel odluka.⁶

2. Istorijski aspekti pristupa Bosne i Hercegovine sistemu Evropske konvencije

Ključno pitanje djelotvorne zaštite ljudskih prava u Bosni i Hercegovini se odražava u pravnoj prirodi ustava te u odnosima između ustava i ratifikovanih međunarodnih ugovora za zaštitu ljudskih prava, prvenstveno Evropske konvencije. Iz odgovora na to pitanja proizilazi i odgovor na pitanje u vezi s djelotvornošću institucionalne zaštite ljudskih prava u materijalnom smislu, te psihološki aspekt koji se reflektuje u povjerenju građana u državne institucije i, povrh svega, u institucije čiji je osnovni zadatak zaštita ljudskih prava i vladavina prava.

Srpske i Federacije Bosne i Hercegovine. Federacija Bosne i Hercegovine je teritorijalna jedinica koja je nastala sporazumom koji je potpisan 1994. godine u Washingtonu između zastupnika Republike Hrvatske, Herceg-Bosne i Republike Bosne i Hercegovine. Prema tome, u posljednjih devetnaest godina, politička slika Bosne i Hercegovine je oblikovana ustavima koji su dogovoreni pregovorima, pod pritiskom stranih sila, u procesu koji se sastojao od dva odvojena mirovna pregovora.

- 5 Intervju sa Danielom Serwerom, stručnjakom na Institutu Middle East i profesorom na School of Advanced International Studies, Univerzitet Johns Hopkins (od 22. septembra 2011). Osvrćući se na svoju ulogu u Dejtonu, Ohajo, Daniel Serwer je mislio na tu neuhvatljivu odredbu koju su diplomati Sjedinjenih Američkih Država neopaženo ubacili u bosanski ustav: klauzula koja propisuje da Evropska konvencija o ljudskim pravima ima prioritet nad bosanskim pravom, klauzula koja se ignoriše posljednjih 17 godina. „Ubacili smo je potajno i niko to nije primijetio!” Serwer je još uvijek iznenađen da se iz toga izvukao bez negativnih posljedica. „Da su [bosanci] primijetili to, oni bi vjerovatno insistirali da se ona izbacij.” Danas Serwer ističe da je tim potajnim činom utrt put predmetu *Sejdić i Finci protiv Bosne i Hercegovine*. Da, kaže on, pregovaračima u Dejtonu se prebacuje da su odbacili prava manjina 1995. godine. Ali njegov tim je „bio u potpunosti svjestan da smo [mi] usadili u ustav sjeme njegove sopstvene destrukcije. Premda smo mislili da bi sjeme destrukcije moglo doći malo brže nego što jeste (...)”
- 6 Presuda Velikog vijeća u predmetu *Sejdić i Finci protiv Bosne i Hercegovine*: predstavke br. 27996/06 i 34836/06 (ECHR, od 22. decembra 2009).

Isto tako, pitanje harmonizacije pravnog sistema Bosne i Hercegovine sa međunarodnim i regionalnim dokumentima o zaštiti ljudskih prava je, povrh svega (ali ne isključivo), pitanje stava Bosne i Hercegovine prema onome na šta se ona obavezala kada je pristupila Vijeću Evrope. Bosna i Hercegovina je potpisala Evropsku konvenciju 24. aprila 2002. godine, a ratifikovala ju je 12. jula 2002. godine; Evropska konvencija je stupila na snagu u pogledu nje tog posljednjeg datuma. Parlamentarna skupština Vijeća Evrope, u svojoj Rezoluciji broj 234 (2002)⁷ o prijemu Bosne i Hercegovine u članstvo Vijeća Evrope, je analiziralo napredak koji je Bosna i Hercegovina postigla od potpisivanja Dejtonskog mirovnog sporazuma u svim poljima, te je prihvatila, *inter alia*, sljedeće obaveze koje je preuzelo Predsjedništvo Bosne i Hercegovine, Parlament Bosne i Hercegovine te premijeri:

iii. U vezi s Konvencijom:

c. Kontinuirana kontrola kompatibilnosti legislative sa Evropskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.

Imajući u vidu navedeno, Bosna i Hercegovina je, u saradnji sa Vijećem Evrope, formirala poseban ekspertni tim koji je imao zadatak da se utvrdi kompatibilnost svih propisa Bosne i Hercegovine sa preuzetim obavezama, prije svega sa Evropskom konvencijom. Studija o usklađenosti je objavljena 16. septembra 2008. godine.⁸

S aspekta zakonodavstva, Bosna i Hercegovina je jedinstven primjer države koja je uključila Evropsku konvenciju i ostalih 15 instrumenata za zaštitu ljudskih prava u svoj ustavni i pravni poredak od 1995. godine, tj. sedam godina prije pridruživanja Vijeću Evrope.

⁷ Rezolucija Parlamentarne skupštine Vijeća Evrope broj 234 (2002).

⁸ http://www.coe.ba/web/index.php?option=com_content&task=view&id=324&Itemid=34. Zaključci su podijeljeni u tri odvojena odjeljka: „mora uraditi”, „trebao bi uraditi” i „može uraditi”. Odgovaraju prioritetima koji su predloženi u studiji. Najrelevantniji zaključci iz odjeljka „mora uraditi” se odnose na garancije u vojnim pravosudnim postupcima, ograničenja na pristup sudu, garancije u vezi s razumnim vremenom u sudskim postupcima, sudsku nezavisnost i nepristrasnost, postojanje smrtnih kazni u Ustavu Republike Srpske, zatvorske uslove i zdravstveni tretman.

2.1 Kratak pregled ustavnog poretka

Ustav BiH je, sasvim izvjesno, tipičan tranzicijski dokument,⁹ bez obzira na njegov status ustava. Stvoren je kao dio mirovnog paketa dogovorenog u Dejtonu u novembru 1995. godine, koji su prihvatila dva entiteta (Federacije Bosne i Hercegovine i Republike Srpske) i centralna vlada koja je bila međunarodno priznata kao Vlada Republike Bosne i Hercegovine. Ustav BiH je drugi ustav dogovoren uz međunarodnu pomoć i ohrabrenje u okolnostima neprijateljstava na terenu (prvi je Ustav Federacije Bosne i Hercegovine iz marta 1994. godine).¹⁰

Gotovo sve ovlasti države su prenesene na dva entiteta – Federaciju Bosne i Hercegovine i Republiku Srpsku. On, također, efektivno onemogućava centralnu vlast da vrši ono malo nadležnosti utvrđenih Ustavom BiH. U sebi kombinuje minimalistički pristup u pogledu državne vlasti i maksimalistički pristup u pogledu balansa vlasti.

-
- 9 Teško da se Ustav Bosne i Hercegovine može okarakterizirati kao legitiman akt zbog sljedećih razloga:
1. Imajući u vidu činjenicu da je dio mirovnog sporazuma, Aneks 4. je sačinjen i usvojen bez učešća građana Bosne i Hercegovine (nazvan Ustavom Republike Bosne i Hercegovine – posljednji ustav koji je usvojen uz učešće građana i koji predstavlja volju naroda Bosne i Hercegovine). Umjesto toga, on je označio ustavotvornu vlast etničkih grupa koje nisu imale demokratski legitimitet u momentu potpisivanja Aneksa IV;
 2. Nisu primijenjeni postupci da bi se obezbijedio demokratski legitimitet;
 3. Aneks 4 predstavlja jedinstven slučaj „ustava” koji nikada nije zvanično preveden na službene jezike dotične zemlje, usvojen je i objavljen na stranom jeziku, engleskom, te je tako nedostupan građanima, uključujući vladine zvaničnike koji koriste nezvanične prevode Ustava koji nije odobren na pravno prihvatljiv način;
 4. Nastao je na nedemokratski način i kršenjem (bivšeg, ali demokratskog) Ustava RBiH;
 5. On sadrži odredbe koje su suprotne međunarodnom pravu i legitimizira diskriminaciju, što ga čini suprotnim odredbama o zaštiti ljudskih prava u smislu nediskriminacije, koje čine integralni dio Aneksa 4, tj. Ustava;
 6. Teritorijalna podjela legitimizira „etničko čišćenje” koje je provedeno za vrijeme rata;
 7. On se pokazao u praksi u potpunosti nedjelotvornim jer nije ispunio glavnu svrhu – stabiliziranje stanja u Bosni i Hercegovini;
 8. Mirovni sporazum u cjelini, uključujući Aneks 4 kao dio tog sporazuma, su potpisale susjedne države, ali samo Aneks 4 je potpisan od strane nelegitimnih entiteta (uz izuzetak RBiH), u suštini predstavnika zaraćenih etničkih grupa.
- 10 Bosna i Hercegovina je nastala, u ovom obliku, kao rezultat mirovnog sporazuma koji je potpisan 14. decembra 1995. godine u Parizu, nakon pregovora koji su održani od 1. novembra 1995. godine do 21. novembra 1995. godine u vojnoj bazi Wright-Patterson blizu Dejtona. Tim sporazumom je zvanično zaustavljen rat u Bosni i Hercegovini, a potpisala su ga tri predsjednika: Alija Izetbegović (Bosna i Hercegovina), Franjo Tuđman (Hrvatska) Slobodan Milošević (Jugoslavija). Mirovni sporazum, zvanično nazvan «Opšti okvirni sporazum za mir u Bosni i Hercegovini», je definisao rezultirajuću političku klimu u Bosni i Hercegovini. Dejtonskim mirovnim sporazumom je uspostavljen savez novouspostavljenih teritorijalnih jedinica, tj. Republike Srpske i Federacije Bosne i Hercegovine. Federacija Bosne i Hercegovine je teritorijalna jedinica koja je nastala sporazumom koji je potpisan 1994. godine u Washingtonu između zastupnika Republike Hrvatske, Herceg-Bosne i Republike Bosne i Hercegovine. Prema tome, u posljednjih osamnaest godina, politička slika Bosne i Hercegovine je oblikovana ustavima koji su dogovoreni pregovorima, pod pritiskom stranih sila, u procesu koji se sastojao od dva odvojena mirovna pregovora.

Centralne vlasti imaju samo nekoliko utvrđenih nadležnosti koje se moraju vršiti jedino uz dogovor svih strana, uključujući i entitete i konstitutivne narode.¹¹ Ustav BiH je samo jedan od aneksa uz Dejtonski mirovni sporazum. Aneksi, bez sumnje, također, imaju ustavnu dimenziju. Neki od međunarodnih instrumenata za zaštitu ljudskih prava, ponovna uspostava infrastrukture i rješavanje sporova između entiteta, jesu predmet posebnih sporazuma koji ne čine sastavni dio samog Ustava BiH.¹²

Ključni dio novog ustavnog poretka u Bosni i Hercegovini, ali i zametak budućeg pravca razvoja tog sistema, jesu ljudska prava i njihova zaštita.¹³ Ljudska prava su postala fraza u današnjoj Bosni i Hercegovini koju često koriste političari u svrhu dnevne politike bez potpunog razumijevanja značenja koncepta i svijesti o djelotvornim mehanizmima njihove zaštite. Ljudska prava, bez mehanizma zaštite, doista predstavljaju puku proklamaciju bez relevantnosti u stvarnom životu. Međutim, isti ustav koji daje centralno mjesto ljudskim pravima kao jednom od glavnih stubova (vjerovatno zbog ratnih okolnosti u kojima ga je sačinila međunarodna zajednica), sadrži neke odredbe koje su tipični primjeri diskriminacije¹⁴, što je potvrdio i Evropski sud¹⁵. Zbog svih tih razloga se pojavljuje i pitanje odnosa između Ustava, kao vrhovnog pravnog i političkog akta zemlje, i Evrope konvencije, kao akta koji sadrži minimum zajedničke volje država članica u smislu osnovnih ljudskih prava koje štiti, te mehanizme zaštite tih prava, uključujući obaveze koje moraju poštovati države članice kako bi se implementirala prava ne samo na nadnacionalnom nivou, nego i u okviru svakog posebnog pravnog sistema.

11 Konstitutivni narodi su jedan ili više naroda koji dijele teritoriju neke države.

12 Morrison, L. Fred. The Constitution of Bosnia and Herzegovina, Constitutional Commentary. Volume: 13. Issue: 2. Publication Year: 1996. p. 145-157.

13 Pored Evropske konvencije, postoji čitav niz drugih međunarodnih dokumenata: Konvencija o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida (1948); Ženevske konvencije I-IV o zaštiti žrtava rata (1949) i Dopunski protokoli I-II (1977); Konvencija o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida (1948); Konvencija koja se odnosi na status izbjeglica (1951) i Protokol (1966); Konvencija o državljanstvu udatih žena (1957); Konvencija o smanjenju broja lica bez državljanstva (1961); Međunarodna konvencija o uklanjanju svih oblika rasne diskriminacije (1965); Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima (1966) i Opcioni protokoli (1966. i 1989); Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima (1966); Konvencija o uklanjanju svih oblika diskriminacije u odnosu na žene (1979); Konvencija protiv mučenja i drugih surovih, nehumanih ili ponižavajućih tretmana ili kažnjavanja (1984); Evropska konvencija o sprečavanju mučenja, nehumanog ili ponižavajućeg tretmana ili kažnjavanja (1987); Konvencija o pravima djeteta (1989); Međunarodna konvencija o zaštiti prava svih radnika-migranata i članova njihovih porodica (1990); Evropska povelja za regionalne jezike i jezike manjina (1992).

14 Mišljenje Venecijanske komisije, broj CDL-AD (2005) 004, Venecija, od 11. marta 2005. „Mišljenje o ustavnoj situaciji u Bosni i Hercegovini i ovlaštenjima Visokog predstavnika.”

15 Presuda Velikog vijeća u predmetu *Sejdić i Finci protiv Bosne i Hercegovine*: predstavke br. 27996/06 i 34836/06 (ESLJP, od 22. decembra 2009). <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=860268&portal=hbk&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD-8FB86142BF01C1166DEA398649>.

2.2 Status Evropske konvencije u domaćem poretku

Postoje dva osnovna elementa za razumijevanje pozicije Evropske konvencije u pravnom sistemu Bosne i Hercegovine: Evropska konvencija kao ustavni princip i Evropska konvencija kao ratifikovani međunarodni sporazum.

a. Odnosi između domaćeg i međunarodnog prava

Ustav Bosne i Hercegovine je proizvod anglosaksonske pravne škole. Međutim, imajući u vidu strukturu Ustava, potrebno je istaći da Ustav stavlja poseban akcenat na poštivanje ljudskih prava i ostalih obaveza na osnovu međunarodnog prava. Autori ustava (ko god to bio u slučaju Ustava Bosne i Hercegovine) su vjerovatno željeli postići automatsku primjenu međunarodnih ugovora, koje je ratifikovala Bosna i Hercegovina, možda zbog kompleksnosti sistema odlučivanja u zakonodavnim tijelima, posebno u Parlamentarnoj skupštini Bosne i Hercegovine zbog različitih, skoro uvijek suprotstavljenih (etničkih) interesa.

Koja je pravna priroda pravnog sistema Bosne i Hercegovine – dualistička ili monistička? Odgovor na to pitanje pruža indirektan odgovor na odnos između Ustava i Evropske konvencije kao međunarodnog sporazuma koji je ratifikovala Bosna i Hercegovina.

Pitanje koje se pojavljuje je pitanje karaktera pravnog sistema u Bosni i Hercegovini u smislu prihvatanja obaveza koje proizilaze iz međunarodnih ugovora. Odgovor na to pitanje počiva u ustavu svake države u kojoj on postoji. U tu svrhu je potrebno analizirati neke odredbe Ustava koje se odnose na pitanje zaključivanja međunarodnih sporazuma ili načina na koji obaveze iz međunarodnih ugovora stupaju na snagu, tj. dejstva ratifikovanih međunarodnih sporazuma na domaće pravo Bosne i Hercegovine.

Ustavne odredbe koje su relevantne za to pitanje glase:

Član II

(...)

6. Implementacija

Bosna i Hercegovina, i svi sudovi, ustanove, organi vlasti, te organi kojima posredno rukovode entiteti ili koji djeluje unutar entiteta podvrgnuti su, odnosno primjenjuju ljudska prava i osnovne slobode na koje je ukazano u stavu 2.

7. Međunarodni ugovori

Bosna i Hercegovina ce ostati ili postati strana ugovornica međunarodnih sporazuma pobrojanih u Aneksu I ovog Ustava.

8. Saradnja

Svi nadležni organi vlasti u Bosni i Hercegovini ce sarađivati sa, i obezbjediti neograničen pristup: svim međunarodnim posmatračkim mehanizmima ljudskih prava koji se uspostave za Bosnu i Hercegovinu; nadzornim tijelima koja se uspostave bilo kojim međunarodnim sporazumom navedenim u Aneksu I ovog Ustava; Međunarodnom tribunalu za bivšu Jugoslaviju (a naročito će se pridržavati naredbi koje su izdate po članu 29. Statuta Tribunala); i bilo kojoj drugoj organizaciji ovlaštenoj od strane Vijeća sigurnosti Ujedinjenih naroda sa mandatom koji se tiče ljudskih prava ili humanitarnog prava.

Član III

Nadležnosti i odnosi između institucija Bosne i Hercegovine i entiteta

2. Nadležnosti entiteta

b) Svaki entitet će pružiti svu potrebnu pomoć vladi Bosne i Hercegovine kako bi joj se omogućilo da ispoštuje međunarodne obaveze Bosne i Hercegovine, s tim da će finansijske obaveze u koje je ušao jedan entitet bez saglasnosti drugog, a prije izbora Parlamentarne skupštine i Predsjedništva Bosne i Hercegovine, ostati obaveza tog entiteta osim ukoliko je ta obaveza neophodna za nastavak članstva Bosne i Hercegovine u nekoj međunarodnoj organizaciji.

c) Entiteti će ispuniti sve uslove za pravnu sigurnost i zaštitu lica pod svojom jurisdikcijom, održavanjem civilnih ustanova za primjenu pravnih propisa, koje će funkcionisati u skladu sa međunarodno priznatim standardima uz poštovanje međunarodno priznatih ljudskih prava i temeljnih sloboda, iz člana II ovog Ustava, i poduzimanjem ostalih odgovarajućih mjera.

...

3. Pravni poredak i nadležnosti institucija

(b) ...Opća načela međunarodnog prava su sastavni dio pravnog poretka Bosne i Hercegovine i entiteta.

Posmatrajući strukturu Ustava, treba zapaziti da su gore navedene odredbe, sa posebnim naglaskom na poštivanje ljudskih prava kao i drugih obaveza prema međunarodnom pravu općenito, dakle, usklađenost sa općim principima međunarodnog

prava, koji čine, u skladu sa Ustavom, sastavni dio zakona Bosne i Hercegovine. Ukoliko prevladava dualistički pravni sistem, svaki međunarodni sporazum se prenosi u pravni sistem u obliku domaćeg zakona.

Tekst člana III/3.b) Ustava utvrđuje, nesporno, da opći principi međunarodnog prava kao takvi predstavljaju dio pravnog sistema Bosne i Hercegovine. Prema tome, tumačenje svih zakonskih normi koje čine cjelokupnost pravnog sistema u Bosni i Hercegovini ne mogu se posmatrati odvojeno od „općih principa” međunarodnog prava.

Član VI/3. c) Ustava koji regulira jednu od nadležnosti Ustavnog suda Bosne i Hercegovine (u daljem tekstu: Ustavni sud), glasi:

c) Ustavni sud je nadležan u pitanjima koja mu je proslijedio bilo koji sud u Bosni i Hercegovini u pogledu toga da li je zakon, o čijem važenju njegova odluka ovisi, kompatibilan sa ovim Ustavom, sa Evropskom konvencijom o ljudskim pravima i osnovnim slobodama i njenim protokolima, ili sa zakonima Bosne i Hercegovine; ili u pogledu postojanja ili domašaja nekog općeg pravila međunarodnog javnog prava koje je bitno za odluku suda.

Ova odredba se sastoji od dva dijela – prvi se odnosi na klasičnu nadležnost preispitivanja ustavnosti zakona, a samo ova odredba predviđa preispitivanje zakonitosti zakonskih normi. Drugi dio odredbe utvrđuje da Ustavni sud nije ograničen nekom određenom zakonskom odredbom ili domaćim zakonom, nego uvodi nadležnost za ispitivanje „postojanja ili domašaja nekog općeg pravila međunarodnog javnog prava koje je bitno za odluku suda”. Primjenjujući lingvističko tumačenje, to bi značilo da svaka odredba na snazi u pravnom sistemu Bosne i Hercegovine (uključujući i ustavne odredbe kao dio pravnog sistema države), može biti predmet ocjene usklađenosti sa temeljnim principima međunarodnog prava. Šta nam to govori o prisustvu monističkog ili dualističkog pravnog sistema u Bosni i Hercegovini? U Ustavu nema odredbe niti čak naznake o prenošenju potpisanih međunarodnih ugovora u pravni poredak Bosne i Hercegovine, ali postoji nekoliko odredbi o direktnoj primjeni međunarodnog prava.

Kao jedan od zadnjih, ali veoma jakih argumenata za utvrđivanje prirode pravnog sistema Bosne i Hercegovine i njegovog odnosa prema međunarodnom pravu već je naveden u članu II Ustava koji osigurava direktnu primjenu odredbi Evropske konvencije i isto tako utvrđuje da one „imaju prioritet nad svim ostalim zakonima”¹⁶. Netipično, takva formulacija dovodi do zaključka da se međunarodno pravo promovira čak i iznad kompletnog pravnog sistema države.

16 Vehabović Faris, „Odnos Ustava Bosne i Hercegovine i Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda”, Sarajevo 2006, Sarajevo, ACIPS.

Konačno, Ustav kao takav, predstavlja dio međunarodnog sporazuma – Daytonski mirovni sporazum, a Aneks IV tog Sporazuma je Ustav Bosne i Hercegovine sa svim nedemokratskim implikacijama u odnosu na postupak usvajanja takvog jednog dokumenta.

Iz svih prezentiranih argumenata može se zaključiti da je Ustav tipičan primjer monističkog pristupa u primjeni međunarodnog prava bez obzira na to koliko ova tvrdnja može biti kontradiktorna onome što u nekim zemljama predstavlja tradicionalno shvatanje državnog suvereniteta i odnosa između nacionalnog i međunarodnog prava. Ovaj argument jasno ukazuje na odnos između Ustava i Evropske konvencije, kao međunarodnog sporazuma, zbog monističkog pristupa u prihvatanju međunarodnih ugovora. Stoga se Evropska konvencija kao ratificirani međunarodni sporazum mora smatrati (bar) ekvivalentnom Ustavu koji također dio drugog međunarodnog sporazuma.

B. Status Evropske Konvencije u pravnom poretku Bosne i Hercegovine

Iz člana XI Općeg okvirnog sporazuma za mir u Bosni i Hercegovini (u tekstu na engleskom jeziku) proizilazi, da je Ustav napisan na bosanskom, srpskom, hrvatskom i engleskom jeziku i da su sve četiri verzije autentične.¹⁷ Stoga bi u tumačenju odredbi Sporazuma sve četiri jezične verzije trebale imati jednak značaj. Međutim, s obzirom da verzije Ustava na zvaničnim jezicima – bosanskom, srpskom i hrvatskom nisu nikada zvanično prevedene i nije ih usvojila Parlamentarna skupština Bosne i Hercegovine, niti su objavljene u službenim glasilima, samo verzija na engleskom jeziku se može prihvatiti kao autentična. U tekstu na engleskom jeziku, stoga, kao jedine autentične verzije, član II/2 Ustava glasi:

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

Gramatičko tumačenje dovodi do zaključka da se fraza nad svim ostalim zakonima tumači tako da u pravnom poretku Bosne i Hercegovine Evropska konvencija ima

¹⁷ Bosna i Hercegovina, Osnovni tekstovi (drugo izmijenjeno i dopunjeno izdanje), OHR. Po pitanju egzaktnosti prevoda Ustava Bosne i Hercegovine može se zaključiti temeljem uvodne riječi koju je napisao prvi Visoki predstavnik za Bosnu i Hercegovinu Carl Bildt o ustavnim tekstovima, OHR (izdanje) Sarajevo, 1996. godine, koja može poslužiti kao osnov za pojašnjenje: „Engleska verzija koja se nalazi u ovoj knjižici je dogovoreni tekst iz Mirovnog sporazuma. Tekstovi na bosanskom, srpskom i hrvatskom, kojima se koriste i same strane. Pravni stručnjak iz Sarajeva je pregledao sve tekstove i vjeruje da svaki od njih predstavlja tačan prevod sa engleskog» (sic).

prioritet nad sveukupnim pravnim poretkom zemlje te, posljedično, i nad Ustavom, odnosno „nad svim ostalim zakonima”. Članom I/2. Ustava propisano je također da je Bosna i Hercegovina „demokratska država koja funkcionira u skladu sa zakonom i na osnovu slobodnih i demokratskih izbora” gdje se izraz vladavina prava često pogrešno prevodi kako bi odražavao „rimsko” ili „kontinentalno-njemačko” shvatanje principa vladavine prava koje je potpuno drugačije od anglo-saksonske pravne teorije. Ustav Bosne i Hercegovine predstavlja tipičan anglo-američki pristup izradi općih pravnih akata prema kojima (Ustav se sastoji od 12 članova i 2 Aneksa) sadrži samo principe čije su komponente usko povezane tako da se pojedinačne odredbe ne mogu tumačiti izdvojeno bez komplementarnog značenja ostalih odredbi. Navedene odredbe nameću obavezu uspostavljanja strukture države koja može izdržati test koju nameće obaveza uspostave vrhovnih principa – demokratske države, vladavine prava, slobodnih i demokratskih izbora – u istom onom smislu u kojem su ti termini prisutni u razvijenim demokratskim državama sa dugom tradicijom primjene navedenih principa.

U praktičnoj implementaciji takve neposredne primjenjivosti Evropske konvencije i njenih protokola, član II/6. Ustava jasno navodi da:

Bosna i Hercegovina, i svi sudovi, ustanove, organi vlasti, te organi kojima posredno rukovode entiteti ili koji djeluju unutar entiteta podvrgnuti su, odnosno primjenjuju ljudska prava i osnovne slobode na koje je ukazano u II/2.

Takva formulacija čini Evropsku konvenciju temeljnim stubom ustavnog poretka Bosne i Hercegovine i zaista predstavlja Vrhovni zakon zemlje¹⁸ pošto svo ostalo pravo predstavlja sveukupnost pravnog sistema, uključujući i ustavno pravo. Stoga Evropska konvencija posjeduje istu pravnu snagu kao i sam Ustav.

Dodatni argument se može naći u članu X Ustava koji utvrđuje procedure izmjena Ustava, ali se članom X/2. predviđa da niti jedan amandman na Ustav ne može eliminisati, niti umanjiti bilo koje od prava i sloboda iz člana II ovog Ustava, niti izmijeniti ova odredba. Stoga je član II Ustava postao jedini član Ustava koji jamči ljudska prava koja štiti od bilo kakvih izmjena ili umanjivanja.

U vezi sa formulacijom koja se odnosi na neposrednu primjenjivost Evropske konvencije u Bosni i Hercegovini, moglo bi se reći da ova odredba dozvoljava sudovima Bosne i Hercegovine direktnu primjenu prava koja sadrži bez usvajanja bilo kakvih dodatnih izvršnih akata. Istovremeno, suština pojma neposredna primjena se sastoji

18 *Marbury protiv Madisona*, 1803. godina, Odluka Vrhovnog suda SAD. Vrhovni sud SAD-a je po prvi put preispitivao ustavnost zakona iako Ustav SAD-a ne daje za to nadležnost Vrhovnom sudu. Očito je Vrhovni sud SAD-a slijedio često citiranu izjavu bivšeg sudije i predsjednika Vrhovnog suda SAD-a – „Da, mi (sudije) smo ispod Ustava, ali Ustav je ono što mi kažemo da jeste”, Booklet of the Supreme Court of United States. The Court and Constitutional Interpretation. – Supreme Court. - Historical Society. - Washington DC.

od zabrane državnim organima da na bilo koji način spriječe ostvarivanje ovih prava ili njihovu ugradnju u domaće zakonodavstvo kao i sakrivanje njihovog pravog izvora i značenja.

3. Praksa Evropskog suda u odnosu na Bosnu i Hercegovinu

a. Pregled

Uzevši u obzir direktnu primjenjivost Evropske konvencije prema domaćem pravu, nije iznenađujuće da je jurisprudencija Evropskog suda imala izuzetan utjecaj na oblikovanje pristupa sudova Bosne i Hercegovine općenito.

Usprkos tome, studija uručenih domaćih odluka otkriva do koje mjere je Evropska konvencija ušla u domaći pravni sistem, ili bar u odluke Suda Bosne i Hercegovine i Ustavnog suda.

Nije rijedak slučaj da se domaći sudovi pozivaju na relevantnu jurisprudenciju Evropskog suda.¹⁹

Kako je već razmatrano u prethodnom dijelu, Evropska konvencija je izričito inkorporirana pozivanjem na nju te predstavlja sastavni dio Ustava. Ovaj specifični ustavni status Evropske konvencije zapravo postoji od stupanja na snagu Ustava iz 1995. godine i formalno ne zavisi od ratifikacije Evropske konvencije od strane Bosne i Hercegovine.

Dodatni bitan element koji doprinosi jakom uticaju Evropske konvencije i jurisprudencije Evropskog suda na pravni sistem Bosne i Hercegovine je kontinuirana „internacionalizacija” glavnih institucija. U vezi sa time, posebno značajan element predstavlja prisustvo tri međunarodne sudije u Ustavnom sudu Bosne i Hercegovine²⁰, kao i prisustvo međunarodnog osoblja u državnom sudu i Posebnom odjelu za ratne zločine pri Tužilaštvu.

Isto tako, postojanje Ureda Visokog predstavnika, sa svojim izuzetnim ovlastima za intervenciju su čini se bez sumnje odigrali ulogu usaglašavanje domaćih proceduralnih pravila i normi sa standardima neophodnim prema Evropskoj konvenciji. Npr., po ovom pitanju, puno govori i činjenica da su odlukom Visokog predstavnika nametnuti novi Krivični zakon i Zakon o krivičnom postupku neposredno nakon što je postalo očigledno da će doći do kašnjenja u usvajanju ovih zakona pred parlamentarnim institucijama Bosne i Hercegovine.

19 <http://www.domac.is/media/domac/DOMAC5---Impact-of-the-ECHR-on-war-crimes-prosecutions-in-Bosnia.pdf>

20 Član VI Ustava Bosne i Hercegovine.

U zaključku, Evropska konvencija i praksa Evropskog suda su nesumljivo odigrale značajnu ulogu u oblikovanju domaćih pravila procedure koji se primjenjuju na sve domaće postupke.

b. Odabrani primjeri iz prakse Evropskog suda koji se tiču Bosne i Hercegovine

Jurisprudencija Evropskog suda kad je riječ o Bosni i Hercegovini jasno opisuje događaje od prije dvije decenije. Moguće je pratiti postkonfliktna pravna kretanja u postratnom periodu koja su još uvijek pod međunarodnim nadzorom. Lako se može zamijetiti da su prvu grupu pravnih pitanja riješile domaće institucije (prije pristupanja Bosne i Hercegovine Vijeću Evrope) gdje se radi o ljudskim pravima kao i domaći sudovi u pravnom sistemu koji je, što je iznenađujuće, djelovao veoma dobro čak i tokom tragičnih događaja u 1992-1995. godine. Bosna i Hercegovina je prešla dug put od postkonfliktnog društva do članstva u Vijeću Evrope. Ali ipak, Bosna i Hercegovina pati od dječijih bolesti kad je riječ o funkcionalnosti i učinkovitosti demokratskih institucija koje trebaju promovirati i omogućiti dalji napredak i koje trebaju biti jamac već postignutih dostignuća. Svi ovi procesi su vidljivi u jurisprudenciji Evropskog suda u predmetima koji se vode protiv Bosne i Hercegovine.

Prva odluka u predmetu podnesenom protiv Bosne i Hercegovine je uručena u oktobru 2005. godine (*Hadžić protiv Bosne i Hercegovine*, predstavka broj 1123/04, odluka od 11. oktobra 2005. godine), iako je odluka koju je Sud donio skinula predstavku sa liste nakon što je postignuto prijateljsko rješenje spora. Prva odluka o dopustivosti u predmetu protiv Bosne i Hercegovine je donesena nakon nešto duže od mjesec dana (*Jeličić protiv Bosne i Hercegovine*, predstavka broj 41183/02, odluka o dopustivosti od 15. novembra 2005. godine; ECHR Reports 2005-XII), a prva materijalna odluka u meritumu po žalbi je uručena u istom predmetu u oktobru 2006. godine (*Jeličić protiv Bosne i Hercegovine*, predstavka broj 41183/02, presuda od 31. oktobra 2006. godine, ECHR Reports 2006). Naredni primjeri predstavljaju samo nekoliko od predmeta protiv Bosne i Hercegovine koje je usvojio Evropski sud.²¹

Jeličić protiv Bosne i Hercegovine – 41183/02 –
Presuda od 31. oktobra 2006. godine;

Predmet ima dalekosežne posljedice iz sljedećih razloga: Prvo to je bio testni predmet o činjenicama koje su imale uticaja na hiljade građana Bosne i Hercegovine.

21 Posebna pažnja je data predmetu *Sejdić-Finci protiv Bosne i Hercegovine* zbog njegovog značaja za dalji razvoj demokratskih institucija Bosne i Hercegovine.

Prije raspada Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije, na hiljade osoba su položile svoju deviznu štednju kod komercijalnih banaka u toj zemlji. Tokom i nakon rata u Bosni i Hercegovini, ti pojedinci nisu mogli podići novac jer je bio blokiran zakonodavnim aktima.

Drugo, zato što je Evropski sud bio pozvan da utvrdi međunarodnu prirodu nekih od Aneksa uz Daytonski mirovni ugovor iz 1995. godine, posebno onih aneksa koje su odobrili ili potpisali samo Bosna i Hercegovina i njeni entiteti (npr., Ustav Bosne i Hercegovine – Aneks 4, Sporazum o ljudskim pravima – Aneks 6, te Sporazum o izbjeglicama i raseljenim osobama – Aneks 7). Daytonski mirovni sporazum se sastoji od samo 11 članova koji uglavnom navode obaveze tri države potpisnice da „pozdrave i podupru” te „u potpunosti ispoštuju i promoviraju ispunjenje preuzetih obaveza” koje su određene Aneksima uz Sporazum. Suština preuzetih obaveza je sadržana u aneksima. Sud je smatrao da Aneksa treba posmatrati kao međunarodne ugovore.

Sejdić i Finci protiv Bosne i Hercegovine [GC]

Presuda od 22. decembra 2009. godine²²

U decembru 2009. godine, Evropski sud za ljudska prava se sastao u Strasbourgu da donese historijsku odluku; sa 16 glasova za i 1 protiv, Sud je utvrdio da je Ustav Bosne i Hercegovine krši Evropsku konvenciju.²³

Postupak u predmetu *Sejdić i Finci protiv Bosne i Hercegovine* pokrenut je 2006. godine, kada su Dervo Sejdić (Rom) i Jakob Finci (Jevrej) optužili Bosnu i Hercegovinu za sistematsko lišavanje njihovih građanskih prava, jer im je onemogućeno da se kandiduju za najviša mjesta u državnim organima vlasti (Predsjedništvo i Dom naroda).²⁴ Ustav Bosne i Hercegovine ograničava ta mjesta za „konstitutivne narode”, koji se izjašnjavaju kao Srbi, Hrvati i Bošnjaci, tri zaraćene strane u ratu u BiH devedesetih godina. Etnički „Ostali” su neprihvatljivi, mada još uvijek mogu glasati na

22 Tokom 2006. godine, poseban predmet koji se odnosi na „Ostale” je podnesen Ustavnom sudu. Sud je potvrdio da isključivanje „Ostalih” iz izbora krši članove 3, 5 i 14 Evropske konvencije. Ipak je nakon toga proglasio predmet nedopustivim: temeljem činjenice da ustavna kršenja po svojoj prirodi uključuju odredbe Daytonskog mirovnog sporazuma – te tako nisu podložne izmjenama od strane domaćeg bosanskog suda. Problem o kojem je riječ, a o kojem je odlučivao Ustavni sud, nije predstavljao „spor između entiteta ili institucija” već prije sukob između domaćeg i međunarodnog prava. Drugim riječima, ne samo da je Daytonski Ustav institucionalizirao diskriminaciju, već je ostavio neriješeno i pitanje nadležnosti – tako da su domaći sudovi mogli naći izgovor da ne bi morali izvršiti interne izmjene diskriminirajućih tačaka.

23 Presuda Velikog vijeća, *Sejdić i Finci protiv Bosne i Hercegovine*: Aplikacije br. 27996/06 i 34836/06 (ECHR, 22. decembar 2009. godine).

24 „OSCE Smjernice za učešće nacionalnih manjina u izbornom procesu” iz 2001. godine, opisuje političko učešće kao sastavni element državljanstva. OSCE, ‘Smjernice za učešće nacionalnih manjina u izbornom procesu’, Organizacija za sigurnost i saradnju u Evropi, Misija u Bosni i Hercegovina <<http://www.osce.org/odihr/elections/17569>> pristupljeno 29. septembra 2011.

izborima na državnom nivou²⁵. U decembru 2009. godine, ESLjP se složio sa Sejdićem i Fincijem, presudivši da je Bosna i Hercegovina prekršila član 14. Evropske konvencije (u vezi sa članom 3. o pravu glasanja) i Protokol br. 12.²⁶

Ubrzo nakon uručenja presude, ovaj predmet, koji je do tada dobivao oskudnu medijsku pažnju, dočekan je širom kontinenta kao postavljanje presedana, krčenje puta i istorijski. Jer, to je bio prvi put da je Sud donio presudu prema Protokolu br. 12, odredbi Evropske konvencije o općoj zabrani diskriminacije koja je na snazi od aprila 2005. godine, a koja garantuje jednako postupanje u pogledu svih zakonskih prava²⁷ (Protokol br. 12 pruža širu zaštitu nego član 14., koji se takođe odnosi na zabranu diskriminacije).²⁸ Pravnici i kreatori politike su presudu ESLjP hvalili kao znak snažnijeg obavezivanja na iskorjenjivanje ustavne nejednakosti. U ocjeni ovog predmeta, Međunarodna grupa za manjinska prava je presudu hvalila zbog „postavljanja visokog standarda u pogledu rasne diskriminacije.”²⁹

Postavljanje presedana ili ne, prošlo je više od četiri godine od kada je Sud donio svoju presudu, a Bosna i Hercegovina još uvijek mora da dopuni jednu jedinu rečenicu njenog ustava. Razgovori o reformi uz podršku EU su u zastoju.³⁰ I međunarodni pritisak, uključujući upozorenje da će Bosna i Hercegovina, sve dok ne postupi u skladu sa odlukom Suda, biti neprihvatljiva za dobijanje statusa kandidata za članstvo u EU, dao je neznatan rezultat. List „Danas” upozorava na osuđujući izvještaj Human Rights Watch-a, „ustav, sam po sebi, predstavlja prijetnju miru u Bosni i Hercegovini.”³¹

No ipak, presuda u predmetu *Sejdić i Finci protiv Bosne i Hercegovine* ima implikacije i za Evropu. Moglo bi se tvrditi da je sudski postupak razotkrio akutne praznine u relativno novom Protokolu br. 12 uz Evropsku konvenciju, posebno, u vezi sa njegovim pojmom „opravdana diskriminacija”. Sudski postupak u predmetu *Sejdić i Finci protiv Bosne i Hercegovine* iz 2009. godine, koji je institucije nastale 1995. godine stavio pred sud, pokazao je da klauzula Evropske konvencije o općoj zabrani diskriminacije može zavisiti od subjektivnog tumačenja istorijskih događaja od strane

25 Ustav Bosne i Hercegovine.

26 Presuda Velikog vijeća, *Sejdić i Finci protiv Bosne i Hercegovine* (ESLjP, 22. decembar 2009.).

27 Ova odredba, koju je Bosna i Hercegovina ratificirala, je tada stupila na snagu u BiH. Human Rights Watch, „Second Class Citizens / Građani drugog reda,” (HRW, april 2012.) 17. U daljem tekstu: HRW 2012.

28 Vijeće Evrope, ‘Protokol br. 12 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda’ (2005.) <<http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/177.htm>> pristupljeno 29. septembra 2011.; Lucy Claridge, ‘Discrimination and political participation in Bosnia and Herzegovina / Diskriminacija i političko učešće u Bosni i Hercegovini’, Međunarodna grupa za manjinska prava (2010.), str. 3.

29 *Ibid*, str. 5.

30 Steven Woehrel, ‘Bosnia: Current Issues and U.S. Policy’. Congressional Research Service (Washington, 20. juni 2011.), str. 9.

31 HRW 2012, 16.

pojedinačnog suda. Sve dok predmetna istorija ostaje osporavana, takva će ostati i presuda koju sud donosi. Protokol br. 12 je isti kao što je bio i 2009. godine i, doista, njegovi nedostaci su u velikoj mjeri previđeni.

U Bosni i Hercegovini, izmjene i dopune ustava, tako da se neko ko je Jevrej ili Rom može kandidovati za mjesto predsjednika, će zahtijevati dalekosežnu obnovu cjelokupnog post-dejtonskog modela vlasti u zemlji.³² Širom Evrope, Evropski sud za ljudska prava i njegov visoko cijenjeni novi bedem protiv diskriminacije, Protokol br. 12, izlažu se opasnosti da budu proturječni i nedjelotvorni ukoliko se presuda u predmetu Sejdić i Finci protiv Bosne i Hercegovine ne provede, i to uskoro.

Razumna diskriminacija

Ova značajna presuda ESLJP-a takođe daje priliku za preispitivanje evropskog zakonodavstva u vezi sa ljudskim pravima. Moglo bi se tvrditi da je presuda u predmetu Sejdić i Finci protiv Bosne i Hercegovine razotkrila ključne praznine u evropskoj ideji o konsocijalnim modelima vlasti, praznine kojima se ESLJP-a treba baviti prije nego što ponovo primijeni član 14. Evropske konvencije i Protokol br. 12 uz Evropsku konvenciju.

Kreatori politike u Bosni i Hercegovini će u bliskoj budućnosti postići kompromisni dogovor i napraviti prostor za kategoriju ‘Ostalih’ na najvišim nivoima vlasti uz očuvanje modela podjele vlasti koji se zasniva na etničkom principu. Čini se da je to u skladu sa Okvirnom konvencijom za zaštitu nacionalnih manjina, koja je usvojena 10. novembra 1994. godine. Ali, da li bi to bilo pravo rješenje? Ili, da li bi ovo rješenje bilo u skladu sa zahtjevima osnovne ideje Evropske konvencije – demokratija, vladavina prava i zaštita pojedinca (osim kada se rješava sistematska diskriminacija kao u ovom predmetu)?

U očekivanju da dođe do implementacije neke vrste ‘srednjeg sistema’, postavljaju se nova pitanja: kako osiguravamo da neki model zasnovan na etničkom principu bude pravičan za sve strane? Gdje povlačimo liniju između diskriminacije i jednakog pristupa? I možda ono što je uznemirujuće: koliko diskriminacije dozvoljavamo? Doista, kako to opisuje Inicijativa za pravdu otvorenog društva, član 14. i Protokol br. 12 Evropske konvencije ne zabranjuju diskriminaciju u potpunosti. Tačnije, oni insistiraju na „razumnoj proporcionalnosti između sredstava koja se koriste i cilja

32 Izvršenje te konkretne presude je moglo obilježiti transformaciju Bosne i Hercegovine iz dejtonske u briselsku fazu razvoja, tj. iz društva nakon sukoba koje je funkcionisalo na osnovu međunarodnog sporazuma čiji je glavni cilj zaustavljanje rata pod međunarodnim nadzorom u fazu funkcionalnosti zasnovanu na konstitutivnoj demokratiji, vladavini prava i poštivanju ljudskih prava.

koji se nastoji ostvariti” – na taj način bojažljivo dozvoljavajući diskriminaciju u potrazi za „legitimnim ciljem.”³³ Država nosi teret dokazivanja „da li postupanje slijedi legitimni cilj.”³⁴ Kako objašnjavaju Christopher McCrudden i Sacha Prechal, navedeno djelotvorno privileguje „namjeru države, umjesto dejstva politike.”³⁵ Ipak, presuda u predmetu Sejdić i Finci protiv Bosne i Hercegovine je pokazala da države, prema ovoj odredbi, imaju znatnu „slobodu odlučivanja.”³⁶ Previše toga ovisi o ovom nedostižnom zahtjevu za legitimitetom.

Doista, ovaj predmet pokazuje da se mnogo toga svodi na pravo vrijeme. Presuda ESLJP u predmetu Sejdić i Finci protiv Bosne i Hercegovine nije kritikovala u potpunosti BiH model podjele vlasti u Bosni i Hercegovini zasnovan na etničkom principu. Tačnije, Sud je prećutno prihvatio da je diskriminatorni izborni model bio neophodan 1995. godine, u poslijeratnom kontekstu:

„Kada su sporne ustavne odredbe donesene, na terenu je došlo do vrlo krhkog primirja. Cilj ovih odredbi je bio da se zaustavi brutalni sukob obilježen genocidom i ‘etničkim čišćenjem’. Priroda tog sukoba bila je takva da je bilo neophodno pristati na „konstitutivne narode” (tj. Bošnjake, Hrvate i Srbe) kako bi se osigurao mir. Ovo, i bez neophodnog opravdanja, može objasniti odsustvo predstavnika ostalih zajednica (kao što su lokalne zajednice Roma i Jevreja) na mirovnim pregovorima...”

Istovremeno, sudije su potvrdile da stalna nemogućnost Roma i Jevreja da se kandiduju za najviša mjesta u državnim organima vlasti u Bosni i Hercegovini „nema objektivno i prihvatljivo opravdanje”. Drugim riječima, Sud je presudio da je

33 Open Society Justice Initiative, “Third Party Observations.”

34 U Belgijskom jezičkom slučaju iz 1968. godine, na primjer, roditelji djece koja govore francuskim jezikom u oblastima gdje su Holandani u većini su tvrdili da država, nalažući da njihova djeca pohađaju nastavu na holandskom jeziku, počnila diskriminaciju; Sud je međutim prihvatio kao „legitimnu” namjeru države da promovira većinu koja govori holandskim jezikom. Lindsey E. Wakely, ‘From Constituent Peoples to Constituents: Europe Solidifies Fundamental Political Rights for Minority Groups in *Sejdić v. Bosnia*, North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation, 31.1 (2010), str. 240-3.

35 Autori objašnjavaju da tvrdnje o „legitimnoj” diskriminaciji „podliježu kriteriju ‘razumnog i objektivnog opravdanja.’

„Postoji nekoliko elemenata tog kriterija: (1) Da li je država utvrdila opravdanost? (2) Da li različito postupanje ima legitiman cilj ili ciljeve? (3) Ako ima, (a) da li je cilj dovoljno značajan da opravda ograničavanje nekog osnovnog prava; (b) da li su donesene mjere takve da zadovoljavaju cilj sa kojim se; i (c) da li su sredstva kojima se prava ili slobode umanjuju neophodna u postizanju tog cilja? Pri primjenjivanju kriterija objektivnog i prihvatljivog opravdanja, ESLJP je pojasnio da države ‘imaju slobodu odlučivanja pri ocjenjivanju da li i u kojoj mjeri razlike u postupanju u inače sličnim situacijama imaju zakonito opravdanje.’”

Christopher McCrudden and Sacha Prechal, *The Concepts of Equality and Non-Discrimination in Europe: A practical approach*, (juni 2009.), 34.

36 Vijeće Evrope, „/ The Margin of Appreciation / Diskreciono pravo odlučivanja” <http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/lisbonnetwork/themis/ECHR/Paper2_en.asp>

proteklo dovoljno vremena za diskriminaciju, koja je nastala u vrijeme Dejtona, učini nepotrebnom.³⁷

Da li je Bosna i Hercegovina dovoljno napredovala u posljednjih sedamnaest godina da bi evropske sudije precizno izjavile da je njen model vlasti – model koji je upravo međunarodna zajednica oblikovala u Dejtonu – zastario i nezakonit? Ovo pitanje šire utiče na građanska prava u zemlji.

Predmet *Palić protiv Bosne i Hercegovine* – presuda od 15. februara 2011.

Tokom rata Bosni i Hercegovini, suprug podnositeljice predstavke, vojni zapovjednik u UN-ovoj „zaštićenoj zoni”, nestao je 1995. godine nakon što je otišao na pregovore sa suprotstavljenim vojnim snagama (VRS) o uslovima predaje. Nakon brojnih pokušaja da dobije službene informacije o svom suprugu, podnositeljica predstavke je 1999. godine podnijela prijavu Domu za ljudska prava, domaćem tijelu za ljudska prava koje je uspostavljeno Dejtonskim mirovnim sporazumom iz 1995. godine, koje je zaključilo da je suprug podnositeljice predstavke bio žrtva prisilnog nestanka. Dom za ljudska prava za BiH je naredio Republici Srpskoj, jednom od entiteta Bosne i Hercegovine, da provede punu istragu i da, ili oslobodi gosp. Palića, ukoliko je još živ, ili da njegove posmrtno ostatke preda njegovoj supruzi. Vlasti su 2001. godine potvrdile da je gosp. Palić, nakon njegovog nestanka, bio zatvoren u vojnom zatvoru oko mjesec dana, prije nego što ga je odveo oficir za bezbjednost VRS-e. Nakon što je Komisija za ljudska prava, tijelo koje je naslijedilo Dom, u septembru 2005. i u januaru 2006. godine utvrdila da ključni elementi odluke Doma još uvijek nisu bili izvršeni jer nisu utvrđene činjenice o sudbini gosp. Palića i niko nije bio optužen, vlasti Republike Srpske su formirale *ad hoc* komisiju da istraži njegov slučaj (podnositeljica predstavke je navela da je jedan od članova te komisije prisustvovao pregovorima o predaji 1995. godine, prije nestanka gosp. Palića). Nakon što je saslušala veliki broj svjedoka, *ad hoc* komisija je usvojila izvještaj kojim je utvrđeno da su gosp. Palića, nakon zatočeništva u vojnom zatvoru, odvela dva pripadnika VRS-e. Šest mjeseci kasnije, Sud Bosne i Hercegovine je izdao međunarodnu potjernicu protiv ta dva pripadnika VRS-e, koja su u međuvremenu dobila državljanstvo Srbije, te nisu mogla biti izručena. Treća osoba, navodno upletena u nestanak gosp. Palića, bila je uhapšena i prebačena u pritvor Međunarodnog krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju. Nakon istraga koje je provela druga *ad hoc* komisija, tijelo gosp. Palića je u avgustu 2009. godine identifikovano.

Sud se ovim predmetom bavio prema proceduralnom aspektu člana 2. Evropske konvencije. Bez obzira na početna odlaganja, istraga je u konačnici dovela do identifi-

37 Wakely, 'From Constituent Peoples to Constituents / *Od konstitutivnih naroda do izbornog tijela,*' str. 238; Presuda Velikog vijeća, Sejdić i Finci protiv Bosne i Hercegovine.

kacije tijela. S obzirom da je gotovo 30.000 ljudi nestalo u ratu u Bosni i Hercegovini, to je samo po sebi predstavljalo značajno dostignuće. Domaći organi vlasti su u periodu između oktobra 2005. i decembra 2006. godine poduzeli različite istražne radnje što je dovelo do izdavanja međunarodnih potjernica. Istraga je od tada u zastoju jer su se oba osumnjičena u međuvremenu preselila u Srbiju i dobila njeno državljanstvo, tako da, kao državljani Srbije, ne mogu biti izručeni. Nije bilo neophodno utvrditi da li je Bosna i Hercegovina imala obavezu da od Srbije zahtijeva da pokrene postupak u ovom slučaju, jer je sama podnositeljica predstavke mogla slučaj prijaviti tužiocu za ratne zločine Srbije, koji je imao nadležnost za teške povrede međunarodnog humanitarnog prava počinjene na teritoriji bivše Jugoslavije. U tim okolnostima, Sud je utvrdio da je krivična istraga koji su vodili domaći organi, bez obzira što još nije dovela do osuđujućih presuda u ovom slučaju, bila djelotvorna u smislu da je uspjela da dovede do identifikacije onih koji su bili odgovorni za smrt gosp. Palića. Proceduralna obaveza prema članu 2. je obaveza sredstva, a ne rezultata. U pogledu nezavisnosti istrage, nije bilo razloga za sumnju u nezavisnost rada nadležnog tužilaštva. Mada je za Sud bilo veoma zabrinjavajuće što je jedan član *ad hoc* komisije navodno imao neku ulogu, makar i najmanju, u nestanku gosp. Palića, odlučeno je da nije bilo neophodno ispitati pitanje nezavisnosti te komisije, jer ona nije imala nikakvog uticaja na provođenje krivične istrage koja je bila u toku. U pogledu zahtjeva za brzo djelovanje, Sud je ponovio da se obaveze prema članu 2. moraju tumačiti na način koji ne nameće nemoguć ili neproporcionalan teret na organe vlasti. U situaciji nakon rata, ono što predstavlja nemoguć i/ili neproporcionalan teret na organe vlasti mora se mjeriti vrlo posebnim činjenicama i kontekstom. Ubijeno je više od 100.000 ljudi, gotovo 30.000 ljudi je nestalo i više od 2.000.000 ljudi je raseljeno tokom rata u Bosni i Hercegovini, tako da je bilo neizbježno izabrati poslijeratne prioritete i resurse. Zemlja je takođe prošla kroz temeljitu rekonstrukciju njene unutrašnje strukture i političkog sistema, uz stvaranje novih institucija i rekonstrukciju postojećih. Mada je teško odrediti kada je taj proces okončan, Sud je smatrao da je se domaći pravni sistem trebao osposobiti do 2005. godine da djelotvorno rješava slučajeve nestanka i druga teška kršenja međunarodnog humanitarnog prava. Krivična istraga u predmetu nestanka gosp. Palića efektivno je započela krajem te godine. S obzirom da od tada nije bilo perioda znatne neaktivnosti domaćih organa vlasti, može se smatrati da su domaći organi proveli krivičnu istragu prihvatljivo brzo i ekspeditivno. Prema tome, Sud je zaključio da nije bilo kršenja člana 2 kao ni člana 5. Evropske konvencije.

Mada je ova presuda značajna jer je u skladu sa predmetom *Varnava i drugi protiv Turske* [GC], br. 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 i 16073/90, stavovi 147-49, ECHR 2009, takođe je naglašeno da Sud, kada rješava predmete koji se tiču prisilnih nestanaka, mora rješavati predmete zavisno od okolnosti svakog pojedinačnog slučaja.

Predmet *Rodić i 3 druga protiv Bosne i Hercegovine* – presuda od 27. maja 2008.

Sva četiri podnositelja predstavke su osuđena za ratne zločine počinjene protiv bošnjačkih civila tokom rata u Bosni i Hercegovini u periodu od 1992 do 1995. godine. Predmet se odnosi na uslove u kojima služe zatvorske kazne u zatvoru u kojem većinu ostalih zatvorenika čine Bošnjaci. Sud je utvrdio da, s obzirom na broj Bošnjaka u zatvoru i prirodu krivičnog djela za koje su podnosioci predstavki osuđeni (ratni zločin protiv Bošnjaka), jasno proizlazi da izdržavanje kazne u navedenom zatvoru uključuje ozbiljnu opasnost za njihov fizički integritet.

Predmet *Šobota-Gajić protiv Bosne i Hercegovine* – presuda od 6. novembra 2007.

Verica Šobota-Gajić se žalila da domaći organi vlasti nisu poduzele sve odgovarajuće mjere radi omogućavanja ponovnog spajanja nje i njenog sina, uprkos tome što su postojale odluke domaćih organa donesene u njenu korist. Nakon razvoda, majka je dobila starateljstvo nad oba djeteta. Izvršenje odluke kojom se majci dodjeljuje starateljstvo nad sinom trajalo je 9 mjeseci. Isti dan kad se sin preselio u majčin dom, otac je izvršio otmicu sina. Majka je pokrenula krivični postupak, koji je zbog nekog razloga ostao u preliminarnoj fazi sve do smrti oca, koji je umro dvije godine nakon pokretanja krivičnog postupka. Nakon smrti djetetovog oca, dijete je živjelo sa bakom, očevom majkom. Baka je konačno osuđena zbog psihičkog nasilja nad djetetom ali, nakon osuđujuće presude protiv djetetove bake, prošlo je još 10 mjeseci prije nego što je dijete vraćeno majci.

Organi vlasti nisu poduzeli odgovarajuće mjere radi omogućavanja spajanja majke i njenog djeteta, a odvojenost je trajala više od 4 godine. Kašnjenja su djelimično bila uzrokovana zbog pometnji oko toga ko je bio odgovoran za provođenje različitih sudskih odluka. Sud je donio odluku da je došlo do kršenja člana 8. u pogledu prava podnositeljice predstavke na poštivanje privatnog i porodičnog života.

Predmet *Maktouf i Damjanovic protiv Bosne i Hercegovine* (VV) presuda od jula 2013.

Generalno je mišljenje da Odjel za ratne zločine Suda Bosne i Hercegovine predstavlja uspješno nastojanje države da na nivou domaćeg pravosuđa istraži i krivično goni odgovorne za zločine počinjene tokom sukoba u bivšoj Jugoslaviji (vidi, u tom pogledu, izvještaji OSCE-a i MKSJ-a). Odjel za ratne zločine Suda Bosne i Hercegovine blisko saraduje sa MKSJ i zaprimio je najveći broj predmeta koje je MKSJ, kao dio strategije za završetak rada MKSJ, prosljedio u nadležnost domaćih sudova. Odjel za ratne zločine je uspostavljen pri Sudu Bosne i Hercegovine i on je

u potpunosti domaća institucija. Kao takav, njegov rad podliježe preispitivanju od strane ESLJP, koji je u presudi Velikog vijeća u predmetu *Maktouf i Damjanović protiv Bosne i Hercegovine*, donesenoj u julu 2013. godine, utvrdio da je Odjel za ratne zločine Suda Bosne i Hercegovine prekršio član 7. Evropske konvencije u vezi sa osuđujućim presudama protiv podnositelja predstavki, koje su donesene retroaktivnom primjenom krivičnog zakona u njihovim predmetima koji se odnose na ratne zločine.

Da bi se shvatio sadržaj i značaj predmeta *Maktouf i Damjanović*, neophodno je dati kratak prikaz materijalnog krivičnog prava koje je primijenjeno u predmetima ratnih zločina u krivičnim postupcima u Bosni i Hercegovini. Tokom sukoba u periodu 1992-1995. godine, u cijeloj zemlji je bio na snazi Krivični zakon bivše Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije iz 1976. godine (KZ SFRJ). Prema tom zakonu, ratni zločini i genocid su se kažnjavali kaznom zatvora u trajanju od najmanje 5 godina (1 godine u slučaju postojanja posebno olakšavajućih okolnosti) do najviše 15 godina ili, u najtežim slučajevima, smrtnom kaznom, koja je mogla biti promijenjena u kaznu dugotrajnog zatvora u trajanju od 20 godina. Sudovi na nivou entiteta su na predmete ratnih zločina generalno primjenjivali i sada primijenjuju ovaj zakon, a pošto se nakon stupanja na snagu Dejtonskog mirovnog sporazuma iz 1995. godine smrtna kazna nije više mogla primjenjivati u Bosni i Hercegovini, ti sudovi su za ratne zločine izricali kazne zatvora u trajanju do 15 godina. Taj pravni okvir je promijenjen 2003. godine, jer je OHR nametnuo Krivični zakon na državnom nivou (KZ), koji propisuje kazne zatvora za ratne zločine, genocid i zločine protiv čovječnosti u trajanju od najmanje 10 godina (5 godina u slučaju postojanja posebno olakšavajućih okolnosti) do najviše 45 godina. Ovaj zakon se primjenjuje u najvećem broju predmeta koje rješava Odjel za ratne zločine Suda Bosne i Hercegovine. Međutim, od samog početka, zakonitost primjene ovog zakona od strane Odjela za ratne zločine Suda Bosne i Hercegovine je stvar intenzivnih pravnih rasprava i polemika na političkom nivou, do te mjere da je to postalo jedno od centralnih pitanja u okviru strukturalnog dijaloga o pravosuđu između EU i BiH.³⁸

Pravni argumenti protiv primjene KZ umjesto KZ SFRJ oslanjaju se na poštivanje principa *nullum crimen, nulla poena sine lege* i principa *lex mitior*.

U skladu s tim principima, mora se primijeniti materijalno pravo na snazi u vrijeme izvršenja krivičnog djela osim ako nije moguće primijeniti pravo koje je povoljnije po tuženog. U skladu s tim, KZ SFRJ se primjenjuje sa izuzetkom smrtno kazne koja je, kako je već ranije pomenuto, ukinuta 1995. godine. S druge strane, Odjel za ratne

38 Francesco de Sanctis, *The Impact of the ECHR's Judgment in Maktouf-Damjanović on Accountability and Punishment for War Crimes in Bosnia-Herzegovina*, objavljeno 12. novembra 2013, Blog of the European Journal of International Law.

zločine Suda Bosne i Hercegovine se već alternativno oslonio na dva argumenta kako bi pojasnio svoje poštivanje domaćeg i međunarodnog prava: (a) KZ se retroaktivno primjenjuje kao blaži zakon od KZ SFRJ jer ne predviđa smrtnu kaznu, koja je u vrijeme izvršenja krivičnog djela još uvijek bila primjenljiva; (b) primjena KZ se može opravdati kao izuzetak od principa zakonitosti iz člana 7. stav 2. Evropske konvencije.

Presuda *Maktouf-Damjanović*: koji je njen obim?

Presuda *Maktouf-Damjanović* se bavi ovim pravnim sporom, iako samo jednim dijelom. Prvi podnosilac predstavke je osuđen 2006. godine na kaznu od 5 godina zatvora zbog ratnog zločina uzimanja talaca. Drugi podnosilac predstavke je osuđen 2007. godine na kaznu od 11 godina zatvora zbog ratnog zločina mučenja. U oba slučaja, Odjel za ratne zločine Suda Bosne i Hercegovine je primijenio KZ. Veliko vijeće je naglasilo da su podnosioci predstavke dobili kazne zatvora koje spadaju u niži raspon kazna predviđenih KZ. Stoga je utvrdilo da u ovim specifičnim predmetima „postoji realna mogućnost da je retroaktivna primjena Zakona iz 2003. godine bila na štetu aplikirana u pogledu izricanja kazne (stav 70) s obzirom da su podnosioci predstavke mogli dobiti niže kazne da je primijenjen KZ SFRJ. U skladu s tim, utvrdilo se da je došlo do povrede člana 7. jer „se ne može reći da im je osigurana djelotvorna zaštita od nametanja veće kazne”.

Presudom je odbijena argumentacija Bosne i Hercegovine koja je navedena pod a) kao nerelevantnom u ovom predmetu jer je samo za najteže oblike ratnih zločina bila zapriječena smrtna kazna KZ SFRJ, dok dva podnosioca predstavke nisu spadala u tu kategoriju počinitelja (vidi stav 69). U pogledu argumentacije pod b), Veliko vijeće smatra da je iz čitanja *travaux préparatoires* (pripremnih dokumenata u vezi teksta Konvencije) o členu 7. stav 2. „jasno da oni koji su sastavljali tekst Konvencije nisu imali namjeru da dozvole bilo kakav opći izuzetak od pravila neretroaktivnosti” (vidi stav 72).

Primjena ove presude u odnosu na ostale predmete koji se odnose na ratne zločine sa kaznama zatvora koje spadaju u niži raspon kazni nije kontroverzna. Kako je to i navelo Veliko vijeće (vidi stav 29), Odjel za ratne zločine Suda Bosne i Hercegovine je 2009. godine promijenio svoju prvobitnu pravnu praksu i počelo primjenjivati KZ SFRJ u određenom, iako ograničenom, broju predmeta koji pripadaju toj kategoriji.

Nesigurnost u definiciji obima presude se očituje u oprečnim stavovima koje su zauzeli Odjel za ratne zločine Suda Bosne i Hercegovine i Ustavni sud po ovom pitanju. Ustavni sud je u svom saopćenju za javnost izjavio da presuda Evropskog suda znači da „kada su u pitanju ozbiljniji oblici ratnih zločina, primjena Krivičnog zakona iz 2003. godine nije u suprotnosti sa Konvencijom”. Također, Ustavni sud je 24. oktobra 2013. godine poništio deset presuda Odjela za ratne zločine Suda Bosne i Hercegovine

uključujući bar jednu kojom se izrekla osuda za genocid sa kaznama zatvora iznad 30 godina te naredila Odjelu za ratne zločine Suda Bosne i Hercegovine da primjeni KZ SFRJ u svim ovim predmetima. Dok se preširoko tumačenje Ustavnog suda presude *Maktouf-Damjanović* može ocijeniti opreznim te izrazom *favor rei*, ipak je upitno iz tačke gledišta usklađenosti sa općepriзнatim obrazloženjem i principama u određivanju kazne zatvora. Kažnavanje počinitelja mnogostrukih ili ozbiljnih povreda ljudskih prava kaznama zatvora koje ne prekoračuju 15 godina, kao što to predviđa KZ SFRJ, može se smatrati neusklađenim sa principima proporcionalnosti, pariteta i svrhe zatraživanja. Doduše, precizan sadržaj ovih principa nije dobro definisan te se mora razumijevati sa određenom fleksibilnošću. S druge strane, teško je poricati da očigledni disparitet između kazni zatvora do 45 godina za ubistvo čovjeka u mirnodopskom periodu i mnogo blažih kazni zatvora za isto ponašanje koje predstavlja ratni zločin ili genocid, šalje jasnu poruku društvu; naime, zločini počinjeni tokom konflikta su manje ozbiljni te više opravdani nego oni koji se počinju u mirnodopskom periodu.

Sveobuhvatno tumačenje presude *Maktouf-Damjanović* je u konfliktu sa osnovnim konceptima pravde i pravičnosti i iz drugih razloga: dok se presuda može primjeniti na teže ratne zločine i predmete koji se odnose na genocid, ona ne utiče izričito na kazne zatvora za zločine protiv čovječnosti. U presudi *Maktouf-Damjanović*, Veliko vijeće se pozvalo na i potvrdilo prethodnu Odluku o dopustivosti (*Simsić protiv BiH*) navodeći da osuda podnositelja predstavke na kaznu zatvora do 14 godina za zločine protiv čovječnosti u skladu sa KZ ne predstavlja povredu člana 7. Dok se ova kategorija zločina jasno propisuje međunarodnim pravom u vrijeme konflikta u Bosni i Hercegovini, ona nije bila predviđena KZ SFRJ. Praveći razliku između predmeta *Simsić* i *Maktouf-Damjanović*, Veliko vijeće se složilo da u zločinima protiv čovječnosti Odjel za ratne zločine Suda Bosne i Hercegovine „nema druge opcije nego da primjeni Krivični zakon iz 2003. godine” (vidi stav 55). Ovo je razuman zaključak; međutim ima uznemirujuće posljedice jer podvrgava one osuđene za zločine protiv čovječnosti na kazne zatvora do 45 godina u skladu sa KZ, dok ostavlja one osuđene za ratne zločine i genocide pod znatno blažim režimom izricanja kazne zatvora propisanim KZ SFRJ. Preovlađujući stav u međunarodnom pravu je da u svrhu izricanja kazne zatvora, nema hijerarhe između svirepih zločina. Kombinirani efekat presuda *Simsić* i *Maktouf-Damjanović* stoga rezultira nejednakom i nelogičnom politikom kažnjavanja koja diskriminira one osuđene za zločine protiv čovječnosti.

Na kraju, vrijedno je pomena da se presuda Velikog vijeća bavi kompleksnim i različitim terminima *nullum crimen*, *nulla poena sine lege* i *lex mitior*, čiji status i primjena još uvijek predstavljaju neriješenja pitanja u međunarodnom pravu, naročito u odnosu na međunarodne zločine. U tom pogledu, možda je dovoljno pomenuti da je praksa Evropskog suda do 2010. godine kontinuirano navodila da je član 7(2).

izuzetak od svog prvog stava u vezi sa suđenjem i kažnjavanjem bilo koje osobe za djelo koje je u vrijeme izvršenja predstavljalo krivično djelo prema općim pravnim principima (vidi *Naletilić protiv Hrvatske* iz 2000. godine i *Kolk i Kislyiy protiv Estonije* iz 2006. godine). Donošenjem presude 2010. godine u predmetu *Kononov protiv Latvije*, Veliko vijeće je promijenilo svoje razumijevanje člana 7. stav 2. te otišlo u suprotnom pravcu od onog izraženog u predmetu *Maktouf-Damjanović*. Za razliku od predmeta *Maktouf-Damjanović*, predmet *Naletilić* se odnosi na isto činjenično stanje kao i na iste žalbe a naročito se poziva na član 7. Aplikant se žali, u skladu sa članom 7. Evropske konvencije da je u Hrvatskoj mogao biti kažnjen na maksimalnu kaznu zatvora u trajanju od dvadeset godina dok ga je MKSJ mogao kazniti na doživotnu kaznu zatvora. U svojoj Odluci o dopustivosti, Evropski sud je zaključio:

„U pogledu tvrdnje podnosioca zahtjeva da bi ga MKSJ mogao osuditi na težu kaznu nego domaći sudovi da su ovi vršili svoju nadležnost i okončali postupak protiv njega, Sud primjećuje da bi, čak pretpostavljajući da bi se na ovaj predmet primijenio član 7., konkretna odredba koja bi mogla biti primjenjiva na njega bio stav 2., a ne stava 1. člana 7. Konvencije. To znači da se ne može primijeniti druga rečenica člana 7. stava 1. Konvencije na koju se poziva podnositelj zahtjeva.

Slijedi da je ovaj dio zahtjeva također očigledno neosnovan u smislu člana 35, stava 3. Konvencije i da stoga treba biti odbijen u skladu sa članom 35. stavom 4. ”

Nadalje, tek 2009. godine, Evropski sud je predmetu *Scoppola protiv Italije* utvrdio da je pravo počinitelja na primjenu povoljnijeg krivičnog zakona (princip *lex mitior*) zaštićeno članom 7(1). Prije te presude, Sud je kontinuirano isključivao mogućnost da član 7. može štititi to pravo.

Imajući u vidu ovu pozadinu neriješenih pravila, praksa koja se rapidno razvija i konflikti između osnovnih principa prava kao što su *nulla poena sine lege* i *lex mitior* s jedne strane i pravičnosti izricanja kazni zatvora s druge, sudske institucije Bosne i Hercegovine će zasigurno imati težak zadatak implementacije presude *Maktouf-Damjanović*. U jednom takvom kontekstu, bilo je za očekivati veću uputu Evropskog suda u odnosu na kompatibilnost kazni zatvora, koje spadaju u veći raspon kažnjavanja, sa članom 7. Ovo je možda jedan od tih predmeta u kojima bi *obiter dicta* bili dragocjeni ako ne i neophodni.

4. Efekti prakse Evropskog suda na nacionalnom nivou

a. Zakonodavni nivo

Iz primjera odabranih presuda Evropskog suda slijedi da se najveći problem za Bosnu i Hercegovinu odnosi na usvajanje općih mjera koji bi riješili problem u zakonodavstvu ali isto tako ponudili zakonodavni okvir za podršku dodatnih instrumenata za sudski sistem kako bi se izvršile konačne i obavezujuće presude sudova. Skoro pa nema predmeta koji se odnose na povrede Evropske konvencije kako ih tumače sudovi na nacionalnom nivou. Skoro svaki predmet protiv Bosne i Hercegovine, pogotovo oni u kojima je Evropski sud utvrdio povrede ima svoje korjenje u zakonodavstvu ili radnji koje su poduzele zakonodavne ili izvršene vlasti na različitim nivoima u Bosni i Hercegovini³⁹.

b. Sudstvo

Kao što je ranije zaključeno, sistem nacionalnih sudova nudi efikasni pravni lijek građanima da osporavaju razne situacije u odnosu na navodnu povredu prava zaštićenih Evropskom konvencijom.

Prednost sistema zaštite ljudskih prava u Bosni i Hercegovine je da je kao zamjena nadležnosti Evropskog suda od 1995 do 2002. godine, Komisija za ljudska prava⁴⁰ koja se sastojala od većinom međunarodnih eksperata za ljudska prava, primjenjivala praksu Evropskog suda u svim svojim presudama. Sve presude su prevedene na domaće jezike što čini primjenu Evropske konvencije dostupnijom kako advokatima ali tako i čitavom stanovništvu. Ovi rani napori u primjeni Evropske konvencije su dali rezultat od više od 20,000 presuda koje su se bavile pitanjima zaštite ljudskih prava. Naslijeđe Doma za ljudska prava je preuzeo Ustavni sud koji nastavlja da širu istu ideju zaštite ljudskih prava predviđenu Evropskom konvencijom kroz svoju apelacionu nadležnost⁴¹.

39 Vidi nasuprot tome, predmet *Maktouf i Damjanovic protiv Bosne i Hercegovine* ali čak i u ovom predmetu različita tumačenja kao i posljedice koje proizilaze iz implementacije ove presude imaju svoj osnov u različitim zakonodavstvu koji je primjenljiv na istu vrstu predmeta zavisno od nivoa sudstva koji se bavi određenim predmetom.

40 Komisija za ljudska prava se sastojala od Ombudspersona za ljudska prava za BiH i Doma za ljudska prava koja je djelovala kao Komisija za ljudska prava Vijeća Evrope i Evropski sud za ljudska prava te ima veoma slične nadležnosti ta dva organa Vijeća Evrope. Obje institucije su imali podršku u stalnom osoblju Evropske komisije za ljudska prava i Evropskog suda za ljudska prava kao registrar ili pravnici.

41 Ustavni sud egzistira od vremena kada je BiH bila jedna od republika bivše Socijalističke federativne republike Jugoslavije (SFRJ). Ustanovljen je 15. februara 1964. godine. Od 14. decembra 1995. godine Ustavni sud funkcioniše sa različitim nadležnostima koje obuhvataju „apelacionu nadležnost”

Sljedeća prednost koju Bosna i Hercegovina ima u odnosu na primjenu standarda Evropske konvencije se očituje u činjenici da su zbog velike prisutnosti međunarodne zajednice odmah nakon rata u BiH, nevladine organizacije, Evropska unija, OSCE, UNHCR, Vijeće Evrope itd., uradile mnoge projekte u polju primjene principa ljudskih prava općenito. Napori su također uloženi u organizaciju centara za obrazovanje sudija i tužilaca u pogledu, između ostalog, zaštite ljudskih prava i posebnih članova Evropske konvencije, postupaka pred Evropskim sudom, Komisije za ljudska prava te Ustavnog suda.

Postoji samo jedan nepovoljni aspekt u odnosu na Bosnu i Hercegovinu u primjeni Evropske konvencije a to je slab kapacitet demokratskih institucija zbog kompleksne ustavne strukture koja dozvoljava da kompletan zakonodavni proces mogu blokirati male političke ili etničke grupe pozivanjem na veto na osnovu vitalnog nacionalnog interesa jednog od konstitutivnih naroda ili vitalnog interesa entiteta. To je i glavni razlog za neizvršavanje presuda Evropskog suda ali i odluka Ustavnog suda.

Kao rezultat, od 2002. godine pa do danas kada BiH je postala članica Vijeća Evrope, presude Evropskog suda veoma precizno naglašavaju jasno vidljive činjenice da primjena Evropske konvencije nije *terra incognita* za primjenu standarda zaštite ljudskih prava pred nacionalnim sudovima ali predstavlja i veliki problem za zakonodavni proces kao i za izvršne vlasti. Praksa Evropskog suda pokazuje da se velika većina kršenja presuda protiv BiH pred Evropskim sudom odnosi na tzv. „sistemske greške u zakonodavstvu” ili direktno ili indirektno zahtijevaju opće zakonodavne mjere.

5. Zaključci

Kao što je i za očekivati, slabost insitucionalnog okvira ostavlja dovoljno prostora za različite oblike povreda ljudskih prava kao rezultata prakse Evropskog suda. Na primjer, osim činjenice da nacionalno zakonodavstvo obično obuhvata odredbe o nediskriminaciji, određena odstupanja su prisutna u upravnoj i sudskoj praksi, često dovodeći u pitanje princip jednakosti u ostvarivanju prava. Već pomenuta kompleksna upravna struktura i raspodjela nadležnosti vodi do neusklađenih zakonskih i podzakonskih akata što dovodi građane BiH u nejednak položaj u zavisnosti od toga u kojem dijelu države oni žive.

sa istim kriterijom za dopustivost kao i onim na Evropskom sudu. Apelaciona nadležnost Ustavnog suda je definisana ustavnom odredbom koja daje Ustavnom sudu „apelacionu nadležnost u pitanjima koja su sadržana u ovom Ustavu, kada ona postanu predmet spora zbog presude bilo kojeg suda u Bosni i Hercegovini” U pogledu organizacije, Ustavni sud je „kopirao” uređenje Evropskog suda, uveo funkciju registrara, i dodatno ojačao funkcije pravnih savjetnika u Uredu registrara, slično načinu na koji ovaj sistem funkcioniše na Evropskom sudu.

U pogledu navodnih povreda ljudskih prava, Bosna i Hercegovina je u potpunosti prihvatila i primjenjuje iste principe kao i Evropski sud u polju sudstva, prvenstveno kroz funkcionisanje Ustavnog suda. Stoga je pitanje redovnih i vanrednih pravnih lijekova puna odgovornost redovnih sudova, koji primjenom relevantnih pravnih odredbi, omogućavaju poštivanje prava na pravično suđenje. S druge strane, ustavna odredba koja utvrđuje obavezu svih sudova, institucija i organa vlasti da primjenjuju ljudska prava i slobode kako su definisana članom II Ustava, predstavlja dodatnu obavezu redovnih sudova da direktno primjenjuju, uz relevantne zakone, prava koja se navode u članu II Ustava bez obzira na njihovu klasifikaciju u domaćem pravnom sistemu koji također podrazumijeva implementaciju Evropske konvencije. Nažalost nema pravnog lijeka osim raznih mogućnosti na političkom nivou u pogledu izvršenja presuda Evropskog suda. Ostaje na Ministarstvu za ljudska prava i izbjeglice i njegovom Agentu za zastupanje pred Evropskim sudom da poduzmu sve mjere kako bi se izvršile presude Evropskog suda.

Veoma je lahko ocijeniti utjecaj prakse Evropskog suda na sudstvo obračunom presuda sa utvrđenim povredama u odlukama nacionalnih sudova jer takve presude ne postoje do danas. Ali s druge strane veoma je lahko zaključiti da je utjecaj prakse Evropskog suda na zakonodavnu i ponekad izvršnu upravu beznačajan. Zatvoreni u etno-političkim krugovima u trajnoj borbi za naredni mandat manipulacijom najnižih osjećaja građana, oni jednostavno ignorišu glavnu svrhu politike – obezbijedivanje demokratije svim građanima i poboljšanje opće dobrobiti. Čak i danas kada je izvršenje (očigledno) najznačajnije presude u odnosu na Bosnu i Hercegovinu (*Sejdić i Finci protiv Bosne i Hercegovine*) postalo glavni preduslov za Bosnu i Hercegovinu da postigne dogovor oko datuma za početak pregovora o kandidaturi u EU ali i priznavanje općih izbora koji će se održati u 2014. godini, BH političari su jednostavno odlučili da zatvore bilo kakvu diskusiju po tom pitanju. Čak je i članstvo u Vijeću Evrope postalo biti predmet veoma ozbiljnih diskusija pred Komitetom ministara Vijeća Evrope zbog neizvršavanja presude Evropskog suda u predmetu *Sejdić i Finci protiv Bosne i Hercegovine*. Ogroman pritisak se stavlja na vladajuće stranke koje čine vladu države kako bi se iz Ustava izbacila diskriminacija. Očigledno je da je ovaj predmet postao kamen temeljac za budućnost zemlje.

Zato je veoma teško ocijeniti demokratiju, politički pluralizam i jednakost pred zakonom, građanska prava i proces koji ga prati te pravi utjecaj prakse Evropskog suda u polju zakonodavnog procesa. Neodgovorne vlade na svim nivoima nisu izvršile odluke Ustavnog suda tako da presude Evropskog suda ne predstavljaju jedinstven primjer nepoštivanja demokratskih procesa i obaveza.

Ovo je sasvim jedinstvena slika koja ima dvije strane – jedna je sudska sa dobro obrazovanim stručnjacima u polju primjene relevantnih domaćih zakona ali

i u primjeni Evropske konvencije i s druge strane je predstavljeno zakonodavnom i izvršnom vlasti koja nije spremna da ispoštuje bilo kakvu preporuku čak iako je u formi presude Evropskog suda.

Postoji veoma jednostavan razlog za takvo ponašanje – institucije Bosne i Hercegovine su, na način kako su ustanovljene Daytonskim mirovnim sporazumom, bile tako slabe da ne mogu izvršavati čak ni redovne dužnosti zbog neefikasnog sistema usvajanja čak i najjednostavnijih odluka. Sasvim je jasno da državne institucije nisu u mogućnosti da odgovore na sve veće zahtjeve procesa integracija u EU zbog konstantne blokade kroz vitalni nacionalni interes ili veto vitalnog nacionalnog interesa entiteta.

Constance Grewe

Richterin des Verfassungsgerichtes von Bosnien und Herzegowina

INWIEWEIT WIRKT SICH DIE RECHTSPRECHUNG DES EGMR AUF DIE STANDARDS DER NATIONALEN VERFASSUNGSGERICHE AUS?

Das Ziel dieses rechtsvergleichenden Beitrags ist es, trotz der zunehmenden Konstitutionalisierung der EMRK und der von ihr ausgehenden Harmonisierung der Rechtsordnungen, die Vielfalt des konventionsrechtlichen Einflusses auf die Standards der nationalen Verfassungsgerichte zu betonen. Diese Vielfalt setzt sich aus recht unterschiedlichen Elementen zusammen, die hier etwas schematisch auf drei Aspekte reduziert werden.

Zum Ersten hängt die Anwendung bzw. die Übernahme der Straßburger Rechtsprechung von formalrechtlichen Kriterien wie der Umsetzung in das innerstaatliche Recht und der dortigen Geltung ab. Nahezu alle normativen Ebenen sind hier vertreten, angefangen von einer verfassungsrechtlichen Geltung über eine supra-legislative bis hin zu einer einfachgesetzlichen Geltung. Ebenso wichtig erscheinen zum Zweiten die Möglichkeiten und Grenzen kreativen verfassungsgerichtlichen Handelns. Diese ergeben sich vor allem aus der stärkeren oder schwächeren Stellung der Verfassungsgerichte im Kontext ihrer Rechtsordnung, wobei der Kontext auf so diverse und komplexe Konzepte verweist wie Rechtskultur oder die Beziehungen zum Gesetzgeber. Schließlich und zum Dritten spielt auch der Wille des jeweiligen Verfassungsgerichts, europäische Standards zu übernehmen, eine Rolle. Selbstverständlich entspringt dieser Wille weder einer Willkür noch einem Niemandland; auch hier spielt der Kontext eine beachtliche Rolle.

I - Einleitung

Ein zentrales Anliegen des europäischen Menschenrechtsschutzes ist es, ein Gleichgewicht zwischen Subsidiarität einerseits und supranationaler Kontrolle andererseits zu schaffen und zu wahren. Bei der innerstaatlichen Anwendung, Umsetzung und Übernahme der EMRK stehen die völkerrechtlichen Mechanismen

und damit die Vielfältigkeit im Vordergrund. Gleichwohl sollte der Druck, den die wachsende Konstitutionalisierung der Konvention auf die nationalen Rechtsordnungen ausübt, nicht außer Acht gelassen werden.

1. Bereits der Text der EMRK begründet zahlreiche Pflichten. Alle Mitgliedstaaten sind gleichermaßen angehalten, die in der Konvention proklamierten Rechte und Freiheiten voll zu gewähren (Art. 1), eine wirksame Beschwerde bei den nationalen Instanzen zu garantieren (Art. 13) und in allen Rechtssachen, in denen sie Partei sind, das endgültige Urteil des Gerichtshofs zu befolgen (Art. 46-1).

Die Reform dieses Textes durch das 11. Zusatz-Protokoll und die Rechtsprechung haben das Recht der EMRK tiefgreifend umgewandelt und insbesondere viele vertikale und objektive aus dem Verfassungsrecht entlehnte Elemente eingefügt. Daher der Terminus der Konstitutionalisierung, den der EGMR ausdrücklich bestätigt, wenn er die Konvention als „verfassungsrechtliches Instrument eines europäischen ordre public“ bezeichnet¹, seine einstweiligen Maßnahmen für bindend² erklärt und den Mechanismus der Pilot-Urteile³ einführt.

2. Der innerstaatliche Status der EMRK erweist sich infolgedessen als zunehmend ambivalent oder zusammengewürfelt, was die Antwort auf die Frage der Standards nicht erleichtert.

Etwas schematisch ist jedoch festzuhalten, dass die Anwendung bzw. die Übernahme der Straßburger Rechtsprechung zunächst von formalrechtlichen Kriterien wie der Umsetzung in das innerstaatliche Recht und der dortigen Geltung abhängt. Der von der Verfassung oder ihrem Richter bestimmte Rang in der innerstaatlichen Normenhierarchie ist jedoch nicht ausschlaggebend. Ebenso wichtig ist in dieser Hinsicht, wie und ob der Verfassungsrichter den Befehl zur innerstaatlichen Anwendung der Konvention ausführen kann und will. Schließlich beschränkt sich die richterliche Tätigkeit nicht auf mechanische Subsumtionen, sondern enthält durchaus kreative Aspekte der Rechtsfortbildung. Mit anderen Worten: Die Übernahme europäischer Standards hängt nicht zuletzt vom Willen des jeweiligen Verfassungsgerichts ab. Selbstverständlich entspringt dieser Wille weder einer Willkür noch einem Niemandsland: auch hier spielt der Kontext eine beachtliche Rolle.

3. In diesem Rahmen ist es weder möglich noch angebracht, alle Verfassungsgerichte aller Konventionsstaaten zu prüfen. Vielmehr erscheint es weit fruchtbarer, auf die genannten Faktoren abzustellen und dabei jeweils bezeichnende Beispiele anzuführen.

1 EGMR, GK, 23.3.1995 Nr. 15318/89, *Loizidou/Türkei*.

2 EGMR, GK, 4.2. 2005, Nr. 46827/99 46951/99, *Mamatkulov und Askarov/ Türkei*.

3 EGMR, GK, 22.6.2004, Nr. 31443/96, *Broniowski /Polen*.

Ich werde demnach zuerst den nächstliegenden rechtlich relevanten Faktor prüfen, nämlich die innerstaatliche Geltung der EMRK (II), um dann die Analyse auf das übrige rechtliche Umfeld zu erstrecken anhand der Frage nach den Möglichkeiten und Grenzen des verfassungsgerichtlichen Handelns (III). In einer abschließenden Betrachtung möchte ich die Relativität des Rechts und die Wichtigkeit des richterlichen Willens zur Umsetzung und/oder Übernahme europarechtlicher Standards betonen (IV).

II - Die Geltung der EMRK im innerstaatlichen Recht

III - Rechtliche Möglichkeiten und Grenzen für die Übernahme europäischer Standards

IV - Der Wille, europäische Standards zur Geltung zu bringen

II - Die innerstaatliche Geltung der EMRK

Die Vertragsstaaten verfügen auf diesem Gebiet über eine weitgehende Gestaltungsfreiheit. Grundsätzlich entscheidet jeder Staat selbst über den innerstaatlichen Status von Völkerrecht. Dies gilt noch immer für die EMRK, auch wenn diese Freiheit heutzutage häufiger als in der Vergangenheit völkerrechtliche Pflichtverletzungen implizieren kann. Dem entsprechend erstreckt sich die innerstaatliche Geltung der EMRK auf alle normativen Ebenen: die verfassungsrechtliche (1), die supra-legislative (2) und die einfachgesetzliche (3).

1. Verfassungsrechtliche Geltung

Ein so hoher Rang wurde der EMRK in 4 Ländern verliehen: den Niederlanden, einzig echt „monistisches“ Land, Österreich, Bosnien-Herzegowina und Kosovo. In den Niederlanden verbietet die Verfassung eine gerichtliche Gesetzesprüfung, so dass dort kein Verfassungsgericht, sondern höchstens die einfachen Gerichte die EMRK Standards zur Geltung bringen können.

In Österreich, einem dualistischen Land, wurde der EMRK erst nach ihrer Ratifizierung durch ein verfassungsänderndes Gesetz der verfassungsrechtliche Rang verliehen. Dies hat jedoch nicht geholfen, mehrere ernste Konflikte mit dem EGMR zu vermeiden.

In Bosnien-Herzegowina, wie es auch aus dem Landesbericht hervorgeht, und im Kosovo schreibt die Verfassung eine direkte Anwendung der EMRK vor, und zwar

unabhängig von deren Ratifizierung. In beiden Ländern wird tatsächlich die EMRK fast tagtäglich zitiert und angewendet. Zudem sind hier, wie auch in Österreich, Verfassungsbeschwerden wegen EMRK-Verletzungen möglich.

In der Tschechischen Republik genießt die EMRK aufgrund des Verfassungstexts einen „nur“ supralegislativen Rang, während das Verfassungsgericht ihr einen verfassungsrechtlichen Status gewährt. Ähnlich ist die Situation in der Schweiz, wo der Text zwar schweigt, aber das Bundesgericht der EMRK einen quasi-verfassungsrechtlichen Rang verliehen hat.

Außer den Niederlanden liegen also in all diesen Ländern gute Voraussetzungen für eine Übernahme der EMRK Standards vor.

2. Sub-Konstitutionelle und supra-legislative Geltung

Diese „Mezzanin“-Position ist die häufigste. 28 Länder haben sich dafür entschieden, darunter die meisten osteuropäischen Länder und in Westeuropa beispielsweise Belgien, Frankreich und Spanien. Dies ermöglicht, die verfassungsrechtliche Souveränität aufrecht zu erhalten, verhindert aber gleichzeitig unvorhergesehene Vertragsbrüche durch den Gesetzgeber.

Im Hinblick auf die europarechtlichen Standards impliziert diese Option eine gut funktionierende gerichtliche Kontrolle, und insbesondere die Möglichkeit, konventionswidrige Gesetze für nichtig zu erklären oder nicht anzuwenden.

3. Einfachgesetzliche Geltung

Schließlich besitzt die Konvention in 13 Staaten die Geltung eines einfachen Gesetzes. Dieser Status, der dem klassischen Dualismus entspricht, wird in Osteuropa immer seltener - Ungarn, Litauen und Lettland - ; er findet sich vornehmlich in Westeuropa, so z.B. in Deutschland, Italien, Dänemark, Schweden und dem Vereinigten Königreich mit dem Human Rights Act, wo sich der Anwendungsbefehl auch auf die Rechtsprechung des EGMR erstreckt. Der Grundsatz der *lex posterior* stellt hier ein gewichtiges Risiko dar, das lediglich durch eine starke richterliche Kontrolle unterbunden werden kann. Insbesondere spielt in dieser Situation die Pflicht einer konventionskonformen Auslegung des innerstaatlichen Rechts eine große Rolle.

Abschließend ist festzuhalten, dass die innerstaatliche Geltung keinerlei Automatismus in dem Sinne beinhaltet, dass eine verfassungsrechtliche Stellung in jedem Fall zu einer effektiven Anwendung der Konvention führt oder anders herum, dass ein einfachgesetzlicher Rang die Übernahme der europäischen Rechtsprechung

regelmäßig hindert. Das bedeutet also, dass die europarechtlichen Standards nicht unbedingt von den Verfassungsgerichten übernommen werden, denn andere Faktoren kommen hierfür ebenfalls in Betracht.

III - Rechtliche Möglichkeiten und Grenzen für die Übernahme europäischer Standards

Die Möglichkeiten kreativer Rechtsfindung oder von Rechtsfortbildung durch Übernahme europäischer Standards in die nationale Verfassungsrechtsprechung hängen zu einem Großteil von der Stellung der Verfassungsgerichte (2) im Kontext ihrer Rechtsordnung (1) ab.

1. Die Verfassungsgerichte im Kontext

Dieser äußerst gewichtige Kontext kann hier nur angedeutet werden, so vielschichtig und komplex stellt er sich dar. Abgesehen von mehr politikwissenschaftlichen oder soziologischen Gesichtspunkten spielen in diesem Zusammenhang einerseits so weite und unbestimmte Begriffe wie Rechtstradition, Rechtskultur und Rechtssystem eine entscheidende Rolle wie auch in einem enger institutionellen Sinn die Beziehungen zu Legislative und Exekutive.

a) Tradition, Rechtskultur und Rechtssystem

Dazu nur ein paar Stichworte. Es ist klar, dass ein für auswärtige Einflüsse offenes Rechtssystem dem Verfassungsrichter Anreize bietet, sein Recht fortzubilden, neue Ideen zu entwickeln und dementsprechend die Auslegungsmethoden flexibel zu gestalten. In dieser Hinsicht scheint der im 19. Jahrhundert dominante und noch lange danach einflussreiche Rechtspositivismus eher ein Hindernis darzustellen. Sowohl das französische und das österreichische Rechtsverständnis als auch dasjenige vieler ex-sozialistischer Staaten zeugen von einer gewissen Abschottung der nationalen Ordnungen und dem Vorherrschen formaler Gesichtspunkte bei den Auslegungsmethoden. Ein Autor hat in diesem Zusammenhang von einem „mechanischen Denken“⁴ gesprochen.

Außerdem sind im menschenrechtlichen Bereich die Konzeption und die Organisation der Grundrechte für die verfassungsgerichtliche Standardbildung

4 Z. Kühn, *European Law in the Empires of Mechanical Jurisprudence: The Judicial Application of European Law in Central European Candidate Countries*, *Croatian Yearbook of European Law and Policy* 1 (2005), S. 55 ff.

bedeutsam. Armut an Grundrechten in Verfassung und Lehre wird in einem national abgeschotteten System zum Hindernis für die EMRK-Rezeption (Dänemark), während sie in einem offenen System die Rezeption fördert (Norwegen). Reichtum erscheint zunächst als positiver Faktor (Portugal, Tschechische Republik), kann sich aber auch zu einer Art von Überlegenheitsgefühl steigern (Deutschland, Italien) und insofern die Übernahme von EMRK Standards bremsen.

Schließlich sei hier nur erwähnt, dass selbstverständlich auch die traditionelle Stellung der Justiz im Staats- und Rechtsgefüge eine Rolle spielt.

b) Legislative und Exekutive

Was nun die Beziehungen zu Legislative und Exekutive angeht, so sind sie oft recht ambivalent. Verfassungsgerichtlicher Aktivismus wird zwar meist zum Ärgernis des Gesetzgebers, kann aber zwei völlig gegensätzliche Reaktionen hervorrufen, die beide in Polen zu beobachten sind. Auf der einen Seite trägt solcher Aktivismus zum Ansehen des Verfassungsgerichts sowie seiner Aufwertung gegenüber Legislative und Exekutive bei⁵, was eine Standardübernahme der EMRK erleichtert. Auf der anderen Seite sind gleichwohl Sanktionen, wie sie kürzlich in Polen, aber auch in Ungarn oder in Russland in Bezug auf die Umsetzung von Völkerrecht ergriffen wurden, nicht ausgeschlossen.

Nach dieser summarischen Skizze des Kontexts ist näher auf die Stellung der Verfassungsgerichte einzugehen.

2. Stellung der Verfassungsgerichte

Ein Verfassungsgericht, das über weite Zuständigkeiten und breite Anerkennung verfügt, kann sich leichter Kreativität leisten als ein Gericht, bei dem es an dem einen oder dem anderen Element mangelt. Gehen die Kompetenzen aus dem jeweiligen Verfassungstext hervor, so sind Anerkennung und damit Autorität und Legitimität eher faktische aus der Praxis erwachsene Eigenschaften, die ich hier nicht näher erläutern möchte.

a) Das klassische Beispiel für ein *starkes Verfassungsgericht ist das deutsche Bundesverfassungsgericht*. Die vielfältigen bereits im Grundgesetz verankerten Kompetenzen (abstrakte und konkrete Normenkontrolle, Verfassungsbeschwerde, Organklage, usw.) werden hier durch ein ungebrochenes öffentliches Ansehen ergänzt und verstärkt. So wurde beispielsweise die Verfassungsbeschwerde erst auf Anregen

5 W.Sadurski, *Constitutionalism and the Enlargement of Europe*, Oxford University Press 2012, 20-27.

des Gerichts mehrere Jahre nach der Verabschiedung des Grundgesetzes in die Verfassung aufgenommen.

Obwohl die EMRK im deutschen Recht nur einfachgesetzlichen Rang besitzt, hat das Gericht in einem ersten Schritt erklärt, die Grundrechte müssten im Licht der EMRK ausgelegt werden. Eine indirekte Übernahme europäischer Standards wurde auf diese Weise möglich. Dies hat sich vor allem in dem Caroline von Hannover-Fall gezeigt, wo das Bundesverfassungsgericht seine Auslegung der Pressefreiheit teilweise geändert hat. Ein zweiter Schritt wurde im Rahmen des Görgülü-Falles unternommen, der das Gericht veranlasste, eine mit der Verletzung der EMRK begründete Verfassungsbeschwerde dann anzuerkennen, wenn ein Urteil des EGMR in Deutschland nicht befolgt worden war. Dem ist hinzuzufügen, dass zahlreiche europäische Standards, soweit sie nicht ausdrücklich im Grundgesetz verankert sind, vom Bundesverfassungsgericht aus dem Rechtsstaatsprinzip hergeleitet werden. Dies gilt vornehmlich für die Grundsätze der Rechtssicherheit, der Verhältnismäßigkeit und des Vertrauensschutzes. Der Rechtsstaat stellt also die Brücke dar, mittels derer man von der EMRK zu den verfassungsrechtlichen Standards gelangt.

b) *Das tschechische Verfassungsgericht dürfte ebenfalls als stark bezeichnet werden.* Denn seine wichtigen Kompetenzen im Rahmen der abstrakten und der konkreten Normenkontrolle werden u.a. durch die Verfassungsbeschwerde ergänzt. Der Gerichtshof hat sich eine recht kreative Gesetzesauslegung erlaubt. Bei der Einfügung der Euro-Klausel in die Verfassung wurden auch die Beziehungen zum Völkerrecht neu geregelt. Der Reform zufolge sollten alle völkerrechtlichen Abkommen - auch menschen- und bürgerrechtliche - unter der Verfassung aber über dem einfachen Gesetz stehen (Art. 10). Außerdem wurde die verfassungsgerichtliche Zuständigkeit für die Prüfung von Gesetzen auf deren Konventionsvereinbarkeit gestrichen (Art. 87-1). Dem nicht zum Trotz hat das Gericht entschieden⁶, dass die internationalen Abkommen über Menschen- und Bürgerrechte auch weiterhin einen Bestandteil der Verfassungsordnung bilden und dass es selbst für die Konformität von Gesetzen mit solchen Verträgen weiterhin zuständig sei. Auf diese Weise kommt der EMRK de facto nicht nur eine verfassungsrechtliche Stellung zu, sondern können auch Verfassungsbeschwerden eingereicht werden, die sich ausschließlich auf die EMRK stützen: Der Übernahme von europarechtlichen Standards steht hier nichts mehr im Wege.

c) *Diessieht in Polen anders aus.* Zwar scheint auch das polnische Verfassungsgericht über weite Kompetenzen zu verfügen, wie abstrakte und konkrete Normenkontrolle sowie die Entscheidung über Verfassungsbeschwerden, doch handelt es sich hier

6 Urteil vom 25.6.2002, Pl. ÚS 36/01.

um eine sog. unechte Verfassungsbeschwerde. Sie zielt lediglich auf die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit der der Grundrechtsbeeinträchtigung zugrundeliegenden Norm ab (Artikel 79-1) und nicht auf die Rechtmäßigkeit der Beeinträchtigung, d.h. die Durchführung der betreffenden Norm. Im Übrigen betrifft sie nur die Vereinbarkeit mit der Verfassung, nicht jedoch mit völkerrechtlichen Abkommen. Das hat zur Folge, dass die Rechtsprechung des EGMR lediglich teilweise berücksichtigt und umgesetzt wird. Der Übernahme von europäischen Standards sind hier somit deutliche Grenzen gesetzt.

d) *Noch schwächer erweist sich die Stellung des französischen Conseil constitutionnel.* Seine Kompetenzen waren bis 2008 auf eine vorausgehende abstrakte Normenkontrolle beschränkt und sind seitdem auf eine nachträgliche Gesetzesprüfung erweitert worden. Diese neu eingeführte „verfassungsrechtliche Frage“ (QPC) setzt allerdings die Verletzung eines verfassungsrechtlich gewährleisteten Rechts voraus und kann nur durch eine Vorlage der höchsten Fachgerichte initiiert werden. Fügt man noch hinzu, dass in Frankreich nicht der Verfassungsrat, sondern die ordentlichen Gerichte für die gesetzliche Vereinbarkeit mit völkerrechtlichen Abkommen zuständig sind, so wird verständlich, dass der Rat sich nie auf die Rechtsprechung des EGMR beruft, sie nur gelegentlich anwendet und sie manchmal ganz außer Acht lässt.

Die innerstaatliche Geltung der EMRK zusammengenommen mit den übrigen Möglichkeiten und Grenzen der Verfassungsgerichte erweisen sich demnach als ein kompliziertes Spiel mit zahlreichen Zügen und Lösungsmöglichkeiten, wo das Recht nicht immer ein eindeutiges Verhalten vorschreibt.

IV - Schlussbetrachtung: Der Wille, europäische Standards zur Geltung zu bringen

Es mag zwar enttäuschen, wenn ein Jurist seine Rede mit der Feststellung der Relativität des Rechts beendet, gleichwohl scheint eine realistische Beobachtung dieses Fazit zu gebieten. Denn wie sonst könnte man einerseits die Schwankungen im Verhalten der Verfassungsgerichte erklären und andererseits zahlreiche rechtlich nicht oder nicht ganz erklärbare Kontraste?

1. Zu den Kontrasten:

Abgesehen von einzelnen besonders bezeichnenden Kontrasten, so wie z.B. zwischen Dänemark und Norwegen, sei eine allgemeinere Aussage gewagt. Sie betrifft das vielfältige Verhalten der Verfassungsgerichte gegenüber den EMRK Standards in

den Ländern, wo die Konvention zwischen der Verfassung und dem einfachen Gesetz steht. Diesbezüglich trifft man teils auf eine Verfassungsangleichung der EMRK, auf regelmäßige Anwendung der EGMR Rechtsprechung, auf die bloße Kenntnisnahme des Konventionstextes oder seine Auflösung im nationalen Recht und schließlich auf die Verweigerung jeglicher Zuständigkeit. Sind zwar manche dieser Unterschiede durch das Rechtssystem bedingt, so spielt doch auch das Willensmoment eine Rolle.

2. Zu den Schwankungen:

In den letzten Jahren sind trotz wachsenden richterlichen Dialogs die Konflikte zwischen dem EGMR und einigen Mitgliedstaaten zahlreicher und schärfer geworden. Dies gilt vor allem für das Vereinigte Königreich nach der Straßburger Rechtsprechung über die politischen Rechte von Häftlingen. Das Vereinigte Königreich hat nicht nur auf die Einberufung der Brighton-Konferenz und die Aufnahme des Subsidiaritätsprinzips in die Konvention gedrängt, sondern geht heute bis zur Drohung eines Austritts. Auch in der Schweiz hat die Skepsis gegenüber der EMRK so stark zugenommen, dass viele Gerichte sich weigern, eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vorzunehmen.

Die Frage ist nun, inwieweit diese Stimmung imstande ist, sich auch auf die Verfassungsgerichte und auf andere Länder niederzuschlagen und bisherige EMRK-freundliche Haltungen zu beeinträchtigen.

Die bedeutsame Rolle, die somit voluntaristischen Faktoren zukommt, könnte jedoch möglicherweise wirksam durch den EGMR unterstützt und gefördert werden, wenn die europäische Rechtsprechung sich noch mehr um Kohärenz und Pädagogik bemühen würde.

Constance Gewe

Sutkinja Ustavnog suda Bosne i Hercegovine

U KOJOJ MJERI PRAKSA EUROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA UTJEČE NA STANDARDE NACIONALNIH USTAVNIH SUDOVA?

Cilj ovog komparativnog priloga jest naglasiti raznolikost utjecaja Konvencije na standarde nacionalnih ustavnih sudova, unatoč sve većoj konstitucionalizaciji Europske konvencije o ljudskim pravima i harmonizaciji pravnih poredaka od strane iste. Ta se raznolikost sastoji od dosta različitih elemenata koji će se ovdje shematski sažeti u tri aspekta.

Kao prvo, primjena, odnosno preuzimanje sudske prakse iz Strasbourga ovisi o formalno-pravnim kriterijima, kao što je implementacija u nacionalno pravo i njezin položaj u njemu. Ovdje su zastupljene gotovo sve normativne razine, počevši od ustavnopravne, preko nadzakonske do razine jednostavnog zakona. Drugo, jednako važne su i mogućnosti i granice kreativnog djelovanja ustavnih sudova, a one proizlaze prije svega iz snažnijeg ili slabijeg položaja ustavnih sudova u kontekstu njihovog pravnog poretka. Pri tome kontekst ukazuje na veoma različite i kompleksne koncepte poput pravne kulture ili odnosa sa zakonodavcem. I kao treće, preuzimanje europskih standarda ovisi u konačnici i o volji ustavnog suda. Naravno, ta volja ne proizlazi niti iz samovolje niti iz Nigdjezemske, i ovdje kontekst igra značajnu ulogu.

I – Uvod

Glavni cilj europske zaštite ljudskih prava je stvoriti i održati ravnotežu između supsidijarnosti s jedne strane i supranacionalne kontrole s druge strane. Kod nacionalne primjene, implementacije i preuzimanja Europske konvencije o ljudskim pravima u prvom su planu međunarodnopravni mehanizmi, a time i raznovrsnost. No, istovremeno se ne smije zanemariti ni pritisak koji sve veća konstitucionalizacija Konvencije vrši na nacionalne pravne poretke.

1. Već i sam tekst Europske konvencije o ljudskim pravima utemeljuje brojne obaveze. Sve države članice podjednako imaju obavezu zagarantirati u potpunosti prava i slobode proklamirane u Konvenciji (čl. 1.), efikasne mogućnosti tužbe pri nacionalnim sudskim instancama (čl. 13.) i, u svim pravnim predmetima u kojima su stranke u postupku, držati se konačne presude Europskog suda (čl. 46-1).

Reforma ovoga teksta kroz broj 11. Dodatni protokol i sudsku praksu temeljito je promijenila pravo Europske konvencije o ljudskim pravima te je posebno dodano puno vertikalnih i objektivnih elemenata preuzetih iz ustavnog prava. Stoga i pojam konstitucionalizacije, koji Europski sud za ljudska prava izričito potvrđuje kada Konvenciju naziva „ustavno-pravnim instrumentom europskog ordre publica”¹, svoje priremene mjere proglasi obavezujućim² i uvodi mehanizam pilot-presuda.

2. Uslijed toga nacionalni status Europske konvencije o ljudskim pravima postaje sve ambivalentniji ili nabacan, što baš ne olakšava odgovor na pitanje o standardima.

No, pomalo shematski treba konstatirati da primjena, odnosno preuzimanje sudske prakse iz Strasbourga ovisi ponajprije o formalno-pravnim kriterijima, kao što je implementacija u nacionalno pravo i njezin položaj u njemu. Ali njezin rang, koji je odredio ustav ili ustavni sudac, u nacionalnoj hijerarhiji normi nije mjerodavan, već je u ovom pogledu također važno kako i da li ustavni sudac može i želi izvršiti nalog za nacionalnu primjenu Konvencije jer sudačka se djelatnost u konačnici ne ograničava na mehaničke supsumcije, već sadrži i kreativne aspekte daljnjeg razvoja prava. Drugim riječima: preuzimanje europskih standarda ovisi u konačnici i o volji ustavnog suda. Naravno, ta volja ne proizlazi niti iz samovolje niti iz Nigdjezemske, i ovdje kontekst igra značajnu ulogu.

3. U ovom okviru niti je moguće niti je primjereno preispitati ustavne sudove svih država potpisnica Konvencije, već se čini puno korisnijim da se osvrnemo na navedene faktore i pritom navedemo jasne primjere.

Prema tomu ću prvo poći od najvažnijeg pravno relevantnog faktora, tj. nacionalnog važenja Europske konvencije o ljudskim pravima (II), kako bi onda analizu proširila na ostalo pravno okruženje, i to polazeći od pitanja o mogućnostima i granicama djelovanja ustavnih sudova (III). U završnom razmatranju želim naglasiti relativitet prava i značenje sudačke volje za implementacijom i/ili preuzimanjem standarda iz europskog prava (IV).

II – Važenje Europske konvencije o ljudskim pravima u nacionalnom pravu

III – Pravne mogućnosti i granice za preuzimanje europskih standarda

IV – Volja da se osigura važenje europskih standarda

1 Europski sud za ljudska prava, GK, 23.3.1995. br. 15318/89, *Loizidou/Turska*.

2 Europski sud za ljudska prava, GK, 4.2. 2005, br. 46827/99 46951/99, *Mamatkulov i Askarov/ Turska*.

II – Važenje Europske konvencije o ljudskim pravima u nacionalnom pravu

Države potpisnice Konvencije na ovom području imaju dalekosežnu slobodu kreiranja. Načelno, svaka država samostalno odlučuje o statusu međunarodnog prava u nacionalnom pravnom poretku. To još uvijek vrijedi i za Europsku konvenciju o ljudskim pravima, iako ta sloboda u današnje vrijeme, češće nego u prošlosti, može implicirati međunarodnopravne povrede obveza. Prema tomu se vađenje Europske konvencije o ljudskim pravima na nacionalnoj razini odnosi na sve normativne razine: ustavnopravnu (1), nadzakonsku (2) i razinu jednostavnih zakona (3).

1. U rangu ustava

Tako visoki rang Europska konvencija o ljudskim pravima ima u četiri zemlje: Nizozemskoj, jedinoj stvarno „monističkoj” zemlji, Austriji, Bosni i Hercegovini i Kosovu. U Nizozemskoj Ustav zabranjuje sudsku kontrolu zakona tako da valjanost standarda Europske konvencije o ljudskim pravima tamo ne može ostvariti Ustavni sud, nego u najboljem slučaju jednostavni sudovi.

U Austriji, dualističkoj zemlji, Europska konvencija o ljudskim pravima je ustavnopravni rang stekla tek nakon njezine ratifikacije kroz Zakon o izmjeni Ustava. Međutim, to nije pomoglo da se izbjegne nekoliko ozbiljnih sukoba s Europskim sudom za ljudska prava.

U Bosni i Hercegovini, kao što to i proizlazi iz izvješća za zemlju, i na Kosovu ustav propisuje direktnu primjenu Europske konvencije o ljudskim pravima, i to neovisno o njezinoj ratifikaciji. U obje se zemlje Europska konvencija o ljudskim pravima doista citira i primjenjuje gotovo svakodnevno. Pored toga, u ovim zemljama su, kao i u Austriji, dopuštene ustavne tužbe zbog povrede Europske konvencije o ljudskim pravima.

U Češkoj Republici Europska konvencija o ljudskim pravima, zbog teksta Ustava, ima „samo” rang iznad zakona, dok joj Ustavni sud jamči ustavnopravni status. Slična je i situacija u Švicarskoj, gdje tekst doduše šuti, ali Savezni sud Europskoj konvenciji o ljudskim pravima daje kvaziustavnopravni rang.

Osim u Nizozemskoj, u svim ovim zemljama dakle postoje dobri preduvjeti za preuzimanje standarda iz Europske konvencije o ljudskim pravima.

2. Podustavni i nadzakonski rang

Taj međupoložaj je najčešći. Za to se odlučilo 28 zemalja, a među njima i većina istočnoeuropskih zemalja, te u zapadnoj Europi npr. Belgija, Francuska i Španjolska. Time je omogućeno da se sačuva ustavnopravni suverenitet, ali se istovremeno sprječavaju i nepredviđene ugovorne povrede od strane zakonodavca.

S obzirom na standarde prema europskom pravu, ova opcija implicira dobro funkcionirajuću sudbenu kontrolu, a posebno mogućnost da se zakoni koji nisu u skladu s Konvencijom proglašavaju ništavim ili da se ne primjenjuju.

3. Rang na razini jednostavnih zakona

I na kraju, Konvencija u 13 država ima značaj jednostavnog zakona. Taj status, koji odgovara klasičnom dualizmu, postaje sve rjeđi u istočnoj Europi – Mađarska, Litva i Latvija, ali je češći u zapadnoj Europi, npr. u Njemačkoj, Italiji, Danskoj, Švedskoj i Velikoj Britaniji s *Human Rights Actom*, prema kojem se nalog za primjenu odnosi i na sudsku praksu Europskog suda za ljudska prava. Načelo *lex posterior* ovdje predstavlja značajan rizik koji se može spriječiti samo jačom sudačkom kontrolom. U ovoj situaciji važnu ulogu igra obveza tumačenja nacionalnog prava u skladu s Konvencijom.

I na kraju treba reći da valjanost Konvencije u nacionalnom pravu ne sadrži nikakav automatizam u smislu da ustavnopravni položaj u svakom slučaju dovodi do efektivne primjene Konvencije ili, drukčije rečeno, da je rang na razini jednostavnog zakona prepreka za preuzimanje europske sudske prakse. To dakle znači da ustavni sudovi ne preuzimaju bezuvjetno standarde europskog prava jer za to u obzir dolaze i drugi faktori.

III – Pravne mogućnosti i granice za preuzimanje europskih standarda

Mogućnosti kreativnih procesa donošenja sudskih odluka i razvoja prava preuzimanjem europskih standarda u sudsku praksu nacionalnih ustavnih sudova ovise u velikoj mjeri o položaju ustavnih sudova (2) u kontekstu njihovih pravnih poredaka (1).

1. Ustavni sudovi u kontekstu

Taj se izrazito bitan kontekst ovdje samo može dotaknuti jer je izrazito višeslojan i kompleksan. Neovisno o aspektima koji su više politološke ili sociološke naravi, u ovom kontekstu odlučujuću ulogu imaju široki i neodređeni pojmovi kao što su pravna tradicija, pravna kultura i pravni sustav, te, u više institucionalnom smislu, odnos prema zakonodavnoj i izvršnoj vlasti.

a) Tradicija, pravna kultura i pravni sistem

S tim u vezi navest ću samo nekoliko natuknica. Jasno je da pravni sustav koji je otvoren za utjecaje izvana, ustavnom sucu daje poticaje za daljnji razvoj njegovoa prava da razvije nove ideje i da prema tomu fleksibilno oblikuje i metode tumačenja. U tom se pogledu čini da je pravni pozitivizam, koji je bio dominantan u 19. stoljeću te je i nakon toga još imao veliki utjecaj, prije prepreka nego pomoć. I francusko i austrijsko poimanje prava, ali i ono mnogih bivših socijalističkih država svjedoči o određenom zatvaranju nacionalnih poredaka i prevladavanju formalnih aspekata kod metoda tumačenja. Jedan autor je u tom kontekstu govorio o „mehaničkom razmišljanju”³.

Osim toga, u području ljudskih prava su koncepcija i organizacija temeljnih prava bitni za stvaranje standarda od strane ustavnih sudova. Siromaštvo temeljnih prava u ustavu i znanosti postaje u zatvorenom nacionalnom sustavu prepreka za prihvatanje Europske konvencije o ljudskim pravima (Danska), dok u otvorenom sustavu potiču njezino prihvatanje (Norveška). Bogatstvo temeljnih prava djeluje ponajprije kao pozitivan faktor (Portugal, Češka Republika), ali može prerasti u jednu vrstu osjećaja nadmoći (Njemačka, Italija) i tako kočiti preuzimanje standarda iz Konvencije.

I na kraju bih htjela samo napomenuti da, naravno, važnu ulogu ima i tradicionalni položaj pravosuđa u državnom i pravnom sustavu.

b) Zakonodavna i izvršna vlast

Što se tiče odnosa sa zakonodavnom i izvršnom vlasti treba reći da su oni često dosta ambivalentni. Ustavno-sudbeni aktivizam obično ljuti zakonodavca, ali može izazvati dvije potpuno suprotne reakcije, a obje se mogu vidjeti u Poljskoj. S jedne strane, takav aktivizam doprinosi ugledu ustavnog suda, te podizanju njegove vrijednosti u odnosu na zakonodavnu i izvršnu vlast⁴, što olakšava preuzimanje standarda Europske konvencije o ljudskim pravima. No, s druge strane, nisu isključene ni sankcije poput onih koje su nedavno vezano za provedbu međunarodnog prava, uvedene u Poljskoj, ali i u Mađarskoj ili u Rusiji.

Nakon ovog skraćenog prikaza konteksta treba se detaljnije osvrnuti na položaj ustavnih sudova.

3 Z. Kühn, *European Law in the Empires of Mechanical Jurisprudence: The Judicial Application of European Law in Central European Candidate Countries*, *Croatian Yearbook of European Law and Policy* 1 (2005.), str. 55 i d.

4 W. Sadurski, *Constitutionalism and the Enlargement of Europe*, Oxford University Press 2012., 20-27.

2. Položaj ustavnih sudova

Ustavni sud koji ima široke nadležnosti i uživa veliki ugled lakše si može dopustiti kreativnost nego sud kojem nedostaje jedan ili drugi element. Ako nadležnosti proizlaze iz samog teksta odnosnog ustava, onda su ugled, a time i autoritet i legitimitet više faktička obilježja koja proizlaze iz prakse, a koja ovdje ne želim pobliže objašnjavati.

a) Klasični primjer *snažnog ustavnog suda je njemački Savezni ustavni sud*. Raznolike nadležnosti, koje su utemeljene već u samom Ustavu (apstraktna i konkretna kontrola ustavnosti i zakonitosti, ustavna tužba, tužba jednog javnopravnog tijela protiv drugog, itd.) dopunjene su i ojačane neprekinutim velikim ugledom u javnosti. Tako je naprimjer ustavna tužba u Ustav ušla tek nekoliko godina nakon njegova donošenje, a na sugestiju samog Suda.

Iako Europska konvencija o ljudskim pravima u njemačkom pravu ima samo rang jednostavnog zakona, Ustavni je sud u prvom koraku objasnio da se temeljna prava moraju tumačiti u svjetlu Europske konvencije o ljudskim pravima. Na taj je način omogućeno indirektno preuzimanje europskih standarda. To se pokazalo, prije svega, u predmetu „Caroline od Hannovera” u kojem je Savezni ustavni sud djelomično izmijenio svoje tumačenje slobode medija. Drugi je korak napravljen u predmetu „Görgülü” koji je naveo Sud da ustavnu tužbu, koja je obrazložena povredom Europske konvencije o ljudskim pravima, prihvati ako presuda Europskog suda o ljudskim pravima nije ispoštovana u Njemačkoj. Tomu treba dodati da Savezni ustavni sud brojne europske standarde, ako nisu izričito navedeni u Ustavu, izvodi iz načela pravne države. To vrijedi prije svega za načela pravne sigurnosti, razmjernosti i zaštite povjerenja. Dakle, pravna država je most kojim se od Europske konvencije o ljudskim pravima dolazi do ustavnopravnih standarda.

b) *Češki Ustavni sud bi se također mogao smatrati snažnim ustavnim sudom* jer su njegove važne kompetencije u području apstraktne i konkretne kontrole ustavnosti i zakonitosti, između ostaloga, dopunjene ustavnom tužbom. Ustavni si je dopustio dosta kreativno tumačenje zakona. Kod uključivanja „euro klauzule” u ustav nanovo su uređeni i odnosi prema međunarodnom pravu. Prema reformi bi svi međunarodni sporazumi – pa i oni koji se odnose na ljudska i građanska prava – po rangu trebali biti ispod ustava, ali iznad jednostavnih zakona (čl. 10.). Osim toga je brisana nadležnost Ustavnog suda za kontrolu zakona s obzirom na njihovu usklađenost s Konvencijom (čl. 87-1). No, Sud je unatoč tomu odlučio⁵ da međunarodni sporazumi o ljudskim i građanskim pravima i dalje čine sastavni dio ustavnog poretka i da je i dalje nadležan za usklađenost zakona s takvim ugovorima. Na taj način Europska konvencija o

5 Presuda od 25.6.2002., Pl. ÚS 36/01.

ljudskim pravima *de facto* nema samo ustavnopravni položaj, već se mogu podnijeti i ustavne tužbe koje se temelje isključivo na Europskoj konvenciji o ljudskim pravima: preuzimanju europskih pravnih standarda ovdje više ništa ne stoji na putu.

c) To u *Poljskoj* izgleda drukčije. Čini se, doduše, kao da poljski Ustavni sud također ima široke nadležnosti, kao što su apstraktna i konkretna kontrola zakonitosti i ustavnosti te odlučivanje o ustavnim tužbama, ali ovdje se radi o tzv. nepravoj ustavnoj tužbi jer je njezina svrha samo kontrola ustavnosti norme kojom se ograničava neko temeljno pravo (članak 79.-1), a ne zakonitosti ograničenja, tj. provedba dotične norme. Uostalom, to se odnosi samo na usklađenost sa ustavom, ali ne i s međunarodnim konvencijama. To ima za posljedicu da se sudska praksa Europskog suda o ljudskim pravima samo djelomično uzima u obzir i provodi. Time su preuzimanju europskih standarda postavljene jasne granice.

d) *Još slabiji je položaj francuskog Conseil constitutionnel*. Njegove su nadležnosti do 2008. godine bilo ograničene na prethodnu apstraktnu normativnu kontrolu te su nakon toga proširene na naknadnu kontrolu zakona. Međutim, to novo uvedeno „ustavnopravno pitanje“ (QPC) pretpostavlja povredu nekog Ustavom zajamčenog prava, a inicirati ga mogu samo najviši specijalizirani sudovi. Ako se tomu još doda činjenica da u Francuskoj za usklađenost zakona s međunarodnim konvencijama nije nadležno Ustavno vijeće (*Conseil constitutionnel*), već redoviti sudovi, onda postaje jasno zašto se Vijeće nikada ne poziva na sudska praksa Europskog suda za ljudska prava, već da je samo ponekad primjenjuje, a ponekad i potpuno zanemaruje.

Prema tomu, nacionalni rang Europske konvencije o ljudskim pravima je u kombinaciji s ostalim mogućnostima i granicama ustavnih sudova poput komplicirane igre s brojnim potezima i mogućnostima rješenja, gdje pravo ne propisuje uvijek jednoznačno ponašanje.

IV – Završno razmatranje: volja da se osigura važnje europskih standarda

Možda je razočaravajuće kada pravnik svoje izlaganje završi s konstatacijom o relativitetu prava, no unatoč tomu realistično promatranje nalaže takav zaključak. Jer kako bi se inače mogle objasniti, s jedne strane, oscilacije u ponašanju ustavnih sudova te, s druge strane, brojni kontrasti koji se ne mogu pravno objasniti ili se ne mogu objasniti u potpunosti?

1. O kontrastima:

Neovisno o nekoliko posebno izraženih kontrasta, kao npr. između Danske i Norveške, usudujem se dati općenitiju izjavu koja se odnosi na raznovrsno ponašanje ustavnih sudova prema standardima Europske konvencije o ljudskim pravima u zemljama gdje Konvencija ima rang između ustava i jednostavnog zakona. Tu se može naići na usklađivanje ustava prema Europskoj konvenciji o ljudskim pravima, na redovitu primjenu sudske prakse Europskog suda za ljudska prava, na samo primanje na znanje teksta Konvencije ili njegovo potpuno preuzimanje u nacionalno pravo i na kraju na odbijanje bilo kakve nadležnosti. Neke od tih razlika su doduše uvjetovane pravnim sustavom, ali pritom i moment volje igra važnu ulogu.

2. O oscilacijama:

U proteklim godinama su, unatoč pojačanom sudačkom dijalogu, sukobi između Europskog suda za ljudska prava i nekim državama potpisnicama Konvencije postali brojniji i oštriji. To se odnosi, prije svega, na Ujedinjeno kraljevstvo nakon presuda suda u Strasbourgu vezano za politička prava zatvorenika. Ujedinjeno kraljevstvo nije samo inzistiralo na sazivanju konferencije u Brightonu i preuzimanju načela supsidijarnosti u Konvenciju, već danas ide čak i tako daleko da prijeti istupanjem. I u Švicarskoj je skepsa prema Konvenciji o ljudskim pravima tako porasla da mnogi sudovi odbijaju provesti kontrolu razmjernosti.

Pitanje je sada u kojoj se mjeri to raspoloženje može odraziti na ustavne sudove i druge zemlje, te utjecati na do sada pozitivne stavove prema Europskoj konvenciji o ljudskim pravima.

No, njezinu značajnu ulogu, koja se prema tomu temelji na volontarističkim faktorima, možda bi mogao podržati i osnažiti Europski sud za ljudska prava kada bi se europsko sudovanje malo više potrudilo po pitanju koherencije i pedagogije.

Dr. sc. Mato Arlović
Sudac Ustavnog suda Republike Hrvatske

UTJECAJ ODLUKA EUROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA NA SADRŽAJNO UJEDNAČAVANJE STANDARDA KONVENCIJSKOG I NACIONALNOG PRAVA U PRAKSI USTAVNOG SUDA REPUBLIKE HRVATSKE

Sadržaj

1. Sažetak
2. Uvod
3. Ustavnopravni i Konvencijski okvir za evolutivno tumačenje vrednota i načela „Konvencije”
4. Konvencija u funkciji ostvarivanja ideala i vrednota europskog demokratskog društva
5. O „neutralnosti” i evolutivnom tumačenju vrednota i načela
6. Odluke ESLJP-a i njihov utjecaj na USRH
7. Zaključna razmatranja
8. Izvaci iz odluka USRH-a, kao primjera za utjecaj odluka ESLJP-a na njegovu jurisprudenciju
9. Literatura

Sažetak

Sagledavanje utjecaja odluka Europskog suda za ljudska prava iz Strasbourga na sadržajno ujednačavanje vrednota i načela kroz standarde konvencijskog i nacionalnog prava u zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda. Gotovo izriječno zahtijeva poznavanje uloge, nadležnosti i zadaća ESLJP-a u tumačenju i primjeni vrednota i načela na zasadama europskog demokratskog, političkog, pravnog i kulturnog nasljeđa radi ostvarivanja ideala, vrednota, ciljeva i tradicija ustavne države, vladavine prava i ljudskih prava i sloboda; Europe kao zajednice ravnopravnih naroda i država.

Ti međuodnosi su tim slojevitiji i profinjeniji (što je sasvim razumljivo) jer proizlaze iz istovjetnog zadatka s jedne strane ESLJP-a, a s druge nacionalnih ustavnih sudova u zaštiti ljudskih prava i sloboda, ali na načelima supsidijarnosti, vladavine prava, jednakosti i ravnopravnosti. Uvijek, dakako, u cilju ostvarivanja pravnog, kulturnog i demokratskog europskog nasljeđa.

U ovom radu nastojao sam kroz međuodnos između Ustavnog suda Republike Hrvatske i Europskog suda za ljudska prava sagledati kakav je utjecaj odluka ESLJP-a na ujednačavanje prakse USRH-a sa njegovom jurisprudencijom, poglavito kroz tzv. evolutivno tumačenje sadržaja vrednota i načela u provedbi konvencijskih standarda u zaštiti ljudskih prava i sloboda.

Kroz rad sam, u mjeri koliko je to dopuštala ova tema i njezina konkretna namjena zbog koje je rađena, nastojao ukazati o problemima i prednostima koji proizlaze u provedbi odluka ESLJP-a, u njegovim međusobnim odnosima sa nacionalnim ustavnim sudovima. U tu svrhu osim analize pravnih tekstova i teorijskih stajališta koristio sam se i konkretnim primjerima koje sam kao prilog priložio ovom radu.

Ključne riječi: *vrednote, standardi konvencijskog prava, ljudska prava i temeljne slobode, ESLJP, Ustavni sud, demokratsko nasljeđe, vladavina prava, evolutivno tumačenje i primjena Konvencije itd.*

Uvod

Mjesto, značaj, zadaće i uloga Europskog suda za zaštitu ljudskih prava iz Strasbourga (dalje u tekstu: ESLJP) uobičajeno se veže uz njegovu ulogu u zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda zajamčenih Konvencijom za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda Vijeća Europe¹ (dalje u tekstu: Konvencija) i nacionalnim ustavima država ugovornica stranaka Konvencije.

No, takvo poimanje je sasvim sigurno preusko, nedostatno i nepotpuno. Kao takvo čak što više izlaže nas opasnosti da pogrešno, nepotpuno i necjelovito tumačimo mjesto,

¹ Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (Narodne novine - Međunarodni ugovori broj 18/1997. - pročišćeni tekst, 6/1999. i ispravak 8/1999.).

značaj zadaće i uloge ESLJP-a. Zbog toga treba kod tumačenja mjesta, uloge, značaja i zadaća ESLJP-a ipak polaziti od tumačenja njegove nadležnosti koja se „proteže na sve predmete glede tumačenja i primjene Konvencije i dodatnih protokola.”² Iz navedene stipulacije razvidno je da je ESLJP nadležan tumačiti i primjenjivati Konvenciju i dodatne protokole na sve predmete koji su mu podneseni. Riječ je dakle o tumačenju i primjeni Konvencije i dodatnih protokola kao cjeline, a ne samo pojedinih odredbi članaka kojima se reguliraju ostvarivanje i zaštita pojedinih ljudskih prava i temeljnih sloboda. Iako su odredbe o ljudskim pravima i temeljnim slobodama svakako veoma značajan i bitan sadržajni dio Konvencije, ona zasigurno nisu sve što bi činilo Konvenciju zajedno s dodatnim protokolima kao cjelinu. Uz ostale odredbe (npr. Odjeljka II. koje se odnose na „Europski sud za ljudska prava” i Odjeljka III. u kojem su smještene „Mješovite odredbe”), iznimno je značajna Preambula Konvencije i njezin članak 1. koji je izdvojen iz svih drugih „Odjeljaka”.³ Zapravo bez njihove analize, usudio bih se reći, nije moguće do kraja sagledati, a kamoli dati smisleni odgovor o mjestu, ulozi, značaju i zadaćama ESLJP-a u ostvarivanju i zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda. Čak što više ni to je li mu je to primarna ili sekundarna uloga i zadaća koju mu je namijenio njezin kreator i donositelj - Vijeće Europe. Ili je možda glavni cilj koji je ono legitimno htjelo ostvariti bio onaj koji proizlazi iz prikrivene (reklo bi se iz drugog plana) uloge i zadaće koju je Vijeće Europe namijenilo ESLJP-u. Odgovor na postavljena pitanja daje Preambula Konvencije⁴ sama po sebi, propisujući cilj koji je Vijeće Europe donošenjem Konvencije željelo ostvariti. U njoj piše „uzimajući u obzir da je cilj Vijeća Europe postizanje većeg jedinstva njegovih članica, i da je jedan od načina postizanja toga cilja očuvanje i daljnje ostvarivanje ljudskih prava i temeljnih sloboda; potvrđujući svoju duboku privrženost tim temeljnim slobodama koje su osnova pravde i mira u svijetu i koje su najbolje zaštićene istinskom političkom demokracijom s jedne strane te zajedničkim razumijevanjem i poštovanjem ljudskih prava o kojima te slobode ovise s druge strane; odlučne, kao vlade europskih država koje su vođene istinskim duhom političkih ideala i tradicije poštovanja slobode i vladavine prava, koji su njihova zajednička baština, poduzeti početne korake da bi zajednički osigurale ostvarenje određenih prava utvrđenih Općom deklaracijom ...”⁵

Iz citiranog teksta Preambule razvidno je da je cilj Vijeća Europe „postizanje većeg jedinstva njegovih članica”, na „temeljnim slobodama koje su osnova pravde i

2 Članak 32. Konvencije.

3 Vidi pobliže sadržajnu strukturu Konvencije.

4 Preambula Konvencije ima političku i pravnu težinu, posebno kada je u pitanju tumačenje i razumijevanje Konvencije. Obzirom da u tekstu sadrži ciljeve koje je donositelj Konvencije s njom htio postići, zatim ključne vrednote i načela na kojima se ona temelji i čije ostvarivanje su njezina svrha, Preambula, odnosno u njoj sadržane vrednote, ideali i ciljevi služe kao temelj i glavna smjernica tumačenja pojedinih odredbi Konvencije i nje kao cjeline.

5 Stavci 4., 5. i 6. Preambule Konvencije.

mira u svijetu i koje su najbolje zaštićene istinskom političkom demokracijom”. Zbog svega toga su europske države „vođene istinskim duhom političkih ideala i tradicije poštovanjem slobode i vladavine prava, koji su njihova zajednička baština” prihvatile istinsku demokraciju, vladavinu prava i ljudska prava i slobode za osnovu izgradnje novog i pravednog društva.

Citirane vrednote iz Preambule čine esencijalni dio vrednota koje su osnova za nadležnost ESLJP-a za tumačenje i primjenu cjeline Konvencije koja je stvorena kao instrument „radi ostvarivanja i promicanja ideala i vrednota demokratskog društva”.⁶ Kako tumačenje i zaštita ljudskih prava i sloboda mora biti sukladna s općim duhom Konvencije, to se i ona sama kao takva promiču u instrument koji služi „ostvarivanju i promicanju ideala i vrednota demokratskog društva”, s jedne strane, a s druge strane bez postojanja i stvarnog ostvarivanja ideala i vrednota demokratskog društva objektivno nema mogućnosti realiziranja ljudskih prava i temeljnih sloboda. Drugim riječima oni su međusobno povezani u dijalektičkom jedinstvu dijela i cjeline, međusobni odnosi kojih su, matematičkim jezikom rečeno, upravoproporcionalni jer rast i kvaliteta ostvarivanja jednog utječe na rast i ostvarivanje drugog dijela i *vice versa*. Dakako, poimano u kontekstu društvenih odnosa gdje je sve manifestno i mjerljivo u tendencijama, a ne kao u prirodnim znanostima egzaktnim brojevima odnosno drugim mjerilima.

Prethodno iskazano jasno upućuje na stajalište da ako želimo stvarati uvjete za ostvarivanje ideala i vrednota demokratskog društva, onda nužno moramo tumačiti i primjenjivati Konvenciju u dinamičnom, a ne statičnom pristupu. To dakako vodi takvom pristupu Konvenciji koji je poima kao „živi instrument”⁷ s jedne strane, ali i njezinim idealima i vrednotama kao živim promjenjivim kategorijama koje se moraju interpretirati u supstancijalnom smislu tako da se one i Konvencija stalno osuvremenjavaju sukladno društvenom razvitku i potrebama europskog demokratskog društva, a ne samo njihovog statičkog normativnopravnog izraza. Razumljivo, to samo po sebi dovodi do evolutivnog tumačenja⁸ vrednota i načela u primjeni Konvencije te na temelju stajališta zauzetih sukladno tom tumačenju i pružanju konkretne zaštite ljudskih prava i temeljnih sloboda. Istovremeno tako zauzeta stajališta o vrednotama i načelima postaju temelj na kojem se i/ili putem kojeg se vrši ujednačavanje standarda u tumačenju i primjeni Konvencije u svim državama ugovornicama, članicama Vijeća Europe. Budući da je sama Konvencija propisala da je primarni teret u zaštiti

6 Presuda Europskog suda u predmetu *Kjeldsen, Busk Madsen i Pedersen protiv Danske* od 7. prosinca 1976., zahtjevi broj 5095/71., 5920/72., i 5926/72. § 53.

7 ESLJP je „s vremenom zauzeo stajalište da će tretirati Konvenciju kao živi instrument, a ne kao skup odredaba nepromjenjivog značenja koje zapravo odražava političku i društvenu klimu pedesetih XX. stoljeća kada je Konvencija usvojena”, ističe Petar Bačić; u „Konstitucionalizam i sudski aktivizam”, Split, 2010., str. 275.

8 O pojmu „evolutivno tumačenje” više kod P. Bačića, isto djelo, str. 275.-282.

ljudskih prava i temeljnih sloboda na tijelima država ugovornica, a uloga ESLJP-a tek supsidijarna, zapravo je teret iznalaženja stajališta o supstancijalnom tumačenju vrednota i ideala prebačen na njih. No, ta tumačenja moraju biti takva da su, prije svega, sukladna općem duhu Konvencije kao instrumentu koji je stvoren radi ostvarivanja i promicanja ideala i vrednota demokratskog društva, s jedne strane, te razumljiva i prihvatljiva državama ugovornicama i samom ESLJP-u. Unatoč nastojanjima i naporima nacionalnih ustavnih sudova, valja priznati da mnogi od njih još nisu u postupcima za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda postigli takve rezultate u tumačenju vrednota i načela Konvencije koja bi mogla biti i u funkciji ostvarivanja ideala i vrednota demokratskog društva u širem smislu te riječi, a ne samo radi zaštite pojedinačnog, sasvim konkretnog, ljudskog prava i temeljne slobode. Razloge zašto je to tako neću obrađivati u ovom radu. Oni svakako imaju svoje korijene kako u stupnju obrazovanja i edukacije onih koji trebaju tumačiti vrednote i načela Konvencije i s ovog stajališta, tako vjerojatno, još više u političkim odnosima koji proizlaze iz konkretnog rasporeda odnosa snaga u njihovim društvenim odnosima, te u najvećoj mjeri u dosegnutom sveopćem stupnju razvijenosti društvenih odnosa i u njima uspostavljenih gospodarskih, političkih, socijalnih i opće kulturoloških društvenih vrednota na kojima kod njih počivaju i u tom trenutku se razvijaju ideali i vrednote europskog demokratskog društva, ljudskih prava i temeljnih sloboda, vladavine prava i humaniteta.

Stoga, htjeli ili ne, najveći teret u obavljanju ovog dijela tumačenja Konvencije kao cjeline pao je na leđa ESLJP-a. Tumačenjem vrednota i načela evolutivnom metodom i na osnovu zauzetih stajališta na temelju kojih pruža zaštitu Konvencijom zajamčenih prava i temeljnih sloboda, ESLJP donosi odluke koje utječu i na postupanje nacionalnih ustavnih sudova u ostvarivanju njihove ustavnosudske jurisprudencije, osobito u rješavanju sporova u povodu ustavnih tužbi za zaštitu ljudskih prava i sloboda. Kakav je taj utjecaj, u međusobnim odnosima između nacionalnih ustavnih sudova i ESLJP-a, poglavito u području ujednačavanja standarda u tumačenju i primjeni kako konvencijskog tako i nacionalnog prava, pokušao sam sagledati u ovom radu i na primjerima ustavnosudske prakse pokazati i prikazati međuodnos između ESLJP-a i Ustavnog suda Republike Hrvatske (dalje u tekstu: USRH).

Ustavnopravni i konvencijski okvir za evolutivno tumačenje vrednota i načela Konvencije

Položaj i nadležnost ESLJP-a uređen je Konvencijom, a njegov međuodnos sa nacionalnim ustavnim sudovima i relevantnim nacionalnim pravom, prije svega njihovim ustavima bilo na izravan i/ili na neizravan način. U Republici Hrvatskoj taj je međuodnos uređen, primarno na neizravan način, i to kroz pravnu regulaciju položaja i značenja same Konvencije u ustavnopravnom poretku Republike Hrvatske.

Konvencija s pripadajućim dodatnim Protokolima posvećuje čitavo poglavlje II. Europskom sudu za ljudska prava. Ono obuhvaća članke od 19. do 51. Za međuodnos ESLJP-a i nacionalnih ustavnih sudova (ili njima po nadležnosti odgovarajućih drugih tijela) najznačajnije su odredbe članka 32., 35. stavka 1., 39. i 46. Oni glase:

„Članak 32.

1. Nadležnost Suda proteže se na sve predmete glede tumačenja i primjene Konvencije i dodatnih protokola što su mu podneseni kao što je određeno u člancima 33., 34. i 47.

2. U slučaju spora o nadležnosti Suda odlučuje Sud.

...

Članak 35. Stavak 1. Uvjeti dopuštenosti

Sud može razmatrati predmet samo nakon što su iscrpljena sva raspoloživa domaća pravna sredstva, u skladu s općeprihvaćenim pravilima međunarodnog prava i unutar razdoblja od šest mjeseci od dana donošenja konačne odluke.

...

Članak 39. Postizanje prijateljskog rješenja

Ako je postignuto prijateljsko rješenje, Sud će izbrisati slučaj sa svoje liste odlukom koja će sadržavati kratku izjavu o činjenicama i postignutom rješenju.

...

Članak 46. Obvezatna snaga i izvršenje presuda

1. Visoke se ugovorne stranke obvezuju da će se podvrgnuti konačnoj presudi Suda u svakom sporu u kojem su stranke.

2. Konačna presuda Suda dostavlja se Odboru ministara, koji nadzire njezino izvršenje.”

Neizravno uređivanje međusobnog odnosa između ESLJP-a i USRH-a, proizlazi, kako je već kazano, iz pravnog položaja i značaja same Konvencije unutar ustavnopravnog poretka Republike Hrvatske. On za nju proizlazi prije svega iz ustavne stipulacije sadržane u članku 141. Ustava Republike Hrvatske (dalje u tekstu: Ustav RH)⁹, koji glasi:

„Članak 141.

Međunarodni ugovori koji su sklopljeni i potvrđeni u skladu s Ustavom i objavljeni, a koji su na snazi, čine dio unutarnjega pravnog poretka Republike Hrvatske, a po pravnoj su snazi iznad zakona. Njihove se odredbe mogu mijenjati

⁹ Ustav Republike Hrvatske, Narodne novine broj 85/2010. - pročišćeni tekst

ili ukidati samo uz uvjete i na način koji su u njima utvrđeni, ili suglasno općim pravilima međunarodnog prava.”

Iz citiranih odredbi moguće je izvući stajalište o četiri bitna elementa koja određuju međudnos između ESLJP-a i USRH-a. Oni proizlaze iz:

- a) ustavnopravnog položaja i značaja Konvencije u ustavnopravnom poretku Republike Hrvatske,
- b) nadležnosti ESLJP-a glede tumačenja i primjene Konvencije
- c) supsidijarne nadležnosti ESLJP-a u zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda i
- d) pravne prirode i obvezatnosti odluka te ESLJP-a i priznanja njegova interpretativnog autoriteta u tumačenju Konvencije.

a.a. Konvencija je samom snagom ustavne norme sadržane u članku 141. Ustava Republike Hrvatske sastavni dio pravnog poretka Republike Hrvatske. Iz citirane odredbe proizlazi da je ona po svojoj pravnoj snazi a) iznad zakona, b) ispod ustava i c) da se ona primjenjuje izravno i neposredno kada je u pitanju zaštita ljudskih prava i sloboda. Polazeći od takvog njezinog položaja unutar pravnog poretka Republike Hrvatske, nju bi s pravom mogli nazvati „subustavnim” ili „kvaziustavnim” pravnim aktom, koji doduše mora biti u skladu s ustavom, ali je po svojoj pravnoj snazi iznad njega. To upućuje na zaključak da svi zakoni i drugi pravni propisi moraju biti u skladu ne samo s Ustavom već i sa Konvencijom, a drugi pravni propisi, polazeći od načela zakonitosti, i sa zakonima, na temelju kojih se donose.

Polazeći od članka 32. stavka 1. Konvencije koji propisuje nadležnost ESLJP-a s jedne strane te od pravnog položaja i značaja Konvencije unutar pravnog poretka Republike Hrvatske, nesporno je sljedeće: prvo, da je ESLJP nadležan za tumačenje i primjenu Konvencije; drugo, da se ta nadležnost u slučaju konkretnog spora iz njegove nadležnosti proteže i na dio unutrašnjeg pravnog poretka koji zajedno s Konvencijom čini mjerodavno pravo za rješavanje baš tog konkretnog spora. Takva pravna situacija posebice dobiva na značaju ako se ima u vidu supsidijarna nadležnost ESLJP-a u zaštiti ljudskih prava i sloboda uređenih Konvencijom, napose polazeći od tajminga kada ona može nastupiti i sadržaja unutrašnjeg pravnog poretka na koji se može protegnuti.

Sama Konvencija svojim člankom 35. stavkom 1. propisuje da ESLJP „može razmatrati predmet samo nakon što su iscrpljena sva raspoloživa domaća pravna sredstva”. Kako Ustav RH propisuje da je USRH nadležan za „odlučivanje povodom ustavnih tužbi protiv pojedinačnih odluka državnih tijela, tijela jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave te pravnih osoba s javnim ovlastima kad su tim odlukama povrijeđena ljudska prava i temeljne slobode ...”,¹⁰ to se smatra da je iscrpljenost raspo-

10 Članak 129. stavak 1. podstavak 4. Ustava RH.

loživih pravnih sredstava nastupila tek nakon što je o (ne)povredivosti ljudskih prava i temeljnih sloboda odlučio i USRH. Rješavajući konkretni spor o povredi ljudskih prava ESLJP, *volens nolens* mora razmatrati odluke pravosudnih i dr. (npr. tijela upravne vlast) tijela uključivo i ustavnog suda te mjerodavnog prava na temelju kojeg su one donesene radi utvrđivanja je li, ili nije, došlo do povrede Konvencijom propisanih i zaštićenih ljudskih prava i temeljnih sloboda. Time ESLJP, htio ili ne, tumačeći i primjenjujući Konvenciju, zapravo na neizravan način kontrolira je li se u njegovo već zauzeto stajalište (ili ona koja će tek zauzeti u rješavanju konkretnog spora koji trenutno rješava) uklapaju interpretacije domaćih tijela sudbene (odnosno upravne) vlasti uključujući i ona ustavnog suda. Dakako, u konačnoj odluci o konkretnom sporu on će u izreci odluke i njezinom obrazloženju prihvatiti svoja stajališta i ona domaćih nadležnih tijela za rješavanje sporova u zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda koja korespondiraju s njegovim. Međutim, to nikako ne znači da stajališta nacionalnih tijela koja su ona zauzela interpretirajući mjerodavno pravo u rješavanju konkretnog spora radi zaštite ljudskih prava i temeljnih sloboda, ESLJP-a može tek tako odbiti ili eventualno preko njih prešutno prelaziti. On bi svakako morao (a to i čini) obrazložiti zašto ih ne prihvaća ili još točnije zbog čega svom (drugom i drugačijem) stajalištu daje veće povjerenje. No, kakogod bilo, činjenica je da se i ESLJP i USRH, htjeli ili ne htjeli, provodeći svoju nadležnost u zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda moraju, s većim ili manjim uspjehom, upuštati u tumačenje cjeline mjerodavnog prava koji se primjenjuje u rješavanju konkretnog spora. Dakle, kako nadnacionalnog (konvencijskog) tako i nacionalnog (unutrašnjeg) pravnog poretka. Naravno, kad se kaže cjeline - onda se uvijek misli kako na pojedine norme koje sasvim konkretno utvrđuju pojedina prava, obveze i odgovornosti tako i na načela i vrednote na kojima one i cjelokupni pravni poredak počivaju i iz njega proizlaze, a osobito na dio koji se odnosi na pravno uređivanje, ostvarivanje i zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda te ideala, sloboda i tradicija europskog kulturnog i demokratskog nasljeđa.

Konvencija u funkciji ostvarivanja ideala i vrednota europskog demokratskog društva

Za kvantitetu i kvalitetu međusobnih odnosa između ESLJP-a i nacionalnih ustavnih sudova, konkretno USRH-a, prethodno izloženi elementi na kojima se gradi i počiva taj međuodnos imaju veliki utjecaj. On postaje osobito razvidan, ako se ima u vidu pravna priroda i obvezatnost odluka ESLJP-a, s jedne strane te mogući segmentarni njihovi utjecaji na cjelinu tog međuodnosa. To osobito, ako se ima u vidu opseg, sadržaj i obvezatnost odluka ESLJP-a s jedne strane, a s druge, danas više nespornu činjenicu da u njih ulaze i interpretativna stajališta ESLJP-a o cjelini Konvencije, dakle i o

vrednotama, načelima i ciljevima na kojima ona počiva i koje kao svoje želje u razvoju „vlastitih” društava realiziraju članice potpisnice Konvencije.¹¹ Naime, zbog svega toga je u posljednjih pedesetak godina u praksi ESLJP-a prisutan i sve više se koristi tzv. evolutivni i aktivistički pristup¹² u tumačenju Konvencije, njezinih odredbi, vrednota i načela, što, dakako, za posljednicu ima intenziviranje različitih oblika i sadržaja djelovanja ESLJP-a u njegovu međuodnosu s nacionalnim ustavnim sudovima.

Širenju kulture europskih kulturnih vrednota i načela na kojima se trebaju temeljiti nove ustavne konstitucionalizacije, a s kojima se trebaju proširivati i dopunjavati stare, važan je (a često se zaboravlja) doprinos Europskog suda pravde (dalje u tekstu: ECJ). Upravo je on koncem sedamdesetih i početkom osamdesetih godina prošlog stoljeća „svojim odlukama započeo afirmirati temeljna ljudska prava koja je tema bila gotovo zanemarena u najranijim fazama europske integracije. Inspiriran ustavnom tradicijom država članica Sud je u odnosu na pionirski, ekonomistički i utilitaristički pristup zajednice temeljna ljudska prava zajedno sa slobodom, demokracijom i vladavinom prava počeo sagledavati kao ‘opće principe prava Zajednica’, ‘principe koji su zajednički državama članicama’, ukratko kao ‘ustavne principe’ odnosno vrednote koje čine zajedničke odlike Zajednice.”¹³

Dvadesetak godina kasnije Europski sud zauzima stajalište da je cijela pravna osnova Zajednice Maastriškim ugovorom iz 1992. ugrađena u Europsku uniju. On zauzima stajalište da „čitav sklop ugovora zapravo predstavlja ustavnu povelju Europske zajednice a, sada Unije”. U čitavom nizu svojih odluka Sud je zauzeo shvaćanje da su ugovori samima sebi prirodno dodijelili konačnu vlast vlastitih odredaba.¹⁴

Gotovo istovremeno ESLJP počinje intenzivirati svoja stajališta o potrebi evolutivnog i aktivističkog tumačenja vrednota, načela i prava Konvencije odnosno nje kao cjeline. Opravdanja za takav svoj pristup tumačenju i primjeni Konvencije iskazivao je kroz svoja različita stajališta. Polazeći od stava da je konvencijski tekst „prepun općenitih formulacija i po tome se nimalo ne razlikuje od drugih sličnih povelja o pravima”, s jedne strane, a s druge da sadrži „široke i neprecizne izraze u pravnom tekstu (npr. fraze „degradirajuća kazna”, „sloboda udruživanja”, „nužnost demokratskog društva” itd.)” koja „jednostavnost iziskuje tumačenje”¹⁵ Neki autori, kao npr. Rudolf Bernhard, u svojim stavovima polaze od toga da je funkcija Konvencije

11 Da Konvenciju treba sagledavati i tumačiti kao cjelinu nije sporno ni P. Bačiću, vidjeti njegovu knjigu: „Konstitucionalizam i sudski aktivizam”, Split, 2010., str. 279.-280.

12 O sudskom aktivizmu više kod P. Bačića: „Konstitucionalizam i sudski aktivizam”, Split, 2010.

13 Arsen Bačić, „Mjesto i uloga ustavnih vrednota u demokratskom konstitucionalizmu”, u Zborniku radova: „Dvadeseta obljetnica Ustava Republike Hrvatske”, HAZU, Zagreb, 2011. g., str. 151.

14 Više kod Neil MacCormick: „Institucija prava - Ogled iz teorije prava”, Naklada Breza, Zagreb, 2014. (prijevod Ana i Luka Burazin), str. 77.

15 Petar Bačić, „Konstitucionalizam i sudski aktivizam”, Split, 2010., str. 277.

„osigurati kontinuirani okvir ... za nesmetanu zaštitu osobnih prava i sloboda”.¹⁶ Samo je korak od ovog stava do onoga koji kaže da „međunarodni dokumenti o pravima i slobodama traže stalno tumačenje poput ustavnih dokumenata”.¹⁷

Navedeno stajalište je kompatitivan stajalištu ESLJP-a da je Konvencija „živi instrument koji se mora tumačiti u svjetlu uvjeta sadašnjice”,¹⁸ te da Konvencija jamči prava i slobode koje su „praktična i učinkovita, a ne teorijska i iluzorna”.¹⁹ Ističe se i stajalište prema kojem Konvencija zapravo zahtjeva da se „sagledava stvarna, a ne formalna pozicija pojedinaca”, što mora „predstavljati poticaj sudovima da ne uzimaju u obzir samo formalna pravila, nego da sagledavaju i njihove neizravne i praktične efekte”.²⁰

ESLJP je ta svoja stajališta sažeto izložio primjerice u *predmetu Soerring protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, zahtjev br. 14038/88, presuda od 07.07.1989., Series A 161., st. 87., gdje kaže: „U interpretiranju Konvencije mora se voditi računa o njenom posebnom karakteru kojega ona ima kao ugovor za kolektivno ostvarivanje prava čovjeka i temeljnih sloboda (v. presudu *Ireland protiv Ujedinjenog Kraljevstva* od 18. siječnja 1978., Series A br. 25., str. 90. § 239.). Prema tome, predmet i svrha Konvencije kao instrumenta zaštite individualnih ljudskih bića traže da se njene odredbe interpretiraju i primjenjuju na način koji će omogućiti da njezina jamstva budu praktična i efikasna (v. inter alia, presudu *Artico protiv Italije* od 13. svibnja 1980., Series A br. 37. str. 16. § 33.). K tome, bilo kakva interpretacija zajamčenih prava i sloboda mora biti konzistentna s općim duhom Konvencije, kao instrumentom koji je stvoren da ostvari i unaprijedi ideale i vrednote demokratskog društva (v. presudu *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen protiv Danske*, od 7. prosinca 1976., Series A br. 23. str. 27. § 53.).”²¹

Temeljem dopuštenja koje proizlazi iz Konvencije i svojih stajališta u pogledu mogućnosti uvođenja evolutivnih elemenata u tumačenju Konvencije, ESLJP je najdalje otišao kada je zauzeo stajalište da je njezino tumačenje moguće na temelju vrednota i načela koja se nalaze u cjelini njezinog teksta dakle i same Preambule Konvencije, što je vidljivo u prethodno već spomenutom slučaju *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen protiv Danske* iz 1976.²² U tom predmetu suci ESLJP-a zauzeli su stajalište da im vrednote i ideali sadržani u preambuli Konvencije postaju jedan od ključnih kriterija i

16 Isto; str. 277.

17 Isto

18 Predmet *Tyrrer protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, zahtjev br. 5856/72., presuda od 25.04.1978. § 31.

19 Kao pod 7.

20 Petar Bačić; „Konstitucionalizam i sudski aktivizam”, Split, 2010., str. 268.

21 Isto, str. 280., vidjeti također i rad Jasne Omejec, predsjednice USRH-a sa konferencije „Načelo supsidijarnosti: Jačanje supsidijarnosti: Integriranje prakse suda u nacionalno pravo i sudsku praksu”, kao Izvješće: „Način i sredstva za priznavanje interpretativnog autoriteta presuda protiv drugih država - iskustvo Ustavnog suda Hrvatske”, Skopje, 1. - 2. listopada 2010. - privatna arhiva autora

22 Preuzeto od Petra Bačića; „Konstitucionalizam i sudski aktivizam”, Split, 2010., str. 279.

polazišta u tumačenju i primjeni Konvencije. To je najrazvidnije iz tumačenja ESLJP-a da prava i slobode moraju biti „sukladna općem duhu Konvencije koji je stvoren radi ostvarivanja i promicanja ideala i vrednota demokratskog društva.”²³

O „neutralnosti” i evolutivnom tumačenju vrednota i načela

Ovdje je prilika pripomenuti da vrednote, ideali i slobode demokratskog društva nisu same po sebi neutralne. One proizlaze iz sveukupnosti vladajućih političkih, gospodarskih, socijalnih i kulturnih društvenih demokratskih odnosa. Vladajući demokratski odnosi današnjeg suvremenog demokratskog društva iz kojeg europski pravni propisi, pa tako i Konvencija, crpe vrednote jesu kapitalističkokorporativni društveni odnosi utemeljeni na slobodnom tržišnom gospodarstvu, političkoj višestranačkoj demokraciji, ljudskim pravima i slobodama te državi vladavine prava. To su proizvodni odnosi koji počivaju i proizlaze iz suvremene podjele rada utemeljenoj na informatičkoj i nano tehnologiji. Riječ je o društvenim odnosima koji teško podnose (ne trpe) ograde i ograničenja. Za njih je neophodno osigurati slobodno kretanje kapitala, ljudi i njihovog rada, tehnologije i roba.

To su demokratski odnosi koji su imanentni ideji uspostave i realizacije „novog svjetskog poretka”.²⁴ Doduše, može se postaviti i teza da je ideja „novog svjetskog poretka” opravdanje za širenje, izvoz, pa i nametanje ovakvih demokratskih društvenih odnosa kao dominantnih odnosa u cjelokupnosti društvenih odnosa svjetske zajednice.

Bilo kako bilo, navedeni društveni demokratski odnosi jesu osnova za moralni, politički pa i filozofsko-kulturološki sadržaj ukupnih vrednota na kojima počiva društvo, uključivo, sasvim razumljivo i pravom propisanih i uređenih društvenih odnosa. Drugim riječima navedene vrednote ne samo da nisu neutralne, već većina po prirodi stvari u sadržajnom smislu podliježe subjektivnom utjecaju onih koji ih tumače i primjenjuju. Međutim, valja imati na umu da korištenje i interpretiranje vrednota uvijek mora biti u službi objektivnog i neutralnog razumijevanja pojmova Konvencije. Da bi se to postiglo, s pravom ističe P. Bačić, mora se „minimalizirati mogućnost da suci djeluju subjektivno. U tom nastojanju traži se metodologija, odnosno standardi pomoću kojih sudac može oblikovati svoju percepciju zajedničke volje. U tom smislu evolutivne standarde Konvencije prate empirijski pokazatelji, pa se ne može reći da su sudske presude svojevrzni *deus ex machinae*.”²⁵ Jedan od konvencijskih instituta koji

23 Isto, str. 280.

24 Kostas Duzinas u svojoj knjizi „Ljudsko pravo i imperija”, Beograd, 2009. na str. 23. navodi da je Džordž Buš stariji ožujka 1991. „trijumfalno obznanio da je novi svjetski poredak na vidiku ... poredak u kojem će principi pravde i ferpleja zaštititi slabe od jakih, a sloboda i čovječnost udomiće se u odnosima među nacijama ... Trajni mir mora biti naša misija”.

25 Petar Bačić: „Konstitucionalizam i sudski aktivizam”, Split, 2010., str. 280.

daje pravnu osnovu pojedinom sucu ESLJP-a da oblikuje svoju volju kad se ne slaže u cijelosti ili djelomično s voljom drugih (većine) sudaca je pravo izdvojenog mišljenja. Iz istovjetnih razloga pravo na izdvojeno mišljenje utvrđeno je i u nacionalnim zakonodavstvima. Tako u Ustavnom zakonu o Ustavnom sudu Republike Hrvatske u članku 27. stavku 5. propisuje se: „Sudac Ustavnog suda koji je glasovao suprotno većini može, u primjerenom roku od dana izrade odluke ili rješenja, pisano obrazložiti svoje mišljenje i objaviti ga.”

Odluke ESLJP-a i njihov utjecaj na USRH

Republika Hrvatska se na samom početku svog razdruživanja od bivše SFRJ, s jedne strane, a s druge tranzicijskog procesa zamjene socijalističkog samoupravnog društvenog poretka sa građanskim demokratskim slobodnim društvom razvijenih i zaštićenih ljudskih prava i sloboda te vladavine prava, jasno i nedvojbeno opredijelila povratku europskoj i osloncu na sjevernoameričku pravnu i ustavnu tradiciju.²⁶ Polazeći od tog opredjeljenja, Republika Hrvatska je stvarala svoj ustavnopravni poredak po ugledu na zapadne demokratske sustave²⁷ te na tom osnovu ustrojavala svoje institucije i propisivala njihove nadležnosti. Temeljem takvog pristupa značajni broj vrednota i standarda hrvatskog ustavnopravnog poretka je sličan ili u cijelosti podudaran sa onima koje pronalazimo i iščitavamo u normama nadnacionalnog prava, posebice onog koji se odnosi na pravo uređivanja konstitucionalizacije moderne, demokratske ustavne države vladavine prava, ljudskih prava i temeljnih sloboda. To se, dakako odnosi i na sličnosti u nadležnosti institucija koje se bave zaštitom odnosno rješavanjem sporova radi zaštite ljudskih prava i temeljnih sloboda.

Povijesno gledajući, u takvom opredjeljenju nalazi se korijen za uspostavu međusobnog odnosa između hrvatskog ustavnopravnog poretka i nadnacionalnog prava, pa i pravnog uređivanja međuodnosa između njihovih institucija. Tako je i sa odnosom između USRH-a i ESLJP-a. Osim već prethodno iskazanog o tom međuodnosu, moram ukazati na još neke momente koje valja imati u vidu kada se sagledava međusobni odnos između ta dva suda. Dakako, imajući uvijek pri misli da je to istovremeno i odnos između konvencijskog i unutrašnjeg prava koji se odnosi na ustavom i konvencijom propisana ljudska prava i temeljne slobode.

Kako je razvidno iz prethodno izloženog teksta, posebno iz citiranog članka 141. Ustava, Republika Hrvatska je prihvatila tzv. monistički pristup između domaćeg i međunarodnog (konvencijskog) prava, koji je postao sastavni dio hrvatskog pravnog

26 Duška Šarin; „Nastanak Hrvatskoga Ustava”, Zagreb, 1997., str. 10. - 11.

27 Isto; str. 12. - 14.

poretka. Monistički pristup je Konvenciji u Hrvatskoj osigurao subustavni položaj jer je ona po svojoj pravnoj snazi iznad zakona ali ispod ustava. Međutim, Jasna Omejec, predsjednica USRH s pravom upozorava da je USRH Konvenciji osigurao i zajamčio kvaziustavni položaj. Naime, ističe ona: „u Odluci USRH broj: U-I-745/1999 od 8. studenoga 2000. u postupku apstraktne kontrole ustavnosti Zakona o izvlaštenju ... USRH je prvi puta ocjenjivao suglasnost nacionalnog zakona neposredno s Konvencijom, a ne s Ustavom. Utvrdivši nesuglasnost s Konvencijom, USRH je pojedine odredbe Zakona o izvlaštenju ukinuo. Time je USRH zapravo ustavnopravni nadzor zamijenio nadzorom nad suglasnošću domaćeg zakona s Konvencijom i time Konvenciji osigurao kvaziustavni status u domaćem pravnom poretku.”²⁸

Polazeći od navedenog stajališta USRH, nema dvojbe da se Konvencija u Republici Hrvatskoj primjenjuje i izravno odnosno neposredno. To, naravno, omogućuje strankama u hrvatskom pravnom poretku da mogu „podnijeti USRH ustavnu tužbu za zaštitu svojih individualnih prava pozivajući se neposredno na povredu Konvencije. Isto se pravilo primjenjuje i u postupcima pred redovnim sudovima.”²⁹

Kvaziustavni položaj Konvencije uz supsidijarni karakter konvencijskog nadzornog sustava jedan je od najznačajnijih pokazatelja koji određuje međuodnose između USRH-a i ESLJP-a. Već sam citirao članak 39. Konvencije iz kojeg jasno proizlazi obveza supsidijarnog postupanja ESLJP-a u zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda. No, njega valja uvijek povezivati i tumačiti zajedno s člankom 1. Konvencije koji glasi: „Visoke ugovorne stranke osigurat će svakoj osobi pod svojom jurisdikcijom prava i slobode određene u odjeljku I. ove Konvencije” (riječ je o: pravu na život (čl. 2.); zabrani mučenja (čl. 3.); zabrani ropstva i prisilnog rada (čl. 4.); pravu na slobodu i sigurnost (čl. 5.); pravu na pošteno suđenje (čl. 6.); zabrani kazne ako nije propisana zakonom (čl. 7.); pravu na poštivanje privatnog i obiteljskog života (čl. 8.); slobodi mišljenja, savjesti i vjeroispovijedi (čl. 9.); slobodi izražavanja (čl. 10.); slobodi okupljanja i udruživanja (čl. 11.); pravu na brak (čl. 12.); pravu na djelotvorni pravni lijek (čl. 13.); zabrani diskriminacije (čl. 14.); derogiranje u vrijeme izvanrednog stanja (čl. 15.); ograničenja političke djelatnosti stranaca (čl. 16.); zabrani zloupotrebe prava (čl. 17.), i granice primjene ograničenja prava (čl. 18.) prim M.A.).³⁰

Navedena dva članka jasno određuju da se konvencijska prava moraju prije svega zaštititi na nacionalnoj razini visokih ugovornih članica i da u toj zaštiti konvencijska prava i slobode štite nacionalna tijela.

28 Jasna Omejec, djelo navedeno u fusnoti 20., str. 4.

29 Isto, str. 5.

30 Vidjeti pobliže sadržajna struktura Odjeljka I. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (Narodne novine - Međunarodni ugovori broj 18/1997. - pročišćeni tekst, 6/1999. i ispravak 8/1999.).

USRH polazi od činjenice da je pravnom snagom same Konvencije određeno da su za djelotvornu zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda zajamčenih Konvencijom primarno odgovorne države ugovornice, a ESLJP tek supsidijarno.³¹ ESLJP, sukladno članku 19. Konvencije uz supsidijarnu nadležnost u zaštiti ljudskih prava i sloboda ima dužnost pomagati državama ugovornicama „da one same djelotvorno jamče pojedincima potrebnu zaštitu preko njihovih vlastitih institucija i procedura, što se postiže ustanovljivanjem djelotvornih pravnih sredstava izvršenjem presude Suda i priznavanjem njegova interpretativnog autoriteta.”³²

Snagom članka 46. stavka 1. Konvencije, visoke ugovorne stranke (države) obvezale su se da će se podvrci presudama suda. Izvršenje odluka ESLJP-a nadzire Odbor ministarstva Vijeća Europe stavak 2. istog članka. Kako je prema stajalištu samog ESLJP-a temeljne vrijednosti Konvencije potrebno tražiti u „zajedničkom europskom naslijeđu”, te je Konvencija „dizajnirana radi održavanja i promoviranja ideala i vrijednosti demokratskog društva”,³³ onda je razumljivo da su kako izreka tako i iskazana stajališta ESLJP-a u njezinom obrazloženju obligatorni dijelovi presuda za države ugovornice. S vremenom se obveza poštivanja presuda ESLJP-a (i u njima zauzetih stajališta) razvila u dva osnovna pravca. Prvo, presude ESLJP-a po svom značaju i svojoj obvezatnosti prelaze „granice pojedinih slučajeva” na koje se odnose. Sam ESLJP je utvrdio razloge zbog čega imaju takvo značenje. To je zbog toga što one „služe ne samo da se riješe oni slučajevi koji su podneseni pred sud, već, puno šire, da razlože (elucidate), očuvaju i razviju pravila koja je ustanovila Konvencija, na taj način doprinoseći pridržavanju obveza koje su države prihvatile ...”³⁴ Polazeći od tog stajališta ESLJP-a u Vijeću Europe kontinuirano „jačaju zahtjevi da se pravilo prema kojem obvezanost presudom Europskog suda postoji u odnosu na državu ugovornicu protiv koje je ta presuda donesena - dopuni pravilom o općem obvezujućem „interpretativnom autoritetu” presuda Europskog suda neovisno o državi protiv koje je presuda donesena”. Taj je stav došao do izražaja i na Konferenciji o budućnosti ESLJP-a koja je od 18. do 19. veljače 2010. održana u Interlakenu u Švicarskoj. Na njoj se jasno uputio poziv da „interlakenska Deklaracija poziva države da uzmu u obzir ne samo presude Suda protiv same države, nego također i sudsku praksu Suda koja se razvija u presudama u kojima je utvrđena povreda Konvencije od strane drugih država”³⁵

Drugo, kod mnogih nacionalnih ustavnih sudova (među kojima svakako spada i USRH) prevladavajuće je stajalište da svrha Konvencije i njezinog nadzornog sustava

31 Vidjeti поближе članak 1. u vezi sa člankom 35. stavak 1. Konvencije.

32 Jasna Omejec, djelo navedeno u fusnoti 20., str. 3.

33 Isto, str. 7.

34 Presuda ESLJP-a u predmetu *Irska protiv Ujedinjenog Kraljevstva* od 18. siječnja 1978. g. zahtjev broj 5310/71., § 154.

35 Jasna Omejec, djelo navedeno u fusnoti 20., str. 2. - 3.

nije samo vezana uz zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, već je povezana s ustanovljenjem, tumačenjem i primjenom „minimuma standarda ljudskih prava na pravnom prostoru država ugovornica”. U tom smislu Konvencija se sve više izražava kao „ustavni instrument europskog javnog poretka.”³⁶

USRH na gornji način sagledava ulogu i značaj Konvencije i ESLJP-a. Iz tog proizlazi da za USRH poštivanje presuda ESLJP-a podrazumijeva poštivanje kako onih presuda koje su donošene u tzv. hrvatskim sporovima tako i onih koje su donesene u sporovima za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda na prostoru bilo koje od država ugovornica. Isto tako, USRH prihvaća interpretativnu nadležnost ESLJP-a, pa po prirodi stvari i evolutivna tumačenja vrednota i standarda u primjeni Konvencijskog prava.

Zaključna razmatranja

Međuodnosi između nacionalnih ustavnih sudova i ESLJP-a mjerljivi su po više elemenata, što je vidljivo, primarno iz odluka ESLJP-a i njihovog utjecaja na ustavne sudove. Iz svega prethodno izloženog čini se da je u tom pitanju ipak najznačajniji onaj dio utjecaja koji ESLJP ostvaruje putem svojih odluka u kojima je zauzeo stajališta temeljem evolutivnog tumačenja i primjene Konvencije polazeći od vrednota i načela na kojima ona počiva i čije ideale, vrijednosti i ciljeve treba ostvariti. U tom smislu ESLJP polazi od vrednota, standarda i ideala koje sadrži Konvencija kao pravnog izraza „zajedničkog europskog naslijeđa” s jedne strane, a s druge kao pravnog instrumenta koji se treba koristiti i uz ostale društvene mehanizme služiti promoviranju i prihvaćanju ideala i vrijednosti europskog demokratskog društva. Dakako, polazeći od toga ESLJP „shvaća demokraciju šire od uskog etimološkog pojma „vladavine većine”, te da je njezina „esencijalna instrumentalna svrha zapravo daljnja stabilizacija liberalnog koncepta individualnih ljudskih prava i temeljnih sloboda”, te da uslijed toga sam konvencijski nadzorni sustav dovodi „do dva istodobna, međuovisna procesa u međunarodnom (europskom) javnom pravu; do konstitucionalizacije konvencijskog prava, s jedne strane, i do europizacije nacionalnih ustavnih prava u području zaštite ljudskih prava i temeljnih sloboda, s druge strane.”³⁷ Međutim kad sagledavamo međuodnose između ESLJP-a i nacionalnih ustavnih sudova, prethodno izložena teza J. Omejec, iako točna, nije dostatna. Naime, taj se odnos može cjelovitije sagledati i razumjeti tek ako se imaju u vidu i ciljevi koji se putem odluka ESLJP-a moraju ostvariti. Ti su ciljevi zapravo ciljevi samih država ugovornica i njihovom ostvarenju prethodi provedba odluka ESLJP-a od država ugovornica, ali radi ostvarenja ideala, vrijednosti

36 Isto, str. 8. - 9.

37 Isto, str. 9.

i ciljeva europskog demokratskog društva i europskog socijalnog i kulturnog naslijeđa koja su same prihvatile prihvaćajući Konvenciju. Zato je u pravu Jean - Marc Sauve, predsjednik francuskog Državnog savjeta kad govori: „... obveza nam je da pridonesemo konvergentnosti naših domaćih javnih prava, i uzajamno uvjetovano, pojavi europskih javnih prava koje će primjenjivati sve države na kontinentu (...). Ne možemo, naime ostati nepokretni pred promjenama koje se javljaju. U okviru globalizacije prava, Europa ima svoj znak i tradiciju koje mora obraniti: to je europski humanizam koji se temelji na zahtjevnoj koncepciji prava ljudske osobe i njezina dostojanstva i, istodobno, na određenoj ideji obveza i prava društva (zajednice). Postoji skrivena duboka zajednička koncepcija ljudske osobe i javnog interesa koju dijelimo. Iskustvo koje je naš kontinent stekao s dva totalitarna režima u XX. stoljeću ne samo da mu daje pravo, nego i prijeku obvezu, da brani ovu tradiciju koja ima istaknutu pravnu dimenziju.”³⁸ Kao da potvrđuje citirani stav Jean-Marc Sauvé, postupa Europski sud za ljudska prava njega „nijedna odredba nacionalnog prava ne obvezuje kao pravo ako ... smatra da ona krši neko od temeljnih ljudskih prava iz Konvencije... Samo one države koje su se spremne odvojiti od Vijeća Europe i Europske unije i odreći se prednosti koje članstvo u njima nosi, mogu izbjeći taj sustav pozitivnog sustava prirodnog prava. To postignuti znači postignuti kako dragocjeni civilizacijski napredak tako i osnovu za novo uvažavanje naravi prava kao institucionalnog normativnog poretka u kontekstu suverene - ili post-moderne države”³⁹

Navedene teze čine ključni motiv međusobnih odnosa između nacionalnih ustavnih sudova i ESLJP-a. Procesi u tim međusobnim odnosima u posljednjih tridesetak godina dovode do sve tješnje suradnje i približavanja nacionalnih ustavnih sudova i ESLJP-a. Istovremeno, oni dobivaju slična obilježja onim odnosima koji u nacionalnim državama postoje između Vrhovnih sudova kao najviših tijela sudbene vlasti i ustavnih sudova, neovisno o tome što ustavni sudovi nacionalnih država ugovornica obnašaju ustavnosudsku jurisdikciju. To je, uzgred budi rečeno, još jedan od pokazatelja po kojoj se jurisprudencija ESLJP-a približava, a po nekima i izjednačava, s onom ustavnih sudova. Rezultat toga je da se ESLJP često naziva i „europskim ustavnim sudom”⁴⁰

USRH u svojoj ustavnosudskoj praksi polazi od naprijed iskazanih stajališta u međusobnom odnosu sa ESLJP-om. Zbog toga on u svojim odlukama, a izrijeком i bez ikakve ograde prihvaća:

- Konvenciju kao „ustavni instrument europskog javnog poretka”,
- ESLJP kao jednog od nositelja i kreatora „europskih ustavnih standarda”,

38 Jean - Marc Sauvé, citiran prema Jasni Omejec, isto djelo str. 11. - 12.

39 Neil MacCormick; „Institucija prava - Ogljed iz teorije prava”, Naklada Breza, Zagreb, 2014. (prijevod Ana i Luka Burazin), str. 370.

40 Isto, str. 9.

- ESLJP kao ovlaštenog subjekta za evolutivno pa i aktivističko tumačenje sadržaja, opsega i dosega vrednota i načela kao okvira i mjerila koji služe ostvarivanju ideala, vrijednosti, tradicija i ciljeva europskog pravnog i demokratskog naslijeđa,
- obvezatnost i konačnost odluka ESLJP-a i zauzetih stajališta prilikom njihovih donošenja kod rješavanja konkretnih sporova u zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda, neovisno je li spor koji se rješava nastao na prostoru dotične države ili bilo koje druge države ugovornice. Time je USRH prihvatio tzv. interpretativni autoritet ESLJP-a.

Prihvatanje naprijed opisanog položaja u međusobnim odnosima ESLJP-a i USRH-a nikako ne znači apsolutnu podređenost i poslušnost USRH-a ESLJP-u, s jedne i odsutnost bilo kakvih problema i poteškoća u provedbi evolutivnim tumačenjem zauzetih stajališta u pogledu vrednota, načela i standarda konvencijskog prava zaštite ljudskih prava i temeljnih sloboda, s druge strane.

Nacionalni ustavni sudovi i ostala nadležna tijela država ugovornica imaju mogućnost i pravo na temelju konvencijskog i ustavnog prava raspravljati pa i iskazati drugačija stajališta od onih koja je evolutivnim tumačenjem vrednota i standarda u konkretnom predmetu zauzeo ESLJP. Na taj način iskazana i obrazložena stajališta u istoj stvari mogu dostaviti ESLJP-u u vidu svog mišljenja i/ili u obliku podneska (priговора) putem nadležnog tijela države ugovornice na odluku malog Vijeća, Velikom vijeću na ponovno razmatranje.

Drugi način je primarno politički, a to je da se u okviru i putem Odbora ministara otvori (preotvori) rasprava o položaju ESLJP-a, značaju, ulozi i djelovanju njegovih odluka i u njima iskazanih stajališta u odnosu na nacionalne ustavne sudove. No, to je pitanje koje, ako i kada bi se pojavilo, prepuštam na brigu i postupanje samom Odboru ministara Vijeća Europe. Ovdje ću nastavno ukazati samo na neka od pitanja i to bez šireg elaboriranja koja ovakva stajališta ponekad provociraju i s kojim se susreću nacionalni ustavni sudovi.

Prvo, već smo ukazali da svaka rasprava i zauzimanje stajališta o vrednotama i načelima evolutivnog tumačenja Konvencije nisu neutralna i bez političke i filozofske obojenosti. Najveći dio tih vrednota i načela su na pojavnj razini istovrsni s onima koji čine vrednote ustavnih poredaka nacionalnih država ugovornica Konvencije. Međutim, i jedne i druge su pojmovno iskazane kao pojmovi kategorije koji su kao vrednote i načela veoma slojevita i složena te kao takva izvorom različitih međusobno povezanih subjektivnih ljudskih prava i sloboda. Istodobno ona su ne samo najviše vrednote ustavnog poretka država ugovornica, već su po pravilu i osnova za tumačenje samog ustava.⁴¹ Prema tome, *volens nolens*, istu vrednotu i/ili načelo moraju interpre-

41 Tako npr. Ustav Republike Hrvatske u članku 3. propisuje: „Sloboda, jednakost, nacionalna rav-

tirati u konkretnim postupcima tijela nadležna za tumačenje i primjenu ustava država ugovornica (uključivo i ustavni sudovi) i ESLJP-a.

U tom tumačenju subjekti tumačenja polaze od različitih razina osobnog razumijevanja, obrazovanja, pa i političko-filozofskog i kuturološkog pristupa i prihvaćanja sadržaja pojedinih vrednota i načela. Ako se pak k tome pridodaju mogući demokratski suficiti odnosno deficiti, kod jednih odnosno drugih interpretatora u poimanju ideala, tradicija, nasljeđa i ciljeva europskog kulturnog, pravnog i društvenog demokratskog razvitka, nije nikakvo čudo da nastupe stanovita razlikovanja pa i oprečna poimanja u sadržajnom smislu na pojavnoj razini iste vrednote ili načela.

Posebni oblik poteškoća može nastupiti kada je riječ o tumačenju vrednota koje su temelj npr. za donošenje organskih zakona kojim se razrađuju ljudska prava i slobode. Kad se prilikom njihovog tumačenja u konkretnom sporu zaštite ljudskih prava i sloboda utvrdi da su ona uslijed pogrešne interpretacije od strane zakonodavca prilikom donošenja zakona krivo istumačena u odnosu na Konvenciju i postala osnovom povrede prava. Zapravo je riječ o posrednoj apstraktnoj kontroli zakona. Ustavni sud i ovakvu odluku ESLJP-a u obzevi je primijeniti i provoditi rješavajući konkretne sporove u zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda. Takve odluke ESLJP-a mogu dovesti (i dovode) do nerazumijevanja između zakonodavca i ustavnog suda. S druge strane, prethodnom apstraktnom kontrolom koju ESLJP indirektno provodi evolutivnim tumačenjem vrednota i standarda konvencijskih ljudskih prava i sloboda, objektivno se smanjuje prostor nadležnim tijelima država ugovornica da same osiguraju zaštitu ljudskih prava i sloboda, a da u tim postupcima ESLJP nastupa „tek” supsidijarno itd.

No, nezavisno o svim mogućim poteškoćama i problemima sa kojima se u međusobnim odnosima između ESLJP-a i ustavnih sudova susreću nacionalni ustavni sudovi daleko bi bilo teže njima i svima drugima kada bi se uskratilo pravo ESLJP-a na evolutivno tumačenje konvencijskih vrednota i načela u zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda te ostvarivanju ideala, vrednota, ciljeva i naslijeđa moderne demokracije u Europi. Naprosto, uz sve poteškoće i probleme neprocjenjiva je i neodgodiva uloga ESLJP-a u ujednačavanju pristupa i poimanja vrednota i standarda europskog suvremenog prava koji je jedan od glavnih instrumenata za povezivanje europskih naroda i država na idealima, vrijednostima i ciljevima suvremene ustavne demokratske države, države vladavine prava, ostvarivanja i zaštite ljudskih i manjinskih prava i sloboda bez diskriminacije po bilo kojoj osnovi.

nopravnost i ravnopravnost spolova, mirotvorstvo, socijalna pravda, poštivanje prava čovjeka, nepovredivost vlasništva, očuvanje prirode i čovjekova okoliša, vladavina prava i demokratski višestranački sustav najviše su vrednote ustavnog poretka Republike Hrvatske i temelj za tumačenje Ustava.”

Izvaci iz odluka USRH-a kao primjera za utjecaj odluka ESLJP-a na njegovu jurisprudenciju

ESLJP je putem svojih odluka utjecao i utječe na ustavnosudsku jurisdikciju USRH-a kako u njegovim odlukama iz nadležnosti apstraktne kontrole ustavnosti zakona, odnosno ustavnosti i zakonitosti drugih propisa, tako i u području rješavanja konkretnih sporova povodom ustavnih tužbi podnesenih zbog povrede Ustavom i Konvencijom zajamčenih prava i temeljnih sloboda.

Bez detaljnijeg elaboriranja nastavno navodim nekoliko izvadaka iz odluka USRH-a iz kojih je razvidan takav utjecaj ESLJP-a, kako u slučajevima kada je na temelju evolutivnog tumačenja zauzimao načelna stajališta o konvencijskim vrednotama i načelima tako i o stajalištima zauzetim na temelju interpretativnog tumačenja pojedinih Konvencijskih odredbi koje sasvim egzaktno utvrđuju pojedina ljudska prava i slobode.

1. U-I-1397/2015 od 24. rujna 2015.,⁴²apstraktna ocjena ustavnosti Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o izborima zastupnika u Hrvatski sabor (Narodne novine broj 19/2015.)

„Načelna pravna stajališta

39. Ustavni sud razmotrio je prijedlog predlagateljice vodeći se mjerodavnim odredbama Ustava i temeljnim ustavnim načelima te pravnim standardima koje je u svojoj praksi izgradio Europski sud za ljudska prava (u daljnjem tekstu: ESLJP) u primjeni članka 3. Protokola br. 1 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda Vijeća Europe (‘Narodne novine - Međunarodni ugovori’ broj 18/97., 6/99., 8/99., 14/02. i 1/06.; u daljnjem tekstu: Konvencija). Ta odredba glasi:

Članak 3.

PRAVO NA SLOBODNE IZBORE

Visoke ugovorne stranke obvezuju se da će u razumnim razdobljima provoditi slobodne izbore tajnim glasovanjem, u uvjetima koji osiguravaju slobodno izražavanje mišljenja naroda pri izboru zakonodavnog tijela.’

40. ESLJP je ponovio u predmetu Paksas protiv Litve (presuda, veliko vijeće, 6. siječnja 2011., zahtjev br. 34932/04) opća načela na kojima se temelji članak 3. Protokola br. 1 uz Konvenciju, navodeći:

42 Narodne novine broj 104/2015.

(a) Opća načela

96. ... članak 3. Protokola br. 1, koji štiti temeljno pravo djelotvorne političke demokracije i kao takav od ključne je važnosti za konvencijski sustav, podrazumijeva subjektivno pravo birati i biti biran (vidjeti ... Mathieu-Mohin i Clerfayt, §§ 47.-51.; Hirst, §§ 57.-58.; Ždanoka, §§ 102.-103.; Tănase, §§ 154.-155.).

Iako su ta prava važna, nisu apsolutna. Postoji prostor za 'implicirana ograničenja' te u toj sferi države ugovornice moraju uživati slobodu prosudbe (vidjeti Mathieu-Mohin i Clerfayt, § 52.; Hirst, § 60. i Ždanoka § 103.). Sloboda prosudbe u ovom je području široka, budući da postoje mnogobrojni načini uređenja i provođenja izbornih sustava i bogatstvo različitosti, između ostalog, i u povijesnom razvitku, kulturnoj različitosti i političkom razmišljanju u Europi, koje svaka država ugovornica mora uklopiti u svoju vlastitu demokratsku viziju (vidjeti ... Hirst, § 61.; Ždanoka, loc. cit.).

Stoga se, radi primjene članka 3. Protokola br. 1, svaki izborni sustav i svako izorno zakonodavstvo mora procijeniti u svjetlu političkog razvitka konkretne države; ...

Države ugovornice osobito uživaju značajnu slobodu pri utvrđivanju mjerila za isticanje kandidature na izborima, i u tom kontekstu općenito mogu nametnuti strože uvjete nego u kontekstu (aktivnog) glasačkog prava (vidjeti ... Ždanoka, § 115.; Adamsons, § 111.; Tănase, § 156.).

Međutim, iako je sloboda prosudbe široka, ona nije sveobuhvatna. Sud na kraju mora utvrditi poštuju li se zahtjevi iz članka 3. Protokola br. 1. Mora se uvjeriti da nametnuta ograničenja ne narušavaju to pravo do te mjere da ga lišavaju same njegove biti i djelotvornosti; da imaju legitiman cilj; da upotrijebljena sredstva nisu nerazmjerna.

Konkretno, ta ograničenja ne smiju ometati 'slobodno izražavanje mišljenja naroda pri izboru zakonodavca' (vidjeti Mathieu-Mohin i Clerfayt, § 52.; Hirst, § 62.; Ždanoka, § 104.; Tănase, §§ 157. i 161.).

Sukladno tome, kad je riječ o dopustivim ograničenjima aktivnog i pasivnog biračkog prava (to jest prava birati i biti biran), temeljno je stajalište ESLJP-a da su države slobodne nametnuti strože uvjete za ostvarenje pasivnog biračkog prava (biti biran) negoli za ostvarenje aktivnog biračkog prava (prava glasovanja).

...

84. Ustavni sud naglašava da je Republika Hrvatska višestranačka demokracija, a da je višestranački demokratski sustav podignut na razinu najviše vrednote ustavnog poretka Republike Hrvatske, koja je temelj za tumačenje Ustava (članak 3. Ustava). Ujedno naglašava da je osnivanje političkih stranaka slobodno (članak 6. stavak 1. Ustava).

85. ESLJP je u presudi Yumak i Sadak protiv Turske (presuda, veliko vijeće, 8. srpnja 2008., zahtjev br. 10226/03) jasno naznačilo važnost političkih stranaka u demokratskom društvu, ističući:

'107. Slobodni izbori i sloboda izražavanja, a posebno sloboda političke debate, čine temelj svake demokracije ... Na 'slobodno izražavanje mišljenja naroda u izboru zakonodavnih tijela' također ima utjecaja i članak 11. Konvencije koji jamči slobodu udruživanja te na taj način posredno utječe i na slobodu političkih stranaka, kao oblika udruživanja, koja je ključna za pravilno funkcioniranje demokracije. Izražavanje mišljenja naroda ne može se zamisliti bez pomoći pluralizma političkih stranaka koje izražavaju strujanja koja teku u stanovništvu države. Odražavajući ta strujanja, ne samo u političkim institucijama već, zahvaljujući medijima, i na svim razinama života u društvu, one daju nezamjenjiv prilog održavanju političke debate koja čini srž koncepta demokratskog društva ...'

2. U-I-4780/2014 od 24. rujna 2015.⁴³ - apstraktna ocjena ustavnosti Zakona o izbornim jedinicama za izbor zastupnika u Zastupnički dom Hrvatskog državnog sabora (Narodne novine broj 116/1999.)

„31. Konačno, uvijek treba imati u vidu prirodni sukob koji postoji u samoj srži izbornih sustava te druge specifičnosti, koje je Europski sud za ljudska prava obrazložio u predmetu Mathieu-Mohin i Clerfayt protiv Belgije (presuda, 2. ožujka 1987., zahtjev br. 9267/81) ovako:

'54. ... Izborni sustavi nastoje ispuniti ciljeve koji su ponekad jedva spojivi jedan s drugim: s jedne strane, da vjerodostojno odražavaju istinita mišljenja naroda, a s druge strane da usmjeruju struje mišljenja tako da promiču iznošenje dostatno jasne i koherentne političke volje. U takvim okolnostima izraz 'uvjeti koji osiguravaju slobodno izražavanje mišljenja naroda u izboru zakonodavnog tijela' esencijalno implicira - odvojeno od slobode izražavanja (već zaštićene na temelju članka 10. Konvencije ...) - načelo jednakog postupanja prema svim građanima u ostvarenju njihova prava da biraju i njihova prava da budu birani na izborima.

Iz toga ne slijedi, međutim, da svi glasovi moraju nužno imati jednaku težinu (equal weight) što se tiče ishoda izbora ili da svi kandidati moraju imati jednake šanse pobijediti (equal chances of victory). Tako nijedan izborni sustav ne može eliminirati 'propale glasove' (wasted votes).

U smislu članka 3. Protokola br. 1 (P1-3.), svaki izborni sustav mora biti ocijenjen u svjetlu političkog razvitka zemlje o kojoj je riječ: obilježja koja bi bila neprihvatljiva u svjetlu jednog sustava mogu dakle biti opravdana u kontekstu drugog, u najmanju ruku toliko dugo dok odabrani sustav predviđa uvjete koji će osigurati 'slobodno izražavanje mišljenja naroda pri izboru zakonodavnog tijela.'

43 Narodne novine broj 104/2015.

3. U-I-988/1998 i dr. od 17. ožujka 2010.⁴⁴ - apstraktna ocjena ustavnosti Zakona o mirovinskom osiguranju („Narodne novine” broj 102/98., 127/00., 59/01., 109/01., 147/02., 117/03., 30/04., 177/04., 92/05., 43/07. - odluka Ustavnog suda, 79/07. i 35/08.)

„14.5. U tom se svjetlu postavlja pitanje: neovisno o zakonski ili administrativno postavljanoj granici (novčanom iznosu) najniže mirovine, koja je granica izraz socijalne politike države, postoji li općenito najniža granica mirovinskih primanja čije bi prekoračenje ujedno značilo i povredu ljudskih prava zajamčenih Ustavom?

Ustavni se sud u svojoj dosadašnjoj praksi nije bavio tim pitanjem. Europski sud, s druge strane, u tom pitanju ima izgrađenu praksu. Njegovo je stajalište da ukupan iznos mirovine - uz koju se uvijek moraju uzimati u obzir i sva druga državna i javna davanja i olakšice koje uživa potencijalna žrtva povrede Konvencije - može, zbog svoje nedostatnosti, u osobitim okolnostima nekog konkretnog slučaja otvoriti pitanje nečovječnog ili ponižavajućeg postupanja države u smislu članka 3. Konvencije, ako taj iznos, dostupan osobi, ne bi bio dostatan da je zaštititi od 'narušavanja fizičkog ili mentalnog zdravlja' ili od 'degradacije nesuglasne s ljudskim dostojanstvom' do mjere dovoljno ozbiljne da bi mogla potpasti unutar okvira članka 3. Konvencije (usp. odluku o dopuštenosti zahtjeva u predmetu Antonina Dmitriyevna Budina protiv Rusije, 18. lipnja 2009., zahtjev br. 45603/05, str. 6.-7; odluku u predmetu Aleksandra Larioshina protiv Rusije, 23. travnja 2002., zahtjev broj 56869/00, str. 4., te presudu u predmetu Kutepov i Anikeyenko protiv Rusije, 25. listopada 2005., zahtjev br. 68029/01, §§ 61.-63.).

Tako je u odluci o dopuštenosti zahtjeva u predmetu Antonina Dmitriyevna Budina protiv Rusije Europski sud ispitivao dopuštenost prigovora podnositeljice da je iznos njezine mirovine prenizak za preživljavanje, zbog čega joj je ugroženo pravo na život u smislu članka 2. Konvencije. Sud je utvrdio da u konkretnom slučaju nije riječ o tome da su državne vlasti primijenile bilo kakvo zlostavljanje prema podnositeljici zahtjeva. Bit je predlagateljčinog prigovora bio u tome da je državna mirovina o kojoj ovisi njezin opstanak i preživljavanje nedostatna za njezine temeljne ljudske potrebe.

Europski je sud, ispitujući dopuštenost prigovora podnositeljice, u obzir uzeo, osim iznosa same mirovine, i iznose drugih mjesečnih primitaka podnositeljice. On je u mjesečni iznos primitaka podnositeljice uračunao (u ruskim rubljima - RUB): - mirovinu (RUB 1.460); - socijalnu pomoć (RUB 590) i - naknadu za djelomičan invaliditet (RUB 410), ali i sljedeće povlastice koje je podnositeljica uživala: - 50% popusta na komunalne režije i stanarinu (utility bills); - besplatan javni gradski i prigradski prijevoz; - 50% popusta na međugradski željeznički i avionski prijevoz; - 50% popusta na račune za telefon i radio; - besplatnu me-

44 Narodne novine broj 40/2010.

dicinsku pomoć; - besplatnu zubnu protezu (osim plemenite kovine i keramike); - 50% popusta na liječničke recepte; - besplatnu terapiju u lječilištu, i - besplatan prigradski i međugradski prijevoz do mjesta terapije. Europski je sud nadalje uzeo u obzir i činjenicu da je podnositeljica jednokratno primila socijalnu pomoć za siromašne (indigence aid) u iznosu od RUB 500, a da je od popusta na režijske troškove i stanarinu korist imala i njezina obitelj. Konačno, Europski je sud uzeo u obzir i činjenicu da je dio povlastica podnositeljice, na njezin zahtjev, bio unovčen (str. 2.-3. odluke).

Iako je utvrdio da podnositeljčina mjesečna primanja 'nisu bila visoka u apsolutnim iznosima', Europski je sud odbacio kao očito neosnovan prigovor podnositeljice da su joj prava povrijeđena zbog toga što su njezina primanja ispod egzistencijskog minimuma (below the subsistence level), s obrazloženjem da podnositeljica nije dokazala da se 'nedostatak sredstava sam po sebi pretvorio u konkretnu patnju' (that the lack of funds translated itself into concrete suffering).

U presudi Kutepov i Anikeyenko protiv Rusije Europski je sud istaknuo i sljedeće: '61. Drugi se podnositelj zahtjeva nadalje poziva na članak 2. Konvencije jer sadašnji iznos njegove starosne mirovine nije dostatan da osigura standard dostojnog života.

62. Sud podsjeća da Konvencija ne jamči pravo na određeni životni standard kao takvo. On nadalje primjećuje da prigovor o ukupno nedostatnom iznosu mirovine i drugih socijalnih povlastica može, u načelu, otvoriti pitanje po članku 3. Konvencije koji zabranjuje nečovječno ili ponižavajuće postupanje. Međutim, na temelju dokumenata koje posjeduje, Sud ne nalazi naznaku da je iznos mirovine drugog podnositelja zahtjeva uzrokovao narušavanje njegovog fizičkog ili mentalnog zdravlja do mjere koja bi bila dostatna za postizanje minimuma razine ozbiljnosti da bi mogla potpasti unutar okvira članka 3. Konvencije, ili da se on suočava s bilo kakvim 'stvarnim i prijetećim rizikom' koji bi zahtijevao primjenu članka 2. Konvencije u konkretnom slučaju ...'

Ustavni sud smatra da u ovom postupku nije potrebno posebno ispitivati opću prihvatljivost navedenih pravnih stajališta Europskog suda u hrvatskom ustavnopravnom sustavu zaštite ljudskih prava. Dostatno je utvrditi da ocjena o utjecaju visine iznosa konkretne mirovine na ljudska prava njezina korisnika uvijek ovisi o osobitim okolnostima svakog pojedinačnog slučaja. Zbog faktične međusobne neusporedivosti privatnih imovinskih sfera pojedinaca u konkretnim slučajevima, ali i činjenice da ZOMO, zbog svog 'solidarizirajućeg' učinka, različito djeluje prema konkretnim osobama u pojedinačnim pravnim situacijama (prema jednim djeluje ograničavajuće, dok prema drugima djeluje povlašćujuće), ta ocjena nije podobna za generalizaciju."

4. U-IP-3820/2009 i dr. od 17. studenoga 2009.⁴⁵ - apstraktna ocjena ustavnosti Zakona o posebnom porezu na plaće, mirovine i druge primitke (Narodne novine broj 94/2009.)

„14.1. Europski sud polazi od načelnog stajališta da je svako oporezivanje prima facie miješanje u pravo na mirno uživanje vlasništva zajamčeno člankom 1. stavkom 1. Protokola br. 1 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda Vijeća Europe (‘Narodne novine - Međunarodni ugovori’, broj 18/97., 6/99. - pročišćeni tekst, 8/99. - ispravak, 14/02.; u daljnjem tekstu: Konvencija), budući da ono ‘pogođenu osobu lišava imovine, to jest iznosa novca koji ona mora platiti’ (presuda Velikog vijeća Europskog suda u predmetu Burden protiv Ujedinjenog Kraljevstva, 20. travnja 2008., zahtjev br. 13378/05, § 59.).

Međutim, Konvencija ne lišava državu njezinih poreznih ovlasti: država ima pravo primijeniti zakone radi osiguranja plaćanja poreza. Takvo miješanje države u imovinu osoba općenito je opravdano na temelju članka 1. stavka 2. Protokola br. 1 uz Konvenciju, koji izrijeком propisuje ‘pravo države da primijeni zakone koje smatra potrebnima da bi uredila upotrebu vlasništva u skladu s općim interesom ili za osiguranje plaćanja poreza ili drugih doprinosa ili kazni’. S aspekta nadzora koji provodi Europski sud ‘države, u načelu, ostaju slobodne iznaći različita pravila u području porezne politike’ (presuda Burden, § 65.).

Ipak, Europski sud, slično kao i Ustavni sud u postupcima pokrenutim ustavnim tužbama, pridržava pravo sudske kontrole miješanja države putem poreznih mjera u privatnu imovinsku sferu pojedinaca u konkretnim slučajevima, ‘budući da je pravilna primjena članka 1. Protokola br. 1 predmet njegova nadzora’ (presuda Burden, § 59.).

To znači da oporezivanje treba biti uređeno tako da zadovoljava opće zahtjeve Konvencije: ono mora biti propisano zakonom, mora biti u javnom ili općem interesu, a porezni propisi ili mjere porezne politike moraju biti ‘razumne’ i ‘razmjerne’ cilju koji se njima želi postići. Drugim riječima, uređenje poreznih prava i obveza smatrat će se suprotnim načelima Konvencije ako nema objektivnog i razumnog opravdanja, to jest ako ne teži legitimnom cilju ili ne postoji razumna razmjernost između primijenjene mjere i cilja koji se njome nastoji postići.”

5. U-I-659/1994 i dr. od 15. ožujka 2000.⁴⁶ - apstraktna ocjena ustavnosti Zakona o državnom sudbenom vijeću (Narodne novine broj 58/93. i 49/99.)

„19.5. Budući da je Hrvatska potpisnica Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda Vijeća Europe (u daljem tekstu: Europska konvencija), Sud smatra potrebnim istaknuti i to da se neće svaki zakon smatrati ‘zakonom’ u smislu Europske konvencije zbog same činjenice svoje opstojnosti. Mjerila Europskog

45 Narodne novine broj 143/2009.

46 Narodne novine broj 107/2000.

suda za ljudska prava, koja moraju biti ispunjena da bi se riječ 'zakon' u sintagmi 'propisan zakonom' (engl. 'prescribed by law'; franc. 'prévues par la loi') smatrala zakonom, znatno su stroža.

U presudi *Sunday Times Case*, Europski je sud odredio da zbog načela pravne izvjesnosti 'moraju biti zadovoljena dva zahtjeva koja proizlaze iz izraza 'propisan zakonom'. Prvo, zakon mora biti svima dostupan na odgovarajući način: građaninu mora biti omogućeno saznanje o tome što je pravno pravilo koje će se u danim okolnostima primijeniti na dotični slučaj. Drugo, norma se ne može smatrati 'zakonom' sve dok nije formulirana dovoljno precizno da građaninu omogući da prema njoj uskladi svoje ponašanje: njemu se mora omogućiti - po potrebi, uz odgovarajući savjet - da predvidi, do stupnja koji je razuman u danim okolnostima, posljedice koje njegovo ponašanje može uzrokovati'.

Nadalje, u presudi *Silver and Others*, Europski sud, pozivajući se na prethodno navedenu presudu, izrijekom je utvrdio da 'zakon koji daje diskrecijsko pravo mora ukazati na opseg tog prava'.³ Konačno, u presudi *Malone v. United Kingdom*, Europski je sud utvrdio: 'Sud ponavlja svoje mišljenje da se izraz 'sukladno zakonu' ne odnosi na puku opstojnost domaćeg zakona, već također i na kvalitetu zakona, zahtijevajući da on bude sukladan vladavini prava, koja se izrijekom spominje u preambuli Konvencije.' Nadalje, u presudi je utvrđeno da zakon mora biti dovoljno jasan u svojim odredbama kako bi građaninu pružio primjereno saznanje u kojim se okolnostima i pod kojim se uvjetima kreće ovlast javnih vlasti. Pozivajući se na presudu *Silver and Others*, Europski je sud ponovio da 'zakon koji daje diskrecijsko pravo mora ukazati na opseg tog prava', a da će stupanj preciznosti koji se s ovime u vezi od 'zakona' zahtijeva ovisiti o osobitosti materije o kojoj se radi. U tom smislu, Europski je sud istaknuo da bi bilo suprotno vladavini prava da zakonsko diskrecijsko pravo, dato primjenjivačima, bude izraženo u odredbama koje sadrže neograničenu moć. Dosljedno tome, zakon mora ukazati na opseg bilo kojeg diskrecijskog prava povjerenog ovlaštenim vlastima, i na dostatno precizno formuliran način korištenja tog diskrecijskog prava, imajući u vidu legitimne ciljeve i mjere koje su potrebne kako bi se pružila odgovarajuća zaštita pojedincu od arbitrarnog uplitanja."

6. U-III B-1373/2009 od 7. srpnja 2009.⁴⁷ - ustavna tužba radi povrede poduzetničkih i vlasničkih prava

„7. Ustavni sud u konkretnom je slučaju u prvom redu dužan ispitati je li riječ o imovini podnositelja u koju se, prema njihovim tvrdnjama, država neosnovano umiješala ukidanjem građevinske dozvole koju su podnositelji ishodili za gradnju nekretnine.

Ustavni sud podsjeća na svoje ustaljeno stajalište da se vlasništvo u smislu članka 48. stavka 1. Ustava 'mora vrlo široko tumačiti', jer obuhvaća 'načelno sva imo-

⁴⁷ Narodne novine broj 88/2009.

vinska prava' (v., primjerice, odluke Ustavnog suda broj: U-III-661/1999 od 13. ožujka 2000.; U-III-72/1995 od 11. travnja 2000.; U-III-551/1999 od 25. svibnja 2000.; U-III-476/2000 od 14. lipnja 2000., itd.), što uključuje i gospodarske interese koji su po naravi stvari vezani uz imovinu, ali i legitimna očekivanja stranaka da će njihova imovinska prava, zasnovana na pravnim aktima, biti poštivana, a njihovo ostvarenje zaštićeno.

Ustavni sud podsjeća i na ustaljeno pravno stajalište Europskog suda za ljudska prava (u daljnjem tekstu: Europski sud) koji priznaje da se legitimna očekivanja stranaka pod određenim pretpostavkama moraju smatrati 'imovinom' pod zaštitom članka 1. Protokola br. 1. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda ('Narodne novine - Međunarodni ugovori', broj 18/97., 6/99. - pročišćeni tekst, 8/99. - ispravak, 14/02.; u daljnjem tekstu: Konvencija), koji uređuje zaštitu vlasništva.

Pojam 'legitimnih očekivanja' u kontekstu članka 1. Protokola br. 1 uz Konvenciju Europski je sud prvi put spomenuo u presudi Pine Valley Developments LTD i ostali protiv Irske od 29. studenoga 1991. (zahtjev br. 12742/87). U tom su predmetu podnositelji bili poduzetnici čija je temeljna djelatnost bila kupnja i izgradnja zemljišta; oni su 1978. godine kupili zemljište pouzdajući se u nacrt plana izdavanja urbanističkih dozvola za izgradnju industrijskih skladišta i uredskih prostora, a on je naknadno, odlukom irskog Vrhovnog suda, utvrđen ultra vires i ab initio ništetnim, jer je bio u suprotnosti s mjerodavnim zakonima. Europski je sud zauzeo stajalište da je 'legitimno očekivanje' nastalo onda kad je dozvola (outline planning permission) izdana, a na temelju pouzdanja u nju podnositelji su kupili zemljište s namjerom njegove izgradnje. Ta je dozvola, koju nadležna upravna tijela više nisu mogla ukinuti ili na drugi način opozvati, činila sastavni dio vlasništva (imovine) tvrtki podnositelja' (§ 51. presude Pine Valley i § 45. presude Velikog vijeća u predmetu Kopecký protiv Slovačke od 28. rujna 2004., zahtjev br. 44912/98, 2004-IX).

U presudi Kopecký protiv Slovačke Veliko vijeće Europskog suda saželo je stajališta obrazložena u presudi Pine Valley i u novijoj presudi Stretch protiv Ujedinjenog Kraljevstva od 24. lipnja 2003. (zahtjev br. 44277/98, § 35). Ono je izrijeком utvrdilo da su u oba ta slučaja podnositelji bili ovlašteni pouzdati se na činjenicu da pravni akt na temelju kojeg su na sebe preuzeli teret financijskih obveza neće biti retroaktivno utvrđen nevaljanim (invalidated) na njihovu štetu. U toj se skupini slučajeva 'legitimno očekivanje', prema tome, temeljilo na razumno opravdanom povjerenju u pravni akt (reasonably justified reliance on a legal act) koji je imao valjanu pravnu osnovu (sound legal basis) i odnosio se na vlasnička prava.' (§ 47. presude Kopecký.)

Nadalje, Europski sud za ljudska prava u nizu je svojih odluka opetovano isticao da podnositelji zahtjeva nemaju 'legitimno očekivanje' ako se ne može utvrditi da imaju 'aktualan ovršni zahtjev koji je u dostatnoj mjeri ustanovljen' (currently enforceable claim that was sufficiently established). Tako je u odluci Velikog vi-

jeća o dopuštenosti zahtjeva u predmetu Gratzinger i Gratzingerova protiv Češke Republike od 10. srpnja 2002. (zahtjev br. 39794/98, 2002-VII), u kojemu podnositelji nisu ispunjavali jednu od bitnih zakonskih pretpostavki za ostvarenje prava koje su potraživali, Veliko vijeće Europskog suda utvrdilo da zahtjev podnositelja nije bio dostatan ustanovljen u smislu članka 1. Protokola br. 1 uz Konvenciju. 'Vjerovanje da će zakon koji je na snazi biti izmijenjen u korist podnositelja ne može se smatrati oblikom 'legitimnog očekivanja' u smislu članka 1. Protokola br. 1 uz Konvenciju. Sud smatra da postoji razlika između puke nade u restituciju, koliko god razumljiva ta nada može biti, i legitimnog očekivanja, koje mora biti mnogo konkretnije naravi od puke nade i (mora) biti utemeljeno na zakonskoj odredbi ili pravnom aktu kao što je sudska odluka. Sud sukladno tome zaključuje da podnositelji nisu pokazali da imaju zahtjev (claim) koji je dostatan ustanovljen da bi bio ovršan i stoga oni ne mogu tvrditi da imaju 'imovinu' u smislu članka 1. Protokola br. 1' (§§ 73. i 74. odluke Gratzinger i § 49. presude Kopecký).

Na navedena pravna stajališta Europskog suda Ustavni sud se već pozvao u svojoj odluci broj: U-I-2921/2003, U-I-3114/2003, U-I-3615/2003, U-I-483/2004, U-I-2833/2004, U-I-3172/2005, U-I-2565/2007, U-I-2150/2008, U-I-3787/2008 od 19. studenoga 2008. ('Narodne novine', broj 137/08.), pa mu na ovom mjestu preostaje samo to da ih opetovano ocijeni sukladnim članku 48. stavku 1. Ustava, a time i primjenjivim u ustavnopravnom poretku Republike Hrvatske.

Ustavni sud dodatno napominje da se uvjetna potraživanja ili zahtjevi koji su odbijeni uslijed toga što stranka nije ispunjavala uvjete propisane zakonom ili drugim mjerodavnim pravnim aktom ne smatraju imovinom koja bi konstituirala vlasnička prava u smislu članka 48. stavka 1. Ustava. Istovjetno stajalište zauzima i Europski sud (v. sažetak relevantnih stajališta u predmetima: Mario de Napoles Pacheco protiv Belgije, odluka Europske komisije od 5. listopada 1978., zahtjev br. 7775/77, DR 15, str. 151. u engleskom izdanju; Malhous protiv Češke Republike, odluka Velikog vijeća od 13. prosinca 2000., zahtjev br. 33071/96, ECHR 2000-XII; Prince Hans-Adam II protiv Njemačke, presuda Velikog vijeća, zahtjev br. 42527/98, ECHR 2001-VIII, § 85.; Nerva protiv Ujedinjenog Kraljevstva, presuda od 24. rujna 2002., zahtjev br. 42295/98, Izvješće o presudama i odlukama 2002-VIII, § 43.).

U slučaju koji je predmet ispitivanja u ovom ustavnosudskom postupku nije riječ o tome da je zahtjev podnositelja za izdavanjem građevinske dozvole odbijen zato što nisu bili ispunjeni uvjeti za njezino izdavanje propisani zakonom. Suprotno od toga, u konkretnom je slučaju zahtjev za izdavanjem građevinske dozvole podnositelja utvrđen osnovanim, pa im je građevinska dozvola i izdana, a podnositeljima je njome konačno i pravomoćno priznato pravo gradnje, koju su oni i započeli. Za potrebe te gradnje djelomice su uložili vlastita sredstva, a djelomice su se kreditno zadužili kod banke, s utvrđenim rokovima otplate kredita na određeno višegodišnje razdoblje.

Polazeći od navedenih pravnih stajališta Europskog suda, koje je u svojoj dosadašnjoj praksi i sam prihvatio, Ustavni sud ocjenjuje da su u konkretnom slučaju podnositelji imali 'legitimno očekivanje' da će uvjeti iz građevinske dozvole, na temelju koje su na sebe preuzeli teret financijskih obveza, biti ispunjeni, s obzirom na to da se ono temeljilo na razumno opravdanom povjerenju u konačni i pravomoćni upravni akt koji je imao valjanu pravnu osnovu. Stoga nema dvojbe da je njihov zahtjev bio dostatno ustanovljen, a time i 'ovršan', što ga kvalificira kao 'imovinu' u smislu članka 1. Protokola br. 1 uz Konvenciju.

Ustavni sud stoga zaključuje da je navedeno legitimno očekivanje samo po sebi konstitutivno za vlasnički interes podnositelja, pa je u konkretnom slučaju pravomoćna građevinska dozvola sastavni dio imovine podnositelja koja potpada pod jamstvo članka 48. stavka 1. Ustava i članka 1. Protokola br. 1 uz Konvenciju.

...

11.7. Obveza isplate naknade tržišne vrijednosti u smislu članka 50. stavka 1. Ustava javlja se, dakle, tek u situaciji kad je nesporno utvrđeno da je ukidanje po pravu nadzora pravomoćnih upravnih akata (sve unutar roka od godine dana od nastupa njihove konačnosti) u interesu Republike Hrvatske.

Nema li tog interesa, ne postoji ni ustavnopravna mogućnost ukidanja pravomoćnih upravnih akata po pravu nadzora.

Ako je pak ustavni zahtjev vezan uz interes Republike Hrvatske ispunjen (uz ispunjenje i svih ostalih zakonskih pretpostavki za ukidanje po pravu nadzora), onda postoji i obveza naknade tržišne vrijednosti za oduzetu imovinu u smislu članka 50. stavka 1. Ustava.

Ustavni sud podsjeća da je u svojoj dosadašnjoj praksi prihvatio stajališta Europskog suda za ljudska prava, vezana uz značenje 'naknade tržišne vrijednosti', koja je taj sud utvrdio u već spomenutoj presudi Gashi protiv Hrvatske (v. odluku Ustavnog suda broj: U-III-1192/2005 od 25. rujna 2008., 'Narodne novine' broj 123/08.; usp. i odluku Ustavnog suda broj: U-III-195/2006 od 18. lipnja 2008., Narodne novine, broj: 78/08., kao i odluku broj: U-III-334/2006 od 2. srpnja 2008.). Europski je sud, naime, u presudi Gashi utvrdio sljedeće:

'(...) I na kraju, Sud ponavlja da je presuđivao da osoba koja je lišena svoga vlasništva u načelu mora dobiti naknadu u 'razumnoj vezi s njegovom vrijednošću', čak i ako 'legitimni ciljevi javnoga interesa možda nalažu nadoknadu vrijednosti manju od njegove pune tržišne vrijednosti'. Iz toga slijedi da je naprijed spomenuta ravnoteža općenito postignuta kad je naknada isplaćena osobi čija je imovina oduzeta u razumnom odnosu s njezinom 'tržišnom' vrijednošću, (...).'

Zaključno, u konkretnom slučaju koji je predmet ispitivanja u ovom ustavnosudskom postupku podnositeljima je ukinuta pravomoćna građevinska dozvola po pravu nadzora, što je dovelo do miješanja države odnosno do oduzimanja vlasništva podnositelja, a da za to oduzimanje njima nije priznata naknada tržišne vrijednosti u smislu članka 50. stavka 1. Ustava."

7. U-III-3491/2006 i dr. od 7. srpnja 2010.⁴⁸ - ustavna tužba zbog povrede prava vlasništva

„19.3. Ustavni sud konstatira da je podnositeljica do sada bila obvezana po povoljnim uvjetima prodati stanove u svom vlasništvu stečenom ex lege, u najmanje 30 slučajeva (uključujući i ova tri u povodu kojih su podnesene ustavne tužbe koje su predmet ovog ustavnosudskog postupka). Naime, Ustavni sud je od 1997. do veljače 2009. u 12 svojih odluka odbio ustavne tužbe podnositeljice, utemeljene na istom ustavnopravnom pitanju, zauzevši stajalište da se članak 2. Zakona o prodaji stanova (koji propisuje da se odredbe tog zakona odnose i na stanove na kojima je prema posebnim propisima izvršena pretvorba vlasništva) odnosi na pretvorbe učinjene prije stupanja na snagu Zakona o prodaji stanova kao i na one nakon toga, uključujući i Zakon o HAZU. Zauzimajući to stajalište Ustavni sud te predmete nije u dostatnoj mjeri sagledavao u svjetlu tzv. europskih ustavnih standarda, to jest u svjetlu stajališta Europskog suda o dosezima i sadržaju konvencijskog prava na mirno uživanje vlasništva, koje standarde primjenjuje Ustavni sud u svojoj praksi od srpnja 2009. (U-III-B-1373/2009) prihvaćajući činjenicu da je Konvencija 'ustavni instrument europskog javnog poretka' (Constitutional instrument of European public order, v. Loizidou protiv Turske, presuda Velikog vijeća od 23. ožujka 1995., zahtjev broj 15318/89).

19.4. Primjenjujući stajališta Ustavnog suda i Europskog suda, citirana u točkama 15.2. i 15.3. obrazloženja ove odluke, na konkretan slučaj, a imajući u vidu prethodno navedene činjenice, Ustavni sud utvrđuje da je obvezivanjem na prodaju najmanje 30 stanova u svom vlasništvu po nižoj netržišnoj cijeni, podnositeljici nametnut prekomjeran teret u odnosu na legitiman cilj koji se Zakonom o prodaji stanova želio postići. To je dovelo do nerazmjerne neravnoteže između zaštite javnog interesa uspostavljenog Zakonom o prodaji stanova i njegovih učinaka na podnositeljicu.

Ustavni sud smatra da je zadaća zakonodavca bila osigurati kupnju stanova u društvenom vlasništvu pod uvjetima povoljnijim od tržišnih za sve stanare, ne stvarajući razlike u osobi prodavatelja koje bi neke od stanara dovele do toga da im kupnju stana onemogući ili bitno oteža. To se odnosi i na stanare koji su imali stanarsko pravo na stanovima koji su na temelju članka 27. Zakona o HAZU postali vlasništvo podnositeljice. Međutim, Ustavni sud smatra da je, zbog toga što je sam zakonodavac posebnim zakonom ponovno uspostavio pravo vlasništva podnositeljice nad ranije oduzetim nekretninama, zakonodavac istovremeno trebao osigurati da sama podnositeljica ne snosi prekomjeran teret u odnosu na cilj koji se Zakonom o prodaji stanova želio postići. Zaštita njezina prava vlasništva, uspostavljenog Zakonom o HAZU, morala se, u konkurenciji s drugim pretvorbenim propisima, sastojati u ostvarivanju prava na naknadu u visini tržišne vrijednosti stanova. Ona, međutim, nije morala biti ostvarena od stanara - kupca stana.

48 Narodne novine broj 90/2010.

20. Ustavni sud posebno ističe da se stajališta izražena u ovoj odluci odnose samo na ovaj slučaj i ne mogu se primijeniti ni na jedan drugi. Razlozi za to proizlaze iz obrazloženja ove odluke pod točkom 19. 2.”

8. U-III-5807/2010 od 30. travnja 2013.⁴⁹ - ustavna tužba zbog povrede prava na pošteno provođenje pravde

„21. Ustavni sud podsjeća da je Europski sud za ljudska prava u Strasbourgu (u daljnjem tekstu: Europski sud) odavno utvrdio kako ‘u demokratskom društvu, u smislu Konvencije, pravo na pošteno provođenje pravde (right to a fair administration of justice) zauzima tako prominentno mjesto da restriktivna interpretacija članka 6. stavka 1. ne bi korespondirala s ciljem i svrhom te odredbe’ (predmet Delcourt protiv Belgije, presuda, 17. siječnja 1970., zahtjev br. 2689/65, § 25.).

Također je utvrdio ‘fundamentalno načelo’ da ‘članak 6. sam po sebi ne jamči nikakav određeni sadržaj materijalnog prava ...’ odnosno da članak 6. Konvencije ‘u načelu ne može biti primijenjen na materijalna ograničenja prava koje postoji na temelju domaćeg prava (no application to substantive limitations on the right existing under domestic law)’ (predmet Roche protiv Ujedinjenog Kraljevstva, presuda, veliko vijeće, 19. listopada 2005., zahtjev br. 32555/96, § 119.).

Istovjetna stajališta prihvaća i Ustavni sud kad je riječ o članku 29. Ustava. Drugim riječima, kad ispituje navodne povrede članka 29. Ustava Ustavni sud ne bavi se ni materijalnom osnovanošću ni materijalnom pravičnošću (substantive fairness) presuđene stvari.

Ustavni sud u svojoj je dosadašnjoj praksi, usklađenoj s praksom Europskog suda, utvrdio niz načela koja treba slijediti da bi se sudski postupak mogao ocijeniti pravičnim. Provođeci postupke, sudovi moraju poštovati ta načela kad pri donošenju svoje odluke ocjenjuju, uz prednost izravnog ispitivanja, činjenice i okolnosti konkretnog slučaja primjenjujući mjerodavno pravo. Zadaća je Ustavnog suda u jamčenju ustavnog i konvencijskog prava na pravično suđenje da provjeri je li sud poštovao takva relevantna načela u konkretnom slučaju. Uz tu provjeru, zadaća je Ustavnog suda da ispita nije li sud u konkretnom slučaju vršio svoje procjene na očito nerazuman način ili je učinio neku drugu očitu pogrešku u prosudbi, pogrešno procijenio postojanje nekog važnog čimbenika ili pak propustio razmotriti sve relevantne čimbenike odnosno propustio uzeti u obzir sve činjenične i pravne elemente koji su objektivno mjerodavni za donošenje odluke, odbio provesti dokaze koji bi mogli dovesti do drugačije odluke, i sl.

22. Ustavni sud također podsjeća da je Europski sud već u predmetu Irska protiv Ujedinjenog Kraljevstva (presuda, plenarna sjednica, 18. siječnja 1978., zahtjev br. 5310/71) obrazložio svoj načelni pristup ocjeni dokaza kad provodi postupak po zahtjevu podnositelja:

49 Narodne novine broj 57/2013.

‘209. Sud nije vezan, na temelju Konvencije ili na temelju općih načela primjenjivih na međunarodna sudišta, strogim pravilima dokaza. Da bi se uvjerio, Sud je ovlašten osloniti se na dokaze bilo koje vrste, uključujući, u mjeri u kojoj ih smatra relevantnima, dokumente ili izjave koje stvaraju vlade, bile one tuženice ili podnositeljice zahtjeva, ili druge institucije ili dužnosnici (officials). ...

210. ... S druge strane, Sud, koji je gospodar svoga vlastitog postupka i svojih vlastitih pravila (being master of its own procedure and of its own rules) ..., ima potpunu slobodu u procjeni ne samo dopuštenosti i relevantnosti nego i dokazne snage (probative value) svakog djelića dokaza pred njim.’

U predmetu Nachova i drugi protiv Bugarske (presuda, veliko vijeće, 6. srpnja 2005., zahtjevi br. 43577/98 i 43579/98) Europski sud taj je svoj načelni pristup podrobnije obrazložio:

‘147. ... Specifičnost njegove zadaće po članku 19. Konvencije - osigurati da se države ugovornice pridržavaju svojih obveza osiguravanja temeljnih prava zajamčenih u Konvenciji - uvjetovala je i njegov pristup pitanjima dokaznih sredstava i dokaza (issues of evidence and proof). U postupku pred Sudom nema procesnih zapreka (procedural barriers) za dopuštenost dokaza ili predodređenih formula za njihovu ocjenu. On izvodi zaključke koji su, prema njegovu mišljenju, zasnovani na slobodnoj evaluaciji svih dokaza, uključujući i takve zaključke (inferences) koji se mogu izvesti iz činjenica i očitovanja stranaka. Sukladno njegovoj ustaljenoj praksi, dokaz se može izvesti iz istodobnog postojanja dovoljno jakih, jasnih i neproturječnih pokazatelja ili sličnih nepobitnih presumpcija o činjenicama (coexistence of sufficiently strong, clear and concordant inferences or of similar unrebutted presumptions of fact). Štoviše, stupanj uvjerljivosti (persuasion) potreban za postizanje određenog zaključka i s tim u vezi distribucija tereta dokazivanja neraskidivo su povezani sa specifičnošću činjenica, naravi iznesenih tvrdnji i konvencijskim pravom o kojem je riječ. ...’

22.1. I Ustavni sud u postupcima pokrenutim ustavnim tužbama ima zadaću osigurati da se nadležna tijela državne i javne vlasti pridržavaju svojih obveza osiguravanja ljudskih prava i temeljnih sloboda zajamčenih u Ustavu (članak 125. alineja 4.). Budući da je Republika Hrvatska kao suverena država prenijela dio svoje sudbene jurisdikcije na Europski sud, da se u postupcima pokrenutim ustavnim tužbama pred Ustavnim sudom primjenjuju pravni standardi koje je u svojoj praksi izradio Europski sud i da je odluka Ustavnog suda posljednja nacionalna odluka u tim postupcima protiv koje podnositelji imaju pravo podnošenja pojedinačnog zahtjeva Europskom sudu, Ustavni sud u provedbi svoga nadzora mora slijediti navedena pravila o ocjeni dokaza u postupku pred Europskim sudom. Slijedom toga, i tijela kaznenog progona te kazneni sudovi trebaju uzimati u obzir tu obvezu Ustavnog suda da slijedi pravila Europskog suda o ocjeni dokaza i u ustavnosudskim postupcima zaštite ustavnih prava.

Samo se na taj način osigurava izvršavanje međunarodnih obveza koje je Republika Hrvatska prihvatila ratifikacijom Konvencije. Time se, naimе, omogućuje da se sporovi riješe na nacionalnoj razini izravnom primjenom Konvencije i prakse Europskog suda u skladu s načelom supsidijarnosti konvencijskog nadzornog sustava.”

9. U-III-5449/2013 od 13. siječnja 2014.⁵⁰ - ustavna tužba zbog povrede osobne slobode

„5. Prema dosadašnjoj praksi, Ustavni sud odbacivao je kao nedopuštene (zbog nepostojanja postupovnih pretpostavki za odlučivanje o njima) ustavne tužbe kojima su se osporavala rješenja o pritvoru, odnosno istražnom zatvoru, u sljedećim slučajevima:

- a) ako je rješenje o određivanju pritvora/istražnog zatvora već u vrijeme podnošenja ustavne tužbe prestalo važiti, odnosno nije proizvelo pravne učinke, ili*
- b) ako rješenje o određivanju pritvora/istražnog zatvora u vrijeme odlučivanja Ustavnog suda više nije važno, odnosno nije proizvelo pravne učinke, ili*
- c) ako se podnositelj u vrijeme podnošenja ustavne tužbe nije nalazio u pritvoru/istražnom zatvoru, ili*
- d) ako je podnositelj tijekom ustavnosudskog postupka pušten na slobodu, ili*
- e) ako je podnositelj tijekom ustavnosudskog postupka upućen na izdržavanje kazne zatvora.*

6. Praksa ESLJP-a u odnosu na Hrvatsku pokazuje da je Ustavni sud dužan preispitati navedena stajališta u svjetlu članka 5. stavka 4. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (‘Narodne novine’ - Međunarodni ugovori broj 18/97., 6/99. - pročišćeni tekst i 8/99. - ispravak, 14/02. i 1/06., u daljnjem tekstu: Konvencija), koji glasi:

Članak 5.

Pravo na slobodu i sigurnost

(...)

4. Svatko tko je lišen slobode uhićenjem ili pritvaranjem ima pravo pokrenuti sudski postupak u kojem će se brzo odlučiti o zakonitosti njegova pritvaranja ili o njegovu puštanju na slobodu ako je pritvaranje bilo nezakonito.

(...)

U ovom se ustavnosudskom postupku Ustavni sud ograničava na preispitivanje svog dosadašnjeg stajališta o odbacivanju ustavne tužbe u situaciji kad rješenje

⁵⁰ Narodne novine broj 6/2014.

o određivanju pritvora/istražnog zatvora u vrijeme odlučivanja Ustavnog suda više ne važi, odnosno ne proizvodi pravne učinke, a podnositelj (prитвореник) je pušten na slobodu (kumulacija slučajeva b) i d) navedenih u točki 5. obrazloženja ove odluke). Ostale slučajeve navedene u točki 5. obrazloženja ove odluke Ustavni sud će sukcesivno preispitivati u predmetima u kojima se oni pojave kao ustavnopravno relevantni.

6.1. U predmetu *Hutchison Reid protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (presuda, 20. veljače 2003., zahtjev br. 50272/99) sadržana su načelna pravna stajališta ESLJP-a o značenju i domašaju članka 5. stavka 4. Konvencije. Ona glase:

‘64. Članak 5. stavak 4. pruža temeljnu zaštitu protiv arbitrarnog pritvaranja jer propisuje da pojedinac koji je lišen slobode ima pravo da o zakonitosti njegova pritvaranja odluči sud. ...

65. Uhićena ili pritvorena osoba ima pravo da takav sud odluči o ‘zakonitosti’ njezina pritvaranja u svjetlu ne samo pretpostavki domaćeg prava već i teksta Konvencije, u njoj utjelovljenih općih načela te svrhe ograničenja koje dopušta stavak 1. (vidjeti, inter alia, *Brogan i drugi protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda od 29. studenoga 1988., ... § 65.). To ne jamči pravo na sudski nadzor takvog opsega koji će ovlastiti sud da u svim aspektima slučaja, uključujući pitanja čiste svrhovitosti (pure expediency), zamijeni vlastitom diskrecijom onu tijela koje donosi odluku (to substitute its own discretion for that of the decision-making authority). Nadzor, međutim, mora biti dovoljno obuhvatan da utječe na uvjete koji su bitni za zakonito pritvaranje osobe podvrgnute vrsti lišenja slobode koja je naložena (vidjeti *E. protiv Norveške*, presuda od 29. kolovoza 1990., ... § 50., i *Singh protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda od 2. veljače 1996., ... § 65.).’

U predmetu *A. i drugi protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (presuda, veliko vijeće, 19. veljače 2009., zahtjev br. 3455/05) ESLJP je izrijeком utvrdio da je članak 5. stavak 4. Konvencije ‘lex specialis u odnosu prema općenitijim zahtjevima iz članka 13.’, to jest prema pravu na djelotvorno domaće pravno sredstvo (§ 202. presude). To je utvrđenje utemeljeno na ustaljenom stajalištu ESLJP-a da je u središtu članka 5. stavka 4. Konvencije pravo pritvorenika na pravno sredstvo protiv sudskih odluka o njegovu uhićenju ili pritvaranju, odnosno produljenju pritvora. Naime, ESLJP je već u predmetu *Brogan i drugi protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (1988.) zauzeo stajalište da uhićene ili pritvorene osobe imaju pravo na sudsko ispitivanje procesnih i materijalnih razloga koji su od životnog značenja za ‘zakonitost’ lišenja njihove slobode u smislu Konvencije. Mjerodavni dijelovi te presude glase:

‘65. ... Prema utvrđenoj praksi Suda, pojam ‘zakonitost’ u stavku 4. ... ima isto značenje kao i u stavku 1. ... Na temelju stavka 4. članka 5. ... uhićene ili pritvorene osobe imaju pravo na nadzor procesnih i materijalnih uvjeta koji su bitni za ‘zakonitost’, u smislu Konvencije, njihova lišenja slobode. To znači da su u ovom slučaju podnositelji zahtjeva trebali imati dostupno pravno sredstvo koje bi omogućilo nadležnom sudu da ispita ne samo poštovanje procesnih zahtjeva

propisanih člankom 12. Zakona iz 1984.' (riječ je o domaćem zakonu Ujedinjenog Kraljevstva - op. Ustavni sud) 'već i razumnost sumnje na kojoj je bilo zasnovano uhićenje (reasonableness of the suspicion underpinning the arrest), kao i legitimnost svrhe kojoj se težilo tim uhićenjem odnosno kasnijim pritvaranjem (legitimacy of the purpose pursued by the arrest and the ensuing detention).'

10. U-III-443/2009 od 30. travnja 2009.⁵¹ - ustavna tužba (pravo na sudsku zaštitu protiv odluka o izboru ili imenovanju najviših državnih dužnosnika koje donosi parlament)

„8.1. a) Hrvatski sabor predstavničko je tijelo građana i nositelj zakonodavne vlasti u Republici Hrvatskoj (članak 70. Ustava). Hrvatski sabor samostalno odlučuje o uređivanju gospodarskih, pravnih i političkih odnosa u Republici Hrvatskoj (članak 2. stavak 4. alineja 1. Ustava), te je ovlašten donositi akte političke naravi.

Na temelju prava i ovlaštenja utvrđenih Ustavom i Poslovníkom Hrvatskog sabora ('Narodne novine', broj 6/02. - pročišćeni tekst, 41/02., 91/03., 58/04., 69/07., 39/08. i 86/08., u daljnjem tekstu: Poslovník) Hrvatski sabor donosi Ustav, zakone, državni proračun, odluke, deklaracije i druge akte utvrđene Ustavom i člankom 116. Poslovníka. Odlukom, kao aktom ostvarivanja prava Sabora, odlučuje se, između ostalog, o izboru odnosno imenovanju, razrješenju i opozivu (članak 118. Poslovníka).

Hrvatski sabor bira suce Ustavnog suda (članak 125. Ustava). Uvjeti za izbor, kao i postupak izbora sudaca Ustavnog suda propisani su Ustavnim zakonom, koji ima pravnu snagu samog Ustava, budući da je donesen na način i u postupku propisanom za promjenu Ustava. Odluku o izboru sudaca Ustavnog suda, dakle, Hrvatski sabor donosi na osnovi izravnih ustavnih ovlasti i po proceduri koja je također ustavne naravi. U tom smislu Ustavni sud ocjenjuje netočnima navode mr. sc. Mirjane Juričić da se kod izbora sudaca Ustavnog suda ne radi o neposrednoj primjeni ustavnih odredbi.

Ustavni sud primjećuje da ni Ustav ni mjerodavni zakoni ne propisuju izrijeckom pravno sredstvo protiv akata izbora ili imenovanja najviših državnih odnosno pravosudnih dužnosnika niti propisuju krug ovlaštenika na podnošenje pravnog sredstva protiv njih. S druge strane, oni ga izrijeckom ni ne isključuju. U tom smislu treba podsjetiti na novo pravno stajalište Europskog suda za ljudska prava, prvi put izraženo u presudi Velikog vijeća u predmetu Vilho Eskelinen i drugi protiv Finske od 19. travnja 2007. (zahtjev br. 63235/00), koje glasi:

'61. Sud priznaje državni interes u kontroli pristupa sudu kad se radi o određenim kategorijama osoblja (staff). Međutim, primarno je na državama ugovornicama,

51 Narodne novine broj 16/2009. (privremena mjera); Narodne novine broj 65/2009. (izdvojena mišljenja i odluka)

osobito nacionalnim zakonodavcima, a ne na Sudu, da izriekom identificiraju ona područja javnih službi (public service) koja uključuju vršenje diskrecijskih ovlasti pripadajućih državnom suverenitetu, gdje se od interesa pojedinca mora odustati. ...

62. Da sažmemo, s ciljem da tužene države budu sposobne pred Sudom odgovarati zbog isključenja zaštite sadržane u članku 6. u vezi s podnositeljevim statusom kao javnog službenika (civil servant), moraju biti ispunjena dva uvjeta. Prvo, država mora u svom nacionalnom pravu izriekom isključiti pristup sudu za službu (post) ili kategoriju osoba koja je u pitanju. Drugo, isključenje mora biti opravdano po objektivnim osnovama u interesu države. ... Na tuženoj je vladi da demonstrira, prvo, da podnositelj javni službenik nema pravo na pristup sudu po nacionalnom pravu, i, drugo, da je isključenje prava zajamčenih člankom 6. za javnog službenika opravdano.'

Navedena pravna stajališta Europski sud za ljudska prava ponovio je i u presudi Olujić protiv Hrvatske od 5. veljače 2009. (zahtjev br. 22330/05), u kojoj je iznova istaknuo da se članak 6. ne primjenjuje samo na slučajeve gdje je domaće pravo izriekom isključilo pristup sudu za kategorije osoba o kojima je riječ, a gdje je isključenje opravdano objektivnim interesima države.' (S 34.)

S tim u vezi, Ustavni sud podsjeća da je - u nedostatku izričite pravne norme koja bi isključivala upravnosudsku zaštitu protiv odluke Hrvatskog sabora o izboru sudaca Ustavnog suda - rješenjem broj: U-III-1923/2002 od 13. prosinca 2002. prvi put ustanovio nadležnost Upravnog suda za ispitivanje eventualnih povreda ustavnih prava počinjenih odlukom Hrvatskog sabora o izboru sudaca Ustavnog suda pozivom na članak 66. ZUS-a. Istim je rješenjem na posredan način priznao i aktivnu legitimaciju za podnošenje zahtjeva iz članka 66. ZUS-a osobama koje su sudjelovale kao kandidati u istom postupku izbora za suce Ustavnog suda. Tim je rješenjem Ustavni sud ujedno priznao ustavnoj tužbi, kao sredstvu ustavnopravne zaštite, svojstvo supsidijarnosti u odnosu na odluke Hrvatskog sabora o izboru sudaca Ustavnog suda. Istovjetno stajalište Ustavni sud je ponovo izrazio u rješenju broj: U-III-2419/2008 od 25. rujna 2008. godine.

U svjetlu takvih okolnosti Ustavni sud u ovom ustavnosudskom postupku nije posebno razmatrao dijelove ustavne tužbe u kojima podnositeljica osporava aktivnu legitimaciju mr. sc. Mirjani Juričić za podnošenje zahtjeva iz članka 66. ZUS-a Upravnom sudu, jer ona za Ustavni sud nije sporna.

Ustavni sud primjećuje, međutim, da postoje ozbiljni razlozi koji bi mogli potaknuti Ustavni sud na eventualno preispitivanje sadašnjeg pravnog stajališta o prihvatljivosti upravnosudske zaštite protiv odluka najviših državnih tijela o imenovanju državnih dužnosnika, s obzirom da bi ustavna tužba mogla biti dostatno i djelotvorno pravno sredstvo u takvim slučajevima. To proizlazi iz već spomenute presude Europskog suda za ljudska prava u slučaju Olujić protiv Hrvatske, u kojoj je Europski sud iznio stajalište da isključenje sudske zaštite pred redovnim sudovima ne čini pristup sudu apsolutno isključenim 'budući

da je podnositelj bio ovlašten podnijeti ustavnu tužbu protiv odluke Državnog sudbenog vijeća i Županijskog doma', te je 'sud ispitao meritum tih tužbi. ... Po toj osnovi, Sud smatra da okvir nadzora Ustavnog suda u konkretnom slučaju, te njegova ovlast da ukine odluke, ukazuje da je podnositelju osiguran pristup sudu po domaćem pravu, koji zadovoljava Eskelinen test.' (§§ 36. i 37.).

Na potrebu eventualnog preispitivanja sadašnjeg pravnog stajališta Ustavnog suda o osnovanosti upravnosudske zaštite protiv odluka Hrvatskog sabora o izboru sudaca Ustavnog suda ukazuje i novije mišljenje Venecijanske komisije Vijeća Europe izraženo u povodu novele Zakona o Ustavnom sudu Armenije: 'Odluku o povredi postupka imenovanja suca Ustavnog suda (članak 14.7.7) trebao bi donijeti sam Sud, a ne redovni sud (bez sudjelovanja suca o kojem je riječ).' (CDL-AD(2006)017 Opinion on amendments to the law on the Constitutional Court of Armeni, u: *Vademecum on Constitutional Justice*, 11. V. 2007. - CDL-JU(2007)012, str. 9). Ustavni sud pritom podsjeća da dokumente Venecijanske komisije Europski sud za ljudska prava smatra izvorom prava (primjerice, u predmetima *Apostol v. Gruzija* /28. studenoga 2006./, *Oya Ataman v. Turska* /5. prosinca 2006./, *Georgian Labour Party v. Gruzija* /8. srpnja 2008./; *Yumak i Sadak protiv Turske - Veliko vijeće* /8. srpnja 2008./; *Melnychenko v. Ukrajina* /19. listopada 2004./; *Russian Conservative Party of Entrepreneurs i drugi v. Rusija* /11. siječnja 2007./; *Sukhovetskyy v. Ukrajina* /28. ožujka 2006./; *Hirst v. Ujedinjeno Kraljevstvo (br. 2) - Veliko vijeće* /6. listopada 2005./, i dr.).

Navedena stajališta Europskog suda za ljudska prava i Venecijanske komisije Vijeća Europe, međutim, nisu primjenjiva u ovom ustavnosudskom postupku. Naime, sve dok se pravno stajalište Ustavnog suda u tom pitanju ne promijeni, odnosno sve dok upravnosudsku zaštitu protiv odluka o izboru, imenovanju ili razrješenju najviših državnih dužnosnika izrijekom ne isključi sam zakonodavac u skladu s navedenim presudama Europskog suda za ljudska prava, stajališta o nadležnosti Upravnog suda za kontrolu odluka najviših tijela državne vlasti o izboru, imenovanju ili razrješenju onih državnih dužnosnika u odnosu na koje je Ustavni sud u svojoj praksi ustanovio upravnosudsku nadležnost, dužni su poštivati svi, pa i sam Ustavni sud."

Literatura

1. Arlović, Mato; „Pravo nacionalnih manjina u Republici Hrvatskoj”, Novi Informator, Zagreb, 2015.
2. Arlović, Mato; „Ustavnosudski aktivizam i europski pravni standardi”, Zbornik, Pravni fakultet Split, br. 1/2014.
3. Arlović, Mato; „O odnosu Europskog suda za ljudska prava iz Strasbourg a i Ustavnog suda Republike Hrvatske”, u Glas narodne diplomacije, broj 4/2012. od 16. travnja 2012.
4. Bačić Arsen; Hrvatska i izazovi konstitucionalizma, Split, 2011.
5. Bačić Arsen; „Mjesto i uloga ustavnih vrednota u demokratskom konstitucionalizmu”, u Zborniku radova: „Dvadeseta obljetnica Ustava Republike Hrvatske”, HAZU, Zagreb, 2011.
6. Bačić Petar; „Konstitucionalizam i sudski aktivizam, Split, 2010.
7. Duzinas Kostos; Ljudsko pravo i imperija, Beograd, 2009.
8. Gomien Dona; „Europska konvencija o ljudskim pravima”, Zadar, 2007.
9. MacCormick Neil; „Institucije prava - Ogljed iz teorije prava”, Naklada Breza, Zagreb, 2014.
10. Omejec Jasna; Izvješće: „Način i sredstva za priznavanje interpretativnog autoriteta presuda protiv drugih država - iskustvo Ustavnog suda Republike Hrvatske”, podneseno na Konferenciji: „Načelo supsidijarnosti: Jačanje supsidijarnosti: Integriranje prakse suda u nacionalno pravo i sudsku praksu”, Skopje, 1. - 2. listopada 2010. - privatna arhiva autora
11. Omejec Jasna; „Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Europskog suda za ljudska prava (Strasbourgški *acquis*)”, Novi Informator, Zagreb, 2013.
12. Smerdel Branko; Ustavno uređenje Europske Hrvatske, Zagreb, 2013.
13. Smerdel Branko i Sokol Smiljko; Ustavno pravo, Zagreb, 2006.
14. Šarin Duška; „Nastanak Hrvatskog Ustava”, Zagreb, 1997.
15. Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (Narodne novine - Međunarodni ugovori broj 18/1997. - pročišćeni tekst, 6/1999., ispravak 8/1999.)
16. Ustav Republike Hrvatske (Narodne novine broj 85/2010. - pročišćeni tekst)
17. Odluke ESLJP-a i Ustavnog suda Republike Hrvatske navedene u tekstu rada

Summary

Dr. sc. Mato Arlović

Judge of the Constitutional Court of the Republic of Croatia

Impact of the Decisions of the European Court of Human Rights on the Content Harmonisation of the Standards of the Convention and National Law in the Case-Law of the Constitutional Court of the Republic of Croatia

The paper makes an overview of the impact of the decisions of the European Court of Human Rights in Strasbourg on harmonisation of the values and principles through the standards of the convention and national law in the protection of the human rights and fundamental freedoms. This almost expressly requires an understanding of the role, jurisdictions and responsibilities of the European Court of Human Rights in the interpretation and application of values and principles on the foundations of the European democratic, political, legal and cultural heritage for the purpose of attaining ideals, values, goals and traditions of the constitutional state, rule of law and human rights and freedoms; Europe as a community of equal peoples and states.

These interrelations are all the more complex and refined (which is quite understandable) as they arise from the identical task of the European Court on Human Rights, on one side and the national constitutional courts, on the other side, to protect the human rights and fundamental freedoms but on the principles of subsidiarity, rule of law and equality. Always, certainly, with an aim to exercise legal, cultural and democratic European heritage.

In my paper I have attempted to review, through the interrelation between the Constitutional Court of Republic of Croatia and European Court of Human Rights, the extent of the impact of the decisions of the European Court on harmonisation of the case-law of the Constitutional Court of Republic of Croatia with its jurisprudence, particularly through the so called evolutive interpretation of the contents of the values and principles in implementation of the convention standards in the human rights and freedoms protection.

I have also attempted, as much as permitted within this topic and its specific purpose, to refer to the issues and advantages that arise in the implementation of the decisions of the European Court of Human Rights, in its mutual relations with the national constitutional courts. For that purpose, in addition to the analysis of the legal texts and theoretical viewpoints, I have also used the specific examples that are supplemented to this paper.

Keywords: *values, standards of the convention law, human rights and fundamental freedoms, the Constitutional Court, democratic heritage, rule of law, evolutive interpretation and application of the Convention etc.*

Slavica Banić
Sutkinja Ustavnog suda Republike Hrvatske

STANDARDI EUROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA – BLAGODAT I UTEG ZA PRAKSU USTAVNOG SUDA REPUBLIKE HRVATSKE

1. Uvod
2. Standardi Europskog suda kao blagodati za praksu Ustavnog suda
3. Gdje su ustavna prava iz hrvatskog ustava?
4. Zaključak

U radu se prikazuje odnos Ustavnog suda Republike Hrvatske prema prihvaćanju standarda Europskog suda za ljudska prava. Standardi ustavnih prava koji su oblikovani u okviru hrvatskog ustavnog sudovanja, poput standarda načela jednakosti svih pred zakonom ili zaštite prava vlasništva, nisu mogli odgovoriti na sve zahtjeve koji su se nametali u okviru ispitivanja njihovih eventualnih povreda. U tom smislu, prihvaćanje prakse i standarda Europskog suda bitno su pridonijeli razvitku ustavnog sudovanja u Hrvatskoj i nesporno predstavljaju blagodati za razvoj ustavnih prava u Republici Hrvatskoj. Stoga se njihov učinak može promatrati kao preventivan, obrazovan i korektivan. Međutim, prihvaćanje standarda bez razvitka vlastitog kataloga ustavnih prava, istovremeno može postati uteg u radu Ustavnog suda Republike Hrvatske. Iz prakse Ustavnog suda razvidno je da hrvatsko ustavno sudovanje kaska u definiranju sadržaja ostalih ustavnih prava (gospodarskih, socijalnih, kulturnih) koja nemaju svoj odgovarajući izraz u konvencijskim pravima. Razvitkom vlastitih standarda, Ustavni sud bi pridonio procesu europeizacije ustavnih prava te razvitku dijaloga ova dva suda.

1. Uvod

U nizu međunarodnih dokumenata o ljudskim pravima i temeljnim slobodama, jedan od uzora u stvaranju Ustava Republike Hrvatske iz 1990. bila je i Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (u daljnjem tekstu: Konvencija) kojom su države osnivačice svojim potpisom davne 1950. potvrdile privrženost i opredijeljenost za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda. Važan izraz te opredijeljenosti bio je osnivanje Europskog suda za ljudska prava čija je glavna misija bila osigurati i stvarno ostvarivanje tih prava i sloboda. Konvencija danas slovi kao najučinkovitiji sustav ljudskih prava u svijetu, a Europski sud kao važan i autonoman izvor autoriteta u pogledu prirode i sadržaja temeljnih prava u Europi.¹

Opredijeljenost hrvatskih ustavotvoraca po pitanju zaštite ljudskih prava slijedila je duh Konvencije. Iako Ustavni sud kao institucija u bivšoj SFRJ nije bio nepoznanica, hrvatski Ustav mu je, sukladno novim političkim okolnostima, u nadležnost dodijelio zaštitu ustavnih sloboda i prava čovjeka i građanina. Ta prava štite se ustavnom tužbom, kao posebnim pravnim sredstvom koje stoji na raspolaganju svakom građaninu ako smatra da je kakvom odlukom javnopravnog tijela došlo do povrede nekog ustavnog prava.

Za razliku od većine postkomunističkih zemalja u kojima su se prvi koraci demokratizacije društva odvijali pod okriljem članstva u Vijeću Europe, hrvatski je put bio bitno uvjetovan specifičnim nasljeđem života u višenacionalnoj zajednici i ratom kao njegovom posljedicom. U članstvo Vijeća Europe Hrvatska je primljena 1996. godine, a ratifikacija Konvencije s protokolima 1, 4, 6, 7 i 11 uslijedila je 1997. godine.² Konvencija je činom ratifikacije postala dio unutarnjeg pravnog poretka koja je po svojoj pravnoj snazi iznad zakona, a ispod Ustava. Ratifikacija je značila i prihvaćanje jurisdikcije Europskog suda za ljudska prava u svim stvarima koje se odnose na tumačenje i primjenu Konvencije, a time i prihvaćanje njegove sudske prakse.

U prvom desetljeću svoga postojanja, uz ratne okolnosti koje su usporavale proces političke tranzicije, Hrvatska se, kao većina postkomunističkih zemalja, suočila s nužnim pravnim reformama koje je ta tranzicija pretpostavljala. Stvarni problem proved-

1 Sweet, Alec Stone and Keller, Helen, „The Reception of the ECHR in National Legal Orders” (2008). *Faculty Scholarship Series*. Paper 89. http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/89, p.11 pregledano: 26. ožujka 2016.

2 Na temelju Zakona o potvrđivanju Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda i protokola br. 1, 4, 6, 7 i 11 Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, „Narodne novine – Međunarodni ugovori” broj 18/97. Konvencija je postala obvezujuća za Republiku Hrvatsku 5. studenoga 1997. „Protokoli br. 12 i 13 uz Konvenciju („Narodne novine – Međunarodni ugovori” broj 14/02, 13/03, 9/05). Hrvatska je ratificirala i Protokol br. 14 uz Konvenciju (Zakon o potvrđivanju Protokola br. 14 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, („Narodne novine – Međunarodni ugovori” broj 1/06.)

be reformi bilo je pitanje ostvarivanja prava odnosno njegova neizvršavanja. Reforma ustavnog prava pretpostavljala je njegovo prihvaćanje i izgradnju efektivnih ostalih dijelova pravnog sustava koji osiguravaju odgovore na zahtjeve za regulacijom.³ Izgradnja standarda ustavnih prava bila je jedan od bitnih zahtjeva te reforme. Očekivano je bilo da će taj zahtjev provesti Ustavni sud kao izričiti nositelj osiguranja zaštite ustavnih prava. Prvi saziv Ustavnog suda, najvećim dijelom sastavljen od sudaca redovnih sudova, nije u potpunosti uspio ispuniti navedeno očekivanje. Teret ratnih okolnosti, socijalističko nasljeđe i socijalistički pozitivistički pristup pravu opteretili su ustavno sudovanje u tom razdoblju što je imalo za posljedicu formalističko poimanje ustavnih prava⁴ i njihovo izjednačavanje sa zakonskim pravima. Gramatičko tumačenje pojedinih prava okoštavalo je Ustav u akt političkog, ali ne i normativnog sadržaja. Ustavnim pravima sustavno je nedostajao sadržaj iz kojeg bi se mogao izvesti zaključak o razlozima njihove povrede. Hrvatski teoretičari Matulović i Padjen su, baveći se odgovorom na pitanje zašto ostvarivanje ljudskih prava uz ustavne odredbe i zakonodavstvo koje implementira međunarodne standarde o ljudskim pravima predmnijeva teoriju ljudskih prava, istaknuli kako je hrvatski Ustavni sud u tom razdoblju štiti ljudska prava bez da je razvijao ili se oslanjao na doktrinu ili doktrine koje bi mogle biti raspoznate kao dogmatske ili jurisprudencijalne teorije ljudskih prava.⁵

Ustavna tužba shvaćena je kao još jedno pravno sredstvo koje građanima stoji na raspolaganju radi rješenja spora. Najčešće polazište Ustavnog suda u razmatranju ustavnih tužbi iz tog doba bilo je razmatranje eventualne povrede načela jednakosti svih pred zakonom koje je, s obzirom na ishod, bilo široko shvaćeno i uključivalo je različite procesno pravne i materijalno pravne aspekte. Utvrđenje povreda tog načela najvećim dijelom nije obrazlagano ili je obrazlagano u odnosu na povredu zakonske norme. Svođenje ili ograničavanje zaštite ljudskih prava i temeljnih sloboda na ispitivanje povrede načela jednakosti svih pred zakonom, kao njihove središnje točke, višestruko je negativno djelovalo na ustavno sudovanje. Prvo, Ustavni sud se takvim pristupom „ukopavao” u procjenu zakonitosti.⁶ Drugo, usredotočenost na načelo jednakosti potisnula je u drugi plan ispitivanje eventualnih povreda nekih drugih ustavnih prava, a time općenito i određivanje njihovih standarda. Konačno, posljedica

3 Bačić, Arsen, „Ustavne promjene i dileme konstitucionalizma”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 46, 4/2009, str. 649-666, str. 656.

4 više Bačić, Arsen „Zahtjevi konstitucionalizma, pitanje interperatacije i Ustavni sud Republike Hrvatske, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, 49/50-1998,

5 Matulović, Miomir i Padjen, Ivan „Cleansing the Law of Legal Theory: A View from Croatia (Editorial)” *Croatian Critical Law Review*, 1 (1/1996), str. 1- 122;

6 Banić, Slavica, „Pregled i smjer razvitka ustavnosudskih standarda za zaštitu ljudskih prava u Republici Hrvatskoj, *Fondacija Centar za javno pravo*, http://www.fcjp.ba/templates/ja_avian_ii_d/images/green/Slavica_Banic.pdf, str. 1-13. str.6 pregledano: 26. ožujka 2016.

ovakvog pristupa ogledala se u razumijevanju Ustavnog suda kao suda četvrtog stupnja s kasacijskim ovlastima i Ustava kao političkog, ali ne i normativnog akta.

U takvim okolnostima, ratifikacija Konvencije, a time i prihvaćanje ustanovljene prakse Europskog suda za ljudska prava, bitno je utjecala na razvitak ustavnog sudovanja. Od same ratifikacije pa do danas, Ustavni sud je glavni nositelj primjene Konvencije, a time i prihvaćanja prakse Europskog suda. Unatoč činjenici da je Konvencija skoro dvadeset godina dio hrvatskog pravnog poretka i s obzirom na pravnu snagu obvezujuća u odnosu na primjenu zakona koji se kosi s kakvom konvencijskom odredbom, hrvatsko sudstvo ne pokazuje posebnu sklonost ka njenoj primjeni. U nekoliko odluka sudova, istina starijeg datuma, iz kojih je bilo razvidno da su stranke isticale neku povredu Konvencije, moglo se vidjeti da sudovi reagiraju na prigovor, ali isto tako da je odgovor na prigovor bio lišen onoga što čini bit Konvencije, a to su njeni standardi. Ipak, zadnjih par godina primjećuje se konkretniji odnos hrvatskog sudstva prema konvencijskim standardima u kojima primjena načela razmjernosti predvodi. Ako bi se tražio razlog takvom odnosu, najjednostavniji bi bio da je prešutno prihvaćena činjenica da je Ustavni sud taj koji primjenjuje konvencijska stajališta i da je teret odgovornosti na Ustavnom sudu. Međutim, hrvatsko sudstvo polako osvještava spoznaju da pravovremena primjena konvencijskih standarda znači i pravovremenu zaštitu ljudskih prava.

Svoj afirmativni odnos prema Konvenciji Ustavni sud je izrazio osiguravši joj kva-zi-ustavni položaj u hrvatskom pravnom poretku. U Odluci o ukidanju pojedinih članaka Zakona o izvlaštenju⁷, Ustavni sud je utvrdivši svoju nadležnost da ocjenjuje suglasnost zakona s međunarodnim ugovorom koji je dio unutarnjeg pravnog poretka (u konkretnom slučaju Konvencijom) smatrao kako opseg sudske zaštite u postupcima izvlaštenja ne udovoljava postupovnim jamstvima iz članka 6. stavka 1. Konvencije,

7 Odluka Ustavnog suda broj: U-I-745/1999 od 8. studenog 2000. („Narodne novine”, broj, 122/00) „Prema odredbi iz članka 125. Ustava Ustavni sud odlučuje o suglasnosti zakona s Ustavom i suglasnosti drugih propisa s Ustavom i zakonom. Iz te odredbe, kao i odredbe iz članka 5. Ustava, proizlazi da Ustavni sud ima pravo i dužnost brinuti se o međusobnoj usklađenosti propisa različite pravne snage koji čine pravni poredak države te da rangovnu ljestvicu propisa, od viših prema nižima, čine Ustav, zakoni i drugi propisi. U pravni poredak Republike Hrvatske Ustav uključuje, međutim, još jednu kategoriju propisa. Naime, prema odredbi iz članka 134. Ustava međunarodni ugovori koji su sklopljeni i potvrđeni (ratificirani) u skladu s Ustavom i objavljeni, čine dio unutarnjeg pravnog poretka, a po pravnoj su snazi iznad zakona. Prema tome, potpunu, Ustavom utvrđenu rangovnu ljestvicu propisa u pravnom poretku Republike Hrvatske činili bi Ustav, međunarodni ugovor, zakon i drugi (podzakonski) propisi. Ako je odlučivanje Ustavnog suda o suglasnosti zakona s Ustavom i drugih propisa s Ustavom i zakonom u biti odlučivanje o suglasnosti propisa nižeg ranga s propisom višeg ranga i s Ustavom kao propisom najvišeg ranga, tada je ovlast Ustavnog suda da ocjenjuje suglasnost zakona s međunarodnim ugovorom logična posljedica ustavne odredbe da je potvrđeni i objavljeni međunarodni ugovor dio unutarnjeg pravnog poretka i da je po svojoj pravnoj snazi iznad zakona.”

dok je u Odluci o ukidanju nekoliko članaka Zakona o ograničavanju uporabe duhanskih proizvoda⁸ po prvi put u apstraktnoj kontroli obrazložio i primijenio načelo razmjernosti.

Kada je riječ o pojedinačnoj zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda, praksa Europskog suda za ljudska prava djelovala je na hrvatsko ustavno sudovanje trojako - preventivno, obrazovno i korektivno. Sva tri načina međusobno se isprepliću te ih se teško može promatrati odvojeno. U tom smislu ne može im se poreći kvaliteta blagodati u praksi Ustavnog suda. Ipak, ponekad se čine i kao uteg koji usporava Ustavni sud u vlastitoj izgradnji.

U nastavku će se detaljnije obrazložiti pozitivan učinak standarda Europskog suda te analizirati stanje ustavnih prava u odnosu na konvencijska prava i smjer njihovog razvitka.

2. Standardi Europskog suda kao blagodati za hrvatsko ustavno sudovanje

Kao što je naprijed rečeno, hrvatski Ustavni sud se u prvom desetljeću svojeg postojanja prema zaštiti ljudskih prava odnosio formalistički stavljajući znak jednakosti između ustavnog i zakonitog. Promatranje povreda ustavnih prava najvećim dijelom kroz načelo jednakosti pred zakonom prirodno je sužavalo manevarski prostor ustavnog sudovanja i istovremeno omogućavalo širenje prostora diskrecije državnih tijela na štetu ljudskih prava i sloboda kako u pojedinačnim slučajevima tako i na zakonodavnoj razini. Načelo jednakosti pred zakonom nije moglo dati prave odgovore u slučajevima koji su bili posljedica pravilne primjene zakona, ali koji su se duboko kosili s ustavnim vrijednostima poput nepovredivosti vlasništva, nacionalne ravnopravnosti, pravne sigurnosti i slično.

Prve povrede Konvencije u odnosu na Republiku Hrvatsku utvrđene su zbog nerazumne duljine trajanja sudskih postupaka.⁹ Štoviše, Europski sud je zaključio da u

8 Odluka Ustavnog suda broj: U-I-1156/1999 od 26. siječnja 2000. („Narodne novine”, broj, 14/00) „Iako u Ustavu Republike Hrvatske načelo razmjernosti nije izravno normirano, ne može se negirati njegov ubikvitetni značaj. Ovaj Sud polazi od stajališta da su temeljne slobode i prava čovjeka i građanina, uređena Ustavom, načelno neograničena. Svako ograničenje tih sloboda i prava mora biti propisano zakonom, a ograničenja moraju biti razmjerna legitimnom cilju koji se njima želi postići. To posredno proizlazi iz odredbi članka 17. Ustava, koje uređuju mogućnost ograničenja temeljnih sloboda i prava zajamčenih Ustavom u tzv. izvanrednim stanjima u zemlji. U članku 17. stavku 2. Ustava, naime, izričito je propisano da opseg ograničenja Ustavom zajamčenih sloboda i prava mora biti primjeren naravi pogibelji, uz istodobnu zabranu nedopustivih posljedica, to jest onih do kojih ne smije doći primjenom navedenih ograničenja.”

9 primjerice: *Rajak protiv Republike Hrvatske*, zahtjev br. 49706/99, presuda ESLJP-a od 12. 12. 2001.

pravnom poretku Republike Hrvatske ne postoji djelotvorno pravno sredstvo kojim bi građani mogli ostvariti svoje pravo na suđenje u razumnom roku.¹⁰

Iako je u to doba Ustavni zakon o Ustavnom sudu Republike Hrvatske¹¹ predviđao mogućnost podnošenja ustavne tužbe zbog nerazumne duljine trajanja postupka, ona po mišljenju Europskog suda nije udovoljavala kriterijima djelotvornog pravnog sredstva. Navedeno utvrđenje imalo je za posljedicu promjenu Ustavnog zakona o Ustavnom sudu RH kojom je dosljednije uređen institut ustavne tužbe kao pravnog sredstva za ispitivanje povrede prava na suđenje u razumnom roku. Praktična prilagodba Ustavnog suda ogledala se u prihvaćanju metoda Europskog suda po tom pitanju što je postupno pridonijelo smanjenju broja utvrđivanja povreda od strane Europskog suda.

Na primjeru promjene pristupa hrvatskog Ustavnog suda u razmatranju povrede prava na suđenje u razumnom roku, razvidno je ranije navedeno trojako djelovanje konvencijskog standarda.

Općenito gledano, preventivno djelovanje prihvaćanja konvencijskih standarda može se promatrati kroz prizmu obveze Republike Hrvatske da prihvaćanjem Konvencije prihvati i jurisdikciju Europskog suda, a time i njegove prakse. Odgovarajuća i temeljita primjena konvencijskih standarda sprječava priljev zahtjeva na Europski sud istovremeno podižući ljestvicu kvalitete zaštite ljudskih prava na domaćem tlu. U tom smislu, hrvatski Ustavni sud je prihvaćanjem standarda u odnosu na nerazumnu duljinu trajanja postupka pridonio smanjenju zahtjeva pred Europskim sudom. Za obrazovno djelovanje standarda može se reći da je pridonijelo promjeni percepcije položaja građanina u odnosu na sudbenu vlast. U srži prava na suđenje u razumnom roku leži zahtjev za učinkovitim pravosudnim sustavom. Dugotrajni postupci ostvarivanja prava negiraju samu bit dotičnog prava i istovremeno potkopavaju povjerenje građanina u institucije i njihovu zaštitnu ulogu. Korektivno djelovanje naslanja se na obrazovnu dimenziju i usmjereno je na strukturne promjene unutar pravosudnog sustava u cilju ubrzanja vođenja postupaka.

Kao u većini drugih zemalja, najveći prodor u hrvatsko ustavno sudovanje učinio je standard Europskog suda o sadržaju i opsegu prava na pravično suđenje.

Prihvaćanje konvencijskog standarda po pitanju prava na pravično suđenje imalo je ne samo edukativan već i snažan korektivni učinak na samu praksu Ustavnog suda. Povećan broj utvrđenja povreda članka 6. stavka 1. Konvencije s obzirom na različite aspekte, bio je, opet, onaj nužni poticaj za prestrojavanje Ustavnog suda i njegove prakse razmatranja povreda ustavnih prava. Naime, povrede prava na pristup sudu, na

10 *Horvat protiv Republike Hrvatske*, zahtjev br. 51585/99, presuda ESLJP-a od 26. 10. 2001.

11 Ustavni zakon o Ustavnom sudu Republike Hrvatske („Narodne novine”, broj 49/02 – pročišćeni tekst) (u daljnjem tekstu: UZUS)

obrazloženu odluku, arbitrarnost tijela vlasti i slično primorali su Sud na korigiranje svoje dugogodišnje prakse razmatranja ustavnih tužbi pozivom na načelo jednakosti svih pred zakonom. Ona je postupno modificirana da bi vremenom bila napuštena i zamijenjena razmatranjem povreda prava na pravično suđenje. Standard načela jednakosti glasio je:

„Načelo jednakosti pred zakonom iz članka 14. Stavka 2. Ustava u postupovnom smislu, na čiju povredu podnositelj ukazuje, povrijeđeno je, ako stranci nije bila dana mogućnost da sudjeluje u postupku (da bude saslušana, da iznosi činjenice i predlaže dokaze, da se nadležno tijelo izjasni o njezinim navodima, da pojedinačni akt bude obrazložen i sl). Povreda ustavnog jamstva jednakosti u materijalnom smislu očituje se, pored ostalog, u pogrešnom tumačenju, odnosno primjeni mjerodavnog propisa, koji pojedinačni akt čine pravno neprihvatljivim”.¹²

Iz navedenog standarda mogu se prepoznati pojedini elementi prava na pravično suđenje koji su preuzeti u standard načela pravičnog suđenja sljedećeg sadržaja:

„Sadržaj ustavnog prava na pravično suđenje ograničen je na postupovna jamstva pravičnog suđenja pa Ustavni sud, ocjenjujući navode ustavne tužbe sa stajališta tog ustavnog prava, ispituje eventualno postojanje postupovnih povreda u postupcima pred sudovima i na temelju toga ocjenjuje je li postupak bio vođen na način koji je podnositeljici osiguravao pravično suđenje.”¹³

Pored standardnog preventivnog djelovanja, dimenzija obrazovnog djelovanja konvencijskog standarda prava na pravično suđenje imala je za posljedicu promjenu same strukture ustavnosudskog postupka na temelju ustavne tužbe. Središnju točku prakse Europskog suda čini njegov interpretativni odnos prema Konvenciji, tj. evolutivno i dinamičko tumačenje. Raznolikost načela interpretacije predstavljali su izazov i za sam Ustavni sud. U konkretnom slučaju, navedene metode i tehnike koje je razvio Europski sud u ispitivanju povreda pomogle su Ustavnom sudu da zakonitost podvrgne ustavnosti i da u tom smislu razvija ustavnu argumentaciju.

Slojevitost i profiliranost standarda prava na pravično suđenje kao i tehnika za njegovo ispitivanje, stubokom je djelovala na odnos Ustavnog suda ne samo prema hrvatskom sudstvu nego i zakonodavnoj vlasti. On je bitno pridonio razvitku načela vladavine prava u Republici Hrvatskoj jer nije utjecao samo na samu bit i okvire suđenja nego i općenito na odnos sudstva i zakonodavne vlasti prema građanima.

Profiliranost tog standarda najbolje se može vidjeti na primjeru razmatranja prava na pristup sudu koje u hrvatskim okolnostima često generira pitanje pravne sigurnosti

12 Odluka Ustavnog suda RH broj: U-III-873/1998 od 21. svibnja 2003.

13 Odluka Ustavnog suda broj: U-III-50/2004 od 28. travnja 2005.

zbog još uvijek postojećeg formalističkog ili arbitrarnog odnosa tijela vlasti prema shvaćanju načela vladavine prava.

U svojoj Odluci broj U-III-1/2009 od 3. studenog 2010. („Narodne novine” broj 126/10) Ustavni sud se suočio s promjenom prakse Upravnog suda po pitanju podnošenja tužbi u upravnom sporu od strane stranih državljana odnosno s problemom njegove interpretacije postupovnih pravila o dopuštenosti tužbe u upravnom sporu u slučaju kada je podnositelj strani državljanin.

Odredbe tada važećeg Zakona o upravnim sporovima nisu izričito propisivale pravila o načinu dostave pismena stranim državljanima što je u praksi Upravnog suda do 2007. rješavano na temelju Zakona o upravnim sporovima, naknadnim pozivanjem na imenovanje punomoćnika. Međutim, nakon 2007. Upravni sud je pristupio *a limine* odbacivanju takvih tužbi pozivom na odredbu Zakona o upravnim sporovima koji je dopuštao mogućnost podredne primjene Zakona o parničnom postupku u slučaju nedostatka izričitih pravila o nekom pitanju u Zakonu o upravnim sporovima. S obzirom da je Zakon o parničnom postupku imao odredbu o imenovanju punomoćnika u RH za dostavu pismena, Upravni sud je, interpretirajući ta dva postupovna zakona, izveo postupovno pravilo o (ne)dopuštenosti tužbe u upravnom sporu. Jednostavnim riječima, tužbe stranih državljanina su odbacivane, a da nisu ni znali, niti su mogli znati, s obzirom na važeća pravila Zakona o upravnim sporovima o dostavi da su pri podnošenju upravne tužbe bili dužni imenovati punomoćnika za dostavu pismena.

Ustavni sud je prije svega ocijenio da su za konkretan slučaj relevantna načelna pravna stajališta Europskog suda za ljudska prava iz predmeta *Sotiris i Nikos Koutras ATTEE protiv Grčke*¹⁴ te *Běleš i drugi protiv Češke Republike*.¹⁵

U razmatranju navedenog problema Ustavni sud je pošao od pitanja cilja koji se želio postići postupovnim pravilom preuzetim u upravni spor iz Zakona o parničnom postupku, a koje pravilo je nedvojbeno ograničavalo pristup Upravnom sudu preko granica koji je postavljen u Zakonu o upravnim sporovima. U odgovoru na to pitanje posegnuo je za načelom pravne sigurnosti ističući da pravo na pravično suđenje, uvijek mora biti tumačeno u svjetlu vladavine prava, najviše vrednote ustavnog poretka Republike Hrvatske koje, između ostalog, zahtijeva da sve stranke imaju djelotvorno pravno sredstvo pred domaćim sudovima koje im omogućuje da brane svoja prava. Ustavni sud je istaknuo da kada Upravni sud odgovarajuće primjenjuje postupovna pravila Zakona o parničnom postupku, dužan je uvažiti činjenicu da strukture parničnog postupka i upravnog spora nisu istovjetne niti su istovjetne uloge parničnih i upravnih sudova. Neposredna primjena pravila o odbacivanju tužbe u parničnom postupku proizvela je

14 ESLJP, presuda, 16. studenoga 2000., zahtjev br. 39442/98, §§ 12-23.

15 ESLJP, presuda, 12. studenoga 2002., zahtjev br. 47273/99, §§ 48-52.;

u upravnom sporu nerazmjerne učinke za tužitelje u odnosu na cilj koji se želio postići čime je Upravni sud, po utvrđenju Ustavnog suda, nerazmjerno umanjio samu bit prava na pristup sudu, kao dijela ustavnog prava na pravično suđenje.

Da ni zakonodavna vlast nije imuna od situacija u kojima je zbog različitih razloga spremna dokinuti bit prava na sud, moguće je utvrditi iz primjera Odluke o ukidanju članaka Zakona o pravima hrvatskih branitelja iz Domovinskog rata i njihovih obitelji¹⁶ u kojima je Hrvatski sabor intervenirao u tekuće upravne i sudske postupke tako što ih je obustavio. Ustavni sud je osporenu odredbu razmatrao s aspekta prava na donošenje odluke o zahtjevima stranaka na koju su imali pravo u vrijeme kada su zahtjeve podnijeli tj. kada je navedeno pravo bilo pravno egzistentno. U procesnom smislu, riječ je bila o dovršavanju postupaka u tijeku i donošenju pojedinačnih odluka nadležnog tijela o svakom (već) podnesenom zahtjevu, neovisno o njegovoj osnovanosti ili neosnovanosti odnosno o ishodu postupka. Zakonska intervencija po mišljenju Ustavnog suda duboko se kosila s postupovnim jamstvima prava na pravično suđenje, a time i načelu vladavine prava kao najviše vrednote ustavnog poretka Hrvatske.

Pored standarda načela jednakosti svih pred zakonom, Ustavni sud je ustanovio svoj standard zaštite prava vlasništva. Praksa Ustavnog suda do 2000. jedva da bilježi odnos Ustavnog suda prema sadržaju tog prava. Nakon 2000. godine, Ustavni sud počinje ispitivati povrede prava vlasništva na temelju standarda koji je glasio:

„Jamstvo prava vlasništva na ustavnopravnoj razini štiti to pravo od posizanja države u vlasnička prava pojedinca. Kao takvo ono priječi upravnim vlastima posizanje u vlasništvo na način da se na štetu vlasnika nameću dužnosti činjenja, trpljenja ili propuštanja, osim ako je to posizanje na zakonu zasnovano.”¹⁷

Međutim, u odnosu na privatno pravne sporove u vezi s vlasništvom, Ustavni sud je smatrao kako:

„U slučaju zadiranja u vlasništvo od strane drugih pravnih subjekata (fizičkih ili pravnih osoba) radi se, u pravilu, o imovinskim sporovima privatnog prava za koje je predviđena sudska (eventualno i neka druga) pravna zaštita. Stoga povreda vlasništva koju su počinile fizičke ili pravne osobe nije povreda ustavnog prava, jer se ustavno jamstvo vlasništva ne odnosi na takve slučajeve.”¹⁸

Tijekom vremena Sud je korigirao svoje stajalište u odnosu na razmatranje povrede vlasništva u privatno pravnim sporovima referirajući se na postupanje sudbene i druge vlasti. Tako je ustavnosudski standard iz 2009. godine glasio:

16 Odluka i Rješenje Ustavnog suda broj U-I-4042/2005 i dr. od 15. prosinca 2010. („Narodne novine”, broj 146/10)

17 Odluka Ustavnog suda RH broj: U-III-749/1998 od 22. ožujka 2001. (Narodne novine, broj 32/01).

18 Odluka Ustavnog suda RH broj: U-III-661/1999 od 13. ožujka 2000.

„Ustavni sud, na temelju članka 48. Ustava, štiti pravo vlasništva na ustavnopravnoj razini na način da priječi tijelima državne vlasti ograničavanje ili oduzimanje tog prava, osim ako je ograničavanje ili oduzimanje zasnovano na zakonu. U slučaju zadiranja u vlasništvo od strane drugih pravnih subjekata (fizičkih ili pravnih osoba) radi se, u pravilu, o imovinskim sporovima privatnog prava. Ustavni sud ispituje i takvu odluku sudbene i druge vlasti kad ocijeni da je osporena odluka, prosuđujući je kroz zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda zajamčenih Ustavom, utemeljena na neprihvatljivom pravnom stajalištu.”¹⁹

Kao i slučaju načela jednakosti svih pred zakonom, standard prava vlasništva imao je manjkavosti s obzirom da Sud nije imao jasan koncept koja imovina se ima smatrati vlasništvom. Konvencijski standard prava vlasništva u tom smislu pokazao se kao valjana podloga Ustavnom suda za sveobuhvatno tumačenje prava vlasništva iz hrvatskog Ustava i, reklo bi se, njegovo sazrijevanje u odnosu na shvaćanje što se može smatrati zakonskim ograničenjem vlasništva i do koje mjere je ono prihvatljivo u demokratskom društvu. Nužnost prihvaćanja konvencijskog standarda nametnula se u povodu ustavne tužbe koja je podnesena prije iscrpljenog dopuštenog pravnog puta, u slučaju kada se pojedinačnim aktom grubo vrijeđaju ustavna prava, a potpuno je razvidno da bi nepokretanjem ustavnosudskog postupka za podnositelja ustavne tužbe mogle nastati teške i nepopravljive posljedice.²⁰ U Odluci Ustavnog suda broj U-III B-1373/2009 od 7. srpnja 2009. („Narodne novine”, broj 88/09) riječ je bila o podnositelju koji je na temelju pravomoćne građevinske dozvole ishodio investicijski kredit za izgradnju građevinskog objekta kojeg je dobio davanjem založnog prava na nekretnini tako i na izgrađenom objektu. Državno upravno tijelo je koristeći se institutom ukidanja po pravu nadzora iz Zakona o upravnom postupku i Zakona o graditeljstvu nakon što je gradnja započeta, ukinuo građevinsku dozvolu utvrdivši da je ista donesena nezakonito. Ustavni sud je prvo morao ispitati je li građevinska dozvola

19 Odluka Ustavnog suda RH broj: U-III-740/2007 od 2. prosinca 2009. (Narodne novine, broj 153/09).

20 Članak 63. UZUS-a glasi: (1) Ustavni sud će pokrenuti postupak po ustavnoj tužbi i prije no što je iscrpljen pravni put, u slučaju kad o pravima i obvezama stranke ili o sumnji ili optužbi zbog kažnjivog djela nije u razumnom roku odlučio sud ili u slučaju kad se osporenim pojedinačnim aktom grubo vrijeđaju ustavna prava, a potpuno je razvidno da bi nepokretanjem ustavnosudskog postupka za podnositelja ustavne tužbe mogle nastati teške i nepopravljive posljedice. (2) U odluci kojom usvaja ustavnu tužbu zbog nedonošenja akta u razumnom roku iz stavka 1. ovoga članka, Ustavni sud će nadležnom sudu odrediti rok za donošenje akta kojim će taj sud meritorno odlučiti o pravima i obvezama ili o sumnji ili optužbi zbog kažnjivog djela podnositelja. Rok za donošenje akta počinje teći idućeg dana od dana objave odluke Ustavnog suda u „Narodnim novinama”. (3) U odluci iz stavka 2. ovoga članka Ustavni sud će odrediti primjerenu naknadu koja pripada podnositelju zbog povrede njegova ustavnog prava koju je sud učinio kada o pravima i obvezama podnositelja ili o sumnji ili optužbi zbog njegova kažnjivog djela nije odlučio u razumnom roku. Naknada se isplaćuje iz državnog proračuna u roku od tri mjeseca od dana podnošenja zahtjeva stranke za njezinu isplatu.

činila dio podnositeljeve imovine. Do takvog zaključka došao je na temelju analize o legitimnim očekivanjima, primjenjujući stajališta Europskog suda po tom pitanju.

Na temelju ustavnih odredaba o vlasništvu, Sud je izveo zaključak o tri zasebna pravila vezana uz ustavno uređenje vlasništva: prvo, koje je opće naravi i propisuje jamstvo prava vlasništva; drugo pravilo, koje uređuje oduzimanje odnosno ograničavanje vlasništva i koje se neće smatrati ustavnopravno nedopuštenim ako je propisano zakonom, ako je u interesu Republike Hrvatske i ako je za tako oduzeto odnosno ograničeno vlasništvo osigurana i isplaćena naknada u tržišnoj vrijednosti oduzete odnosno ograničene imovine, te treće pravilo, koje priznaje zakonodavcu ovlast da zakonom ograničava vlasnička prava (i poduzetničke slobode) radi zaštite pojedinih ustavnih vrednota ili zaštićenih ustavnih dobara koja ustavotvorac smatra toliko važnim da ih podvodi pod državne odnosno pod opće interese zajednice (zaštita interesa i sigurnosti Republike Hrvatske, prirode, ljudskog okoliša i zdravlja ljudi), bez obveze isplate bilo kakve naknade.

Potpuno je razvidno da je u postavljanju ustavnog standarda o pravu vlasništva Ustavni sud slijedio utvrđenja iz presude *Sporrong i Lonnroth protiv Švedske* u kojoj je Europski sud dao analizu članka 1. Protokola 1. Konvencije²¹ s tim da se kretao u granicama danim hrvatskim Ustavom.

U postupku je utvrđeno da je podnositeljima osporenim rješenjem ukinuto pravomoćno im priznato pravo gradnje zbog (navodne) očite povrede materijalnih odredbi Zakona o gradnji koju je učinio donositelj građevinske dozvole (to jest nadležno prvostupanjsko upravno tijelo), a da u konkretnom slučaju za takvo grubo zahvaćanje u ustavno pravo vlasništva podnositelja nije ispitan ni interes Republike Hrvatske niti je podnositeljima dodijeljena naknada u visini tržišne vrijednosti oduzete imovine kako to zahtijeva Ustav. Nadalje, nije bilo sporno da su podnositelji postupali u skladu sa zahtjevima i uvjetima određenim u pravomoćnoj građevinskoj dozvoli, te da su na sebe preuzeli i teret financijskih obveza pouzdajući se da ona neće naknadno biti utvrđena nevaljanom na njihovu štetu. S tim u vezi, Ustavni sud je smatrao kako nije postignuta pravična ravnoteža između interesa Republike Hrvatske i zaštite prava vlasništva podnositelja. Jednostranim zahvaćanjem države u njihovo pravo vlasništva, koje se očitovalo u ukidanju građevinska dozvola zbog (navodne) pogreške samog njezina donositelja, podnositelji su snosili prekomjeran pojedinačan teret koji se ne može smatrati razmjernim s naravi potrebe za ograničenjem u konkretnom slučaju, to jest s legitimnim ciljem koji se tim ukidanjem nastojao ostvariti.

Navedena odluka je imala revolucionaran učinak upravo u području javnog prava. Naime, uvođenjem načela legitimnog očekivanja, kao argumenta na strani građanina

21 *Sporrong i Lonnroth v. Sweden*, zahtjev 7151/75 i 7152/75 presuda ESLJP-a od 23. rujna 1982. ,

nasuprot indiferentnoj javnoj vlasti, o posljedicama koje uzrokuje donošenjem akta kao u konkretnom slučaju, Sud je uzdrmao javnu upravu i njen formalistički odnos prema pravnom sustavu kao koherentnom sustavu pravila o kojima treba voditi računa u cilju zaštite najviših vrednota ustavnog poretka, u ovom slučaju nepovredivosti vlasništva i vladavine prava. U rad javne uprave unesen je element odgovornosti za uravnoteženje privatnog i javnog interesa pri donošenju pojedinačnih akata.

Oba primjera dovoljna su za donošenje zaključka kako su konvencijski standardi dali potreban zamah Ustavnom sudu da se odmakne od gramatičkog tumačenja i pristupi teleološkom tumačenju ustavnih normi na način da su ustavna prava prešla iz dimenzije proklamacije u dimenziju realizacije. Primjena standarda Europskog suda od strane Ustavnog suda dala je ustavnom sudovanju novu kvalitetu koja se najbolje očitava u stajalištu Matulovića koji smatra da ustavnosudsko korištenje doktrinom o ljudskim pravima Europskog suda pridonosi boljoj zaštiti prava pojedinaca u Hrvatskoj u odnosu na ranije stanje, očuvanju njenog ugleda u međunarodnoj zajednici i izbjegavanju novčanih sankcija.²²

Praksa Europskog suda o opsegu zaštite ljudskih prava i temeljnih sloboda, prihvaćena i dosljedno primijenjena od strane hrvatskog Ustavnog suda, promijenila je stanje svijesti o ljudskim pravima uopće. Zahvaljujući standardima konvencijskih prava, shvaćanje o pravima prešlo je okvire svijesti o pravima kao pravima na slobodu od vanjskih (državnih i autoritativnih) ograničenja i ušlo u okvire razvoja svijesti o pravima za nešto ili kao pravima na mogućnost kvalitetnog života i samoostvarenja vlastitog ljudskog potencijala.²³ S pravom se može reći da su standardi Europskog suda pridonijeli tome da svijest o ljudskim pravima nije više svijest o pravu na slobodu nego i o pravu na mogućnost slobode.²⁴ Sve navedeno pridonijelo je povećanju potencijala za procese demokratizacije u društvu te omogućilo razvitak Ustavnog suda kao stvarnog zaštitnika ljudskih prava i temeljnih sloboda.

3. Gdje su ustavna prava iz hrvatskog Ustava?

Pozitivni učinci porasta svijesti o ljudskim pravima u Hrvatskoj ne mogu, ipak, potisnuti neke nedoumice u odnosu na pitanje smjera razvitka ustavnih prava proklamiranih hrvatskim Ustavom.

22 Matulović, Miomir, „Europa, hrvatski Ustav i teorija ljudskih prava: (Silna) promjena hrvatskog Ustava kao rezultat utjecaja prakse Europskog suda za ljudska prava u Strasbourgu na praksu Ustavnog suda Republike Hrvatske u zaštiti ljudskih prava (teze za uvodno izlaganje na okruglom stolu „Ustav – promjena silom prilika ili prilika za promjenu?“), Zagreb 2010, http://www.hr.boell.org/downloads/matulovic_-_ustav.pdf

23 Vujčić, Vladimir, „Svijest o ljudskim pravima, Politička misao, Vol XXXVII, (2000.), br. 3, str. 55–69, str.67

24 Ibid, Vujčić

Navedeno pitanje ima više dimenzija. Jedna od njih je ta da se učinak konvencijskih standarda na ustavna prava može sažeti u zaključak da novostvoreni ustavni standardi u stvari imaju ruho konvencijskih standarda i da su se ustavna prava, ona koja se, bilo izričajem ili okvirom podudaraju s konvencijskim, takoreći, s njima stopila. Nesporno je da se ova situacija čini prirodnom posljedicom okolnosti u kojima se našla Republika Hrvatska poput ostalih tranzicijskih zemalja. U nedostatno razvijenom i tranzicijskim zahtjevima opterećenom pravnom poretku, konsolidirani konvencijski standardi univerzalnih dimenzija bili su ključ spasa pravne reforme na području ustavnog prava i prepoznavanja uloge i mjesta Ustavnog suda u hrvatskom pravnom poretku. Time je započeo proces europeizacije u zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda po kojem se ustavna prava kreiraju u „općeeuropskoj hermeneutici i specifično europsko kao „*effet utile*“.²⁵ Proces europeizacije nacionalnog suda u okolnostima postojanja domaćeg Ustava, međutim, ne bi se trebao promatrati kao jednosmjernan proces po načelu „*odozgo prema dolje*“, tj. kao proces u kojem Europski sud ustanovljava standarde koji se potom prihvaćaju i ugrađuju u nacionalni poredak. Takav odnos u biti se protivi i načelu supsidijarnosti po kojem postupa Europski sud. U tom smislu, uspješnost procesa kao dvosmjernog procesa, ovisi o dijalogu Europskog suda i hrvatskog Ustavnog suda putem presuda. Koliko je, pak, moguć dijalog između ova dva suda u slučaju jednostranog prihvaćanja europskih standarda? S druge strane, koliko je dijalog efikasan ili je možda izlišan u slučaju kada Europski sud, unatoč dosljednom prihvaćanju svojih standarda od strane nacionalnog suda odluči podići ljestvicu standarda zaštite nekog ljudskog prava, kao što je to bilo u slučaju Ustavnog suda u odnosu na presudu Europskog suda u predmetu *Oršuš protiv Hrvatske*²⁶ u kojem je Europski sud utvrdio povredu iako je hrvatski Ustavni sud u odnosu na njega primijenio konvencijske standarde?

Pretpostavku uspješnog dijaloga čini odgovornost Ustavnog suda za ustavna prava. Europeizacija je moguća samo pod uvjetom da ugrađeni konvencijski standardi dobiju dimenziju ustavnih prava Republike Hrvatske i kao takvi budu utkani u konvencijske standarde. Ustavna prava zajamčena hrvatskim Ustavom nose u sebi i vrijednosti koje su izraz hrvatskog ustavnog i nacionalnog identiteta. Stoga pitanje gdje su ustavna prava nije pitanje na koje treba odgovoriti Europski sud, nego hrvatski Ustavni sud.

Jedan od mogućih načina da do toga dođe je promjena odnosa hrvatskog Ustavnog suda prema gospodarskim, kulturnim i socijalnim pravima iz Ustava. S obzirom da i sam Europski sud smatra da u odnosu civilnih i političkih i socijalnih i gospodarskih prava ne postoji „*nepremostiva pregrada*“²⁷, prilika je Ustavnog suda da se dvosmjerni proces njegove europeizacije reflektira u davanju sadržaja tih ustavnih prava.

25 Haberle, Peter, „The Constitution as a Culture“, *Politička misao*, Vol XXXVIII, (2000), no. 3, p 12

26 *Oršuš protiv Republike Hrvatske*, zahtjev br. 15766/03, presuda ESLJP-a, Veliko vijeće od 16. 03. 2010

27 *Vidi, Aierly protiv Irske*, zahtjev 6289/73 presuda ESLJP-a od 9. listopada 1979. §§ 26.

Hrvatski Ustavni sud još uvijek ima poteškoće u interpretaciji prava koja nisu pokrivena Konvencijom.²⁸ Praksa Ustavnog suda, naime, pokazuje da se tim pravima i ako su istaknuta kao osnova razmatranja ustavne tužbe ne pridaje posebna pozornost, s jedne strane, te ako pokušaji njihova standardiziranja postoje, primjetno je da pate od elemenata zakonitosti, s druge strane. Ponekad bi se mogao steći dojam da Ustavni sud zaobilazi ispitivanje takvih povreda. Zoran primjer za potonje je ustavnosudsko razmatranje povrede prava na rad. Ustavni sud je u više navrata pokušao dati sadržaj navedenog prava koji se ustalio u obliku sljedećeg standarda:

„Pod pravom na rad i slobodu rada podrazumijeva se i pravo pojedinca da mu radni odnos ne prestane na način suprotan načinu propisanom mjerodavnim zakonom. Sadržaj ovog prava jest i pružanje zaštite zakonom zajamčenih prava građana, koja iz njihovog rada proizlaze, uključujući i zaštitu u svezi s prestankom radnog odnosa, ako je taj prestanak suprotan zakonu.”²⁹

Hrvatski Ustav u članku 54. stavku 1., izričito jamči pravo na rad i slobodu rada te ga kao takvog ne povezuje sa zakonom (kao što je to slučaj s nekim drugim socijalnim pravima u Ustavu). Ipak, iz navedenog se može zaključiti da se hrvatski Ustavni sud snažno naslanja na zakon kao polazište procjene povrede prava na rad. U tom smislu, ne može se a ne postaviti pitanje nije li hrvatski Ustavni sud posegnuo za načelom zakonitosti u procjeni povrede prava na rad i ovakvim sadržajem mu dao značaj zakonskog prava i zanemariivši ga kao ustavno pravo? Ostavljajući po strani navedenu nedoumicu, navedeni standard tj. njegova usredotočenost na zakonski okvir predmnijeva svojevrsnu prazninu između ustavnog i zakonskog što potom preusmjerava Ustavni sud u ispitivanje povrede prava na pravično suđenje koje se postavlja kao centralno pitanje i iz kojeg onda eventualno proistječe zaključak o povredi prava na rad.

U prilog ovome govori primjer jednog liječnika kojem je inspeksijska služba zabranila pravo rada u bolnici. Kako je podnositelj istovremeno bio profesor na fakultetu, radni odnos mu je zbog kumulativnosti tih poslova otkazan, s tim da je temelj otkaza na fakultetu bio rješenje o zabrani prava na obavljanje liječničkih usluga. Podnositelj je vodio upravni spor protiv inspeksijskog rješenja o zabrani rada te parnični spor zbog otkaza ugovora o radu što znači da je poduzeo sve korake u cilju zaštite svojih prava. Postupci su neko vrijeme tekli paralelno. Iako je rješenje u konačnici bilo poništeno radni spor je završio odbijanjem. Naime, parnični sudovi su ustrajali na formalističkom pristupu da se zakonitost odluke o otkazu prosuđuje prema činjenicama i okolnostima koje su postojale u vrijeme otkazivanja, pa naknadno poništenje rješenja

28 Iznimke postoje, kao npr. u slučaju ustavnosudskog odnosa prema jamstvu autonomije sveučilišta. Vidi Odluku i Rješenje Ustavnog suda RH, broj: U-I-902/1999 („Narodne novine”, broj 14/2000)

29 Odluka Ustavnog suda RH broj: U-III-370/2104 od 2. srpnja 2014.

nije imalo utjecaja na donesenu odluku o otkazu ugovora o radu”.³⁰ Ustavni sud je tom prigodom istaknuo da su sudovi pokazali ne samo neprihvatljiv stupanj štetnog formalizma, nego i nebrigu za zaštitu prava podnositelja koja u pravnom sustavu utemeljenom na vladavini prava ne smije biti samo teorijska i prividna, nego provediva u praksi i djelotvorna.

Iako je evidentno utvrđeno kršenje prava na pravično suđenje, središnje pitanje u navedenom slučaju bilo je definitivno pravo na rad. Ustavni sud je presude ukinuo pozivom na pravo na pravično suđenje u vezi s vladavinom prava, ali ne i ustavnog prava na rad, kojeg zbog navedenoga utvrđenja nije razmatrao. Je li u konkretnom slučaju prokušani, prepoznatljivi i usvojeni standard pravičnog suđenja postao uteg u praksi Ustavnog suda i eventualno marginalizirao ispitivanje povrede prava na rad ili je, s obzirom na nespornu povredu prava na pravično suđenje dovoljan za zaštitu prava na rad imajući na umu stajalište Europskog suda da civilna prava imaju implikacije socijalne i ekonomske naravi?³¹ Ustavna praksa za sada nema konkretan odgovor.

Drugu dimenziju problema čini različit odnos dvaju sudova prema zahtjevu odnosno ustavnoj tužbi. U razmatranju eventualnih povreda konvencijskih prava, Europski sud ima čvrsto stajalište da je „*gospodar karakterizacije koja se u pravu daje činjenicama slučaja*” te da se „*ne smatra vezanim karakterizacijom činjenica koju je dao podnositelj zahtjeva ili vlada*”.³² Nasuprot ovakvom pristupu Europskog suda, članak 71. Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske³³ propisuje da će Ustavni sud ispitivati samo one povrede koje su navedene u ustavnoj tužbi, kao i da se ustavna tužba neće razmatrati u slučajevima kada se ne radi o povredi ustavnog prava.

Nije rijetkost da odluke Ustavnog suda „padaju na ispitu” zbog različitog pristupa dvaju Sudova prema sadržaju zahtjeva odnosno ustavne tužbe. Dovoljno upečatljiv primjer je slučaj Orlić protiv Hrvatske³⁴ u kojem je Europski sud, na temelju svog utvrđenja da je podnositelj u ustavnoj tužbi „barem u biti” prigovorio da je izgubio svoj dom, gospodareći tim činjenicama ili dojmom, utvrdio povredu prava na dom, iako je podnositelj u ustavnoj tužbi upirao na nejednakost i povredu prava vlasništva.

30 Odluka Ustavnog suda RH broj:U-III-1942/2010 i 1943/2010 od 8. srpnja 2013. („Narodne novine” broj 93/13)

31 Vidi bilj.25.

32 *Scoppola protiv Italije* (2), zahtjev br. 10249/03 presuda ESLJP-a, Veliko vijeće od 17. 09. 2009. §§ 54.

33 Članak 71. UZUS-a glasi: (1) Vijeće, odnosno sjednica Ustavnog suda ispituje samo one povrede ustavnih prava koje su istaknute u ustavnoj tužbi. (2) Ustavna tužba neće se uzeti u razmatranje u slučaju kad se ne radi o povredi ustavnog prava.

(3) Odluku iz stavka 2. ovoga članka donosi vijeće sastavljeno od troje sudaca. U slučaju da vijeće odluku ne donese jednoglasno, odluku donosi vijeće sastavljeno od šest sudaca, odnosno sjednica Ustavnog suda.

34 *Orlić protiv Republike Hrvatske*, zahtjev br. 48833/07, presuda ESLJP-a od 21. 06. 2011.

Unatoč načelu supsidijarnosti po kojem Europski sud funkcionira, Hrvatska nije jedina zemlja u kojoj se problematizira hijerarhijski odnos Europskog suda prema Europskom sudu. On također ističe pitanje razvitka ustavnih prava i položaja Ustavnog suda u hrvatskom pravnom poretku. Taj odnos Europskog suda razvidan je iz slučajeva utvrđenja povrede prava na pravično suđenje u odnosu na nerazumnu duljinu trajanja ustavnosudskog postupka, kao i u slučajevima kada Europski sud ispituje može li se podnositelj, s obzirom na dodijeljen iznos za naknadu zbog povrede razumnog roka i dalje smatrati žrtvom u smislu Konvencije. U 23 slučaja, Europski sud je utvrdio da je Ustavni sud dodijelio prenisu naknadu, što je podnositelja označilo žrtvom zbog čega je Europski sud nastavio ispitivati povredu članka 6. Konvencije. U vezi s potonjem, evidentno je da Europski sud pomiče granice svoje nadležnosti i to u smjeru nesagleđavanja ekonomskog stanja i prilika jedne zemlje. Ustavni sud nije imun na činjenicu značaja spora za podnositelja, ali je istovremeno dužan uvažavati i stanje ekonomskih prilika u svom društvu.

Fleksibilnost pravila o dopuštenosti i time narušavanje načela supsidijarnosti razvidno je iz slučaja *Adžić protiv Hrvatske*³⁵ u kojem je Europski sud utvrdio povredu članka 8. Konvencije u odnosu na pozitivne obveze države da poduzima mjere u cilju djelotvornog poštovanja obiteljskog života. Podnositelj je tijekom postupka pred Vrhovnim sudom podnio Europskom sudu zahtjev smatrajući da su hrvatski sudovi predugo odlučivali o pitanju protupravnog oduzimanja njegova sina kojeg je majka dovela u Hrvatsku. Iako je Vlada RH istaknula prigovor neiscrpljivanja dopuštenog pravnog puta, Europski sud je smatrao da u slučajevima kada je dostupno nekoliko potencijalno djelotvornih pravnih sredstava, od podnositelja se zahtijeva da iskoristi samo jedno, što je podnositelj i iskoristio po mišljenju Europskog suda. Tijekom trajanja postupka pred Europskim sudom, podnositelj je podnio ustavnu tužbu u kojoj je također isticao povredu dugotrajnosti postupka. U odnosu na taj dio ustavne tužbe, Ustavni sud je odbacio ustavnu tužbu smatrajući da su pretpostavke za postupanje prestale postojati s obzirom da je o tome već odlučio Europski sud. Iako je, u konkretnom slučaju bilo riječi samo o dugotrajnosti postupka, bit će zanimljivo vidjeti koliko će postupovna povreda članka 8. utjecati na eventualno razamtranje materijalnopravnog aspekta članka 8. Konvencije, u slučaju da podnositelj nakon Ustavnog suda zatraži zaštitu od Europskog suda.

Na kraju, zanimljivo je spomenuti najnoviji predmet *Guberina protiv Hrvatske*³⁶ koji upućuje na još jednu dimenziju utega europskih standarda u praksi Ustavnog suda i shvaćanje dvaju sudova u dometu određenog zakonodavstva. Različitost shvaćanja zasigurno u pojedinim slučajevima dovodi u pitanje legitimitet Ustavnog suda.

35 *Adžić protiv Hrvatske*, presuda ESLJP-a od 12. ožujka 2015., br. 22643/14

36 *Guberina protiv Hrvatske*, presuda ESLJP-a od 22. ožujka 2016., br. 23682/13

U navedenom predmetu Europski sud je utvrdio povredu načela zabrane diskriminacije u odnosu na vlasnička prava. Riječ je bila o zahtjevu za izuzeće od plaćanja poreza na promet za prvu nekretninu zbog činjenice da je član obitelji podnositelja dijete s teškim stupnjem invalidnosti. Podnositelj je smatrao da je usljed specifičnih okolnosti koje postoje na strani njegove obitelji - invalidnog djeteta, diskriminiran zbog nepravilne primjene poreznog zakona od strane upravnih tijela koja su mu odbila zahtjev za nenaplatu poreza na promet nekretnina za kuću koju je kupio u cilju omogućavanja lakšeg života svog hendikepiranog djeteta. Podnositelj je smatrao je da su upravna tijela propustila ispraviti faktičnu nejednakost koja je proizlazila iz posebnosti situacije.

Ostavljajući po strani argumente kako podnositelja, tako i Europskog suda o povredi načela zabrane diskriminaciju u odnosu na vlasništvo zbog propuštanja uočavanja faktične nejednakosti prouzročene posebnostima (invaliditetom) člana obitelji, čini se da je nit vodilja Europskog suda u konkretnom slučaju bila utvrđenje povrede samo i jedino u odnosu na okolnost faktične nejednakosti koja je u potpunosti zanemarila ili potisnula u drugi plan cilj i svrhu instituta oslobođenja od plaćanja poreza na promet za kupovinu prve nekretninu koja udovoljava stambenim potrebama. Ako je naizgled odnos Ustavnog suda prema konkretnom pitanju bio manje pozoran u odnosu na pitanje faktične nejednakosti, ostaje i dalje činjenica da Ustavni sud ima legitimitet prosudbe svrhe i cilja zakonodavstva u pitanju dometa njegove primjene. Ovim stajalištem se vraćamo na pitanje izlišnosti dijaloga u slučaju kada Europski sud na određenim slučajevima prelazi okvire pojedinačnog slučaja u cilju proširenja opsega određenog konvencijskog prava.

Zaključak

Učinci standarda Europskog suda u pravnom poretku Republike Hrvatske, nesporno predstavljaju blagodat za razvoj ustavnih prava u Republici Hrvastkoj. Standardi Europskog suda imaju preventivni, obrazovni i korektivni učinak na zaštitu ljudskih prava u Hrvatskoj. Njihova dosljedna primjena od strane hrvatskog Ustavnog suda pridonijela je razvitku svijesti o ljudskih pravima i s tim u vezi podizanju standarda političke kulture. U odnosu na Ustavni sud, standardi i metode ispitivanja povreda od strane Europskog suda pomogli su Ustavnom sudu RH da da sadržaj ustavnim pravima. Međutim, Ustavni sud kaska u definiranju sadržaja ostalih ustavnih prava (gospodarskih, socijalnih, kulturnih) kojima može pridonijeti razvitku prakse Europskog suda i u tom smislu razvitku dijaloga dvaju sudova. S druge strane, hrvatski Ustavni sud, kao i ostali europski sudovi koji prihvaćaju i primjenjuju standarde Europskog suda, sve više se suočavaju s pitanjem hijerarhijskog odnosa između dvaju

sudova te očuvanja ustavnog legitimiteta nacionalnog suda s obzirom da Europski sud sve češće u odlukama povodom pojedinačnih slučajeva daje ustavnopravnu dimenziju stanja zakonodavstva u dotičnim zemljama. Eliminiranje takvih problema moguć je kroz dijalog dvaju sudova koji pretpostavlja odgovornost Ustavnog suda za ustavna prava. Potonje zahtijeva od Ustavnog suda razvitak vlastitog kataloga ustavnih prava u iz kojih će izvirati hrvatske društvene i pravne okolnosti i njihov doprinos univerzalnosti ljudskih prava i temeljnih sloboda.

LITERATURA

1. Bačić, Arsen, „Ustavne promjene i dileme konstitucionalizma”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 46, 4/2009, str. 649-666, str. 656.
2. Bačić, Arsen „Zahtjevi konstitucionalizma, pitanje interpretacije i Ustavni sud Republike Hrvatske”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, 49/50-1998,
3. Banić, Slavica, „Pregled i smjer razvitka ustavnosudskih standarda za zaštitu ljudskih prava u Republici Hrvatskoj, *Fondacija Centar za javno pravo*, http://www.fcjp.ba/templates/ja_avian_ii_d/images/green/Slavica_Banic.pdf, str. 1-13. str.6 pregledano: 26. ožujka 2016.
4. Haberle, Peter, „The Constitution as a Culture”, *Politička misao*, Vol XXXVIII, (2000), no. 3, p 12
5. Matulović, Miomir i Padjen, Ivan „Cleansing the Law of Legal Theory: A View from Croatia (Editorial)” *Croatian Critical Law Review*, 1 (1/1996), str. 1- 122;
6. Matulović, Miomir, „*Europa, hrvatski Ustav i teorija ljudskih prava: (Silna) promjena hrvatskog Ustava kao rezultat utjecaja prakse Europskog suda za ljudska prava u Strasbourgu na praksu Ustavnog suda Republike Hrvatske u zaštiti ljudskih prava* (teze za uvodno izlaganje na okruglom stolu „Ustav – promjena silom prilika ili prilika za promjenu?”), Zagreb 2010, http://www.hr.boell.org/downloads/matulovic_-_ustav.pdf
7. Sweet, Alec Stone and Keller, Helen, „The Reception of the ECHR in National Legal Orders” (2008). *Faculty Scholarship Series*. Paper 89. http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/89, p.11 pregledano: 26. ožujka 2016.
8. Vujčić, Vladimir, „Svijest o ljudskim pravima, *Politička misao*, Vol XXXVII, (2000.), br. 3, str. 55–69, str. 67

Summary

Slavica Banić

Judge of the Constitutional Court of the Republic of Croatia

Standards of the European Court of Human Rights – A Blessing and a Burden for the Case-Law of the Constitutional Court of Republic of Croatia

The paper presents the relationship of the Constitutional Court of the Republic of Croatia toward the standards of the European Court of Human Rights. The constitutional rights' standards developed in the frame of the Croatian constitutional justice, like the principle of equality or property rights protection, could not respond to all requests which appeared during the examination of their possible violations. In that regard, the acceptance and follow up of the European Court's case law has contributed significantly to the development of the Croatian constitutional justice. The overall impact of such approach could be defined as preventive, educational and corrective. Nevertheless, the acceptance of European Court's standards without own development of the constitutional rights catalogue might eventually become an obstacle in the work of the Constitutional Court of the Republic of Croatia. Namely, the Court's case law shows that Croatian constitutional justice is slow in shaping of the constitutional rights' standards (such as commercial, social or cultural) which do not have their expression in Convention rights. Development of own constitutional rights standards by the Croatian Constitutional Court might contribute to the Europeanization process of the constitutional rights and at the same time to dialogue of these two Courts.

Udo Steiner

Richter des Bundesverfassungsgerichts a.D.

DAS BUNDESVERFASSUNGSGERICHT UND DIE EUROPÄISCHEN GERICHTE

Die Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) hat in Deutschland nur den Rang eines einfachen Gesetzes. Das BVerfG hat jedoch inzwischen einen Weg gefunden, der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in Straßburg (EGMR) im deutschen Rechtsraum Respekt zu verschaffen. Die Rechtsprechung des europäischen Gerichts ist von den deutschen Gerichten bei der Auslegung und Anwendung von deutschem Gesetzesrecht angemessen zu berücksichtigen. Sie ist darüber hinaus als eine Auslegungshilfe bei der Auslegung der Grundrechte und der rechtsstaatlichen Grundsätze des Grundgesetzes heranzuziehen. Berücksichtigt ein deutsches Gericht die Rechtsprechung des EGMR in geeigneten Fällen nicht, so kann dies durch Verfassungsbeschwerde beim BVerfG als Verstoß gegen das einschlägige Grundrecht in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip gerügt werden. Mit dem Inkrafttreten der Grundrechts-Charta der Europäischen Union und dessen Gerichtshof (EuGH) hat der EuGH eine für ihn maßgebliche Kodifikation der Grundrechte erhalten. Im Moment sieht es so aus, als wolle der Gerichtshof sich als ein Grundrechtsgericht und nicht nur als ein Gericht der Grundfreiheiten profilieren. Eine Kontrolle dieser Rechtsprechung durch den EGMR findet bis auf weiteres nicht statt, weil nach Auffassung des EuGH ein Beitritt der Europäischen Union zur EMRK mit dem Unionsrecht nicht vereinbar wäre.

I.

1. Die Deutschen kennen das BVerfG, aber sie kennen nicht den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) in Straßburg, so wenig wie die Gerichtshöfe in Den Haag, den Seegerichtshof in Hamburg und die 125 internationalen unabhängigen Spruchkörper, die es angeblich geben soll. Das ist beim Gerichtshof der Europäischen Union in Luxemburg anders. Viele wissen, dass er für Deutschland weitreichende Entscheidungen trifft und dies nicht immer zur Freude der Deutschen.

Sie wissen, dass diese Entscheidungen auf der Grundlage des Rechts der EU einen Souveränitätsverlust für Deutschland bedeuten. Vor einigen Zeiten hat ein ehemaliger deutscher Bundespräsident aufgerufen: Stoppt den Europäischen Gerichtshof und meinte die Richter in Luxemburg. Freilich kündigen schon seit längerer Zeit deutsche Beschwerdeführer an, sie würden, falls das BVerfG ihrer Verfassungsbeschwerde nicht stattgibt, den Weg nach Straßburg gehen, und bitten das BVerfG rein vorsorglich, es solle ihnen die Adresse des Menschengerichtshofs mitteilen. Immerhin gelingt es dem EGMR von Zeit zu Zeit, die deutsche Öffentlichkeit auf sich aufmerksam zu machen: Es geht um das absolute Folterverbot, vor allem um die Androhung von Folter zur Ermittlung des Aufenthaltsorts von Entführten (sog. Rettungsfolter), um christliche Kreuze in Schulzimmern oder die religiöse Bekleidung von staatlichen Lehrkräften. Das sind Themen, die für die Deutschen auch dann von Interesse sind, wenn das Urteil des EGMR unmittelbar andere Konventionsstaaten betrifft.

2. Das Verhältnis des deutschen BVerfG zum EGMR ist von einigen Besonderheiten bestimmt. Die Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) hat in Deutschland nicht den Rang von Verfassungsrecht. Sie ist einfaches Gesetz, die Entscheidungen des EGMR binden die deutschen Gerichte und Behörden nicht in gleicher Weise wie dies die Entscheidungen des BVerfG tun (§ 31 BVerfGG). Entscheidet in einer Sache Straßburg anders als Karlsruhe, kann dies aber beim deutschen Richter, etwa in Familienrechtssachen, zu Loyalitätskonflikten führen. Deutschland kennt – eine weitere Besonderheit – das Institut der Verfassungsbeschwerde gegen letztinstanzliche gerichtliche Entscheidungen wie wenige andere Länder in Europa, und die Anrufung des BVerfG im Wege der Verfassungsbeschwerde gehört zu dem Rechtsweg, der erschöpft sein muss, um den EGMR zulässig anzurufen. Ein Drittes kommt hinzu: Das BVerfG entscheidet über die Rechtmäßigkeit staatlicher Hoheitsakte allein am Maßstab des Grundgesetzes und nicht an dem der EMRK, der Gerichtshof in Straßburg dagegen allein am Maßstab dieser Konvention. Die grundrechtlichen Gewährleistungen des Grundgesetzes sind aber inhaltlich nicht immer identisch mit den menschenrechtlichen Gewährleistungen der EMRK. Es gibt Unterschiede in der Bestimmung der Schutzbereiche, und es gibt Unterschiede in Technik und Systematik der Grundrechtsschranken. Auch entscheidet sich das EGMR immer wieder – wie andere Gerichte auch – für eine extensive Auslegung der besonderen menschenrechtlichen Gewährleistungen der EMRK. Das gilt beispielsweise für Art. 8 der EMRK und das dort verankerte Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens. Daraus ergeben sich Differenzen in der Rechtsprechung. Ein Beispiel ist der Familienbegriff: Für den EGMR gibt es Familie ohne Kinder. Dem deutschen Verfassungsrecht ist ein solch weiter Familienbegriff fremd.

Dies bedeutet: Grundgesetz und EMRK sind zumindest teilweise von einer Asymmetrie der Maßstäbe bestimmt, oder anders formuliert: Ein anderer Maßstab führt unter Umständen zu einer anderen Rechtsprechung bei identischem Fall. In der Praxis kann dies bedeuten: Das BVerfG beurteilt eine bestimmte staatliche Maßnahme als verfassungsgemäß, der EGMR dagegen als Verstoß gegen die Menschenrechte. Für ein so selbstbewusstes und auch entscheidungserfahrenes Gericht wie das BVerfG ist dies eine unangenehme Erfahrung. Gewiss kann man sagen: Korrigiert der EGMR das BVerfG, entscheidet er nicht „richtiger“ oder „besser“, sondern eben an einem anderen Maßstab „anders“. Es bleibt aber eine Differenz, die schmerzt, weil sich beide Gerichte den fundamentalen Freiheiten und Rechtsverbürgungen des europäischen Rechtsraums verpflichtet sehen.

Hinzu kommt noch ein ganz spezieller Aspekt des Verhältnisses von EGMR und BVerfG: Der EGMR kann feststellen, dass das BVerfG für seine Entscheidungen über Verfassungsbeschwerden und Richtervorlagen nach Art. 100 GG mehr an Zeit benötigt hat als dies die Garantie des Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK erlaubt. Dann muss das Verfassungsgericht nach Art. 41 EMRK den Betroffenen entschädigen. Auch dies ist natürlich eine unangenehme Erfahrung, die nicht immer vermeidbar ist, weil das deutsche BVerfG überlastet ist. Es ist übrigens auch durch die Rechtsprechung des EGMR veranlasst, dass Deutschland Rechtsbehelfe und die Möglichkeit einer Entschädigung ganz allgemein bei überlangen Gerichtsverfahren durch Gesetz eingeführt hat. Davon ist auch das BVerfG betroffen. Wer infolge unangemessener Dauer eines Verfahrens vor dem BVerfG einen Nachteil erleidet, wird angemessen entschädigt (§ 97a Abs. 1 Satz 1 BVerfGG). Legt er eine sog. Verzögerungsbeschwerde ein, so entscheidet eine spezielle Beschwerdekammer, in die jeder der beiden Senate zwei Richter entsendet (§ 97c Abs. 1 Satz 1 BVerfGG).

3. Blickt man auf die Geschichte des Verhältnisses des BVerfG zum EGMR, so finden sich nicht wenige Beispiele, in denen das Straßburger Gericht einen Fall menschenrechtlich anders beurteilt hat als dies das BVerfG am Maßstab der Grundrechte getan hat. In die Geschichte des Verhältnisses beider Gerichte ist ein prominenter Streit der Prinzessin Caroline von Monaco/Hannover um die Herstellung und Veröffentlichung von Fotos aus ihrer Privat- und Familiensphäre gegen die sog. Boulevardpresse eingegangen. Die Straßburger Richter haben hier – vereinfacht gesagt – den Persönlichkeitsschutz stärker gewichtet, das BVerfG stärker die Pressefreiheit. Ein anderes Beispiel: Dem Vater eines nichtehelichen Kindes hat der EGMR auf der Grundlage des Art. 8 Abs. 1 EMRK mehr Rechte zugestanden als das deutsche BVerfG auf der Grundlage des Art. 6 GG. Unterschiedlich haben BVerfG und EGMR auch die Voraussetzungen für eine sog. **Sicherungsverwahrung** beurteilt, ein besonderer Freiheitsentzug, der für Wiederholungstäter schwerster Straftaten **nach** Verbüßung

der Freiheitsstrafe in der deutschen Rechtsordnung vorgesehen ist. Überrascht hat der EGMR die Deutschen auch, weil er das Streikrecht unter Berufung auf Art. 11 EMRK jedenfalls solchen Beamten gibt, die nicht in Streitkräften, bei der Polizei oder in genuin hoheitlichen Bereichen tätig sind. Nach deutschem Recht ist **jedem** Beamten, in welcher Verwendung auch immer, z.B. auch als Lehrer, ein Streik untersagt.

4. Sieht man auf den Stand des Verhältnisses von BVerfG zum EGMR im Jahr 2016, kann man aus europäischer Sicht positiv bilanzieren: Das BVerfG hat schrittweise eine Linie gefunden, die der Rechtsprechung aus Straßburg im deutschen Rechtsraum Respekt verschaffen soll. Diese Linie, die eher pragmatisch als rechtsdogmatisch überzeugt, sieht dann so aus: Die EMRK in der Auslegung durch den EGMR ist von den deutschen Gerichten bei der Auslegung und Anwendung von Gesetzesrecht angemessen zu berücksichtigen. Das BVerfG ist sogar einen Schritt weiter gegangen und hat die EMRK sozusagen „upgegrated“: Sie ist als Auslegungshilfe bei der Auslegung auch der Grundrechte und der rechtsstaatlichen Grundsätze des Grundgesetzes heranzuziehen. Zudem ganz wichtig: Berücksichtigen die deutschen Gerichte die Entscheidung des EGMR nicht angemessen oder fehlt es insbesondere in der behördlichen oder gerichtlichen Entscheidung an einer Auseinandersetzung mit einer Entscheidung des EGMR, so liegt darin ein Verstoß gegen das in Frage stehende Grundrecht in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip. Das hat eine ganz wichtige prozessuale Konsequenz: Das BVerfG kann wegen dieses Verstoßes im Wege der Verfassungsbeschwerde angerufen werden und ist deshalb in der Lage, Einfluss darauf zu nehmen, ob und in welcher Weise die Straßburger Rechtsprechung in Deutschland zur Geltung kommt.

Ein letztes: Sind EGMR und BVerfG in einer Frage unterschiedlicher Auffassung, so haben die deutschen Gerichte eine größere Entscheidungsfreiheit als je zuvor. Ganz konkret und eigentlich spektakulär: Hat das BVerfG rechtskräftig eine Norm für vereinbar mit dem Grundgesetz erklärt, der EGMR dagegen die Norm als konventionswidrig beurteilt, kann dies eine rechtserhebliche Änderung der Sach- und Rechtslage bewirken. Die Gerichte in Deutschland sind dann durch die Rechtskraft der Entscheidung des BVerfG nicht gehindert, die juristische Frage anders als das BVerfG zu entscheiden (BVerfGE 128, 326, 364 f.). Man hat in diesem Zusammenhang von „praktizierter Kooperation“ gesprochen.

5. Es bleibt in Deutschland freilich Gegenstand der Diskussion, wie viel juristische Qualität die Entscheidungen des EGMR für sich in Anspruch nehmen können. Bekanntlich erwachsen die Entscheidungen des BVerfG auch aus einer hohen Qualität der Rechtsprechung der fünf deutschen obersten Bundesgerichte und einer außerordentlich produktiven nationalen Rechtswissenschaft, die die verfassungsgerichtlichen Entscheidungen fachlich vorbereitet und, sobald sie ergangen

sind, fachlich analysiert und bei Bedarf auch deutlich kritisiert. Es findet also eine Art Qualitätssicherung aus dem nationalen Rechtsraum heraus statt. Die Richter des BVerfG sind zudem in der deutschen Rechts- und Verfassungstradition ausgebildet und aufgewachsen. Ihre Beratungen erfolgen in der Muttersprache. Dies ermöglicht eine differenzierte und nuancierte juristische Beratung der zu entscheidenden Frage. Die Rechtsprechung des EGMR entsteht dagegen aus einer sehr viel komplexeren Situation heraus.

6. Es ist mir wichtig, noch auf einen besonderen Aspekt des Verhältnisses von BVerfG und EGMR noch hinzuweisen. Als Folge der deutschen Einigung (Wiedervereinigung) hatte das BVerfG zahlreiche gewichtige und weitreichende Entscheidungen zu treffen, die die Menschen der früheren DDR und danach als Einwohner der neuen Bundesländer betrafen. Dazu gehörte beispielsweise die Strafbarkeit derer, die den Schießbefehl an der deutsch-deutschen Grenze erteilt haben, und der Soldaten, die den Schießbefehl ausführten (sog. Mauerschützen), aber auch Entscheidungen zur Eingliederung der Bürger der DDR in das zunächst westdeutsche und dann gesamtdeutsche Sozialsystem. Es war eine gute Erfahrung, dass die Entscheidungen des BVerfG im Zusammenhang mit der Wiedervereinigung häufig in Straßburg als einem internationalen Gericht überprüft wurden. So konnte man dem Vorwurf begegnen, die westdeutschen Richter seien befangen; sie würden „Siegerjustiz“ praktizieren und ihre Entscheidungen entstünden aufgrund einer rein westdeutschen Mentalität. Ich denke, dass diese neutrale, national distanzierte Rolle des EGMR auch für die Staaten des Ex-Jugoslawien von Bedeutung ist in Fällen, in denen Verfassungsstreitigkeiten aus einem starken nationalen Dissens hervorgehen. Es ist wichtig, den Menschen zu sagen, dass „Straßburg“ wegen seiner internationalen Zusammensetzung nicht für „juristische Fremdherrschaft“ steht.

II.

1. Kompliziert wird unser Thema in dem Augenblick, in dem man in das Beziehungsgefüge von Grundgesetz und EMRK die EU-Charta der Grundrechte einbezieht. Sie auszulegen und anzuwenden ist primär eine Zuständigkeit des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft in Luxemburg. Auf diesen besonderen Aspekt des Verhältnisses von BVerfG und EuGH will ich eingehen, und nicht auf die Probleme und Konflikte, die sich daraus ergeben, dass das BVerfG für sich in Anspruch nimmt, die Einhaltung der Zuständigkeiten der EU durch ihre Organe und damit auch des EuGH am Maßstab des Grundgesetzes (Art. 23 i.V.m. Art. 79 Abs. 3 GG) zu kontrollieren. Diese Fragen sind den hier versammelten Verfassungsrichterinnen und Verfassungsrichtern bis zu einem möglichen Beitritt ihrer Länder zur EU erspart.

Es geht im Verhältnis von EuGH und BVerfG um die Autonomie und Identität des nationalen Verfassungsraums, aber wohl auch um Kompetenzansprüche und Prestigefragen. Zuständigkeitsfragen sind eben immer auch Machtfragen. Die deutsche Richterin am EGMR, Frau Angelika Nussberger, hat für die Rollenverteilung zwischen dem BVerfG und den europäischen Gerichten eine feine Formel gefunden: Das BVerfG sei die „Herzkammer“ der Bundesrepublik Deutschland, der EGMR das „Gewissen Europas“ und der EuGH der „Motor Europas“ (zit. nach Tomuschat).

2. Der EuGH ist spätestens durch die Charta der Grundrechte seit dem Vertrag von Lissabon 2008 zu einem Grundrechtsgericht geworden, ist also nicht mehr nur das Gericht der europäischen marktbezogenen Grundfreiheiten. Der EuGH lebt also grundrechtlich nicht nur von den Grundrechten, die er richterrechtlich aus den Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten entwickelt hat. Ihm steht jetzt eine Kodifikation der Grundrechte mit eigenem originärem normativem Geltungsgrund zur Verfügung. Die jüngere Rechtsprechung des EuGH zeigt, dass das Gericht diese Rolle auch effektiv spielen will. Mehrere Urteile durchaus spektakulärer Art sind in jüngerer Zeit ergangen, z.B. zum Grundrecht auf „Vergessen“ im Internet, aber jüngst auch zur Frage, ob den USA im Zusammenhang mit dem transatlantischen sog. Safe Harbour-Abkommen ein „angemessenes Datenschutzniveau“ attestiert werden kann. Das BVerfG hat also prominente Konkurrenz in Fragen des Datenschutzes erhalten. Grundrechtscharta und Menschenrechtskonvention sind bekanntlich miteinander **indirekt** verknüpft. Die Konventions-Grundrechte, so legt es Art. 6 Abs. 3 EUV fest, sind – so wie sie in der EMRK gewährleistet werden und wie sie sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedsstaaten ergeben –, als allgemeine Grundsätze Teil des Unionsrechts rechtsverbindlich. Es ist im europäischen Sinne, wenn sich der EuGH soweit als möglich – wie bisher auch geschehen – an der Rechtsprechung des EGMR zur EMRK orientiert. Dies entspricht der Harmonisierungsklausel des Art. 52 Abs. 1 Satz 1 der EU-Charta. Erleichtert wird diese Konkordanz dadurch, dass sich die EU-Charta bekanntlich inhaltlich stark an die Menschenrechtsgewährleistungen der EMRK anlehnt.

3. Zu einer **direkten** Bindung der Organe der EU an die EMRK könnte es kommen, wenn die EU der EMRK beitrifft. Dies ist in Art. 6 Abs. 2 Satz 1 EUV auch ausdrücklich vorgesehen. Bis zu diesem Beitritt hat der EGMR noch keine Jurisdiktion über das Handeln der Organe der EU, kann also auch nicht Entscheidungen des EuGH auf ihre Vereinbarkeit mit der Konvention überprüfen. Im Augenblick sieht es nicht so aus, als ob der EuGH als Gericht Interesse daran hat, dass er sich durch den Beitritt der EU zur EMRK der Rechtsprechung des EGMR unterwirft. Er will offenbar nicht, dass seine Entscheidungen im Wege der Beschwerde auf ihre Vereinbarkeit mit der Konvention überprüft werden, will die Autonomie des Rechtsraums der EU sichern.

In seinem Gutachten C-2/13 vom 18. Dezember 2014 hat er den Beitritt der EU zur EMRK, durch einen Vertragsentwurf schon vorbereitet, in zentralen Punkten für unionswidrig erklärt. Im Augenblick ist kein Weg erkennbar, der an diesem Gutachten praktisch und politisch vorbei führt.

Gleichwohl: Nach dem gegenwärtigen Rechtszustand fehlt es am Angebot von Grundrechten in Europa nicht. Zugespißt könnte man sagen: Der europäische Rechtsraum ist mit Grundrechten ähnlich überfüllt wie der europäische Luftraum mit Flugzeugen. Was aber sicher noch fehlt, ist die effektive Durchsetzung der Grundrechte in **allen** Mitgliedstaaten des Europarates und der EU. Diese Aufgabe ist den europäischen Gerichten und gewiss auch den Verfassungsgerichten der Mitgliedsstaaten des Europarates und damit auch dem Verfassungsgericht von Bosnien-Herzegowina anvertraut.

Udo Steiner

Bivši sudija njemačkog Saveznog ustavnog suda

SAVEZNI USTAVNI SUD I EVROPSKI SUDOVI

Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u Njemačkoj ima samo položaj jednostavnog zakona. No, Savezni ustavni sud je u međuvremenu pronašao načina kako osigurati da se sudska praksa Evropskog suda za ljudska prava u Strasbourgu poštuje u njemačkom pravnom prostoru. Naime, njemački sudovi pri tumačenju i primjeni njemačkih zakona na primjeren način u obzir moraju uzeti i sudske prakse Evropskog suda. Pored toga, ista se mora koristiti i kao pomoć kod tumačenja u Ustavu utvrđenih temeljnih prava i načela pravne države. Ako njemački sud, u odgovarajućim slučajevima, ne uzme u obzir sudske prakse Evropskog suda za ljudska prava, protiv toga se kod Saveznog ustavnog suda može uložiti ustavna tužba zbog povrede relevantnog temeljnog prava u vezi s načelom pravne države. Stupanjem na snagu Povelje o temeljnim pravima Europske unije njezin je sud (Evropski sud) dobio kodifikaciju temeljnih prava koja je za njega mjerodavna. Tako da se trenutno čini kao da se Evropski sud želi profilirati kao sud za temeljna prava, a ne samo kao sud za temeljne slobodne. Kontrole te sudske prakse od strane Evropskog suda za ljudska prava do daljnjega neće biti jer, po mišljenju Evropskog suda, pristup Evropske unije Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima nije u skladu s pravom Unije.

I.

1. Nijemci poznaju Savezni ustavni sud, ali ne poznaju Evropski sud za ljudska prava (ESLJP) u Strasbourgu, ni sud u Den Haagu, ni Sud za pomorsko pravo u Hamburgu, niti ostalih 125 neovisnih međunarodnih sudova, koliko ih navodno postoji. Drukčija je situacija kod Suda Evropske unije u Luksemburgu. Mnogi znaju da donosi odluke koje su dalekosežne za Njemačku, i to ne baš uvijek na radost Nijemaca. Oni znaju da te odluke na temelju prava EU znače gubitak suvereniteta za Njemačku. Prije nekog vremena je jedan bivši njemački predsjednik uputio poziv: zaustavite Sud Evropske unije, misleći pritom na suce u Luksemburgu. S tim da podnositelji ustavnih tužbi

već dugo najavljuju da će se, ako Savezni ustavni sud ne prihvati njihovu ustavnu tužbu, obratiti sudu u Strasbourgu te mole sud, čisto preventivno, da im dostavi adresu Evropskog suda za ljudska prava. Ali, Evropskom sudu za ljudska prava ipak uspijeva da s vremena na vrijeme skrene pažnju njemačke javnosti na sebe: radi se o apsolutnoj zabrani prijetnje mučenjem radi utvrđivanja mjesta gdje se nalazi oteta osoba (tzv. mučenje radi spašavanja), o kršćanskim križevima u učionicama ili o vjerskoj odjeći nastavnika i profesora koji su državni službenici. To su teme koje su za Nijemce interesantne i onda kada se presuda Evropskog suda za ljudska prava odnosi neposredno na druge države potpisnice Konvencije.

2. Odnos njemačkog Saveznog ustavnog suda prema Evropskom sudu za ljudska prava određen je nekim specifičnostima. Evropska konvencija o ljudskim pravima (EKLJP) u Njemačkoj nema rang ustavnog prava, već je jednostavan zakon, tako da odluke Evropskog suda za ljudska prava nemaju isti obvezujući učinak za njemačke sudove i državna tijela kao odluke Saveznog ustavnog suda (§ 31. Zakon o Saveznom ustavnom sudu). No, ako Strasbourg u nekom predmetu odluči drukčije od Karlsruhea, to kod njemačkih sudija, npr. u predmetima obiteljskog prava, može dovesti do sukoba lojalnosti. U Njemačkoj – što je još jedna posebnost – postoji institut ustavne tužbe protiv odluke suda u posljednjem stupnju, kao i u malobrojnim zemljama u Evropi, i obraćanje Saveznom ustavnom sudu ustavnom tužbom je dio pravnog puta koji mora biti iscrpljen kako bi bilo dopušteno obraćenje zahtjevom Evropskom sudu za ljudska prava. Postoji još jedan treći element: Savezni ustavni sud odlučuje o zakonitosti državnih akata isključivo prema kriterijima Temelnog zakona (njemačkog ustava), a ne Konvencije o ljudskim pravima, dok se Evropski sud za ljudska prava ravna samo prema kriterijima ove Konvencije. A ustavnopravna jamstva iz Temelnog zakona sadržajno nisu uvijek identična s jamstvima Evropske konvencije o ljudskim pravima. Postoje razlike u određivanju područja zaštite, ali i razlike u tehnici i sistematičnosti ograničenja temeljnih prava. Osim toga, Evropski sud za ljudska prava se uvijek nanovo – kao i drugi sudovi – odlučuje za ekstenzivno tumačenje posebnih jamstava Konvencije po pitanju ljudskih prava. To vrijedi primjerice za čl. 8. Konvencije i tamo utvrđeno prava na poštovanje privatnog i obiteljskog života. A iz toga onda proizlaze razlike u sudskoj praksi. Jedan primjer za to je sam pojam obitelji: za Evropski sud za ljudska prava postoji i obitelj bez djece. Njemačkom Ustavnom sudu je tako široko tumačenje pojma obitelji strano.

To znači: Temeljni zakon i Evropska konvencija o ljudskim pravima su barem djelomično određeni asimetrijom mjerila ili, drukčije rečeno: drukčije mjerilo eventualno može dovesti do drukčije presude u identičnom slučaju. U praksi to može značiti: Savezni ustavni sud će određenu državnu mjeru ocijeniti u skladu s ustavom, a Evropski sud za ljudska prava kao povredu ljudskih prava. Za sud koji je samouvjeren

i ima toliko iskustva u donošenju odluka kao što je to slučaj kod Saveznog ustavnog suda je to neugodno iskustvo. Naravno, može se reći: ako Evropski sud za ljudska prava ispravi Savezni ustavni sud, onda time ne odlučuje „točnije” ili „bolje” od istoga, nego prema drukčijem mjerilu „drukčije”. Ali, ostaje razlika koja je bolna jer oba suda smatraju da su obvezna osigurati poštivanje temeljnih sloboda i pravnih jamstava evropskog pravnog prostora.

K tomu dolazi još jedan veoma posebni aspekt odnosa između Evropskog suda za ljudska prava i Saveznog ustavnog suda: Evropski sud za ljudska prava može ustanoviti da je Saveznom ustavnom sudu za njegove odluke o ustavnim tužbama i prethodnim pitanjima sudija prema čl. 100. Temeljnog zakona trebalo više vremena nego što to dopušta čl. 6. st. 1. reč. 1. Evropske konvencije o ljudskim pravima. U tom slučaju Ustavni sud prema čl. 41. Konvencije dotičnoj osobi mora platiti odštetu. I to je naravno neugodno iskustvo, koje se ne može uvijek izbjeći, jer je njemački Savezni ustavni sud preopterećen. Inače, temeljem sudske prakse Evropskog suda za ljudska prava Njemačka je zakonom uvela pravne lijekove i općenito mogućnost odštete za preduge sudske postupke. A to se odnosi i na Savezni ustavni sud. Tko uslijed neprimjerenog trajanja postupka pred Saveznim ustavnim sudom pretrpi neku štetu, dobiva primjerenu odštetu (§ 97.a st. 1. reč.1. Zakona o Saveznom ustavnom sudu). Ako uloži tzv. tužbu zbog kašnjenja, odlučuje posebno žalbeno vijeće u kojem su po dva suca oba senata (§ 97.c st. 1. reč. 1. Zakona o Saveznom ustavnom sudu).

3. Ako pogledamo povijest odnosa između Saveznog ustavnog suda i Evropskog suda za ljudska prava, pronaći ćemo nemali broj primjera u kojima je sud u Strasbourgu predmet s aspekta ljudskih prava ocijenio drukčije od Saveznog ustavnog suda na temelju temeljnih prava. U povijest odnosa ova dva suda ušao je i poznati slučaj princeze Caroline od Monaca/Hannovera vezano za izradu i objavu fotografija iz njezine privatne i obiteljske sfere protiv tzv. žute štampe. Suci u Strasbourgu su – pojednostavljeno rečeno – zaštitu privatnosti ocijenili važnijim dobrom, a Savezni ustavni sud slobodu medija. Drugi primjer: ocu izvanbračnog djeteta je Evropski sud za ljudska prava na temelju čl. 8. st. 1. Evropske konvencije o ljudskim pravima dao više prava nego njemački Savezni ustavni sud na temelju čl. 6. Temeljnog zakona. Savezni ustavni sud i Evropski sud za ljudska prava su različito ocijenili i preduvjete za tzv. sigurnosni pritvor, što je poseban oblik lišenja slobode koji je u njemačkom pravnom poretku predviđen za recidiviste najtežih kaznenih djela **nakon** odsluženja kazne zatvora. Evropski sud za ljudska prava iznenadio je Nijemce i time što je, pozivajući se na čl. 11. Evropske konvencije o ljudskim pravima, pravo na štrajk potvrdio i za sve državne službenike koji nisu u vojski, policiji ili u izvorno suverenim područjima. Suprotno tomu je, prema njemačkom pravu, **svakom** državnom službeniku, bez obzira u kojem svojstvu on radio, dakle npr. i profesorima, zabranjeno štrajkati.

4. Ako pogledamo stanje odnosa Saveznog ustavnog suda prema Evropskom sudu za ljudska prava u 2016. godini, iz evropske perspektive možemo reći da je pozitivan: Savezni ustavni sud je postepeno pronašao put kako sudskoj praksi iz Strasbourga osigurati poštovanje u njemačkom pravnom prostoru. Taj put koji je više pragmatičan, nego pravno dogmatično ispravan izgleda ovako: njemački sudovi kod tumačenja i primjene zakona na primjeren način moraju uzeti u obzir Evropsku konvenciju o ljudskim pravima, u verziji kako je tumači Evropski sud za ljudska prava. Savezni ustavni sud je išao čak i korak dalje te je Evropsku konvenciju o ljudskim pravima takoreći „upgradeao”: Konvencija se mora konzultirati kao pomoć u tumačenju temeljnih prava i načela pravne države utvrđenih u Temeljnem zakonu. Osim toga, što je veoma bitno: ako njemački sudovi ne poštuju na primjeren način odluku Evropskog suda za ljudska prava ili ako, posebno kod odluka državnih tijela ili sudova, isti nisu uzeli u obzir neku odluku Evropskog suda za ljudska prava, onda to predstavlja povredu predmetnog temeljnog prava u povezanosti s principom pravne države. To za sobom povlači veoma važnu procesnu posljedicu: ustavnom se tužbom zbog te povrede možete obratiti Saveznom ustavnom sudu koji je na taj način u stanju utjecati na to da li će se i na koji način primijeniti sudska praksa Strasbourga u Njemačkoj.

I, na kraju: ako su Evropski sud za ljudska prava i Savezni ustavni sud u nekom pitanju različitog mišljenja, njemački sudovi imaju veću slobodu odlučivanja nego prije. Veoma konkretno i zapravo spektakularno: ako je Savezni ustavni sud neku normu pravomoćno ocijenio ustavnom, a Evropski sud za ljudska prava ocijeni da ta norma nije u skladu s Konvencijom, to može dovesti do pravno bitne promjene činjenične i pravne situacije. Sudovi u Njemačkoj onda zbog pravomoćnosti odluke Saveznog ustavnog suda nisu spriječeni u tomu da u tom pravnom pitanju odluče drukčije od Saveznog ustavnog suda (Odluke Saveznog ustavnog suda (BVerfGE) 128, 326, 364 i slj.). U tom se kontekstu govori o „practicirajućoj kooperaciji”.

5. U Njemačkoj se, naravno, i dalje raspravlja o tomu kolika je pravna kvaliteta odluka Evropskog suda za ljudska prava. Kao što je poznato, odluke Saveznog ustavnog suda proizlaze i iz visoke kvalitete sudske prakse pet najviših njemačkih saveznih sudova te izrazito produktivne nacionalne pravne znanosti koja odluke ustavnog suda nakon njihova donošenja stručno analizira a, po potrebi, i jasno kritizira. Dakle, nacionalni pravni prostor provodi jednu vrstu osiguranja kvalitete. Uz to, sudije Saveznog ustavnog suda su obrazovani i odrasli u njemačkoj pravnoj i ustavnoj tradiciji. Njihove se konzultacije obavljaju na njihovom materinskom jeziku. A to omogućuje diferencirano i nijansirano pravno savjetovanje o pitanju u kojem treba donijeti odluku. Nasuprot tomu, sudska praksa Evropskog suda za ljudska prava nastaje iz puno kompleksnije situacije.

6. Važno mi je ukazati na još jedan poseban aspekt odnosa Saveznog ustavnog suda i Evropskog suda za ljudska prava. Naime, Savezni ustavni sud je, što je bila posljedica ponovnog ujedinjenja Njemačke, trebao donijeti brojne važne i dalekosežne odluke koje su se odnosile na građane bivšeg DDR-a, a nakon toga građane novih saveznih zemalja. To se odnosilo na primjer na kažnjivost onih koji su davali naredbu za pucanje na njemačko-njemačkoj granici i vojnika koji su izvršavali tu naredbu, ali i na odluke o integraciji građana DDR-a prvo u zapadnonjemački, a potom u svenjemački socijalni sustav. Bilo je dobro iskustvo što su se odluke Saveznog ustavnog suda vezane za ponovno ujedinjenje često preispitivale u Strasbourgu, kao međunarodnom sudu. Tako se uspio riješiti prigovor da zapadnonjemački sudije nisu nepristrani; da primjenjuju „pobjedničku pravdu” i da se njihove odluke temelje isključivo na čisto zapadnonjemačkom mentalitetu. Mislim da je ta neutralna, nacionalno distancirana uloga Evropskog suda za ljudska prava bitna i za države bivše Jugoslavije u slučajevima u kojima ustavni sporovi proizlaze iz snažnog nacionalnog neslaganja. No, važno je ljudima reći da „Strasbourg”, zbog svog međunarodnog sastava, ne predstavlja „pravnu vladavinu tuđinaca”.

II.

1. Međutim, naša tema postaje komplicirana u trenutku kada se u splet odnosa Temeljnog zakona i Evropske konvencije o ljudskim pravima uključi i Povelja Evropske unije o temeljnim pravima. Njezino tumačenje i primjena je primarno u nadležnosti Suda Evropske unije u Luksemburgu. I to je aspekt odnosa Saveznog ustavnog suda i Suda Evropske unije na koji se želim osvrnuti, a ne na probleme i sukobe koji proizlaze iz toga da Savezni ustavni sud smatra da pridržavanje nadležnosti Evropske unije i njezinih organa, a time i Suda Evropske unije treba kontrolirati prema kriterijima Temeljnog zakona (čl. 23. u povezanosti s čl. 79. st. 3. Temeljnog zakona). Ovdje okupljene ustavne sutkinje i sudije pošteđeni su ovih pitanja do ulaska njihovih zemalja u EU. U odnosu između Suda Evropske unije i Saveznog ustavnog suda se radi o autonomiji i identitetu nacionalnog ustavnog prostora, ali i o pitanju nadležnosti i prestiža. Pitanja nadležnosti su uvijek i pitanja moći. Njemačka sutkinja na Evropskom sudu za ljudska prava, gospođa Angelika Nussberger, je za podjelu uloga između Saveznog ustavnog suda i evropskih sudova pronašla lijepu formulu: Savezni ustavni sud je „srce” Savezne Republike Njemačke, Evropski sud za ljudska prava „svijest Evrope”, a Sud Evropske unije „motor Evrope” (cit. prema Tomuschatu).

2. Sud Evropske unije je najkasnije na osnovi Povelje o temeljnim pravima od Lisabonskog ugovora 2008. godine postao sudom za temeljna prava, dakle, više nije samo sud evropskih temeljnih sloboda vezanih za tržište. Sud Evropske unije dakle vezano za temeljna prava više ne živi samo od temeljnih prava koje su njegove sudije

razvili iz ustavnih tradicija država članica. Sada mu na raspolaganju stoji i kodifikacija temeljnih prava s vlastitom izvornom normativnom osnovom. Novija sudska praksa Suda Evropske unije pokazuje da sud tu ulogu želi i efektivno igrati. Tako je u novije vrijeme donio nekoliko presuda, koje bi se mogle nazvati spektakularnima, npr. o temeljnom pravu na „zaborav” na internetu, ali i nedavno o pitanju da li se SAD-u u vezi s transatlantskim tzv. Safe Harbour sporazumom može atestirati „primjerena razina zaštite podataka”. Dakle, Savezni ustavni sud je dobio prominentnu konkurenciju u pitanjima zaštite podataka. Povelja o temeljnim pravima i Konvencija o ljudskim pravima su, kao što je poznato, **indirektno** međusobno povezane. Temeljna prava iz Konvencije su, tako to određuje čl. 6. st. 3. Ugovora o EU – na način kako su zajamčena u Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima i kako proizlaze iz zajedničkih ustavnih tradicija država članica – kao opća načela dio prava Evropske unije i kao takva su pravnoobvezujuća. U evropskom je duhu ako se Sud Evropske unije, u mjeri u kojoj je to moguće – kao što je do sada i bio slučaj – ravna prema sudskoj praksi Evropskog suda o ljudskim pravima vezano za Evropsku konvenciju o ljudskim pravima. To odgovara harmonizacijskoj klauzuli iz čl. 52. st. 1. reč. 1. Povelje Evropske unije. Tu usklađenost olakšava i činjenica da se Povelja Evropske unije, kao što je poznato, sadržajno jako oslanja na jamstva iz Konvencije o ljudskim pravima.

3. Do **direktnog** vezanja organa Evropske unije za Evropsku konvenciju o ljudskim pravima moglo bi doći ako Evropska unija postane potpisnica te Konvencije. To je i izričito predviđeno u čl. 6. st. 2. reč. 1. Ugovora o EU. No, do tada Evropski sud za ljudska prava još nema jurisdikciju nad postupcima organa EU, dakle, ne može ni kontrolirati odluke Suda Evropske unije s obzirom na njihovu usklađenost s Konvencijom. U ovom se trenutku ne čini da je Sud Evropske unije kao sud zainteresiran za to da se kroz pristupanjem Evropske unije Konvenciji o ljudskim pravima podvrgne sudskoj praksi Evropskog suda za ljudska prava. Očito ne želi da se njegove odluke putem žalbi kontroliraju s obzirom na njihovu usklađenost s Konvencijom te želi osigurati autonomiju pravnog prostora Evropske unije. U svom mišljenju C-2/13 od 18. decembra 2014. godine je proglasio da pristup Evropske unije Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima, koji je već pripremljen kroz nacrt ugovora, u centralnim pitanjima nije u skladu s pravom Evropske unije. U ovom se trenutku ne vidi niti mogućnost niti put kojim bi se praktički i politički moglo zaobići ovo mišljenje.

Unatoč svemu: prema trenutnom pravnom stanju u Evropi ne nedostaje ponuda temeljnih prava. Karikirano bi se moglo reći: evropski pravni prostor je temeljnim pravima jednako prenapučen kao i evropski zračni prostor avionima. No, ono što sigurno još nedostaje jest efektivna provedba temeljnih prava u **svim** državama članicama Vijeća Evrope i Evropske unije. To je zadaća svih evropskih sudova, a zasigurno i ustavnih sudova država članica Vijeća Evrope, pa tako i Ustavnog suda Bosne i Hercegovine.

CIP - Katalogizacija u publikaciji

Nacionalna i univerzitetska biblioteka Bosne i Hercegovine, Sarajevo

347.951:341.645(4)(063)(082)

341.231.14:342.565.2(497)(063)(082)

REGIONALNA konferencija ustavnih sudova Odluke Evropskog/Europskog suda za ljudska prava i njihov utjecaj na standarde nacionalnih ustavnih sudova (2016 ; Sarajevo)

Odluke Evropskog/Europskog suda za ljudska prava i njihov utjecaj na standarde nacionalnih ustavnih sudova : regionalna konferencija ustavnih sudova, Sarajevo, 7-9. 4. 2016. godine : zbornik radova = Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und ihr Einfluss auf die Standards der nationalen Verfassungsgerichte : Regionalkonferenz der Verfassungsgerichte, Sarajevo, 7-9. 4. 2016. godine : Tagungsband = Decisions of the European Court of human rights and their impact on the standards of the national Constitutional Courts : regional conference of the constitutional courts, Sarajevo, 7-9. 4. 2016. godine : collected papers. - Sarajevo : Ustavni sud Bosne i Hercegovine, 2016. - 236 str. ; 25 cm

Tekst lat. i ćir.

ISBN 978-9958-0389-5-2

COBISS.BH-ID 23494406