Ustavni je sud Bosne i Hercegovine u plenarnom sazivu, u sastavu: predsjednik Mato Tadić, dopredsjednici Tudor Pantiru, Miodrag Simović i Hatidža Hadžiosmanović, suci David Feldman, Valerija Galić, Jovo Rosić, Constance Grewe i Seada Palavrić, na sjednici održanoj 26. svibnja 2006. godine u predmetu broj **U 13/05**, rješavajući zahtjev **Sulejmana Tihića, člana Predsjedništva Bosne i Hercegovine,** na temelju članka VI/3.(a) Ustava Bosne i Hercegovine, članka 17. stavak 1. točka 1. i članka 59. stavak 2. alineja 1. Pravila Ustavnog suda Bosne i Hercegovine («Službeni glasnik Bosne i Hercegovine» broj 60/05), donio

ODLUKU O DOPUSTIVOSTI

Odbacuje se kao nedopušten zahtjev **Sulejmana Tihića, člana Predsjedništva Bosne i Hercegovine,** za ocjenom suglasnosti članka 8.1. st. 1. i 2. Izbornog zakona Bosne i Hercegovine („Službeni glasnik Bosne i Hercegovine“ br. 23/01, 7/02, 9/02, 20/02, 25/02, 4/04, 20/04, 25/05 i 52/05) sa člankom 3. Protokola broj 1 uz Europsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, te člankom 1. Protokola broj 12 uz Europsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, kao i člankom 2. stavak 1. točka c) i člankom 5. stavak 1. točka c) Međunarodne konvencije o uklanjanju svih oblika rasne diskriminacije, zbog nenadležnosti Ustavnog suda Bosne i Hercegovine za odlučivanje.

Odluku objaviti u “Službenom glasniku Bosne i Hercegovine”, “Službenim novinama Federacije Bosne i Hercegovine”, “Službenom glasniku Republike Srpske” i „Službenom glasniku Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine“.

OBRAZLOŽENJE

1. Sulejman Tihić, član Predsjedništva Bosne i Hercegovine (u daljnjem tekstu: podnositelj zahtjeva), je podnio 6. rujna 2005. godine Ustavnom sudu Bosne i Hercegovine (u daljnjem tekstu: Ustavni sud) zahtjev za ocjenom suglasnosti članka 8.1. st. 1. i 2. Izbornog zakona Bosne i Hercegovine – u daljnjem tekstu: Izborni zakon („Službeni glasnik Bosne i Hercegovine“ br. 23/01, 7/02, 9/02, 20/02, 25/02, 4/04, 20/04, 25/05 i 52/05) sa člankom 3. Protokola broj 1 uz Europsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (u daljnjem tekstu: Europska konvencija), člankom 1. Protokola broj 12 uz Europsku konvenciju, te člankom 2. stavak 1. točka c) i člankom 5. stavak 1. točka c) Međunarodne konvencije o uklanjanju svih oblika rasne diskriminacije.

2. Podnositelj zahtjeva navodi kako iz pobijanih odredaba Izbornog zakona proizlazi da samo Bošnjak i Hrvat iz Federacije BiH i samo Srbin iz Republike Srpske mogu biti članovi Predsjedništva, čime je Srbima u Federaciji, a Bošnjacima i Hrvatima u Republici Srpskoj onemogućeno kandidirati se za ove javne položaje. Odnosno, građanin srpske nacionalnosti sa prostora Federacije BiH ne može biti član Predsjedništva koji se bira izravno sa teritorija Federacije BiH, a građanin bošnjačke i hrvatske nacionalnosti sa prostora Republike Srpske ne može biti član Predsjedništva koji se bira izravno sa teritorija Republike Srpske. To znači da je u prvom slučaju građaninu srpske nacionalnosti u Federaciji BiH, a u drugom slučaju građaninu bošnjačke i hrvatske nacionalnosti u Republici Srpskoj, onemogućeno ostvarivanje pasivnog biračkog prava, tj. prava da se kandidira i bude biran u Predsjedništvo.

3. Također, iz pobijanih odredbi članka 8.1. st. 1. i 2. Izbornog zakona proizlazi da ni jedan građanin iz reda Ostalih, koji ne pripada jednom od tri konstitutivna naroda, ne može biti član Predsjedništva. To znači da samo Bošnjaci, Hrvati i Srbi imaju pristup ovim javnim funkcijama, dok je građanima iz reda Ostalih onemogućeno da budu birani u ovaj organ. Na taj su način građani iz reda Ostalih u ostvarivanju pasivnog biračkog prava izravno diskriminirani na etničkoj osnovi.

4. Podnositelj zahtjeva zaključuje da je pobijanim odredbama Izbornog zakona određenom broju građana Bosne i Hercegovine onemogućeno predstaviti se kao kandidati za Predsjedništvo, čime su oni ograničeni u korištenju svog pasivnog biračkog prava, dok je, sa druge strane, onemogućeno korištenje aktivnog biračkog prava svim građanima tako što pripadnici jednog ili dva konstitutivna naroda nemaju mogućnost glasovati za članove Predsjedništva.

5. Imajući u vidu navedeno, podnositelj zahtjeva predlaže da Ustavni sud donese odluku kojom se utvrđuje da odredbe članka 8.1. st. 1. i 2. Izbornog zakona nisu u suglasnosti s člankom 3.

Protokola broj 1 uz Europsku konvenciju, člankom 1. Protokola broj 12 uz Europsku konvenciju, te člankom 2. stavak 1. točka c) i člankom 5. stavak 1. točka c) Međunarodne konvencije o uklanjanju svih oblika rasne diskriminacije, kao i da se naloži Parlamentarnoj skupštini Bosne i Hercegovine da, sukladno članku 63. stavak 4. Pravila Ustavnog suda, odredbe članka 8.1. st. 1. i 2. Izbornog zakona uskladi s Europskom konvencijom i Međunarodnom konvencijom o uklanjanju svih oblika rasne diskriminacije.

6. Pri ispitivanju dopustivosti zahtjeva Ustavni je sud pošao od odredaba članka VI/3.(a) Ustava Bosne i Hercegovine i članka 17. stavak 1. točka 1. Pravila Ustavnog suda.

Članak VI/3.(a) Ustava Bosne i Hercegovine glasi:

«Ustavni sud ima isključivu nadležnost odlučivanja o svim sporovima koji proisteknu iz ovog Ustava između dva entiteta, ili između Bosne i Hercegovine i jednog ili oba entiteta, ili između institucija Bosne i Hercegovine, uključujući, ali ne ograničavajući se na to:

- *Je li odluka nekog entiteta da uspostavi posebne paralelne odnose sa susjednom državom sukladna ovom Ustavu, uključujući i odredbe koje se tiču suvereniteta i teritorijalnog integriteta Bosne i Hercegovine.*
- *Je li neka odredba ustava ili zakona jednog entiteta sukladna ovom Ustavu.*

Sporove može pokrenuti član Predsjedništva, predsjedatelj Vijeća ministara, predsjedatelj ili dopredsjedatelj jednog od domova Parlamentarne skupštine; jedna četvrtina članova/delegata jednog od domova Parlamentarne skupštine, ili jedna četvrtina jednog od domova zakonodavnog tijela jednog entiteta».

Članak 17. stavak 1. točka 1. Pravila Ustavnog suda glasi:

„Zahtjev nije dopustiv ako postoji neki od sljedećih slučajeva:

1. Ustavni sud nije nadležan za odlučivanje“.

7. Ustavni sud primjećuje da pobijana odredba članka 8.1. st. 1. i 2. Izbornog zakona koja glasi: „Članove Predsjedništva Bosne i Hercegovine, koji se neposredno biraju s teritorija Federacije Bosne i Hercegovine – jednog Bošnjaka i jednog Hrvata, biraju birači registrirani da glasuju u Federaciji Bosne i Hercegovine. Birač registriran da glasuje u Federaciji može glasovati ili za Bošnjaka ili za Hrvata, ali ne za obojicu. Izabran je bošnjački i hrvatski kandidat koji dobije najveći broj glasova među kandidatima iz istog konstitutivnog naroda. Člana Predsjedništva Bosne i Hercegovine, koji se neposredno bira s teritorija Republike Srpske – jednog Srbina, biraju birači registrirani da glasuju u Republici Srpskoj. Izabran je kandidat koji dobije najveći broj glasova“, predstavlja, u stvari, samo neznatno proširenu verziju članka V Ustava Bosne i Hercegovine koja

glasi: „Predsjedništvo Bosne i Hercegovine se sastoji od tri člana: jednog Bošnjaka i jednog Hrvata, koji se biraju neposredno s teritorija Federacije, i jednog Srbina, koji se bira neposredno s teritorija Republike Srpske“.

8. Imajući u vidu navedeno, neprijeporno je da se pobijana odredba članka 8.1. st. 1. i 2. Izbornog zakona temelji na članku V Ustava Bosne i Hercegovine, te da bi Ustavni sud, ukoliko bude ispitivao meritum zahtjeva, vršio, u stvari, ispitivanje odredbe Ustava Bosne i Hercegovine s odredbama Europske konvencije i Konvencije o uklanjanju svih oblika rasne diskriminacije.

9. S tim u svezi, Ustavni sud podsjeća na svoju praksu iz predmeta broj *U 5/04* od 27. siječnja 2006. godine, gdje je predmet zahtjeva bio ocjena usklađenosti određenih odredbi Ustava Bosne i Hercegovine s odredbama Europske konvencije. Tom je prigodom Ustavni sud naglasio kako se prigodom tumačenja svojih nadležnosti uvijek mora držati teksta Ustava Bosne i Hercegovine, koji, u konkretnom slučaju, ne dopušta širu interpretaciju nadležnosti, obzirom na obvezu Ustavnog suda da „podržava ovaj Ustav“, kao i da odredbe Europske konvencije ne mogu imati superiorniji status u odnosu na Ustav Bosne i Hercegovine, jer je Europska konvencija kao međunarodni dokument stupila na snagu na temelju Ustava Bosne i Hercegovine, te ustavne ovlasti proističu iz Ustava Bosne i Hercegovine, a ne iz Europske konvencije.

10. Stoga, iako se u konkretnom slučaju ne traži ispitivanje usklađenosti odredbe Ustava Bosne i Hercegovine, već odredbe Izbornog zakona, ne može se preći preko toga da pobijana odredba Izbornog zakona, *de facto*, u potpunosti proizlazi iz odredbi članka V Ustava Bosne i Hercegovine, što otklanja dvojbu u njezinu neustavnost, zbog čega Ustavni sud nema nadležnost za odlučivanje, jer bi, u stvari, ispitivao usklađenost ustavne odredbe s odredbama međunarodnih dokumenata o ljudskim pravima, a prije toga je već zauzeo stajalište da međunarodni dokumenti, tj. Europska konvencija, ne mogu imati superiorniji status u odnosu na Ustav Bosne i Hercegovine (odluka u predmetu *U 5/04* od 27. siječnja 2006. godine).

11. Imajući u vidu odredbe članka 17. stavak 1. točka 1. Pravila Ustavnog suda, prema kojima će se zahtjev odbaciti kao nedopušten ukoliko se ustvrdi da Ustavni sud nije mjerodavan odlučivati, Ustavni je sud odlučio kao u dispozitivu ove odluke.

12. Sukladno članku VI/4. Ustava Bosne i Hercegovine, odluke Ustavnog suda su konačne i obvezujuće.

13. Sukladno članku 41. Pravila Ustavnog suda, kao aneks usvojenoj odluci su izuzeto mišljenje suca Davida Feldmana sukladno odluci i izuzeta mišljenja oprečna odluci sutkinja Constance Grewe i Seade Palavrić.

Predsjednik
Ustavnog suda Bosne i Hercegovine
Mato Tadić

Izuzeto mišljenje o neslaganju u predmetu U 13/05

sutkinje Ustavnog suda Bosne i Hercegovine Constance Grewe

Ne slažem se sa većinskom odlukom Suda u ovom predmetu jer smatram da je zahtjev gosp. Sulejmana Tihića, člana Predsjedništva Bosne i Hercegovine, ne samo dopustiv nego i djelomično opravdan.

I. Dopustivost

Zahtjev je dopustiv jer ne pobija ustavnu odredbu (vidi predmet *U 5/04*) nego Izborni zakon glede pitanja izbora kandidata za člana Predsjedništva. U zahtjevu se navodi da ove odredbe nisu u suglasnosti s člankom 1. Protokola broj 12 uz Europsku konvenciju kao ni sa člancima 2(1)(c) i 5(1)(c) Međunarodne konvencije o uklanjanju svih oblika rasne diskriminacije. Glede odredbi članka VI/3.(a) Ustava Bosne i Hercegovine, Ustavni je sud mjerodavan donijeti odluku *je li bilo koja odredba ustava ili zakona jednog entiteta sukladna ovom Ustavu.*

Ovaj Ustav kao i uloga Ustavnog suda da podržava Ustav se mora sagledati u širem smislu. Naime, Mirovni sporazum kao cjelina predstavlja *ustavnu povelju* Bosne i Hercegovine dok Aneks 4 i 15 međunarodnih sporazuma o ljudskim pravima iz Aneksa 1 na Ustav Bosne i Hercegovine, koji se izravno primjenjuju u Bosni i Hercegovini bez potrebe za pravnom transformacijom, predstavljaju formalni *ustavni zakon* države. Stoga se Ustav Bosne i Hercegovine mora promatrati kao cjelina čiji su dijelovi veoma usko povezani. Neke odredbe se ne mogu tumačiti odijeljeno, a da se pri tomu ne uzmu u obzir značenja drugih odredbi. Primjerice, članak I/2. predviđa da je Bosna i Hercegovina demokratska država koja funkcionira sukladno zakonu i na temelju slobodnih i demokratskih izbora. Ova odredba implicira obvezu stvaranja državne strukture koja može proći test koji proizlazi iz obveze da se ustanove najviša načela – načela demokratske države, vladavine prava i slobodnih izbora koji će imati isto ono određeno značenje kao i u razvijenim demokratskim zemljama koje imaju dugu praksu njihovog ustanovljavanja.

U ovoj ustavnoj povelji Europska konvencija (objavljena u „Službenom glasniku BiH“ broj 6/99) i njezini protokoli zaslužuju posebnu pozornost. Ne samo da je izravno primjenljiva, kao što je to slučaj

sa sporazumima iz aneksa na Ustav BiH, nego i sukladno članku II/2. Ustava BiH oni, također, imaju prioritet *nad svim ostalim zakonima*. Izraz *nad svim ostalim zakonima*, kada je u pitanju pravo u Bosni i Hercegovine, podrazumijeva da je Europska konvencija dio državnog prava kao cjeline (pravni poredak). Ovo je potvrđeno i činjenicom da je sljedeće navedeno u članku III/3.(b) Ustava BiH: *Opća načela međunarodnog prava su sastavni dio pravnog poretka Bosne i Hercegovine i entiteta*.

Dodatni argument je također tekst članka X Ustava BiH koji predviđa proceduru izmjena i dopuna Ustava Bosne i Hercegovine. Ova odredba predviđa da se nijednim amandmanom na ovaj Ustav ne može eliminirati ili umanjiti bilo koje od prava i sloboda iz članka II ovog Ustava, a ni izmijeniti ova odredba.

Stoga je članak II Ustava BiH postao jedini član Ustava BiH kojim se ljudska prava koja on štiti ne mogu mijenjati ili umanjiti na bilo koji način.

Stoga, kada se uzme u obzir članak VI/3.(a) Ustava BiH koji predviđa da je standard kontrole *sukladan ovom Ustavu*, razvidno je da ovaj standard kontrole također obuhvaća i Europsku konvenciju i njezine protokole.

Nadležnost Ustavnog suda glede njegove uloge (*Ustavni sud podržava ovaj Ustav*) i članak VI/3. u cjelini Ustav BiH trebaju promatrati u svjetlu internacionalizacije čitavog domaćeg prava i uloge Ustavnog suda. Internacionalizacija domaćeg prava, kao opće načelo, proizlazi iz Ustava BiH, pozicije Europske konvencije i drugih međunarodnih sporazuma. U tom smislu, internacionalizacija domaćeg prava je u funkciji njegovog kompletnog usklađivanja s međunarodnim standardima tako da Ustavni sud, *podržavajući ovaj Ustav,* mora uzeti u obzir svoju nadležnost u kontekstu svih temeljnih načela, kao što su demokratska načela ili očuvanje najviše razine zaštite ljudskih prava i sloboda.

Slijedi da je Ustavni sud trebao prepoznati svoju nadležnost u ovom predmetu te zahtjev proglasiti dopustivim.

II. Meritum

Aplikant je naveo u svom zahtjevu da smatra da su spomenute odredbe nesuglasne pravima garantiranim Europskom konvencijom, i to pravu na nediskriminaciju i pravu na slobodne izbore iz

članka 3. Protokola broj 1 uz Europsku konvenciju. Pravo na slobodne izbore nije primjenljivo u ovom predmetu obzirom da Predsjedništvo nije zakonodavno tijelo; u tom je pogledu zahtjev neutemeljen.

Glede prava na nediskriminaciju, pobijane odredbe članka 8.1 stavci 1. i 2. Izbornog zakona glase: *Članove Predsjedništva Bosne i Hercegovine koji se neposredno biraju s teritorija Federacije Bosne i Hercegovine – jednog Bošnjaka i jednog Hrvata, biraju birači registrirani da glasuju u Federaciji Bosne i Hercegovine. Birač registriran da glasuje u Federaciji može glasovati ili za Bošnjaka ili za Hrvata, ali ne za oba. Izabran je bošnjački i hrvatski kandidat koji dobije najveći broj glasova među kandidatima iz istog konstitutivnog naroda. Člana Predsjedništva Bosne i Hercegovine, koji se neposredno bira sa teritorija Republike Srpske – jednog Srbina biraju birači registrirani da glasuju u Republici Srpskoj. Izabran je kandidat koji dobije najveći broj glasova.*

Može se zaključiti da građanin mora pripadati jednom od tri konstitutivna naroda da bi bio izabran za člana Predsjedništva, te da je izbor birača ograničen na bošnjačke i hrvatske kandidate u Federaciji, te srpske kandidate u Republici Srpskoj. Bošnjaci i Hrvati se biraju samo na teritoriju Federacije, a ne i Republike Srpske, dok se Srbi biraju samo u Republici Srpskoj, a ne u Federaciji.

U načelu, u multietničkoj državi kao što je Bosna i Hercegovina sasvim je sukladno zakonu osigurati da državno tijelo odražava multietnički karakter društva. Problem je, međutim, u načinu na koji se kombiniraju teritorijalno i etničko načelo. Ustavni se sud dotaknuo ovog problema u odluci koja se odnosi na konstitutivne narode u entitetskim ustavima (odluka Ustavnog suda broj *U 5/98*, «Službeni glasnik BiH» broj 36/00):

Striktna identifikacija teritorija sa određenim, etnički definiranim članovima institucija BiH s ciljem predstavljanja određenih konstitutivnih naroda, nije istinita čak ni za odredbe o sastavu Predsjedništva propisane člankom V, prva alineja: Predsjedništvo Bosne i Hercegovine se sastoji od tri člana: jednog Bošnjaka i jednog Hrvata, koji se svaki biraju neposredno sa teritorija Federacije, i jednog Srbina, koji se bira neposredno s teritorija Republike Srpske. Pri tomu se ne smije zaboraviti da srpskog člana Predsjedništva, primjerice, nisu izabrali samo birači srpske nacionalnosti, već svi građani Republike Srpske, sa ili bez posebne etničke pripadnosti. Prema tomu, on ne predstavlja niti Republiku Srpsku kao entitet, niti isključivo srpski narod, već sve građane izborne jedinice Republike Srpske. Isto vrijedi i za bošnjačkog i hrvatskog člana koji se biraju sa teritorija Federacije.

Ako članovi Predsjedništva koji se biraju iz entiteta predstavljaju sve građane koji žive u tom entitetu, a ne određeni narod, teško je onda opravdati činjenicu da se oni moraju identificirati s određenim narodom. Takvo pravilo pretpostavlja da se samo članovi određene etničke skupine mogu smatrati lojalnim građanima entiteta koji su sposobni štititi njegove interese. Članovi Predsjedništva imaju pravo veta kada dođe do povrede vitalnog interesa entiteta iz kojeg su izabrani. Ne može se tvrditi da su samo Srbi spremni i sposobni štititi interese Republike Srpske, a samo Hrvati i Bošnjaci interese Federacije. Identitet interesa na taj etničko-dominantan način samo otežava razvijanje osjećaja nacionalnog pripadanja.

Dalje, članovi tri konstitutivna naroda mogu biti izabrani za člana Predsjedništva ali mogu biti spriječeni da kandidirati se u entitetu u kojem žive, ako žive kao Srbi u Federaciji ili Bošnjaci/Hrvati u Republici Srpskoj. Dalje, Izborni zakon razvidno isključuje „Ostale“, odnosno građane BiH koji se ne identificiraju ni kao Bošnjaci niti Hrvati ili Srbi, od uživanja prava na kandidiranje za člana Predsjedništva. Ovo je sasvim nesuglasno pravu iz članka 25. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima ili sa načelom nediskriminacije da se bira i bude izabran. Međutim, članak 14. Europske konvencije koji predviđa ovo pravo, može se primijeniti samo ako se diskriminacija odnosi na pravo koje je zagarantirano Konvencijom koja ne precizira pravo na izbor predsjednika ili pravo da se bude biran za predsjednika. Članak 3. Protokola broj 1 uz Europsku konvenciju garantira samo pravo na izbor zakonodavnih tijela.

Širi opseg načela nediskriminacije je predviđen člankom 1. Protokola broj 12 uz Europsku konvenciju. Aplikant se poziva na navedeni članak Europske konvencije koji se može primijeniti u predmetnom zahtjevu. Mora se uzeti u obzir da je 29. srpnja 2003. godine Bosna i Hercegovina ratificirala Protokol broj 12 uz Europsku konvenciju koji garantira uživanje svih prava predviđenih zakonom bez diskriminacije. Ovaj je protokol stupio na snagu 1. travnja 2005. godine, a pravo na nediskriminaciju je stoga prošireno tako da obuhvaća pravo na biranje predsjednika ili da se bude biran za predsjednika.

Pitanje je može li se u specifičnim, a iznimnim uvjetima u BiH, takvo rješenje smatrati diskriminirajućim te ako može, može li se takva diskriminacija opravdati. Europski sud za ljudska prava, u svojim odlukama *Mathieu-Mohin i Clerfayt protiv Belgije* od 2. ožujka 1987. godine i *Melnychenko protiv Ukrajine* od 19. listopada 2004. godine se pokazao spremnim državama dozvoliti široko polje procjene glede delikatnog pitanja reguliranja izbornog zakona. Ravnopravno pravo na

glasovanje i nediskriminacija su među najvažnijim vrijednostima ustavnog sustava. Međutim, ako nema razumnog i objektivnog opravdanja za različite tretmane onda se radi o nezakonitoj diskriminaciji.

U konkretnom slučaju, raspodjela pozicija u državnim tijelima među konstitutivnim narodima je bio središnji element Daytonskog sporazuma kako bi se postigao mir u BiH. U tom je kontekstu teško negirati legitimnost normi koje mogu biti problematične sa točke motrišta nediskriminacije, ali koje su bile nužne kako bi se postigao mir i stabilnost i izbjegao dalji gubitak ljudskih života. Činjenica da su te odredbe uključene u Izborni zakon i u tekst Ustava u to vrijeme, stoga, ne zaslužuje kritiku, iako su nesuglasne općem karakteru Ustava BiH koji ima za cilj spriječiti diskriminaciju.

Međutim, ovo se opravdanje mora uzeti u obzir u svjetlu razvoja događaja u Bosni i Hercegovine od nadnevka kada je Ustav BiH stupio na snagu. Bosna i Hercegovina je postala članicom Vijeća Europe, te se stoga mora ocijeniti prema općim europskim standardima. Pored toga, ona je ratificirala Europsku konvenciju i njezin Protokol broj 12. Međutim, očevidno je da postoje okolnosti koje zahtijevaju politički sustav koji nije jednostavno odraz pravila većinskog naroda, nego koji i garantira raspodjelu ovlasti i pozicija među etničkim skupinama kao tranzicijskog aranžmana do ostvarenja načela građanske države.

Ovo, međutim, ne može biti postignuto bez konflikta s međunarodnim standardima. Sustav sporazumne demokracije kao takav nije taj koji dovodi do problema, nego miješanje teritorijalnih i etničkih kriterija te očevidna uskraćivanja određenih političkih prava bez obzira na to radi li se o konstitutivnim narodima ili skupini «Ostalih».

Uzimajući u obzir navedeno, Ustavni sud je morao uzeti u obzir aktualne izborne aranžmane glede izbora članova za Predsjedništvo Bosne i Hercegovine koji nisu sukladni članku 1. Protokola broj 12 uz Europsku konvenciju čak iako su formulirani sukladni članku VI/1. Ustava BiH. Ustavno tumačenje mora obuhvatiti čitav Ustav, te se mora razmatrati kao cjelina. Tumačenje ne može zapostaviti pravni, međunarodni i politički kontekst te se mora uzeti u obzir pravo kao živi instrument. U tom smislu, članak V/1. Ustava se mora tumačiti zajedno sa člankom II/2. koji propisuje izravnu primjenu prava i sloboda predviđenih Europskom konvencijom i koji zahtijeva, slijedom toga, poštivanje Protokola broj 12 uz Europsku konvenciju.

Sutkinja
Ustavnog suda Bosne i Hercegovine

Constance Grewe

Izuzeto mišljenje u predmetu U 13/05

suca Ustavnog suda Bosne i Hercegovine Davida Feldmana

1. Slažem se sa Odlukom Ustavnog suda u predmetu br. U 13/05 da Ustavni sud ne može smatrati da je zakon kojim se implementira razvidna, nedvojbena i nedvosmislena ustavna odredba neustavan kada zakon precizno i pouzdano provodi tu ustavnu odredbu, čak i kada bi se činilo da rezultat nije sukladan zahtjevima drugih odredaba Ustava. Ipak, obzirom na teškoću pitanja, želim dodati nekoliko svojih opažaja.

2. Moj se prvi komentar odnosi na pitanje dopustivosti. Prema mom mišljenju bolja bi opcija bila da je zahtjev u ovom predmetu utvrđen dopustivim. On je u formi pobijanja ustavnosti zakona, jer prava iz Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda imaju ustavni status prema Ustavu Bosne i Hercegovine na temelju članka II Ustava. Takvo pobijanje zakona spada u nadležnost Ustavnog suda prema članku VI/3.(a) Ustava Bosne i Hercegovine. Situacija bi bila drukčija da se pobija ustavnost dijela Ustava pozivanjem na druge ustavne odredbe ili vrijednosti. Kako je Ustavni sud i zaključio, takvo pobijanje nije dopustivo.

3. Stoga bih više bio za opciju utvrđivanja zahtjeva dopustivim koji bi se odmah potom odbacio u meritumu kao neutemeljen. U svakom slučaju, kako bi ishod bio isti i kako je pobijanje zakona iz praktičnih razloga bilo pobijanje dijela Ustava (jer bi poništenje Zakona zauvijek onemogućilo provedbu uvjeta iz uvodne rečenice članka V Ustava), ja nisam insistirao na svom mišljenju koje bi dovelo do neslaganja sa odlukom.

4. Moj drugi komentar se odnosi na argument da bi Ustavni sud trebao biti voljan odredbe zakona proglasiti nesuglasnim pravima iz Europske konvencije, čak iako to ne bi imalo utjecaja na ustavnost predmetnog zakona. Cijenim da bi bilo korisno kada bi Ustavni sud mogao davati savjetodavne izjave ovakve vrste s ciljem olakšanja procesa usklađivanja zakona (ili, štoviše, Ustava) Bosne i Hercegovine sa međunarodnim obvezama države. Međutim, moje je mišljenje da bi to bilo neprimjereno proširenje funkcija izvan redovitih funkcija suda (čak i za poseban sud kao što je Ustavni sud). Funkcija sudaca je odlučiti o tomu šta jeste zakon i nametnuti ograničenja na ovlasti javnih tijela i prava i obveza koje građani imaju po zakonu i Ustavu. Bilo bi pogrešno, prema mom mišljenju, kada bi ovaj Sud ustvrdio da pravna norma nije sukladna ustavnoj normi u okolnostima u kojima, unatoč neusklađenosti, ranija pravna norma ostaje važeća i na snazi. U odsustvu razvidnog ustavnog tijela vlasti koje bi djelovalo kao čisto savjetodavno tijelo, čini mi se da je sudbena ovlast ograničena na odlučivanje o pravnim i ustavnim pitanjima i da nije proširena na davanje savjeta državnim institucijama o pitanjima koja nemaju praktičnog utjecaja na njihove ovlasti ili na prava i obveze građana.

5. Moj se treći komentar odnosi na argument da bi Ustavni sud, da je ustvrdio zahtjev dopustivim, trebao ustvrditi da su odredbe članka V Ustava i članka 8.1. st. 1. i 2. Izbornog zakona Bosne i Hercegovine ("Službeni glasnik Bosne i Hercegovine" br. 23/01, 7/02, 9/02, 20/02, 25/02, 4/04, 20/04, 25/05 i 52/05) diskriminacijske i stoga neustavne. Iako u ovoj odluci nije potrebno zauzeti stav u ovom pogledu, ne želim da se pomisli da svako različito postupanje prema članovima različitih konstitutivnih naroda i Ostalima neizbježno vodi do diskriminacije na etničkoj ili nacionalnoj osnovi koja je oprečna članku 14. Protokola br. 12 uz Europsku konvenciju. Praksom Europskog suda za ljudska prava i Ustavnog suda je razvidno utvrđeno da različito postupanje krši pravo na nediskriminaciju samo ukoliko ne postoji objektivno i razumno opravdanje za takvo različito postupanje. Različito postupanje ima svrhu i razumno je opravdano ukoliko ima za cilj ostvarivanje legitimnog cilja i ukoliko je razumno povezano s tim ciljem, te ukoliko stupanj štete nastale kod osoba izloženih negativnom djelovanju nije neproporcionalan značaju legitimnog cilja.

6. Vodi li različito postupanje do ostvarivanja legitimnog cilja? Posebna zaštita osigurana članovima tri konstitutivna naroda da aktivno sudjeluju u vlasti bila je jedna od temeljnih karakteristika Općeg okvirnog sporazuma za mir. Članak V Ustava Bosne i Hercegovine, prema tomu, ograničava prava građana da se kandidiraju za izbor u Predsjedništvo i da glasuju za kandidate za izbor u Predsjedništvo kako bi ojačali pozicije tri konstitutivna naroda time što osigurava da se Predsjedništvo sastoji od po jednog člana iz reda svakog konstitutivnog naroda. Ovakav način osiguranja kolektivne zastupljenosti institucije nije klasični oblik izborne demokracije. Obzirom da se mnoge obveze Predsjedništva tiču zastupanja Bosne i Hercegovine u cjelini, a ne samo entiteta ili konstitutivnih naroda, moglo bi se zaključiti da demokracija obično zahtijeva da sve članove Predsjedništva biraju svi građani u zemlji, uključujući i Ostale, i da su svi građani podobni biti kandidati za izbor, prije na državnoj nego na entitetskoj ili nacionalnoj osnovi.

7. Ipak, sporazumi iz Općeg okvirnog sporazuma za mir koji se odražavaju i u članku V Ustava se mogu promatrati kao poseban oblik zastupničke demokracije (koja se ponekad naziva 'konsocijacija') prilagođene da zadovolji posebne potrebe države. Prema mom mišljenju, postavljanje modela demokracije koji odgovara posebnim i žurnim potrebama zemlje je legitiman cilj, a postoji i razumna veza između cilja i sredstava uporabljenih za ostvarenje tog cilja.

8. Stoga prelazim na pitanje je li miješanje pobijanih odredaba Izbornog zakona, sa pravom na slobodu od diskriminacije, neproporcionalno. Udaljavanje od normalnog sustava izbora se

primjenjuje samo na Predsjedništvo, a ne na zakonodavno tijelo. Glede Parlamentarne skupštine primjenjuju se uobičajena načela izborne demokracije uz relativno male izmjene. Stoga mi nije jasno da se može smatrati da pobijane odredbe nisu sukladne Protokolu br. 12 uz Europsku konvenciju, iako je Sud apelaciju proglasio dopustivom.

Sudac
Ustavnog suda Bosne i Hercegovine
David Feldman

Sutkinja Seada Palavrić

Postupajući sukladno odredbi stavka 2. članka 41. Pravila Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, dajem sljedeću:

I Z J A V U

O PRIDRUŽIVANJU IZUZETOM MIŠLJENJU

U cijelosti se pridružujem Izuzetom mišljenju o neslaganju u predmetu U 13/05 sutkinje Constance Grewe.

Sarajevo, 12. srpnja 2006. godine

Sutkinja
Ustavnog suda Bosne i Hercegovine
Seada Palavrić