

Jens Woelk*

Kooperativni federalizam, lojalnost državi i evropske integracije.

Njemačka iskustva za Bosnu i Hercegovinu?

Sadržaj

1. O sistemskoj logici federalizma u Njemačkoj i Bosni i Hercegovini: ovisnosti o putanji i razlozi nastanka

- 1.1. Njemačka: Integracija i horizontalna dioba vlasti*
- 1.2. Bosna i Hercegovina: Sprečavanje podjele i horizontalna dioba vlasti*
- 1.3. Sistemska logika sposobna za konsenzus? Prihvatanje ili „forced together“?*

2. O logici funkcioniranja federalizma: višeslojna torta ili mramorni kolač?

- 2.1. Integrirani sistem: Kooperativni federalizam kao posljedica izvršnog federalizma?*
- 2.2. Bosna i Hercegovina: Status quo i etnički federalizam?*

3. Podjela nadležnosti

- 3.1. Fleksibilnost uslijed konkurentnih nadležnosti*
- 3.2. Statička podjela nadležnosti u Bosni i Hercegovini?*

4. Institucijske veze između nivoa vlasti

- 4.1. Vijeće zemalja: Srž stvari u odnosima između državnog nivoa i saveznih zemalja*
- 4.2. Preklapanje teritorijalnih interesa kroz „etnički“ federalizam*

5. Savezna država i evropske integracije

- 5.1. „Evropski član“: Ustavnopravno ovlaštenje za integraciju*
- 5.2. Integracijska klauzula kao nacionalni cilj Bosne i Hercegovine?*

6. Princip lojalnosti državi kao izraz sistemske zamisli

7. Završna razmatranja: „Tamo gdje postoji volja, postoji i način“?

1. O sistemskoj logici federalizma u Njemačkoj i Bosni i Hercegovini: ovisnosti o putanji i razlozi nastanka

2019: 70 godina Ustava Savezne Republike Njemačke – 25 godina Ustava Bosne i Hercegovine (BiH). Velike razlike između oba ustava su očite. Mogućnost smislenog poređenja bi se mogla

* Autor je vanredni profesor za poredbeno ustavno pravo na Pravnom fakultetu Univerziteta u Trentu (Italija). Prevod sa njemačkog: Program vladavine prava za Jugoistočnu Evropu fondacije Konrad Adenauer, stručna redakcija prevoda Edin Šarčević.

negirati odmah uz upućivanje na posebnosti BiH i složenost njenog ustavnog uređenja. S obzirom da obje države dijele federalnu strukturu, u ovom radu će se pokušati iskoristiti određeni strukturni elementi njemačkog sistema savezne države kao polazna osnova i poticaj za razmišljanje o situaciji u BiH.¹ Možda je na osnovu njemačkih iskustava ipak moguće izvući određene zaključke koji bi mogli biti korisni za poboljšanje trenutne situacije.

Dalji tekst se nakon kraćeg uvoda u razloge nastanka i historijske faktore utjecaja (1) bavi pojedinačnim strukturnim elementima njemačkog sistema savezne države pod odrednicom kooperativnog federalizma – logikom funkcioniranja (2), kompetencijama (3), Vijećem zemalja (4), ustavnim principom lojalnosti državi (5) i prilagodbom evropskim integracijama (6). U slučaju svake od ovih stavaka će se nakon kratkog opisa situacije u Njemačkoj dati uporedna razmatranja o BiH.

Kao što je to u suštini slučaj kod svakog sistema savezne države, i njemačka savezna država predstavlja posebnost, pojedinačan slučaj. Velike razlike između pojedinačnih saveznih zemalja se mogu objasniti različitim razlozima koji su u pojedinačnom slučaju doveli do osnivanja određene savezne zemlje. Federalna ideja svoju konkretnu izraženost pronalazi u specifičnom kontekstu koji je predodređen historijskim, društvenim i (globalno)političkim uslovima. To je očigledno u slučaju BiH, s obzirom da je bh-Ustav dio međunarodnog Mirovnog sporazuma iz Daytona (Aneks 4)², kojim je okončan rat u decembru 1995. godine.³ Međutim, kada se radi o poslijeratnom uređenju BiH, kao što je to slučaj i sa Njemačkom nakon Drugog svjetskog rata, dodatni faktori igraju značajnu ulogu, a posebno nastavak djelovanja ustavnih tradicija i multietničko stanovništvo koje je dovelo do multinacionalne državne strukture.

1.1. Njemačka: Integracija i horizontalna dioba vlasti

Na pitanje koje se često postavlja, naime, da li njemački federalizam predstavlja „poseban put Njemačke“, se stoga već može odgovoriti potvrdno. Slično kao i u BiH, i federalizam u Njemačkoj nije bio slobodna odluka Nijemaca, već je bio unaprijed odabran, prije svega od strane zapadnih saveznika nakon Drugog svjetskog rata. Nakon neprimjetnog erodiranja ustavnih struktura, uključujući i elemente savezne države, te centralističkih ekscesa Trećeg Rajha („izjednačavanje“ je obuhvatilo i ostatak savezno-državnih različitosti i potčinilo ih nužnoj i potpunoj stranačkoj vladavini), saveznici su prije svega htjeli spriječiti ponovnu koncentraciju moći. Stoga, glavni razlog za ponovno uvođenje saveznih zemalja i osnivanje savezne republike u tri zapadne okupacijske zone nije kulturološka, vjerska ili jezička raznolikost ili različitost, već takozvana horizontalna dioba vlasti. Ne samo da su se ustavni organi trebali međusobno

¹ Ups. npr. na njemačkom jeziku, W. Graf Vitzthum/I. Winkelmann (ur), *Bosnien-Herzegowina im Horizont Europas*, Berlin 2003, kao i J. Woelk, *Bosnia-Herzegovina: Trying to Build a Federal State on Paradoxes*, na: <http://www.jhubc.it/FULLEVENTCAL/UPLOADFILE2/Woelk%20paper.pdf>; M. Burges/G. Alan Tarr (ur), *Constitutional Dynamics in Federal Systems: sub-national perspectives*, London/Ithaca 2012, ss. 109-139.

² Ustav Bosne i Hercegovine, http://www.ohr.int/?page_id=68220.

³ Opći okvirni sporazum za mir u Bosni i Hercegovini (Dayton, OH, 14. decembar 1995); tekst Daytonskog mirovnog sporazuma i njegovih 11 aneksa, koji se mogu pogledati na web stranici Ureda visokog predstavnika u BiH na: http://www.ohr.int/?page_id=1252.

kontrolirati, već je i podjela nadležnosti između savezne države i saveznih zemalja trebala podijeliti vlast na različite centre i na taj način pomoći da se spriječi koncentracija moći.

Međutim, nova demokratska savezna država se, naravno, gradila na historijskim iskustvima. Federalizam je u 19. stoljeću prije svega bio instrument za ujedinjenje njemačkog Rajha pod pruskom dominacijom. Spajanje je stoga bilo njegova logika, ono je moralo uspješno integrirati pojedinačne, dijelom vrlo male države i osigurati ravnotežu sa velesilom Pruskom. To se u institucionalnom smislu prije svega odvijalo putem Vijeća zemalja, koje je u skladu sa „ambadorskim modelom“ kao jedan vid vladarskog doma trebalo omogućiti zastupanje teritorija i njihovo suodlučivanje u procesu donošenja odluka na nivou savezne države.

I nakon Drugog svjetskog rata, u podijeljenoj Njemačkoj, jedno od ključnih pitanja za Parlamentarno vijeće (koje je djelovalo na osnovu preliminarnog ustava) nakon podjele u okupacijske zone je bila ponovna uspostava državnog jedinstva Njemačke. Međutim, ponovno spajanje, prvo ujedinjenje, je zbog geopolitičke pozicije ostalo ograničeno na Zapadnu Njemačku. Stoga je cilj bio da se uprkos federalnim strukturama garantira država koja bi bila u stanju djelovati i biti efektivna. U svim zemljama, osim u Bavarskoj, zemaljski parlamenti su usvojili ustav koji su prethodno također odobrili vojni upravitelji saveznika. Okupacijski režim je naknadno pretvoren u ugovorno reguliran Sporazum o statusu snaga u okviru NATO-a; međutim, značajni kontingenti nekadašnjih okupacijskih sila i drugih država su desetljećima ostali stacionirani u Njemačkoj (na istoku i zapadu); Njemačka je puni suverenitet ponovo dobila tek 1990. ponovnim ujedinjenjem.

1.2. Bosna i Hercegovina: Sprečavanje podjele i horizontalna dioba vlasti

U BiH se prije svega radilo o tome da se očuva jedinstvo i kontinuitet zemlje nakon rata. U tu svrhu zemlja je podijeljena duž linija primirja: pored asimetrične podjele na dva entiteta, od kojih je jedan i sam bio podijeljen na federalne jedinice, naglašena je prije svega autonomija ovih entiteta, dok je državni nivo kao samo slabi spoj dobio minimalne nadležnosti i institucije. Podjela vlasti koja je trebala fiksirati status quo bez zbirne kompenzacije. Na federalnu strukturu su pored američkog utjecaja (Federacija regulirana Sporazumom iz Washingtona iz 1994. godine) također utjecala iskustva u okviru Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije. Međutim, sama BiH unutar bivše Jugoslavije nije bila federalna republika, a Jugoslavija je provodila brojne ustavne reforme i posebno se odlikovala jačanjem centrifugalnih sila, što je dovelo do slabljenja savezne države u korist republika. Ovakav razvoj, koji podsjeća na postepenu federalizaciju Belgije, je okončan početkom 1990-ih godina raspadom Jugoslavije i različitim proglašenjima nezavisnosti.

Nakon rata u BiH je donesen ustav čiji je glavni cilj bilo postizanje kompromisa za okončanje rata, po principu „zavadi pa vladaj“ („*divide et impera*“) kako bi se nasilni konflikt koji se nije mogao riješiti (ili nije postojala volja za njegovo rješavanje) zaledio. Pri tome se inicijalno manje radilo o stvaranju funkcionalne države. Pored toga, teritorijalna podjela kao osnovni princip je pomiješana sa etničkim elementima, što je dovelo do oprečnosti (koje su prisutne i danas i koje

su posebno vidljive na osnovu presude Evropskog suda za ljudska prava u predmetu *Sejdić-Finci* i naknadnim predmetima).⁴

1.3. Sistemska logika sposobna za konsenzus? Prihvatanje ili „forced together“?

Očigledno je da postoji jasna razlika po pitanju historijskih iskustava. BiH u svojoj historiji jeste bila dio federalnog sistema, ali sama nije imala federalnu strukturu. Pored toga postoji dominacija centrifugalnih sila, koja čak ide do pokušaja otcjepljenja od strane Republike Srpske i Herceg Bosne. Odgovori koje bi federalizam trebao osigurati u oba slučaja su stoga uzajamno suprotni: u Njemačkoj se u historiji i nakon Drugog svjetskog rata radilo o (ponovnom) uspostavljanju cjelovite države. To važi i za ponovno ujedinjenje, koje je u pravnom smislu postignuto logikom pridruživanja pet ponovno uspostavljenih saveznih država. S druge strane, u BiH je u prvom planu stajalo pitanje očuvanja državne strukture kako bi se garantirala stabilnost u regiji i omogućila obnova nakon rata. Uloga međunarodne zajednice je bila od ključnog značaja, kao što je to slučaj i danas, zbog činjenice da je međunarodna zajednica zbog svoje sveobuhvatne upotrebe ovlaštenja za interveniranje na početku prikladno opisivana kao „četvrti konstitutivni element“⁵ pored tri konstitutivna naroda. U literaturi se na odgovarajući način razlikuje između federalnih sistema čija se dinamika zasniva na različitoj logici ujedinjenja („*coming together*“) ili logici održavanja ujedinjenosti („*holding together*“); u slučaju BiH se čak koristi termin prisilnog ujedinjenja („*forced together*“)⁶. Ovo razlikovanje i sistemska logika na koja je njegova osnova imaju, naravno, posljedice po funkcioniranje federalnog sistema.

Konsenzus po pitanju države, njene svrhe i vrijednosti i ustavne osnove pokazuje velike razlike. U Njemačkoj je ustav bez obzira na nedostajuće ustavne referendume općenito prihvaćen; njegova legitimacija se dokazala naknadno kroz efektivnu primjenu i izlazak stanovništva na izbore. Savezni ustavni sud je ustavni organ koji uživa najveći ugled među stanovništvom; on je utjelovljenje vladavine prava i ustavnih vrijednosti, a posebno osnovnih prava. Nakon cezure ponovnog ujedinjenja se odustalo od sveobuhvatne ustavne reforme ili ustavnog sporazuma za ustav ujedinjene Njemačke. Nekada „provizorni“ ustav je zadržan u ponovno ujedinjenoj Njemačkoj uz minimalne ispravke i čak je zadržao svoje ime. To je prije svega bio znak kontinuiteta za susjedne države i građane koji je trebao pojačati povjerenje u demokratski ustavni poredak, stabilnost i predvidivost Njemačke.

⁴ Veliko vijeće Evropskog suda za ljudska prava, presuda u predmetu *Sejdić-Finci protiv Bosne i Hercegovine* (zahtjev br. 27996/06 i 34836/06) i presuda Evropskog suda za ljudska prava u predmetu *Zornić protiv Bosne i Hercegovine* (zahtjev br. 3681/06); Dok se Sejdić kao Rom i Finci kao Jevrej ne mogu kandidirati za tročlano državno Predsjedništvo, obzirom da su pozicije u istom predviđene za Bošnjaka, Hrvata i Srbina, gospođa Zornić je odbila da se izjasni o svojoj pripadnosti jednoj od etničkih grupa i stoga je isključena. U drugim slučajevima isključenje je proisteklo iz mjesta prebivališta: samo Srbi koji imaju prebivalište u Republici Srpskoj se mogu kandidirati za državno Predsjedništvo; isto važi i za Bošnjake i Hrvate koji moraju imati mjesto prebivališta u Federaciji; svi drugi se dosljedno isključuju.

⁵ S. Bose, *Bosnia after Dayton: Nationalist Partition and International Intervention*, Oxford 2002.

⁶ Ovaj termin se u anglosaksonskoj literaturi koristi za one slučajeve u kojima su kolonije prije svoje nezavisnosti bile prisiljene uvesti federalni sistem, vidi npr. N. Boromeo, *The Import of Institutions*, Journal of Democracy, 2/2002, s. 96-110, dostupno na: https://sites.hks.harvard.edu/fs/pnorris/Acrobat/-stm103%20articles/bermeo_Federalism_conflict.pdf.

S druge strane, državno uređenje i ustav BiH su jasno određeni izvana i prihvaćeni u vidu minimalnog konsenzusa od strane predsjednika Republike BiH, Hrvatske i (ostatka) Jugoslavije u okviru Mirovnog sporazuma iz Dayton. Međutim, entiteti nisu ispoštovali ili su vrlo nevoljno ispoštovali obavezu prilagođavanja entitetskih ustava novom državnom ustavu. Iako je bilo nekoliko pokušaja da se provede temeljna ustavna reforma, takvi pokušaji su do sada svaki put bili neuspješni. Time ustav u konačnici ostaje provizoran, ali također i sporan, kao što to pokazuju kontroverze vezane za njegov dalji razvoj odnosno promjenu (npr. jačanje i širenje institucija na državnom nivou). Iza ovih razmirica stoji neslaganje vezano za budućnost zajedničke države, što automatski dovodi do refleksa odbrane statusa quo i do blokade.

2. O logici funkcioniranja federalizma: višeslojna torta ili mramorni kolač?

Saradnja i koordinacija su u federalnim državama dio samog sistema. U institucionalnom smislu se, međutim, pravi općenita razlika između dualnih i kooperativnih sistema.⁷ Dualni federalizam je tipičan za najstarije savezne države (kao što je SAD, Kanada, Švicarska, Australija) u čijoj osnovi se često nalazi podjela kompetencija koja se zasniva isključivo na modelu podijeljenog suvereniteta. Kompetencije koje se daju različitim nivoima vlasti posmatraju se kao potpuno odvojeni segmenti nadležnosti, a zakonodavstvo svakog nivoa na odgovarajući način redovno provode vlastiti upravni organi i državni službenici svakog od nivoa vlasti. Ova predodžba o dva potpuno odvojena pravna poretka se, međutim, u praksi jedva može provoditi na savršen način. Čak i u Sjedinjenim Američkim Državama je u prvobitno dualnoj saveznoj državi s vremenom došlo do sve jačeg preklapanja i isprepletenosti i nivoa vlasti. Ova promjena je opisana jednom poznatom metaforom kao promjena od višeslojne torte do mramornog kolača, najkasnije od Rooseveltovog novog deala.

Kooperativni federalizam se, s druge strane, zasniva na pretpostavci da su za procese donošenja odluka i za provedbu u institucionalnom segmentu neophodne mjere oba nivoa vlasti i da je nužna određena interakcija i integracija nivoa vlasti, kako bi se smanjili konflikti, povećala efikasnost i izbjeglo preklapanje. Međutim, prevelika integracija često donosi zabune i manje jasne odgovornosti za odluke, jer su natjecanje i autonomno djelovanje, kao i inicijativa pojedinačnih nivoa vlasti, ograničeni.

2.1. Integrirani sistem: Kooperativni federalizam kao posljedica izvršnog federalizma?

Dva historijska faktora su posebno važna za bolje razumijevanje aktuelne konfiguracije i funkcioniranja njemačkog sistema i njegovih posebnosti. To su međudržavna priroda odnosa između saveznih zemalja i centralizacija kompetencija uslijed socijalnog zakonodavstva i zaštite temeljnih ljudskih prava.

Već je navedeno da su osnove njemačkog federalizma starije od njemačke države. Njemačka historija je obilježena mrežom malih centara različitih političkih jedinica tokom više od 1000

⁷ U vezi sa ovim razlikovanjem vidi Kössler/Palermo, *Comparative Federalism. Constitutional Arrangements and Case Law*, Oregon 2017, s. 46 u. 146-149, sa brojnim dokazima.

godina, za razliku od Francuske ili Engleske, u kojima su Pariz i London brzo postali dominantni kao glavni centri scene. Njemačke teritorijalne jedinice su se, međutim, samo postepeno pretvarale u moderne države. Odnosi između njih su tradicionalno bili međuvladine prirode: izvršna vlast, a kasnije i ministarstva, su stupili u kontakt; zastupnički organ koji je kasnije proizašao iz toga na federalnom nivou stoga nije bio drugi dom narodne skupštine, već organ predstavnika vlasti saveznih zemalja. Iz njega je na kraju proizašlo Vijeće zemalja, koje je zaista jedinstven organ ako se uporedi sa drugim zemljama na međunarodnom planu.

Drugi važan strukturni element je unitarna priroda njemačkog federalizma. Razvoj socijalnog zakonodavstva koji je počeo pod Bismarckom, a kasnije i razvoj socijalne države, kao i dominiranje jednoobrazne ustavne zaštite za sve građane u cijeloj zemlji u skladu sa današnjim ustavom, su nužno doveli do jake centralizacije vezane za osnovna pravila i kontrolu, uz zadržavanje policentrične strukture. Rezultat ovog razvoja je po pitanju procesa odlučivanja vrlo centraliziran federalni sistem u kojem državni nivo izrazito dominira u oblasti zakonodavstva, dok izvođenje i provedba cjelokupnog zakonodavstva i prioritetna uprava ostaje prepuštena saveznom zemljama. Ovakva asimetrija funkcija između zakonodavstva i uprave je tipična za Njemačku saveznu državu.

U okviru ponovne izgradnje, nakon Drugog svjetskog rata, je drugačija podjela zadataka između nivoa vlasti sprečavala da se privreda koncentrira na jedan ili na mali broj centara. Umjesto toga je razvijana intenzivna saradnja između saveznih zemalja koje su imale zadatak provedbe i uprave i gradila se mreža. Ovaj takozvani „izvršni“ i „unitaristički“ federalizam je, međutim, zbog intenzivne vertikalne saradnje i koordinacije (savezna država i savezne zemlje) i horizontalne saradnje i koordinacije (između saveznih zemalja) doveo do trajne i strukturne međuovisnosti ministarstava na državnom i na zemaljskom nivou. O ovoj međusobnoj ovisnosti se razgovaralo i ona se kritizirala od 1970-ih pod egidom „politička isprepletenost“.⁸ Ona je posljedica integrirane institucionalne strukture: savezna država ne može vršiti svoje zadatke bez saveznih zemalja koje su uključene u proces donošenja odluka i koje provode odluke na svojoj teritoriji. U obrnutom smislu isto to, također, važi za savezne zemlje, s obzirom da se važne i konačne odluke koje se također odnose na njihovo vlastito djelovanje donose na državnom nivou uz njihovo učešće.

Ovakva integrirana struktura na određeni način liči na funkcioniranje Evropske unije u okviru koje države članice najprije sudjeluju u donošenju odluka na nivou Evropske unije, a zatim te odluke provode u svojim upravama. Ona odgovara historijskom iskustvu već postojećih i u potpunosti funkcionalnih država koje se spajaju u (kon)federalnu strukturu koja na (kon)federalnom nivou raspolaže samo vrhovnim institucijama za donošenje odluka i koordinaciju. Ona je, međutim, u suštini suprotnosti sa „dualnim“ modelom savezne države koji postoji u SAD-u i mnogim drugim federalnim državama u kojima paralelne upravne strukture državnog nivoa i nižih nivoa djeluju jedne pored drugih, vezano za zakonodavstvo i upravu u odvojenim segmentima nadležnosti.

⁸ Tvorac riječi je F. W. Scharpf u: F. W. Scharpf/B. Reissert/F. Schnabel, *Politikverflechtung: Theorie und Empirie des kooperativen Föderalismus in der Bundesrepublik*, Kronberg im Taunus 1/1976, kao i F. W. Scharpf, *No Exit from the Joint Decision Trap? Can German Federalism Reform Itself?*, MPIfG Radni dokument 05/8, 09. 2005.

S druge strane, u integriranom njemačkom sistemu saradnja između nivoa vlasti ima smisla ne samo zbog svojih komplementarnih funkcija, već i zbog toga što određuje političku dinamiku unutar države, a koja se mora odlikovati dijalektikom, saradnjom i kompromisom, jer u suprotnom postoji sistem blokade cijelog sistema. Izražena kultura konsenzusa, koja proizilazi iz toga, bila je težak ispit zbog većih stvarnih razlika između istoka i zapada nakon ponovnog ujedinjenja i pojave novih stranaka. Uslijed sve veće centralizacije i političkog preplitanja, sistem u staroj saveznoj republici se razvio u „unitarnu superstrukturu“ koja je u sve većoj mjeri erodirala autonomiju i odgovornost saveznih zemalja, a posebno njihovih parlamenata.

2.2. Bosna i Hercegovina: Status quo i etnički federalizam?

U odnosu na sve navedeno politički sistem Bosne i Hercegovine odlikuju dva obilježja: S jedne strane politička organizacija u zemlji strogo slijedi principe konsocijativne demokratije, kao što je promicanje velikih koalicija za zajedničku vladu, proporcionalno zastupanje grupa i brojna prava veta.⁹ Istovremeno se u slučaju BiH radi o jednoj od najdecentraliziranijih država na svijetu. Asimetrični federalizam koji se ne odnosi samo na dva entiteta i Distrikt Brčko na sjeveru zemlje,¹⁰ već u kojem su i sami entiteti organizirani i kojima se upravlja na vrlo različit način, doprinosi daljoj složenosti sistema.

Jedan od glavnih problema je kombinacija i stapanje oba obilježja u „etnički federalizam“ koji se – kao posljedica logike primirja – najvećim dijelom zasniva na odbrambenom stavu svih strana i identifikaciji (dijelova) teritorije sa jednom dominantnom grupom. To podsjeća na njenog historijskog prethodnika, Jugoslaviju, u kojoj su se veće grupe smatrale „titularnim narodima“ jedne od republika, iako ni jedna od njih nije bila etnički homogena (osim toga su postojali ustavnopravno sankcionirani izuzeci: autonomne pokrajine Vojvodina i Kosovo). Bez obzira na multietnički karakter stanovništva, latentno postoji pretpostavka da teritorijalne interese zastupa grupa koja je dominantna na određenoj teritoriji (npr. Srbi u RS, Hrvati u Hercegovini i Bošnjaci u drugim dijelovima Federacije). Čini se da ovu pretpostavku potvrđuju određene dvosmislenosti u Daytonskom mirovnom sporazumu i ona postaje jača u svakodnevnoj stvarnosti sistema etnički odvojenih stranaka i medija. Za razliku od većine drugih federalnih država, federalizam u BiH time ne jača mogućnosti demokratskog učešća građana, već ih ograničava i kanalizira, s obzirom da pretežno služi etničkim interesima.

⁹ Općenito vezano za temu konsocijativne demokratije vidi A. Lijphart, *Democracy in Plural Societies*, New Haven 1977; G. Lehmbruch, *Konkordanzdemokratie*, u: M. G. Schmidt (ur), *Die westlichen Länder. Lexikon der Politik*, München 1992, s. 206. Vezano za konkretnu manifestaciju u BiH v. sveobuhvatnu kritičku analizu Evropske komisije za demokratiju putem zakona (Venecijanska komisija), *Mišljenje o ustavnoj situaciji Bosne i Hercegovine i ovlastima visokog predstavnika*, CDL-AD (2005)004, 11. 03. 2005, koja važi i danas najvećim dijelom neizmijenjena. Vezano za konsocijativnu demokratiju usp. F. Bieber, *Recent Trends in Complex Power-Sharing in Bosnia and Herzegovina*, u: Eurac/ECMI (ur), *European Yearbook of Minority Issues*, 1-2001/2002, Den Hag 2003, ss. 269-282; S. Wolff, *Complex Power Sharing as Conflict Resolution: South Tyrol in Comparative Perspective*, u: J. Woelk/F. Palermo/J. Marko (ur), *Tolerance through Law. Self-Governance and Group Rights in South Tyrol*, Leiden/Boston 2008, ss. 329-370.

¹⁰ Brčko distrikt je zbog svog strateškog značaja u arbitražnoj presudi u martu 1999. proglašen posebnim područjem pod međunarodnom upravom; Arbitražni sud za spor oko međuentitetske granice u oblasti Brčkog, Konačna odluka, 05. 03. 1999.

Ova situacija je rezultat dva osnovna, ali međusobno suprotna cilja koja je zagovarala međunarodna zajednica na kraju rata i nakon toga: stabilizacija kroz teritorijalizaciju i institucionalizaciju etničkih grupa s jedne strane, kao i ponovno uspostavljanje multinacionalne države s druge strane. Nespojivost oba ova cilja se manifestira kroz disfunkcionalne odlike i tenzije u političko-institucionalnom sistemu.¹¹

3. Podjela nadležnosti

3.1. Fleksibilnost uslijed konkurentnih nadležnosti

Logika funkcioniranja oba sistema ima značajan utjecaj na podjelu nadležnosti i njenu primjenu u praksi. Dok u Saveznoj Republici Njemačkoj, koja se odlikuje funkcionalnom asimetrijom, centar uslijed fleksibilnih vrsta nadležnosti može postati aktivan u dodatnim oblastima, prije svega kako bi se garantirali „jednaki uslovi života“ na cijeloj teritoriji Savezne Republike Njemačke, mnogi državne institucije i njihove kompetencije smatraju neophodnim ustupkom, izrazom minimalnog konsenzusa, koji se, međutim, nikako ne smije proširivati.

Po pitanju uređenja kompetencija u oblasti zakonodavstva, Ustav, kao i većina federalnih ustava, predviđa rezidualne nadležnosti za savezne zemlje (član 30, 70 Ustava), dok se izričito navode isključive kompetencije savezne države (član 71, 73, 105, stav 1 Ustava). Važne nadležnosti saveznih zemalja uključuju obrazovanje, policiju i javnu sigurnost, općinske propise, organizaciju pravosuđa i prvostepenu i drugostepenu upravu, kao i kulturu. Međutim, važna je činjenica da, zbog izrazito kooperativnog i unitarističkog karaktera njemačkog sistema, zakonodavstvo saveznih zemalja i u ovim oblastima ima velike sličnosti, s obzirom da savezne zemlje redovno vrše koordinaciju između sebe u okviru ministarskih konferencija resornih ministara ili koriste šablone za izradu zakona u određenim oblastima. U tom smislu situacija ponovo pokazuje sličnosti sa koordinacijom koja postoji između država članica EU.

Međutim, pored ove podjele na zakonodavne nadležnosti koje pripadaju ili saveznim zemljama ili saveznoj državi, postoje i fleksibilne kategorije nadležnosti koje omogućavanjem izmjena nadležnosti trebaju prevashodno omogućiti da se reagira na izazove novih razvoja. Prema konkurentnoj zakonodavnoj nadležnosti (član 72, 74, 74a i 105 stav 2 Ustava) su nadležne ili savezne zemlje ili savezna država; međutim, državno pravo (u skladu sa članom 31 Ustava) ima prednost samo ukoliko država zaista koristi ovu nadležnost i donosi zakone na državnom nivou. Ona to može činiti ukoliko je neophodno reguliranje određenih pitanja na državnom nivou, kako bi se uspostavili „jednaki životni uslovi“ ili kako bi se očuvalo „pravno i privredno jedinstvo“. U prošlosti su se pozivanjem na ovu klauzulu nužnosti donosili brojni i važni državni zakoni. U ovu kategoriju spadaju, na primjer, građansko pravo, krivično pravo, zakon o sudovima, upravno pravo, pravo o strancima, privredno i radno pravo, pravo koje se odnosi na energiju, itd. U svim ovim segmentima, savezna država je koristila konkurirajuće zakonodavstvo kako bi garantirala propise koji bi bili jednaki u cijeloj zemlji.

Pored toga, do 2006. je također postojalo okvirno zakonodavstvo (član 75 Ustava) putem kojeg je savezna država mogla propisivati principe za savezne zemlje u različitim oblastima, kao što su

¹¹ Usp. S. Keil, *Multinational Federalism in Bosnia and Herzegovina*, London/New York 2013.

to npr. univerziteti ili službeničko pravo; savezne zemlje su zatim mogle popunjavati taj okvir svojim detaljnijim propisima koji su se dijelom razlikovali. Uslovi vezani za državni propis su odgovarali propisima konkurentnog zakonodavstva. Međutim, u okviru reforme federalizma 2006. ova kategorija je ukinuta.

Fleksibilne vrste nadležnosti je savezna država koristila u velikoj mjeri, posebno pozivanjem na osnovna prava i socijalno zakonodavstvo. To je dovelo do velikog širenja državnog zakonodavstva; Savezni ustavni sud jedva da je vršio kontrolu u ovim slučajevima, najprije zbog političkog diskrecionog prava koje je imao zakonodavac na državnom nivou. Međutim, nakon ponovnog ujedinjenja uslovi za korištenje tipova nadležnosti su postali strožiji zbog reforme Ustava 1994. (sada su definirani „ekvivalentni uslovi života“), a Savezni ustavni sud je obavezan na sudsku kontrolu (član 93 stav 2a Ustava). Dodatna reforma iz 2006. je u određenim oblastima uvela pravo na odstupanje za savezne zemlje, koje su sada eventualno imale mogućnost da odstupe od jednoobraznog državnog propisa; pored toga ukinuto je okvirno zakonodavstvo. To je trebalo podržati jasniju podjelu oblasti nadležnosti i smanjiti prava učešća Vijeća zemalja.

Ostale zakonodavne kompetencije su nepisane kompetencije (aneks-kompetencije ili kompetencije po prirodi stvari), kao i „zajednički zadaci“ savezne države i saveznih zemalja koji su uvedeni 1969. (član 91a, 91b Ustava) koji su osigurali osnovu za zajedničku provedbu i finansiranje infrastrukturnih i visokoškolskih projekata od strane savezne države i pojedinačnih saveznih zemalja (one su iz korijena ponovo definirane u okviru reforme 2006. godine).

Kada se radi o upravnim ovlaštenjima, situacija je obrnuta: savezne zemlje nose glavninu tereta uprave i provode svoje i državne zakone u jednakoj mjeri (član 83 Ustava). Pri tome su u pravilu slobodne, posebno kada se radi o uređivanju upravnog postupka i izboru institucija; podliježu određenom nadzoru državnih organa (član 84 Ustava). Državni nivo, s druge strane, vrši samo ograničen broj upravnih zadataka neposredno putem državnih institucija, odnosno vlastitih upravnih struktura (član 86 i 87 Ustava), kao što su na primjer vanjski odnosi (diplomatska služba), Savezna agencija za rad, Savezna finansijska uprava, Savezna služba za borbu protiv kriminala, Obavještajna agencija Savezne Republike Njemačke i Oružane snage.

3.2. Statička podjela nadležnosti u Bosni i Hercegovini?

Bh-podjela nadležnosti počiva na ustavnoj ulozi oba entiteta. Oni imaju rezidualne nadležnosti i stoga vrše sve funkcije i ovlaštenja koja nisu izričito dodijeljena drugim nivoima (član III 3a Ustava BiH). Entiteti čak i u oblasti vanjskih odnosa mogu samostalno i nezavisno uspostavljati i njegovati odnose sa susjednim državama, uključujući i sklapanje ugovora sa ovim državama i međunarodnim organizacijama. To je prije svega služilo očuvanju i favoriziranju „posebnih odnosa“ između RS i Srbije, kao i FBiH (Hercegovine) i Hrvatske.¹² Pored toga, skoro potpuna poreska i finansijska autonomija entiteta omogućava nezavisno djelovanje. Kada se radi o neophodnoj podršci državne vlade, državni Ustav sadrži samo principe kojima se propisuje da jednu trećinu resursa državnog nivoa mora snositi RS, a dvije trećine FBiH.

¹² Odgovarajući sporazumi su sklopljeni između FBiH i Hrvatske (1998) i između RS i tadašnje Savezne Republike Jugoslavije (2001).

Značajni zadaci u oblasti poreske politike, sigurnosne i odbrambene politike, kao i svi aspekti socijalne politike su u nadležnosti entiteta, a u FBiH najvećim dijelom u nadležnosti kantona. Ovdje različita organizacija entiteta jasno dolazi do izražaja. Dok Vlada RS vrši sve važne zadatke, od odbrane do socijalne politike, u FBiH su brojni od ovih zadataka preneseni na kantone.

Državne nadležnosti (odnosno nadležnosti „institucija BiH“, član III 1) se izričito navode i one su vrlo ograničene. Tu spadaju: a) vanjska politika, kao i vanjskotrgovinska politika, b) carinska i monetarna politika, c) politika imigracija, izbjeglica i azila, d) krivično pravo (u onoj mjeri u kojoj je neophodno za saradnju sa Interpolom i između entiteta), e) kontrola zračnog prometa, f) komunikacijska i transportna politika između entiteta i sa međunarodnim partnerima. Stoga ne čudi da su nakon ponovnog uspostavljanja bh-institucija i prvih slobodnih izbora nakon rata 1996. postojala samo tri ministarstva na državnom nivou. Ovaj broj se utrostručio, ali BiH do danas nema niti državno ministarstvo ekonomije, ministarstvo obrazovanja niti ministarstvo poljoprivrede.

Uprkos izraženoj decentralizaciji, bh-Ustav sadrži klauzulu o primatu državnog prava, prema kojoj Ustav iz Daytonu ima prednost nad svim odredbama državnog zakonodavstva koje su u suprotnosti s njim, ali i nad entitetskim ustavima i redovnim entitetskim zakonodavstvom (član III 3[b]). Stoga je za dalje važenje entitetskih ustava koji su važili još prije stupanja na snagu Ustava iz Daytonu predviđena obaveza da se izmjenama prilagode Ustavu iz Daytonu (član XII).¹³

Međutim, također postoje fleksibilni elementi za izmjene raspodjele kompetencija u BiH; oni se, ipak, u slučaju potrebe koriste sa zadržkom: tako tročlano Predsjedništvo države treba „promovirati koordinaciju između entiteta u stručnim oblastima koji ne pripadaju segmentima odgovornosti Bosne i Hercegovine“. Ovaj poticaj na horizontalnu saradnju entiteta uz koordinaciju državnog Predsjedništva (koje čine tri predstavnika konstitutivnih naroda izabrana od strane entiteta) je slab već u samoj formulaciji (“Predsjedništvo može odlučivati“ i „osim ukoliko je jedan od entiteta protiv toga“). Ono u praksi nema nikakvu važnu ulogu.

I postupak za vertikalni prenos kompetencija sa entitetskog nivoa na državni nivo je izričito reguliran Ustavom (član III 5). U pravilu, na takav način svako ovlaštenje može biti preneseno na državni nivo; to se dešava kroz pregovore i konsenzus, pa time ovisi od političke volje.¹⁴ Pored toga, državne institucije kao jednu vrstu rezervnog ili zamjenskog ovlaštenja trebaju vršiti zadatke koji „su neophodni kako bi se očuvala suverenost, teritorijalni integritet, politička

¹³ Ova prilagodba, međutim, nikada nije izričito uslijedila, što je dovelo do pobijanja određenih propisa pred Ustavnim sudom. Ipak, njegova presuda u predmetu konstitutivnih naroda (U III-5/98) je u entitetima provedena tek zbog ustavnih izmjena koje je nametnuo visoki predstavnik; o tome usp. gore.

¹⁴ Pored toga, segmente odgovornosti koji su sadržani u aneksima 5-8 Mirovnog sporazuma, trebaju preuzeti državne institucije. Aneks 5: Sporazum o arbitraži; Aneks 6: Sporazum o ljudskim pravima; Aneks 7: Sporazum o izbjeglicama i raseljenim licima; Aneks 8: Sporazum o komisiji za očuvanje nacionalnih spomenika.

nezavisnost i međunarodna pravna osobnost Bosne i Hercegovine“.¹⁵ U svim ovim slučajevima pored prenosa nadležnosti se mogu i osnivati institucije neophodne za njihovu provedbu.

Mogućnost dinamičnog razvoja ustava kroz dvije klauzule o prenosu u članu III 5(a) i (b) je već dugo sporna – zbog suprotnih stajališta o ulozi države. Mnoge reforme su se zasnivale na ovoj klauzuli o fleksibilnosti, kao što je npr. osnivanje Visokog sudskog i tužilačkog vijeća (VSTV), Uprave za indirektno oporezivanje (UIO), kao i reforma odbrane i na tome zasnovana reorganizacija Oružanih snaga. Pozivanje na klauzulu o fleksibilnosti može državnu nadležnost učiniti osnovanom u tri slučaja: (1) na osnovu sporazuma entiteta, (2) ukoliko je to predviđeno aneksima 5-8 Mirovnog sporazuma ili (3) ukoliko je to neophodno za očuvanje suvereniteta, teritorijalnog integriteta, političke nezavisnosti i međunarodnog pravnog subjektiviteta države BiH.¹⁶ Sporazume vezane za prenos kompetencija na državu, prema grupi slučajeva (1) su entiteti do sada potpisali u dva slučaja i time omogućili reforme u oblasti indirektnog oporezivanja (2003) i odbrane (2006). Pozivanjem na suverenitet i teritorijalni integritet su u grupi slučajeva (3) stvorene nove državne institucije, a posebno državna Granična policija i Sud BiH. Član III 5(b) ne samo da utemeljuje obavezu entiteta da otpočnu pregovore vezane za dalji prijenos nadležnosti na državu, veći i za samostalnu osnovu za prijenos kompetencija na državne institucije.¹⁷

Okvirno zakonodavstvo je predviđeno u brojnim federalnim i regionalnim sistemima kao fleksibilan instrument za usklađivanje i istovremena mogućnost prilagođavanja (slično smjernicama EU). Kao i druge vrste nadležnosti, zahtijeva ustavnopravnu osnovu; međutim, potreban je veći nivo koordinacije između nivoa vlasti u slučaju njegove upotrebe. U BiH je okvirno zakonodavstvo uvedeno na osnovu odluka visokog predstavnika, a kasnije ga je potvrdio Ustavni sud. To se posebno odnosi na garantiranje istih osnovnih prava u cijeloj zemlji i na ekonomsku integraciju (osiguravanje četiri ekonomske osnovne slobode, član I 4).¹⁸ Tokom proteklih godina jedva da je primjenjivano.

Fleksibilna osnova nadležnosti koju mogu koristiti oba nivoa vlasti je bila također predviđena aprilskim paketom ustavnih reformi 2006. godine (član III 2, „zajedničke nadležnosti“), međutim bez detaljnih propisa. Stoga ostaje nejasno da li se time mislilo na neku vrstu nadležnosti sličnih njemačkoj konkurirajućoj nadležnosti ili se ipak mislilo na okvirno zakonodavstvo.

Čak i osiguravanje ujednačenih, odnosno ekvivalentnih životnih uslova kao ustavnog zahtjeva se pored osnovnih prava na određeni način može vidjeti na osnovu bh-Ustava: klauzula o zajedničkom tržištu (član 1.4 Ustava BiH) određuje važenje četiri ekonomske osnovne slobode za područje cijele države, slično unutrašnjem tržištu EU. Međutim, ne dolazi niti do sveobuhvatnog usklađivanja najvažnijih privrednih, građanskih i upravnih zakona, niti do

¹⁵ U vezi sa upotrebom „klauzule o suverenitetu“: Član III.5 kao jedan od tri međusobno nezavisna izvora za utemeljenje državnih nadležnosti, Ch. Steiner/N. Ademović, *Constitution of Bosnia and Herzegovina. Commentary*, Sarajevo 2010, ss. 607 i dalje, u kom se citira U 9/00, U 26/01 (stavovi 21-26) i U 42/03.

¹⁶ Prema mišljenju Ustavnog suda, radi se o „tri međusobno nezavisna predmeta“; U 9/00 (stav 10).

¹⁷ Prema mišljenju Ustavnog suda, član III.5(b) predstavlja osnovu za sporazum između entiteta (i državnog ministra pravde) za „prenos određenih entitetskih nadležnosti osnivanjem Visokog sudskog i tužilačkog vijeća“ (2004); U 17/05 i U 11/08, koji potvrđuju punosnažnost sporazuma uprkos činjenici da je prošlo nekoliko godina od šestomjesečnog roka predviđenog u članu.

¹⁸ Ustavni sud U 5/98, djelimična presuda IV (posebno stavovi 24, 31 i 34).

„negativne“ integracije međusobnim priznavanjem relevantnih entitetskih propisa. Ipak, čini se da kreativna upotreba ove odredbe Ustava još nudi razvojni potencijal.

4. Institucionalne veze između nivoa vlasti

U većini saveznih ili regionaliziranih država su, barem u ustavu, državne ovlasti vezane za koordinaciju, usvajanje okvirnih zakona ili utvrđivanje smjernica zagwarantirane pravima učestvovanja zemalja članica u postupku donošenja odluka na državnom nivou. U Saveznoj Republici Njemačkoj je veza između saveznih zemalja i savezne države značajan faktor za funkcioniranje cijelog sistema. S druge strane, u BiH je često teško praviti razliku između zastupanja teritorijalnih i etničkih interesa.

4.1. Vijeće zemalja: Srž stvari u odnosima između državnog nivoa i saveznih zemalja

Preplitanje dva nivoa vlasti u „egzekutivnom federalizmu“ se u institucionalnom smislu izražava kroz Vijeće zemalja. Savezne zemlje preko Vijeća zemalja učestvuju i izradi zakonodavstva i u upravi na državnom nivou (član 50 Ustava). Ovakvo uključivanje legitimira kasniju obavezu za provedbu i istovremeno doprinosi efikasnosti, s obzirom da se problemi sa kojima se suočavaju organi saveznih zemalja koji vrše provedbu i različite realnosti mogu uzeti u obzir već u procesu donošenja odluka na državnom nivou.

Glavna svrha Vijeća zemalja shodno tome nije garancija autonomije saveznih pokrajina, već upravo suprotno, njihove integracije u nacionalnu politiku. Shodno tome se u okviru postupka donošenja odluka ne štite stavovi pojedinačnih saveznih zemalja, već njihova sveukupnost. Većine u Vijeću zemalja je moguće postići samo putem koalicija između saveznih zemalja. Stoga su predstavnici saveznih zemalja vezani nalogima svojih vlada pri zastupanju interesa saveznih zemalja, a svaka zemlja može svoj glas dati samo zajednički kao paket (između 6 za veće pokrajine i 3 glasa za manje, one koje su prekomjerno zastupljene u odnosu na druge). Ovaj sistem ponderiranja glasova i zajedničkog glasa otprilike odgovara postupku u Vijeću Evropske unije.

Vijeće zemalja zastupa interese svih saveznih zemalja pri donošenju odluka na državnom nivou, prije svega u okviru postupka donošenja zakona (kao i kod izmjena Ustava) kada sudjeluje na funkcionalan način kao drugi dom. Međutim, ono je također uključeno u upravna pitanja, krizne slučajeve, određivanje stajališta Njemačke prije odluka koje se donose na nivou EU, pri izboru ustavnih sudaca, itd. Stoga Vijeće zemalja nije parlamentarni dom, već ustavni organ svoje vrste, koji služi za zastupanje interesa saveznih zemalja.

U zakonodavnom postupku sudjelovanje Vijeća zemalja (koje također ima pravo na podnošenje zakonskih inicijativa, član 76 Ustava) se orijentira prema stepenu u kojem su pogođenje kompetencije ili interese saveznih zemalja. Vijeće zemalja u pravilu ima pravo na prigovor, koji djeluje poput veta sa suspenzijom i koji Savezno vijeće (Bundestag) može prevazići ponovnim glasanjem. Pristanak Vijeća zemalja je na početku bio neophodan samo za 13 područja. Ovaj apsolutni veto je s vremenom, a i zbog prakse Saveznog ustavnog suda u sve većoj mjeri širen,

sve dok nije obuhvatao skoro dvije trećine svih nacrti zakona neposredno prije reforme iz 2006. i dok time nije postao skoro pravilo. Naime, bilo je dovoljno da se samo jedan jedini član odnosi na interese saveznih zemalja kako bi bio obavezan pristanak Vijeća zemalja na cijeli zakon. U svrhu prevazilaženja veta predviđena je posrednička komisija koja ima jednak broj muških i ženskih članova i koja ima zadatak da pronađe kompromis (u čemu u većini slučajeva i uspijeva). Međutim, ukoliko nije spremno na kompromis, Vijeće zemalja ima jaku poziciju i u tom slučaju može u potpunosti blokirati donošenje zakona na državnom nivou svaki put kad je potreban njegov pristanak.

Ovim Vijeće zemalja funkcionira poput ventila: pri malom obimu zakonodavnih aktivnosti na nivou savezne države, njegovo učešće je na odgovarajući način umanjeno, a prostor za autonomno donošenje zakona na nivou saveznih zemalja je veći, dok u slučaju intenzivnog djelovanja zakonodavca na državnom nivou uloga Vijeća zemalja postaje veća usljed njegove funkcije sudjelovanja. To je bio trend do 2005. kada se općenito govorilo o „reformskom zastoju“ i kada se smatralo da je za njega odgovorno prije svega Vijeće zemalja.¹⁹ Tokom prethodnih godina, stranke iz opozicije u Saveznog vijeća su skoro stalno bile zastupljene u Vijeću zemalja kao politička većina. Vlade saveznih zemalja koje su bile pod kontrolom opozicije su u slučaju nekih važnih pitanja Vijeće zemalja ciljano koristile kao instrument za blokadu projekata Savezne vlade. Uprkos većini u Saveznom vijeću, Savezna vlada je mogla biti uspješna samo ukoliko bi uspjela postići kompromis i u Vijeću zemalja.

Rješenje ove situacije je pripremila Reformska komisija, koja je pružala savjetodavne usluge vezane za sveobuhvatnu reformu federalizma u periodu od oktobra 2003. do decembra 2004.²⁰ Rezultate njenog rada je preuzela Velika koalicija i usvojila ih kao ustavnu reformu u ljeto 2006. Reformom je izmijenjeno više od 20 članova Ustava i ona je za cilj imala razdvajanje zakonodavnih kompetencija (npr. ukidanjem okvirne nadležnosti) kao i smanjenje pretpostavki za saglasnost. Čini se da je to bilo uspješno: prije reforme, potencijal za ulaganje veta Vijeća zemalja je iznosio oko 60%, a nakon reforme varira između 35 i 40%. Savezne zemlje zauzvrat su dobile pravo da u određenim područjima u svojim vlastitim propisima odstupaju od propisa na državnom nivou. U tom smislu je ograničen primat saveznog prava u odnosu na autonomne i difirencirajuće propise pojedinačnih zemalja. To je novum u ustavnom pravu Njemačke, s obzirom da prekida simetriju u raspodjeli nadležnosti. Ipak, izražene unitarističke tendencije njemačkog sistema, zajedno sa odgovarajućim očekivanjima građana i osnovnim pravima, djeluju kao ograničenja za efektivnu upotrebu ovog prava na odstupanje i uvođenje drugačijih rješenja u saveznim zemljama. Pored toga, savezne zemlje su zahvaljujući reformi dobile pravo da odstupaju u područjima uprave. Prije reforme je sve zakone i propise na državnom nivou koji su imali utjecaja na upravne postupke ili strukture saveznih zemalja moralo odobriti Vijeće zemalja (član 84 Ustava, tekst prije 2006); 50% svih zakona na državnom nivou je time postalo podložno obavezi dobijanja saglasnosti. Reforma iz 2006. je to promijenila: sada je jedini kriterij za saglasnost pitanje da li će nacrt zakona ili propisa imati utjecaj na budžet saveznih zemalja (član 104a, stav 4 Ustava, novi tekst).

¹⁹ P. M. Huber, *Deutschland in der Föderalismusfalle*, Heidelberg 2003. i U. Volkmann, *Bundesstaat in der Krise*, DÖV 1998, s. 613 ff.

²⁰ R. Hrbek/A. Eppler (izdavač), *Die unvollendete Föderalismus-Reform. Eine Zwischenbilanz nach dem Scheitern der Kommission zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung im Dezember 2004*, Tübingen 2005.

Koordinacija i sudjelovanje u Vijeću zemalja se priprema i podržava kroz saradnju, prije svega, izvršnih vlasti i ministarstva državnog i zemaljskog nivoa. Samokoordinacija se vrši tokom redovnih konferencija zemaljskih ministara i njihovi dogovori nerijetko, po sklapanju državnih ugovora između saveznih zemalja ili između savezne države i saveznih zemalja postaju pravno obavezni.

4.2. Preklapanje teritorijalnih interesa kroz „etnički“ federalizam

Sudjelovanje konstitutivnih jedinica u postupku donošenja odluka na državnom nivou se i u BiH garantira preko drugog doma koji zastupa teritorijalne interese. On također učestvuje u izmjenama Ustava. Međutim, već sam naziv „Dom naroda“ ističe važan značaj etničkih interesa tri konstitutivna naroda u ovoj instituciji. Općenito, teritorijalno zastupanje entiteta u državnim institucijama najvećim dijelom služi etničkom zastupanju tri konstitutivna naroda. Ovaj „etnički federalizam“ stoga prije svega znači očuvanje autonomije entiteta i – implicitno – grupa koje su u njima dominantne; on stoga za cilj nema integraciju oba entiteta u državu u svrhu efikasnije vlasti i uprave. Preovladavajuća razdvojenost kompetencija i samo rijetka primjena fleksibilnih tipova kompetencija u korist državnih institucija često dovodi do antagonizma, a nerijetko i do blokada preko brojnih prava stavljanja veta.

5. Savezna država i evropske integracije

U većini država članica EU sa regionalnom ili federalnom strukturom postoje postupci preko kojih regije sa zakonodavnom autonomijom ili savezne države članice učestvuju u procesu donošenja odluka na nivou EU. Obim učešća se redovno određuje u odnosu na utjecaj odluka na vlastito područje kompetencija, odnosno on odgovara kompenzacijskoj logici (gubitak autonomije, dobijanje prava učešća u odlučivanju). U svrhu budućeg pristupanja EU, BiH si mora postaviti pitanje kako njen federalni sistem može biti integriran u višeslojan sistem Evropske unije i kako mu može biti prilagođen. Trenutni ustavni poredak će se barem u nekim dijelovima morati mijenjati.

5.1. „Evropski član“: ustavnopravno ovlaštenje za integracije

Njemački federalni sistem je dio sistema više nivoa Evropske unije. Ustav omogućuje prenos suverenih prava na EU (član 23 stav 1 Ustava) i međunarodne organizacije (član 24 stav 1 Ustava) na osnovu saveznog zakona koji ove organizacije ovlašćuje da usvajaju obavezujuće zakonodavne, izvršne ili pravosudne akte koji su obavezujući u Njemačkoj i za Njemačku. To stoga znači da se njemačke institucije, koje su zapravo nadležne za ovo, uključujući i savezne zemlje, odriču vlastitih kompetencija u ovim segmentima. To mijenja ravnotežu u saveznoj državi, s obzirom da Savezna vlada djeluje na nivou EU i u slučaju prenosa suverenih prava također pregovara i donosi odluke o saveznim zemljama.

Do Ugovora iz Maastrichta evropska integracija je unutar država bila regulirana jednostavnim zakonima: Zakon o ratifikaciji je bio opći zakon koji je na osnovu člana 24 stav 1 Ustava dobijao ustavnopravno pokriće („prozor suverenosti“). Napredak u razvoju integracije, kako u kvantitativnom tako i u kvalitativnom smislu, je ukazivao na problem „tije promjene ustava“ u okviru kojeg su garancije Ustava bile samo djelimično djelotvorne. Savezni ustavni sud se pribojavao erodiranja najprije u slučaju zaštite osnovnih ljudskih prava i u svojoj poznatoj „*Solange-odluci*“, koja se odnosi na nadležnost Saveznog ustavnog suda da vrši provjeru pravnih akata EZ/EU u vezi sa kršenjem Ustava, bavio se preprekama vezanim za evropske integracije i dao rješenje u vidu formule ekvivalentnosti.

Ugovor iz Maastrichta je stvorio posebnu osnovu za evropske integracije: Takozvani evropski član (član 23 Ustava). Ovaj novi član u svom prvom stavu proglašava evropske integracije državnim ciljem i izričito dozvoljava (dalje) prenošenje suverenih prava na Evropsku uniju. Međutim, on također sadrži takozvanu strukturnu garanciju, tako što nabroja određene strukturne principe kojih se mora pridržavati i Evropska unija. Nabrojanje odgovara ustavnim principima samog Ustava (član 20, 28 i 79 stav 3 Ustava), uključujući i princip savezne države. Pored toga, tu je i princip supsidijarnosti, prema kojem sve funkcije treba vršiti nivo vlasti koji je najbliži građanima, sve dok je to efikasno. Izjava evropskog člana koji je dodat nakon ponovnog ujedinjenja u okviru ratificiranja Ugovora iz Maastrichta je jasna: Njemačka nastavlja učešće u evropskim integracijama, ali se ne može stopiti u evropskoj državi, barem ne u ovom trenutku i u skladu sa Ustavom. Klauzula o osiguravanju strukture time postavlja ustavno ograničenje za integraciju; ona je potvrđena kontroverznom presudom vezanom za Ugovor iz Maastrichta Saveznog ustavnog suda u kontekstu Zakona o ratifikaciji Ugovora iz Maastrichta.

Zaštita principa savezne države se garantira ustavnopravnim osiguravanjem učešća saveznih zemalja u (pripremi) odlukama na evropskom nivou (član 23 stavovi 2, 4, 5 i 6 Ustava). Time se kompenzacijski mehanizam projicira na nivo EU: Savezne zemlje dobijaju prava suodlučivanja preko Vijeća zemalja i to u zavisnosti od intenziteta utjecaja, čime se nastoji kompenzirati gubitak vlastitih autonomnih zakonodavnih ovlaštenja, odnosno prava učešća u donošenju odluka unutar zemlje u Vijeću zemalja. Prava suodlučivanja idu od jednostavnog mišljenja do obavezujućeg definiranja pregovaračkog stava Njemačke, od kojeg Savezna vlada smije odstupiti samo u slučaju hitnih vanjskopolitičkih razloga. U određenim slučajevima je čak moguće da jedan zemaljski ministar zastupa stav Savezne Republike Njemačke u Vijeću ministara EU ukoliko se pregovori odnose na isključive kompetencije saveznih zemalja (od 2006. godine: obrazovanje, kultura i mediji). Dodatna zaštita se odnosi na razliku između prenosa jednostavnih suverenih prava i izmjena ugovora: u prvom slučaju je dovoljan redovan zakon, dok ratifikacija zadnje navedenog mora biti u skladu sa ograničenjima vezanim za izmjene Ustava koja se odnose na postupke i sadržaj (član 79 stavovi 2 i 3 Ustava). U skladu s tim je za ratifikaciju Ugovora iz Lisabona zbog nove tužbe vezane za supsidijarnost nacionalnih parlamenata podnesene Evropskom sudu za ljudska prava bila neophodna izmjena ustava.

Kontrola supsidijarnosti prije odluka na nivou EU je također jedna novina Ugovora iz Lisabona i također se direktno odnosi na nacionalne parlamente (u Njemačkoj na Savezno vijeće i Vijeće zemalja). Evropska komisija mora obavijestiti sve nacionalne parlamente o novim projektima, a pojedinačni domovi mogu prije početka zakonodavnog postupka na nivou EU o njima zauzeti stav. Kako bi pozvali Komisiju na ponovno razmatranje svog projekta, neophodna je većina

domova, tako da su u tu svrhu potrebne intenzivne konsultacije između nacionalnih parlamenata. Kako bi se ispoštovao kratki rok od osam sedmica za davanje stava, nacionalni postupci se moraju prilagoditi i ubrzati.

Hitni postupci su postali mogući u Vijeću zemalja, koje obično raspravlja o pitanjima EU tokom jedne od 12-godišnjih plenarnih sjednica nakon pripreme unutar Evropske komore, korištenjem posebnog Evropskog doma (član 52 stav 3a Ustava). On se sastoji od 16 članova koji zastupaju 16 zemaljskih vlada i nadležan je za donošenje odluka u slučaju posebno hitnih pitanja vezanih za EU (ponderiranje glasa saveznih zemalja važi i tamo). Evropska komora, dakle, može u potpunosti zastupati Vijeće zemalja u slučaju hitnih odluka.

5.2. Integracijska klauzula kao nacionalni cilj BiH?

Ukoliko evropske integracije predstavljaju opći politički cilj BiH za sljedeće godine, važno je stvoriti zakonske i ustavnopravne osnove za to. Proces približavanja Evropskoj uniji zahtijeva jedinstven nastup prema evropskim institucijama i koordinaciju reformi, finansijske i tehničke pomoći. Stoga je u okviru Vijeća ministara formirano koordinacijsko tijelo za pitanja evropskih integracija, koje treba osigurati kako horizontalnu koordinaciju između državnih ministarstava tako i vertikalnu koordinaciju između državnog nivoa i entiteta.²¹

Na ustavnopravnom nivou su u većini država članica EU uvedene vlastite klauzule o evropskim integracijama u ustav, posebno u onim zemljama koje su se tek kasnije pridružile, npr. Austrija (član 23a-23f Ustava).²² U skladu s ovim modelom, integracijska klauzula treba regulirati sljedeće sadržaje: (1) navesti evropske integracije kao ustavni ili nacionalni cilj, (2) osigurati ustavnopravnu osnovu za prenos suverenih prava na EU i druge međunarodne organizacije, (3) regulirati odgovornosti unutar zemlje između nivoa vlasti kao i učešće sastavnih jedinica u procesu odlučivanja na nivou EU i (4) regulirati principe provedbenih postupaka (uključujući *implied powers*). Kada se radi o pravima sudjelovanja sastavnih jedinica u postupku odlučivanja na nivou EU, u mnogim zemljama važi takozvana kompenzacijska logika: što je veće ograničenje vlastite slobode odlučivanja, to su veća prava suodlučivanja. Izuzetak od ovoga je Belgija: zbog vrlo izraženog dualnog federalizma je uveden složen postupak rotacije i koordinacije, preko kojeg se određuje belgijski zastupnik u Vijeću ministara EU i pregovarački stav Belgije za svaki sastav Vijeća.

Već je 2006. takozvani aprilski paket za ustavnu reformu²³ koju su podržavale Sjedinjene Američke Države, ali koja nije bila uspješna, sadržavao integracijsku klauzulu. Međutim, ona je imala samo ograničenu funkciju ustavnopravne osnove za koordinaciju države prema EU. Pored

²¹ Direkcija za evropske integracije (DEI), web stranica: <http://www.dei.gov.ba>.

²² A. Albi, „Europe“ *Articles in the Constitutions of the Central and Eastern European Countries*, *Common Market Law Review*, 42/2005, ss. 399-423.

²³ U vezi sa ustavnim reformom i aprilskim paketom: R. Bruce Hitchner, *From Dayton to Brussels: The Story Behind the Constitutional and Governmental Reform Process in Bosnia and Herzegovina*, *The Fletcher Forum of World Affairs*, 30.1/2006; J. Marko, *Constitutional Reform in Bosnia and Herzegovina 2005-06*, u: *European Yearbook of Minority Issues (EYMI)*, Brill 5/2006/07 i S. Sebastian, *Leaving Dayton Behind: Constitutional Reform in Bosnia and Herzegovina*, FRIDE radni dokument 46, novembar 2007.

toga, sadržajno sveobuhvatnija klauzula ili cijeli odjeljak (kao što je odjeljak koji je uvršten u Ustav Hrvatske 2010)²⁴ bi zemlji dao jasno funkcionalno određenje i dodatnu legitimaciju.

6. Princip lojalnosti državi kao izraz systemske zamisli

Izvorni rincip „lojalnosti državi“ potiče iz Ustava Rajha iz 1871. Iz njegovog ustavnopravnog porijekla se razvila osnova ustavnopravne prakse u smislu „ugovorne lojalnosti državi“ koja je služila kao nepisani pravni princip sadržajnog upotpunjenja Ustava Rajha (Rudolf Smend). Lojalnost državi je od 1952. sastavni dio stalne prakse Saveznog ustavnog suda i ovaj princip je i do današnjeg dana općepriznat.

Sudska praksa je do sada izradila tri velike grupe slučajeva za primjenu principa lojalnosti državi: On je ograničenje izvršenja kompetencija i može utemeljiti obaveze na djelovanja ili obaveze na postupanje koje nije moguće izvesti neposredno iz ustavnih propisa. U sve tri grupe slučajeva princip lojalnosti državi služi interesima onog dijela, koji je u pogledu očuvanja ili ostvarenja svojih prava upućen na drugi dio.

Iz otvorenosti razvoja principa lojalnosti državi (kao „elastičnog“ pravnog principa) slijedi nužnost njegove sadržajne konkretizacije u praksi ustavnog sudije. Na osnovu sudske prakse Saveznog ustavnog suda se prije svega mogu prepoznati dvije funkcije lojalnosti državi, prema kojima se orijentira konkretizacija u pojedinačnim slučajevima: zaštita kompetencija i osiguravanje funkcije. Lojalnost državi se kao supsidijarni pravni princip primjenjuje samo u okviru zadate podjele nadležnosti i samo akcesorno u onim slučajevima u kojima se ne može pozvati na pisana ustavna pravila.

Lojalnost državi je kao nepisani ustavni i systemski princip usko vezana za prirodu cjelokupne državne strukture i efikasnost obavljanja državnih zadataka koja ne smije biti ugrožena dijeljenjem u autonomne jedinice. Pored (historijskog) porijekla u ustavnopravnom principu vjernosti i vjere u njegovoj izraženosti koja je specifična za federalizam (državni sporazumi između zemalja, kao i između savezne države i zemalja nisu rijetkost u ustavnoj stvarnosti kooperativnog federalizma) posebno se jak naglasak i raznolika uobličienost lojalnosti državi valjda mogu objasniti i time da je sveobuhvatan i samostalan savezni nadzor isključen, tako da je za sistem potrebno lojalno djelovanje svih dijelova savezne države. Pored toga, Savezna Republika Njemačka je zbog funkcionalne asimetrije nivoa vlasti posebno usmjerena prema saradnji.

Iako slični principi kao što je lojalnost državi postoje i u drugim saveznim državama (Belgija, Švicarska, Austrija), pa čak i u odnosu između EU i njenih država članica (član 4 Ustav EU) – kao lojalnost prema Zajednici – čini se da jedan takav princip ne postoji u bh-ustavnom pravu. To vjerovatno ima veze sa izraženo dualnim federalnim sistemom koji se zasniva na ekstenzivnoj razdvojenosti sfera nadležnosti, kao i na naglašavanju prava na veto u cilju očuvanja relevantne sfere nadležnosti. Međutim, to pojedinačne jedinice stavlja u povoljniji položaj bez protuteže systemskog principa koji pomaže da se uvaži integracijski interes.

²⁴ VIII Poglavlje Ustava Republike Hrvatske: Evropska unija (čl. 143-146).

7. Završna razmatranja: „Tamo gdje postoji volja, postoji i način“?

„U Saveznoj Republici Njemačkoj, nacionalnoj državi koja počiva na zakonodavnoj snazi njemačkog naroda, savezne zemlje nisu 'vladari Ustava'. Stoga u okviru Ustava ne postoji prostor za nastojanja vezana za odcjepljenje pojedinačnih saveznih zemalja. Ona krše ustavni poredak.“ Ovim sažetim riječima je Savezni ustavni sud Njemačke 16. decembra 2016. godine utvrdio da je odcjepljenje Bavarske pravno nemoguće. Jedan građanin je podnošenjem ustavne tužbe htio prisiliti na otcjepljenje Bavarske od Savezne Republike putem bavarskog referenduma; Druga komora Drugog senata nije uzela u obzir ovu tužbu prilikom donošenja odluke.

Već 1991. godine, nakon ponovnog ujedinjenja, Bavarska stranka (Bayernpartei), je željela da se utvrdi da Ustav ispunjava svoju svrhu kao provizorni ustav i da je time Bavarska ponovo dobila nezavisnost. Ustavni sud Bavarske je donio suprotnu odluku: Prema njoj, Bavarska nije bila samostalna država 1949. te se stoga nije pridružila Saveznoj Republici, tako da se ne može ni otcijepiti. Suci ustavnog suda su svojim objašnjenjem u samo tri rečenice ponovo pojasnili da za separatizam saveznih zemalja nema zakonskog osnova u Ustavu. U njemačkoj državnoj tradiciji od Sjevernonjemačke konfederacije se jedinstvo države implicitno podrazumijeva. Time je odcjepljenje sa pravnog aspekta nezamislivo; politički ga – čak i u Bavarskoj – zagovara sve beznačajnija manjina.

„Slobodarska sekularna država živi od pretpostavki koje ni sama ne može garantirati.“²⁵ Ovaj poznati paradoks njemačkog teoretičara ustavno pravo, Ernst-Wolfganga Böckenfördea (tzv. Böckenfördeov diktum) o kome se puno raspravljalo, postavlja ključna pitanja: Kako iz mnoštva može nastati jedinstvo? Kakav odnos pojedinca i grupe čini dijelom države? Do čega dovodi kohezija cjeline? Po mišljenju Böckenfördea, očigledna raznolikost pojedinaca, ali i suprotni interesi različitih grupa u državi dovode do zahtjeva za „homogenošću“ među građanima kao preduslovu za funkcioniranje demokratske države.²⁶ Međutim, on nikako ne posmatra pojam homogenosti u narodnom smislu, već time misli na pozitivno političko shvatanje konkretne države, odnosno „demokratski etos“; to je za njega „prije svega relativna homogenost u smislu da postoji zajednička predodžba o tome kako se želi živjeti zajedno.“²⁷ Čini se da jedna takva zajednička predožba o suživotu u zajedničkoj državi još uvijek nedostaje u BiH, barem među političkim elitama.

Međutim, u demokratskim federalnim državama je element dobrovoljnosti nešto bez čega se ne može: Ideja federalnog sporazuma („*federal compact*“) u (idealnom) tipičnom slučaju čini ugovornu osnovu za spajanje i tvorbu većih jedinica. Element dobrovoljnosti je jednako nužan za koheziju federalnih i regionalnih pokrajina, koji se grade devolutivnim procesima: to se jasno

²⁵ E-W. Böckenförde, Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation, 1967 u: *Festschrift für Forsthoff zu dessen 65. Geburtstag, Säkularisation und Utopie*, objavljeno; tekst je kasnije objavljen i u knjizi *Recht, Staat, Freiheit*, Frankfurt a.M 1991, ss. 92-113, citati su preuzeti iz ovog izdanja. Böckenförde postaje oštiji po ovom pitanju: „Na osnovu čega živi država, iz čega crpi temeljnu, homogenizirajuću i garantirajuću snagu i unutarnje regulacijske sile slobode koje su joj potrebne nakon što vezivna snaga religije više nije i ne može biti ključna za nju?“, s. 111.

²⁶ A. K. Mangold, *Das Böckenförde-Diktum*, <https://verfassungsblog.de/dasboeckenfoerde-diktum/>, DOI: <https://doi.org/10.17176/20190517-144003-0>, očitavanje: 01. 10. 2019.

²⁷ E-W. Böckenförde, intervju sa Ch. Rathom, Sloboda je zarazna, TAZ 23. 09. 2009, također pod linkom: <https://taz.de/!576006/>, očitavanje: 01. 10. 2019.

vidi i na osnovu najnovijih dešavanja u Belgiji, Španiji, Italiji i Ujedinjenom Kraljevstvu (i relevantnim težnjama za nezavisnošću). Dobrovoljnost članstva i saradnja je, međutim, ključna osnova organizacije i pravni poredak i u federalnim državama i u Evropskoj uniji.

Bosna i Hercegovina ima jedan od najkomplikovanijih političkih i federalnih sistema na svijetu. Njen multinacionalni karakter i jaka pozicija i autonomija oba entiteta uslijed kompromisa na kraju rata predstavljaju posebne izazove. Obnova nakon rata jeste dovela do postepenog jačanja državnog nivoa, ali su ovaj proces pretežno vodili međunarodni akteri izvana, a lokalno je postojala mala podrška ili prihvatanje.

Centralna pitanja bh. državnosti stoga i dalje ostaju bez odgovora, a trenutni sistem se u političkom smislu uvijek iznova i iz temelja dovodi u pitanje. Podjela nadležnosti u složenom bh-federalnom sistemu odražava problematičnu situaciju u zemlji. Funkcionalnost i efektivnost kao kriteriji igraju podređenu ulogu u sistemu koji se i dalje odlikuje etničkom podjelom, diskriminacijom i isključenjem.

Srednjeročno gledano je zamjena međunarodnih garancija za budućnost BiH neizbježna i neizostavna. Ona povlači pitanje povjerenja: kakve garancije ih mogu zamijeniti? U konačnici iza toga stoji pitanje vezano za osnove države. Iz tog razloga je smanjenje značaja etničke pripadnosti u institucijama, a time i provedba presude Sejdić-Finci tako važna. Nediskriminacija vlastitih građana je u jednoj demokratskoj državi neizostavna normalnost koju mora garantirati i multietnička država. Evropske integracije mogu dati važne odgovore vezane za reformski okvir po pitanju vrijednosti, osnovnih prava i institucionalne organizacije; priprema za buduće pristupanje Evropskoj uniji kao državni cilj, daje im neophodnu legitimaciju.

Federalizam je u BiH već 25 godina strukturni princip države. Do sada je on više bio problem nego rješenje. Iako njemačka iskustva – osim pojedinačnih elemenata – nisu prenosiva, ona jasno pokazuju da će federalizam biti rješenje samo onda ukoliko postoji odgovarajuća politička volja da on funkcionira i da se koristi na pozitivan način. Međutim, na pitanje o političkoj volji za prevazilaženje dejtonskog kompromisa i hladnog rata se mora odgovoriti u samoj Bosni i Hercegovini.

Cooperative Federalism, Bundestreue (federal comity) and European Integration. Experiences from the German federal system for Bosnia and Herzegovina?

Summary

70 years German Basic Law – nearly 25 years Constitution of Bosnia and Herzegovina (BiH). The huge differences between both Constitutions, their application and their respective environment are evident suggesting not to even start a comparison, in particular due to the complexity and the peculiar situation of BiH. However, as both States are federal systems, the paper tries to highlight some structural elements of the German federal experience using them as a basis for reflections regarding the improvement of the current stalemate in BiH. The focus is on the different logic of German federalism, as a system which is based upon cooperation due to the asymmetrical set up in the functions of federal level and States.

After a brief introduction on the origins and the historical environment conditioning the federal system, some structural elements making up the specific form of German cooperative federalism are illustrated: the systemic logic, an overview over the competencies and the institutional link, the Federal Council. The unwritten constitutional principle which guarantees cooperation and respect even in the absence of written rules in order to guarantee a functional and functioning system is discussed before focusing on the adaptation of the federal system to European integration and multi-level governance.

After the presentation and brief illustration of each element of the German federal system, comparative reflections follow regarding the situation in BiH. While the German experiences are certainly not transferable to BiH as such, they clearly demonstrate that federalism will be a solution only, if there is a political will to make it work and to use it positively for making the system function as a system. Despite federalism being a structural principle for nearly 25 years in BiH, too, it has rather been a problem than the solution. The political will for overcoming the cold war after the conflict through cooperation and by improving the Dayton compromise has to come from within.