

Dr. jur. habil. Edin Šarčević

Izv. Profesor Pravnog fakulteta u Leipzigu
Predsjednik Centra za javno pravo (S.Most / Sarajevo)

Juristenfakultät Leipzig
PF 100 920
04009 Leipzig
e-mail: edin@uni-leipzig.de

Stručno mišljenje u predmetu U 1/11

Registar Ustavnog suda BiH, gospodin *Zvonko Mijan* me je 21. jula 2011. godine ispred Ustavnog suda BiH pozvao da na javnoj raspravi u predmetu U 1/11 – državna imovina – u svojstvu učesnika iznesem stručno mišljenje. Istim dopisom sam obaviješten da je predmet rasprave Zahtjev za ocjenu ustavnosti Zakona o statusu državne imovine koja se nalazi na teritoriji Republike Srpske i pod zabranom je raspolaganja i da u slučaju pristanka putne troškove i troškove boravka moram snositi sam.

Uz dopis mi je dostavljen

- Zahtjev za ocjenu ustavnosti koji je podnio predsjedavajući Doma naroda Parlamentarne skupštine Bosne i Hercegovine sa prilogima.

Iz ureda Registrara Ustavnog suda BiH su po mom zahtjevu 22. jula 2011. dodatno dostavljeni:

- Odgovor NSRS na navode iz zahtjeva za ocjenu ustavnosti Zakona o statusu državne imovine od 14. februara 2011. i
- prevod pisanih zapažanja Ureda Visokog predstavnika o predmetu U 1/11 od 26. aprila 2011.

25. oktobra 2011. mi je na vlastiti zahtjev dostavljeno:

- Mišljenje Venecijanske komisije br. – 642/2011.

Na upit o listi konkretnih pitanja 22. jula 2011. sam dobio odgovor da eksperti iznose vlastito mišljenje o bitnim pitanjima. Bitna pitanja nisu određena.

Nakon što sam pregledao dostavljene materijale potvrdio sam Registraru Ustavnog suda BiH da ću uzeti učešće u javnoj raspravi.

U tom smislu Vam dostavljam

MIŠLJENJE

o bitnim pitanjima za predmet U 1/11:

I. Suština zahtjeva

§ 1. Za pitanje da li je Zakon o statusu državne imovine koja se nalazi na teritoriji Republike Srpske i pod zabranom je raspolaganja (Sl. gl. RS, 135/10) u skladu sa Ustavom BiH relevantna su dva aspekta:

- a) Da li donošenje spornog Zakona o statusu državne imovine na bilo koji način krši Ustav BiH i akcesorno ustavno pravo i da li sporni zakon materijalnim sadržajem nije usklađen sa Ustavom BiH i akcesornim ustavnim pravom. U smislu ovog pitanja se mora provjeriti da li je sporni zakon u suprotnosti sa izričitim ustavnim zapovijestima ili sa nepisanim ustavnim pravom, odnosno, da li donošenje entitetskog Zakona o statusu imovine krši konkretne ustavne principe iz kojih slijede neposredne normativne zapovijesti, prava ili obaveze. Takav postupak podrazumijeva provjeru formalne (proceduralne) i materijalne (sadržajno-regulativne) ustavnosti spornog zakona.
- b) Drugi aspekt se svodi na pitanje da li je država BiH pasivno legitimirana da se pozove na povredu čl. 1 Protokola 1 uz EKLJP i ako jeste da li je ovo konvencijsko pravo povrijeđeno na nedozvoljen način (materijalno-regulativna ustavnost).

§ 2. Podnosilac zahtjeva navodi da je sporni zakon u suprotnosti sa nekoliko izričitih ustavnih propisa:

- najprije sa alinejom 2 i 6 Preambule koja ističe mir, pravdu i pomirenje na jednoj i državni suverenitet na drugoj strani, kao ustavne ciljeve koji sadrže opšte normativne zapovijesti,
- zatim sa ustavnim propisom o državnom kontinuitetu iz čl. I/1 i III/3.b) Ustava BiH u vezi sa čl. 1 Aneksa A iz Sporazuma o sukcesiji koji normira da se imovina bivše SFRJ prenosi na države nasljednice, dakle, i na državu BiH. Sporni zakon prema tome, u najmanju ruku nije u skladu sa materijalnim sadržajem principa državnog kontinuiteta, jer kontinuitet državnosti podrazumijeva, prije svega, kontinuitet imovine i imovinskih prava.

Nadalje, podnosilac zahtjeva tvrdi da je sporni zakon donešen suprotno izričitom ustavnom propisu o raspodjeli nadležnosti između države i njenih entiteta iz čl. IV/4.e) Ustava BiH i da je već zbog formalnog nedostatka neustavan.

Konačno, podnosilac zahtjeva smatra da je sporni Zakon u suprotnosti sa čl. 1 Protokola 1 uz EKLJP, jer onemogućuje državi da kontrolira korištenje svoje imovine u skladu sa opštim interesom.

§ 3. Narodna Skupština RS u cjelini osporava sve navode upućujući u pogledu nadležnosti na čl. 68 t. 6 Ustava RS kao pravni osnov za donošenje spornog Zakona i na Odluku Ustavnog suda BiH U 5/98, zatim na pretpostavku zakonodavne nadležnosti u korist entiteta iz čl. III/3.a) i na čl. III/5.a) Ustava koji zahtijeva sporazum entiteta za zasnivanje državne nadležnosti. U pogledu

povrede principa kontinuiteta koji podrazumijeva kontinuitet imovinskih prava osporava se sama mogućnost da BiH raspolaže vlastitom imovinom upućivanjem na unutrašnju strukturu države reguliranu čl. I/3 u vezi sa čl. III/1 i III/3.a) Ustava BiH. U pogledu povrede čl. 1 Protokola 1 uz EKLJP se osporava primjena konvencionog prava zbog nedostatka pasivne legitimacije na strani države BiH.

II. Prethodna pitanja

§ 4. Mišljenja sam da se za ocjenu ustavnosti spornog zakona prethodno moraju razjasniti sljedeća pitanja:

- *standard (omjer) provjere (§ 5),*
- *predmet provjere (§ 6),*
- *hijerarhija pravnih normi (§ 7 - § 8),*
- *relevantnost kolizije (§ 9),*
- *domet ustavnog principa o vladavini zakona (§ 10),*
- *tipizacije BiH-federalizma prema raspodjeli nadležnosti (§ 11 - § 12),*
- *obaveza na lojalnost (§ 13),*
- *normativnost Preambule (§ 14) i*
- *status nametnutih zakona.*

§ 5. *Standard (omjer) provjere* ustavnosti spornog zakona je Ustav BiH (Aneks 4). Uz njega prema čl. IV/3.c), u vezi sa principom direktne primjene iz čl. II/2. Ustava, u standard provjere ulazi EKLJP sa dodatnim protokolima kao i međunarodnopravni mehanizmi za zaštitu ljudskih prava i sloboda iz Aneksa I uz Ustav BiH (Aneks 4) koji se primjenjuju, kao nesporan dio ustavnog prava BiH.¹ Praktično se sporni zakon mora provjeravati s obzirom na mogućnost kršenja Ustava i EKLJP.

§ 6. *Predmet provjere* je sporni entitetski zakon o raspolaganju državnom imovinom. Ako se u vezi s tim pojavljuje sumnja u ovlaštenje Ustavnog suda da ispituje ustavnost entitetskog zakona smatram da se izričito ovlaštenje nalazi u drugoj alternativni čl. VI/3.a) Ustava. Ovaj propis u formi ustavne zapovijesti određuje da je Ustavni sud jedini nadležan da rješavajući o sporu između entiteta i države ili institucija BiH povodom Ustava BiH odlučuje o saglasnosti bilo koje odredbe zakona jednog entiteta sa Ustavom BiH. Ovu nadležnost je potvrdio Ustavni sud u svojoj stalnoj praksi.²

§ 7. Princip *normativne hijerarhije* određuje uzajamni odnos pravnih normi prema pravilu da norme višeg ranga u slučaju kolizije isključuju norme nižeg ranga, u cjelini ili djelimično. On je u svim federalno uređenim državama od primarnog značaja, budući da fungira kao koliziorna norma.

Ustav BiH regulira normativni rang u članu III/3.b) prva rečenica, tako što u formi ustavne zapovijesti o primatu Ustava BiH obavezuje entitete da stave van snage sve ustavne i zakonske odredbe koje nisu u saglasnosti sa *Ustavom i odlukama institucija* BiH.³ Ovaj propis utvrđuje da

¹ Čl. VI/3, prva rečenica; također, ustaljena pravosudna praksa koja slijedi iz pravne prirode apelacije kao instrumenta za subjektivno-individualnu pravnu zaštitu i apelacije kao instrumenta za objektivnu ustavnu zaštitu.

² Usp. U 2/21 od 27. 05. 2011, st. 44 sa daljim uputama.

³ Potvrđeno u odlukama U 14/04 i U 2/21 (ovdje u st. 53).

je Ustav BiH i da su odluke institucija BiH više u rangu od entitetskog prava. Prema tome, Ustav BiH i odluke institucija BiH će u slučaju kolizije derogirati ustavne i zakonske odredbe entiteta koje im se suprotstavljaju.

Na osnovu ustavnog primata će u smislu principa hijerarhije ustavnih normi iz čl. III/3.b) druga rečenica Ustava svaka formalno i materijalno ustavna odluka bosanskohercegovačkih institucija (npr. nekog ministarstva) derogirati entitetske propise (npr. ustavni propis entiteta) koji sa njom nisu u skladu. Iz toga slijedi da će entiteti i sve njihove administrativne jedinice, kada donesu propise koji su u suprotnosti sa Ustavom ili sa odlukom neke institucije BiH, prekršiti ustavni princip normativne hijerarhije, bilo da krše ustavnu zapovijest o primatu Ustava BiH, bilo da krše ustavnu zapovijest o primatu odluka institucija BiH. Zakoni i normativni akti koje donose entitetske vlasti biće ništavi ako nisu u skladu sa zakonima i sa normativnim aktima bosanskohercegovačkih institucija i Ustavom BiH, zato što krše ustavno načelo primata državnog prava.

§ 8. Ustavni sud je ovlašten na incidentnu provjeru da li postoji očigledna kolizija entitetskih propisa sa državnim propisima („odlukama institucija BiH“) i materijalnim sadržajem Ustava BiH. Ako bi mu se osporilo ovo ovlaštenje, država bi kao čuvar ustavnopravnih principa iz čl. III/3.b) kao i iz čl. I/2-3. Ustava⁴ ostala bez pravne zaštite u svim slučajevima kršenja državnih zakona koji su formalno i materijalno usklađeni sa ustavom.

§ 9. Da li je nastupio *slučaj kolizije*, odlučuje se na osnovu interpretacije spornog propisa i normativnog sadržaja relevantnog ustavnog propisa, odnosno relevantne odluke bosanskohercegovačke institucije. Općenito bi se moglo zaključiti da kolizija postoji ako entitetski propis regulira istu materiju kao i državni (*reguliranje istih pravnih odnosa*) i ako vodi različitim pravnim posljedicama (*bitno odstupanje normativnih sadržaja*). Da li postoji kolizija, određuje se na osnovu konkretnog regulativnog sadržaja norme. Posljedica kolizije je ništavost norme nižeg ranga.⁵

§ 10. U uskoj stvarnoj ovisnosti sa principom normativne hijerarhije (usp. § 7) stoji *princip pravne države*, koji je u Ustavu BiH načelno propisan formulom o vladavini zakona iz čl. I/2 Ustava BiH. Jer, „vladavina zakona“ podrazumijeva prije svega „vladavinu ustava“. Ona konstituira primat ustavnog prava nad svim nižim pravnim aktima i zahtijeva da se državna vlast na svim nivoima pridržava ustavnog prava. Ovakav zaključak ne slijedi samo iz principa pravne sigurnosti kao elementa pravne državnosti koji priznaje Ustavni sud BiH,⁶ nego iz opšteprihvaćenog razumijevanja pravne države kao ustavnog principa koji ulazi u pravnu stečevinu evropskih zemalja.⁷ U tako postavljen bilans pravne države ulazi i zahtjev da se u princip „vladavine zakona“ kao njegov obavezni element uračuna zahtjev za zakonitošću državnog djelovanja koji, posebno u federalno ustrojenim sistemima, zahtijeva da pravni akti nižih federalnih jedinica budu u cjelini usklađeni sa pravnim aktima države.

To znači da će svaki entitetski zakon koji u pogledu materijalnog sadržaja nije u skladu sa državnim zakonom (koji je formalno i materijalno u skladu sa Ustavom) biti neustavan zbog toga

⁴ Ibid.

⁵ Umjesto obilja literature M. Huber, u: Sachs, Grundgesetz Kommentar, 2011, ss. 2095 i dalje.

⁶ U 68/02, od 25. 06. 2004, st. 45.

⁷ Usp. E. Schmidt-Aßman, Der Rechtsstaat, HBStR II, 2004, ss. 604 i dalje; R. Hofmann/J. Marko/F. Merli/E. Wiederin, Rechtsstaatlichkeit in Europa 1996.

što je u suprotnosti sa principom vladavine zakona iz čl. I/2 Ustava BiH. Entitetski zakonodavac svaki put krši ustavno pravo BiH u formi povrede načela pravne države, kada u okviru vlastitih zakonodavnih ovlaštenja donosi propise koji materijalnim sadržajem krše državno pravo ili derogiraju njegovu primjenu.

§ 11. Bosna i Hercegovina je *federacija* koja je formirana izvan standarda „savezne države“. Jer, entiteti nisu države⁸ nego visoko osamostaljene teritorijalne jedinice sa kvazidržavnim ovlaštenjima i kompetencijama koje konkretiziraju tip bosanskohercegovačkog federalizma.⁹ On je konkretiziran najvećim dijelom, u raspodjeli nadležnosti između države i entiteta.

§ 12. Pitanje *nadležnosti* je riješeno principom pretpostavljene nadležnosti entiteta za područja koja izričito nisu nabrojana kao nadležnost institucija BiH. Pitanja koja izričito nisu nabrojana u članu III/1 Ustava nisu nužno u isključivoj nadležnosti entiteta, na isti način na koji entiteti mogu imati rezidualne nadležnosti u odnosu na odgovornost institucija Bosne i Hercegovine.¹⁰

§ 13. Načelo „*lojalnog djelovanja*“ predstavlja nepisano ustavno načelo koje na jednak način prožima cjelokupno federalno uređenje Ustava BiH kao i sve druge federalno uređene države.¹¹ Ovo načelo slijedi na jednoj strani iz nesavršenosti normiranja federalnih odnosa i potrebe da se država i entiteti ne svode samo na formalnu korektnost u ispunjavanju njihovih prava i obaveza, nego da se koncentriraju na stalno iznalaženje i uspostavljanje dobrog federalnog odnosa, na usklađeno djelovanje koje isključuje spor, čak i kada su sporni zahtjevi formalno-pravno utemeljeni. Na drugoj strani ono slijedi iz pisanog ustavnog prava i predstavlja njegovu nadopunu u smislu zahtjeva da država i entiteti u postupku ostvarivanja svojih ustavnih prava i obaveza budu lojalni državi i njenim ustavnim vrijednostima. Ovo načelo slijedi prevashodno iz dvostruke odluke ustavotvorca: jednom za vertikalnu raspodjelu kompetencija u izvršavanju državne vlasti između države i entiteta, drugi put iz same suštine federaliziranja BiH koja zahtijeva funkcionalnu osposobljenost cjeline da obavlja državne zadatke kao državni sistem raspodijeljenih nadležnosti. Načelo ne utemeljuje konkretne nadležnosti i ne utiče na raspodjelu nadležnosti u pisanom Ustavu, nego u području vršenja nadležnosti korigira konkretno preuzimanje regulativnih kompetencija koje počivaju na pisanom ustavnom pravu.

„Princip lojalnog djelovanja“ slijedi iz sistematske veze čl. III/5 sa čl. III.2.d) i III.3.b), sa 2, 3. i 6. Alinejom Preambule i čl. I/1 Ustava BiH. U sistematskoj vezi oni određuju usaglašavanje (uzajamno dogovaranje i koordinaciju) kao temeljni ratio razvijanja federalnih odnosa. Takav ratio se rukovodi očuvanjem teritorijalnog suvereniteta, međunarodnog subjektiviteta i političke nezavisnosti države kao temeljnih ustavnih vrijednosti koje ulaze u identitet državnog kontinuiteta BiH. Iz njega se mogu izvoditi dodatne obaveze, kako za entitete, tako i za državu. Ali, ključna dogmatska poruka upućuje na obavezu entiteta i države da u području svoga

⁸ Treća djelimična odluka u predmetu U 5/98, st. 29.

⁹ Usp. Venecijanska komisija, Mišljenje o kompatibilnosti Ustava Federacije Bosne i Hercegovine i Republike Srpske sa Ustavom Bosne i Hercegovine, CDL (1996) 056rev2.

¹⁰ U 25/00 od 23. 03. 2001, st. 32.

¹¹ Analogno načelu „Bundestreue“ ili „Bundesfreundliches Verhalten“ kao nepisanom ustavnom principu koji dopunjuje kao korektiv pisano ustavno pravo u područjima koja su relevantna za saradnju savezne države i saveznih zemalja. Usp. za Savezni ustavni sud SR Njemačke Presuda drugog senata od 28. 02. 1961. (1. Rundfunkentscheidung) u: Izabrane odluke njemačkog saveznog ustavnog suda, s. 522; u doktrinalnom smislu K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 20. izdanje 1995, ss. 108 i dalje.

djelovanja vlastite nadležnosti koriste i provode tako da se ne narušava državni integritet i suverenitet u svim njegovim aspektima.

§ 14. Preambula Ustava BiH je po svojoj pravnoj prirodi integralni ustavni dio¹² sa normativnim osobinama.¹³ Normativnost Preambule znači da se pod nju mogu supsumirati činjenična stanja i da se iz nje mogu izvoditi neposredna prava i obaveze. Ona predstavlja „standard za kontrolu Ustavnog suda“¹⁴.

§ 15. Nametnuti zakoni se moraju smatrati zakonima institucija Bosne i Hercegovine. Iz činjenice da je jedan zakon donio Visoki predstavnik za BiH, a ne Parlamentarna skupština, ne slijedi da on gubi status zakona, ni u pogledu forme, ni u pogledu suštine. Forma je zadržana objavljivanjem u službenom glasilu, suština je održana materijom koju regulira, jer ona spada u zakonodavnu nadležnost Parlamentarne skupštine BiH prema čl. IV/a) Ustava.¹⁵ Prema tome, Zakon o privremenoj zabrani raspolaganja državnom imovinom (Sl. gl. BiH 18/05, 29/06, 85/06, 32/07, 41/07, 74/07, 99/07 i 58/07) predstavlja odluku institucije BiH u smislu čl. III/3.b) prva rečenica Ustava.

III. Formalna ustavnost spornog zakona

§ 16. Zakon o statusu državne imovine koja se nalazi na teritoriji RS i pod zabranom je raspolaganja ustavan je u formalnom smislu ako je donešen u skladu sa propisima koji reguliraju nadležnosti za njegovo donošenje i ako je u svemu ostalom provedena uredna zakonodavna procedura. Pred Ustavnim sudom BiH se ne postavlja pitanje ustavnosti zakonodavne procedure, jer je predmet po sebi reguliran entitetskim Ustavom. Otvoreno ostaje pitanje da li je samim donošenjem zakona koji regulira materiju raspolaganja državnom imovinom na specifičan način povrijeđen neki propis o raspodjeli zakonodavnih nadležnosti iz Ustava BiH.

Nadležnost BiH se svaki put utemeljuje na osnovu ustavnog propisa (usp. gore § 12), koji, opet, u cjelini ili djelimično suspendira nadležnost entiteta (već prema tipu nadležnosti – isključiva, konkurentna ili okvirna).

§ 17. Nadležnost će se u slučaju spornog entitetskog zakona morati određivati s obzirom na predmet koji regulira. To je „državna imovina“, dakle, imovina koju je BiH stekla na osnovu Sporazuma o sukcesiji SFRJ¹⁶ i imovina na koju je vlasnička prava polagala SRBiH ili njeni organi prije 31. 12. 1991.¹⁷ Predmet koji sporni zakon regulira je prema tome određen uskom stvarnom ovisnošću imovine iz sukcesione mase sa imovinom Republike BiH. U tom se definitornom elementu ustavni princip kontinuiteta (identiteta) mora tumačiti u kontekstu sa međunarodnim sporazumom o sukcesiji, tako da se iz njihovih normativnih sadržaja može

¹² Usp. čl. 31 st. 2 Bečke konvencije o pravu internacionalnih ugovora.

¹³ Usp. Treća djelimična odluka u predmetu U 5/98, st. 23-26.

¹⁴ Treća djelimična odluka (bilj. 13).

¹⁵ Odluka Ustavnog suda o Zakonu o državnoj graničnoj službi, U 9/00 (Sl. gl. BiH 01/02), st. 5, 7, 8 i 29; usp. također U 25-00, st. 22.

¹⁶ Sporazum o sukcesiji, ratificiran odlukom Predsjedništva od 28. 11. 2011. po dobijanju saglasnosti PS BiH i njene odluke 56/01 od 24. 10. 2001, Sl. gl. BiH – Međunarodni ugovori, 10/01.

¹⁷ Pojam „državna imovina“ ne obuhvata, dakle, svu imovinu, npr. imovinu koju je stekla SRBiH/RBiH nakon 31. 12. 1991. i po nekom drugom osnovu. Usp. E. Mehmedović, Sveske za javno pravo 5/2011, ss. 27. i dalje; završni izvještaj Ureda Visokog predstavnika o popisu državne imovine u BiH, decembar 2009, tačka A.

dospjeti do zaključka o unutrašnjoj nadležnosti za regulaciju državne imovine. Naime, Sporazum o sukcesiji, kao međunarodni ugovor, i ustavni princip kontinuiteta iz čl. I/1 prva rečenica Ustava prejudiciraju odluku o nadležnosti za reguliranje ove materije.

Ovdje se pokazuje dogmatski značaj ustavnog propisa iz čl. I/1 Ustava u vezi sa čl. III/1.a) i e) i čl. IV/4.d) i e).

- a) Čl. I/1 Ustava pod naslovom *kontinuitet* BiH definira *identitet* BiH sa državom koja je na pozadini dismembracije Jugoslavije 1992. priznata kao nezavisna država, ali tako da se kontinuitet i identitet ne mogu u pravnom smislu razlikovati. Propis utvrđuje da Republika BiH mijenja ime i da nastavlja svoje pravno postojanje po međunarodnom pravu kao država koja u unutrašnjosti (ustavom) utvrđuje novu strukturu. Postojanje po međunarodnom pravu podrazumijeva preuzimanje obaveza Republike BiH i osiguranje postojećih prava¹⁸ (kontinuitet važenja prijašnjeg prava, Aneks II uz Ustav, čl. 2-5). Iz ustavnog propisa se ne vidi namjera da se selektivno pristupi realizaciji prava i obaveza u pogledu međunarodnopravnog postojanja BiH kao države. Teško je zamisliti situaciju u kojoj se državi ustavnim tekstom, u prvom članu ustava, propisuje kontinuitet u pogledu državnopravnog identiteta i međunarodnog subjektiviteta, a da se istovremeno ospori mogućnost da država sama regulira područje koje je upravo bitno za ostvarenje kontinuiteta i njenog međunarodnog subjektiviteta. U kontinuitet u pravima i obavezama, po prirodi stvari, ulazi raspolaganje javnim dobrima koja su u neposrednoj funkciji obavljanja javne vlasti, bilo da se na osnovu nje ostvaruju budžetski prihodi, bilo da se njome neposredno koriste državne institucije. Upravo državna imovina služi ispunjenju ove svrhe.¹⁹

Kako će institucije BiH, s obzirom na unutrašnju strukturu, ovo pitanje konkretno regulirati, određiće prema vlastitoj procjeni same institucije. To, međutim, samo po sebi ne isključuje nadležnost BiH da na osnovu propisa o kontinuitetu u vlastiti identitet uračuna vlasništvo nad pokretnom i nepokretnom imovinom Republike BiH i da ga regulira. Ona je na to obavezna. U suprotnom bi kontinuitet iz čl. I/1 Ustava podrazumijevao samo kontinuitet u preuzimanju prava i obaveza bez mogućnosti da državne institucije reguliraju područja koja su predmet takvih prava i obaveza.

Ovakvo stajalište dodatno osnažuje Sporazum o pitanjima sukcesije koji jednoznačno obavezuje države nasljednice da, prihvatajući ugovorene principe, poduzimaju neophodne mjere kako bi spriječile gubitak, oštećenje ili uništenje arhiva, imovine i kapitala bivše SFRJ (čl. 2 i 8 Sporazuma). Takve mjere BiH ne može poduzeti ako joj se ospori isključiva regulativna kompetencija za područje državne imovine.

Prema tome, princip kontinuiteta u konkretnoj formi identiteta Republike BiH sa državom BiH *indicira* nadležnost države da regulira materiju državne imovine.

¹⁸ Za državni kontinuitet su irelevantne promjene sistema vladavine, kao i prelaz od monarhije prema republici ili prema diktaturi, čak i nasilna revolucija koja nosi prekid ustavnog kontinuiteta ne mijenja ništa u poziciji pravnog subjektiviteta države. Za međunarodnopravnu egzistenciju je također irelevantno, da li je konkretna vlast legitimna, odnosno da li je u smislu nacionalnog ustavnog prava došla zakonito na vlast (usp. npr. T. Stein/v. Buttlar, *Völkerrecht*, 2009, s. 97; S. Hobe, *Einführung in das Völkerrecht*, 2008, ss. 73, 104).

¹⁹ Potvrđeno u Odluci PS BiH 152/05, u presudi Suda BiH P-254/06 od 03. 10. 2008. i u pravosnažnom rješenju Zemljišnoknjižnog ureda Opštine Mostar Dn:224/04 od 26. 05. 2009.

- b) Takav zaključak konkretizira i potvrđuje sistematska veza državnog kontinuiteta iz čl. I/1 Ustava sa čl. III/1.a) i e) Ustava. Iz njih se vidi da je vanjska politika i finansiranje institucija BiH, kao dio širokog spektra internacionalnih odnosa, isključiva nadležnost države. Nju nadopunjuju ovlaštenja PS BiH iz čl. IV/4.d) i e): odluke o izvorima i iznosu sredstava za rad institucija BiH i za međunarodne obaveze BiH zajedno sa ostalim pitanjima koja su potrebna da se provedu ovlaštenja PSBiH utvrđene su kao nadležnost državne institucije, odnosno PSBiH. Prema tome, međunarodne obaveze, međunarodni status i članstva u međunarodnim organizacijama su isključivo regulativna područja države. Međunarodno pravo je slijepo za unutrašnju strukturu države. Regulacija državne imovine nije ništa drugo do izvršavanje međunarodnopravne obaveze statuirane ratifikacijom međunarodnog Sporazuma o pitanjima sukcesije. Ukratko: kao međunarodnopravni subjekt koji preuzimanjem svoje imovine i rješavanjem njenog statusa izlazi u susret međunarodnom sporazumu (o pitanjima sukcesije), država istovremeno izlazi u susret i ustavnom propisu o državnom identitetu iz člana I/1 Ustava, propisima o nadležnostima institucija BiH u području vanjske politike (III/1.a] Ustava) i finansiranju međunarodnih obaveza (čl. III/1.d] Ustava) kao i ustavnim propisima o ovlaštenjima PS BiH iz čl. IV.4.d) i e).
- c) Ako bi se regulacija statusa državne imovine iz Sporazuma o pitanjima sukcesije htjela riješiti kao pitanje entitetske nadležnosti, onda bi se citirani propisi nalazili u praznom hodu. Jer, država bi bila onemogućena da ulazi u regulaciju materije koja prema izričitim ustavnim propisima spada u područja obaveza koje proističu iz njenog međunarodnopravnog subjektiviteta. Ona bi, drugim riječima, u međunarodnom prometu zaključivala sporazume čije izvršenje u unutrašnjem pravnom prostoru ne bi mogla jamčiti.

Zaključak: Reguliranje materije državne imovine entitetskim zakonom je u suprotnosti sa Ustavom BiH zbog toga što se preuzimanjem materije državne imovine u isključivu nadležnost entiteta krši princip kontinuiteta iz čl. I/1 Ustava u vezi sa propisima o nadležnosti institucija BiH iz čl. III/1.a) i e) i propisima o ovlaštenjima PS BiH iz čl. IV/4. d) i e) Ustava. Citirani propisi predstavljaju normativni osnov za nadležnosti BiH u područjima koja uz državni kontinuitet reguliraju predmete međunarodnopravnih obaveza, njihovih finansiranja, njihove ratifikacije i, po tom osnovu, sredstava za njihov rad. Državna imovina ulazi u ova područja.

Zakon o statusu državne imovine koja se nalazi na teritoriji RS i pod zabranom je raspolaganja je, prema tome, iz formalnih razloga neustavan.

§ 18. Ustavnost spornog zakona se mora provjeriti i s obzirom na činjenicu da je ista materija regulirana zakonima o privremenoj zabrani raspolaganja državnom imovinom koji su donešeni za nivo BiH, F BiH i RS.²⁰ Za pitanje ustavnosti je relevantan Zakon o privremenoj zabrani raspolaganja državnom imovinom na nivou BiH²¹, zato što on predstavlja zakon *institucije* BiH (usp. gore § 15). Izričitim odredbama ovog zakona se zabranjuje raspolaganje državnom imovinom, te se svaka odluka, akt, ugovor ili neki drugi pravni instrument kojim se raspolaže državnom imovinom, suprotno odredbama ovog zakona, smatra ništavim. Upravo se Zakonom o

²⁰ Detaljnije kod Mehmedović (bilj. 17), s. 31.

²¹ Sl. gl. BiH 18/05, 29/06, 32/07, 41/07, 74/07, 99/07 i 58/08. (Zakon je proglasio 2005. Visoki predstavnik za BiH Paddy Ashdown).

statusu državne imovine koja se nalazi na teritoriji RSa i pod zabranom je raspolaganja, suprotno izričitim odredbama Zakona o zabrani raspolaganja državnom imovinom, *raspoloža* državnom imovinom. On definicijom imovine (čl. 2), propisima o upisu državne imovine u korist RSa (čl. 3), propisom o ovlaštenjima Vlade RSa da upravlja i raspoloža imovinom sklapanjem pravnih poslova (čl. 4 – 7), reguliše istu materiju kao i Zakon o zabrani raspolaganja, ali tako da suprotno državnom Zakonu o zabrani raspolaganja uređuje, prema teritorijalnom principu, konkretne oblike raspolaganja ovom imovinom.

Prema tome, Zakon o statusu državne imovine koja se nalazi na teritorij RSa i pod zabranom je raspolaganja regulira iste pravne odnose kao i Zakon o privremenoj zabrani raspolaganja državnom imovinom BiH i regulirajući različite pravne posljedice normativnim sadržajem bitno odstupa od bosanskohercegovačkog Zakona o privremenoj zabrani raspolaganja državnom imovinom. Ovdje je entitetski zakon u koliziji sa državnim zakonom (usp. gore pod § 9). Time je povrijeđen ustavni princip normativne hijerarhije iz čl. III/3.b), što u skladu sa zahtjevom primata državnog prava mora voditi do poništenja spornog zakona u cjelini (usp. gore § 7).

Zaključak: Reguliranje materije državne imovine entitetskim zakonom je u suprotnosti sa Ustavom BiH zbog toga što se njime na entitetskom nivou, suprotno izričitim odredbama državnog propisa, uređuje raspolaganje državnom imovinom. Ovim je povrijeđen princip normativne hijerarhije iz čl. III/3.b) prva rečenica Ustava.

Zakon o statusu državne imovine koja se nalazi na teritoriji RS i pod zabranom je raspolaganja je, prema tome, iz formalnih razloga neustavan.

§ 19. U pravilu će svaka povreda principa normativne hijerarhije u formi kršenja primata ustavnog prava iz čl. III/3.b) Ustava automatski voditi povredi principa pravne države iz čl. I/2 Ustava. Entitetski zakonodavac će svaki put kada donosi zakon koji svojim normativnim sadržajem krši državni zakon biti formalno neustavan i zbog toga što u princip normativne hijerarhije ulazi zahtjev da pravo nižeg ranga materijalnim sadržajem ne isključuje ili ne protivrječi pravu višeg ranga. Ako do toga dođe, kao u ovom slučaju, automatski je prekršena „vladavina Ustava“ kao centralni element pravne državnosti propisane u formuli „vladavine zakona“ iz čl. I/2 Ustava BiH (usp. gore § 10).

Budući da je materijalni sadržaj entitetskog Zakona o statusu državne imovine koja se nalazi na teritoriji RSa i pod zabranom je raspolaganja u suprotnosti sa državnim zakonom o zabrani raspolaganja ovom imovinom, to je donošenjem entitetskog zakona povrijeđen princip pravne države iz čl. I/2 Ustava.

Zaključak: Donošenje entitetskog zakona o državnoj imovini koja je predmet reguliranja državnog zakona i koja stoji pod zabranom raspolaganja povrijeđeno je ustavno pravo u formi kršenja principa pravne države iz čl. I/2 Ustava.

Zakon o statusu državne imovine koja se nalazi na teritoriji RS i pod zabranom je raspolaganja je, prema tome, iz formalnih razloga neustavan.

§ 20. Formalna neustavnost spornog zakona se, također, mora potvrditi ako je povrijeđeno neko od nepisanih ustavnih načela koje je u rangu pisanog ustavnog prava i koje je relevantno za određivanje entitetskog kruga nadležnosti. Ovdje se u prvom redu mora pomisliti na načelo lojalnog djelovanja koje kao nepisano ustavno pravo korigira korištenje zakonodavnih nadležnosti u federalno ustrojenim državama (usp. gore pod § 13). Ono će biti povrijeđeno kada

entiteti, čak i ako ostanu u okviru nadležnosti koje im određuje jedan od ustava, vršenjem ovih nadležnosti narušavaju neki od aspekata državnog integriteta ili suvereniteta.

Donošenjem spornog zakona je entitetska vlast povrijedila nekoliko nosećih ustavnih principa: princip kontinuiteta u vezi sa ovlaštenjima državnih ustanova i PSBiH, subprincip ustavnog primata (u okviru principa normativne hijerarhije) i princip pravne države. Uz to je u materijalni sadržaj spornog zakona unešen propis prema kojem RS može sklopiti ugovor sa Vijećem ministara BiH o ustupanju na korištenje dijela imovine potrebne institucijama BiH radi obavljanja poslova iz njihove nadležnosti (čl. 5 i 6 Zakona o statusu državne imovine koja se nalazi na teritoriji RS i pod zabranom je raspolaganja). Kako se iz spornog zakona u cjelini, a posebno, iz čl. 5 i 6 jasno nazire mogućnost da se iz javnopravne sfere države BiH isključi imovina koja služi funkcioniranju države i pružanju državnih usluga i da se time finansijska pozicija države oslabi, mora se zaključiti da je ovim povrijeđeno načelo lojalnog djelovanja, jer bi oduzimanje državne imovine njenom stvarnom titularu – državi vodilo njenom slabljenju.

Zaključak: Ako se donošenje spornog entitetskog zakona ne bi smatralo neustavnim ni iz jednog od razloga koji su pobrojani u §§ 17 – 19, onda u prilog njegovoj formalnoj neustavnosti govori povreda nepisanog ustavnog načela o obavezi na lojalno djelovanje, koje slijedi iz sistematske veze čl. III/5, III/2.d), III.3.b), 2, 3. i 6. Alineje Preambule i čl. I/1. Ustava BiH (subsidijska primjena nepisanih ustavnih načela).

IV. Subsidijska pitanja uz problem ustavnosti u formalnom smislu

§ 21. Pitanje pravnog osnova spornog zakona u Ustavu RS je za provjeru njegove ustavnosti pred Ustavnim sudom BiH irelevantno. Da li je njegovo donošenje utemeljeno u entitetskom ustavnom pravu, provjerava se pred entitetskim Ustavnim sudom. Argument o pravnom osnovu koji koristi Treću djelimičnu odluku U 5/98 i njen stav 26 kao dokaz da je pitanje ustavnosti spornog zakona riješeno, je neupotrebljiv zato što nema analogne konstelacije. Jednom je riječ o ovlaštenju za *regulaciju*, drugi put o *korištenju* imovine. U Trećoj djelimičnoj odluci Sud utvrđuje da je entitetski ustavni propis koji stvara ovlaštenje za *regulaciju* ovog pitanja ustavan.²² Time nije ništa kazano o problemu *korištenja* i *preuzimanja* državne imovine, odnosno, o jednom konkretnom aspektu regulacije ovog pitanja.

§ 22. Argument da se za regulaciju državne imovine u BiH mora iskoristiti kao mjerodavna pozicija državne zajednice Srbije i CG u Sporazumu o sukcesiji je bespredmetan. Svaka analogija između BiH i Državne zajednice Srbije i Crne gore je neosnovana, jer nema nikakvih historijskih, ustavnih i državnopravnih sličnosti koje bi se mogle upotrijebiti u smislu pravne argumentacije. To se vidi iz definicije u članu 2 Ustavne povelje državne zajednice Srbije i Crne Gore.²³ Ona čini svaku usporedbu izlišnom zato što propisuje da je zajednica zasnovana na ravnopravnosti „dvije države članice, države Srbije i Crne Gore“. Čl. 8 Sporazuma o sukcesiji pod pojmom „države nasljednice“ podrazumijeva međunarodnopravne subjekte, dakle, isključivo Bosnu i Hercegovinu, a pojam „interni zakon“ u smislu ovog propisa može samo obuhvatiti zakonodavstvo države.

²² Treća djelimična odluka U 5/98 od 18/19. 02. 2000, st. 26.

²³ Sl. I. Srbije i CG 1/2003.

§ 23. Argument o državnim prihodima je također neupotrebljiv budući da izjednačava budžetske prihode i imovinu. Teza da država nema sopstvenih prihoda, pa prema tome ni sopstvene imovine, je proizvoljna s obzirom na propis iz čl. VIII/3 Ustava. Svako poistovjećivanje budžetskih prihoda sa imovinom je pravno neodrživo.

§ 24. Nije zadatak Ustavnog suda da određuje kriterije prema kojima će Bosna i Hercegovina raspolagati državnom imovinom. U isključivoj je nadležnosti zakonodavca da odredi da li će i u kojem obimu državnu imovinu stavljati na raspolaganje entitetima. Također, nema ni jednog pravnog uporišta za favoriziranje teritorijalnog ili funkcionalnog principa kao relevantnog kriterija za uknjižbu i raspolaganje državnom imovinom. Država ima ovlaštenja da imovinom raspolaže prema kriteriju koji joj se učini najsvrsishodnijim. Također se ne vidi ustavni propis koji bi zahtijevao da država mora imovinu raspodijeliti svakom nivou vlasti. Pri tom se jedini ustavni zahtjev odnosi na način reguliranja ovog pitanja: ili u formi ustavnog amandmana ili u formi zakona. Zakonom o raspodjeli, namjeni i korištenju dijela imovine koju je BiH dobila na osnovu Sporazuma o sukcesiji (2002)²⁴, BiH je upravo izišla u susret ovom zahtjevu.

§ 25. Iz propisa koji određuju državnopravni kontinuitet i identitet i propisa o preoblikovanju unutrašnje strukture (čl. I/1 Ustava), iz propisa o nadležnosti ustanova BiH (čl. III/1, III/3.a] i III/5.a]) slijedi da je država Bosna i Hercegovina zaseban državnopravni organizam koji raspolaže sopstvenim pravima i obavezama. One su nezavisne od entiteta i u pravnom smislu oblikuju zasebno javnopravno lice koje se ne može poistovijetiti sa entitetima i ne može predstavljati samo formalni okvir za pravno postojanje entiteta.²⁵

V. Međubilans

§ 26. Zakon o statusu državne imovine koja se nalazi na teritoriji RS i pod zabranom je raspolaganja u formalnom smislu je neustavan. On nije donešen u skladu sa pisanim i nepisanim ustavnim pravom Bosne i Hercegovine i njegovo donošenje krši više ustavnih principa i konkretnih ustavnih zapovijesti (usp. gore pod §§ 17 – 20). Već se na osnovu ovoga sporni zakon mora poništiti, tako da je provjera materijalne ustavnosti u pogledu povrede čl. 1 Protokola br. 1 uz EKLJP izlišna.

VI. Materijalna ustavnost

§ 27. U nastavku će se materijalna ustavnost razmotriti samo kao sporedno pitanje, jer se ono u proceduri provjere ustavnosti neće postaviti kod formalno neustavnih zakona.

§ 28. Sporni zakon će u materijalnom smislu biti ustavan ako ne krši ni jedan ustavnopravni propis koji, izvan zakonodavnih procedura i nadležnosti, svim nivoima državne vlasti nameće konkretne obaveze. Uz to, materijalna usaglašenost sa Ustavom zahtijeva da zakon u cjelini odgovara principu srazmjernosti: propis mora legitimnim sredstvima slijediti legitime ciljeve i za postizanje ovih ciljeva mora, s obzirom na svoju svrhu, pokazati da nedostaci koji su s njim povezani ne nadilaze prednosti koje donosi (da je proporcionalan).

²⁴ Sl. gl. BiH 11/02.

²⁵ Treća djelimična odluka U 5/98 od 01. 07. 2000, st. 29-30.

§ 29. Pitanje ustavnosti u materijalnom smislu se postavlja u pogledu mogućih povreda čl. 1 Protokola br. 1 uz EKLJP koji odgovara čl. II/3.k) Ustava. S obzirom na područja zaštite ovog prava uočljivo je da državi nedostaje pasivna legitimacija budući da ne ulazi u krug osoba koje se mogu pozvati na povredu čl. 1 iz Protokola br. 1 uz EKLJP.²⁶ No, stav 2 čl. 1 Protokola br. 1 uz EKLJP postulira izuzetak, tako što jamči državi da primjenjuje zakone koje smatra neophodnim za reguliranje ili korištenje vlasništva u skladu sa opštim interesima, sa plaćanjem poreza, drugih izdataka ili novčanih kazni. Drugim riječima, stav 2 jamči državi pravo da regulira korištenje vlasništva.²⁷ Ovo će pravo biti povrijeđeno ako je država spriječena da regulira korištenje vlasništva.

§ 30. S obzirom na činjenicu da je državna imovina na entitetskom nivou regulirana zakonom postavlja se pitanje da li je država ovim spriječena da donese vlastite propise kojima će regulirati isti predmet na isti, sličan ili drukčiji način. Ustavno pravo ne sadrži propis kojim se državi osporava pravo da regulira materiju koja je već bila, ili je predmet regulacije na entitetskom nivou. Zbog toga se ne vidi da su državne institucije na bilo koji način spriječene da u formi zakona ili nekim drugim aktom reguliraju korištenje državne imovine. Ova mogućnost navodi na zaključak da država u skladu sa nadležnostima njenih institucija može u svako vrijeme pristupiti reguliranju državne imovine, odnosno, da može raspolagati vlasništvom tako što će ga regulirati. Ne smije biti sporno da sadržaj raspolaganja državnom imovinom u formi donošenja konkretnih propisa, u okviru djelovanja državnih institucija, može biti različit od sadržaja entitetskog zakona. U tom će slučaju propisi institucija BiH derogirati kolidirajuće propise entiteta, dijelom ili u cjelini.

Prema tome, čl. 1 Protokola br. 1 uz EKLJP i čl. II.3.k) Ustava nisu povrijeđeni.

VII. Zaključak

§ 31. Zakon o korištenju državne imovine koja se nalazi na teritoriji RSa i pod zabranom je raspolaganja (Sl. gl. RS 135/10) je u formalnom smislu neustavan i zbog toga je u cijelosti ništav.

Prof. dr. Edin Šarčević

Leipzig, 09. novembra 2011.

²⁶ Usp. Konkordanzkommentar EMRK/GG (R. Grote/T. Marauhn Hrsg.), 2006, s. 1270.

²⁷ Usp. J. Sprecher, Beschränkungen des Handels mit Kulturgut und die Eigentumsгарantie, 2004, s. 152; Konkordanzkommentar (bilj. 26), s. 1320.