

УДРУЖЕЊЕ ПРАВНИКА РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ

Број 35/2013

Година X

ISSN: 1840-0272

ПРАВНА РИЈЕЧ

ЧАСОПИС ЗА ПРАВНУ ТЕОРИЈУ И ПРАКСУ



БАЊА ЛУКА, 2013.

ПРАВНА РИЈЕЧ Број 35/2013 Година X



УДРУЖЕЊЕ ПРАВНИКА
РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ

ИЗДАВАЧ:

Удружење правника Републике Српске

ГЛАВНИ И ОДГОВОРНИ УРЕДНИК:

Академик проф. др Рајко Кузмановић

РЕДАКЦИЈА:

Академик проф. др Снежана Савић,
академик проф. др Рајко Кузмановић,
академик проф. др Миодраг Симовић,
проф. др Валерија Шаула, проф. др Миле Дмичић,
проф. др Никола Мојовић,
проф. др Душко Медић, проф. др Енес Хашић.

ИЗДАВАЧКИ САВЈЕТ:

Проф. др Витомир Поповић,
проф. др Марко Рајчевић, др Драган Голијан,
Јован Чизмовић, Маринко Плавшић, Ирена Мојовић,
др Слободан Станишић,
Амор Букић, Слободан Гаврановић, Недељко Милијевић,
др Тихомир Глигорић, Биљана Марић, Милан Томић.

Часопис „Правна ријеч“ излази два пута годишње

СЈЕДИШТЕ РЕДАКЦИЈЕ ЧАСОПИСА

Ул. Веселина Маслеше бр. 28/1, Бања Лука

Телефон/факс: 051/212-320

www.udruzenjpravnika.org

ПРАВНА РИЈЕЧ

ЧАСОПИС ЗА ПРАВНУ ТЕОРИЈУ И ПРАКСУ

Удружење правника Републике Српске основано је почетком 1996. године, а крајем 2003, доношењем статутарних, програмских и других докумената, обновљено и утемељено као стручна, самостална, нестраначка организација правника у Републици Српској.

„Правна ријеч“, часопис за правну теорију и праксу, установљен је као гласило Удружења правника Републике Српске, који доприноси остваривању заједничких програмских интереса правника, професионалном унапређивању правне струке и развијању највиших моралних вриједности, правне етике и правне културе.

Часопис објављује чланке научног и стручног карактера из свих области права, те теоријска истраживања и студије из упоредног права и нашег права, као и материјале са научних стручних и консултантских, јавних расправа и других скупова правника. Часопис ће објављивати реферате, саопштења и дискусије са традиционалног савјетовања „Октобарски правнички дани“ под називом „Изградња и функционисање правног система“. У њему ће се поклонити пажња свему ономе што се у нашем правном животу и друштву у цјелини збива, а што доприноси стварању владавине права и модерне правне државе и изграђивању и нормалном функционисању нашег правног система. На његовим странама објављују се и одабране одлуке из судске, управне и арбитражне праксе, осврти и прикази нових књига из правне књижевности, као и разноврсни прилози из свакодневне правничке праксе.

Као гласило Удружења правника Републике Српске, часопис прати дјеловање правничке организације и о њој обавјештава читаоце и укупну јавност.

САДРЖАЈ

ДРЖАВНОПРАВНА ОБЛАСТ	11
-----------------------------------	----

Уставно право

Академик проф. др Рајко Кузмановић ПРАВО, ПРАВНИ СТАНДАРДИ И ЊИХОВО НАРУШАВАЊЕ	13
-----------------------------------------------------------------------------------------	----

Академик проф. др Снежана Савић ВАЖЕЊЕ И ЕФИКАСНОСТ ПРАВА, ПОЗИТИВИТЕТ ПРАВА И СТУПАЊЕ НА СНАГУ ПРАВНИХ АКТА	31
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

Проф. др Миле Дмичић НЕКА ПИТАЊА (НЕ)ФУНКЦИОНИСАЊА ИЗБОРНОГ СИСТЕМА БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ	47
-----------------------------------------------------------------------------------------------------	----

Проф. др Боса Ненадић УСТАВНИ СУД СРБИЈЕ ОД „НЕГАТИВНОГ“ КА „ПОЗИТИВНОМ“ ЗАКОНОДАВЦУ	79
--------------------------------------------------------------------------------------------------	----

Проф. др Маријана Пајванчић ПРАВНО УПРАВЉАЊЕ ЈАВНИМ ПОСЛОВИМА – ЈЕДНАКЕ МОГУЋНОСТИ И ПОСЕБНЕ МЕРЕ	105
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

Проф. др Момир Милојевић КЕЛЗЕНОВО СХВАТАЊЕ ДРЖАВЕ	117
-------------------------------------------------------------	-----

Проф. др Владан Петров, проф. др Дарко Симовић СТАТУТ КАО ПОДЗАКОНСКИ АКТ БЕЗ ЕЛЕМЕНАТА КОНСТИТУТИВНОСТИ - УЗ ДИЛЕМУ О ПРАВНОЈ ПРИРОДИ СТАТУТА АП ВОЈВОДИНЕ ОД 2009. ГОДИНЕ	143
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

Проф. др. Владан Михајловић ЛЕГИТИМНОСТ КАО УСЛОВ И СРЕДСТВО ПРИЗНАЊА И ОПРАВДАЊА ДРЖАВНЕ ВЛАСТИ	155
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

Проф. др Александар Ђурђевић УЛОГА ЦИПЦАРА У НАСТАНКУ И РАЗВОЈУ СРПСКЕ ДРЖАВНОСТИ	169
-----------------------------------------------------------------------------------------------	-----

Проф. др Владимир Ђурић ЈАВНА ОВЛАШЋЕЊА НЕТЕРИТОРИЈАЛНЕ АУТОНОМИЈЕ У ПРАВНОМ СИСТЕМУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ	183
Проф. др Драган Батавेलјић, Бранка Батавेलјић НОВА И ПОСЕБНА ПРАВА И СЛОБОДЕ С ПОСЕБНИМ ОСВРТОМ НА ЗАКОНОДАВСТВО РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ И РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ	199
Проф. др Милан Благојевић УСТАВНОПРАВНИ ОДНОСИ ИЗМЕЂУ ЦЕНТРАЛНИХ ИНСТИТУЦИЈА ВЛАСТИ У ПЕТОЈ ФРАНЦУСКОЈ РЕПУБЛИЦИ	215
Проф. др Олга С. Јовић ПРАВА ДЕТЕТА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ - ОСТВАРИВАЊЕ И УНАПРЕЂЕЊЕ	233
Проф. др Сретен Југовић ОРГАНИЗАЦИЈА ПОЛИЦИЈЕ У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ – ЦЕНТРАЛИЗАЦИЈА, ДЕКОНЦЕНТРАЦИЈА И ДЕЦЕНТРАЛИЗАЦИЈА	243
Проф. др Драган Голијан, Алиса Салкић УСТАВ БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ КАО МЕЂУНАРОДНИ СПОРАЗУМ И ПРЕЛАЗНО РЕШЕЊЕ ЗА ОЧУВАЊЕ МИРА	255
Доц. др Игор Милинковић РЕФЛЕКС РАДЉУХОВЕ ЈУРИСПРУДЕНЦИЈЕ У ПОСЛИЈЕРАТНОЈ ПРАКСИ ЊЕМАЧКИХ САВЕЗНИХ СУДОВА	261
Доц. др Горан Марковић ПРОТИВРЈЕЧНОСТИ НЕПОСРЕДНЕ ДЕМОКРАТИЈЕ У БОСНИ И ХЕРЦЕГОВИНИ	273
Доц. др Александар Мартиновић ДУХ ЗАКОНА ИЛИ: ШТА ЈЕ МОНТЕСКЈЕ СТВАРНО РЕКАО О ФУНКЦИЈАМА ДРЖАВНЕ ВЛАСТИ?	289
Доц. др Марко Станковић ФЕДЕРАЛНИ СИСТЕМ РЕПУБЛИКЕ АУСТРИЈЕ – ИСКУСТВА И ПЕРСПЕКТИВЕ	295

Доц. др Слободан Орловић О УСТАВНОСУДСКОЈ И СУДСКОЈ ВЛАСТИ	307
Доц. др Драгана Ћорић PERSONS' CASE – ПРИМЕР ТУМАЧЕЊА ПРАВА КОЈИ ЈЕ ПРОМЕНИО АНГЛОАМЕРИЧКУ ПРАВНУ ТЕОРИЈУ И ПРАКСУ	321
Мр Слободан Радуљ, Љиљана Грбић ПРАВОБРАНИЛАШТВО И ПРАВОБРАНИЛАЧКА ФУНКЦИЈА	335
УПРАВНОПРАВНА И РАДНОПРАВНА ОБЛАСТ	351
Управно право	
Проф. др Мирјана Рађеновић ВРАЋАЊЕ У ПРЕЂАШЊЕ СТАЊЕ У УПРАВНОМ ПОСТУПКУ	353
Проф. др Петар Кунић УЛОГА САМОСТАЛНИХ РЕГУЛАТОРНИХ АГЕНЦИЈА У ФУНКЦИОНИСАЊУ СЛУЖБИ ОД ЈАВНОГ ИНТЕРЕСА	369
Проф. др Зоран Томић ПОЈАМ СТРАНКЕ У СРПСКОМ УПРАВНОМ ПРАВУ	381
Проф. др Сања Данковић-Степановић, проф. др Добросав Миловановић ПРИЈАВА РЕСТРИКТИВНОГ СПОРАЗУМА: КОНКУРЕНТСКО- ПРАВНИ И УПРАВНОПРАВНИ АСПЕКТИ	395
Проф. др Младен Радивојевић, мр Нада Мирјанић-Глувић, мр Милош Љубојевић КОНЦЕПТ НОВЕ ЕЛЕКТРОНСКЕ, МОБИЛНЕ И ИНТЕЛИГЕНТНЕ ЈАВНЕ УПРАВЕ	407
Доц. др Зоран Лончар О НАЦРТУ ЗАКОНА О ОПШТЕМ УПРАВНОМ ПОСТУПКУ	425
Доц. др Невенко Врањеш ДИСКРЕЦИОНИ УПРАВНИ АКТИ: ДА ЛИ РАЗЛОЗИ МОРАЈУ БИТИ САСТАВНИ ДИО ОБРАЗЛОЖЕЊА?	445
Доц. др Милица Тепшић, проф. др Илија Шушић, Бојан Деспотовић ЕЛЕКТРОНСКА УПРАВА У РЕПУБЛИЦИ СРПСКОЈ – СТАЊЕ И ПЕРСПЕКТИВЕ	459

Др Боро Бован
КАНЦЕЛАРИЈСКО ПОСЛОВАЊЕ И е-УПРАВА СА
НАГЛАСКОМ НА БЕЗБЈЕДНОСТ И ЗАШТИТУ ПОДАТАКА..... 477

Бојан Влашки, мастер права
СЛОБОДА ПРИСТУПА ИНФОРМАЦИЈАМА - ЗАШТО ЈЕ ПОТРЕБНА
РЕФОРМА ПРАВНОГ ОКВИРА У РЕПУБЛИЦИ СРПСКОЈ?..... 493

Мр Јелена Старчевић
ПРАВНА ПРИРОДА АКТА У ПОСТУПКУ АКРЕДИТАЦИЈЕ
ВИСОКОШКОЛСКИХ УСТАНОВА 509

Радно право

Проф. др Бранко Лубарда
СОЦИЈАЛНО ПРАВО И СОЛИДАРНОСТ 521

Проф. др Предраг Јовановић
ПРАВНИ САДРЖАЈ ОПШТЕ ЗАШТИТЕ ЗАПОСЛЕНИХ
У РАДНОЈ СРЕДИНИ..... 535

Проф. др Маринко Учур
СИГУРНОСТ И ЗДРАВЉЕ НА РАДУ – УЗАЈАМНА СЛОБОДА
И ЉУДСКО ПРАВО..... 559

Проф. др Жељко Мирјанић
ПРЕТПОСТАВКЕ ЗА СОЦИЈАЛНИ ДИЈАЛОГ 569

Др Милорад Ћупурдија
СИНДИКАТИ КАО ЧИМБЕНИК РАДНОГ ПРАВА У
РЕПУБЛИЦИ ХРВАТСКОЈ 585

Др Љубинка Ковачевић
ПРАВНИ ИНСТРУМЕНТИ ЗА ОБЕЗБЕЂИВАЊЕ
МЕЂУГЕНЕРАЦИЈСКЕ СОЛИДАРНОСТИ НА ТРЖИШТУ РАДА..... 601

Проф. др Дарко Маринковић, Владимир Маринковић
ТРАГАЊЕ ЗА ОПТИМАЛНИМ ОДНОСОМ ЗАКОНСКЕ И
АУТОНОМНЕ РЕГУЛАТИВЕ У РАДНОМ ЗАКОНОДАВСТВУ..... 619

Академик проф. др Борче Давитковски, проф. др Тодор Каламатиев, мр Александар Ристовски КОЛЕКТИВНО ПРЕГОВАРАЊЕ У ЈАВНОМ СЕКТОРУ РЕПУБЛИКЕ МАКЕДОНИЈЕ	631
Др Елена Давитковска, академик проф. др Борче Давитковски, др Драган Гочевски ПСИХИЧКО УЗНЕМИРАВАЊЕ (МОБИНГ): РЕАЛНОСТ ИЛИ ФИКЦИЈА?	649
Филип Бојић ЗАКОН О РАДЊАМА И ИДЕЈА СОЦИЈАЛНОГ ОСИГУРАЊА У СРБИЈИ ПОЧЕТКОМ XX ВЕКА	663
Мр Рајко Кличковић ОМЛАДИНСКИ И СТУДЕНТСКИ РАД У СИСТЕМУ РАДА РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ	675
Мр Борислав Радић РЕПРЕЗЕНТАТИВНОСТ КАО УСЛОВ ЗА УЧЕШЋЕ У ТРИПАРТИТНИМ И БИПАРТИТНИМ ОБЛИЦИМА САРАДЊЕ У РЕПУБЛИЦИ СРПскоЈ	695
Мр Александра Вуковић ЗАШТИТА ОД ДИСКРИМИНАЦИЈЕ ПРЕМА ЗАКОНУ О ЗАБРАНИ ДИСКРИМИНАЦИЈЕ БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ - DE LEGE LATA И DE LEGE FERENDA	711
Мр Ивана Грубешић ПОЗИТИВНА ЊЕМАЧКА ИСКУСТВА И ЕВРОПСКИ СТАНДАРДИ КАО СМЈЕРНИЦЕ ЗА РАЗВОЈ ОВЛАШТЕЊА ВИЈЕЋА ЗАПОСЛЕНИКА У БиХ	739
Мр Сузана Димић УКЉУЧИВАЊЕ У РАД ЛИЦА КОЈА ОСТВАРУЈУ ПРИХОДЕ ИЗ СОЦИЈАЛНИХ ДАВАЊА, СА ПОСЕБНИМ ОСВРТОМ НА НЕГАТИВНО ОПОРЕЗИВАЊЕ	763
Мр Весна Аћић ОТКАЗ УГОВОРА О РАДУ	773

ДРЖАВНОПРАВНА
ОБЛАСТ

ПРАВО, ПРАВНИ СТАНДАРДИ И ЊИХОВО НАРУШАВАЊЕ

Академик Рајко Кузмановић*

1. УВОДНА РИЈЕЧ

Разматрање сложене проблематике развоја права и правне културе, а посебно његове друштвене улоге у стварању правног реда путем норми и стандарда, треба почети од мјеста и улоге човјека као мисаоног (*homo sapiens*), стваралачког и дјелатног бића. Зато је увијек актуелна мисао грчког филозофа Протагоре да је *човјек мјера свих ствари* и да је сав постојећи друштвени развитак његов производ.

Нас у овом случају интересује настанак развоја и функционисања права и правних система и њихова улога у стварању правног реда и владавине права. Посебну пажњу посвећујемо стварању правних стандарда и савременим теоријским и практичним кретањима у праву, као и тенденцијама нарушавања правних стандарда и норми.

Вјерујемо да ћемо дати макар и дјелимичан одговор на постављена актуелна питања права – правних стандарда и нарушавања тих стандарда, и општег правног и друштвеног реда, слједећом структуром рада: уводна ријеч; улога права у стварању правног реда, стандарда и норми; стандарди и стандардизација као општа потреба људског друштва; велики друштвени покрети и промјене установљују и мијењају стандарде; путеви развоја права и правних стандарда; врсте (групе) правних стандарда; нарушавање правних стандарда.

2. УЛОГА ПРАВА И СТВАРАЊЕ ПРАВНОГ РЕДА, СТАНДАРДА И НОРМИ

Данас су правна наука и правна књижевност сагласни да је право велика цивилизацијска тековина и стваралачко дјело људи, њиховог ума и интелекта, и незамјењив регулатор односа и процеса друштвеног живота човјека. Зато оно све више, у оквиру државе, има своју самосталну улогу и конституише се као поредак, заузимајући све значајније мјесто у систему разних нормативних, политичких и моралних норми и поредака, и тако регулише друштвени живот и развитак.

* Предсједник АНУРС и предсједник Удружења правника Републике Српске.

Право је израстало из врло једноставних облика и форми, па и садржаја, почев од обичних ритуалних, произвољних и нестабилних правила, до савремене научне и практичне дисциплине. Како је текао развој друштва, расла је и улога права, формирала се и развијала правна свијест и правна култура. Највећа вриједност права је у томе што успоставља правни ред, без чега би био хаос у друштву. Да није права свако би судио свакоме, свако би стварао своје критеријуме за правду, истину и посједовање. Право је највећим дијелом извело човјечанство из варварства и створило правну културу. Појава права у организованом и сређеном облику, са јасним ставовима, порукама, нормама и стандардима, равна је великим открићима у природним и техничким наукама (Теслина, Миланковићева, Дарвинова и Ајнштајнова открића).

Историјски гледано, право спада у ред најстаријих културних дјелатности. Оно се прво јавља као практична дјелатност, а потом као правна наука. Право се првобитно огледало у томе да су људи, схватајући своју позицију прво учили неравноправан положај чланова у генсу (племену) и формирали свој појам правде и неправде. Слиједећи такво право и рудиментарно схваћање правде, цјелокупно право се вјековима развијало у том смјеру. Тако се, поред осталог, дошло до схватања да је правда једини мјеродавни принцип (стандард) за утврђивање појма права. Римски филозоф-правник Улипијан записао је у дјелу *Digesta* (глоса 1,1 пр. Д.1,1) да „право потиче од правде, као од своје мајке, па према томе, пре је настала правда од права“. И познати теоретичар филозофије права Густав Радбрух, дедуктивним извођењем права и правде, дошао је до различитих формулација дефиниције права: „Право је регулисање заједничког живота у циљу остваривања правде. Право је она стварност која има смисао да служи правној вредности. Право је стварност чији је смисао да служи правди. Право је воља за правдом“.

Пошто су право и правна наука у „сталном кретању“, и сам Радбрух, коме се и ми придружујемо, наглашава да се не може ставити знак једнакости између права и правде, јер је правда историјска категорија блиска природном праву и још довољно недостижна, а право је углавном реално и позитивно, достижно и оствариво.

Основна улога права је стварање правног реда у друштву (углавном у актуелној држави). Да би се створио – формирао правни ред, нужно је да превлада свијест да је једнакост, тј. једнакоправност, мјера за све. Та једнакост огледа се прво у равноправности, а потом у истим правима и дужностима.

Свака држава и друга врста друштвеног колективитета треба имати изграђен свој правни ред. Правни ред је скуп добро уређених општих аката, које доносе за то одређени легални органи, рангирани по хијерархији, од најнижег до највишег, а који су у пуној хармонији. У ствари, правни ред су правила понашања која се односе на све. Другим ријечима, правни ред је владавина права у држави која је настала вољом народа. У којој мјери је остварена владавина права, у тој мјери је успостављен правни ред.

Правни ред може се успоставити у демократским и аутократским државама и друштвима. Међутим, правни ред у аутократским режимима (у разним врстама диктатуре) није легитиман и зато у таквим режимима и не постоји правна држава, већ само сурогат правне државе.

Правна држава мора да оствари владавину праведног права, а то значи да грађанима осигура једнака основна права, као нпр. право на живот, право на мир, право на слободу, право на имовину и друга бројна права и слободе, сагласно европским стандардима.

Битна улога права и правне науке је да ствара норме понашања и правне стандарде који су битни за стабилност права и правну и друштвену сигурност грађана.

Норма је основно ткиво закона којим се утврђује оно што јесте и оно што мора (треба) да буде. Она је саставни дио правног поретка и основни елемент правног система. Норма је, у ствари, прописано правило понашања људи, институција и организација, заштићена државним апаратом принуде.

3. СТАНДАРДИ И СТАНДАРДИЗАЦИЈА КАО ОПШТА ПОТРЕБА ЉУДСКОГ ДРУШТВА

Развијени свијет посједује бројне производе (тековине) материјалне и духовне културе, који су на једној страни богатство друштва, а на другој страни могу створити пометњу код људи, било због недовољне обавијештености и едукације, било због изразите некомпатибилности производа, идеја и ставова. Зато су теоретичари дошли до закључка да је нужно створити стандарде, као мјерило или образац људских активности. Првобитно су стандарди стварани у сфери материјалне производње ради успоређивања карактеристика производа (бројчане вриједности, величине, квалитета, јединица, назива, својстава, поступака). Данас су готово све области друштвеног живота обухваћене потребом увођења стандарда и њиховом примјеном. Посебно је значајно и потребно увођење стандарда у праву, а поготово од када се стандарди (и стандардизација) дефинишу као врста прописа којом се утврђују одређена мјерила или обрасци понашања. Очигледно је да су стандарди прописана мјерила понашања у свим областима друштвеног живота, а посебно права. Они превасходно произлазе из норме, не само правних, већ и осталих поредака. Међутим, све норме не могу бити стандарди; Само неке од њих треба да трају и да их се придржавају законодавци, политичари и грађани.

Стандардизација је општа потреба сваког уређеног друштва и сваке демократске и правне државе. Стандардизацију уводе државе и друге територијалне јединице, али и велики савези, организације, уније, пактови, групације производа (храна, енергија – посебно нафта). Данас су, поред државе, најзначајније

организације које уводе стандарде: Европска унија (ЕУ), Међународни монетарни фонд (ММФ) и ЦЕФТА (тржиште).

Стандардизацијом се, кроз историју развоја друштва, а и данас, врши, прије свега, заштита неког материјалног или духовног добра (односа, културе, производа). Ставља се граница и однос између дозвољеног и недозвољеног, квалитетног и неквалитетног, домаћег и страног, хуманог и нехуманог, трајног и привременог, већег и мањег, профитног и непрофитног, правног и неправног.

Стандарда има много. Они су промјењиве и временски ограничене категорије, али неки су трајне вриједности и потичу још из антике, средњег вијека или грађанског друштва. Ти стандарди као трајне вриједности морају бити заштићени државним и међународним правом и снагом опште културе мира као општег добра. Сва прошла, а посебно савремена демократска друштва, могу остварити своју функцију заштите материјалне и духовне културе свих људи на планети, стварањем универзалних механизма који имају моћ дјеловања (утицаја) у дужем временском периоду и који се не исцрпљују једнократно. У ствари, траже се правила означена као максиме, сентенце норме или стандарди, који се односе на друштвену сферу човјекова живљења (право, филозофију, економију, трговину, умјетност, образовање, науку и религију).

У свим поменутих областима (сферама) створене су норме и стандарди као народна, државна, религијска и морална правила, чувана у народном памћењу (предању), државним актима (уставима, законима и повељама), духовној култури (записима, књигама, писаним изворима), материјалној култури (чувеним грађевинама, надгробним споменицима, фрескама) и др.

Број стандарда је немјерљив, јер они настају и нестају, пошто свако ново вријеме доноси и нова правила, а стара брише. Остају само стандарди (норме и мјерила) који су трајне вриједности, а којих има од антике до данас. Свака нова епоха чувала је старе – трајне стандарде, јер они су културна прошлост људи и трајни допринос прогресу и непогрешив показатељ трајне вриједности која не пролази.

Међутим, ушли смо у ново доба – еру нових технологија, нових материјала (нпр. наноматеријала), новог схватања науке, проналазаштва и открића. У ствари, ушли смо у (XXI) вијек ученог друштва, који колико год да је прогресиван, толико је и немаран према прошлости и утврђеним трајним стандардима. На пољу организације друштва ушли смо у фазу грубе глобализације, која немилосрдно брише стандарде малих држава и народа. Притом се тежи глобалном уједначавању, стварањем униполарног свијета, а занемарује се богатство култура народа и њихови непролазни стандарди, посебно језик, писмо, обичаји, морални кодекси и др.

4. ВЕЛИКИ ДРУШТВЕНИ ПОКРЕТИ И ПРОМЈЕНЕ УСТАНОВЉУЈУ И МИЈЕЊАЈУ СТАНДАРДЕ

Напредак човјечанства не долази сам по себи. Њега подстичу прогресивне и динамичне снаге друштва, снагом ума и схватања да човјек мора сам себе ослободити и изграђивати, да то не може очекивати од било кога другог.

Ту улогу и снагу човјека у властитом ослобођењу (*дезалијенацији*) и напретку, најбоље можемо објаснити и схватити, или барем довести на пут објашњења, појавом и улогом великих друштвених промјена (побуна, устанак, револуција, културних промјена [хуманизма и ренесансе], стварања нових држава, појава социјалистичких уређења, процеса глобализације), али и коришћењем сјајних максима и дјела домаћих и свјетских мислилаца.

Све велике друштвене промјене, а било их је много, доносиле су нова правила, нове стандарде и нове вриједности, при чему су коришћени и чувени „стари“ стандарди и друге вриједности који су до тада показали виталност и оправданост постојања.

Помињемо само неке велике покрете и велике мислиоце који су подстицали или објашњавали узроке и циљеве покрета. Међу најстаријим, али веома значајним, су покрети робова и неслободних људи, као што су Спартаков устанак и Солонове реформе. Ови и други покрети подстакнути су сјајним дјелима Аристотела, Херодота, Хераклита, Протагоре. Велики културни и цивилизацијски покрети јављају се и у римско доба, као што су велике правне реформе Јустинијана, Улпијана, Гаја, Октавијана, а потом покрет за одвајање Источног римског царства и др.

Велики покрети одвијали су се и у средњем вијеку, почев од раскола хришћанске цркве (1054), доношења прве повеље о слободама – Велике повеље слободе (*Magna charta libertatum*), па преко свеопштег културног, цивилизацијског и општег људског покрета, названог хуманизам и ренесанса. Он се, новим схватањем и дјеловањем, снажно супротставио инквизицији и декаденцији. Нове стандарде хуманизма и ренесансе (иако су често били утопистички) постављали су бројни теоретичари, као што су Кампанела, Аквински, Мор.

Најснажнији талас покрета настао је на крају средњег вијека, јављањем либералне буржоазије, а потом прогресивне грађанске буржоазије која је успостављала нове друштвене стандарде, међу којима је најзначајније неотуђиво право својине и слободе човјека. Вјесници и подстрекачи тога покрета су буржоаске револуције: холандска, америчка, енглеска, а изнад свих француска (1789). Свевременски стандард је француска Декларација о правима човјека и грађана, која почива на појмовима: *liberté, égalité, fraternité*.

Деветнаести вијек је период у коме су мале државе и народи, попут Србије, Црне Горе, Македоније и Бугарске, водиле устанке и пружале друге видове отпора империјалним силама – турској и аустроугарској.

Двадесети вијек донио је више ратова, друштвених покрета, промјена, конституисања нових држава, него неколико претходних вијекова. Поред балканских ратова, Првог свјетског рата, Октобарске социјалистичке револуције, Кинеске социјалистичке револуције, Другог свјетског рата, стварања социјалистичких држава (Русије, Кине, источноевропских земаља и др.), поткрај XX вијека дошло је до пада социјалистичке уставности и државности и грађанског рата са међународним учешћем на Балкану.

Посебно крупне промјене донио је и наметнуо процес глобализације у свијету. Тај процес је дјело САД, које себе сматрају најјачом силом на свијету, са жељом да се биполарни свијет преобрази у униполарни, уједначавањем (хармонизацијом) свих са стандардима САД. У ствари, циљ глобализације је уједначавање и приближавање цивилизација на планети, односно стварање новог свјетског поретка према критеријумима и мјерама америчких стандарда којима се треба прилагодити остатак свијета. Тако замишљени поредак само се дјелимично остварује у бившим социјалистичким земљама, и то уз употребу не само демократских мјера и средстава, већ уцјењивачким капиталом, идеологијом, па и војном силом.

Сам процес глобализације тешко је или чак немогуће зауставити, али је сасвим сигурно да се неће одвијати онако како су то замислили његови творци. Мале и недовољно развијене земље и народи већ су „платили“ највећу цијену „прилагођавања“, па сада прихватају тај процес свјесни тога да је у данашње вријеме тешко с њим, али је још теже без њега. Зато је тешко глобализацију оквалификовати позитивном или негативном. Чини се да смо ближи негативној оцјени, јер сви новији покрети, сукоби, ратови, дисолуције држава, падови једних, а успостављање других држава, у стварности су, на овај или онај начин, посљедица глобализма, односно новог свјетског поретка.

Савези и уније представљају битне организације које покрећу промјене и успостављају своје стандарде, који су најчешће наддржавни и који се прво примјењују унутар дате организације, а потом и на остале који, на овај или онај начин, желе да уђу у унију или савез. Данас је, без сваке сумње, најснажнија и најзначајнија Европска унија, са својих 28 чланица и још десетак држава које се боре да уђу у њено редовно чланство.

Европска унија, првобитно Европска економска заједница, организована је тако да представља снажну организацију са својим органима (скупштином, савјетом, комисијом, судом и др.). Унија је утврдила бројне стандарде којих се мора придржавати свака чланица, а поготово оне државе које желе ући у Унију. Нарочито су значајни бројни стандарди Уније за област економије, финансија, војске, образовања и науке, трговине, пољопривреде и др. Све наведене и друге области уређене су правним стандардима *Acquis communautaire*.

Назначили смо, углавном, позитивне велике друштвене промјене. Међутим, било је и оних декадентних и негативних друштвених преокрета (и покрета) који су све вриједности и стандарде из прошлости материјалне и духовне културе брисали као спужвом са табле.

Навешћемо само три таква примјера. Први је из времена римске империје, када је Нерон запалио Рим и уништио његово богатство, јер је, наводно, желио нови и љепши Рим. Други примјер је Хитлеров нацистички покрет, у првој половини XX вијека, који је спаљивао „ватром и огњем“ историјске објекте и библиотеке, уништавао неке народе, јер су, према њиховој идеологији, наводно ниже расе. Трећи примјер је Мао Цедунгова културна револуција, у којој је „црвена гарда“ уништавала све из прошлости – књиге, умјетнине, културне споменике. Велики вођа је тражио да се сва прошлост брише, а да се иде у „свијетлу будућност“.

5. ПУТЕВИ РАЗВОЈА ПРАВА И ПРАВНИХ СТАНДАРДА

Како се развијало право, тако су настајали и правни стандарди, с тим што за дуги друштвеноисторијски период није било говора о стандардима, већ искључиво о прописима, правилима и нормама. Дуго се право сматрало практичном дјелатношћу. Тек од римског периода оно се развило као културна појава, а потом настају правна наука и филозофија права. Правна наука обухвата цјелокупна знања, како она која су настала на бази чињеница сигурне провенијенције, тако и она која су плод продуктивне маште. Виши ниво научног приступа праву и правним односима и појавама, дала је филозофија права. Она проучава правне феномене, раздваја истинито од неистинито, стварно од фиктивног, могуће од немогућег, те битно доприноси идентификацији правних стандарда.

Право није статична (завршена) категорија, јер се стално мијења, изграђује и дограђује. Сваки правни поредак ствара критеријуме – стандарде, али притом не смије (не би требало) да брише класичне и општеприхваћене стандарде. Међутим, достигнућа и стандарди права су, као и у техничким и природним наукама, злоупотребљавани. Аутократски и квазидемократски системи рушили су добре правне поретке, не успостављајући боље. Ипак, остају неки стандарди – теорије, норме, институти који су непролазне вриједности и који су стална подлога и ослонац за даље теорије и практично дјеловање права. Од античке Грчке остаје за сва времена принцип или стандард да су *људи мјера свих ствари*, да се разликују закони на оне више – *статуту* (будући устав) и оне обичне – *потои*.

Такође, остаје као правни, политички и демократски принцип да је глас народа глас божији – *Vox populi, Vox dei*, док је на другој страни мноштво закона, правила и начела робовласничког поретка занавијек нестало. То јасно

указује да сви закони, све норме и стандарди било којег друштвеног поретка нису трајни стандарди.

У даљем развоју права и правне мисли, стари Рим, у форми римског права, дао је трајни печат праву, правди, праведности, цивилном и природном праву. Највећи домет су акти и дјела непролазне вриједности, као што су: *Codex, Institutiones, Digesta, Tituli ex corpore Ulpiani* и др., који су успоставили и данас незамјењиве стандарде. Захваљујући сјајним римским правницима, изграђен је јединствен, праву прилагођен, метод којим се успоставља стандард који и данас вриједи. Захваљујући том методу, римска правна наука дошла је до низа рјешења, правних правила и института.

Такође, римска правна пракса изградила је трајну правну терминологију, која је и данас незамјењива, иако се све чешће угрожава и видно нарушава.

Поред чисто правних стандарда, постоје и ванправни – полуправни акти, који су, у ствари, непролазни стандарди за право и правну науку. Међу најстарије ванправне акте, који су у основи правни стандард, јесу политички тестаменти императора и други акти, па и јавноправна правила, као нпр. *Res gestae divi Augusti*. Правни стандарди писани су на папирусима, воштаним таблицама и др. У даљем историјском развоју јављају се непролазни акти који су правни стандарди, као што су Велика повеља слободе (1215), француска Декларација о правима човјека и грађанина (1789), па до данашње Европске конвенције о људским правима и основним слободама.

6. ВРСТЕ (ГРУПЕ) ПРАВНИХ СТАНДАРДА

Као што се право постепено развијало кроз вијекове, тако и правни стандарди нису настали тренутачно, већ су резултат акумулације правних принципа, мјерила, начела и општег друштвеног напретка кроз историју, али и доприноса сјајних савремених правних теоретичара и правне књижевности.

С обзиром на то да су се акумулирали бројни стандарди за све области друштвеног живота, а посебно права, било је нужно покушати стварати неке класификације – по броју, квалитету или врстама. Пошто се до сада у правној, политичкој и социолошкој литератури готово ништа није писало о овој тематици, одлучили смо, по властитом избору, вјероватно субјективном, утврдити *врсте* неких трајних правних стандарда методом *grosso modo* (широких захвата).

Користећи савремене правне и опште научне методе, дошли смо до закључка да се сви стандарди могу сврстати у три групе или врсте. Прва група су општи стандарди правнополитичке природе, друга група су уставноправни стандарди и трећа група су законски стандарди. Унутар сваке од те три групе стандарди се могу посматрати и анализирати по садржају и по форми.

1) **Општи стандарди** односе се на свеукупност човјекова живљења, а посебно на његову правнополитичку и духовну сферу. Општи стандарди су свјетско интелектуално добро. Они су путоказ какав би свијет требало да буде, уколико би се остварили општи стандарди. Када ће се и да ли ће се многи општи стандарди достићи или чак престићи, или ће се појавити нови, зависиће од других механизма које ствара савремено друштво. Општи стандарди су фундаментални за положај човјека у друштву, без обзира на њихово поријекло.

Општи стандарди јављају се у форми правила (правних и религијских), сентенци, цитата, изрека, декларација, дефиниција и сл. Од мноштва општих стандарда наводимо само неке:

- Темелни, најопштији али најзначајнији трајни стандард, настао је у ери процвата грчке филозофије, из пера филозофа Протагоре, и гласи: *човјек је мјера свих ствари, постојећих да јесу, а непостојећих да нису*. Овај стандард је актуелан и данас и биће док је човјечанства, иако се и он нарушава.

- Дијалектичар Хераклит успоставио је кључни стандард – мјеру која је иста за све: *Свијет овај исти за све није створио ни један бог и ни један човјек, него је увијек био и јест и биће ватра вјечно жива која се с мјером пали и с мјером гаси*.

- Хорације потврђује мјеру као трајни стандард: *Има нека мјера у стварима и постоје напоскон одређене границе преко којих ни с оне, ни с ове стране не може постојати право*.

- Угледни римски правник Улипијан утврђује трајни стандард правде: *Поштенно живјети другог не вријеђати сваком своје дати*.

- Из периода средњег вијека, такође, постоје неки трајни стандарди, међу којима су: *укидање робовласничког система, успостављање имовинских права и остваривање права човјека*. Ови стандарди утврђени су у познатим актима: Велика повеља слободе (1215), Петиција о правима (1628), Закон о неповрединости личности (1679).

Непролазни стандарди утврђени су у српском средњем вијеку Душановим закоником (1349). Основни стандарди Законика су *иста права за цара и сиромаша*. Затим, Законик има својство уставног акта, јер је изнад обичног закона и међу првим је оваквим актима у свијету. Он је донесен када је Америка још била *Terra incognita*.

- Стални правни стандарди су први уставни акти и уставни. Временски гледано, први предуставни акт је Закон благовернога цара Стефана (Душанов законик) из 1349. године. Први устав је Кромвелов у Енглеској из 1653. године, а други је Устав државе Вирџиније у Америци из 1776. године. Тек трећи је Устав САД из 1787. године.

- Грађанске револуције, а посебно Француска револуција 1789. године, успоставиле су непролазне стандарде. У Француској је 1789. године усвојена

Декларација о правима човјека и грађанина са стандардима *liberté* (слобода), *fraternité* (братство) и *égalité* (једнакост).

- Сви закони, а посебно системски, најбројнији су и најчешћи стандарди (нпр. уставни закон, закон о облигационим односима, кривични закон, некадашњи закон о удруженом раду и др.). Код закона је специфично то што постоје бројни стандарди код њиховог доношења и примјене.

- Право Европске уније, односно Европско правно наслеђе *Acquis communautaire*, данас је постало мегастандард за све чланице Уније и све оне државе које се припремају да уђу у Унију.

- Веома бројне и строге стандарде има Централноевропска зона слободне трговине (CEFTA) и Општи споразум о трговини и царинама (ГАТТ). Њихови стандарди су веома битни за земље Балкана које их се морају придржавати, иако они веома често гуше њихову производњу, промет и трговину.

- Стандарди финансијских институција и организација данас су за мале и неразвијене земље, попут Босне и Херцеговине, од изузетног значаја. Најважније такве институције и организације су Међународни монетарни фонд ((ММФ), Европска инвестициона банка (ЕИБ) и Свјетска банка (WB).

- Судске одлуке врховних судова, уставних судова и Европског суда за људска права су стандарди за ниже судове и државне органе, укључујући и државу. Кроз те стандарде провлачи се идеја владавине права и правне државе.

- Бројне женејевске и хашке конвенције су стандарди за дјеловање у рату и миру. Посебно су значајне конвенције о правилима ратовања, којих се морају придржавати стране у сукобу. Стандарди ових конвенција примјењивани су (или нису примјењивани) у грађанском рату у БиХ деведесетих година прошлог вијека.

- Европска конвенција о људским правима и основним слободама из 1951. године данас је постала мјера за заштиту личних и колективних права грађана. Њене норме су надуставне, што је примијењено и у Уставу Републике Српске и Уставу Босне и Херцеговине.

- Општа декларација Уједињених нација о правима човјека, донесена 1948. године на основу Повеље УН из 1945, мјера је и стандард за све земље свијета. Већина свијета придржава се стандарда Декларације, али је најчешће крше и злоупотребљавају највеће свјетске силе.

- Правда је моћан и трајан стандард близак истини и природном праву. Она је не само правни, већ и хуманистички и духовни стандард. *Нека се врши правда макар пропао свијет.*

- Владавина права и правна држава су мјера (стандард) за остваривање мира, стварне демократије, права и слобода свих људи.

Наведене и бројне друге стандарде стварале су генерације људи ради властите заштите, путем права и утврђеног правног реда, имајући на уму да

треба сачувати норме, принципе и стандарде који су кроз дужи временски период провјерени и на којима се могу градити нови.

2) **Уставни стандарди** су конкретни и изведбени, за разлику од општих који се никада у цјелини не остваре, али и за разлику од законских стандарда који су примјењиви. Уставне одредбе су обавезујуће за све и свакога, по систему *erga omnes*, јер устав је закон над законима – *lex superior*. Устави морају бити примјењиви, а то је могуће само ако су реални, легални и легитимни, иначе ће бити обичан писани папир. Уставни стандарди су се формирали кроз вијекове, почев од античке Грчке до данас. Поменућемо само неке:

- Први корак за успостављање уставних стандарда учињен је у античкој Грчкој установљењем двију врсту закона – виших, као општих правила, и нижих, као парцијалних – подзаконских аката. Виши правни акти, у ствари статути (Атински статут називан је уставом), које су имале све град-државе (антички полиси), садржавали су *materiae constitutiones*. Нижи акти (*minor act*), које су доносиле скупштине (*еклезује*), звали су се *nomoi*.

- У старом Риму Сенат и император доносили су четири врсте аката: *edicta*, *decreta*, *rescripta* и *mandata*. Прве двије конституције – *edicta* и *decreta* су акти уставног карактера, а *rescripta* и *mandata* су нижи акти – рјешења, упутства и сл. Цицерон (*Marcus Tullius Cicero*) први је употребио ријеч устав и од тада он постаје стандард у ма коме облику се јављао.

- Велика повеља слободе (*Magna charta libertatum*) из 1215. године први је документ у писаној форми који има уставни карактер – и по садржају и по форми. Повеља има 63 члана, сврстана у четири поглавља: потврда договорених принципа, вјерска права и слободе и улога цркве, права и улога шефа државе (краља) и општи савјет краљевине као надзорни орган. Повеља је стандард (клише и мјера) за будуће уставе.

- Прогресивна кретања у Енглеској довела су, средином XVII вијека, до великих друштвених промјена – тзв. „револуције без крви“ када је дошао на власт Кромвел, а потом Орански. Тако је 1653. године донесен први устав на свијету назван Кромвелов устав. Он је био узор и подстицај за друге уставе.

- Француска буржоаска револуција је 1789. године оборила средњовјековни апсолутистички систем и успоставила нови грађански. Донесена је општепозната Декларација о правима и слободама човјека и грађанина. У духу те декларације, за само десет година, донесено је пет устава, од којих су најзначајнији они из 1791, 1793. и 1795. године. Они су стандард и мјера за даљи уставни развој.

- На Бечком конгресу 1815. године донесена је историјска одлука, према којој све државе свијета треба да имају устав. Тако је постојање устава сваке суверене државе постало универзални стандард. Данас, од 203 суверене државе у свијету, њих само пет-шест нема устав. Остале државе имају устав, без

обзира на то какав је и колико је сваки од њих израђен по већ прихваћеним стандардима.

- Структура устава већ је постала стандард, мјера или клише за све уставе. Око 200 суверених држава и приближно исто толико државотворних јединица имају уставе и примјењују исту или врло сличну структуру као стандард. Општеприхваћену структуру устава, са незнатним одступањима, чине: преамбула, општа начела, права и слободе, парламент, шеф државе, извршна власт, правосуђе, војска и полиција.

- Приближно је уједначен начин доношења устава. Утврђено је анализом кроз два вијека (XIX и XX) да се уставни доноси на три начина: устав доноси за то посебно изабрани орган – уставотворна скупштина (конституанта), доноси га редовно изабрани парламент у функцији конституанте, и доноси га шеф државе као октроисани – подарени. Ова три начина су већ стандард, иако и у томе има одступања (нпр. у Босни и Херцеговини је Устав донесен као међународни акт – октроисан од тзв. међународне заједнице).

- Било је историјских периода у којима су поједине државе забрањивале промјену неких дијелова устава или устава у цјелини. Тако је нпр. Уставом Краљевине Грчке из 1811. године забрањена промјена устава у цјелини. Или, Уставом Републике Француске из 1958. године, који је још на снази, забрањена је промјена републиканског облика владавине. Међутим, развојем друштвених односа данас је општеприхваћен став да се уставни доноси могу мијењати, било дјелимично или у цјелини. Свака држава својим уставом или уставним законом утврђује поступак промјена (ревизије). Опште је правило, усвојено као стандард, да се устав мијења амандманима по истом поступку како је и донесен. Обично је поступак промјене сложенији и дуготрајнији од поступка доношења и промјене закона. Такође, поступак промјене устава тежи је у сложеним државама.

- Примјена устава је од великог значаја, јер од степена примјене зависи његов ауторитет, као закона над законима. Ако је устав донесен по прописаном поступку, поготово ако је потврђен референдумом, он има пун легитимитет и исти је за све. Ако нема легитимитет, онда убрзо постаје „обични лист папира“, и само историјски документ. Тамо гдје постоји правна држава и владавина права, тамо и устав има пун ауторитет. Данас постоје државе у којима се довољно не примјењује устав, као на примјер у БиХ, под утицајем тзв. међународне заједнице. Дакле, стандард је примјењивање устава, иако се он знатно крши.

3) **Законски стандарди** односе се на правила понашања законодавца, политичких субјеката, правних и физичких лица. Закони су најстарији и најбројнији правни акти и представљају темељно ткиво права. Њима се утврђују норме којих се морају придржавати сви, почев од доносиоца закона, па до свих грађана. Закони се морају писати и доносити по одговарајућем поступку и у одговарајућој форми. С обзиром на то да постоји мноштво закона у

свакој држави, а поготово у свијету, и да се свакодневно усвајају нови, тешко их је доносити на исти начин и у истој форми. Ипак, постоје неки кључни елементи који су заједнички за све законе и треба их се придржавати као постављеног стандарда, јер ако се не би поштовали стандарди, закони се не би извршавали или би се претворили у неформалне и необавезујуће акте, као што су: декларације, резолуције, препоруке, есеји, ставови, рјешења, одлуке и сл.

Заједничка мјерила или стандарди који се односе на законе могу се сврстати у двије групе, и то: стандарди по садржају и стандарди по форми. Навешћемо само неке битне, већ уједначене, стандарде по садржају и форми:

- Основно је правило или стандард да законе не може доносити било који орган или појединац, већ искључиво надлежни орган по тачно утврђеном поступку. Надлежни орган за доношење закона је парламент државе или државотворне јединице. Уредбе са законском снагом може доносити шеф државе у случају ратне или друге опасности ширих размјера, али и ту уредбу мора потврдити парламент када престану ванредне активности. Доношење закона у парламенту обавља се на приједлог владе или одговарајућег броја посланика, тако да прво долази нацрт (прво читање), а затим приједлог (друго читање) и потом усвајање.

- Закони морају бити засновани на принципу општости, једнакости и обавезности. То значи да су закони исти за све, тј. да се односе подједнако на све и свакога. Такав стандард се формално поштује, али у пракси се знатно нарушава.

- Закони морају бити примјењиви, а биће примјењиви ако су реални и ако су израз опште воље грађана, изражене путем њихових представника у парламенту, или ако су грађани референдумом потврдили закон.

- Закони морају бити јасни и разумљиви, не само за правне стручњаке, већ и за грађане. То значи да закони имају мјеру у дужини, у формулацији, у јасноћи норме, у терминологији, али све то без *симплификације*. Још је филозоф Сенека записао да закон треба да буде кратак и јасан да би га обичан народ лакше схватио.

- Сваки закон мора да допринесе стварању свеукупног правног реда, тако да утиче на конституисање владавине права и правне државе.

- Стандард је да се закони не могу примјењивати ретроактивно, изузев у посебним случајевима. У оквиру овога стандарда уврштава се и став да се у судској пракси морају примјењивати они закони који су били на снази у часу вршења радње субјекта.

- Закони морају имати правну форму, без обзира на њихов садржај и врсту (уставни, општи, системски, обични, *lex specialis*). То је нужно, јер форма даје смисао садржају. Ако закон није обликован по прописаној номотехници, он ће личити на обични есејистички чланак или приповијетку, а тиме се умањује ауторитет државе (силе) која стоји иза закона.

- Закони морају имати јединствену структуру, која подразумева да сва материја предметног закона буде подијељена по поглављима, члановима (параграфима), тачкама и алинејама.

- Норме закона морају бити кратке и јасне и њима се мора регулисати цјеловит правни однос.

- Закони се морају писати правним језиком, вођеним правном логиком, а то значи да закон мора бити јасан и недвосмислен, без правних празнина, али и без широких описа (нарације).

- И нижи правни акти од закона (подзаконски акти) морају имати своју правну форму, нпр. рјешење мора имати правни основ, изреку (диспозитив) и образложење.

- Стандард је такође да устав, закони и други значајнији правни акти, морају бити службено објављени и да тек тада ступају на снагу.

7. НАРУШАВАЊЕ ПРАВНИХ СТАНДАРДА

Динамички и контроверзни XX вијек нарушио је многобројне друштвене стандарде, настале кроз историју као тековине човјечанства. Разлог томе је у отварању двају паралелних процеса – једног који је стварао нове односе и вриједности у друштву (развој науке и технологије) и другог који је неопрезно и без мјере потиснуо и поништио бројне економске, правне и политичке тековине и стандарде. Тиме се промијенио идентитет многих вриједности и створен је један нови интересни и утилитаристички менталитет (свијет).

У XX вијеку, у свијету, а поготово на Балкану, десило се још много тога лошег, као што су два свјетска рата, два регионална – балканска рата и грађански рат у земљама бивше Југославије. У таквом друштвеном вртлогу изгубила се правна, економска и морална мјера, пољуљани су многи стандарди, а поготово правни.

Најзначајније (или највеће) промјене десиле су се поткрај XX вијека, подстакнуте идејом стварања новог свјетског поретка. Тај процес, назван глобализацијом, спровођен је путем разних квазиреформи, почев од локалних заједница, преко држава, па до свијета у цјелини. Без обзира на негативне посљедице глобализације, она је тешко заустављива, јер је захватила четири основна стуба друштва: технолошко-информатичку револуцију, глобалну економију, глобалну културу и транснационалне политичке системе.

Сви наведени и бројни други догађаји и процеси, видно су нарушили и ставили на маргину дуго стваране правне стандарде и правни систем и поредак. До нарушавања правних стандарда најчешће долази због брзог напуштања и рушења већ створених модела и стандарда у праву, економији и државним уређењима, а да се притом не знају стандарди који би требало

да се примјењују. Прелази се олако у подручје лаицизма, симплификације и претјеране утилитаризације. Такав смјер развоја је у потпуној супротности са схватањем футуролога, који са оптимизмом најављују да смо ушли у вијек стабилизације, вијек ученог друштва, вијек знања и толеранције.

Добар примјер представља Босна и Херцеговина, у којој је напуштен стари правни систем и са њим бројни општи правни стандарди, а нови није створен. Тиме је нарушена правна мјера као правни стандард. Сада имамо мултиплуралан, гломазан, недовршен и неефикасан правни систем, у коме се тешко сналазе грађани, али и организације и институције, па чак и правници који су најпозванији да упућују, тумаче и примјењују прописе. У таквим околностима некохерентности правног система, хиперпродукције лоших прописа и укрштања континенталног и англосаксонског правног система, као и вишегодишње наглашене октроисане нормативне продукције високог представника за Босну и Херцеговину, долази до низа негативних појава које су пратиле и прате стварање и примјену права и правног система.

Тешко је, па чак и немогуће, конкретизовати облике (форме) нарушавања класичних и трајних стандарда, јер их је тако много да се не вриједи бавити тиме, па је тренутно најприхватљивија њихова подјела на три групације: опште, уставне и законске. Велики број важних стандарда већ је давно у пракси заборављен или се помене само у неким научним радовима, а мањи број стандарда служе као мјера за доношење нових правних аката.

Нарушавање стандарда врши се у садржају и форми правних аката. Садржај савремених прописа најчешће није у складу са порукама, мислима и нормама класика права, па се нпр. у уставе и законе ставља материја која није *materiae constitutiones* нити *materiae lex*. Парламенти који доносе уставе и законе нису самостални; они су подложни утицају политичких странака (партитократија), јер странке на власти стављају у устав и законе дијелове својих програма, без обзира на то што то није уставна или законска материја. С друге стране, који год практични проблем да се јави, влада и странке мисле да ће га ријешити доношењем закона о томе, што је наравно заблуда (погрешно). По форми, скоро све врсте прописа нарушиле су класичну форму аката (устава, закона, рјешења, одлука), па се акти једне врсте не разликују од аката друге врсте. Тако закони добијају дуге преамбуле, обимније него у уставима (сви закони које је наметнуо високи представник). Поред тога, материја неког закона није строго усклађена са номотехничким нормама, већ се пише есејистички, описно, двосмислено, непрецизно итд.

Једно од најтежих нарушавања бића права је слабљење квалитета правних аката њиховом хиперпродукцијом. Наиме, у савременим условима постало је неписано правило да је битан квантитет (број и обим) прописа, што значи да се правни акти (закони, уредбе, одлуке, рјешења) доносе за сваку област, сваки правни однос, сваку друштвену и животну ситуацију. То је довело до

наглашене хиперпродукције правних аката и до снажне панјуридизације. Истичемо три периода појачане, чак и неконтролисане панјуридизације: један се односи на период функционисања СФРЈ, други на вријеме дејтонске Босне и Херцеговине, а трећи на период припреме бивших југословенских република за чланство у Европској унији.

У социјалистичкој Југославији конституисан је нови правни поредак и систем. У њему је умногоме потиснуто класично право, а инаугурисано ново, самоуправно право, у коме су, поред закона, били основни акти, друштвени договори и самоуправни споразуми. Класично уговорно и облигационо право потпуно је занемарено. Друштвени договори и самоуправни споразуми чинили су окосницу права и правних аката. Сваки правни субјект могао је доносити друштвени договор и самоуправни споразум. Тако су се правни акти неконтролисано намножили, па је у једном моменту, осамдесетих година прошлог вијека, у употреби било око девет милиона правних аката.

Данас су грађани и установе у Босни и Херцеговини напросто затрпани законима, уредбама, декларацијама, одлукама. Панјуридизација се снажно шири, јер у Босни и Херцеговини постоји тринаест територијалних јединица и институција које су овлашћене да доносе правне акте свих врста. То су Парламентарна скупштина Босне и Херцеговине, Народна скупштина Републике Српске, Скупштина Федерације Босне и Херцеговине и десет кантонских скупштина. На тако малом простору, са тако мало становника, превише је прописа, а ко зна шта ће тек бити ако БиХ икада уђе у Европску унију.

Трећи период појачане продукције прописа односи се на припрему држава насталих након распада Југославије за улазак у Европску унију. Један од најважнијих задатака (услова) је хармонизација права (правних прописа) са европским правним наслеђем – *Acquis communautaire*. Сама чињеница да *Acquis communautaire* има око стотину хиљада прописа (докумената) које треба хармонизовати, говори о гломазности и хиперпродукцији прописа.

Посебно питање које се данас све више намеће јесте проширење права на неправна подручја, на неправне или полуправне појаве и односе. Неки сматрају да је такво проширење нужно и да оно снажи право. Међутим, могли бисмо се сложити само с тим да је та појава квантитативно ширење, а никако квалитативно снажење права.

У правном систему и поретку Босне и Херцеговине снажно се испољава антиномија права и правних прописа. То дјелује збуњујуће на оне који примјењују дате прописе и чини правни систем и поредак прилично сложеним и неефикасним, јер се о истој правној ствари јављају различита тумачења која имају исту доказну снагу и свако од њих је у праву. Дакле, у БиХ недостаје систем политичког, правног и правосудног уједначавања. Наводно, тај проблем ће бити умањен хармонизацијом прописа са европским правним наслеђем (*Acquis communautaire*).

Политизација правног система захватила је суштину бића права. Политичке странке, као креатори политике, стварају правни профил државе (степен правне државе) преко парламента, јер битно утичу на доношење и квалитет закона и устава.

У новије вријеме нарушавање правних стандарда усмјерено је, прије свега, на деградацију класичног евроконтиненталног права. То се чини на различите начине, а посебно снажним утицајем англосаксонског права. Наиме, англосаксонско (*прецедентно*) право има другачију технику израде, доношења и примјене прописа, а посебно устава и закона, у односу на евроконтиненталну правну школу. Европско-континентална правна школа изградила је свој модел правних аката на непролазним тековинама римског права (римске правне школе). Утврђени су стандарди за сваку правну ситуацију и за израду, усвајање и примјену сваког правног акта. Тачно је утврђено како се пише устав, закони или други акти, те каква им је форма и језик. Англосаксонско право има слободан и неформалан стил писања и доношења прописа, што не даје озбиљност и ауторитет актима. Тај стил се жели пренијети у Европу и наметнути као демократски и прилагођенији грађанима, што није добро ни прихватљиво.

8. ЗАКЉУЧНИ СТАВ

Правни стандарди су тековина правне и опште културе човјечанства. Они су стварани више од два миленијума и као такви представљају стални ослонац и путоказ за нове правне и друштвене ситуације, у којима се гради ново, али не руши старо. Нагомилане негативне појаве у сфери права, међу којима је нарушавање правних стандарда, треба систематски отклањати, не дозвољавајући да оне постану доминанте у правним порецима и системима. Зато је велика задаћа ове генерације правника – теоретичара и практичара – да раде на реинтеграцији класичног права у новим условима, да би се вратио сјај (форма и садржај) правним актима – законима и уставима. Афирмацијом класичног права (норми) ни случајно се не жели успорити динамика савременог друштва, већ напротив – ставити нове односе и процесе у оквире вијековима провјераваних друштвених, правних, културних и моралних стандарда, чиме ће право у цјелини, па тако и правни акти, добити на квалитету и ауторитету. И парламенти, као законодавци, морали би посветити више пажње квалитету и правној форми аката које доносе. Ово је пут којим би се позитивно право што више приближило праведном праву.

ВАЖЕЊЕ И ЕФИКАСНОСТ ПРАВА, ПОЗИТИВИТЕТ ПРАВА И СТУПАЊЕ НА СНАГУ ПРАВНИХ АКТА

Академик проф. др Снежана Савић*

I

Апстракт: У раду је ријеч о важењу и ефикасности права, два изузетно значајна својства сваког правног поретка, о позитивитету права и ступању на снагу правних аката. Основни проблем који се јавља при обради ових питања, како у теорији, тако и у пракси, посебно уставних судова, јесте проблем: да ли су општи правни акти, који нису објављени на одговарајући начин, акти који подлијежу контроли уставности и законитости од стране уставних судова, или пак нису? Пракса уставних судова је различита, тако да неки судови овакве акте проглашавају неуставним, односно незаконитим, а други су их, пак, сматрали непостојећим актима и оглашавали су се ненадлежним, препуштајући другим државним органима утврђивање појаве неуставности, односно незаконитости. Такође, поставља се питање какво је дејство одлука уставних судова који прихватају да одлучују о неуставности, односно незаконитости оваквих правних аката. Сматрам да необјављивање општих правних аката на уставом и законом прописан начин, повлачи њихову неуставност, односно незаконитост. С обзиром на чињеницу да је овај чин саставни дио материјализације правног акта, као елемента његове форме, то је и логично. Стога, Уставни суд мора бити тај који ће својом одлуком утврдити овакву повреду начела уставности и законитости, те на тај начин такве правне акте елиминисати из правног поретка. Овдје се не ради о томе да се примјењивање општих правних аката изједначава са њиховим важењем. Напротив, ови правни акти постају дио правног поретка на неуставан, односно незаконит начин, и то Уставни суд мора констатовати. При овоме, евентуална одлука других државних органа у конкретним случајевима нема опште правно дејство (*erga omnes*), што практично значи да би се у сваком конкретном случају она морала поново издејствовати. Све ово, наравно, на-

* Редовни професор Правног факултета Универзитета у Бањалуци. Потпредсједник Уставног суда Републике Српске.

рушава правну сигурност, као и начело уставности и законитости, и о томе уставни судови морају да воде рачуна.

Кључне ријечи: *важење права, ефикасност права, позитивитет права, објављивање, форма, материја, ступање на снагу, правна снага, правоснажност, извршност, уставност, законитост, правна сигурност, Уставни суд.*

* * *

Важење¹ и ефикасност су значајна својства правне норме, односно правног акта, која су повезана на специфичан начин. Под важењем правне норме, тј. правног акта, подразумијева се својство норме, односно акта, да актуелно обавезује, а то значи да су ступили на снагу и да су њихови адресати дужни да се понашају по њима. Уобичајено је да се израз важење правних норми, односно аката, употребљава за одређивање обавезности опште правне норме, док се за означавање обавезности појединачних правних норми, односно аката (судског и управног акта), употребљава израз правоснажност. Важеће правне норме називају се још и позитивним, а укупност важећих правних норми у једном друштву чини позитивно право. Најједноставније речено, правна норма је важећа уколико је на законит начин инкорпорирана у позитивно право. Са друге стране, позитивно право, да би било важеће (позитивно), мора бити, у цјелини посматрано, ефикасно, односно мора се примјењивати, док то није случај када је ријеч о позитивноправној норми. Правна норма, нужно, с обзиром на карактер државе и права, важи у одређеним временским, персоналним и просторним оквирима или сферама важења.² То практично значи да норме увијек важе у одређеном времену, за одређене особе и на одређеном простору.³

Када се говори о важењу и ефикасности права, на првом мјесту се мора истаћи чињеница да је веза између свијета „требања“ и свијета „бивања“ у

¹ Н. Висковић (у: *Теорија државе и права*, Загреб, 2001, стр. 198), истиче да је важење својство норме да актуелно обавезује, а то значи да је ступила на снагу и да су њени адресати дужни по њој се понашати. „Уобичајено је израз важење употребљавати само за обавезност опћих правних норми, док се за обавезност пресуда и управних аката употребљава израз правоћност.“

² Х. Келзен (у: *Опита теорија права и државе*, Београд, 1998, стр. 95) истиче да од „четири сфере важења норме, персонална и материјална сфера имају приоритет у односу на територијалну и временску сферу. Ове две последње представљају само територију на којој и време за које појединац треба да се понаша на одређен начин. Норма може одредити време и простор само у односу на људско понашање. Рећи да норма важи за дату територију, то значи рећи да се она тиче понашања људи које се дешава у оквиру те територије. Рећи да норма важи за одређено време, то значи рећи да се односи на људско понашање које се дешава у току тог времена. Било која територија на којој се и било које време за које се дешава људско понашање може бити територијална и временска сфера важења норми“.

³ „Настанак и важење правних норми одређено је временски, што значи да се правне норме признају као такве и почињу бивати обавезним у одређеном временском одсјечку“, како то истиче Д. Врбан у: *Држава и право*, Загреб, 2003, стр. 481.

праву, без обзира на то што их спознајемо на различите начине, управо овдје најочигледнија. Управо кроз однос важења и ефикасности права може се заштитити да право подједнако припада и једном и другом. Наиме, нормативност права, „требање“, у ефикасности права постаје „бивање“. То је циљ важења - „постојања“ права. Уколико би оно остало само требање, не оваплотивши се у „бивању“, сврха његовог важења („постојања“) била би бесмислена. На тај начин се идеално и реално, „требање“ и „бивање“ у праву испреплићу, егзистирају, не паралелно, већ рефлектујући се једно у другом и, на неки начин, остварујући се једно у другом.⁴

У том смислу се показује да важење правног поретка зависи од његове ефикасности, при чему се она јавља као услов важења, *conditio sine qua non* важења права, а не као *conditio per quam* важења права. Иако су важење и ефикасност права два потпуно различита појма, између њих постоји одређена, врло важна, веза која се манифестује у томе да се норма сматра важећом само под условом да припада систему норми који је, у цјелини узевши, ефикасан. Она сама не мора да буде ефикасна да би била важећа, али мора бити дио важећег права, које, да би било важеће, позитивно, у цјелини узевши, мора бити ефикасно, мора се примјењивати. Ако право важи, а не примјењује се, дакле није ефикасно, онда и није право, исто као што, да би било право као нормативни поредак, мора да важи. То су двије стране његове сложене природе у којима се најтјешње дотичу два свијета, између којих, по мишљењу неких аутора, постоји антиномија – свијет „требања“ и свијет „бивања“.⁵

Свијет „бивања“ и свијет „требања“ у праву нису два свијета која постоје одвојено, независно један од другог, између њих не зјапи антиномија. Они нису ни паралелни свјетови, каквих је мишљења било.⁶ То су два свијета која су, несумњиво, међусобно повезана, два свијета која се додирују и у одређеном моменту рефлектују један у другом, тежећи да се поистовјете, што, због своје

⁴ Тако Б. С. Марковић (у: „Систем филозофије права Радомира Лукића“, *Зборник Матице српске за друштвене науке*, св. 95/93, стр. 173), каже: „Између духовног и материјалног света постоји, дакле, и један трећи, прелазни свет, свет друштвено прихваћених правила понашања, тј. друштвеном праксом материјализована мисаона правила понашања и као таква такође друштвена чињеница, наиме да је обавезно примењивати одређене религијске, социјалне или политичке норме понашања“.

⁵ Види: Љ. Тадић, „Однос битка и требања у Келзеновом правнофилозофском систему“, *Годишњак ПФ у Сарајеву*, 1959, стр. 50, уз шта А. Рос (у: *Право и правда*, Подгорица, 1996, стр. 61) истиче да „важеће право значи истовремено заповијест која је ефективна и заповијест која посједује обавезујућу снагу која произлази из а ригорі принципа, право је истовремено нешто фактичко у свијету стварности и нешто што важи у свијету идеја“.

⁶ Тако нпр. Ђ. Тасић (у: „О критичким примедбама проф. Питамца на Келсенове појмове друштва, државе и Бога“, Избор расправа и чланака из теорије права, САНУ, Београд, 1984, стр. 164) говори о томе да је проф. Питамец покушао да нађе неку додирну тачку међу њима, али је истовремено, у истом дјелу, већ, направио разлику између једног акта као основа за једну последицу и као узрока за једну реалну последицу, а доцније, природно, у смислу тога дошао на идеју о паралелности између нормативног света и света реалности.

природе, никада у потпуности не успијевају.⁷ Свијет идеалног („требања“) и свијет реалног („бивања“), иако у једном дијалектичком јединству, егзистирају на различите начине, по различитим законима. У свијету „требања“ важи закон нормативности, а у свијету „бивања“ закон каузалности, због чега се право остварује у свијету „бивања“, док важи у свијету „требања“.

Суштина права је у томе што оно важи, егзистира, како то истиче Х. Келзен, као идеална појава, али у реалном свијету, тј. важи у идеалном, а „постоји“ и остварује се у „бивању“, у реалном.⁸ То су различити видови егзистенције права, али у сваком случају неизбјежно везани. Важење норме изводи се из категорије „требања“, јер је оно *conditio per quam* права, тј. основ једног конкретног „требања“ може бити само у другом „требању“. Тако све норме, чије се важење може везати за једну исту основну норму, чине систем норми или један поредак.

Међутим, његова ефикасност, његово остваривање, у свијету је реалног, без чега право не остварује свој циљ – регулисање одређених односа у друштву. На тај начин „требање“ се реализује у „бивању“, које, опет, прилагођено сада овом „требању“, ефикасно дакле, промјеном одређених друштвених фактора и околности, воље, која је суверена, утиче на неко будуће „требање“ и тако у недоглед. Из овога произлази да се живот права, испољен кроз његово важење и ефикасност, креће у релацији нормативног–стварног–нормативног, која је једини могући вид његове егзистенције. То што оно подједнако припада, на први поглед дијаметрално супротним сферама свијета који нас окружује, не мијења много на ствари, те у том смислу и треба посматрати однос између важења и ефикасности права.

II

„Систем норми који називамо правним поретком јесте систем динамичке врсте. Правне норме не важе зато што оне саме или основна норма имају садржину чија је обавезна снага очигледна сама по себи. Оне не важе због своје унутрашње привлачности. Правне норме могу имати какву било садржину... Важење правне норме се не може довести у питање због тога што је њена садржина супротна некој моралној или политичкој вредности. Једна норма важи као правна норма, зато што је створена према одређеном правилу, и једино зато... Она припада том поретку ако је створена на одређени начин, који у крајњој линији прописује основна норма тог правног поретка, и ако није по-

⁷ Види: Х. Келзен, цит. дј., и А. Рос, цит. дј.

⁸ К. Чавошки у тексту „Нови (синтетички) правни реализам Алфа Роса“ (предговор књизи А. Рос, *Право и правда*, Подгорица, 1996, стр. 5), истиче да се по Келзеновој чистој теорији права „особени начин постојања права као скупа норми које су, по својој природи прескриптивне, огледа... у важењу“.

ништена на одређени начин, који је у крајњој линији прописан истом основном нормом.⁹

Управо стога, често се каже да је право „увек позитивно право, а његов позитивитет лежи у томе што се ствара и укида актима људских бића, и тако је независно од морала и сличних нормативних система. То чини разлику између позитивног и природног права, које се, слично моралу, изводи из једне основне норме за коју се претпоставља да је очигледна сама по себи и за коју се мисли да је израз воље природе или чистог разума.“¹⁰

За позитивно право би се, најједноставније, могло рећи да представља право које се примјењује. Позитивним правом или позитивним правним поретком назива се онај правни поредак који се у једном датом друштву врши, тј. примјењује. То, надаље, значи да није позитивно право оно право које се некад вршило, примјењивало (непозитивно право). Да би право било позитивно, потребно је, дакле, да се врши, примјењује. Посматрано на овај начин, за позитивитет права у цјелини битна је његова примјенљивост - ефикасност. Међутим, за позитивитет појединих правних аката, односно норми, битно је да су прописно (законито) донесене у оквиру једног правног поретка који је, у цјелини узевши, ефикасан, тј. који се примјењује. Дакле, невршење, непримјењивање појединих правних норми не значи да ове норме (акти) нису позитивноправне. Напротив, оне остају позитивноправне без обзира што се не врше, што значи да остаје дужност да се врше.

С обзиром на наведено, може се закључити да је за позитивитет једног права, посматраног у цјелини, мјерило његово вршење, његово примјењивање, тј. ефикасност, док је за позитивитет једног дијела таквог позитивног правног поретка мјерило, обрнуто, да је тај дио правног поретка на прописан начин постао саставни елемент таквог поретка, без обзира да ли се он стварно примјењује или не. Обавеза његовог примјењивања остаје све док он не буде на прописан начин укинут, односно избачен из правног поретка.

Сматра се да се проблем важења права у времену може свести на два главна питања: од када и до када важи неко правно правило.¹¹ Питање важења права не своди се само на настанак и трајање норми с обзиром на вријеме, него претпоставља и испуњење неких формалних и материјалних претпостав-

⁹ Х. Келзен, цит. дј., стр. 170.

¹⁰ Исто, стр. 171.

¹¹ Д. Врбан, цит. дј., стр. 340. При чему С. Перовић (у: *Ретроактивност закона и других општих аката - теорија сукоба закона у времену*, Београд, 1987, стр. 7) истиче да су „закони као акти који у великој мери чине садржај правног поретка, временски ограничени, тј. да важе за одређено време и на одређеном простору. Њихова важност се, дакле, не може схватити ван граница просторновременске стварности, што значи да они нису ни апсолутни, ни универзални акти. Са гледишта временске компоненте закон има релативна обиљежја, јер његово дејство није безвремено. Правне норме којима се предвиђају и регулишу одређена правила понашања важе краће или дуже време у одређеној друштвеној средини, а затим се повлаче пред новим нормама које могу регулисати те исте односе на другачији начин“.

ки ваљаности. С обзиром на разликовање општих и појединачних правних аката, „од највеће важности за стварање права је управо питање почетка важења општих правних аката, а то су понајприје закони.“¹² За почетак важења општих правних аката употребљава се термин „ступање на снагу“. У правилу, за законе и друге опште правне акте почетак важења се утврђује уставом и унутрашњим правилима поступања тијела (органа) које тај акт доноси. Изузетно се почетак као и престанак важења општег правног акта може одредити и у самом акту, и то у његовим завршним или прелазним одредбама.¹³

Почетак важења или ступања на снагу неког закона завршна је фаза законодавног поступка, иако има и другачијих мишљења. Тако се истиче да „објављивање општих аката у службеном гласилу или на други, унапред прописани начин, не представља фазу доношења тих аката, јер се општи правни акти сматрају донетим окончањем поступка у органима који их доносе, али правну снагу и дух живота општи акти могу стећи тек по објављивању и протеку утврђеног рока остављеног да се народ упозна са тим актима пре него што они ступе на снагу и почну да се примењују.“¹⁴ Основни предуслов да закон ступи на снагу је његово објављивање (публикација). „Објављивање закона је акт који је од битног значаја за његов живот, односно примену“, јер он „своју правну снагу и дух живота добија тек актом објављивања...“¹⁵ Ако поставимо питање „због чега је објављивање закона неопходни акт за његову правну снагу“, видјећемо да постоје мишљења „да би воља законодавца стекла правну егзистенцију потребно је да буде и манифестована кроз извесне спољне, доступне и извесне акте“¹⁶, те да „објављивање само за себе представља битан елемент у поступку доношења закона и тек оно закону даје потпуну перфекцију“¹⁷. Тако се, нпр. Уставом Републике Српске, у чл. 109 прописује да „закони, други прописи и општи акти ступају на снагу најраније осмог дана од дана објављивања, осим ако из нарочито оправданих разлога није предвиђено да ступе раније на снагу. Прије ступања на снагу, закони, други прописи и општи акти државних органа објављују се у одговарајућем службеном гласилу“. Такође, у члану 110 Устава Републике Српске, прописано је да „закони, други прописи и општи акти не могу имати повратно дејство. Само се законом може одредити да поједине његове одредбе, ако то захтијева општи интерес утврђен у поступку доношења закона, имају повратно дејство.“

¹² Д. Врбан, исто.

¹³ С. Перовић (цит. дј., стр. 7) истиче да „отуда, сваки правни систем рачуна са оним законима који важе у одређеном времену, али да би их разграничио од претходних и на тај начин одредио домene њихове примене, постављено је једно опште правило, према коме се нови закон примењује на будуће време“.

¹⁴ Б. Ненадић, „Да ли општи акти који нису званично објављени подлежу уставносудској контроли“, *Правна ријеч*, 7/2006, стр. 88.

¹⁵ С. Перовић, цит. дј., стр. 10 и 11.

¹⁶ Laband, *Droit public de l' Empire allemand*, t. II, str. 277; Jellinek, *L'Etat modern*, t.II, str. 319, цит. по С. Перовић, цит. дј., стр. 12.

¹⁷ Laferriere, *Traite de la juridiction administrative*, 2 ed. T.I, str. 454, цит. по С. Перовић, исто.

Поред овога, Закон о објављивању закона и других прописа Републике Српске, у члану 3 прописује: „У *Службеном гласнику Републике Српске* се објављују прописи и други акти које у оквиру своје надлежности доносе: предсједник Републике, Народна скупштина Републике Српске, Вијеће народа Републике Српске, Влада Републике Српске, Уставни суд Републике Српске и високи представник за Босну и Херцеговину. У *Службеном гласнику Републике Српске* објављују се и прописи и други акти које доносе: министарства, републичке управе и републичке управне организације, Републичка изборна комисија, Уставни суд Босне и Херцеговине и други органи и институције Босне и Херцеговине и Републике Српске, ако је законом прописано објављивање њихових прописа“.¹⁸

Сматра се да акт објављивања у „себи садржи више правно релевантних момената. Пре свега, путем објављивања, субјекти на које се закон односи сазнају његову садржину и правни режим који он доноси...Са друге стране, правни поредак познаје и примењује опште правило по коме незнање закона никога не оправдава, јер када би било другачије право не би било ефикасно у својој примени“.¹⁹

У погледу наведених уставних и законских рјешења, потребно је разликовати двије ситуације. Прва ситуација је када општи правни акти нису објављени у складу са уставним, односно законским одредбама, тј. нису објављени на одговарајући начин прописан уставом и законом. Друга ситуација је када су општи правни акти објављени на одговарајући начин, али је предметним актима прописан другачији начин ступања на снагу у односу на начин који је утврђен уставом, тј. када долази до нарушавања уставног принципа о почетку важења општих правних аката.

У погледу напријед наведених уставних и законских рјешења, став правне теорије је јасан. Наиме, објављивање општих правних аката, њихова материјализација, је саставни дио њихове форме, заједно са надлежношћу одређеног органа за доношење правног акта и поступком по коме се акт доноси. Нарушавање било којег од ових елемената форме правног акта, представља разлог за његову неуставност, односно незаконитост, и то неуставност, односно незаконитост у формалном смислу.²⁰ Када је ријеч о пракси, ситуација је нешто

¹⁸ Закон о објављивању закона и других прописа Републике Српске, „Сл. гласник Републике Српске“, бр. 67/05.

¹⁹ С. Перовић, цит. дј., стр. 12.

²⁰ С обзиром на чињеницу да сваки правни акт има форму и садржину, неуставност, односно незаконитост правног акта, може бити формална и материјална, у зависности од тога да ли је незаконита форма (облик) или садржина (материја) правног акта. Форма правног акта је незаконита уколико је: 1. акт донио ненадлежан орган, 2. уколико је повријеђен прописани поступак доношења тог акта, и 3. уколико форма акта у ужем смислу није правилна. Под појмом форме акта, у ужем смислу ријечи подразумијева се, прије свега, његова материјализација. Правни акт је материјално, тј. садржински неуставан, односно незаконит, уколико му је садржина несаслагласна са садржином виших правних аката. Неки правни акти су садржински јаче везани за више правне

другачија. Тако је нпр. Уставни суд Републике Српске, у предмету У-1/09, заузео став да „с обзиром да је законска обавеза да се објављују прописи и други акти које у оквиру своје надлежности доносе републичке управе и републичке управне организације, а да је оспорени подзаконски општи акт ступио на правну снагу без објављивања у службеном гласилу, Уставни суд је оцијенио да је тиме дошло до повреде члана 109. Устава Републике Српске“²¹. Такође, у предмету У-52/08, Уставни суд Републике Српске стао је на становиште да „у случају када оспорени општи акт није објављен у одговарајућем службеном гласилу, постоји повреда члана 109. став 1. Устава Републике Српске којим је прописано да општи правни акти ступају на снагу најраније осам дана од дана објављивања.“²²

Слична стајалишта имају Уставни суд Републике Србије, Уставни суд Црне Горе и Уставни суд Републике Хрватске. „И Уставни суд Црне Горе и Уставни суд Републике Српске оцењује уставност ових општих аката који нису објављени, независно од тога да ли су примењивани или нису, и одлуком утврђује да ти акти нису сагласни с уставом и да престају да важе даном објављивања одлука тог суда. У образложењу својих одлука ови уставни судови износе да ти акти нису у сагласности с уставом, јер се по уставу закони и други општи акти и прописи обавезно објављују“.²³ Пракса Уставног суда Србије била је таква да се „такав акт касирао у целини, мада је било и случајева да су само поједине одредбе таквог акта касиране, са становишта њихове несагласности с Уставом“.²⁴ Уставни суд Републике Хрватске, у свом Извјешћу 1. *Ступање на снагу и почетак примјене закона и других прописа* од 1.6.2006. године, стао је на становиште да је „чланком 89. ставак 1. и 3. прописано: Прије него што ступе на снагу, закони и други прописи државних тијела објављују се у ‘Народним новинама’, службеном листу Републике Хрватске. Закон ступа на снагу најраније осми дан од дана његове објаве, осим ако није због особито оправданих разлога законом другачије одређено. Сукладно наведеном, устав-

акте, а други акти мање. Тако је, на примјер, закон релативно слободан у погледу свога садржаја у односу на устав као виши акт, јер устав садржи само широка начела и оквире којима регулише друштвене односе. Насупрот томе, појединачни правни акти, као што су управни и судски акт, детаљно су одређени у погледу садржине законом и другим прописима. Међутим, за разлику од управног и судског акта, правни послови, с обзиром на диспозитивни карактер норми приватног права, такође су веома слободни у погледу свога садржаја у односу на закон чије норме може замијенити. Између управног и судског акта такође постоји разлика у погледу везаности њихове садржине законом. С обзиром на природу управне дјелатности, управа се не може тако широко и детаљно везати законом, као суд и судски акт. Управа чак често ужива право дискреционе оцјене које подразумева широку, скоро пуну слободу управног акта у односу на закон.

²¹ Одлука Уставног суда Републике Српске, У-1/09 од 23. 6. 2010. године, „Билтен Уставног суда Републике Српске“, бр. 15/2011, стр. 187-193.

²² Одлука Уставног суда Републике Српске, У 52/08 од 24.3.2010. године, „Билтен Уставног суда Републике Српске“, бр. 15, 2011, стр. 79-84.

²³ Б. Ненадић, исто, стр. 96.

²⁴ Исто, стр. 97, при чему се наводе одлуке ИУ-272/94, ИУ-19/98 и ИУ-179/01.

но је правило да закони ступају на снагу најраније осмог дана од дана објаве у 'Народним новинама'. Временско раздобље од дана објаве закона до дана његова ступања на снагу (вакација) потребно је да би се с одредбама новог закона упознали и за његову примјену припремили адресати на које се односи²⁵.

Уставни суд Црне Горе, у предмету У. бр. 106/09, утврдио је да подзаконски општи правни акт није у складу са Уставом и законом, јер је истим прописано да ступа на снагу даном доношења, чиме је повријеђен уставни принцип обавезног објављивања и ступања на снагу прописа најраније осмог дана од дана објављивања...Такође, одлуком у предмету У. бр. 58/06, утврђено је да подзаконски општи правни акт није у сагласности са уставом и законом, јер исти не садржи одредбе о ступању на снагу, те да није објављен на начин на који се објављују општа акта, а примјењују се. Због свега овога исти није у сагласности са Уставом. Дејство ових одлука је различито, тако да се нпр. у неким случајевима проглашавају неуставним само предметне одредбе, а у другом, пак, читав правни акт, иако се често у образложењу ових одлука говори о неуставности читавог општег правног акта. У суштини, различитост у одлукама није значајна, јер је дејство одлуке Уставног суда у оба случаја идентично, с обзиром на чињеницу да је правни акт, уколико је неуставан из ових разлога – неуставност у формалном смислу – неуставан у цјелини. Наиме, предметним одредбама регулише се почетак важења, тј. почетак обавезности општег правног акта, његово инкорпорирање у позитивно право, односно важећи правни поредак, па уколико те правне норме нису у складу са Уставом, то практично значи да ни сам акт, у цјелини узевши, није у складу са Уставом.²⁶

Ово питање је, сасвим сигурно, питање од великог значаја, поготово стога што постоје и другачији теоријски ставови, али и промијењена пракса Уставног суда Србије (од 2003. године). Наиме, истиче се да је досадашњом праксом Уставног суда Србије, Суд „прихватио постојање у правном систему одређеног општег акта који није објављен, само му је оспоравао примену, односно дејство

²⁵ Извјешће 1. Ступање на снагу и почетак примјене закона и других прописа, 1.6. 2006. године.

²⁶ Г. Мијановић (у: *Контрола уставности закона*, Српско Сарајево, 2000, стр. 162) истиче: "Насупрот овом систему контроле, гдје одлука о противуставности представља рјешење прејудиционог питања у односу на главни спор, у системима непосредне контроле уставности путем уставних судова, одлука о уставности представља рјешење главног спора. Тај спор се може завршити било констатацијом противуставности (са слабијим правним ефектом), било касирањем (ништењем или укидањем) противуставног закона, парцијално или у цјелини, при чему одлука има много чешће касаторан ефекат, тако да спор констатације и не заслужује већу пажњу. Касаторна одлука је примјенљива уколико је закон на снази, тј. након његове промугације и уколико није дерогиран доцнијим законом или уставом. Констатација неуставности је, међутим, могућа и у погледу закона који је престао важити, јер утврђивање противуставности и у том случају може некад бити од практичног значаја. Међутим, констатацијом неуставности или уставности се скоро по правилу завршава контрола уставности која се проводи прије промугације закона, с тим што утврђивање неуставности изгласаног закона има за последицу немогућност његове промугације".

за убудуће“.²⁷ Од 2003. године Уставни суд Србије стоји на становишту „да општи правни акт који није објављен није правно перфектан, независно од тога да ли је примењиван или није. Такав акт не постоји у правном систему као важећи општи правни акт, па стога не може ни бити предмет уставносудске контроле. Констатујући да општи акт који није званично објављен, није ступио на снагу у складу са Уставом и није важећи правни акт, Суд је захтеве за оцену уставности и законитости тих аката одбацивао, с тим што је у самом закључку утврђивао да такав акт није ступио на снагу у складу с Уставом и да не може производити правно дејство. При промени свог ранијег становишта Суд је пошао и од тога: да необјављеном општем акту који није ступио на снагу у складу с Уставом чин примене не може дати живот, односно важност коју није стекао на начин прописан Уставом“.²⁸ Међутим, каснија пракса Уставног суда Републике Србије је другачија, о чему ће ријечи бити касније.

Образложење за овакво поступање Уставног суда Републике Србије, по мишљењу неких аутора,²⁹ заснива се на чињеници да „то што донети, а необјављени акти који се примењују, производе одређене последице у пракси, те последице нису и правне последице, и за њихово отклањање, као и за решавање спорова који настају у њиховој примени, није надлежан Уставни суд. Ти спорови, сагласно Уставу, спадају у надлежност других државних органа, пре свега органа који врше надзор и контролу над законитошћу аката и радњи надлежних органа (па и доносилаца нормативних аката), а потом и судова. Уосталом, у оваквој ситуацији треба поступати као са било којим неуставним или незаконитим актом или радњом, јер нема спора да је необјављивање прописа неуставан чин, као и примена необјављених аката у пракси. Свим државним органима који надзиру остваривање устава и закона, односно који суде у споровима ради заштите права и правних интереса, је добро знано да Устав тражи да општи акт да би могао да се примењује, мора бити претходно објављен и мора ступити на снагу. Уставне одредбе, иако одредбе *lex superior*, се такође у овим случајевима имају непосредно применити и од стране судова и других државних органа.“³⁰

Са оваквим становиштем се не можемо сложити из више разлога. Наиме, Х. Келзен истиче да „теорија о *ab initio* неважности није прихваћена од свих. Упореди, на пример, врховни судија *Hud Chicot County Drainage District v Baxter State Bank*, 308.U.S. 371(1940). Најбоља формулација проблема налази се у: *Wellington et al. Petitioners*, 16 Pick. 87 (Mass, 1834), стр. 96: “Можда се, међутим, може основано сумњати да ли се икад може за један формални законодавни акт рећи са строго правничког гледишта да је непостојећи; изгледа много више у складу с природом ствари и с принципима који се примењују

²⁷ Б. Ненадић, исто, стр. 97.

²⁸ Исто, стр. 98, при чему се наводе ставови Суда од 15. маја, 2003. године.

²⁹ Исто.

³⁰ Исто, стр. 9.

на сличне случајеве сматрати га ништавим³¹. Наиме, „оно што се обично зове (неважећом) непостојећом нормом, јесте само највиши степен ништавости, чињеница да је сваки грађанин, а не само специјалан орган овлашћен да поништи норму“. Због тога је „у праву модерне државе, неважност, као највиши ступањ ништавости, практично искључена...То не значи да све што се представља као норма правно и јесте норма, ма и ништава норма. Постоје, истина, случајеви кад нешто што се представља као норма није норма уопште, кад не важи *ab initio*, случајеви апсолутне ништавости, који се карактеришу тиме што није потребан никакав правни поступак да се она поништи. Такви случајеви, међутим, стоје ван правног система.“³²

Сагласно овоме, „ако би правни поредак одредио услове под којима нешто што се представља као норма не важи *ab initio* тако да нема потребе да буде поништено правним поступком, правни поредак би имао још увијек да одреди поступак чији је циљ да утврди да ли су ти услови били испуњени у датом случају, да ли је норму у питању стварно издао надлежан орган или лице које није надлежно да издаје правне норме итд. Одлука коју доноси надлежна власт да нешто што се представља као норма не важи *ab initio*, јер испуњава услове неважности одређене правним поретком јесте конститутивни акт; она има одређено правно дејство; без тога акта и пре њега појава која је у питању не може се сматрати непостојећом. Отуд ова одлука није деклараторна, тј. није, као што изгледа, потврђивање да норма не постоји; она је правни акт поништења, поништење с ретроактивним дејством. Мора нешто правно постојати на што се ова одлука односи. Отуда појава о којој је реч не може бити неважећа *ab initio*, тј. не може бити - правно ништа. Она се мора сматрати нормом која је поништена с ретроактивним дејством, одлуком која је проглашава неважећом *ab initio*... Случај апсолутне ништавости лежи ван права.“³³

Сагласно наведеном, „неуставност или незаконитост норме за коју, из овог или оног разлога треба претпоставити да важи, дакле, значи или могућност да она буде поништена (на обичан начин ако је судска пресуда, на неки други начин ако је закон); или могућност да се прогласи за непостојећу. Њена ништавост значи негацију њеног постојања правним средствима“.³⁴

Што се тиче активности органа који врше надзор и контролу над законитошћу аката и радњи надлежних органа и могућности да се њиховом активношћу утврди повреда начела уставности, односно законитости, истичемо следеће. „Ако је обичан суд надлежан да цени уставност закона, он може бити овлашћен једино да одбије да га примени у конкретном случају кад сматра да је закон неуставан, док други органи остају обавезни да закон примене. Све док закон није поништен, он је уставан, а не неуставан у смислу да се противи уставу...“ Такође, „лична одговорност органа који ствара норму за законитост

³¹ Х. Келзен, *Опита теорија права и државе*, Београд, 1998, стр. 218.

³² Исто, стр. 219.

³³ Исто.

³⁴ Исто, стр. 220.

створене норме је врло ефикасно средство за обезбеђење законитости поступка стварања норми. Али се то средство ређе употребљава у погледу односа између устава и закона, него у погледу односа између закона и уредаба које треба да донесу управни органи на основу закона. Ако управни орган донесе незакониту уредбу, њега за то може казнити специјалан орган који је надлежан да цени законитост уредбе. Али, такозвана незаконита уредба се може поништити само на нормалан начин, а не актом специјалног органа коме је поверен надзор над тим нормама.³⁵

Дакле, на основу наведеног, можемо закључити да необјављивање општих правних аката, као и ступање на снагу на другачији начин, у односу на уставом и законом прописан начин, повлачи њихову неуставност, односно незаконитост. С обзиром на чињеницу да је овај чин саставни дио материјализације правног акта, као елемента његове форме, то је и логично. Стога, Уставни суд мора бити тај који ће својом одлуком утврдити овакву повреду начела уставности и законитости, те на тај начин такве правне акте елиминисати из правног поретка. Овдје се не ради о томе да се примјењивање општих правних аката изједначава са њиховим важењем. Напротив, ови правни акти постају дио правног поретка на неуставан, односно незаконит начин и то неко мора констатовати. Одлука других државних органа у конкретним случајевима нема опште правно дејство (*erga omnes*), што практично значи да би се у сваком конкретном случају она морала поново издјествовати. Све ово, наравно, нарушава начело уставности и законитости, као и правну сигурност, и о томе уставни судови морају да воде рачуна. Као што је неуставан, односно незаконит, онај правни акт који је донио ненадлежан државни орган, онај правни акт који није донесен према правилима поступка, унаријед прописаним, тако је неуставан и онај правни акт који није објављен и није ступио снагу на начин прописан уставом, односно законом. Ову чињеницу Уставни суд, без обзира што се, по неким мишљењима, ради о „непостојећим правним актима“, не смије игнорисати. То доказује и чињеница да данас Уставни суд Републике Србије има другачију праксу. Наиме, у својим одлукама Уставни суд данас прихвата да оцјењује уставност и законитост оваквих аката и констатује да „нема могућности ступања на снагу општих правних аката пре њиховог објављивања“³⁶, те да „ступање на снагу које се одређује у односу на дан доношења, а не у односу на дан објављивања није сагласно са законом, а тиме ни са Уставом“³⁷. Такође, Суд констатује да „општи правни акт не може да ступи на снагу пре него што је објављен, те оспорена одредба којом је предвиђено ступање на снагу Правилника даном доношења није у сагласности са Уставом“.³⁸

³⁵ Исто, стр. 215-216.

³⁶ Одлука бр. Iул-105/08 од 11.6.2009. године („Службени гласник Републике Србије“ бр. 5/09).

³⁷ Одлука бр. IУ-265/06 од 26.2.2009. године („Службени гласник Републике Србије“ бр. 37/09), одлука бр. IУ-55/05 од 9.7.2009. („Службени гласник Републике Србије 60/09), као и одлука Iул-123/09 од 7.10.2010. године („Службени гласник Републике Србије“ бр. 96/10).

³⁸ Одлука бр. IУо-188/2009 од 9.12.2010. године („Службени гласник Републике Србије бр. 2/11).

У погледу напријед наведеног, значајно је истаћи да Уставни суд Републике Србије у својим одлукама проглашава неуставним само одредбе које прописују начин ступања на снагу ових правних аката и да се истовремено упушта у оцјену уставности осталих одредаба ових правних аката, односно врши оцјену њихове уставности и законитости у материјалном смислу. Сличну праксу имао је и Уставни суд Републике Српске све до половине 2012. године, мада се из образложења његових одлука могло закључити да се ради о неуставним, односно незаконитим правним актима.³⁹ Од половине 2012. године Уставни суд Републике Српске стоји на становишту да се у оваквим случајевима ради о неуставним, односно незаконитим правним актима у цјелини, и то констатује у својим образложењима, те одбија да у оваквим случајевима врши контролу уставности и законитости у материјалном смислу.⁴⁰ Сматрам да је овакво стајалиште Суда далеко правилније и исправније. У прилог тврдњи да се ради о правилном ставу Уставног суда Републике Српске, наводим праксу Уставног суда Републике Србије у погледу правних аката које су донијели ненадлежни субјекти. Наиме, Уставни суд Републике Србије је у својој одлуци бр. IУ-24/06 од 14.10.2010. године⁴¹, констатовао: “Како је Уставни суд утврдио да оспорена Директива у формалноправном смислу није у сагласности са Уставом и законом, јер ју је донео ненадлежан орган, то није било потребе да се врши оцена уставности и законитости појединих одредаба Директиве“. Такође, одлуком бр. Iул-29/09 од 9.12.2010. године⁴², Суд је констатовао да, “уколико је општи правни акт донео ненадлежан орган, такав акт, у целини, није уставан и законит“. Сматрам да је овакав став Суда исправан, а да је, како се у оба случаја ради о елементима форме правног акта, односно о формалној уставности и законитости исти став било потребно заузети и у погледу трећег елемента форме (облика) правног акта, тј. његове материјализације. Наиме, уколико је правни акт неуставан из ових разлога, он је, као и код ненадлежности, неуставан у цјелини, те није могуће оцјењивати уставност појединих његових одредаба, односно вршити контролу уставности и законитости са материјалноправног аспекта.

³⁹ Одлука Уставног суда Републике Српске бр. У-52/08 од 24.3.2010. године, „Билтен Уставног суда Републике Српске“ бр. 15/2011, у чијем се образложењу истиче: „С обзиром на то да се оспорени акт примјенивао и произвео правне посљедице иако није објављен, Суд је оцијенио да је у конкретном случају дошло до повреде уставног принципа из члана 109. Устава Републике Српске“.

⁴⁰ У одлуци бр. У-13/12 од 29. маја 2013. године („Службени гласник Републике Српске“ бр. 49/13) Уставни суд је констатовао: “Имајући у виду да овај статут није ступио на снагу у складу са чланом 109. Устава Републике Српске, Суд је оцијенио да исти није важећи општи правни акт у правном поретку Републике Српске. Због тога, с обзиром на чињеницу да се ради о неуставном правном акту, са формалног аспекта, Уставни суд се није упуштао у оцјену његове уставности са материјалноправног аспекта, тј. оцјену уставности члана 6. аLINEЈА 1. Статута, те је одлучио као у ставу 2. изреке ове одлуке“.

⁴¹ „Службени гласник Републике Србије“ бр. 98/10.

⁴² „Службени гласник Републике Србије“ бр. 2/11.

III

Иако је испитивање законитости правних аката од изузетног значаја, начело правне сигурности захтијева да оно не може тећи у бесконачност, тј. да се у једном тренутку тај поступак мора зауставити. Ово је посебно значајно ради реализације субјективних права и преузимања обавеза, тј. за правну сигурност свих субјеката права. Наравно, све док не наступи тај тренутак треба оставити довољно времена и могућности да сви они који имају правни интерес (овлаштени и заинтересовани субјекти) могу покренути поступак испитивања законитости правних аката. Управо због тога у правном поретку постоји правна претпоставка о правоснажности (*res iudicata* од *res iudicata pro veritate habetur* - пресуђена ствар сматра се истинитом), која, у ствари, представља својство правног акта које наступа у одређеном тренутку и за којег се претпоставља да је законит. Након наступања овог тренутка, законитост правног акта се више не може испитивати помоћу редовних правних лијекова. Овај тренутак наступа окончањем поступка по редовним правним лијековима, наравно уколико је таква поступак вођен, или пак истеком рока, уколико поступак није вођен, у коме су се могли искористити редовни правни лијекови. Овај рок обично износи петнаест дана од дана уручења правног акта адресату. Дакле, од овог тренутка постоји претпоставка да је акт законит. Међутим, ова претпоставка је оборива, што практично значи да се и после наступања правоснажности, наравно под одређеним, веома рестриктивним, условима, и примјеном ванредних правних лијекова, може испитивати законитост одређених правоснажних правних аката, али тако да тај поступак не тече аутоматски, већ се прије његовог отпочињања пажљиво и детаљно испитује његова основаност.

Институт правоснажности дуго времена познаје само судско (процесно) право, док се за управне акте сматрало да они не могу стећи својство правоснажности. Касније се овај појам почиње употребљавати и у управи. „Могли бисмо се запитати чему служи или је потребан институт правомоћности који некако и стоји у нескладу с начелом истинитости и праведности. Наиме, коначност одлуке онемогућује истраживање нових чињеница и расправу о меритуму одлуке. Ипак, тим се путем постиже јачање правне сигурности, што је од важности и за појединце и за цјелокупни сустав права.“⁴³ Наиме, сматра се да, ако би се неки правни акт (норма) могао стално доводити у питање, право би изгубило своју обвезну снагу. Поред тога, појединци, посебно странке у поступку, не би могле поуздано знати је ли им признато неко право и када ће га остварити. „Све то чини да мора наступити час, кад се дотични процес или спор (предмет) рјешава, још боље: разрјешава и то коначно, неопозиво и једном за свагда“.⁴⁴

⁴³ Исто, стр. 341.

⁴⁴ Види: Б. Перић, *Структура права*, Загреб, 1994, стр. 134.

Правоснажност је појам који се схваћа донекле различито у појединим гранама права (грађански и управни поступак), а третирамо га и као процесно обиљежје и као својство самог акта. Зато неки разликују формалну од материјалне правоснажности, те правоснажност у негативном смислу од њезине позитивне стране. Правоснажност у формалном смислу значи: да се нека ствар (предмет спора) сматра одлученом, пресуђеном (*res iudicata*); да се о томе предмету не може поново расправљати ни улагањем редовних правних лијекова (жалба) ни новом тужбом (*ne bis in idem*). Немогућност покретања новог поступка изражава и начело економичности и правне сигурности. Материјална правоснажност за разлику од формалне – коју ми означавамо као процесну, негативну, а састоји се у забрани покретања новог поступка – односи се на својства самога правног акта. Зато се она може дефинисати на сљедећи начин: правоснажан је онај акт који може постати извршним, тј. има обавезујућу снагу у смислу права; који садржи констатацију о неком праву или односу која се сматра истинитом; који правно обавезује странке у поступку (*res iudicata facit ius inter partes*) и који обавезује исти или други суд, односно државни орган.

Правоснажност је својство појединачних правних аката. Правоснажност треба разликовати од појма ступања правног акта на снагу. Овај појам значи да су субјекти, чије понашање акт регулише, обавезни да се од тренутка ступања акта на снагу понашају по њему. Један акт може ступити на снагу прије или после своје правоснажности. Ступање појединачног правног акта на снагу прије његове правоснажности је изузетна појава. По правилу, појединачан правни акт ступа на снагу после правоснажности. Пошто општи правни акти не подлијежу истом механизму испитивања законитости као и појединачни акти, они постају правно обавезни одмах по свом ступању на снагу. Док су појединачни правни акти, по правилу, обавезни тек са наступањем правоснажности, општи правни акти су обавезни већ својим ступањем на правну снагу. Генерално гледајући, мада уз одређене изузетке, могло би се рећи да је за опште правне акте ступање на правну снагу својство које је подударно са правоснажношћу појединачних правних аката.

Но, правоснажност појединачног правног акта и његово ступање на снагу још не значи да је тај акт постао извршан. Извршност наступа тек када постоје сви услови који су у том правном акту предвиђени за његово извршење. Посљедица наступања извршности акта је да се он може извршити примјеном државне принуде. Извршност представља посебно својство правног акта које, садржински, значи да је правни акт подобан да буде извршен, тј. примијењен, односно да су испуњени сви услови да се акт примијени, па и принудом, уколико је то нужно. Правило је да својство извршности имају само правоснажни акти (да би се избјегло извршење евентуално незаконитих аката) иако постоје одређени изузеци у којима правни акти постају извршни, прије него се оконча поступак по жалби ради испитивања њихове законитости. То се најчешће ради у случајевима хитности.

Academician Snežana Savić, D. Sc.

Professor at the Law Faculty, University in Banjaluka

Vice-president of the Republic of Srpska Constitutional Court

LEGAL VALIDITY AND LAW EFFICIENCY, LEGAL POSITIVISM AND THE LEGAL ACTS COMING INTO FORCE

Summary

This paper deals with the issues of legal validity and law efficiency, the two significantly important characteristics of every legal system and the matters of legal positivism and the legal acts coming into force. The main question that appears while dealing with these issues, both in theory and mainly the constitutional courts practice, is the question if general legal acts that were not published in a proper way represent the acts that are to be controlled and reviewed regarding their constitutionality and lawfulness by the constitutional courts? The constitutional courts practices vary, from the ones that declare them unconstitutional, i.e. unlawful, to the ones that consider them non-existent and thereby find no jurisdiction established over these acts, letting other state institutions deal with these acts. Another question that appears is what is the effect of the constitutional courts decisions once they declare that kind of cases admissible? My opinion is that legal acts ought to be published in a legally prescribed way, and if not, that it brings their constitutionality and lawfulness into question. Legal acts publishing I see as a part of legal acts materialization; as an element of the legal acts forms and thereby I find that to be a very strong and logical argument. In this kind of cases, constitutional courts are the institutions to establish the violation of the constitutionality and the lawfulness principles and thereby, to eliminate these legal acts out of the legal order. This is not the question of making the legal acts application even to their efficiency; quite opposite, it is the matter of these legal acts becoming parts of a legal system in an unconstitutional and unlawful manner and that is to be established by constitutional courts. Additionally, any possible other state institutions decision regarding the act in issue makes no general legal effect (erga omnes), i.e. in every case in concreto, the particular decision has to be produced. Without any doubts, all these issues endanger the principle of rule of law, as well as the principles of constitutionality and lawfulness and that is why constitutional courts have to be concerned about it.

Key Words: *Legal Validity, Efficiency of Law, Legal Positivism, Publishing, Forms, Materialization, Law Enforcement, Legal Power, Constitutionality, Legality, Rue of Law, Constitutional Court.*

НЕКА ПИТАЊА (НЕ)ФУНКЦИОНИСАЊА ИЗБОРНОГ СИСТЕМА БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ

Проф. др Миле Дмичић*

Апстракт: Босна и Херцеговина, као специфична и сложена држава или државна заједница, и даље нема цјеловит и профилисан изборни систем, као израз њене суверености, самосталности и државотворности, а не постоји ни заједнички интерес њених ентитета, конститутивних народа и осталих грађана који у њој живе и сагласности политичких странака које у њој дјелују.

У интересу њеног демократског развоја и укључивања у европске интеграције, изборни систем је потребно ускладити са међународним документима, који су саставни дио њеног уставноправног система. Неопходно је дефинисати циљеве реформе изборног система и постићи политички консензус о тим циљевима, што ће обезбиједити остваривање основних принципа демократије – репрезентативност укупне популације, односно бирачког тијела. Отварање расправе о потреби промјене изборног система захтијева да се у обзир узму шире политичке консеквенце, које би изборни редизајн неминовно произвео.

Опредјељење за или против отворених или затворених листи, подразумијева да се анализирају њихове предности, односно слабости у контексту постојећег уставноправног и политичког система, стабилизације друштва и демократских процеса у њему.

Истовремено, изборно коалирање и удруживање странака, оставља снажан утисак о нескривеним тежњама њиховог коришћења и дјеловања са циљем осуђивања, етикетања или дискредитовања – до потпуног елиминисања политичких противника.

Изборни систем је и даље оптерећен бројним слабостима: апстиненција бирача, криза мандата, доминација гласања, а не бирања, борба за избор, а не вршење функције, неодговорност носилаца јавних функција, слаба веза између изабраних и бирача, „губљење” грађанина као бирача, спорост у афирмацији нових снага, програма и идеја.

Кључне ријечи: уставни и правни систем, представничка демократија, вишестраначки систем, избори, изборни систем, изборно право, кандидациони поступак, изборне коалиције, изборно законодавство.

* Редовни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци.

СТАЊЕ И ТЕНДЕНЦИЈЕ У УСТАВНОМ И ПОЛИТИЧКОМ СИСТЕМУ БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ

Босна и Херцеговина се заснива на принципу равноправности два ентитета и три конститутивна народа. У основи, Уставом Босне и Херцеговине зајамчен је садашњи уставноправни систем земље,¹ заснован на дејтонским рјешењима. Њена основна обиљежја су мултинационална и мултиконфесионална особеност и традиција, ентитетска заступљеност и гласање и институције и механизми заштите виталног националног интереса, које су наведене и у преамбули и основним одредбама Устава Босне и Херцеговине. Ови принципи су уставноправно обавезујући, на њима се заснивају институционална организација, структура и функционисање укупног друштва и државе Босне и Херцеговине. Они се једнако односе на цијелу територију Босне и Херцеговине и на све нивое власти у земљи, што је потврђено и одлукама Уставног суда Босне и Херцеговине у уставносудском спору о конститутивности народа² и промјенама устава и закона ентитета.

У Босни и Херцеговини, као сложеној држави, односно државној заједници, која се заснива на уставном начелу да ће бити „демократска, правна држава и са слободним демократским изборима“³ стабилан развој демократских односа и институција није могућ без остваривања конститутивности и пуне равноправности двају ентитета и трију њених народа на цијелој територији⁴. Садашње стање, као и активна улога „међународне заједнице“ у Босни и Херцеговини, одражавају се, између осталог, и на уставни и правни поредак, а тиме и на изборни систем ове сложене државне заједнице и друштва које се „...одликује економском, културном, националном и другом сложености и различитошћу“.⁵

¹ Види: М. Дмичић, *Босна и Херцеговина као државна заједница sui generis – привремено решење или модел за будућност*, Анали Правног факултета у Београду, Часопис за правне и друштвене науке, Београд, 2010, број 1, година LVIII, 211–228.

² Р. Кузмановић, *Нови есеји о уставности и државности*, Академија наука и умјетности Републике Српске, Бања Лука, 2010, 104-104.

³ Члан I 2 Устава БиХ.

⁴ Један од најважнијих услова, којег и Лијпхарт истиче, за одржавање и функционисање сложених вишенационалних заједница или саудружених заједница, односи се на сарадњу елита које воде те заједнице. У таквим заједницама демократија претпоставља сарадњу елита и подршку неелита. Уставно рјешење о учешћу представника трију нација у извршној власти ентитета најбоље показује проблеме вишенационалних заједница.

⁵ С. Перовић, *Остваривање људских права у Републици Српској према међународним стандардима*, реферат на научном скупу „Република Српска – десет година Дејтонског мировног споразума“, АНУРС, Бања Лука, 2005, 149.

Види: Д. Батавелић, *Од Европског устава ка Европском федерализму*, Зборник радова „Устав lex superior“, Удружење за уставно право Србије, Београд, 2004, 43.

Међутим, у постдејтонском периоду, након “трагичних сукоба у региону”, у Босни и Херцеговини не постоји консензус владајућих политичких, односно парламентарних странака.⁶ Моћ над процесима покушава да искаже међународна заједница и њене асоцијације и организације, на основу овлашћења за провођење и тумачење Дејтонског мировног споразума. И у јавности је све присутнији став о томе да међународна заједница губи вријеме и енергију у покушају изградње консензуса међу представницима владајућих, односно парламентарних странака.

У постконфликтној ситуацији постојало је, и још постоји, недовољно повјерења, искрености и спремности на културни дијалог, толеранцију и помирење између етничких група и њихових вођа. Стога су, због “опробане поуке из прошлости”, а “...сва прошлост, без сумње, није на нашој страни, па треба присвојити заиста само онај део који нам с правом припада,”⁷ присутни захтјеви и снаге у смислу да се омогући да власт дјелује само по принципу већине, занемарујући могућност дискриминације, нетолеранције и мајоризације већине над мањином.⁸

ОСНОВНЕ КАРАКТЕРИСТИКЕ ИЗБОРНОГ СИСТЕМА БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ

Изборни систем је један од најзначајнијих дијелова политичког и уставног система сваке државе и одражава основна уставна начела и сам облик државног и друштвеног уређења. „И обрнуто, степен демократичности изборног система битно одређује развијеност демократских односа у цијелом друштву. Са правног аспекта, изборни систем даје легитимитет и легалитет изабраним представницима да остварују државну власт над свим држављанима.“⁹ Зато су и модели изборних система веома различити, а по правилу, сложенији су у државама као што је Босна и Херцеговина.

⁶ Промјене у домену консолидације парламентарне демократије имају само дјелимичне резултате. Од 2002. године Босна и Херцеговина самостално проводи парламентарне изборе путем Централне изборне комисије. Али, истовремено у свим постдејтонским парламентарним већинама, односно у свим парламентарним мандатима, не успијева се изградити консензус о сложеним питањима државног и друштвеног развоја Босне и Херцеговине. Зато је непостојање консензуса „надомјештао“ високи представник међународне заједнице, који је донио више стотина одлука и на основу њих прогласио најважније реформске законе, па и уставне промјене.

Види: Изборни закон Босне и Херцеговине („Службени гласник Босне и Херцеговине“ бр. 23/01, 07/02, 09/02, 20/02, 25/02, 04/04, 20/04, 25/05, 52/05, 65/05, 77/05, 11/06, 24/06, 32/07, 33/08, 37/08 и 32/10).

⁷ М. Екмечић, Предговор у књизи: *Српски писци и научници о Босни и Херцеговини*, приредио З. Антонић, Службени лист СРЈ, Београд, 1995, 9.

⁸ Политички односи и системи вишенационалних, односно вишеетничких држава, а исто тако и начела и установе федерализма тамо гдје је он у оваквим државама уведен, једна су од најсложенијих тема у савременој политичкој науци.

⁹ К. Трнка, *Уставно право*, Сарајево, 2006, 185.

Изборни систем је „скуп начела, права, гаранција и техничких радњи на основу којих се утврђује учешће грађана (бирача) у избору представника“. Истовремено, избори „представљају основ конституисања представничког система, па тиме и државне власти. Стога, основни стуб парламентарног система (и демократије) представљају избори и власт која се конституише на бази изборног мандата“.¹⁰ Такође, „према теорији подјеле власти, народно представништво обавља најважнију законодавну државну функцију, а у зависности од прихваћеног начела организације власти, њему се додјељују на обављање и неке друге државне функције“.¹¹ Изборни систем је, заправо, „систем правила на основу којих се конституишу представничка тијела као најзначајнији органи власти“.¹²

Избори и изборни систем могу се посматрати кроз три различите фазе:

- период након првих вишестраначких избора у ранијој Босни и Херцеговини (1990) и у вријеме трајања „трагичних сукоба у региону“,
- период од ступања на снагу Општег оквирног споразума за мир у Босни и Херцеговини (1995) до ступања на снагу Изборног закона Босне и Херцеговине, и
- период након ступања на снагу Изборног закона Босне и Херцеговине (2001).¹³

Уставом Босне и Херцеговине (члан II, „Људска права и слободе“, тачка 2) и Анексом 3 Општег оквирног споразума за мир у Босни и Херцеговини - Споразумом о изборима, прокламовани су демократски, поштени и слободни избори као темељна претпоставка за стварање представничких органа. Међутим, након тога, „међународна заједница је у Босни и Херцеговини утврдила поли-

¹⁰ Р. Кузмановић, *Уставно право*, Бања Лука, 2002, 274.

¹¹ Р. Марковић, *Уставно право*, Београд, 2010, 220.

¹² М. Пајванчић, *Уставно право*, Нови Сад, 2008, 151.

¹³ *Први период* односи се на организацију, структуру и функционисање Републике Босне и Херцеговине, односно Федерације Босне и Херцеговине и Републике Српске, на основу првих вишестраначких избора одржаних 1990. године у ранијој Социјалистичкој Републици Босни и Херцеговини у условима трајања „трагичних сукоба у региону“, од 1991. до 1995. године. У формалном смислу, први вишестраначки избори у Босни и Херцеговини одржани су још док је она била република југословенске федерације. „Због тога се ови избори не могу сматрати конститутивним, него тек предконститутивним изборима“ (М. Касаповић).

Други период започиње успостављањем Општег оквирног споразума за мир у Босни и Херцеговини, односно Анексом 3, Споразумом о изборима. Овим споразумом стране потписнице су утврдиле услове спровођења демократских избора у Босни и Херцеговини. Истовремено је затражено од Организације за европску безбједност и сарадњу (ОЕБС) да донесе и проведе изборни програм за Босну и Херцеговину, да надзире, у сарадњи са другим међународним организацијама, спровођење избора за све нивое власти у Босни и Херцеговини. Такође је затражено да она именује Привремену изборну комисију, која ће бити овлашћена да донесе изборна правила и прописе, надзире изборни процес, обезбиједи поштовање изборних правила и прописа.

Трећи период настаје ступањем на снагу Изборног закона Босне и Херцеговине.

тику честих избора, без обзира на одсутност квалитета и одсутност темељних начела за фер и демократске изборе, тако да су изборни циклуси из ових или оних разлога одржавани скоро сваке године (1996, 1997, 1998, 2000).¹⁴ Тиме су чести и узастопни изборни циклуси, са модификацијама тзв. привременог изборног система од стране међународних организација и асоцијација, па и од групних или појединачних чинилаца, имали значајне негативне рефлексije на домаће органе и институције и успоравали, па и онемогућавали, демократске процесе у Босни и Херцеговини. Због тога је било потребно створити услове за самостално организовање, вођење и промовисање слободних, демократских и поштених избора на свим нивоима власти у Босни и Херцеговини.¹⁵

Међутим, Устав не спомиње посебно и изричито ни изборно право, ни бирачко право, као ни право гласа, вјероватно с обзиром на то да је начин њиховог провођења регулисан Анексом III - Споразумом о изборима који су потписале Република Босна и Херцеговина, Федерација Босне и Херцеговине и Република Српска, а којим су утврђени услови и циљ организације слободних и поштених избора. Устав садржи само неколико општих одредаба о изборима чланова Парламентарне скупштине Босне и Херцеговине (члан IV) и Предсједништва Босне и Херцеговине (члан V). У члану IV/2.а) предвиђа да ће први избори за Представнички дом бити одржани у складу са Споразумом о изборима – Анексом III Дејтонског мировног споразума,¹⁶ а да ће се његови

¹⁴ С. Арнаутовић, *Политичко представљање и изборни системи у Босни и Херцеговини у XX стољећу*, Сарајево, 2009, 612.

¹⁵ Почев од доношења Дејтонског мировног споразума (1995), који је, у суштини, основни акт за остваривање изборног, односно бирачког права, за означавање видова његовог остваривања користе се различити термини. Тако се у Анексу III – Споразуму о изборима, у члану II – “Услови за демократске изборе”, наводе појмови „слободни и поштени избори“, „право тајног гласања“, „слобода удруживања“ и „слобода изражавања“; у члану III – „Привремена изборна комисија“ користи се „активно и пасивно бирачко право“, „регистрација политичких партија и независних кандидата“, док се у члану IV – „Бирачко право“, говори о „праву гласа“, односно о начину реализације овог права, што је, с обзиром на наведено, контрадикторно, јер би било коректније говорити о бирачком праву, а не о праву гласа. У Прилогу Споразума о изборима, у тачкама 7 и 8, говори се о праву гласа, односно о гласању народа и о универзалном и једнаком праву гласа. У тачки 7.5. овог прилога говори се о праву грађана да се кандидују за политичку и јавну функцију, појединачно или као представници политичких партија или организација и група да оснивају, потпуно слободно, политичке партије или друге политичке организације, без дискриминације, а у тачки 7.6. истиче се и обавеза потписница да пруже таквим политичким партијама и организацијама нужне законске гаранције које ће им омогућити да се међусобно такмиче на основи једнаког положаја пред законом и пред властима, што би представљало пасивно бирачко право.

¹⁶ Општи оквирни споразум за мир у Босни и Херцеговини, књига: *Документи: Дејтон-Париз*, приредили: В. Лукић, В. Поповић, Бања Лука, 1995. Анексом III Општег оквирног споразума за Босну и Херцеговину (Споразум о изборима), стране потписнице обавезале су се да ће:

- обезбиједити услове за одржавање слободних, праведних и демократских избора;
- обезбиједити утемељивање владавине путем представника;
- обезбиједити прогресивно постизање демократских циљева у Босни и Херцеговини, у складу са релевантним документима Организације за европску безбједност и сарадњу (ОЕБС);

чланови касније бирати у складу са изборним законом који усвоји Парламентарна скупштина. Међутим, Устав не садржи ближе одредбе о принципима изборног система.

Поред различитости које постоје у нормативним оквирима за остварење изборног права, може се запазити и то да се, с обзиром на комплексност у домену субјективитета његовог титулара, ово право не остварује у складу са демократским принципима модерних изборних система. У његовом практичном остваривању изборно право се често своди на бирачко право или право гласа, поготово с обзиром на чињеницу да у Босни и Херцеговини постоји више категорија субјеката изборног права, који због различитог статуса, или неких других околности, ова права не остварују на исти и једнако равноправан начин. Тако је и у пресуди Великог вијећа Европског суда за људска права у Стразбуру, од 22. децембра 2009. године, у предмету Сејдић и Финци, утврђено да држава Босна и Херцеговина крши Европску конвенцију о заштити људских права и основних слобода. Два подносиоца ове жалбе апеловала су на дискриминацију, и то на темељу њиховог ромског и жидовског поријекла, због чега им није дозвољено кандидовање ни за Предсједништво БиХ (колективни шеф БиХ) нити за Дом народа (други дом Парламентарне скупштине). Ова два органа резервисана су „...за оно што Устав БиХ означава као три конститутивна народа, наиме Бошњаке, Хрвате и Србе, у једнаким омјерима. Да би био прихватљив за било који од два тијела, кандидат мора изричито декларисати своју припадност једној од наведених етничких скупина. На овај начин проистекло искључивање тзв. 'осталих', који не припадају једном од конститутивних народа, представља, према овом Суду, расну дискриминацију која крши Европску конвенцију о заштити људских права и основних слобода.“¹⁷ Зато

– обезбиједити услове за организацију демократских, слободних и праведних избора, а прије свега политички неутралну средину;

– штитити и обезбиједити право тајног гласања без страха и застрашивања;

– обезбиједити слободу изражавања и штампе;

– дозволити и подстицати слободу удруживања, укључујући и удруживање у политичке партије, и

– обезбиједити слободу кретања.

Стране потписнице су се обавезале да ће у потпуности поштовати чланове 7 и 8 Документа ОЕБС-а из Копенхагена, који је у прилогу овог споразума са Другог састанка Конференције о хуманој димензији Конференције о европској безбједности и сарадњи (Копенхаген, 1990).

Види и: Устав Босне и Херцеговине, Устав Федерације Босне и Херцеговине и Устав Републике Српске са коментарима, група аутора – Н. Милићевић, К. Трнка, М. Симовић, М. Дмичић, Сарајево, 2004.

¹⁷ Види: S. Hammer, „Ко је господар Дејтонског устава? Импликације пресуде Европског суда за људска права у предмету Сејдић и Финци у процесу уставне реформе“, у зборнику „Босна и Херцеговина петнаест година послје Дејтона“, уредили: Д. Абазовић и С. Хамер, ФПН, Сарајево, 2010, 109.

Поред осталог, аутор наводи: „Неоспорно је да одредба члана V Устава Босне и Херцеговине, као и одредба члана 8 Изборног закона из 2001. године, има рестриктиван карактер у смислу да ограничава права грађана у погледу могућности Бошњака и Хрвата из Републике Српске, односно Србина из Федерације Босне и Херцеговине, да се кандидује за избор за члана Предсједништва

је упитно колико је бирачко право стварни „...основ формирања представничког тела и тиме учешћа грађана у обављању државних послова. Оно је камен темељац демократије и народне владавине“¹⁸

Дакле, и даље постоји одређена неусаглашеност између уставних принципа и међународних стандарда које Устав прихвата са рјешењима о избору најзначајнијих органа Босне и Херцеговине. Опште и једнако право гласа у свијету је неоспоран демократски стандард, што је потврђено и међународним инструментима, као што су Европска конвенција о заштити људских права и основних слобода или Међународни пакт о грађанским и политичким правима. Ови документи су саставни дио правног система Босне и Херцеговине. У основи, у интересу демократског развоја и настојања да се Босна и Херцеговина укључи у европске интеграције, неопходно је изборни систем ускладити са прихваћеним међународним стандардима и критеријумима у овој области. То значи да сврха избора „...није у томе да демократију учине више демократском, него да је учине могућом“ (Ђ. Сартори). Без избора се не може остварити основни принцип демократских система – репрезентативност бирачког тијела, односно да грађани путем избора врше власт „дајући мандат својим представницима да изражавају њихову вољу у одлучивању о најважнијим питањима“ (К. Трнка).

За разлику од других земаља, Босна и Херцеговина дуго пролази кроз транзицију у изградњи и функционисању изборног система, тако постоји „...одређење за демократске институције власти и плуралистичко друштво.“ То се потврђује и ставом 2 члана I Устава Босне и Херцеговине, који гласи: „Босна и Херцеговина је демократска држава која функционише на принципу владавине права и на основу слободних и демократских избора.“¹⁹ Стога, основни циљ изборног система јесте управо у томе „да омогући устројство и дјеловање представничке демократије“, с озиром на то да „изборни сустав одлучно утјече на политички живот неке земље, а његови политички учинци су од прворазредног значаја.“²⁰

Нормативни оквир за остваривање изборног права у Босни и Херцеговини је веома комплексан, јер постоје три различита правна оквира:

- први је одређен Уставом Босне и Херцеговине, а односи се на избор представника у институцијама Босне и Херцеговине - Представнички дом Пар-

Босне и Херцеговине. Међутим, сврха тих одредаба је јачање позиција конститутивних народа, тако да се на нивоу државе као цјелине осигура да се Председништво састоји од представника сва три конститутивна народа.“

Види и: М. Симовић, *Могућност промјене Устава БиХ у контексту примјене Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода*, Зборник радова: „БиХ петнаест година након Дејтона“, Сарајево, 2010, 89–90.

¹⁸ Р. Марковић, *Уставно право*, Београд, 2010, 221.

¹⁹ А. Фира, *Уставно право Босне и Херцеговине*, Нови Сад, 2002, 70-71.

²⁰ З. Миљко, *Уставно уређење Босне и Херцеговине*, Загреб, 2006, 337.

ламентарне скупштине Босне и Херцеговине и Предсједништво, и то на основу прописа које је, према члановима IV 2а и V 1а, усвојила Парламентарна скупштина Босне и Херцеговине.²¹

- други се односи на изборе ентитетских и локалних органа власти, који су регулисани ентитетским законима.²²

- трећи се односи на Брчко Дистрикт Босне и Херцеговине, јер је Одлуком предсједавајућег Трибунала за спорни дио међуентитетске линије разграничења у области Брчког (тачка 10 Анекса), предвиђено да ће се остваривање изборног права вршити у складу са прописима које доноси супервизор, односно Скупштина Брчко Дистрикта Босне и Херцеговине.²³

²¹ До доношења Изборног закона Босне и Херцеговине (2001), предсједнички избори, избори за законодавна тијела на свим нивоима и скупштине локалних заједница, имали су неколико специфичности које нису биле познате у изборној пракси раније Босне и Херцеговине. Првенствено, ријеч је о томе да изборне прописе, садржину и ток дотадашњих избора, нису одредила надлежна тијела одговарајућих нивоа, по, до тада, важећим законима и другим прописима, него Привремена изборна комисија, уз посебна и привремена правила и прописе које је она донијела, као и надзор и контролу Мисије ОЕБС-а за Босну и Херцеговину. Тако је, на свим нивоима дотадашњих избора, учествовао велики број домаћих и међународних органа, организација и институција, те владиних и невладиних организација, у складу са њиховом улогом дефинисаном изборним правилима и процедуром.

Основна карактеристика дотадашњих избора су њихова дуготрајна припрема и организација, бројни прописи и компромиси учесника у изборном процесу, сложеност изборних правила и изборне процедуре, многе недоречености и неизвјесности, бројни политички процеси, злоупотребе са бирачким тијелом, много утрошених финансијских средстава, бројно ангажовање домаћих и иностраних лица у свим дијеловима изборног процеса и много медијске пажње. Такође, остварено је учешће великог броја политичких странака и природних и неприродних коалиција у оба ентитета. Преовладавале су странке националног усмјерења, чији је циљ првенствено био остваривање и заштита интереса једног од три конститутивна народа у Босни и Херцеговини. ОЕБС је, у односу на изборе из 1990. године, посебне новине увео у начину гласања – гласање путем поште, гласање у одсуству, гласање непотврђеним листићима, систем отворених листи, преференцијално гласање, затим код прерачунавања гласова у мандате, одбацивши D'Hontог систем, који је био на снази 1990. и 1996. године, и уводећи Sainte-Logic методу, као и код образовања вишемандантних изборних јединица и увођењем компензационих мандата.

Такође, види: Изборни законик Француске („Службени гласник Републике Француске“ од 10. фебруара 1989. године); Савезни њемачки изборни закон (донесен 1956. године са измјенама 1975, 1975, 1985. године, „Савезни службени лист“ број 1/1986); Савезни закон о изборима за Национално вијеће Аустрије (од 27. новембра 1970.); Изборни закон Републике Пољске (од 28. јуна 1991. године Дневник закона Републике Пољске од 3. јула 1991. године, број 59. тз. 252.); Закон Вијећа посланика и Сената (бр. 68/1992); Савезни закон о политичким правима Швајцарске (од 17. децембра 1976. године); Закон о изборима скупштине (Уредни лист СРС, број 42/1989). Наведено према књизи В. Васовића и В. Гоатоја, *Избори и изборно право*, Београд, 1993, 257-348.

²² Изборним законом Републике Српске уређује се избор предсједника и потпредсједника Републике Српске, посланика Народне скупштине и делегата Вијећа народа Републике Српске, одборника градске скупштине, одборника скупштине општине, градоначелника града, начелника општине, чланова савјета мјесне заједнице, именовање органа за спровођење избора и финансирање избора и изборне кампање.

²³ Изборни закон Брчко Дистрикта Босне и Херцеговине, који је донијела Скупштина Брчко Дистрикта на 72. сједници, одржаној 19. септембра 2003. године.

Начин конституисања органа на нивоу Босне и Херцеговине ставља њене грађане у неравноправан положај, јер сам систем је изграђен на преми-сама које су недовољно усклађене са основним бирачким правима утврђеним у међународним документима о људским правима и основним слободама човјека и грађанина, а посебно у Европској конвенцији за заштиту људских права и основних слобода и њеним протоколима 1 (члан 3) и 12 (члан 1), који се директно примјењују у Босни и Херцеговини и имају предност у примјени у односу на домаће законе.

Изборни систем Босне и Херцеговине протежира етничку заступљеност, сходно карактеру њеног државног уређења, јер је састављена од два ентитета и три конститутивна народа. Националне странке искључиво се ослањају на гласове „својих припадника“, односно „свога народа“. Тако етничке групе гласају за своје политичке странке као своје „заштитнике“. То је последица, како одредаба Устава које предвиђају националну заступљеност у институцијама, тако и чињенице да систем мора да обезбиједи ефикасне инструменте заштите националних права и интереса, којима се, у цјелини, обезбјеђује сигурност припадника појединих етничких група.

Доношењем Изборног закона Босне и Херцеговине стекли су се сви потребни услови да изборе у Босни и Херцеговини за све органе спроводе домаћи органи и по домаћим прописима.²⁴ Иако је Изборни закон детаљно регулисао многа питања избора, оправдано је да ентитети имају свој изборни закон, јер постоји и објективна потреба да се ентитетским прописом прецизирају она питања која су у Изборном закону Босне и Херцеговине регулисана само оквирно, или су остављена отворена.²⁵

Избор чланова свих органа власти врши се на основу општег и једнаког бирачког права, директним и тајним гласањем. Основа за остваривање бирачког права је попис становништва 1991. године, а не садашње стање у ентитетима, односно у Босни и Херцеговини.²⁶

Изборни систем садржи комбинацију готово свих познатих рјешења: већински принцип и једночлане изборне јединице за Предсједништво, пропорционални принцип и вишечлане изборне јединице за парламенте, изборни праг од 3%, преференцијално гласање, компензацијске мандате, а од 2008. године и принцип позитивне дискриминације за представнике националних

²⁴ Изборни закон Босне и Херцеговине усвојила је Парламентарна скупштина Босне и Херцеговине, на сједници Представничког дома, одржаној 21. августа 2001. године и на сједници Дома народа, одржаној 23. августа 2001. године („Службени гласник Босне и Херцеговине“ бр. 23/01, 7/02, 9/02, 20/02, 25/02, 4/04, 20/04, 2/05, 25/05, 77/05 и 24/06).

²⁵ Изборни закон Босне и Херцеговине донесен је након низа компромиса политичких странака које учествују у Парламентарној скупштини Босне и Херцеговине. При разматрању и усвајању овог закона, поред осталог, било је присутно становиште да је његово усвајање основни услов за пријем Босне и Херцеговине у Савјет Европе.

²⁶ Види: Прелиминарне кандидатске листе за све изборне јединице за опште изборе, 5. октобра 2002. године, „Независне новине“, Бања Лука, 13-14. 7. 2002. године.

мањина приликом избора за локалне органе. С обзиром на то да се путем избора у свим демократским друштвима формирају органи власти, „изборност представља легитимитет законодавном телу као најширем непосредно изабраном представништву грађана... Могућност учешћа грађана у избору органа власти гарантује изборно право. Зато је изборно право једно од најзначајнијих демократских права суделовања грађана у обликовању државе као политичке заједнице и њених органа.“²⁷

Иако је Босна и Херцеговина, након вишегодишњег „октроисаног“, тек 2001. добила властити изборни систем, он још увијек није довољан израз њене суверености, демократског карактера, заједничке воље њених ентитета, народа и сагласности политичких странака које у њој дјелују.

Компаративно посматрано, данас, углавном, постоје три изборна модела:²⁸ већински, пропорционални (сразмјерни) и мјешовити системи, са низом начина прерачунавања гласова бирача у изборне мандате.²⁹ Сматрамо да пропорционални, односно сразмјерни систем, или пак његова синтеза са већинским системом, омогућава и друштвену и парламентарну равнотежу, штити и утврђује легитимитет демократских установа и доприноси политичкој стабилности и демократској интеграцији друштва.³⁰ Такав систем је примјеренији друштвима у транзицији која пролазе веома сложени пут демократизације, прелазећи из једнопартијског у вишепартијски систем. Овакав изборни модел био би корак према савременим демократијама у свијету (М.Н. Јовановић).³¹

²⁷ М. Пајванчић, *Изборно право*, друго измијењено и допуњено издање, Нови Сад, 2008, стр. 1.

²⁸ Д. Нолен (Dieter Nolen) истиче да се изборни систем може схватити у ужем и ширем смислу. У ширем смислу, он обухвата „све што се тиче изборног процеса, укључујући и изборно право и организацију избора“ (Д. Нолен и М. Касаповић, *Изборни системи Источне Европе*, Фондација Фридрих Еберт, Биро Београд, Београд, 1997, 6). У ужем смислу, изборни систем значи начин на који бирачи изражавају склоност према партији и кандидату и начин на који се та склоност одражава на мандате.

²⁹ Изборни закон Босне и Херцеговине – пречишћени текст („Службени гласник БиХ“ бр. 23/01, 7/02, 9/02, 2/02, 25/02, 4/04, 20/04, 25/05, 52/05, 65/05, 77/05, 11/06, 24/06, 32/07, 33/08, 37/08 и 32/10).

³⁰ „Модерна демократска држава“, каже Х. Ласки, „нема другог излаза него да призна опште право гласа својих пунољетних чланова“, па „никакав доказ за ускраћивање овог права изгледа не помаже држави да оствари свој циљ“ (Х. Ласки, *Политичка граматика*, књига II, 26-27).

³¹ Види: В. Васовић, В. Гоати, *Избори и изборни системи*, Београд, 1993.; М. Н. Јовановић, *Изборни системи – Избори у Србији 1990-1996*, Београд, 1997; М. Н. Јовановић, *Изборни системи посткомунистичких држава*, Београд, 2004; М. Пајванчић, *Изборно право*, Graphica academica, Нови Сад, 1999; З. Ђукић-Вељовић, *Огледи о политичком представништву и изборима*, Београд, 1995; Група аутора, *Од изборних ритуала до слободних избора*, Београд, 1991; М. Дамјановић, *Субјект изборног процеса*, Београд, 1978; Д. Продановић, *Интерактивни и слободни мандат чланова представничких тијела*, Сарајево, 1979; С. Наградић, *Политички маркетинг и изборне кампање*, Бања Лука, 2001; З. Томић и Н. Херцег: *Избори у Босни и Херцеговини*, Свеучилиште у Мостару - Центар са студије новинарства, Мостар, 1998; З. Томић, Б. Спахић, И. Гранић, *Стратегија изборних кампања*, Загреб - Сарајево, 2008; М. Касаповић, *Изборни лексикон*, Политичка култура, Загреб, 2003; Д. Нохлен, *Изборно право и страначки систем*, Школска књига, Загреб, 1992; Б. Жепић, *Савремени политички системи*, Логос, Сплит, 2000. и др.

Поред осталих, посебно је изражена манипулација питањима личних докумената у Босни и Херцеговини путем доношења или измјена изборног закона, закона о јединственом матичном броју, држављанству и пребивалишту. Овакве и сличне иницијативе уперене су против дејтонских рјешења и уставних надлежности ентитета.

С обзиром на то да изборни инжењеринг са лажним гласачима у Сребреници (2012) није успио и да је остао некажњен, и даље је присутна идеја да се исти рецепт примијени у цијелој БиХ на предстојећим општим изборима 2014. године. То нема никакве везе са основним принципима демократије и, у ствари, представља само жељу најбројнијег народа да доминира над другим народима. Опредјељење неких организација и удружења цивилног друштва за оснивање коалиције „1. март“ представља ретроградно и неодговорно поступање, наспрам основног циља и суштине избора, као битне претпоставке за учешће грађана у образовању политичких институција и органа власти. Такав однос према изборима дерогира и основну правну, политичку и моралну суштину бирачког права, као темеља демократије и народне владавине, а изборе и изборни систем претвара у најконкретнији манипулативни инструмент политике.

Оснивање оваквих и сличних удружења првенствено је интерес оних политичких странака, група и појединаца који у постдејтонском периоду нису прихватили усвојена рјешења уставног модела БиХ.

Уставност у свијету не познаје случајеве да се грађани из других држава пријављују за гласање у другој земљи, осим ако немају двојно држављанство. Нису познати ни случајеви да се унутар једне државе грађани исте националности пријављују на другом подручју да би повећали изборно тијело. То што се дешава у Босни и Херцеговини је, заправо, израз тежње за доминацијом само једног народа и стварање органа јавне власти, која ће им обезбиједити одлучујући утицај у организацији, структури и животу на нивоу БиХ, а посебно у свим нижим територијалним и политичким заједницама.

ОБЛИЦИ И НАЧИН ВОЂЕЊА КАНДИДАЦИОНОГ ПОСТУПКА У УПОРЕДНИМ ИЗБОРНИМ СИСТЕМИМА

С обзиром на то да је кандидатура једна од битних фаза, односно почетни акт у сваком изборном процесу, она има пресудан утицај на састав органа власти. Од начина кандидовања значајно зависи стварна демократска суштина избора. Поготово у условима вишестраначких система, кандидовање за изборе све више постаје монопол политичких странака, јер о кандидатима одлучује шире или уже страначко руководство. Као илустрацију за то наводимо став Мориса Дивержеа, који каже: “Прије него што бирачи изабери посланика, њега бира странка. Бирачи само потврђују тај избор. То је јасно видљиво

у једностраначком систему, који бирачима не допушта избор. Бирач, додуше, може да бира између више кандидата, али је сваког од њих претходно одредила странка.”³²

Демократизација избора тражи да се кандидовање приближи бирачима с циљем омогућавања да они што непосредније утичу у овој значајној фази изборног поступка. Стога изборно законодавство мора да децидирано утврди начин кандидовања, односно начин подношења кандидатских листа. Углавном, у изборном поступку постоје **двје врсте кандидатуре: појединачна кандидатура и кандидатура листама.**

1. Појединачна кандидатура је везана за мале изборне јединице, у којима се бира само један представник. У оваквим изборним јединицама може бити више кандидата, али сваки од њих иступа самостално и бори се с другим кандидатима за исти мандат у истој изборној јединици. Предности појединачне кандидатуре су у томе што је једноставна и грађанима олакшава предлагање кандидата.

2. Кандидатура листама састоји се у томе што се на једној изборној листи кандидује највише онолико кандидата колико се бира у изборној јединици, а најмање двје трећине од броја ако је подносилац изборне листе политичка странка, односно најмање једна половина од тог броја ако је подносилац изборне листе група грађана. Назив изборне листе најчешће се одређује према називу подносиоца листе.

С обзиром на значај кандидовања, односно предлагања кандидата за укупан изборни процес, законом се утврђују услови, односно принципи за подношење и прихватање кандидатских листа. У том смислу, могућа су рјешења да једно лице може бити кандидат само на једној изборној листи и само у једној изборној јединици; редослијед кандидата на листи одређује подносилац листе; један бирач може подржати својим потписом само једну листу и др. Кандидатура листама везана је за остваривање сразмјерног представништва у великој изборној јединици. Међутим, у изборним системима, према начину формирања кандидатских листа и гласања, разликује се више врста кандидатских листа. Најтипичније су **слободне и везане, те отворене и затворене кандидатске листе.** Предност кандидатских листа је, прије свега, у томе што омогућују примјену сразмјерног представништва, а слаба им је страна што отежавају истицање појединачних кандидата, односно онемогућавају мањим групама да се појаве са својим листама. Оне превише вежу бираче, јер морају да гласају, како за оне кандидате које желе, тако и за оне које не желе, јер су на истој листи. Сматра се да кандидовање по листама слаби везу представника с бирачима.

³² Према: Р. Марковић, *Уставно право и политичке институције*, “Службени гласник Републике Србије”, Београд, 1995, 282. Истовремено, напомињемо да су на почетку 20. вијека грађани посједовали изборно право само у 25 земаља свијета (Западна Европа и САД), а да је почетком трећег миленијума – према подацима FREDON HOUSE – у 20 земаља (од укупно 192), у којима живи 58,2 одсто становништва у свијету, власт задобијена побједом на изборним надметањима.

Компаративне анализе указују на све прихваћеније рјешење да право истицања кандидата припада политичким странкама, као и грађанима, који непосредно могу истицати своје кандидате. Кандидовање се може вршити појединачно (униноминално кандидовање) и путем листа (кандидовање по листама). Најчешће се униноминално кандидовање примјењује у већинском, а кандидовање по листама у пропорционалном изборном систему. У ријетким већинским изборним системима примјењује се и кандидовање по листама.

У већини изборних законодавстава утврђено је да се право истицања кандидата стиче под одређеним условима, а најчешће је то подршка коју бирачи дају кандидатури, било униноминалној, било по листама. “Своју подршку кандидатури бирачи изражавају потписима стављеним на предлог кандидатуре, а закони о изборима прописују минимални број потписа који истакнуту кандидатуру чине ваљаном. У изборним системима који комбинују већински и пропорционални систем, понекад се као услов за стицање права на истицање листе кандидата поставља и истицање униноминалне кандидатуре у одређеном броју изборних јединица.”³³

Иако предлагање кандидата представља почетну фазу у изборном процесу, од његовог нормативног, а тиме и фактичког, остваривања зависи да ли ће избори имати демократска или недемократска обиљежја. У највећем броју земаља кандидате предлажу политичке странке, а рјеђе то чине бирачи непосредно, независно од тога да ли се ради о једнопартијским, двопартијским или вишепартијским системима. У односу на то, разликује се више типова кандидатских листа.

Ријеч је о **везаним, затвореним или непромјенљивим листама**, о чему Маријана Пајванчић пише да, “постају тада када листу кандидата истиче политичка странка, а бирачу остаје само право да свој глас да једној од листа, али не и право да било шта мијења у листи кандидата. Невезане, промјенљиве листе, такође истичу политичке странке. Бирачима је, међутим, остављена могућност интервенције у листи. Листе кандидата се, као и у првом случају, истичу унапријед, а закон о изборима прописује која права бирач има у вези са промјеном листе (нпр. измјена редослиједа кандидата на листи; брисање појединих кандидата са листе; додавање нових кандидата умјесто кандидата који су брисани са листе и др.). Слободне, отворене листе се не утврђују унапријед. Бирачима се оставља право да приликом гласања слободно саставе листу којој ће додијелити свој глас.”³⁴

Такође постоји и више начина предлагања кандидата од стране политичких партија, односно њихових руководећих органа, што је, у суштини, најмање демократски начин. Распрострањен је и систем одређивања кандидата од стране припадника политичке странке, као и систем одређивања од стране

³³ М. Пајванчић, *Уставно право I*, Правни факултет, Нови Сад, 1995, 246.

³⁴ *Исто*, 246.

бирача – симпатизера политичке странке (САД).³⁵ Када се гласање врши по листама, тада бирач гласа о листи кандидата коју су саставиле политичке странке, њихове коалиције или одређене друштвене и општеполитичке организације. С обзиром на то да немају утицај на састављање листа, бирачи дају свој глас првенствено политичкој партији, а не кандидатима које је она истакла на листи. То је посебно изражено код везаних листа, па се такав недостатак може ублажити или отклонити примјеном невезане или слободне листе или прописивањем различитих начина гласања о листама. Постоје изборни системи који бирачу остављају само могућност да гласа за листу у цјелини, али не и могућност да свој глас да само једном или неколицини кандидата са листе. Поједини изборни системи, настојећи да јачају улогу бирача, прописују могућности избора између више предложених кандидата са листе: да глас дају једноме од њих или да гласају за кандидате са различитих листа. Тако се недостаци појединих модела изборних система најчешће ублажавају примјеном невезаних листа или давањем различитих могућности гласања за кандидате који су истакнути на листи политичке странке или партије.

За демократију је изузетно значајно да бирач врши избор између више предложених кандидата за једно посланичко мјесто. Због тога је за садржај изборног система врло значајно како ће се стварно, уз колики степен одлучујућег утицаја бирача, одређивати кандидати између којих ће касније бирачи бирати своје представнике. Насупрот томе, ако бирачи немају стваран утицај на одређивање кандидата, избори ће, макар колико по правним прописима и по броју кандидата изгледали слободни и демократски, бити само сужено одабирање људи који су претходно независно од воље бирача, у правилу од политичких странака, одређени да врше политичку власт.

Већина држава парламентарне демократије, уставом и изборним законодавством омогућавају да се свако може кандидовати. Међутим, стварну могућност да буду изабрани претежно имају само кандидати политичких странака и њихових коалиција. То потврђује и чињеница о веома slabим изборним успјесима независних кандидата. Уставноправни теоретичари, углавном, начин одређивања кандидата политичких странака сврставају у три групе, по којима стварно, ако не и формално, о кандидатима одлучују страначка руководства.

У првој групи су најконзервативнији системи, у којима кандидате одређује страначко руководство. Овај систем је типичан за Велику Британију, у којој се поступак кандидовања одвија на два нивоа – у локалном и националном страначком органу. Након што локални страначки орган предложи кандидата у појединој изборној јединици, партијски извршни комитет на националном нивоу треба да га потврди. Тиме је поступак кандидовања великим дијелом централизован.

У другој групи се налазе напреднији системи, које су прво примијениле социјалдемократске странке на Западу, и који пружају могућност бирања кан-

³⁵ П. Николић, *Уставно право*, НИУ “Службени лист СРЈ”, Београд, 1993, 221.

дидата свим члановима странке посредним изборима. Обично се одржавају страначке изборне конвенције, на којима делегати изабрани у ту сврху од стране чланова одређују страначке кандидате у појединим изборним јединицама.³⁶ Овај поступак кандидовања је демократскији у том смислу што партијско чланство непосредно и формално демократски бира своје делегате који ће затим одлучивати о кандидатима. Ови делегати, међутим, имају слободан мандат, што значи да се могу слободно одређивати о предложеним кандидатима. С друге стране, партијско вођство најчешће унапријед добро припреми изборну конвенцију, тако да буду изгласани кандидати које оно предложи.

У трећој групи система могућност у одређивању кандидата начелно се пружа не само члановима, него и другим бирачима. Овакав систем, под називом примарни избори, примјењује се у САД, гдје свака политичка странка одређује листу преткандидата, између којих бирачи могу заокружити оног у кога имају највише повјерења. И овдје су, међутим, руководства странака та која одређују преткандидате.³⁷ Примарни избори су тековина тзв. прогресивног покрета. Постоји више типова ових избора. **Први тип** су затворени примарни избори на којима за преткандидате могу гласати само они бирачи који су истовремено чланови политичке странке. **Други тип** су полузатворени примарни избори. На њима за преткандидате могу гласати не само чланови одређене политичке странке, већ и они грађани који нису чланови било које политичке странке, али не и они који припадају некој другој странци. **Трећи тип** су отворени примарни избори, на којима могу гласати сви грађани, независно од тога да ли су чланови било које политичке странке.

У низу земаља, с циљем укључивања бирача у процес кандидовања, законом је прописан, за услов кандидатуре, одређен број потписа бирача. Тиме, формално, страначки кандидати постају кандидати изборне јединице.

Аустрија. Аустријски закон којим се регулише избор чланова Националног вијећа предвиђа да се поступак кандидовања одвија тако што политичке странке подносе своје кандидатске листе изборној комисији федералне јединице најкасније тридесет седмог дана прије одржавања избора у 17 сати. Изборну листу морају подржати најмање три члана Националног вијећа или одређен број бирача, који је различит од једне до друге федералне јединице, а креће се у распону од 100 до 500 (пар. 42 став 2 Закона). На изборној листи на

³⁶ „Друга варијанта партијског кандидовања огледа се у избору кандидата путем партијских конвенција или конференција. Овакав метод практикује се у неким државицама САД после 1830. и у Немачкој; у шведској Социјалдемократској партији практикована је нека врста кандидационих конвенција изборних јединица“ (В. Васовић и В. Гоати, *Избори и изборни системи*, ИБН центар и „Радничка штампа“, Београд, 1993, 82.

³⁷ Већина грађанских социолога и политолога, па и оних које се могу сврстати међу напредније, иако су више или мање свјесни улоге коју политичке странке имају у отуђењу избора од бирача, не види могућност промјене садашњег стања. Они сматрају да без политичких странака нема демократије и да то што кандидате одређују странке представља најмање зло у пракси појединих држава.

нивоу федералне јединице се може наћи највише два пута више кандидата од броја који се бира. На регионалним изборним листама у оквиру провинцијске изборне листе се може наћи највише дванаест или два пута више кандидата од броја кандидата који се бирају у регионалној изборној јединици у оквиру те федералне јединице.

Италија. У Италији, кандидатска листа ће бити потврђена од стране надлежног органа за спровођење избора, уколико ју је својим потписом подржало између 1.500 и 2.000 бирача у јединицама са највише 500.000 становника, између 2.500 и 3.000 бирача у јединицама у којима живи између пола милиона и милион становника, између 4.000 и 4.500 бирача у јединицама са више од милион становника. Политичке странке које су у претходном сазиву освојиле мандате, ослобођене су обавезе прикупљања потписа. Изборна листа може имати најмање трећину кандидата од броја посланичких мјеста која припадају изборној јединици и највише онај број кандидата који одговара броју припадајућих посланичких мандата.

Македонија. Закон о избору посланика у Собрање Републике Македоније из 2002. године предвиђа да политичке странке, коалиције и групе грађана, могу предлагати кандидатске листе. Ако листу предлаже група грађана, она мора добити подршку најмање 500 бирача регистрованих да гласају у изборној јединици (члан 39). На свакој кандидатској листи се мора налазити најмање по 30% кандидата оба пола (члан 37 став 3). На листи се налази онолико кандидата колико се посланика бира у изборној јединици (члан 43 став 5).

Њемачка. Савезни изборни закон Њемачке (члан 18) предвиђа да кандидате могу предлагати политичке странке и грађани којима је признато бирачко право. Партије које у претходном сазиву Бундестага нису имале најмање пет представника или нису биле представљене у парламенту једне од федералних јединица (Ландтаг) могу се кандидовати само ако су као такве признате од стране Савезне изборне комисије и ако 90 дана прије одржавања избора доставе Савезном изборном функционеру своју писану изјаву о намјери учешћа на изборима. Члан 21 Закона у ставу 1 прописује да лице може бити именовано за партијског кандидата, ако је његову кандидатуру прихватило чланство на својој скупштини или на општој или посебној делегатској скупштини. Кандидатуру мора подржати најмање 200 бирача у изборној јединици, а потребан је и потпис партијских званичника (извршног органа партијске организације на нивоу федералне јединице или извршног органа сљедећег нижег организационог нивоа партије, ако она нема извршни орган на нивоу федералне јединице). Земаљске листе, које се истичу на нивоу федералних јединица и на којима се налази више кандидата, могу истичати само политичке странке (члан 27). Политичке странке које нису представљене у Бундестагу или Ландтагу, морају прикупити потписе подршке бирача у зависности од броја бирача уписаних у бирачки списак, при чему тај број не прелази 2.000 потписа.

Руска Федерација. Савезни закон о избору посланика у Државну думу Савезне скупштине Руске Федерације (члан 38) даје право сваком грађанину са пасивним бирачким правом да се кандидује за депутата у једномандатној изборној јединици. Члан 39 предвиђа да политичка партија може номиновати по једног кандидата у свакој једночлавној изборној јединици, након што, у складу са Законом о политичким партијама и својим интерним актима, тајним гласањем донесе одлуку о имену кандидата на одговарајућем партијском скупу. Политичка партија има право да предложи савезну листу на изборима за Државну думу, о чему одлуку такође доноси тајним гласањем на свом конгресу. Кандидати који самостално истичу своју кандидатуру морају прикупити потписе одређеног броја бирача – најмање 1% од броја бирача уписаних у бирачки списак за дату изборну јединицу, а ако је број бирача мањи од 100.000, морају прикупити најмање 1.000 потписа. Исти број потписа морају прикупити политичке странке и изборни савези који кандидују своје представнике у једномандатним изборним јединицама. Уколико политичке странке и изборни савези желе кандидовати савезне листе, морају прикупити најмање 200.000 потписа.

Словенија. Закон о избору посланика у парламенту Словеније (члан 42) предвиђа да кандидате могу номиновати политичке странке и бирачи. Кандидатску листу партије треба да својим потписима подрже најмање три посланика у државном парламенту или најмање 50 бирача који имају мјесто пребивалишта у изборној јединици, под условом да је партијско чланство номиновало листу. Уколико листа није номинована од стране партијског чланства, она ће ипак бити прихваћена од изборне комисије уколико ју је својим потписима подржало најмање 100 бирача из те изборне јединице. Уколико грађани желе номиновати кандидатску листу, мора их својим потписом подржати најмање 100 бирача са пребивалиштем у изборној јединици. На листи се може наћи највише онолико кандидата колико се бира посланика у изборној јединици.

Шведска. Изборни закон Шведске предвиђа да политичка странка која жели учествовати на изборима мора поднијети пријаву Централној изборној комисији најкасније посљеднег дана фебруара у години у којој се избори одржавају. Уколико се ради о изборима за Риксдаг, а партија није у њему представљена, мораће прикупити потписе подршке најмање 1.500 бирача с територије Шведске. Исти број потписа је потребан за учешће на изборима за Европски парламент, док је на локалним изборима, у зависности од тога да ли је ријеч о изборима за окружне или општинске скупштине, потребно прикупити 100, односно 50 потписа. Политичка странка такође пријављује кандидате који ће је представљати у свакој изборној јединици, уколико је ријеч о изборима за Риксдаг, односно на нивоу Шведске, уколико је ријеч о изборима за Европски парламент. Становници Шведске који нису њени држављани, али су држављани неке од држава чланица Европске уније, имаће право да се

кандидују у Шведској, под условом да нису кандидати у некој другој држави и да имају пребивалиште у Шведској.

Швајцарска. Савезни закон о политичким правима Швајцарске предвиђа да кандидатска листа може имати највише онолико имена колико се посланика бира у изборној јединици. Она садржи име, презиме, пол, датум рођења, занимање, адресу и мјесто поријекла сваког кандидата. Листа мора добити подршку одређеног броја бирача, који зависи од тога колики се број посланика бира у одређеном кантону. Број потписа подршке износи 100 у кантонима у којима се бира између два и десет посланика, 200 у кантонима у којима се бира између 11 и 20 посланика, 400 у кантонима у којима се бира више од 20 посланика (члан 24). Бирач може својим потписом подржати само једну кандидатску листу. Уколико је у тој изборној јединици на претходним изборима изабран посланик из реда одређене партије, или је она на изборима за Национално вијеће освојила најмање 3%, неће морати прикупљати потписе подршке бирача. Исто важи за партију која не подноси више од једне кандидатске листе у кантону.

Велика Британија. У Великој Британији, бирач се може кандидовати на изборима за Дом комуна уколико прикупи потписе подршке десет бирача у изборној јединици и уплати депозит у износу од 500 фунти. Депозит ће му бити враћен ако освоји најмање 5% гласова у изборној јединици.

Босна и Херцеговина. Изборни закон познаје четири категорије политичких субјеката који се могу кандидовати на изборима. То су политичке странке, коалиције политичких странака, независни кандидати и листе независних кандидата. Да би могли учествовати на изборима, мора их овјерити Централна изборна комисија, чиме она потврђује да су ови субјекти испунили услове за учешће на изборима које прописује Изборни закон Босне и Херцеговине. Кад су у питању поједини кандидати, Изборни закон предвиђа два услова која они морају испуњавати да би били овјерени за учешће на изборима: 1) да су уписани у Централни бирачки списак за општину у којој се кандидују или за општину која се налази на подручју изборне јединице у којој се кандидују, и 2) да се могу налазити само на једној изборној листи, односно да могу да се кандидују у само једној изборној јединици.

Да би учествовала на изборима, политичка странка мора бити регистрована код надлежног органа у складу са законом о политичким странкама. Она мора поднијети доказ Централној изборној комисији о тој чињеници, који није старији од 60 дана. Осим тога, она мора пружити доказ да може дати свој потпис подршке само једном политичком субјекту. Број потписа подршке који политички субјект мора прикупити зависи од нивоа власти за који жели бити овјерен.³⁸

³⁸ Политичке странке морају прикупити потписе подршке: најмање 3.000 бирача уписаних у Централни бирачки списак за изборе за члана Предсједништва Босне и Херцеговине и Представнички дом Парламентарне скупштине; 2.000 бирача за изборе за Представнички дом Парламента Федерације Босне и Херцеговине, Народну скупштину Републике Српске, предсједника

Изборни закон предвиђа да потписи подршке прикупљени за виши ниво власти важе и за учешће на изборима за нижи ниво власти који је обухваћен вишим нивоом власти. Политичка странка неће имати обавезу прикупљања потписа подршке уколико њен члан већ има мандат у органу за који се она кандидује, или у неком другом органу на истом или нижем нивоу власти.

Политичке странке које су овјерене за учешће на изборима могу одлучити да се удруже у коалицију. Да би коалиција била овјерена за учешће на изборима, довољно је да политичке странке поднесу пријаве за учешће на изборима, одреде назив коалиције и доставе акт потписан од стране предсједника свих политичких странака које чине коалицију, којим се одређује овлашћено лице које ће представљати коалицију. Након што коалиција буде овјерена за учешће на изборима, она све до дана овјере изборних резултата има статус политичке странке.

Укупно на кандидатској листи треба да буде онолики број кандидата мање заступљеног пола, који је једнак броју који се добије кад се укупан број кандидата подијели са бројем три. Сваки кандидат на листи се изјашњава о припадности једном од конститутивних народа или категорији Осталих. Овај податак служи за избор или именоване на јавну функцију за коју је важна национална припадност. Кандидат има право да одбије да се изјасни о својој националној припадности, али у том случају не може бити изабран или именован на јавну функцију за коју је важна национална припадност.

Посебну врсту кандидатске листе представља листа за додјелу компензационих мандата. Њу подносе политичке странке и коалиције које учествују на изборима за Представнички дом Парламентарне скупштине Босне и Херцеговине, Представнички дом Парламента Федерације Босне и Херцеговине или Народну скупштину Републике Српске. На овој кандидатској листи се налазе имена лица која су већ кандидована на редовним кандидатским листама у вишечланам изборним јединицама.

Изборни закон садржи норме којима јамчи учешће припадника националних мањина у локалним представничким тијелима.³⁹ У члану 13.14 став 1, прописано је да они имају право на учешће у скупштини општине, односно у општинском вијећу, те скупштини града, односно градском вијећу, сразмјерно учешћу у становништву према посљедњем попису становништва. Најмање једно мјесто се гарантује припадницима националних мањина, који у укупном становништву изборне јединице учествују са више од 3%.

и потпредсједника Републике Српске; 500 потписа за изборе за скупштине кантона; 100 или 200 потписа за изборе за начелника општине и скупштину општине, односно општинско вијеће, у зависности од тога да ли је број бирача у општини мањи или већи од 10.000, затим 5% потписа бирача уколико их у општини нема више од 1.000. Да би политичке странке могле лакше испунити ове услове и да не би морале више пута, вјероватно од истих бирача, прикупљати потписе подршке за учешће на истим изборима за различите нивое власти.

³⁹ Закон о заштити права припадника националних мањина („Службени гласник Републике Српске“ бр. 2/05).

Осим редовних политичких субјеката, право предлагања кандидата из реда националних мањина имају удружења националних мањина и група од најмање 40 бирача. Централна изборна комисија Босне и Херцеговине ће утврдити посебну листу кандидата из реда националних мањина на изборима за локално представничко тијело, која ће се налазити на истом гласачком листићу иза листа политичких субјеката који се такмиче за редовне мандате. Бирач има само један глас. Ако се определијели да гласа за листу кандидата из реда националних мањина, учиниће то тако што ће се определијелити за једног кандидата са те посебне листе. Биће изабран кандидат или кандидати са највећим бројем гласова.

Територија Брчко Дистрикта Босне и Херцеговине представља једну изборну јединицу. Бирачи који су уписани у Централни бирачки списак за гласање у Брчко Дистрикту на изборима за органе власти државе и ентитета, гласају према свом ентитетском држављанству.

Изборни закон уређује избор чланова Градског вијећа Мостара. Њега чини 35 вијећника, који се бирају у градској изборној јединици и изборним јединицама градског подручја. Под градском изборном јединицом се подразумијева цјелокупно подручје Града, док се под изборним јединицама градског подручја подразумијевају бивше градске општине. Постоји шест изборних јединица градског подручја, из којих се бирају по три вијећника, док се 17 вијећника бира из градске изборне јединице, при чему најмање по четири вијећника из сваког конститутивног народа и један из реда Осталих. Закон ограничава број вијећника из реда појединог конститутивног народа или из реда Осталих – ниједна од ових група не може имати више од 15 вијећника из свог састава.

Такође, Изборни закон (члан 20.9), изузетно за општинске изборе 2008. године, омогућио је да сва лица која имају бирачко право, а која су имала мјесто пребивалишта у општини Сребреница према посљедњем попису извршеном у Босни и Херцеговини, имају право да се упишу у бирачки списак како би гласала лично или у одсуству за општину Сребреница, без обзира на то имају ли статус избјеглице или расељеног лица и да ли су засновала пребивалиште изван општине Сребреница. Истовремено, остављена је могућност да ова лица могу користити право да одлуче о томе да ли ће гласати за општину у којој тренутно имају пребивалиште или за општину Сребреница.

Основна специфичност изборног система Босне и Херцеговине јесте систем отворених листа. Бирач може гласати на један од следећих начина: за независног кандидата; за изборну листу независних кандидата, политичке странке или коалиције политичких странака; за једног или више кандидата на листи једне од политичких странака или коалиција политичких странака. Глас дат једном или неколицини кандидата са једне изборне листе броји се као један глас дат тој изборној листи.

Овакав начин гласања је демократичнији, јер омогућава непосреднију везу између кандидата, односно изабраних представника и бирача, умањује степен зависности кандидата од политичких странака или коалиција које су их кандидовале и омогућава већи утицај бирача на избор представника. Систем отворених листа је несумњиво демократичнији од система затворених листа, јер омогућава бирачима да барем минимално утичу на састав представничког тијела. Они ипак могу одлучити да дају глас једном кандидату са листе, а да га ускрате неком другом. Ове предности су, ипак, у већини само привидне.

Прво, бирачи се могу одређивати између кандидата које су претходно одредили подносиоци кандидатских листа, а њихова слобода избора је ограничена.

Друго, знатан број грађана уопште се не изјашњава за поједине кандидате, већ само за кандидатску листу у цјелини, што је њихово неутуђиво право, али оно указује или на одсуство интересовања за утицај на састав представничког тијела, јер им је свеједно који представник њихове партије ће их представљати, или на такво повјерење у своју политичку странку или коалицију, да им није посебно важно ко од њихових кандидата ће их представљати.

Треће, систем отворених листа не онемогућава истицање појединих кандидата и довођење кандидата са листе у неравноправан положај.

ПРЕДСТАВНИЧКА ДЕМОКРАТИЈА, ВИШЕСТРАНАЧКИ СИСТЕМ, ИЗБОРИ И ИЗБОРНЕ КОАЛИЦИЈЕ У БОСНИ И ХЕРЦЕГОВИНИ

Неколико релевантних ставова у преамбули Устава Босне и Херцеговине указују на одлучујуће, изразито одређивање за демократске институције власти и плуралистичко друштво. То се потврђује и ставом 2, члана I Устава Босне и Херцеговине, који гласи: „Босна и Херцеговина је демократска држава која функционише на принципу владавине права и на основу слободних и демократских избора.“⁴⁰ Устав Босне и Херцеговине садржи само одредбе о начину избора заједничких институција, као и одредбу из тачке 1. члана IX - Опште одредбе, која представља ограничење пасивног бирачког права, а гласи да “ниједно лице које издржава казну коју је изрекао Међународни трибунал за бившу Југославију и ниједно лице које је под оптужбом Трибунала и које се није одазвало позиву да се појави пред Трибуналом, не може да буде кандидовано, нити може да има било какву именовану, изборну или другу јавну функцију на територији Босне и Херцеговине”.

⁴⁰ Први вишестраначки демократски избори у Босни и Херцеговини одржани су 18. новембра 1990. године, који су представљали трансформацију из система страначког монизма у вишестраначки, плурални систем (резултати су објављени у „Службеном листу СР БиХ“ и „Статистичком билтену”, 223).

Стога је, како истичу многи аутори, у тражењу најбољих изборних рјешења, од изузетног значаја да се уставном и законском регулативом,⁴¹ у што је могуће већој мјери, рационализују страначки системи.⁴² Зато, и у нашим условима, расте значај изналажења одговарајућег модела изборног система – већинског, сразмјерног, односно пропорционалног или мјешовитог система. У том оквиру, истовремено, од изузетног значаја је одабир модела предизборних и послјеизборних коалиција, поготово у условима непрофилисаног вишестраначког система.

Изборни систем има велики значај за успостављање доброг и стабилног политичког поретка, али и за слободан и стабилан политички живот друштва, за његовање јавног духа, демократске и политичке културе грађана, за нуђење одговора на бројна питања бирача, и грађана у цјелини, који траже промјене и своју извјеснију будућност.⁴³

Избори нису довољан, а још мање једини, услов постојања и функционисања стварне демократије. И сами изборни системи су оптерећени бројним слабостима: апстиненција бирача, криза мандата, доминација гласања, а не бирања, борба за избор, а не вршење функције, неодговорност носилаца јавних функција, слаба веза између изабраних и бирача, „губљење” грађанина као бирача, спорост у афирмацији нових снага, програма и идеја.

Политичке странке су дио институционалне државне и ентитетске структуре и унутрашњи структурални дијелови и чиниоци у структури и функционисању политичког система. Међутим, тек након избора, освајањем мандата, политичке странке постају чинилац јавне власти и добијају могућност дјеловања кроз њене органе и институције.⁴⁴

⁴¹ Изборни закон Републике Српске („Службени гласник Републике Српске“ бр. 34/02, 35/03, 24/04, 19/05 и 109/12), Закон о избору, престанку мандата, опозиву и замјени начелника опћина у ФБиХ („Службене новине ФБиХ“, бр. 19/08, Изборни закон Брчко Дистрика БиХ, бр. 17/08, и налог супервизора од 14.10.2008).

⁴² Види: М. А. Живковић, *Модерни системи власти – студија о значају изборно-страначког система*, Београд, 2006.

⁴³ Види шире: А. Лајпхард, *Модел демократије*, Београд, 2003; Ф. Лово, *Велике савремене демократије*, Сремски Карловци – Нови Сад, 1999; Р. Марковић, *Уставно право и политичке институције*, Београд, 2008; П. Николић, *Уставно право*, Београд, 1993; Д. Нолен, *Изборно право и страначки сустав*, Загреб, 1992; Ђ. Сартори, „Ни предсједнички, ни парламентарни систем“, у: *Изаови модерној управи и управљању*, Београд, 1995; С. Сокол, *Организација власти – политичке идеје, уставни модели, збиља*, Загреб, 1998. и др.

⁴⁴ Р. Нешкових, Конститутивни аспекти политичких партија у Босни и Херцеговини, „Аргументи”, година II, број 4, Бања Лука, 2008, 49-50.

Позиција политичке партије, као конституирајуће власти, зависи од неколико елемената:

- а) да је прихваћена од народа као легитимни представник националних интереса и да легитимно представља етничку заједницу,
- б) да има легалну позицију у државној власти, тако да кроз државну моћ може да проводи своје програмске циљеве,
- ц) да има легитимитет у доношењу конститутивних аката у одређеним околностима,
- д) да има довољан организациони и кадровски капацитет да може примјенити конститутивна акта,

Првенствено, избори би требало да обезбиједје сразмјерност броја посланичких мјеста сваке партије броју добијених гласова бирача. Тиме се омогућује равноправност и политичка једнакост грађана - бирача, релевантне политичке снаге у парламенту добиле би одговарајуће позиције.

У том смислу, изборни и страначки систем у парламентарној демократији, поред осталог, мора бити у функцији хармонизације и хуманизације друштвених односа, јачања улоге и утицаја грађанина и побољшавања његовог укупног материјалног, социјалног и друштвеног положаја.

Стога, избори имају првенствено двије значајне димензије: нормативну и стварну.

1) Нормативна димензија избора, у првом реду, подразумијева прихватање и одговарајуће правно утврђивање и обезбјеђивање – уставом, изборним законима и другим правним актима – основних принципа и правила изборног система и елемената изборне технике којима се обезбјеђују демократски смисао и улога овог облика конституисања легитимне власти.

2) Стварна димензија избора подразумијева и читав низ разних претпоставки: економских, политичких, социјалних, културних и других, које, уз нормативноправне гаранције, изборе могу учинити основом парламентарне и свих других видова демократије.

И поред кризе избора и парламентарне демократије, избори су постали општи и редовни основ политичког легитимитета власти. Сагледавајући претпоставке развоја парламентарне демократије и изборног система, нови модел изборног система и изборних коалиција могуће је тражити на темељу европских и укупних демократских достигнућа. Политичке борбе би се одвијале у парламенту, а не изван њега.

Након скоро двије деценије искуства у примјени политичког плурализма, још увијек је на сцени велики број политичких субјеката и облика њиховог коалирања.⁴⁵ За стабилност демократског политичког система незамјењива је улога политичких странака. У политичком животу постоје различите идеолошке и програмске провенијенције странака, које често стварају неприродне видове коалирања, како на ентитетском, тако и на државном нивоу. При томе, неријетко су коалициони партнери на ентитетском нивоу и политички партнери на државном нивоу, а уз то не припадају истоврсној политичкој и идеолошкој оријентацији – националном, грађанском или мјешовитом блоку. За очекивати је то да ће доћи не само до окрупњавања политичке сцене и профилисања

е) да може функционисати као спољни фактор политичког система,

ф) да има унутрашњи демократски капацитет за артикулацију и агрегацију интереса, и

г) да је други субјекти, домаћи и међународни, признају као битног фактора у функционисању државе и политичког система.

⁴⁵ „Политички субјект подразумијева политичку странку, независног кандидата, коалицију или листу независних кандидата, овјерену за учешће на изборима у складу с овим законом“ („Изборни закон Босне и Херцеговине“, чл. 1.1а(1)).

коалиција и њених чланова, успостављајући при томе и све главне одлике могућег политичког спектра – леву, центар и десницу.

Разумљиво, основни циљ политичке странке је да освоји и врши власт. Освајањем власти, странка добија прилику да оствари и испуни идеологију и програм странке, што значи да изборима странка „потчини“ државу, односно да држава буде у рукама оних друштвених група које представља странка. Али, при томе, неријетко се превиди да су „...странке организације, да оне не разједињавају него уједињују“ (С. Јовановић). Зато је битно да политичке странке буду оруђе за стварање и функционисање демократије. Поготово из разлога што у земљама парламентарне демократије, изборни систем је тако постављен да фаворизује велике партије. Надаље, и бирачко тијело је у значајној мјери „распоређено“ и тешко је направити веће обрте на том плану.

И политичка трансформација и излазак Босне и Херцеговине из дугогодишњег монопартизма у савремено вишестраначје, захтијева усавршавање њеног политичког и изборног система, што је до сада рађено приликом сваког новог изборног циклуса. Међутим, „...умјесто уобичајеног политичког плурализма од неколико већих партија, овдје данас имамо ‘мега плурализам’ микро и макро партија, чија се активност своди на промовисање вође и лидера, кроз ексцесе, скандале и манипулације, те на трагање за начинима и путевима коалиционог партнерства, како би се опстало на политичкој сцени или евентуално ушло у парламент. Мноштво малих партија није подстакло демократију, слободан и аутономан грађански активизам и цивилно друштво. Напротив...“⁴⁶

Савремени устави теже давању уставног статуса политичким партијама.⁴⁷ „Стварање потребне парламентарне већине, која је кључ стабилности и ефикасности владе – мада очито не увијек и демократичности цијелог политичког система, јесте централно политичко питање. Уједно, то је и основни циљ које имају пред собом све политичке партије.“⁴⁸ Такође, „политичке партије су главни носиоци изборног процеса, оне обликују парламент и владу, као и државу у целини“.⁴⁹ Стога, политичке партије се могу одредити као „добровољне политичке организације дужег трајања које се боре за освајање или одржавање политичке власти, ради остварења одређених идеја или интереса.“⁵⁰ Оне су кључни институционални оквир, а политичку арену њиховог дјеловања представља парламент. То је из разлога, јер се у парламенту сукобљавају власт и опозиција,

⁴⁶ И. Шијаковић, „Политичке коалиције и њихово друштвено упориште“, Зборник радова *Избори и изборне коалиције*, ИДЕС, Бијељина, 2006, 104.

⁴⁷ Устав Италије из 1947, Основни закон Њемачке из 1949, Шпански устав из 1978, Шведски устав из 1979. Наведено према: Ф. Лово (1999), *Велике савремене демократије*, Сремски Карловци–Нови Сад. Издавачка књижара Зорана Стојановића, 52.

⁴⁸ Ђ. Садиковић, (2004), *Политички системи*, Сарајево, Правни факултет Универзитета у Сарајеву, 143.

⁴⁹ С. Орловић, (2002), *Политичке партије и моћ*, Београд, Чигоја штампа, 48.

⁵⁰ В. Васовић, (2006), *Савремене демократије*, Том 1, Београд, Службени гласник, 112.

са својим различитим интересима и фактичким опцијама, што најчешће прате коалициони аранжмани, парламентарне опструкције и блокаде. Али формирање извршне власти, као важан политичко-правни процес, неријетко се одвија изван увида бирачког тијела, чиме се само врши „пресликавање“ изборне и парламентарне већине у извршну власт, а не стварање могућности за реализовање политике која је легитимисана на изборима.

Коалицијама углавном претходе преговори странака, који се најчешће завршавају споразумом, као формалним и интерним предизборним или постизборним документом којим се утврђују правила игре унутар коалиције и за понашање коалицијских партнера у цјелини.⁵¹ Коалиција се у већини „... одређује као скуп политичких актера (најчешће само политичких партија) који су се удружили ради максимализирања одређене (програмиране) користи. Такође, коалиције представљају организације и појединци који се уједињују и удружују своје расположиве ресурсе да би тиме што успјешније остварили постављене циљеве... Коалиција, као посебна организација, подразумијева заједнички циљ, заједничко доношење одлука и заједничко руковођење. Стога је прије уласка у коалицију неопходно јасно дефинисати потенцијалне коалиционе partnере, одредити циљеве и очекивања, претпоставити изгледе на успјех, могућу негативну или позитивну реакцију бирача на коалиционо удруживање, начин руковођења и комуницирања, и друга, за коалиционе актере важна питања.

Стога, коалициону политику, прије свега, мора да одликују преговори и уступци, тражење заједничких рјешења, а не заједничких идеолошких убјеђења и политичких начела. Увијек је битно шта ко уноси и улаже у коалицију, шта из ње добива или пак шта евентуално губи. Ово из разлога што се „политички процес одвија првенствено кроз интеракцију политичких партија, а само ријетко и епизодно у том процесу судјелују и други актери, интересне групе, организације и удружења.“⁵² Али, с обзиром на то да „политичке партије као најзначајнији вид организовања у савременој политици“ представљају кључну везу између државе и цивилног друштва, односно везу између институција политичке власти и титулара разних интереса који егзистирају и дјелују у друштву, постоје веома бројне врсте коалиција:

Предизборне и постизборне. Предизборне коалиције представљају повезивање и удруживање политичких партија у изборне савезе, с циљем да се повећају шансе за успјех на изборима.

Програмске и техничке. Програмске коалиције чини удруживање програмски блиских политичких партија и оне, по правилу, имају веће шансе да се одрже у дужем временском периоду. Техничке коалиције се успостављају између партија са значајним програмским разликама, уз постојање једног

⁵¹ М. Касаповић, Изборни лексикон, „Политичка култура“, Загреб, 2003, 190.

⁵² В. Гоати, Политичке партије и партијски системи, Подгорица, 2007, 65.

или више заједничких циљева. Односи у овој врсти коалиција нису нимало једноставни. Увијек је отворено питање колико и шта која партија добива, а шта улаже у коалициони однос. Опасност да се уласком у техничку коалицију изгуби првобитни „партијски идентитет“, сасвим је извјесна.⁵³

Неформалне, односно прећутне коалиције. Оне се догађају у случају подржавања мањинске владе.

Коалиције формиране на националном и субнационалном нивоу. То је условљено територијалном организацијом власти у одређеној држави. „Поред иманентног значаја субнационалног нивоа политичког система, коалиције на том нивоу имају и индиректну важност, јер представљају тест спремности партнера за сарадњу на националном нивоу и/или ‘пробни балон’ за утврђивање реакција јавног мњења на савезништво између одређених партија на националном нивоу.“⁵⁴

Истовремено се, такође, стварају коалиције у смислу политичких партија на власти на локалном нивоу, у опозицији на регионалном нивоу и на власти на савезном нивоу.

Коалиције унутар партија и између партија. Ова подјела посљедица је чињенице што има много бирача, а сваки од њих има политичке преференце, али је само неколико политичких партија и само једна влада.

Мањинске коалиције. Оне могу да имају подршку већине у парламенту, али све партије које пружају ту подршку не учествују у извршној власти. Стога су мањинске коалиције нестабилније од већинских. „Мањинске коалиције типичне су за скандинавске земље, а институционално им особито погодује тзв. негативни парламентаризам, тј. негативно правило парламентарне инвестиуре које не захтијева подршку већине у парламенту за инаугурирање владе, те омогућује њезин опстанак све док против ње не постоји експлицитни вотум парламентарне већине.“⁵⁵

Истовремено, учесталост коалиционих аранжмана подстакла је теоретичаре да покушају генерализовати правила и принципе коалиција и „коалиционог понашања“ партија и да о томе дефинишу теорије. При томе, политичари су идеолошки индиферентни и њих интересује само власт, а странке траже подршку гдје год је то могуће добити, циљ им није представљати, него владати.⁵⁶ По многима, главни циљ политичара и политичких партија је да буду изабрани и све подређују том циљу. Политичари, заправо, најчешће само желе да добију онолико гласова који им омогућују избор у органе власти.

⁵³ У БиХ су у постдејтонском периоду доминирале техничке или „математичке“ коалиције.

⁵⁴ В. Гоати, нав. рад, 76.

⁵⁵ М. Касаповић, нав. рад, 188.

⁵⁶ R. Hague, M. Harrop i S. Breslin, *Компаративна владавина и политика*, Свеучилиште у Загребу, Загреб, 2001, 213.

У теорији о коалицијама значајно питање јесте то да ли су њени чланови јединствени, односно да ли је политичка партија као чланица коалиције јединствена, кохерентна и дисциплинована. Зато је у стварању коалиција неопходно поштивање начела да у коалиционој власти не би требале учествовати странке које су претрпјеле пад подршке бирача у односу на претходне изборе. У новој власти требало би да учествују само партије које су добиле више гласова него на претходним изборима.⁵⁷ Стога је логично да је „...главни циљ политичара и политичких партија да буду изабрани и све се подређује томе циљу“, дакле „...њихов циљ није представљати, него владати“.⁵⁸

На формирање, одржавање и функционисање коалиција, утиче више чинилаца:

- посебно, тзв. „фамилијарност“ партија, које су у прошлости владале заједно, и „инерција“ када партије реafirмишу претходно постојећу коалицију.

- на формирање и стабилност владајућих коалиција утичу и односи између лидера партија, поготово ако у партијама демократски односи нису на пожељном нивоу и ако „владање партијом“ има наглашене аутократске елементе,

- коалициона политика је условљена и расподјелом ресора за које су министри одговорни.

- постојање коалиционих споразума као основних докумената за обликовање политичке коалиције,

- коалициони преговори на којима се одлучује о томе ко ће владати, а не о томе шта се предлагало и захтијевало,

- код формирања владајућих коалиција, неријетко се преиначује воља бирачког тијела исказана на изборима,

- ако се за изборне резултате може рећи да су, прије свега, изрази одлуке грађана, формирање коалиција је једино ствар њихових лидера,

- грађани се најчешће одређују за политичку партију или за коалицију партија, али само од коалиционих преговора зависи формирање власти,

- грађани немају могућност да утичу посебно на постизборне коалиције, па, стога у случају неприхватања тих коалиција, једино могу да на слједећим изборима изабранима ускрате своје повјерење.

Веома су распрострањена мишљења о томе да су политичке странке „нужан производ демократије“ и да је „демократија режим партија“ (Р. Лукић). Реално, бирачи врше избор унутар граница које постављају партије, они бирају између кандидата, али не и кандидате, што значи да избори све више имају ограничено демократско значење, што, ипак, у основи не умањује значај изборног система као инструмента демократије.

⁵⁷ Н. Побрић, Партијске коалиције и формирање владе, Ревизија за право и економију бр. 21, Мостар, 2013, 29.

⁵⁸ Исто, 35.

Истовремено, природа, структура и организација власти Босне и Херцеговине је не само условљена моделом изборног и страначког система, већ и идентификовањем броја и линија подјела у друштву, политичком културом, политичком ситуацијом и стањем тзв. субјективног фактора који се, углавном, изражава кроз постојање политичких странака, група и појединаца.⁵⁹

Међутим, феномен предизборних и последицеизборних коалиција, на свим нивоима организације и функционисања власти, нужно је децидирано сагледати у контексту односа политичких партија и бирачког тијела – гласача. У предизборним коалицијама бирачко тијело, углавном, са њиховим програмским циљевима упознаје се у двојаком облику – прво, сегментарно, за сваку политичку партију и друго, у већини случајева, кроз нетранспарентно утврђену, несистематску и неконсистентну синтезу програмских циљева политичких партија у којима су програми и крајње супротни, конституисани на нивоу лидера или ужих партијских органа. У таквим стањима, разумљиво, најчешће, јењава одговорност политичких партија, ствара се лажна солидарност и сагласност за очување и постојање коалиције само да би се коалиција или партије унутар ње одржали на власти. При томе, најчешће, интереси бирача су скоро потпуно маргинализовани, па и дерогирани.

Углавном, и у Босни и Херцеговини, као и у другим посткомунистичким земљама са утицајем међународног окружења, сви пореци зависе од помоћи моћних држава и међународних организација, као и од „...мрежа међународних економско-финансијских односа и институција“, што „...битно моделира коалиционо понашање партија“ (В. Гоати). Истовремено, тешка политичка, економска и социјална ситуација доводи и до оштрих политичких конфликта, што умањује перспективе демократског поретка и чини их неизвјесним на овим просторима.

Посебно је потребно је правити разлику између формалних предизборних коалиција, чије оснивање је уређено Изборним законом, и неформалних последицеизборних коалиција које се увијек формирају приликом конституисања Представничког дома Парламентарне скупштине и Савјета министара БиХ. То не проистиче само из примјене пропорционалног система и велике партијске хетерогености, већ и из подијељености друштва и нужности постојања тзв. великих коалиција на државном нивоу.

Стога, конкретни изборни систем није резултат само теоријске и емпиријске мудрости, техничких потреба и рационалности, него искрени, политички компромис политичких партија, њихових програмских циљева, вриједности и идеологија. Изборни систем треба тако обликовати да грађанима, бирачима, и то непосредно и лично, омогућује пуну слободу опредјељивања.

⁵⁹ На свим последијератним изборима, мандати у Представничком дому Парламентарне скупштине Босне и Херцеговине су расподељивани према пропорционалном систему, а Савјет министара Босне и Херцеговине је имао карактер коалиционе владе.

Истовремено, по мишљењу неких аутора, у контексту односа и зависности изборног и страначког система, „све што је у модерном друштву политички релевантно прелама се кроз странке“. То се, наравно, односи и на страначки систем у коме се преламају утицаји права, друштвене структуре, политичке културе и текуће политике. Страначки систем је кључна димензија система власти, зато што он више утиче на друге чиниоце (димензије) система власти, него оне на њега.⁶⁰ У основи то потврђује чињеница да сви демократски системи власти који добро функционишу, то могу да захвале свом страначком систему. Стога је од посебног значаја то да и најефикаснији и најрационалнији системи власти не могу постићи добре резултате у друштву, уколико не елиминишу националне, конфесионалне, социјалне и идеолошке поларизације. За тај процес, дакле, иманентно је постојање хомогене друштвене структуре и умјерене политичке поларизације односно фрагментације, што, у основи, значи постојање профилисаног, стабилног и ефикасног страначког и изборног система.

Истовремено, законодавном, изборном регулативом и политичком акцијом потребно је обезбиједити успостављање природних, функционалних и искрених предизборних или послужеизборних коалиција, сужавајући простор изборним манипулацијама, квазилегитимацијама, разним видовима корупције, узурпације медија и подешавањима изборних форми и техника, које доводе до планираних и диригованих изборних резултата. Тиме ће изборни систем имати све већи утицај на профилисање постојећег страначког система, посебно на сузбијање политичког екстремизма, концентрацији политичких странака и повећању одговорности странака.

Стога, на основу историјског и теоријског искуства, суочени са новим сазнањима о теорији и пракси политичког (демократског) представништва и изборног система, закључујемо да су избори: (1) општеприхваћени принцип и основа легитимности политичке власти, и (2) да су слободни и демократски избори инструмент којим се постиже, доказује, али и отказује повјерење грађана-бирача у политичке институције, као и у сам уставноправни систем.

ЗАКЉУЧАК

Босна и Херцеговина, као специфична и сложена држава или државна заједница, и даље нема цјеловит и профилисан изборни систем, као израз њене суверености, самосталности и државотворности, као ни заједничког интереса њених ентитета, конститутивних народа и осталих грађана који у њој живе и сагласности политичких странака које у њој дјелују.

И поред кризе избора и демократије, избори су постали општа и редовна основа политичког легитимитета власти на свим нивоима.

⁶⁰ М. А. Живковић, *Модерни системи власти*, Београд, 2006, стр. 106.

Одговорност, као принцип, и одговорности свих друштвених група и појединаца, а не само пролазних носилаца власти, гарант је демократске будућности и владавине права. Такође, одговорност није само на носиоцима власти, она је и на грађанима.

Опредјељење за или против отворених или затворених листи подразумева да се утврде њихове и предности и слабости, у контексту постојећег уставноправног и политичког система, стабилизације друштва и демократских процеса у њему.

Само уз поштивање и спровођење слободних, вишестраначких и демократских избора, одлучно изражену вољу народа, свих грађана и њених ентитета, Босна и Херцеговина може да се обликује и развија као суверена, модерна и демократска држава у којој се јамчи и обезбјеђује равноправност, права и слободе, те стварају услови за њихов привредни, политички и културни напредак и социјалну сигурност. У интересу демократског развоја и укључивања Босне и Херцеговине у европске интеграције, неопходно је изборни систем ускладити са међународним документима, који су саставни дио њеног уставноправног система. У том смислу, неопходно је дефинисати циљеве реформе изборног система и да се постигне политички консензус о тим циљевима, што ће обезбиједити остваривање основних принципа демократије – репрезентативност укупне популације, односно бирачког тијела.

Изборном, законодавном и политичком акцијом, неопходно је сужавати простор изборним манипулацијама, квазилегитимацијама, разним видовима корупције, узурпације медија и подешавањима изборних форми и техника, које доводе до планираних и диригованих изборних резултата.

Оправдано је обезбиједити истовремено одржавање општих и локалних избора.

Уређивање локалних избора потребно је препустити ентитетима, начелнике, односно градоначелнике, бирати посредно јер су они извршна власт, регулисати њихов опозив, начин формирања скупштинске већине, карактер мандата.

Отварање расправе о потреби промјене изборног система захтијева сагледавање политичких консеквенци које би изборни редизајн неминовно произвео. Ни у ком случају ово не значи да не треба трагати за бољим рјешењима која ће допринијети демократизацији политичког система и његовој стабилности. Нова рјешења, да би била одржива, морају бити резултат консензуса двају ентитета и трију конститутивних народа. У супротном, постоји реална опасност да се поновним наметањем рјешења у овој дубоко подијељеној држави и друштву, умјесто укупног напретка, у питање доведу дејтонска рјешења, која су јемство њеног постојања и опстанка.

Prof. Mile Dmičić, LL.D.
Faculty of Law University of Banja Luka

QUESTIONS ABOUT (NON)FUNCTIONING OF THE ELECTORAL SYSTEM IN BOSNIA AND HERZEGOVINA

Summary

Bosnia and Herzegovina, as a specific and complex state or state community, still lacks an integrated and profiled electoral system as an expression of its sovereignty, independence and supremacy of constitution, including joint interest of its entities, constitutive peoples and its other citizens and agreement of its political parties.

In the interest of its democratic development and entering into European integration, it is necessary to harmonise the electoral system with the international documents, which constitute a composite part of its constitutional law system. It is necessary to define the objectives of the reform of the electoral system and reach a political consensus about those objectives, which would provide the realisation of the fundamental principles of democracy – representativeness of the total population, i.e. electoral body. Bringing about the question of the modification of the electoral system requires taking into consideration broader political consequences inevitable in the course of electoral redesign.

Deciding for or against open or closed lists includes analysing their advantages, i.e. weaknesses in the context of the existing constitutional law and political system, stabilisation of the society and its democratic processes.

At the same time, electoral coaliting and merging of parties, leaves a strong impression about open intentions of their usage and acting with the aim to condemn, label or discredit – until the complete elimination of political opponents.

Electoral system is still overwhelmed with various drawbacks: voters' abstinence, tenure crisis, dominance of voting instead of electing, struggle to be elected, and not to perform the office, incompetence of public offices, weak link between elected and the electors, „losing“ a citizen as a voter, tardiness in affirming new forces, programmes and ideas.

Key words: *constitutional and legal systems, representative democracy, multi-party system, elections, electoral system, electoral law, the process of candidacy, electoral coalitions, electoral legislation.*

УСТАВНИ СУД СРБИЈЕ ОД „НЕГАТИВНОГ“ КА „ПОЗИТИВНОМ“ ЗАКОНОДАВЦУ

Др Боса М. Ненадић*

Апстракт: На питање да ли уставносудски надзор који врши Уставни суд Србије, својом суштином и дејством, опредељује тај Суд искључиво као „негативног законодавца“, овај рад одговара презентирањем и анализом његове праксе. При томе, имали смо у виду и расправе које су о природи уставног надзора, односно о утицају уставних судова на правни поредак, вођене у домаћој и упоредној литератури.

Анализа праксе Уставног суда Србије и његове политике уставног надзора показује колико се и како се повећавала улога овог суда на подручју законодавног владања, односно како се мењао његов утицај у домену вршења законодавне власти. Оно што се неспорно може констатовати, јесте чињеница да Уставни суд у савременој Србији више не функционише само као „негативни законодавац“. Поуздано се може утврдити да Уставни суд почиње да стиче реалну моћ трансформисања законодавне власти, те да у вршењу појединих облика уставног надзора дела и попут „позитивног законодавца“.

I

Уставно судство у некадашњој Југославији и њеним републикама чланицама - данас сувереним државама, установљено је тачно пре пола века, уставима из 1963. У основи овог судства налазио се, у доста чистом облику, „Келзенов модел“ уставног суда као чувара и заштитника устава. Задуго након оснивања, уставно судство у Југославији, а тиме и у Србији, није значајније утицало на вршење законодавне делатности. Уставни судови сматрани су још једном државном институцијом на савезном и републичком нивоу, а правна теорија се претежно бавила институционалним и организационим аспектом уставног надзора. Ни водећи професори уставног права (од којих су многи били и уставне судије) нису се посебно бавили одлукама овог суда, нити бли-

* Судија Уставног суда Србије

жим сагледавањем и анализом колико уставно судство путем уставног надзора утиче на законодавну делатност. Наведена ситуација се постепено мењала, а посебно након 2002. године, када је Уставни суд Србије, својим одлукама у домену нормативне контроле уставности почео на себе скретати „видну позорност“. Свој положај и улогу Уставни суд у Србији јачао је постепено, кроз уставне текстове (1974, 1990. и 2006.)¹, али и општим развојем уставног права, које је стварано правном доктрином, као и одлукама самог Суда.

Положај и улога Уставног суда у савременој Србији, као једног од уставних судова са најобимнијом надлежношћу и најширим овлашћењима, одређени су одредбама Шестог дела Устава.² Јачању улоге Уставног суда у вршењу уставног надзора на нормативном плану, поред одредаба о надлежности Суда у домену обезбеђења супрематије Устава, доприносе пре свега уставне одредбе о људским и мањинским правима и слободама, о чијој се заштити Уставни суд непосредно брине. У истом правцу воде и одредбе Устава о месту међународних конвенција о људским правима које *ex constitutione* (преко чл. 16, 18. и 194. Устава), чине саставни део правног поретка Србије, са надзаконском правном снагом и непосредном применом. Учинак одлука Уставног суда које су уследиле последњих десетак година у вези са заштитом основних принципа и вредности на којима се темељи уставно уређење Србије (владавина права, подела власти, независност судске власти, политички плурализам и др.), а потом и оних везаних за заштиту људских права и слобода, јасно је исцртавао обресе нове позиције Уставног суда. И Европски суд за људска права, као својеврсни уставни суд, са своје стране допринео је да се уставно право, а тиме и уставно судство, на националном нивоу почне уздизати на положај једне од најзначајнијих области права, а уставни надзор на ниво изузетно важне области правне и политичке делатности.

У овом раду ми ћемо се бавити улогом Уставног суда у законодавном процесу, која је и у овом сегменту нарасла далеко изнад Келзеновог очекивања³, не умањујући тиме значај утицаја уставног надзора на извршну, а посебно судску власт.

¹ Напомињемо да је до 2006. Уставни суд Србије деловао као суд федералне јединице, односно државе чланице, а од 2006. постаје уставни суд самосталне државе, са битно промењеним положајем, улогом и овлашћењима.

² Уставни суд је једини уставни орган коме је посвећен посебан део у Уставу – Шести део, са насловом “Уставни суд” и одредбама чл. 166. до 175.

³ Antonio La Pargola, који уставни суд сматра „каменом темељцем конституционалне демократије“, тврди да је нарасла улога уставних судова у Европи, данас „последница пре свега, сложености писаних устава, где широка начела и прагматичне нормет коегзистирају са детаљним правилима, а цели текст тражи експертско и захтевно читање од стране ауторитативног интерпретатора“ (A. La Pargola, *Introductory Statement, The role of the Constitutional Court in the consolidation of the rule of law/Collection „Science and technique of democracy“*, No. 10, European Commission for Democracy through law Strasbourg, Council of Europe Press, 1994, str. 11).

II

Овлашћења Уставног суда Србије у домену уставног надзора у почетку његовог деловања била су у суштини ограничена на апстрактну контролу уставности закона и других прописа након њиховог ступања на снагу.⁴ Временом је надлежност Уставног суда у домену контроле уставности (и законитости) општих правних аката проширивана, како у погледу врсте аката који су подложни уставном надзору, тако и у погледу мерила тог надзора. Скоро четири деценије, једино мерило уставног надзора у суштини био је само текст важећег устава, а данас су то и општеприхваћена правила међународног права и потврђени међународни уговори, али и јуриспруденција самог Уставног суда, као и пракса међународних институција које надзиру остваривање међународних стандарда људских права.

Уставни суд је једина Уставом овлашћена институција за вршење уставног надзора - контроле која је у савременој Србији проширена до крајњих граница. Ни један закон, али ни било који други општи и појединачни акт и радња јавне власти, нису имуни на надзор од стране Уставног суда.⁵ Када је реч о облику испитивања уставности закона, испитивању подлеже како закон у формалном смислу, тако и закон у материјалном смислу. Овлашћења Уставног суда у домену контроле уставности закона била су и остала усмерена преваходно на вршење апстрактног надзора. Устав не искључује ни могућност конкретног (инцидентног) надзора, и то по предлогу судске власти. Обраћање Уставном суду и у области уставног надзора је широко постављено и лако доступно. Суду се, без ограничења и испуњавања било каквих претходних услова могу, поред бројних овлашћених предлагача (међу којима су: сви државни органи, органи јединица територијалне аутономије и локалне самоуправе, групе народних посланика - њих 25, односно једна трећина), обраћати и грађани,⁶ као и правна лица иницијативом за покретање поступка контроле уставности закона. Указујемо и на постојање уставног овлашћења Суда да може, *ex officio* (већином од укупног броја судија) покренути поступак за оцену уставности било ког закона.

⁴ Уставни суд је од оснивања надлежан и за оцену законитости свих општих аката у правном поретку Србије.

⁵ Изузетак у пракси за сада представља само "уставни закон за спровођење устава". Аутор овог текста је судија који је издвојио мишљење по овом питању, јер сматра да и спроведбени уставни закони подлежу уставносудском надзору. Вид. Б. Ненадић, *Контрола уставности уставних закона*, Бања Лука, Правна ријеч, бр. 30 /2011.

⁶ Уставом зајемчено право грађана на иницијативу Уставном суду за оцену уставности закона сматрамо великом демократском тековином, без обзира на одређене слабости. Вид. и другачија мишљења код Д. Стојановића, *Уставно право*, Ниш, 2013, стр. 490.

III

Дефинисање границе између уставног суда, као „негативног законодавца“ и „позитивног законодавца“, тј. правог законодавца, мучило је (и мучи) не само најистакнутије уставне правнике и професоре јавног права, већ и судије свих уставних судова, без изузетка.

1. Одлучивање уставног суда, у поступку контроле сагласности закона са уставом, јесте заправо учешће уставног суда у вршењу јавне власти, чије се последице непосредно одражавају на делање законодавца - било да суд „зауоставља“, да „касира“, или да „потврђује“ акте законодавне власти, било да законодавца „упозорава“, „упућује“ или му „указује“ на одређено делање. Напети однос између политике и права у институцији уставног суда при вршењу уставног надзора је видљив, и ако уставни суд не контролише да ли је законодавац своја овлашћења политички целисходно користио, већ само да ли је поштовао уставне оквири које не сме да прекорачи ни законодавна слобода нормирања.⁷ Кад врши уставни надзор уставни суд не решава чисте политичке спорове, без обзира на њихов политички и друштвени значај, већ се уставни надзор, као посебна државна функција, врши у поступку правне, тј. уставно-судске, а не политичке контроле. Но, декларисана неуставност закона од стране уставног суда води престанку важења таквог закона, у суштини са истим последицама као да је и сам законодавац утврдио престанак важења закона. Уставни суд се у овој ситуацији јавља као „негативни законодавац“ (како га је сликовито назвао скоро пре једног века Н. Kelsen). Констатација уставног суда, након обављеног уставног надзора, о томе да је закон, у целини или поједине његове одредбе, противануставу, има за последицу елиминисање из правног поретка, односно престанак правног важења таквог закона или појединих законских одредби.

Међутим, одговор није тако једноставан када се постави питање каква је природа делања уставног суда, односно каква је његова позиција у односу на законодавца, у ситуацији кад суд својим одлукама донетим у поступку уставног надзора спречава ступање на снагу закона који је изгласан у парламенту; или кад својом одлуком „интерпретира“ не само одредбе устава, већ и одредбе контролисаног закона и тиме утврђује њихово „право значење“; или кад контролисани закон оснажује својом одлуком којом одбија предлог за утврђивање његове неуставности, или кад својом одлуком одбија такав предлог и по принципу „пресуђене ствари“ - *res judicata*, чини закон имуним на накнадну контролу уставности; или кад парламент упозорава на пропусте у уређивању друштвених односа, или на постојање законодавних празнина у правном поретку, или

⁷ Н.Ј. Papier, *Pravna država i ustavno sudstvo*, Zbornik “Ustavno sudstvo u teoriji i praksi”, Beograd, 2010, str. 32 i d.

на потребу доношења новог или измену и допуну постојећег закона, или пак на потребу предузимања других мера од стране законодавца ради заштите устава.

Још је Н. Kelsen говорио да кад уставни судови врше уставни надзор закона да они тада суделују у законодавном процесу, те стога, ови судови нужно врше „политичку“ функцију.⁸ Наиме, ни Kelsen није бежао од чињенице да се чином поништавања закона од стране суда законодавна власт дели између два органа, односно да се тиме задире у надлежност законодавца, јер поништити закон у суштини значи поставити општу норму. Тврдио је да поништавање закона има исти степен општости као и његово стварање чиме се оно, у крајњој инстанци, своди на стварање с негативним предзнаком (*confection avec un signe negatif*).⁹ И његови следбеници тврде да уставни судови чине део законодавне - политичке функције,¹⁰ будући да доносе ауторитативне и политички релевантне одлуке. Изношена су становишта да су уставни судови, по самој природи норми које морају тумачити и примењивати – врло значајни у законодавној политици, те да су они често и њени творци (A. S. Sweet). Међутим, Kelsen и његови следбеници нису пропустили да укажу на суштинске разлике између стварања и поништавања закона које се крију иза њихове привидне сличности. Док је законодавац везан уставом само у погледу свог поступка, а изузетно општим начелима када је реч о самој садржини закона, активност негативног законодавца, уставног судије, је у потпуности подређена уставу.¹¹

2. Уставни суд Србије у својим одлукама стално понавља: “да у његову надлежност не спада оцена целисходности одређених законских решења”; “да

⁸ Н. Kelsen, *La Garantie Juridictionnelle de la Constitution*, 44. R.D.P. 197, 1928., стр. 224 и д.

⁹ Н. Kelsen, *op. cit.*, стр. 224. до 226.

¹⁰ С друге стране, сматра се да тврдња да су уставни судови „политички“ значи оптужбу (L. Favoreau), по којој судије не доносе одлуке у складу са уставом и правом, него се користе својим положајима, како би остварили своје идеолошке и друге циљеве. L. Favoreau је заступао тезу о „уставном суду као једној врсти железничког скретничара који возове упућује на један или други колосек“, тврдећи да уставносудска делатност „нема правно стваралачки карактер и да се суд никад не изјашњава о садржини закона а уколико суд и ставља закон ван снаге он тиме указује парламенту на одговарајућу процедуру коју треба применити: уместо уобичајеног законодавног поступка, он упућује на примену устава“. Вид. L. Favoreau, *Les decisions du Conseil constitutionnel dans l'affaire des nationalisations*, R.D.P. Paris 1982, Наведено према: Т. Маринковић, “*Интерпретативне одлуке уставних судова*”, Зборник “Уставни суд Србије - У сусрет новом Уставу, Београд 2004, стр. 246.

¹¹ Н. Kelsen, *Ibidem*. Овим питањим бавио се у југословенској доктрини посебно I. Krbek, који је тврдио да „Предмети уставног судовања садржавају увек политичке елементе Другим ријечима практично је немогуће из уставног судовања исклонити свако политичко резонирање и ово свести на чисто правно резонирање. Али ради се о томе да се политичко резонирање сведу на праве границе и да се уставни судач путем таквог резонирања не претвори у посебну политичку власт и не изврши злоупотребу своје основне судске функције..... Ако судач који има испитивати уставност закона, преко тога пређе и на политичко питање оправданости закона, то он прелази функцију судовања и задире у сферу законодавца... Уставни судач може оценјивати конформност закона с Уставом, мерити нижу правну норму с правном нормом вишег степена, али он није позван да цијени политичку исправност правне норме прописане од народног представништва.“ (I. Krbek, *Ustavno sudovanje*, Zagreb, 1960, стр. 7, 11-12.).

је целисходност ствар законодавне политике”; “да његова надлежност није да уређује друштвене односе, нити да одлучује у споровима о примени закона”; “да његова овлашћења не подразумевају доношење закона каква има парламент”, нити поседује “општу моћ инстанционог пресуђивања над радом законодавца” и сл. О томе колико је Суд заиста остајао у оквирима сопственог изјашњења, до сада није учињена свеобухватна анализа, ни стручна, ни научна. Ако би се погледала дугогодишња пракса уставног судства у Србији, лако је уочити да њу прати и подужи списак субјеката - од државних функционера, преко представника медија, до професора уставног права - који су тврдили да је Уставни суд или његове судије, деловали као “политичко тело”, односно као „политички суд”.¹² Но, ове оптужбе могу се оспорити једино ако се покаже да је Уставни суд доносио одлуке утемељене на Уставу, као највишем праву, односно његовим основним начелима и да је својим одлукама стварао поприлично конзистентну уставносудску јуриспруденцију, утемељену и на општеприхваћеним стандардима у заштити савремене уставности и становиштима правне доктрине. Наиме, опште је познато да уставни суд није конципиран као орган који врши политички надзор, односно боље рећи као орган владајуће политичке већине, већ као чувар устава, тј. депозитар основних уставом зајемчених вредности. Уставни суд се као посебан уставни орган, са нарочитом и специфичном улогом и задацима, мора „чувати” од квалификација и тврдњи да је политичко, а не тело уставног надзора. Суд у томе може успети само ако анализа начина вршења његових овлашћења у пракси, а посебно анализа његових одлука, потврди да те одлуке заслужују да буду „презентиране као *case law*, односно као уставносудска јуриспруденција и правна доктрина“ (A. S. Sweet), те да уставне судије (с обзиром да опредељујућу већину судија номинује политика - парламент и председник државе) своје функције врше као независне и непристрасне личности, а не као „политичке присталице”. Посматрано на тај начин, наше је становиште да се на остваривање уставног надзора у савременој Србији, у последњих десет година, не може гледати као на облик испољавања, односно вршења одређене „страначке политике“, јер бројне одлуке Уставног суда донете у вршењу тог надзора су неспорно биле у функцији заштите основних уставних вредности и спречавања арбитрарног понашања јавне власти. Но, то не значи да политичка власт не покушава да посредно и непосредно утиче на Уставни суд у поступку вршења уставне контроле и да у појединим случајевима и појединим периодима није и успевала.¹³ Но, и о томе, нажалост, за сада нема целовите и објективне научне анализе.

¹² В. Петров је мишљења да поступање Уставног суда не треба сувише често коментарисати „како од стране носилаца извршне власти, тако и од стране науке и струке, која понекад зна и олако да упућује критике Уставном суду”. Вид. дневни лист „Политика”, од 11. маја 2013, стр. 6.

¹³ Вид. о томе S. Vučetić, *Odnos pravnog i političkog karaktera kontrole ustavnosti zakona*, *Pravni život*, број 12/1995, стр. 201-205.; К. Čavoški, *Bojažljivost Ustavnog suda Srbije*, *Pravni život*, br. 5-6/1993, стр. 596. и *Уставни закон као спроведбени закон*, у „Споменица академику Гаши Мијановићу“, Бања Лука, 2011, стр. 83. и д., и Б. Ненадић, “*О јемствима независности уставних судова*”, Београд, 2012, стр. 18-23 и 57. и д.

Ако се законодавна делатност дефинише као процес доношења закона од стране парламента која је опредељена уставним нормама, истовремено се мора констатовати, да се она данас не може успешно вршити без утицаја уставносудске јуриспруденције. Примери из упоредне праксе најбоље указују на то каква је улога уставног судства на подручју изградње правног поретка савремених држава. Заштита релативне аутономије законодавне политике парламента као носиоца законодавне власти, с једне стране, а с друге, обезбеђење супрематије устава од стране независног и неутралног уставног суда као чувара устава, односно очувања основних уставних принципа и вредности од повреда које би могла учинити и парламентарна већина, показује се за сада као незамењив и нужан услов у изградњи уставне демократске државе. Јавноправна наука је више пута указивала, а искуство земаља у којима уставно судство има дугогодишњу традицију потврђује да уставни суд твори кључну компоненту успешног стварања правне државе, те да делотворни уставни надзор може правним средствима политички поредак учинити флексибилнијим и успешнијим у превладавању криза, односно у савлађивању раскорака између норме устава и стварности, тј. „оног што треба бити” и „оног што постоји”.¹⁴ У пракси је видно да и Уставни суд Србије у последњих десет година иде управо у том правцу.

И у савременој Србији, као и у бројним другим европским државама, помак према уставној демократији и њеном консолидовању, односно утемељењу „новог конституционализма,” увелико зависи од вршења уставног надзора. Правила тог „новог конституционализма” у Србији, опредељена су превасходно у начелним одредбама Устава (чл. 1. до 17.), и она чине оквир деловања свих државних органа али и Уставног суда у вршењу уставног надзора. Поменућемо нека од тих начела из којих неспорно следи: (1) да сувереност потиче од грађана коју они остварују непосредно (референдумом и народном иницијативом) или преко својих слободно изабраних представника; (2) да ни један државни орган, политичка организација, група или појединац, не може сувереност присвојити од грађана, нити је потчинити себи, нити успоставити власт мимо слободно изражене воље грађана; (3) да су државне институције и њихова овлашћења утврђена Уставом; (4) да је вршење јавне власти уопште (а то значи и законодавне) легитимно једино ако је у складу са Уставом; (5) да се владавина права остварује „повиновањем власти уставу и закону” (уз слободне и непосредне изборе, уставна јемства људских и мањинских права, поделу власти и независну судску власт); (6) да су основна људска права и систем судске, а потом и непосредне уставносудске заштите тих права ујемчени Уставом; (7) да је Уставни суд овлашћен, али и дужан, да врши уставни надзор над сагласношћу свих

¹⁴ В. Зоркин, *Кризис доверия и государство. Конституционные нормы и законы не должны вступать в жесткое противоречие с реальностью*, „Российская газета”- Федеральний выпуск N. 4887, от 10. апреля 2009 г. www.rg.ru/2009/04/10/zorkin.html). Вид. и N. Dimitrijević, *Ustavna demokratija shvaćena kontekstualno*, Beograd, 2007, str. 110-124.

аката и радњи у правном поретку у целини, штитећи тиме уставност (и законитост) и људска и мањинска права и слободе.

На подручју заштите уставности и људских права Уставни суд Србије је такође развио врло прихватљиве стилове (облике) уставног надзора, који јачају његов средишњи значај у изградњи Србије као правне државе. Принципи једнакости и забране дискриминације, правне сигурности, пропорционалности, те заштита индивидуалне слободе, људског достојанства, опште слободе поступања и др., на темељу којих Уставни суд заснива своје најзначајније одлуке, постају незаобилазни принципи и вредности који се имају у виду и код стварања и код примене права. Уставни суд постаје све привлачнији за решавање најбитнијих (и најкрупнијих) спорова у земљи, што за последицу има доношење већег броја изузетно важних и значајних уставносудских одлука. На тај начин Суд изграђује јуриспруденцију, која с обзиром на обимну и разноврсну надлежност Суда, а посебно на карактер, значај и дејство његових одлука, полако улази у све сегменте правног поретка земље. Оправдано се може тврдити да уставно право није више само оно што стоји у тексту Устава, већ и оно што Уставни суд каже у својим одлукама. И управо због тога, законодавство (и судство) све више почиње бивати под утицајем уставносудске јуриспруденције. Таква се пракса већ догодила у бројним европским земљама, уз настанак обимне литературе о узроцима и прикладности моћи уставног суда и његових судија у оквиру законодавних (и судских) процеса.

Улогу Уставног суда Србије, у изградњи и остваривању правног поретка земље, као што је већ речено, данас снаже и подупиру бројне надлежности и с њима повезана овлашћења Суда, те природа и дејство његових одлука (оне су општеобавезне, коначне и извршне). Све бројније одлуке Суда, уз знатно смањен број инструмената утицаја које поседују класичне гране власти како би обликовале (ограничиле) или пак мењале одлуке које произилазе из вршења уставног надзора, стварају простор и реалну могућност Уставном суду да утиче на акте и радње свих органа јавне власти, а тиме на изградњу и остваривање правног поретка у целини. Иако законодавна (и извршна) власт врши значајне функције које се и у теорији обично везују уз независност уставног судства и вршење уставног надзора (бирање, односно именовање чланова Уставног суда, законско уређивање организације, начина рада и поступања Суда, одређивање буџета Суда и др.), политичка већина у Народној скупштини (па и Влада) увиђа нормативну супериорност Устава и уставну позицију Уставног суда као органа надзора, те општу обавезност и дејство његових одлука *ex constitutionem*. Уз то, прописана процедура за уставну ревизију (уз све мањкавости¹⁵) радикално умањује могућност утицаја законодавне власти на ограничење уставносудског надзора. Све то омогућило је постојање „широке зоне дискреције“, односно „широког поља слободе деловања“ Уставног суда у остваривању уставног надзора.

¹⁵ Одредбе Устава о уставном надзору, односно Уставном суду, мењају се по лакшој процедури од одредаба о положају и овлашћењима законодавне, извршне и судске власти.

Укратко, у савременој Србији створено је једно ново стратешко окружење и за деловање законодавца и за вршење уставног надзора. У том окружењу Уставни суд има широку слободу деловања у вршењу своје функције, наравно у оквирима Устава. То му пружа прилику да реално може утицати на законодавни процес, односно на стварање и изградњу уставног поретка у држави, али га и обавезује да не ослушкује политичку већину, већ да служи Уставу. Кад се погледају Уставом утврђене дужности Уставног суда, његова овлашћења и дејство његових одлука, има се утисак да је зона „његове дискреције неуобичајено велика”. И да се послужимо речима А. S. Sweeta, да се понекад чини „да је на неким местима и у неком доменима слобода коју ужива уставни суд готово неограничена”. Но, то никако не значи да је Уставни суд „надуставни орган” или „супер ревиизиона власт”, односно „орган надређен парламенту”. Напротив, Уставни суд као чувар, заштитник и тумач Устава, својим делањем мора видно манифестовати своју посвећеност том истом Уставу и исказивати повећану одговорност у обављању функције уставног надзора. Опште је познато да су творци уставносудске контроле желели постићи да се уставним надзором „политика држи у границама права”, али исто тако је знано да нису „желели стварати неограничена дискрециона овлашћења уставног суда”¹⁶. Уставни суд није пожељан ни као пасивни, тј. „бојажљиви“ посматрач неуставног делања политичке власти, али ни као њен „свуда присутни“ контролор без одговорности. Отуда је веома важно да се „чувар чува” и „држи“ у границама Устава, тј. да Уставни суд одговорно обавља своју улогу, не залазећи у уставом одређене домене других државних органа. У одговору на питање шта учинити ако се Уставни суд отме праву, навешћемо речи З. Томића који каже да Уставном суду „може да жирира само „суд“ јавног мњења, „суд“ струке и савести, неписаних али моћних захтева и критеријума разумности, моралности и праведности. То је свакако ризик, али мањи од онога који би настао уколико би се некаквом квази контролом уставном суду..... везале руке, порекла његова самосталност и независност, чиме би престао да буде достојан да се назива највишим правозаштитником.”¹⁷ Кратко, битне претпоставке за разумно и одговорно делање Уставног суда и његових судија у обављању уставног надзора јесу свакако уједначена контрола, чисти стандарди и процедуре, транспарентност, објављивање одлука суда и издвојених мишљења судија, слободни медији и цивилно друштво (Z. Lauc). Одлуке Уставног суда морају “одјекивати у јавности” и изазивати и отварати “уставне дијалоге” о предмету

¹⁶ О овим појавама у упоредном уставном судству опширније А. S. Sweet, *Governing With Judges: Constitutional Politics in Europe*, Oxford Uni. Press 2000, str. 93-116, 147-172, 173-208. и М. Davis, *The Law Politics Distinction, The French Conseil Constitutionnel, And The US. Supreme Court*, 34. AM. J. Comp. L. 45, 1968. Вид. и Р. Кузмановић, *Уставно право* (књига друга), Бања Лука, 1997; А. Ваџић, *Уставне промјене и дилеме конституционализма*, Зборник Правног факултета у Сплиту, број 4/2009 и S. Булајић, *Ћувар француског устава*, Београд 2006.

¹⁷ З. Томић, *Уставно судство између жреца и ствараоца*, Зборник „Уставни суд Србије - у сусрет новом Уставу“, стр. 69.

уставносудске заштите, начину њеног вршења и о другим питањима од значаја за остваривање уставног надзора и решавање уставних спорова у друштву - по мери Устава и стандарда изграђених у заштити основних вредности модерних уставних држава.

IV

Уставни суд је учесник у домену законодавне делатности, који својим касаторним одлукама, с једне стране, „избацује“ (елиминише) противуставне законе из правног поретка одузимајући им правну важност, а с друге, својим ставовима израженим у одлукама и другим актима (писмима, обавештењима, указивањима) утиче на стварање права од стране законодавца. Наравно, уставносудска улога у стварању права није ни изблиза као она коју има парламент, нити се одвија на исти начин. Уставни суд је у овој сфери видно ограничен својим надлежностима и овлашћењима. Доктрина је поодавно констатовала, а пракса потврђује, да је уставносудско стварање права, за разлику од законодавног које је изворно, опште и целовито, у принципу супсидијерно, парцијално (делимично) и везано за конкретне законе, односно боље рећи њихове поједине одредбе чију уставност суд испитује. Оно је увелико и дело оних који учествују у спору пред судом, а само изузетно самостална креација суда (у случају кад суд дела *ex officio*). Надаље, познато је да уставни суд темељи своје одлуке у облику јуриспруденције (и доктрине) и да су оне производ формалног просуђивања суда о природи, сврси и примењивости уставних одредби на спор о уставности конкретног закона. Уставне норме и правна доктрина, те уставносудска јуриспруденција и нужност образложења одлука уставног суда додатно омеђавају делање тог суда у домену вршења уставне контроле права. Дакле, Уставни суд доноси (и образлаже) своје одлуке другачијим путем од законодавца као творца права и то путем правног закључивања и правне аргументације, укључујући и позивање на своје претходне одлуке или понављање разлога изнетих у пријашњим одлукама, као и на ставове правне теорије.¹⁸

Опште је познато, да на темељу уставних правила о већинском одлучивању, парламентарна мањина у законодавном процесу, по правилу, „увек губи“, независно од тога колико су њени аргументи уставно утемељени. Како уставни суд није дом парламента, него заштитник устава, помак на фазу уставног надзора даје нови изглед стратешком окружењу у коме се налази законодавац.¹⁹ Парламентарна већина више не може поуздано да рачуна да се законодавни процес дефинитивно окончава изгласавањем закона у парламенту, односно проглашењем закона од стране шефа државе, јер се на законодавни

¹⁸ A. S. Sweet, *op. cit.*, str. 209 i d. Вид. и L. Favoreau, *La Politique saisie, par le droit*, Paris, 1988, str. 15-73.

¹⁹ A. S. Sweet, *Ibidem*.

процес, упркос формализованој вољи парламентарне већине и потврди шефа државе, може наставити уставносудски процес у поступку контроле уставности закона *a priori* или *a posteriori*. Упућивање на апстрактни уставни надзор једног законског текста јесте посебан процес у којем уставни суд врши коначно „читање“ спорног закона. Тај поступак се, по правилу, може увек спровести кад то затражи група посланика или други овлашћени предлагач, а у појединим земљама тај поступак може покренути, без икаквих претходних услова, и сам уставни суд по сопственој иницијативи. Дакле, да ли је закон уставан или не, и да ли ће ступити у правни поредак, односно да ли ће опстати у правном поретку или не, последњу реч има уставни суд. Отуда су уставносудски процеси под окриљем уставног суда постали „допуна и кадкад ривали законодавцу“ (А. S. Sweet).

И даље је актуелно гледиште које је изразио L. Favoreau да уставни судови делују прво као „противтежа“ парламентарној већини која је „превише моћна“ или као „помоћни законодавац“. Истицао је да уставни надзор тежи „мирењу политика“; да се „препирке“ које су се раније непрестано водиле „стишавају“ и решавају на разумнији начин – упућивањем на уставну легалност. Одбацивао је тврдње да уставни судови „икад блокирају“, „стављају вето“, цензурирају“ или „спречавају“ одлуке које доноси парламент, и тврдио да они заправо „воде“, „усмеравају“, „доказују аутентичност“ и „исправљају“ законодавца, упућујући га на прави пут, онај уставни.²⁰ Осим тога уставно судство делује и као брана цивилног друштва од потенцијалног угрожавања државе благостања, омогућавајући грађанима да се контрола законодавне власти обавља не само на изборима, у моменту гласања, већ континуирано и разборито.²¹ С друге стране, у вези са наведеним тврдњама, истицана су и становишта да уставни суд може произвести овакве корисне учинке једино ако се понаша као „позитивни законодавац“. Ако уставни суд, када укине закон као неуставан, истовремено не би рекао или сигнализирао законодавцу какав би закон требало да буде, тада ни уставни надзор не би могао „исправљати законе“, ни упућивати законодавце „на прави пут“.²²

За сагледавање односа савремених уставних судова и законодавца, чини се интересантним подсетити да је Н. Kelsen указивао на то, шта ће се по његовом мишљењу десити, ако се заштита основних права укључи у уставносудски надзор. За њега су та права представљала „природно право“, те је упозоравао да би „суђење о правима“ од стране уставног суда „неизбежно из-

²⁰ Вид. опширније о изнетом L. Favoreau, *La Politique saisie, par le droit*, i L. Favoreau, *La Legitimite du juge Constitutionnel*, 2 *Revue Internationale de droit comparatif* 557 (1994). Напомињемо да је L. Favoreau такође тврдио да људска права не би имала потпуну заштиту када не би постојао уставносудски надзор и уставна жалба.

²¹ L. Favoreau et.al., *Droit Constitutionnel*, Paris 199, str .209.

²² Вид. о изнетим становиштима, као и о контрааргументима код L. Favoreau, *La Politique saisie, par le droit*, str.73. i d.

брисало разлику између “негативног” и “позитивног законодавца”, а у свом настојању да открију и одреде садржај ових права “уставне би судије заправо постале свемогући надзаконодавци”. Многи сматрају да је Kelsen увелико био у праву, јер оног момента када су уставни судови почели да штите људска права у конкретним споровима, они су неспорно напустили позицију “негативног законодавца”.

И теорија у Србији већ дуго настоји да разлучи „правна“ од „политичких“ питања у деловању уставног суда, и докаже да одлуке суда морају бити изведене из устава, да оне морају бити у складу са његовим претходним одлукама, те да се морају базирати на правилном разумевању правне доктрине. Посебно су наглашаване разлике између уставних овлашћења парламента и уставног суда, те њихових јурисдикцијских атрибута. У почетку су ови ставови третирали уставносудски надзор као државну функцију, строго одвојену од законодавца, а данас је све више заговорника да строге одвојености не може бити, те да уставни надзор постаје једна од могућих фаза законодавног процеса, али овог пута судске природе.²³ Каже се и да „законодавна и уставно-заштитна функција чине или треба да чине складан склоп“ и „да творе једну динамичку целину“, те да се уставни суд „фино уравнотежује с парламентом“ у вршењу законодавне функције.²⁴

У нашој правној доктрини преовладало је становиште да уставни суд као орган који је властан да врши ревизију, односно касирање одредаба закона или закона у целини, без обзира што има судску форму, неспорно дејствује и на вршење законодавне функције. Ово становиште делили су (уз одређене разлике и резерве) и угледни уставни правници у Југославији и Србији: Ј. Ђорђевић, И. Крбек, Г. Мијановић, П. Николић, М. Бузацић, Р. Кузмановић, А. Фира, Ћ. Цаца, С. Вучетић и др.²⁵ При томе, треба нагласити да је у основи овог становишта јасно прављење разлике између стварања закона од стране парламента и дејства одлука уставних судова. Парламент је, тврђено је „позитивни законодавац“ јер он доноси законе слободно, у складу са политичким тежњама скупштинске већине и подложен је само уставним ограничењима (у погледу правила процедуре и садржине). С друге стране, уставни суд примарно има улогу „негативног законодавца“, чије је законодавно овлашћење „ограничено на поништавање закона кад није у складу са одредбама устава“.

Међутим, чињеница је да савремени Уставни суд Србије, од 2006. године постаје орган који истовремено уз заштиту уставности у поступцима апстрактне нормативне контроле, непосредно штити људска права у конкретним спо-

²³ У литератури наилазимо и на то да се уставни судови које врше апстрактни надзор над уставношћу закона називају и „специјализовани законодавни домови“, „законодавац из сенке“, „super legislativa“ и сл.

²⁴ З. Томић, *op. cit.*, стр. 68. Вид. и код I. Пејић, “Uloga ustavnoga suda u očuvanju ustavne demokratije”, *Pravni život*, број 12/2006, стр. 1164-1165.

²⁵ О овим становиштима опширније код Б. Ненадић, *op. cit.*, стр. 49-57.

ровима (и то не само по уставној жалби), и да Суд има овлашћење касирања одлука свих органа државне власти и носилаца јавних овлашћења. Пракса Уставног суда данас све више показује да се Уставни суд не ограничава на то да зајемчи поштовање Устава од стране јавне власти, кроз касацију њихових аката, него све више тежи ка томе да у својим одлукама дефинише шта Устав јесте.²⁶ Све је мањи број “сувих” касаторних одлука Уставног суда, а све више оних у којима Уставни суд тумачи и интерпретира Устав, а користећи различите технике усмерава или упућује законодавца како да уреди односе на начин сагласан Уставом.

Како сврха и реални утицај одредби Устава, посебно оних о људским правима, све више расте, то се шири и утицај Уставног суда на правни поредак уопште. Приметно је дакле да полако настаје ситуација у којој значајна овлашћења Уставног суда у заштити Устава и уставних права, могу ограничавати моћ одлучивања парламентарне већине, а посебно њену злоупотребу, и то на непосредан и систематски начин. Анализа праксе уставног надзора у Републици Србији, у последњој деценији потврђује да “држање законодавне политике у границама устава као највишег права” није недостижно. Но, с обзиром на сложеност и противречност односа у којима Уставни суд делује, и на реалну снагу и моћ оних које Уставни суд контролише, вршење уставносудске заштите није ни лако, ни једноставно, без обзира што Уставни суд Србије има дугу традицију уставносудског надзора. Уосталом, уставна историја потврђује да је ограничење и контрола носилаца власти кључно, али и најтеже питање политичке и уставне теорије и праксе.²⁷

V

Вршећи уставносудску заштиту уставно судство у Србији је постепено мењало себе, али и природу законодавне делатности, као што су то учинили и бројни западноевропски уставни судови. Та се промена најбоље може сагледати и „донекле измерити“ ако се прати утицај уставног надзора на рад законодавца кроз анализу његове праксе.

Основно (изворно) овлашћење Уставног суда, као што је више пута поновљено у овом раду, огледа се у праву Суда да спречи ступање на правну снагу

²⁶ Видети и становишта по којима је онај који интерпретира устав (а то је уставни суд) формално подређен уставу, али је у бити изнад текста који интерпретира (М. Pavčnik), јер устав није они што су изгласали посланици, већ оно што у њему данас прочитају уставне судије (С. Ribičič).

²⁷ По речима В. Smerdela „превише ограничења може власт учинити неделотворном и онемогућити јој обављање задаћа због којих је установљена. Одсутност ограничења пак омогућује носитељима власти њезино коришћење у својем интересу и злоупотребу насупрот интереса других грађана и политичке заједнице у цјелости. Кад носитељи власти имају најбоље намјере и строго избјегавају злоупотребе, без надзора увијек су могуће погрешке, па и катастрофалне одлуке“ (В. Smerdel, S. Sokol, *Ustavno pravo*, Zagreb, 2009. str. 51).

неуставног закона изгласаног у парламенту, односно да елиминише (одстра-ни) закон или његове поједине одредбе из правног поретка, када утврди да закон из формалних или суштинских разлога није у сагласности са Уставом. Укидајући такве акте Суд тиме обезбеђује заштиту, односно поштовање Устава и његову супериорност у правном поретку и враћа законодавца у уставне окви-ре. Следећи праксу Европског суда у Стразбуру, Уставни суд је почео касирати не само одредбе закона које су противне Уставу у формалном и материјалном смислу, него и у случајевима кад одредбе закона не задовољавају одређена својства и стандарде у погледу „јасноће и прецизности“.²⁸

Уставни суд врши оцену оспореног закона са становишта Устава (и општеприхваћених правила међународног права и потврђених међународних уговора), при чему закон или његове поједине одредбе за које Суд сматра да су неуставне погађа санкција - остају без могућности стицања правне снаге или је губе уколико је закон ступио на снагу. На одлуку Уставног суда се није могуће жалити другом органу, нити се од Уставног суда може тражити да преиспита своју одлуку. Нема двостепености у уставносудском надзору правне норме, а одлуком Уставног суда спор о уставности једног закона је дефинитивно решен. Одлука Суда донета у поступку уставне контроле закона, је општеобавезна - делује *erga omnes*, а њена својства коначности и извршности јој по самом Уста-ву обезбеђују ауторитет *res iudicata*.²⁹

У вршењу нормативне контроле Уставни суд може донети различите типове (врсте) аката. Основни - тзв. решавајући акти јесу одлуке, решења и закључци, док акти Суда који немају обавезујући карактер јесу мишљења, предлози, указивања или обавештења која Суд, у форми „писма“, упућује Народној скупштини.

Одлуком се мериторно решава спор о сагласности закона са Уставом, али су модалитети одлуке различити. Најважнија одлука Уставног суда у принципу јесте „одлука констатација“, тј. одлука којом Суд утврђује да је закон неса-гласан Уставу (*decision d'annulation*), или којом одбија предлог за утврђивање неуставности закона (*decision de conformite*). Одлука констатација којом је утврђена несагласност закона, снагом Устава добија касаторно дејство - након њеног објављивања у службеном гласилу оспорени закон престаје да важи. Од-луком о неуставности Уставни суд може констатовати да закон у целини није уставан, што води његовој тоталној касацији (*annulation totale*), а што се само спорадично дешавало, или пак да су само поједине одредбе закона неуставне што, по правилу, води делимичном касирању закона (*annulation partielle*). Од-

²⁸ Тако је Суд учинио са одредбама члана 270. ст. 3. и 4. Закона о безбедности саобраћаја на путе-вима (Одлука IУз-1503/2010), када је након спроведене анализе нашао да „оспорене одредбе Закона због своје непрецизности и непотпуности нису у функцији обезбеђивања владавине права и једнакости свих пред законом, што их из наведених разлога, по оцени Суда, чини несагласним са Уставом.“ Вид и одлуке Суда у предметима IУз-27/2009 и IУз-299/2011.

²⁹ Вид. Д. Стојановић, *op. cit.*, стр. 467. и Б. Ненадић, *op. cit.*, стр. 59. и д.

луке Суда о касирању закона због формалних недостатака, по природи ствари, воде касацији закона у целини. Ове одлуке су изузетно ретке. Кад Суд приступи касацији закона из материјалних разлога, по правилу, то води касацији само појединих одредаба закона. Међутим, могућност касирања закона у целини постоји и у случају кад Суд утврди неуставност само појединих одредаба закона из суштинских разлога, ако би услед њиховог уклањања из правног поретка настале правне празнине које би обесмислиле примену преосталих одредаба закона, а тиме и закона у целини.³⁰ Дакле, парцијална касација закона има смисла ако су неуставне одредбе одстрањиве (*separable*) од остатка текста, односно ако се са преосталим одредбама закон може рационално примењивати, тј. ако правне празнине настале укидањем спорних одредаба закона нису тог обима и дејства да онемогућавају примену преосталих одредби закона.³¹ Да ли ће Уставни суд касирати закон у целини или само поједине одредбе закона, односно њихове одређене делове, ствар је оцене самог Уставног суда, при чему долази до изражаја или „судско самоограничење” или пак „судски активизам”.³² Из наведених разлога Суд има изражену одговорност да, са посебном пажњом, приступи оцени да ли се парцијалним касирањем неког закона мења смисао и прецизност преосталог текста, или се парцијалном касацијом омогућава смисаона примена преосталих законских одредби - са изменама до којих је дошло од стране Суда. Наравно, да се од Уставног суда увек очекује да при томе мора водити рачуна пре свега и о правној сигурности. Другим речима, када ће Уставни суд констатовати неуставност појединих одредаба закона у целини, а када ће тражећи смисао законског текста приступити касацији само појединих делова одредби закона (често и појединих речи или појмова у тим одредбама), јесте дискреционо овлашћење самога Суда. Све наведено потврђује да у случају парцијалне касације Уставни суд фактички врши измене текста закона (бавећи се често и својеврсном редакцијом). Но, независно од технике коју користи у својим касаторним одлукама, Суд у овим случајевима реално улази у домен законодавца и почиње да дела као „позитивни законодавац”, који исписује другачију норму. На овај начин Суд долази у једну специфичну позицију – позицију истовременог “контролора и ствараоца”, увелико налик позицији законодавца. Наравно, и кад Суд приступи парцијалној касацији, законодавац увек може оценити да су тим поводом настале озбиљне правне праз-

³⁰ Р. Марковић, *Уставно право и политичке институције*, Београд, 2008. стр. 558.

³¹ Однос неуставне законске одредбе и остатка текста закона по L. Favoreu може бити различит: *прво*, да је неуставна законска одредба одстрањива, што води само њеној касацији; *друго*, да је неуставна одредба неодвојива од других одредаба закона које се такође поништавају и ако су сагласне уставу; *треће*, да је неуставна одредба неодвојива, односно неодстрањива од остатка закона, што нужно води претварању делимичне, парцијалне касације у потпуно касирање закона. Вид. L. Favoreu, *La decision de constitutionnalite*, *Revue internationale de droit compare*, 2, 1986, стр.619-621. Упореди и код Т. Маринковић, *op.cit.*, стр. 247.

³² Докле све сеже судски активизам више код С. Ribičić, *Љовекове правце in ustavna demokracija - Ustavni sodnik med negativnim in pozitivnim aktivizmom*, Ljubljana, 2010.

нине које захтевају доношење новог закона. Али до тада остаје на снази норма коју је Уставни суд “обликовао” у поступку уставног надзора.

Одлука о томе да закон или поједине његове одредбе нису у складу са Уставом у принципу делује *pro futuro*, тј. одлука има дејство од дана њеног објављивања у службеном гласилу. У својој одлуци којом утврђује да закон није у складу са Уставом, Суд може, на темељу Устава, да одреди начин отклањања штетних последица које су настале применом касираног закона. За сада ово своје овлашћење у домену нормативне контроле Уставни суд уопште није користио, за разлику од одлука у домену контроле појединачних аката и радњи јавне власти донетих у поступку по уставним жалбама за заштиту људских права.

Надаље, Суд може да констатује да поједине одредбе закона нису у складу са Уставом, али и да законодавцу остави рок у којем може извршити ревизију закона. Према Закону о Уставном суду, постоји могућност да Суд одложи објављивање своје утврђујуће одлуке у службеном гласилу за шест месеци. За то време се заправо одлаже њено касаторно дејство и продужава важење неуставног закона. Суд релативно ретко примењује овај институт, и то, по правилу, кад оцени да последице утврђене неуставности нису такве да закон, односно његове поједине одредбе треба одмах уклонити из правног поретка.³³

Одлуком у поступку уставне контроле *a priori* се утврђује да закон који је изгласан у парламенту, а није указом председника Републике проглашен, није у сагласности са Уставом. Њено дејство требало би да се огледа у спречавању ступања на снагу закона за који Уставни суд утврди да је неуставан. Међутим, у протеклих седам година Суд није заснивао уопште своју надлежност у овом поступку, јер од стране јединог овлашћеног предлагача (једне трећине народних посланика) то ни једном није предложано.³⁴

Кратко, до сада најраспрострањенији облик утицаја Уставног суда на законодавни процес, и на будуће законско уређење одређених друштвених односа, Келзеновим речником речено, представљају они случајеви кад Уставни суд као „негативни законодавац“ непосредно интервенише у законодавни домен. Такво понашање Уставног суда у почетку је било веома ретко, потом нешто чешиће, да би последњих година то изгледало сасвим другачије. У првих 11 година свог функционисања, Уставни суд није донео ни једну одлуку којом је касиран било који закон у односу на Устав из 1963. У другом периоду који је трајао 16 година, Уставни суд је на темељу Устава из 1974. године донео близу 40 одлука којим је утврђена неуставност републичких и покрајинских

³³ У досадашњој пракси рок одлагања је увек износио тачно шест месеци. Вид. тако нпр. Одлуку Суда IУ-53/2006 (Закон о сахрањивању и гробљима); Одлуку IУз-295/2009 (Закон о планирању и изградњи); Одлуку IУз-147/2012 (Закон о парничном поступку) и др.

³⁴ Опширније Б. Ненадић, *Претходна контрола уставности закона*, Бања Лука, Правна ријеч, број 14/2008, стр. 65-85.

закона.³⁵ У периоду важења Устава из 1990. године Уставни суд је 82 закона, односно поједине њихове норме прогласио несагласним са Уставом. Након ступања на снагу важећег Устава, Суд је од 2008. до краја 2012. године, донео 39 одлука којим је утврдио несагласност закона са Уставом и/или потврђеним међународним уговором. Од тога, само у 2012. години донето је 18 касаторних одлука. Поменућемо само неке важније законе чије одредбе су у последњој деценији проглашаване неуставним, а који су се односили на: независност и самосталност судске власти и реформу правосуђа; заштиту опште слободе поступања, изборног права, права на информисање и слободе медија, података о личности, права на приватност, права на штрајк, права на имовину; важне ревизије казненог и парничног законодавства; финансирање политичких странака; планирање и изградњу; порески систем; законодавство у области борбе против корупције; расподелу надлежности између Републике Србије и Аутономне Покрајине Војводине и др. Неке од ових одлука биле су непосредан повод за доношење или измену већег броја закона. Наиме, након објављивања касаторне одлуке Суда, елиминисане су из правног поретка поједине неуставне одредбе закона или закон у целини, што је због настале правне празнине нужно стварало потребу хитног законодавног делања.

Поред утврђујућих или „одлука констатација” у домену нормативне контроле, Уставни суд доноси одлуке којима се *одбија предлог за утврђивање неуставности закона*. Ове одлуке такође могу имати значајан утицај на вршење законодавне функције, односно на припрему закона, ако се у њима указује на одређене пропусте законодавца или на правне празнине. Посебан тип ових одлука јесу тзв. *интерпретативне одлуке*, које Суд почиње да доноси последњих година. Овим одлукама Суд даје такво тумачење оспорене норме закона које норму доводи у склад са Уставом.³⁶ Из ових одлука следи да би свако другачије тумачење оспорене норме закона било противно Уставу. У изреци појединих одлука Уставни суд изричито наводи да се одбија констатација неуставности „под условима и ограничењима који су дати у образложењу одлуке”. То значи да се одлуком одбија утврђивање да је закон противустан, а са резервом да се има тумачити онако како га је Уставни суд протумачио, односно да је сагласан Уставу, али само „под условима и ограничењима из образложења од-

³⁵ Интересантно је напоменути да је Уставни суд у овом периоду донео Одлуку којом је „поништио Аутентично тумачење члана 99. став 1. Закона о високом школству („Службени гласник СРС”, број 39/81)“, јер је стао на становиште да је аутентично тумачење општи правни акт и да је као такво подобно и за самосталну осену уставности. Вид. Одлуку суда IY-517/81, објављену у „Службеном гласнику СРС“, број 40/82.

³⁶ Вид одлуке Суда о интерпретацији појединих одредаба Породичног закона (IY-13/2009 и IY-296/2005), Закона о пољопривредном земљишту (IY-82/2007 и 280/2009), Закона о приватизацији (IYз-98/2009), Закона о Војсци Србије (IYз-2/2008), Закона о управним споровима (IYз-107/2011), Закона о пензијско-инвалидском осигурању (IYз-90/2008), Закона о парничном поступку (IYз-1242/2010) и др.

луке Суда³⁷. Очигледно је, да се доношењем оваквог типа одлука, Уставни суд налази веома близу законодавне функције. Отуда се поново отвара питање границе односа Уставног суда и законодавца, односно овлашћења Суда према овлашћењу законодавца да даје аутентично тумачење закона које доноси.³⁸ Теорија указује да Уставни суд овде делује пре као „позитивни“, него као „негативни“ законодавац. Сматра се да праксом доношења интерпретативних одлука Уставни суд одступа од класичне уставносудске функције, јер заправо својим тумачењем долази у ситуацију да у суштини дописује или преиначава Уставне и законске норме.³⁹ Другим речима, указује се да пракса доношења интерпретативних одлука показује да се тиме уставно судство „удаљава од уобичајено схваћене судијске власти, дајући себи за право да, по потреби, дописује законе. Тако уставни судија губи статус негативног законодавца и претвара се у правог (позитивног) законодавца.”⁴⁰

Уопштавајући пре свега искуства западноевропских уставних судова (који су у суштини подавно напустили тзв. просту алтернативу-проглашавања уставности, односно неуставности закона и скоро се спонтано приклонили за њих лагоднијем начину одлучивања путем тзв. интерпретативних одлука) и наше свакако скромније искуство са интерпретативним одлукама, могло би се закључити да су уставни судови доносећи „одлуке о уставности, али.....“, односно „одлуке о уставности, под одређеним условима“ (*declaration de constitutionalite sous reserves*) и сл.⁴¹, себи обезбедили лагоднији положај у односу на законодавца (остављајући закон на снази чува се углед парламента). С друге стране, овим одлукама они су покушали оснажити свој ауторитет попуњавањем правних празнина, исправљањем „нормативних брљотина“⁴² и спречавањем судских и управних органа у „погрешном“ тумачењу права, а све са „племенитом опсесијом“ да до краја очувају правну сигурност и обезбеде уједначену примену права.⁴³ Ни у нашој теорији, уосталом као ни у упоредној, нема јединственог становишта о „вредности“ ових одлука Уставног суда, а још мање о њиховој правној природи и дејству.

³⁷ Вид. тако Одлуку о оцени уставности одредаба Закона о утврђивању надлежности Аутономне покрајине Војводине (ИУз-353/2009), у чијој изреци, поред осталог стоји, да се одбија предлог за утврђивање неуставности појединих одредаба Закона, „али под условима и ограничењима датим у образложењу ове одлуке“, односно „уз тумачење дато у образложењу ове одлуке“.

³⁸ Према одредбама чл. 194. и 195. Пословника Народне скупштине (2012) Скупштина је надлежна за доношење аутентичног тумачења закона, на предлог овлашћеног предлагача закона. Пословником је уређен и поступак за аутентично тумачење закона које даје Скупштина.

³⁹ Д. Стојановић, *op.cit.*, стр. 501.

⁴⁰ Вид. тако Т. Маринковић, *op.cit.*, стр. 260-261 и Д. Стојановић, *op.cit.*, стр. 501.

⁴¹ Т. Маринковић, *op.cit.*, стр. 243.

⁴² *Op.cit.*, стр. 253.

⁴³ Да ли је *horror vacui*, односно ова опсесија уставних судова узалудна или она ипак ублажава степен правне несигурности, те да ли она води чак и судократији и неограниченим амбицијама уставних судова вид Т. Маринковић, *op.cit.*, стр. 261 и К. Чавошки, *Увод у право*, Београд, 1996, стр. 29.

VI

Први акт реакције законодавца на одлуке Уставног суда, а који се у упоредној литератури назива „корективна ревизија“,⁴⁴ следи након што је закон касиран. Ова ревизија односи се на поновно уређивање односа који је био уређен укинутим текстом закона, а у складу са одлуком Суда. У последњих десет година, након доношења касаторних одлука Суда, били су промењени бројни закони, као што су: закони о судовима и судијама, о јавном тужилаштву, о избору народних посланика, о локалним изборима, о планирању и изградњи, о телекомуникацијама, о јавном информисању и др. Корективној ревизији законодавац приступа како би обезбедио важење закона у будућности и избегао евентуално поновно вођење уставног спора. То је истовремено прилика за опозицију, грађански сектор и јавно мњење да пажљиво прате да ли владајућа већина поштује одлуку Уставног суда. Наравно, то је посебна прилика и за уставну доктрину. Ово тим пре што су по Уставу „сви дужни извршавати одлуке Уставног суда“, које су „коначне, извршне и општеобавезне.“

Међутим, анализа досадашње праксе указује на више различитих начина на које је поступио законодавац:

Прво, поступак измене закона законодавац је водио тако што осигурава уставност новог текста закона, доследно поштујући ставове Уставног суда изражене у одлуци о касирању или другим одлукама Суда у којима је изражен став о истом или сличном спорном уставноправном питању. То је посебно случај у оним областима у којима је Суд не само констатовоао неуставност појединих одредби закона, које су као неуставна решења уклоњена из правног поретка, већ је у образложењима истицао и своја правна схватања о бројним уставно-правним питањима која су била од ширег значаја, као што су: независност судске власти; природа и карактер представничког мандата, начин доделе посланичких мандата;⁴⁵ „бланко оставка“,⁴⁶ неповредивост тајности писма и других средстава комуникације;⁴⁷ право оснивања и регистрације јавних гласила;⁴⁸ ограничење слободе медија⁴⁹ и др. У овим областима друштвеног живота корективна ревизија закона довела је до релативно високог степена утицаја одлука и ставова Уставног суда на законодавца. Отуда се с правом може указати на запажање струке, „да је парламентарна већина показала да добро зна да је такво препуштање Уставном суду у овим случајевима најсигурнији начин да се обезбеди даљи опстанак закона у правном поретку“.

⁴⁴ „Корективна ревизија“ је појам који смо преузели од А. S. Sweet-a.

⁴⁵ Вид. Одлуку Уставног суда IУз-42/2008 од 14. априла 2011. године.

⁴⁶ Вид. Одлуку Уставног суда IУз-52/2008 од 21. априла 2010. године.

⁴⁷ Вид. Одлуку Уставног суда IУз-149/2008 од 28. маја 2009. године.

⁴⁸ Вид. Одлуку Уставног суда IУз-231/2009 од 5. маја 2010. године.

⁴⁹ Вид. Одлуку Уставног суда IУз-231/2009 од 22. јула 2010. године.

Друго, законодавац се одрицао доношења закона, или боље рећи избегавао доношење закона у области у којој је Уставни суд касирао закон или поједине његове одредбе, односно у случају када је Суд одбијао да касира закон, али је у одлуци указивао законодавцу на потребу доношења новог или измену важећег закона. Ова опција је ретко примењивана уколико се радило о важнијим законима, јер је парламентарна већина имала интерес да бар делимично одређени односи буду уређени на начин како она то жели, него да остане правна празнина коју ће евентуално попунити неко други (након избора). Наравно, било је и случајева када се није приступало законодавном уређивању сагласно одлуци и ставовима Суда. То се дешавало, пре свега, кад утврђени ставови Суда нису били „блиски“ политичким циљевима парламентарне већине. Примера ради, у одлуци донетој у поступку оцене уставности Породичног закона, Суд је изразио правно схватање о неопходности законског уређења правне празнине поводом одређених права лица која се налазе у истополној заједници.⁵⁰ Међутим, изнето становиште Уставног суда ни након скоро три године није уважено од стране Народне скупштине. Исти случај је и са решењем Уставног суда донетом у поступку оцене уставности Закона о пензијском и инвалидском осигурању, у коме је Суд изразио став о потреби да се, сагласно Уставом прокламованој једнакости супружника у брачној и ванбрачној заједници, таква једнакост мора успоставити и у области пензијског осигурања.⁵¹

Треће, законодавна већина је покушавала избећи судску одлуку, тако што „креативно преформулише закон“ или пак изврши само његову редакцију. У том случају законодавац се, како се то каже „поиграва са Судом“, изазивајући Суд да по други пут касира закон.⁵²

Четврто, мада се судске одлуке од стране законодавца најчешће тумаче на што ограниченији начин како би се омогућила његова максимална слобода приликом корекције закона, познати су и такви случајеви да је законодавац вршио ревизију касираних одредаба закона, а да су при томе уношена решења у закон потпуно супротна становишту Суда,⁵³ или да су пак потпуно игнорисани ставови Суда.⁵⁴

⁵⁰ Вид. Одлуку IY-347/2005 од 22. јула 2010. године.

⁵¹ Вид. Решење Уставног суда IYз-90/2008.

⁵² То је био случај са Законом о судијама, када је након касирања одредбе о овлашћењима министра правде да предлаже разрешење судија, донет нови текст закона, у који је у суштини унето истоветно решење, уз незнатну редакцију. Уставни суд је поново касирао и те одредбе закона. Вид. Одлуку IY-122/02, а потом и истоветну Одлуку IY-28/2006.

⁵³ Пример за то представља Закон о изменама и допунама Закона о одржавању стамбених зграда, који је донет након Одлуке Суда IY-95/2006, не водећи рачуна о становишту Суда о неповредивости права власника стамбених и пословних јединица у вези са променом намене и отуђењем заједничких просторија.

⁵⁴ Тако је чињено приликом више ревизија закона о судијама, закона о избору и престанку мандата народних посланика и одборника у скупштинама јединица локалне самоуправе, закона о планирању и изградњи и др.

Као посебну опцију, за коју се одређивао парламент, након касаторне одлуке Уставног суда, могли бисмо назвати „надгорњавање“ парламента као уставотворца и уставног суда као чувара устава. Она се огледала у покушају анулирања одлуке Уставног суда, путем уставне ревизије. Народна скупштина је ову опцију применила приликом доношења важећег Устава (2006), како би се учинило уставним оно законско решење које је Уставни суд огласио неуставним, одбацујући тиме и становишта Суда изнета у касаторној одлуци. Наравно, примењивост ове опције није лако изводљива, с обзиром на тежину поступка за промену Устава - највећи број одредаба Устава мења се двотрећинском већином у парламенту, уз неопходну потврду промене и на референдуму.⁵⁵ Другим речима, само политичка „супер већина“ у парламенту, може покушати „побити“ одлуке Уставног суда или ограничити њихово дејство на овај начин.

VII

Поред наведеног утицаја уставног надзора на рад законодавца, видни су и други облици утицаја Уставног суда на вршење законодавне власти.

Први облик огледа се у „самоограничењу“ Владе као предлагача закона и парламентарне већине у креирању законских решења, како би се избегла интервенција Уставног суда. Тако су одлуке Уставног суда у бројним областима друштвеног живота почеле служити као водич, односно оријентир у законодавном уређивању друштвених односа и у поступању законодавца (па и предлагача закона). Дакле, ово „самоограничење законодавца“, како га је сликовито назвао L. Favogeau⁵⁶ испољава се већ у отпочињању и вођењу законодавног поступка, тј. када се већ у току припреме текста закона од стране Владе, а потом и код расправе и одлучивања у парламенту од стране парламентарне већине „жртвују“ поједини политички циљеви, како би се избегла или бар умањила могућност да закон буде упућен Суду на оцену уставности *a priori*, или да буде проглашен неуставним у поступку контроле *a posteriori*. С

⁵⁵ Уставни суд је касирао одредбе Закона о избору народних посланика, по којима је посланицима престајао мандат кад им престане чланство у политичкој странци (Одлука IY-57/2003). Парламент (у различитим политичким саставима) се није мирио са овом одлуком Уставног суда, тј. са ставом Суда да је посланички мандат слободан, те је приликом доношења Устава, у члану 102. Устава, утврђен својеврсни везани мандат, тако што је прописано да је „Народни посланик слободан да, под условима одређеним законом неопозиво стави свој мандат на располагање политичкој странци на чији предлог је изабран за народног посланика“. Међутим, ова одредба је остала мртво слово на папиру, јер закон о спровођењу ове одредбе није донет када су у питању народни посланици, а Уставни суд је касирао одговарајуће одредбе Закона о локалним изборима које су предвиђале бланко оставке (Одлука IY-57/2003), уз позив на основна начела Устава и на међународне стандарде у овој области. То говори да је Уставни суд уз све покушаје изигравања његове одлуке од стране политике, изашао ипак као „победник“.

⁵⁶ О овој појави у Француској највише је говорио L. Favogeau, док је у Немачкој ту појаву посебно проучавао Ch. Landfried.

тим у вези, треба указати да су поједина правна схватања Уставног суда уважавана од стране Народне скупштине и пре доношења касаторне одлуке Суда.⁵⁷ Тако одлуке Уставног суда и заузета правна схватања Суда о његовом поимању правог значења појединих уставних норми, те домаћају општеприхваћених правила међународног права и ставова прихваћених у пракси Европског суда у Стразбуру почињу представљати својеврстан путоказ законодавцу за уређење одређених друштвених односа. И наша теорија је запазила да уставна пракса све више потврђује да одлуке и ставови Уставног суда представљају један од основних параметара стварања (и реализације) права, те да уколико учесници у вршењу законодавне власти желе да виде своје акте, односно програме преточене у закон који може да живи, односно да се примењује, они морају да поштују одлуке Суда и да се „приклањају“ његовој интерпретацији уставних принципа и норми.⁵⁸

Други облик утицаја Уставног суда на законодавну активност огледа се у случају кад Суд започне контролу уставности закона, а парламент тражи да Суд застане са том оценом, како би он сам отклонио уочену противуставност. Да ли ће застати или не са поступком уставног надзора, ствар је оцене Уставног суда.⁵⁹ Уколико Уставни суд одлучи да прихвати захтев, он тиме пружа прилику парламенту да, у остављеном року, сам измени неуставне одредбе закона и спречи настанак правних празнина. То је свакако у интересу правне сигурности. Примера ради, тако је поступано у поступку оцене уставности Закона о средствима у својини Републике Србије.⁶⁰ Истина, такво обраћање Народне скупштине Уставном суду у пракси није често, јер парламент, по правилу, „брани“ закон тврдећи да је у складу са уставом⁶¹

⁵⁷ Тако је, примера ради, законодавац уважио правно схватање Суда о сумњи у уставност одредбе Закона о стечајном поступку. Уставни суд је, поводом овог закона, *ex officio* покренуо поступак тзв. инцидентне контроле, а поводом уставне жалбе. Законодавац је, у току поступка пред Уставним судом, донео нов Закон о стечају, у коме је уважено правно схватање Уставног суда изражено у претходном поступку. Вид. Решење Суда IУз-69/2009.

⁵⁸ Упореди I. Рејић, *op. cit.*, стр. 1162. и Б. Ненадић, *Ојемствима независности уставних судова*, стр. 28.

⁵⁹ У досадашњој пракси Суд је увек прихватао такве захтеве доносилаца општих аката, па и Народне скупштине. Примера ради, Народна скупштина је тако 25. децембра 2012. године поднела захтев Суду да застане са поступком оцене Закона о безбедносно-информативној агенцији. Суд, на седници Малог већа, је прихватио овај захтев и Скупштини оставио рок од 6 месеци да Закон усагласи са Уставом, мада се ради о једном од најстаријих предмета у Суду (IУз-252/2002).

⁶⁰ Вид. Закључак Уставног суда IУз-33/2009 од 9. јуна 2010. године. Народна скупштина је (додуше по протеклу остављеног рока), донела нови Закон о јавној својини (2011), уважавајући ставове Суда.

⁶¹ Јединствен изузетак у досадашњој пракси представља одговор Скупштине у предмету IУ-733/2011, а у вези оцене уставности члана 102. Закона о судијама, који се односи на начин избора првог председника Врховног касационог суда. Парламент је одговорио да и он сматра да наведена одредба закона није у сагласности са Уставом, јер се законом не може мењати поступак избора утврђен Уставом. Но, парламент није предузео ништа да би сам отклонио ту неуставност, већ је чекао да то учини Уставни суд.

или се уопште не огласи.⁶²

Трећи облик утицаја Уставног суда на законодавну активност посебно је видан у одлукама Уставног суда о заштити људских права, што Суд чини, пре свега, кроз правна схватања исказана у одлукама донетим по уставним жалбама или другим жалбама и правним средствима о којима одлучује. Илустрације ради, указујемо само на две важне „пилот одлуке“ Уставног суда донете по жалбама неизабраних судија у поступку општег избора, којима је Уставни суд укинуо одлуке због бројних пропуста у поступку њиховог доношења, али је истовремено указао и на неадекватну законску уређеност у овој области.⁶³ Таква указивања само су делимично прихваћена у изменама Закона о судијама (2010), док је Суд након више неуспелих покушаја отклањања неправилности учињених у поступку општег избора судија и тужилаца од стране Високог савета судства и Државног већа тужилаца укинуо све одлуке о престанку мандата неизабраних судија и тужилаца.

Четврти облик утицаја Уставног суда на законодавну активност јесте онај који се остварује кроз упућивање „писама“ Народној скупштини. Суд је законом овлашћен да Скупштину обавештава: о стању и проблемима остваривања уставности и законитости, те да даје мишљење и указује на потребу доношења и измену закона, или предузимање других мера ради заштите уставности и законитости. Потреба за указивањем Уставног суда најчешће је изазвана пропустима и неактивностима законодавца, а које Суд уочава у поступку оцене уставности закона, као и у другим поступцима уставног надзора (посебно у поступку заштите људских права). Уставни суд то чини, пре свега, путем писаног обавештавања парламента, а у циљу усклађивања појединих закона са Уставом или попуњавања правних празнина. Тиме се Уставни суд посредно налази у функцији предлагача, како нових законских решења, тако и закона у целини. Дакле, ни овде Суд не остаје само у позицији „негативног законодавца“, већ „има правно-стваралачку улогу“ и активно утиче на изградњу и обезбеђивање јединства и хармоније у законодавном поретку.

Поступајући на овај начин, Уставни суд је указивао на правне празнине у уређивању остваривања и заштите изборног права,⁶⁴ на празнине у закони-

⁶² Пракса „неоглашавања“ Народне скупштине о предлозима за покретање поступка за оцену уставности закона у појединим периодима је била врло распрострањена.

⁶³ Одлука Уставног суда VШУ-102/2010 од 28. маја 2010. године (предмет „Савелић“) и Одлука VШУ-189/2010 од 21. децембра 2010. године (предмет „Тасић“).

⁶⁴ Писмо је објављено у Билтену Уставног суда број 2/2003, у коме поред осталог стоји да у Уставу и у законима који уређују избор народних посланика и одборника, као и председника Републике, постоје одређене правне празнине и недограђености појединих решења, које доводе до недовољно конзистентног и јасног нормативног изражавања и обликовања политичког представљања грађана сагласно члану 2. Устава и остваривања изборног права грађана, као и недовољног уважавања специфичности уставног положаја и улоге органа за које се избори обављају“. Вид. и Писмо IV-110/2004 од 15. јула 2004. и Закључак Су-121/2006. од 11. јуна 2006. године.

ма о вршењу унутрашњих послова;⁶⁵ на празнине у законима о кривичном и парничном поступку и Кривичном законнику,⁶⁶ о заштити права и слобода националних мањина,⁶⁷ о службеној употреби језика и писма,⁶⁸ о рехабилитацији и др.⁶⁹ Одлучујући о уставности појединих одредби Закона о предузећима⁷⁰ и Закона о планирању и изградњи,⁷¹ Суд је указао на њихову неусаглашеност са Уставом. Поводом Закона о регулисању јавног дуга СРЈ по основу девизне штедне грађана, Суд је указао парламенту на ставове Европског суда за људска права и потребу да Република Србија, као чланица Савета Европе, предузме неопходне мере за решавање „старе девизне штедне“ у складу са Резолуцијом Савета Европе број 1410 (2004).⁷² На потребу хитног доношења новог закона указано је и у односу на: Закон о друштвеним организацијама и удружењима грађана, Закон о штрајку⁷³ и Закон о закључивању и извршењу међународних уговора.⁷⁴ Слично је поступљено и у вези са Законом о мировању и отпису дуга по основу доприноса за обавезно здравствено осигурање,⁷⁵ Законом о здравственој исправности животних намирница и предмета опште употребе,⁷⁶ Законом о сахрањивању и гробљима,⁷⁷ и др.

⁶⁵ Вид. Писмо Уставног суда ГУ-107/2001. од 4. марта 2004. године.

⁶⁶ Вид. Билтен Уставног суда број 2 од 2004, стр. 195, и Билтен број 2 од 2006, стр. 86, као и Писмо ГУ-421/2003 од 29. јануара 2004. године.

⁶⁷ Вид. Билтен Уставног суда број 1 од 2005, стр. 364

⁶⁸ Вид. Билтен Уставног суда број 1 од 2005, стр. 363-364

⁶⁹ Суд је указао на потребу доношења новог закона којим ће се уредити питање права на накнаду штете и повраћај конфисковане имовине рехабилитованих лица и прописати правила поступка према којима ће се одлучивати о праву лица на рехабилитацију и накнаду штете (Писмо Суда ГУ-33/2008 од 5. фебруара 2009.).

⁷⁰ У писму је указано да непрописивање законског рока до кога ће се окончати поступак приватизације друштвеног капитала, супротно уставном налогу за његово уређење, значи даље задржавање овог својинског облика, што се чини без одговарајућег уставног основа (Писмо Суда ГУ-119/2005 од 19. марта 2009.).

⁷¹ Одлучујући о уставности појединих одредаба овог Закона, Уставни суд је указао Народној скупштини на његову неусаглашеност са Уставом, у погледу остваривања судске заштите у управном спору (Писмо Суда ГУ-101/2006 и ГУ-409/2005 од 2. априла 2009.).

⁷² Писмо Уставног суда ГУ-122/2004 од 16. априла 2009. године.

⁷³ Вид. Билтен Уставног суда број 1-2 од 2002. стр. 285-288.

⁷⁴ Суд је указао не само на неусклађеност овог закона са Уставом, већ и на потребу хитног доношења новог закона, с обзиром да је важећи закон донет још 1978. године.

⁷⁵ Писмо Суда ГУз-71/2009 од 17. децембра 2009. године.

⁷⁶ Уставни суд је упутио писмо због бројних мањкавости у овом закону и указао да је овај закон институционално застарео и неусклађен са међународним правилима и европским стандардима у области безбедности хране и предмета опште употребе. Вид. Писмо Суда ГУз-168/2009 од 28. октобра 2010. године.

⁷⁷ Суд је указао и на потребу доношења новог Закона о сахрањивању и гробљима, због његове неусклађености са Уставом, али и анахроности бројних решења закона у овој области (Писмо Суда ГУз-53/2006 од 19. јуна 2012.).

Оваква обраћања Уставног суда само делимично су утицала на законодавну активност. У појединим случајевима закони су мењени сагласно указивањима Суда, али често је то чињено након дужег периода.

VIII

На крају пете деценије од увођења, Уставни суд је постао незаобилазна институција у функционисању уставног поретка савремене Србије, и поред трајне сумњичавости теоретичара демократије према овом органу “неспорно елитистичког карактера” и “дискутабилног демократског легитимитета”⁷⁸, па и спорења “стручног и моралног ауторитета” уставних судија.⁷⁹ Уставни суд је, уз све резерве на поједине одлуке и (не)активност Суда, постао један од основних фактора изградње Србије као уставне државе, посебно у условима експанзије нормативне делатности⁸⁰ и високо политизованог друштва у коме се носиоци државне власти често “стапају у уско политичком, страначком смислу у јединствен монолитни блок”.⁸¹ Када је у питању однос Уставног суда и Народне скупштине као носиоца законодавне власти, из изнете анализе јасно следи да Уставни суд није орган који непосредно доноси законе, нити има статус органа који непосредно предлаже доношење нових или измену постојећих закона, али јесте орган који има овлашћење да спречи ступање на снагу било ког закона, да га касира и стави ван снаге, да протумачи Устав и да декларише шта је највише право. Његова уставна функција више се не исцрпљује само кроз уклањање неуставних закона из правног поретка, већ је његова функција много шира. Вршећи уставни надзор над законима и штитећи људска права и слободе, Уставни суд је у позицији да посредно или непосредно, на различите начине утиче на вршење законодавне делатности. Његове одлуке, ставови и упозорења, снагом свог ауторитета и правном утемељеношћу, имају изузетан

⁷⁸ Вид. о томе код Т. Маринковић, *op. cit.*, стр. 243-244.

⁷⁹ К. Чавошки, *Уставни закон као спроведбени закон*, стр. 83. Вид. и реферате В. Петрова, *Зашто судија уставног суда (не) мора бити истакнути правник – анализа појма „истакнути правник” у Уставу Србије од 2006;* и Д. Симовића, *Слабости институционалних гаранција Уставног суда Србије* - изнете на Регионалној конференцији „Избор судија уставних судова”, одржаној у Сарајеву 2. новембра 2012. и доступне на <http://www.fcjp.ba/content/view/69/108/>

⁸⁰ Напоменућемо само да је Уставни суд Србије у својој досадашњој пракси касирао десетине уредби и других општих аката извршне власти, утврђујући да је та власт, поред осталог „зашла у домен законодавца”. Примера ради вид тако одлуке суда у предмету IУп -134/2009 и Iуп- 85/2007. Интересантно је указати и на појаву да је Влада прибегавала уређивању одређених питања из надлежности законодавца, и у форми закључака, које није ни објављивала у службеном гласнику. Уставни суд је и у таквим случајевима заснивао своју надлежност и након оцене да су ти акти по својој садржини општи акти и да су донети у области која по Уставу спада у надлежност законодавца, доносио касаторне одлуке. Вид. тако одлуке Суда у предметима IУ-412/2003, IУо-1177/2010 и IУо-577/2011. Поменуте одлуке су, доступне и на сајту Суда www.ustavni.sud.rs.

⁸¹ Т. Маринковић, *op. cit.*, стр. 243.

значај у успостављању правне државе и обезбеђењу хармоније и правне сигурности у правном поретку.

Поновни узлет и динамика уставног судовања наставља да утиче на трансформисање природе законодавне власти широм Европе, па и у Републици Србији.⁸² Вршењем контроле уставности закона, уставни судови кроз интерактивни однос са законодавцем утичу на изградњу правног система непосредно и посредно. Наиме, отклањањем противуставних аката из правног поретка у поступку обезбеђивања супериорности устава и непосредне заштите људских права, али и интерпретацијом устава и закона у поступку вршења уставне контроле и оцене сагласности закона са општеприхваћеним правилима међународног права и међународним уговорима, те упућивањем упозорења (писама, апела) законодавцу у погледу потребе промена или доношења нових закона, уставни судови су у суштини подсећали и подстицали (па и охрабривали) законодавца на уређивање друштвених односа у складу са достигнутим стандардима савремених уставних држава у домену уређења власти и људских слобода и права. На тај начин, уставносудска контрола постајала је комплементарна са законодавном функцијом, „чиме су се ове две функције у суштини почеле употпуњавати“. У таквим околностима чини се да нема „другог избора“⁸³ него да се напусти становиште о уставном суду као искључиво „негативном законодавцу“.

⁸² За разлику од западноевропских земаља, оно што у Републици Србији данас сигурно недостаје, јесте устаљена и редовна анализа и праћење делања Уставног суда од стране уставноправне науке, али и цивилног друштва уопште, па и самог Уставног суда. Ово је посебно важно у недостатку изграђене стабилне правне (уставне) државе и уставноправне културе уопште. Уставноправна наука би морала да Уставни суд подстиче и охрабрује у вршењу уставног надзора, с једне стране, а с друге, да спречава да се уставни надзор и контрола не претворе у своју супротност, то јест да се Уставни суд од чувара Устава, не претвори у *gouvernement des juges*. О односу уставних судова и законодавца у земљама централне и југоисточне Европе, вид. Б. Ненадић, *op. cit.*, стр. 27. – 38.

⁸³ О томе више Ch. Behrendt, *Le Juge Constitutionnel, Un Legislatif – Cadre Positif*, Univerzite Paris 1, Paris, 2005. стр. 431-456.

PRAVO UPRAVLJANJA JAVNIM POSLOVIMA – JEDNAKE MOGUĆNOSTI I POSEBNE MERE

Dr Marijana Pajvančić*

“Demokratija se zasniva na pravu svakoga da uzme učešće u upravljanju javnim poslovima; ona stoga zahteva postojanje predstavničkih institucija na svim nivoima, a posebno parlamenta u kome su predstavljane sve komponente društva i koje imaju potrebna ovlašćenja i sredstva da izraze volju naroda kroz zakonodavni proces i nadgledanjem poslova upravljanja.”
(član 11 Univerzalne deklaracije o demokratiji)

***Apstrakt:** U prilogu se analiziraju faktori izbornog sistema koji deluju na jednake mogućnosti reprezentovanja žena i muškaraca i ravnopravnu zastupljenost u neposredno biranim predstavničkim telima. Među faktorima izbornog sistema predmet pažnje su posebno tip izbornog sistema, pravila distribucije mandata i tip kandidatske liste. Akcenat je na kvotama kao posebnim merama koje se primenjuju kako bi se obezbedile jednake mogućnosti reprezentovanja manje zastupljenog pola u predstavničkim telima. U prilogu se ukazuje i na mogućnost sadejstva više faktora, na njihov međusobni uticaj i sinergijski efekat.*

***Ključne reči:** ravnopravnost polova, diskriminacija, jednake mogućnosti, posebne mere, političko reprezentovanje.*

U središtu našeg interesovanja je pitanje da li je princip jednakih mogućnosti i ravnopravnost žena i muškaraca, kao evropske vrednosti, moguće uspešno braniti ne samo u sferi rada, već i u domenu javne vlasti. Postoji li spremnost da se obezbede jednake mogućnosti za pristup javnoj vlasti, da se politička moć ravnomerno distribuira među građanima i građankama, kao i da se sagledaju i uvažavaju realne mogućnosti učešća svake osobe bez diskriminacije (faktičke ili formalne) u odlučivanju o poslovima javne vlasti? Zašto ovo pitanje smatramo važnim? Ono je važno jer je zahtev za rodno balansiranim reprezentovanjem kao elementarnim preduslovom

* Факултет за европске правнополитичке студије, Универзитет Сингиднум

učešća u odlučivanju o poslovima javne vlasti tesno povezan sa zahtevom za jednakost građana, zabranom bilo kog vida diskriminacije, jednom rečju to je zahtev za pravdom. Zato je to u prvom redu obaveza države koja treba da ustanovi i preduzima posebne mere usmerene na postizanje jednakosti, otklanjanje diskriminacije i izgradnju demokratskog i pravednog društva.

Noviji pristupi¹ u sagledavanju barijera koje stoje na putu efektivne participacije svih građana i građanki u odlučivanju o javnim poslovima pokazuju da je to prevashodno strukturalni problem, te da se kao takav može sagledavati samo u društvenom kontekstu.

U tom okviru i iz tog ugla posmatramo posebne mere koje vlada može preduzimati kako bi se otklonio disbalans između ustavom garantovanog prava na učešće u javnoj vlasti i stvarnih mogućnosti da ono koristi bez bilo kog vida diskriminacije. O tome koliki značaj se pridaje posebnim merama govori i činjenica da su one našle mesto kako u međunarodnim dokumentima o ljudskim pravima² tako i u ustavu kao osnovnom i najvišem pravnom aktu političke zajednice.

Posebne mere su nužnost u uslovima u kojima, kako to podaci pokazuju³, u sferi političkog odlučivanja još uvek se beleže značajne nejednakosti u poziciji žena u odnosu na već osvojenu poziciju koju u društvu imaju muškarci. Posebne mere predstavljaju samo jedan od instrumenata kojim vlada može podstaći promene u društvu ka dostizanju jednakih mogućnosti efektivnog korišćenja prava na učešće u javnoj vlasti. Upravo temporarni karakter posebnih mera govori da su one samo podsticaj koji treba da doprinese ostvarivanju postavljenog cilja, jer njihovo dejstvo prestaje kada se cilj dostigne.

U kontekstu međunarodnih dokumenata o ljudskim pravima (posebno evropskih), i komparativne ustavne i zakonske prakse, analiziraćemo faktore izbornog sistema koji utiču na jednake mogućnosti učešća žena i muškaraca u odlučivanju o poslovima javne vlasti. Predmet pažnje biće naročito one posebne mere koje se vezuju za izborni sistem, a koje poznaje komparativno izborno pravo i izborna praksa. Pored ovih faktora koji će biti predmet naše pažnje, ne sme se izgubiti iz vida da jednake mogućnosti učešća u odlučivanju o poslovima javne vlasti zavise i od niza činilaca izvan izbornog sistema, koje u ovom momentu izostavljamo iz razmatranja.

¹ U Deklaraciji Saveta Evrope o ravnopravnosti žena i muškaraca kao osnovnom kriterijumu demokratije (1997) takav pristup je jasno demonstriran. Prevladavanje istinski nejednakih mogućnosti participacije u odlučivanju o javnim poslovima se otuda u ovom dokumentu ne definiše samo kao zadatak vlada, već u prvom redu kao zadatak društva u celini.

² Više na adresi: http://www.euoperl.europa.eu/comparl/libe/elsj/charter/art23/default_en.htm

³ Više o globalnim pokazateljima sa posebnim osvrtom na posebne mere za postizanje ravnopravnosti polova u političkom životu u: *Report to the Women's Rights and Gender Equality Committee, European Parliament*, Drude Dahlerup, Dept. of Political Science, Stockholm University, Sweden in co-operation with International IDEA; Mršević, Z., *Ka demokratskom društvu – sistem izbornih kvota*, Institut društvenih nauka, Beograd, 2007, str. 62 – 99, kao i str. 143 – 249; Drobniak, N., *Ženska strana parlamenta*, OSCE, Podgorica, 2010; Pajvančić M., *Ravnopravnost polova u političkom životu*, Beograd, UNDP, 2010, i dr.

1. PRAVO UČEŠĆA U ODLUČIVANJU O POSLOVIMA JAVNE VLASTI – NORMATIVNI OKVIR

Pravo učešća u odlučivanju o poslovima javne vlasti, bez bilo kog vida diskriminacije na osnovu pola, garantuju međunarodni dokumenti o ljudskim pravima⁴ kao jedno od osnovnih političkih prava. Iako je sadržaj ovog prava širi i, pored participacije u neposredno biranim reprezentativnim telima, obuhvata i zastupljenost kao i pravo na učešće u odlučivanju i u drugim organima vlasti, svakako je reprezentovanje u neposredno biranim organima vlasti osnovni i najvažniji vid učešća u odlučivanju o javnim poslovima. Otuda se i osnovna pretpostavka za ostvarivanje prava na učešće u javnoj vlasti ogleda u ravnopravnoj zastupljenosti građana i građanki u reprezentativnim telima, kako na nacionalnom, tako i na regionalnom i lokalnom nivou.

Pravo na reprezentovanje i pravo na učešće u odlučivanju o poslovima javne vlasti su dva tesno povezana prava. Ostvarivanje jednoga od njih je preduslov za ostvarivanje drugog. Zato nije slučajno što više međunarodnih dokumenata, u kontekstu prava na učešće u odlučivanju o javnim poslovima, izričito upućuje na izborni sistem i faktore koji direktno ili indirektno utiču na mogućnost ravnopravnog repre-

⁴ Među *dokumentima UN* koji se bliže odnose na univerzalne standarde ravnopravnosti žena i muškaraca su: Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima (1948); Konvencija o političkim pravima žena (1952); Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima (1966) i Opcioni protokol uz ovaj Pakt i Drugi opciona protokol uz Pakt; Deklaracija o eliminaciji svih oblika diskriminacije prema ženama (1967); Konvencija o eliminaciji svih oblika diskriminacije žena (1979) i Opcioni protokol uz ovu Konvenciju (usvojen 1999. stupio na snagu 2000.); Pekinška deklaracija i Platforma za akciju (1995); Univerzalna deklaracija o demokratiji (1997); Rezolucije 1325 (2000), 1820 (2008), 1889 (2009) Saveta bezbednosti UN; Milenijumska deklaracija UN (2000) i dr.

Među *dokumentima Evropske unije* o standardima ravnopravnosti polova su: Amsterdamski sporazum (1997) koji posebno reguliše princip jednakog tretmana muškaraca i žena i zabranu diskriminacije na osnovu pola; Program akcije za integrisanje rodne ravnopravnosti u razvojnu saradnju Zajednice - Saopštenje Komisije Savetu i Evropskom parlamentu (EU Mapa puta za postizanje rodne ravnopravnosti 2006-2010); Preporuka Saveta o promovisanju pozitivne akcije za žene; Rezolucija Saveta o promovisanju jednakih mogućnosti za žene; Rezolucija Saveta o uravnoteženom učešću muškaraca i žena u odlučivanju; Rezolucija Evropskog parlamenta o ženama u odlučivanju, Rezolucija Evropskog parlamenta o ženama u međunarodnoj politici i dr.

Dokumenti Saveta Evrope koji se odnose na ravnopravnost žena i muškaraca u političkom životu su: Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (ECHR) posebno Protokol 7 (1984) i Protokol 12 (2000); Deklaracija o jednakosti između žena i muškaraca kao fundamentalnom kriterijumu demokratije; Deklaracija i program akcije – demokratizacija, sprečavanje konflikata i izgradnja mira: perspektive i uloga žena; Rezolucija o rodnoj kvoti za kandidate za sudije Evropskog suda za ljudska prava (R 1366 (2004) i 1426 (2005)); Rezolucija o uvođenju načela rodne ravnopravnosti na lokalni i regionalni nivo; Rezolucija o ravnopravnosti između žena i muškaraca; Rezolucija o integrisanju rodnog aspekta u javnu politiku; Rezolucija o učešću žena u političkom životu evropskih regija; Rezolucija o uravnoteženom učešću žena i muškaraca u političkom i javnom odlučivanju; Rezolucija o standardima i mehanizmima za postizanje rodne ravnopravnosti; Rezolucija o reprezentovanju žena u izbornom sistemu i dr.

zentovanja žena i muškaraca u predstavničkim telima. U tom kontekstu u brojnim međunarodnim dokumentima pažnja je usmerena na posebne mere (mere afirmativnih akcija, mere pozitivnih diskriminacija) čiji je smisao, svrha i cilj da obezbede jednake šanse i za žene i za muškarce da realno ostvare pomenuta prava, bez bilo kog vida (direktne ili indirektne) diskriminacije.

Tako, na primer, Dokument međuparlamentarne unije *U susret partnerstvu između muškaraca i žena*⁵ posvećuje značajnu pažnju (ne)mogućnostima ravnornog reprezentovanja žena u predstavničkim telima. Dokument polazi od prakse izbornih sistema i ukazuje kako na faktore izbornog sistema tako i na one koji su izvan izbornog sistema, ali su vezani za izbore, koji utiču na mogućnost efektivnog ostvarivanja prava na učešće u javnoj vlasti bez diskriminacije i posebno na realne mogućnosti (praksu) ravnornog reprezentovanja građana i građanki u predstavničkim telima.

Uticao međunarodnih dokumenata na nacionalno zakonodavstvo i implementaciju posebnih mera u izbornu zakonodavstvo kako bi se otklonila neravnopravnost žena i muškaraca u političkom životu je u ovom domenu nesumnjiv. Uprkos vidljivim i kontinuiranim otporima, danas se u najvećem broju zemalja više ne osporava legitimitet posebnih mera u oblasti političkog života koje, kao instrumenti politike jednakih mogućnosti, treba da doprinesu ravnornom distribuciji političke moći. Komparativna praksa pokazuje, a empirijski podaci to potvrđuju, da je tokom devedesetih godina prošlog veka povećan broj žena na mestima odlučivanja. U nekim zemljama rezultati su se približili idealu pravedne participacije.⁶ Većina vlada, danas, podržava ravnopravnost žena i muškaraca i u političkom životu i prihvata politiku jednakih mogućnosti i njene prateće instrumente (posebne mere) koji treba da doprinesu ostvarenju tog načela. Suština uspeha je dakle u stvaranju političke volje da se promene odnosi moći i uspostavi ravnopravnost žena i muškaraca i kada je u pitanju ravnorna distribucija političkog uticaja i vlasti.

Pored parcijalnih zalaganja za mere koje podstiču ostvarivanje prava na jednake mogućnosti učešća u javnoj vlasti, neki od međunarodnih dokumenata⁷ sažimaju praktična iskustva i ukazuju na probleme, domet i ograničenja praktično primenjenih instrumenata izbornog sistema čiji smisao je podsticanje ravnorne zastupljenosti polova u predstavničkim telima.

⁵ Dokument je usvojen na konferenciji Međuparlamentarne unije 1997. godine.

⁶ Npr. već tradicionalno ističani primeri Belgije (39,3%), Danske (38%), Finske (40%), Holandije (40,7%), Islanda (42,9%), Norveške (39,6%), Švedske (45%), ali i Ruanda (56,3%), Kosta Rika (38,6%), Argentina (38,5%), Mozambik (39,2%), Južna Afrika (44,5%) Kuba (43,2%) i dr. u kojima su posebne mere rezultirale značajnijim povećanjem broja žena u predstavničkim telima i na političkim pozicijama.

⁷ Dokument međuparlamentarne unije *U susret partnerstvu između muškaraca i žena* kao i *Milenijski ciljevi* (Rezolucija koju je usvojila Generalna skupština OUN na 55 zasedanju, 18. septembra 2000. godine), posebno treći cilj, koji se odnosi na ravnopravnost polova i mere koje treba da doprinesu ostvarenju ovog cilja. Videti npr. rezultate istraživanja koja su obavljena u zemljama regiona u okviru *GTF Gender mainstreaming in SEE Political Parties – Statistics Gender Task Force – izveštaj 2006-2007, 2008.*

Sledeći međunarodne standarde, Ustav Srbije⁸ propisuje mogućnost preduzimanja posebnih mera u cilju otklanjanja svake neposredne ili posredne diskriminacije, a koje su neophodne za ostvarenje ravnopravnosti, i potrebne radi zaštite i napretka za lica ili grupe lica koja se nalaze u nejednakom položaju, da bi im se omogućilo potpuno uživanje ljudskih prava pod jednakim uslovima. Posebne mere za postizanje jednakih mogućnosti se ne smatraju diskriminatornim, a primenjuju se dok se ne postigne cilj zbog koga su ove mere uvedene.⁹ Eksplicitna odredba Ustava o nediskriminatornom karakteru posebnih mera nužna je kako ove mere, budući da za ona lica koja su u nejednakom položaju ustanovljavaju neke pogodnosti, ne bi potencijalno, u postupku ocene ustavnosti bile ocenjene kao neustavne (diskriminatorne).

2. FAKTORI KOJI ODREĐUJU PRIRODU I VRSTU POSEBNIH MERA

Razmotrićemo u kratkim crtama faktore izbornog sistema koji obezbeđuju jednake mogućnosti žena i muškaraca da efektivno koriste ustavom garantovano pasivno biračko pravo i budu ravnopravno reprezentovani u predstavničkim telima.

2.1. Tip izbornog sistema

Teorija izbora, kao i praksa različitih izbornih sistema, pokazuje da mogućnost ravnomernog reprezentovanja polova u predstavničkim telima nije direktno povezana sa tipom izbornog sistema. Mogućnost ostvarivanja pasivnog biračkog prava (pravo građana/građanki da budu birani) ne zavisi od toga da li se ovo pravo ostvaruje u većinskom ili proporcionalnom izbornom sistemu. Tip izbornog sistema sam po sebi nije, dakle, faktor koji direktno i odlučujuće utiče, bilo kao podsticaj bilo kao ograničenje, na mogućnost ravnomernog reprezentovanja polova u neposredno biranim predstavničkim telima.

U većinskim izbornim sistemima i jednomandatnim izbornim jedinicama, povećanje zastupljenosti žena u parlamentu ublažuje se i rešava teže nego u proporcionalnim izbornim sistemima i višemandatnim izbornim jedinicama. Posebne mere u ovim izbornim sistemima, koje uključuju posebnu pomoć pri kandidovanju žena, su, na primer, oslobađanje od polaganja depozita za kandidate manje zastupljenog pola, veća sredstava namenjena izornoj kampanji kandidatkinja, formiranje određenog broja (npr. ne manje od 30%) posebnih izbornih jedinica u kojima se izborna uta-

⁸ Član 21 stav 4 Ustava Republike Srbije.

⁹ Član 1 stav 4 Konvencije o rasnoj diskriminaciji; član 4 Konvencije o zabrani svih oblika diskriminacije žena i dr. Više u Dimitrijević, V., Paunović, M., (u saradnji sa Đerić, V.,) *Ljudska prava*, Beogradski centar za ljudska prava, 1997, str. 191–195.

kmica vodi između kandidatkinja, posebne tehnike glasanja¹⁰ (npr. personalni glas, glasanje sa dva glasa ili neki drugi od metoda preferencijalnog glasanja) i drugo. Uprkos primerni posebnih mera ipak se teže postiže ravnomerna zastupljenost žena i muškaraca u parlamentu u većinskim izbornim sistemima u poređenju sa proporcionalnim, ali se ne može sasvim isključiti mogućnost postizanja ravnomerne zastupljenosti žena i muškaraca u predstavničkom telu i u većinskim izbornim sistemima. U većinskim izbornim sistemima prednost nad zakonskim kvotama kao posebnim merama mogle bi imati unutarpartijske kvote. One u političkim strankama podstiču nominovanje kandidatkinja i tako doprinose povećanju zastupljenosti žena u predstavničkim telima. Iskustva komparativnih izbornih sistema pokazuju da partijske kvote danas postoje bilo kao jedini oblik posebnih mera bilo paralelno sa zakonskim kvotama,¹¹ a izuzetno u nekim zemljama i ustavnim kvotama.¹²

Činjenica da tip izbornog sistema nije odlučujući činilac koji utiče na mogućnost ravnopravnog ostvarivanja pasivnog biračkog prava bez (faktičke) diskriminacije s obzirom na pripadnost određenom polu ne znači ujedno da neki izborni sistemi ne pružaju veće, a drugi manje izglede za efektivno ostvarivanje prava na ravnopravno reprezentovanje žena i muškaraca u predstavničkim telima. To se posebno odnosi na mogućnost primene posebnih mera koje doprinose otklanjanju neravnopravnosti između žena i muškaraca u domenu političkog reprezentovanja. Iako je primena posebnih mera načelno moguća i izvodiva i u većinskim i u proporcionalnim izbornim sistemima, praksa izbornih sistema pokazuje da se izborni sistemi zasnovani na principu proporcionalnosti pokazuju kao fleksibilniji za primenu ovih mera i otvoreniji prema mogućnostima istovremene primene različitih mera afirmativne akcije u okviru izbornog sistema ali i na područjima koju tesno povezana sa izborima, iako se nalaze izvan izbornog sistema.

2.2. Kvote na kandidatskim listama kao posebne mere

U tom kontekstu posebna pažnja poklonjena je kvotama na kandidatskim listama kao jednoj od najčešće korišćenih mera pozitivne diskriminacije. Kvote jesu jedna od delotvornih posebnih mera u izbornom sistemu koja doprinosi povećanju broja predstavnika manje zastupljenog pola¹³ u neposredno biranim predstavničkim

¹⁰ O personalnom, preferencijalnom i kumulativnom glasu Pajvančić, M., *Rečnik osnovnih pojmova i termina o izborima*, CeSID, Beograd, 2001, str. 37, 47, 50–54; Pajvančić, M., *Izbori – pravila i proračuni*, Novi Sad, 1997.

¹¹ Samo partijske kvote postoje na primer u Austriji, Danskoj, Holandiji, Norveškoj, Poljskoj, Španiji, Švedskoj, Velikoj Britaniji i dr., a kao što se iz priložene tabele može videti u najvećem broju ovih zemalja u predstavničkim telima žene su zastupljene sa približno 40%. Partijske kvote postoje pored zakonskih kvota na primer u Belgiji, Portugaliji, Sloveniji, Makedoniji i dr.

¹² Ustavne kvote propisane su pored zakonskih kvota, na primer u Ruandi.

¹³ Planirana i organizovana aktivnost na postupnom povećanju zastupljenosti žena u parlamentu Švedske pokazuje dejstvo kvota na povećanje zastupljenosti žena u Riksdagu 1971. je 15%, 1974. porast na 21 %, 1988. zastupljenost od 38%, danas je 47, 2%.

telima, ublažava evidentan disparitet u strukturi reprezentativnih tela i obezbeđuje ravnomernije reprezentovanje pripadnika oba pola u predstavničkim telima.

Uprkos značaju koji ima kvota kao posebna mera s pravom se ukazuje na različite oblike kvota kao i na ograničen domen primene ovog instrumenta. To se posebno ogleda u nekoliko činilaca među kojima su:

Ekstremna zalaganja za kvotama na svim nivoima i u svim organima vlasti koja ne vode računa o svrsi i razlogu primene ove posebne mere. Ako kvote treba da doprinesu većim izgledima na ostvarivanje prava na reprezentovanje odnosno pasivnog biračkog prava bez diskriminacije s obzirom na pripadnost određenom polu, tada su kvote instrument koji se ustanovljava najčešće izbornim zakonodavstvom i primenjuje se na izbor reprezentativnih tela. Kako članove predstavničkih tela neposredno biraju građanke i građani ova tela treba budu podjednako reprezentanti obe kategorije birača. To međutim nije slučaj sa organima koji se ne biraju neposredno (npr. vlada, uprava, sudstvo). Zato se može postaviti pitanje da li je primena kvota kao posebnih mera opravdana i pri izboru ovih organa, ili je u ovom slučaju primerenija primena nekih drugih posebnih mera (npr. rezervisano mesto ili paritet na rukovodećim mestima)?

Privremeni karakter posebnih mera uključujući i kvote kao jednu od najčešće primenjivanih posebnih mera u izbornom zakonodavstvu. Dejstvo posebnih mera je ograničeno na ublažavanje i ispravljanje debalansa u zastupljenosti žena i muškaraca u neposredno biranim predstavničkim telima. Sa dostizanjem postavljenog cilja ove mere se ukidaju, a njihovo dejstvo prestaje kada se ovaj cilj ostvari.

Nesporni temporarni karakter posebnih mera postaje međutim upitan, ako se ima u vidu postavljeni cilj koji se njihovom primenom želi dostići. Primetno je da se u izbornom zakonodavstvu koje poznaje kvote za manje zastupljeni pol, kvota od najmanje 30% ili 40% neretko postavlja kao cilj koji treba dostići, iako on predstavlja samo ravnomernu, ali ne i ravnopravnu zastupljenost žena i muškaraca u neposredno biranim predstavništvima građana i građanki. Otuda se sa razlogom može postaviti pitanje kako su definisani i postavljeni ciljevi koje treba dosegnuti i da li je moguće postupno ostvarivanje ciljeva koje podrazumeva mogućnost njihovog redefinisanja u određenim vremenskim intervalima?

Različit tip kvota i s obzirom na to različito efektivno dejstvo kvota kao posebnih mera koje treba da doprinesu postizanju rodne ravnopravnosti u političkom životu, u suštini predstavljaju instrumente čiji se doprinos ostvarivanju ravnopravnosti žena i muškaraca u izbornom procesu ogleda samo u domenu kandidovanja. To su, dakle, posebne mere koje doprinose ostvarivanju prava na kandidovanje žena i muškaraca pod jednakim uslovima, a pravo na kandidovanje je samo jedno od prava koje čini sadržaj pasivnog biračkog prava. Dva osnovna tipa kvota, oba vezana za izbore u reprezentativna tela su normativne (ustavne ili zakonske) kvote i partijske kvote.

Normativne kvote se ustanovljavaju ustavom, što je ređi slučaj¹⁴, ili izbornim zakonodavstvom što je pravilo u praksi izbora. Normativne kvote obavezuju sve

¹⁴ Normativne kvote ustanovljene ustavom postoje na primer u Ruandi.

učesnike izbora. Normativne kvote mogu postojati u dva oblika zavisno od toga da li ih prati sankcija ili to nije slučaj. Ukoliko nepoštovanje normativnih kvota nije praćeno sankcijom tada, i pored izvesnih blagih pomaka ka ostvarivanju rodne ravnopravnosti u političkom životu, izostaju njihovi puni efekti i one ostaju samo moralna obaveza podnosilaca kandidatskih lista. Nepoštovanje normativnih kvota može biti praćeno i sankcijom. Sankcija za nepoštovanje normativno ustanovljenih kvota najčešće ima za posledicu isključivanje kandidatske liste koja ne poštuje normativno ustanovljenu kvotu iz izborne utakmice usled formalnih nedostataka. Dejstvo normativnih kvota koje su praćene sankcijom je efikasnije, jer su podnosioci kandidatskih lista, suočeni sa mogućnošću da budu isključeni iz izborne utakmice, prinuđeni da ih poštuju.

Partijske kvote se ustanovljavaju dokumentima političkih stranaka. Budući da svaka stranka samostalno donosi svoje organizacione i političke akte moguće je da neke stranke svojim aktima predvide kvote, a druge ne. U tom slučaju na svim kandidatskim listama učesnika izborne utakmice neće biti primenjene kvote kao posebne mere za podsticanje rodne ravnopravnosti u izboru predstavničkih tela. Pored toga, nepoštovanje partijskih kvota podleže samo unutarpartijskim sankcijama. Za status kandidatske liste u izornoj utakmici nepoštovanje partijske kvote nema značaja.

Iako bi za partijske kvote, zbog svega što gore rečeno, moglo zaključiti da je njihov doprinos ostvarivanju rodne ravnopravnosti u domenu političkog reprezentovanja minimalno, takav zaključak bio bi pogrešan, jer praksa izbornih sistema¹⁵ pokazuje da su efekti primene ove kvote često bolji od efekata normativnih kvota. Partijske kvote su jedan od pokazatelja demokratičnosti unutarpartijskog života. One govore o tome da su političke stranke kao glavni akteri političkog života, spremne da uvažavaju potrebu postizanja rodne ravnopravnosti u političkom životu¹⁶ i da u tom kontekstu i same prihvate i poštuju posebne mere koje doprinose ostvarivanju rodne ravnopravnosti prilikom izbora organa političke stranke, kao i prilikom formiranja kandidatske liste za učešće na izborima.

2.3. Tip kandidatske liste i posebne mere

Tipovi kandidatskih lista mogu biti različiti.¹⁷ Mogućnosti preduzimanja posebnih mera za obezbeđivanje rodne ravnopravnosti u političkom životu koje pružaju različiti tipovi kandidatskih lista su takođe različite.

¹⁵ O efektima primene partijskih kvota u izbornim sistemima govore primeri Švedske (47,2%), Norveške (37,7%), Danske (36,9%), Holandije (36,7%), Španije (36%), Nemačke (31,8%).

¹⁶ Može se zapaziti da su partijske kvote neretko formulisane kao paritetne. O tome govori više primera komparativne izborne prakse kao na primer u Švedskoj: SDP (50% žene) Levica (50%) Zeleni (50%), Austriji: Zeleni (50%), Nemačkoj: Levica (50%), Zeleni (50%) ili su znatno više od normativnih kvota, kao na primer u Norveškoj u kojoj broj žena u vladi u poslednjih 20 godina nije pao ispod 40% su to: Socijalisti (40% žene) Laburisti (40%) Partija centra (40%) Hrišćanska narodna partije (40%) Liberali (40%); u Austriji SDP (40%) u Nemačkoj SPD (40%).

¹⁷ Šire o tipovima kandidatskih lista dr M. Pajvančić: *Kandidatske liste i uticaj birača na popunu poslaničkih mandata*, Zbornik radova Pravnog fakulteta Novi Sad, XXX br. 1 – 3/1996, str. 147-157.

Tako na primer posebna mera koja nalaže kvotu za nominovanje kandidata manje zastupljenog pola na kandidatskoј listi ne garantuje realne izgledе kandidata manje zastupljenog pola da pod jednakim uslovima konkurišu i za mesta u parlamentu. Kvote na listama neće dovesti do veće zastupljenosti žena u parlamentu, ukoliko se imena kandidatkinja nalaze na dnu liste, jer se u proporcionalnim izbornim sistemima ne može očekivati da jednoј kandidatskoј listi pripadnu svi raspoloživi mandati. Kandidatima koji su pozicioniranim na vrhu liste će biti dodeljeni mandati i oni će biti izabrani za poslanike. Kandidati koji su na začelju liste nemaju izgledе da osvoје mandat. Potrebno je stoga da budu ispunjeni i neki uslovi vezani za tip kandidatske liste.

Zatvorene kandidatske liste s pravom jednoг glasa odlikuje nekoliko osnovnih svojstava. Kandidatsku listu slobodno i samostalno sastavlja predlagač liste. Birači nemaju mogućnost da neposredno utiču na sastav kandidatske liste. Redosled kandidata na listi samostalno određuje predlagač liste, a način na koji to čini regulisan je aktima političke stranke (ako je predlagač liste jedna stranka) ili koalicionim sporazumom (ako listu predlaže zajednički više stranaka). Redosled kandidata na listi obavezuje predlagača liste pri raspodeli mandata dodeljenih kandidatskoј listi na osnovu broja osvojenih glasova. Mandati koji pripadnu kandidatskoј listi dodeljuju se kandidatima po redosledu po kome su njihova imena navedena na listi. Birač raspolaže samo jednoј glasom koga može dodeliti samo jednoј od kandidatskih lista, pa je njegov glas ujedno i izbor političke stranke kojoj poklanja svoje poverenje, ali ne i izbor kandidata.

Mogućnost koju ovakav tip kandidatske liste pruža kada su u pitanju posebne mere je rezervisano mesto na kandidatskoј listi. Budući da se mandati koji su pripali listi dodeljuju po redosledu po kome su imena kandidata navedena na listi, veoma je važno na kom mestu na listi su pozicionirane kandidatkinje kao manje zastupljeni pol. Rezervisano mesto (na primer, paritet koji se obezbeđuje naizmeničnim navođenjem kandidata i kandidatkinja 50%, svako treće mesto ili jedno mesto u okviru prva tri mesta za manje zastupljeni pol 30% i sl.) osigurava ulazak u parlament. Ova posebna mera je efikasno sredstvo za postizanje rodno balansiranoг predstavljanja, a ne samo rodno balansiranoг kandidovanja.

Ovakav tip kandidatskih lista pruža veće izgledе da se putem posebnih mera koje uključuju rezervisano mesto za kandidate manje zastupljenog pola na listi obezbedi ravnomernija zastupljenost žena u neposredno biranim predstavničkim telima.

Nevezana kandidatska lista omogućuje da se unutar liste, dakle, između kandidata nominovanih na listi, biraču prepusti izbor kandidata. To se postiže različitim tehnikama glasanja (blok glasovi, kumuliranje glasova, preferencijalni glas, alternativni glas). Birač na listu ne može staviti ime nekog novog kandidata, niti može sa liste brisati ime bilo kog kandidata, ali može ustanoviti svoj redosled kandidata.

Nevezana kandidatska lista nije pogodan okvir za posebne mere usmerene na rodno balansirano reprezentovanje, uprkos tome što biračima ostavlja veću slobodu izbora.

Veće izgleda da se stvore uslovi za jednake mogućnosti izbora u parlament za kandidate manje zastupljenog pola u utakmici za osvajanje poslaničkog mandata pružaju zatvorene liste uz glasanje jednim glasom i distribuciju mandata po redosledu po kome su imena kandidata navedena na listi, pod uslovom da uključe najmanje tri posebne mere: najmanju, procentualno izraženu, zastupljenost na listi; rezervisano mesto za kandidate manje zastupljenog pola; isključivanje kandidatske liste koja ne ispunjava ove uslove iz izborne utakmice zbog formalnih nedostataka; zamena poslanika manje zastupljenog pola kome je prestao mandat, uz poštovanje korektivnog pravila (posebna mera) da se mandat dodeljuje prvom narednom kandidatu manje zastupljenog pola. Pored već navedenih faktora treba pomenuti i druge posebne mere kao što su podsticajne mere u vezane za kandidovanje u političkim strankama, posebne mere u izbornoj kampanji (organizovanje i vođenje izborne kampanje, finansiranje izborne kampanje, medijska promocija), obrazovanje za učešće u javnoj vlasti i dr.

Možemo na kraju konstatovati da su mogućnosti za preduzimanje posebnih mera najšire kod onog tipa kandidatske liste koja biračima ostavlja najmanju slobodu izbora. U takvim okolnostima pitanje na koje treba odgovoriti je kojim vrednostima u ovom slučaju treba dati prednost: pravu građana na jednakost i ravnopravnost (i u sferi javne vlasti i reprezentovanja) ili njihovom izbornom pravu i slobodi izbora prilikom ostvarivanja prava glasa.

3. POSEBNE MERE U IZBORNOM SISTEMU SRBIJE I NJIHOVI EFEKTI

U izbornom sistemu Srbije postoje posebne mere za otklanjanje neravnopravnosti u reprezentovanju žena i muškaraca u neposredno biranim predstavničkim telima. Pored posebne mere koja je nalagala kandidovanje najmanje 30% predstavnika manje zastupljenog pola na kandidatskim listama, kao i sankcije za listu koja ne ispuni ovaj uslov, koja zbog formalne manjkavosti kandidatske liste isključuje predlagača liste iz izborne utakmice, poslednjim novelama izbornog zakonodavstva izvršenim uoči poslednjih parlamentarnih i lokalnih izbora uvedene su i dodatne posebne mere koje obezbeđuju ne samo ostvarivanje prava na kandidovanje već i prava na reprezentovanje. Među novelama Zakona o izboru narodnih poslanika i analognih posebnih mera u Zakonu o lokalnim izborima je nekoliko mera vezanih za liste kandidata.

Prva izmena odnosi se na tip kandidatske liste koje, prema ovim novelama pripadaju tipu zatvorenih kandidatskih lista.

Druga veoma važna izmena kandidatskih lista odnosi se na uvođenje kvote za manje zastupljeni pol (žene) kao posebne mere koja obezbeđuje da se na kandidat-skoj listi nađe najmanje 30% kandidatkinja za narodne poslanike.

Treća izmena odnosi se na redosled po kome se kandidati i kandidatkinje nalaze na listi, a koja osigurava da će najmanje na svakom trećem mestu na listi biti kandidatkinja za narodnog poslanika.

Četvrta izmena odnosi se na distribuciju mandata koji su pripali određenoj kandidatskoj listi, a koji se raspodeljuju kandidatima prema redosledu po kome su njihova imena navedena na listi.

Ove izmene trebalo bi da, u skladu sa Ustavom propisanom obavezom države da garantuje ravnopravnost žena i muškaraca i da u tom cilju vodi politiku jednakih mogućnosti¹⁸ i eksplicitnoj ustavnoj odredbi koja garantuje ravnopravnu zastupljenost žena i muškaraca u Narodnoj skupštini¹⁹ doprinesu ravnomernijem reprezentovanju žena u Narodnoj skupštini. Efekti ovih mera danas su vidljivi u sastavu Narodne skupštine²⁰, kao i u sastavu lokalnih skupština.

Sagledavanje normativnih rešenja vezanih za mogućnosti preduzimanja posebnih mera u sferi političkog života, posebno onih mera koje doprinose ravnomernijem reprezentovanju u neposredno biranim predstavničkim telima, koje je nesumnjivo prvi i najvažniji korak ka stvaranju uslova za ravnopravnost između žena i muškaraca u sferi političkog odlučivanja upućuje na nekoliko zapažanja:

Mogućnost rodno balansirano reprezentovanja polova u predstavničkim telima nije direktno povezana sa tipom izbornog sistema i u krajnjoj liniji ne zavisi od toga da li je izborni sistem većinski ili proporcionalni. Mogućnost ostvarivanja pasivnog biračkog prava (pravo građana/građanki da budu birani) nije direktno povezana sa tipom izbornog sistema. Tip izbornog sistema sam po sebi nije, dakle, faktor koji utiče, bilo kao podsticaj bilo kao ograničenje, na mogućnost ravnomernog reprezentovanja polova u neposredno biranim predstavničkim telima.

Primena posebnih mera moguća je i u većinskim i u proporcionalnim izbornim sistemima, ali se može uočiti da proporcionalni izborni sistemi pružaju više mogućnosti za primenu ovih mera. Otuda zaključak da su proporcionalni izborni sistemi povoljniji okvir za kreiranje normativnog i institucionalnog ambijenta koji doprinosi ravnomernom reprezentovanju manju zastupljenog pola, nego što je to slučaj sa većinskim izbornim sistemima.

Podaci o zastupljenosti žena u parlamentima potvrđuju da je primena posebnih mera imala za rezultat povećanje broja žena u parlamentima, ali da se, takođe, od jednog do drugog izbornog ciklusa beleže ne samo pozitivne tendencije, već i regresija.²¹

Zbog svega toga danas se uvođenje kvota kao posebnih mera u politički život smatra legitimnom merom u sprovođenju principa jednakih mogućnosti u velikom

¹⁸ Član 15 Ustava Republike Srbije.

¹⁹ Član 100 Ustava Republike Srbije.

²⁰ U Narodnoj skupštini su danas 82 narodne poslanice (32,8%) od 250 narodnih poslanika.

²¹ Videti npr. rezultate istraživanja koja su obavljena u zemljama regiona u okviru GTF *Gender mainstreaming in SEE Political Parties – Statistics Gender Task Force* – izveštaj 2006- 2007, 2008.

broju zemalja, čak i kada je prisustvo negativnih stavova prema kvotama još uvek prisutno u mnogima od njih.

Summary

The factors of electoral system influencing to equal possibilities of representing both women and men in immediately elected representative bodies are analysed in the enclosure. Among those factors the attention is paid to the electoral system type, regulations of mandate distribution and candidates list type. The accent is on quotes as special measures which are applied in order to provide for equal possibilities of representation of less represented sex in representation bodies. The enclosure points out the possibility of interaction of several factors to their mutual influence and synergy effect.

Key words: *equality of sexes, discrimination, equal possibilities, special measures, political representation.*

КЕЛЗЕНОВО СХВАТАЊЕ ДРЖАВЕ

Др Момир Милојевић*

Апстракт: Ханс Келзен је у теоријским радовима сматрао да је држава правни поредак, иако се у њима појављују и изрази “држава”, “воља државе”, “државна воља”, “државни органи”, “државно право”, “обавезе држава”, “субјективитет држава”, “субјективна права држава” и сл. По Келзеновом схватању, држава и право нису одвојене појаве, већ између њих постоји јединство, јер је држава истоветна с правним поретком. Из тога произилази да је целокупно право на одређеном простору државно право. Права појединих држава заједно чине међународну правну заједницу или међународни правни поредак као највишу заједницу права, чије се право назива међународно или међудржавно право. То право или тај правни поредак има примат над државним или националним правним поретком. Келзен се залаже за то решење, јер сматра да из примата државног права проистиче империјализам. По његовом схватању, мир, пацифизам, примат међународног права и свет без граница, представљају и захтев етике. Он верује да се у будућности то може остварити.

Кључне речи: држава, право, правни поредак, државно право, примат међународног права, светска држава, Ханс Келзен.

I - ПРЕТХОДНЕ НАПОМЕНЕ

Пре две године сам излагање о годишњицама Ханса Келзена завршио његовим предвиђањем да ће доћи до брисања граница између међународног и државног права и да је крајњи циљ стварног развоја права, који иде ка растућој централизацији, органско јединство једне *свеопште или светске заједнице* засноване на једном правном поретку или стварању *светске државе*.¹ Зауставио сам се на томе месту, питајући се шта то значи, имајући у виду Келзеново схватање да не постоје државе одвојене од правног поретка, већ

* Редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду.

1 Н. Kelsen, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Leipzig und Wien 1934, S. 134-135; *Théorie pure du droit*, Paris 1962, p.430; *Reine Rechtslehre*, Wien 1992, S. 328-329; *Чиста теорија права*, Београд 1998, стр. 87; 2007, стр. 89.

да постоји само правни поредак. Келзен је допуштао постојање децентрализованог међународног правног поретка (који није држава) и централизованих појединачних правних поредака (који су државе). Међутим, у централизованом светском правном поретку би нестали државни правни пореди, тј. државе, јер је тешко претпоставити могућност постојања светске државе и појединих држава, осим као делова неке сложене светске државе. По Келзену, то није немогуће, ако се има у виду његово схватање о степенастом уређењу права. Питање је актуелно, иако је у време писања *Проблема суверености и теорије међународног права* и *Чисте теорије права* изгледало само као теоријска могућност у далекој будућности. Зато заслужује озбиљну пажњу и дубље разматрање, него што је могуће на овим страницама.

Питања о којима је Ханс Келзен расправљао одавно су занимала многа покољења још из најстаријих времена, било да је реч о праву и држави, било о њиховом односу, па и наше писце. Постоји схватање да је право настало чим су двојица ступила у животне односе² и да оно у начелу може бити без државе.³ Латинска изрека: „Где је друштво ту је и право”, значи само да право постоји у друштву. То кажу и Милан Гавриловић и Живојин Перић, по чијем мишљењу је друштвено стања настало „чим су се прва два човека срела и састала... ма и у најрудименталнијем облику.⁴ Појам „друштво” није означавао државу, већ обичну људску заједницу. У правну науку је реч „држава” увео тек Николо Макијавели почетком XVI века у *Владаоцу* (1513).⁵ И поред тога, појам „држава” је остао дуго непознат. За Хуга Гроциуса је то била заједница грађана везана друштвеним уговором који не важи за странце.⁶ У њој је он више видео појединце и ретко је помињао државе. Читав век касније, Емер де Вател помиње нације и суверене.⁷ У Француској револуцији је био одијум

² Нпр. В. Вукановић, *О појму правног поретка и државе*, Београд 1931, стр. 106. Такође, М. Гавриловић каже да је право настало у склопу „односа између појединаца” који „увек има облик размене”. *Држава и право*, Београд 2007, стр. 156.

³ М. Гавриловић, *нав. дело*, стр. 160.

⁴ Ж. Перић, *О демократији. Један мали покушај анализе*, Београд 31. август 1943, Архив Србије, Фонд Живојина Перића, стр. 5.

⁵ Податак наводе G. Jellinek, *L'Etat moderne et son droit*, Paris 1911, p 236 и С. Јовановић, *Основи правне теорије о држави*, Београд 1906, стр. 12. Грци су државу називали „полис” и поистовећивали с градом. Зато је код Грка наука о држави имала у виду државу-град. G. Jellinek, *op. cit.*, p. 222. Платоново дело под насловом: „Politeia” су Албин Вилхар и Бранко Павловић превели као „Држава”. Платон, *Држава*, Београд 2005. Тај наслов је прихватио и С. Јовановић, *Из историје политичких доктрина*, „Сабрана дела Слободана Јовановића”, XV, Београд 1935, стр. 23. Римљани нису имали реч за државу, а каснији правници су за тај појам користили реч „status” која има и друга значења. За означавање града или градске заједнице је употребљавана реч „civitas”. G. Jellinek, *op. cit.*, p. 224.

⁶ H. Grotius, *De jure belli ac pacis, libri tres in quibus Jus Naturae et Gentium item Jure Publici Praecipue explicatur*, 1625.

⁷ E. de Vattel, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains*, 1758.

према друштвима (правним лицима) уопште, па је укинута и Академија наука. Слично Вателу, израз “нација” је био синоним за државу.⁸ У том значењу се нације помињу уместо држава, како у доктрини, тако и у називима универзалних међународних организација (Друштво народа, Уједињене нације), док се у текстовима говори о државама. Међутим, и у XX веку се тврди да нема мерила за разликовање државе и других политичких и правних организација људских заједница.⁹ Правног уређења има и у најједноставнијим свакодневним односима, па се сматра да је право “и све оно што уређује уже заједнице као породицу, религијску заједницу и сл.”¹⁰

Неспорно је да је човечанство подељено у државама и да су људи везани за државне правне поретке и да је оправдан напор да се објасни појава држава.¹¹ Други писци се задовољавају истицањем везе између права и државе. “Питање је сасвим излишно, шта је пре постало, право или држава; право и држава тако су нераздвојно везани једно за друго да су само једновремено могли постати.”¹² Иако се каже да се право не може одвојити од државе “ни по свом постанку ни по важности”¹³ предност се даје држави, јер се говори о нормама “које је држава прописала”.¹⁴ Очигледан је утицај немачке правне школе, по којој је воља државе као једноправне личности основ важења права. То није било општеприхваћено ни у Немачкој, где су постојала различита мишљења о самом појму државе.

II - СХВАТАЊА О ДРЖАВИ

Имануел Кант је државу (*civitas*) дефинисао као “удруживање мноштва људи под влашћу правних закона”.¹⁵ Није јасно да ли право претходи држави, али је оно изнад државе, која својом принудом омогућава и гарантује владави-

⁸ Ch. Rousseau, *Droit international public*, II, Paris, 1974, p. 19, note 1.

⁹ М. Simonovitch, *Les théories contemporaines de l'Etat. Etude juridique et critique*, Paris 1939, p. 5. Вук Караџић за реч „држава“ наводи речи „der Reich“, „der Staat“, *civitas*, *possessio*.
Наводи и стихове:

„Хоћу тебе, слуго, поклонити
У државу земљу Босну славну –
што сам тебе, бане, поклонио
земљу Босну у твоју државу.“

Вук зна шта је држава, а за реч „државица“ каже да је деминутив речи „држава“, али је поистовећује с државином коју посебно помиње уз латинску реч коју је употребио и за „државу“. В. Ст. Караџић, *Српски рјечник*, Беч 1852, стр. 139.

¹⁰ В. Вуксановић, *нав. дело*, стр. 106.

¹¹ М. Simonovitch, *op. cit.*, p. 5.

¹² С. Јовановић, *Држава*, књ. II, „Сабрана дела Слободана Јовановића“, Београд 1936, стр. 107.

¹³ *Исто*, стр. 99.

¹⁴ *Исто*, стр. 97.

¹⁵ Нав. према Д. Баста, *Моћ и немоћ филозофије*, Београд 2011, стр. 119.

ну права. Да би се праву прибавило истинско важење, неопходна је држава која то обезбеђује.¹⁶ Право би без државе представљало празан, “апстрактан” појам без смисла и важности. Тек се помоћу државе омогућава живот права, тек помоћу ње оно добија своју праву егзистенцију.”¹⁷ То је сврха без које држава нема оправдања по себи.¹⁸ Стављајући државу у друштвени оквир с одређеним задатком, Кант јој је одредио и будућност *не искључујући њен нестанак ако више не буде потребна*. Слично томе каже Слободан Јовановић: “Право је државна воља; то је скуп правила којима је држава дала обавезну снагу. Нити може бити права без државе, нити државе без права. Права без државе не може бити, јер она правила која би без државе постојала, била би самим тим лишена оне специјалне обавезне снаге коју држава даје. Држава без права, опет, била би држава која нема своје воље, која ништа не наређује, која никаква правила не поставља. Као правна личност, држава може своју егзистенцију само својом вољом посведочити; држава која не би имала своје воље не би постојала.”¹⁹

Институционалисти сматрају да је држава установа и, као правна конструкција, правно лице. “Правна наука, да би одговорила потреби, на основу функције види у држави правни предмет, тј. личност у којој су обухваћени сви појединци који на основу извесни веза сачињавају државну страну колективног, моралног или правног бића, које је познато под именом држава.”²⁰ Мешавином институционалне и нормативне доктрине бечке школе, долази се до синтетичне дефиниције по којој је држава “највиша установа једног народа, која има уставну аутономију и могућу потпуну надлежност на одређеном територијалном простору и која је у непосредном односу зависности с међународном заједницом и међународним правом.”²¹ Примесе нормативног схватања државе се налазе и у делима Келзенових критичара. Један писац вели: “Држава је сложен *правни поредак* и као такав представља типско уређење садашњице. Правни поредак је шири појам државе, из чега не треба закључивати да право постоји ван државе. Чим је држава право, а право је свако уређење пре државног, држава се мора сматрати само као један од могућих социолошких облика људског уређења. До оваквог схватања нису могле доћи све оне теорије које су државу идентификовале са правним поретком и сматрале да све оно што није држава правни поредак не може бити. Супротно томе ми сматрамо да је држава навек правни поредак, али сложен поредак за разлику од других који до тога ступња нису могли доћи услед једноставнијих и примарнијих потреба саме заједнице.”²² Из

¹⁶ Исто, стр. 141.

¹⁷ На истом месту.

¹⁸ Исто, стр. 141.

¹⁹ С. Јовановић, *Држава*, стр. 106-107.

²⁰ Анонимус, *Интервенција у међународном праву с обзиром на Турску*, „Дело“, 1904, књ. 30, св. 1, стр. 62.

²¹ М. Simonovitch, *op. cit.*, pp. 10-11, 392.

²² В. Вуксановић, *нав. дело*, стр. 107. О Келзеновом схватању вид. стр. 33-43, 109, 111-112, 119.

онога што је тај писац рекао²³ јасно произилази да су право и држава одвојене заједнице и појмови јер, с једне стране, друштвени односи нису уређени само правом, већ и правилима из других извора (као што су морал, религија и сл.), а, с друге стране, ни држава се не бави свим друштвеним и људским односима, већ само оним који захтевају државну акцију и у мери потребној да се задовољи општи друштвени интерес (породични, привредни и слични односи). Одвојеност државе и права не значи да између њих не постоје никакве везе, али су оне ограничене на потребну меру као и везе других појава с правом и са државом. То се може видети из схватања писца који су о томе расправљали, па и нормативиста чији је најизразитији представник био и остао Ханс Келзен.

III - СХВАТАЊА ХАНСА КЕЛЗЕНА

Ханс Келзен је највећу пажњу посвећивао праву, што се види како из наслова његових радова, тако и из радова његових критичара. Држави је поклањао мање пажње, па и простора у радовима који се како по наслову, тако и по садржини, односе на право и на државу. Зато је њено помињање у *Чистој правној теорији*, као крајњег исходишта, повод за ове радове и разлог да, за разлику од уобичајеног синтетичког метода излагања, овога пута хронолошки пратимо развој Келзенове мисли и по цену извесних понављања која овај наш рад чине “развученим”.

1. Главни проблеми теорије права

Први обимнији Келзенов рад који се помиње у библиографијама, објављен годину дана пре него што је докторирао, био је посвећен Дантеовом схватању државе.²⁴ Пет година касније, када је Келзен постао доцент Правног факултета у Бечу, објављено је његово дело о главним проблемима теорије државног права.²⁵ По наслову је право у првом плану, али оно није у чистом облику, већ је реч о “државном праву” које је, додуше, развијено из учења о правном пропису како произилази из поднаслова. Тиме је постављен угао посматрања. Другим речима, шта је држава на основу прописа. На почетку предговора Келзен каже: “Систем који је у основи показује се у томе што *правни пропис* бива спознат као централни појам правне конструкције чијим је посебним формулисањем условљено решавање низа специјални проблема. То је мисао водила.”²⁶ За

²³ Вид. бел. 10.

²⁴ Н. Kelsen, *Die Staatslehre des Dante Alighieri*, Wien, Leipzig 1905.

²⁵ Н. Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre von Rechtssatze*, Tübingen 1911, 2 Aufl. 1923.

²⁶ *Главни проблеми теорије државног права развијени из учења о правном пропису*, Предговор, стр. 5.

ово дело Келзен каже да је његов правнотеоријски првенац.²⁷ У том првенцу се, ипак, често појављују изрази “држава”, “воља држава”, државна воља”, “државни органи”, “државно право”, “обавезе држава” и сл. Сложенице “државно право”, “обавезе држава”, “субјективитет државе”, као и поднаслови и међунаслови “Учење о самообвезивању државе” (стр. 324-335), “Обавеза државе и обавеза поданика” (стр. 350-364), “Правне обавезе државних органа” (стр. 365), “појам државног органа” (стр. 365-375), “Субјективна права државе и субјективна права према држави” (стр. 490), “Субјективна права државних органа и право на положај органа” (стр. 525-559) указују на везу права и државе. Међутим, то није веза између одвојених појава, већ редукција појмова на значење “јединства поретка”²⁸ јер је, како Келзен каже, чиста теорија права уједно “чиста теорија државе” или да теорија државе може да буде схваћена “или као теорија права”.²⁹ Говорећи о том јединству, Келзен каже: “Као релативно највиши принудни поредак људског понашања, држава је идентична с правним поретком;... она је само персонификација, само израз за јединство тог поретка.”³⁰

По Калзеновом схватању, држава је (поистовећена с правним поретком), за правнике, “само личност, то јест субјект права и обавеза. То је претпоставка сваке правне конструкције.”³¹ Као правна личност, субјект државе је “правно изједначен са осталим правним субјектима”.³² Келзен објашњава да се “држава може схватити као личност само ако се и она сама замисли под правним поретком, тачније, у једној релацији са правним поретком и то у *истој* релацији као и остали правни субјекти... Као личност, као субјект права и обавеза, држава долази у обзир само утолико уколико се претпостави правни поредак који њу обавезује, а утолико је она изједначена, координисана са свим осталим субјектима. Само у тој *координацији*... долази до израза идеја *персонификације државе*.”³³

Изједначавање или поистовећивање државе и правног поретка, доводи до закључка да је целокупно право државно. “Државно право је свеколико право и одређује однос државе и права.”³⁴ Оно није само јавно право, већ обухвата и приватно право, чије постојање Келзен не пориче. Он само објашњава: “Само мој ће рад можда показати да систем приватног права нисам неприлично растегнуо, него да сам државно право проширио далеко преко његових досадашњих граница, да не стојим на становишту: свеколико право је приват-

²⁷ Исто, Предговор за друго издање, стр. 13.

²⁸ Исто, стр. 17.

²⁹ Исто, стр. 25.

³⁰ Исто, стр. 21.

³¹ Главни проблеми, стр. 197, 211.

³² Исто, стр. 202. О пропису који обвезује државу вид. стр. 211-229.

³³ Исто, стр. 513.

³⁴ Исто, стр. 229.

но право, него да, управо обрнуто, заступам начело: свако право је државно право. У сваком случају чврсто се држим постулата једне једине опште теорије права и јединствених основних појмова који су заједнички свим правним областима и које за све области треба конструисати и према истим методолошким принципима.”³⁵

Ханс Келзен је овим радом, који се сматра његовим главним делом, поставио основе теорије у којој су, и поред свег труда, многа питања остала без потребног објашњења. То је схватио и Келзен и потрудио се да то учини каснијим радовима посвећеним појединим питањима. Он каже да је у тој књизи постављен “камен темељац” чисте теорије права³⁶, а да је однос државе и права разрађен у књизи “Социолошки и правни појам државе” (1922).³⁷

2. Држава и међународно право

Први опсежан Келзенов рад о држави, објављен после *Главних проблема теорије државног права*, је била књига која се појавила под насловом *Проблем суверености и теорија међународног права. Прилог једној чистој теорији права*.³⁸ Келзен каже да је почео да је пише 1915. године и да је “начелно” била завршена 1916, али да је због његове “војне службе током Рата”³⁹ одложено штампање. У сваком случају је објављена пре књиге о социолошком и правном појму државе. Иако се у наслову држава не појављује ни у ком облику о њој се у књизи говори често, јер је питање суверености посебно значајно за државу коју, по Келзеновом мишљењу, треба схватити као “*поредак* и то као *правни поредак*”.⁴⁰ Полазећи од везе суверености с државом, Келзен је дошао до закључка да је суверен правни поредак. Он то овако објашњава: “Ако се... држава, онако како се указује нормативној теорији државе и права, спозна као *норма* или *поредак* и као таква идентична с правом, правним поретком означеним као ‘право’, онда је суверена држава највиши поредак, тј. поредак који је замишљен као неизводљив из вишег поретка или као претпостављени поредак.”⁴¹

³⁵ Исто, Предговор, стр. 10.

³⁶ Исто, Предговор за друго издање, стр. 27.

³⁷ Исто, стр. 24.

³⁸ Н. Kelsen, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre*, Tübingen 1920, 2 Aufl. 1928. За наше потребе наводићемо према преводу објављеном 2003. године.

³⁹ О тој „служби“ М. Милојевић, *Годишњице Ханса Келзена*, „Годишњак Правног факултета Универзитета у Бањој Луци“, 2012, бр. 34, стр. 55.

⁴⁰ Х. Келзен, *Проблем суверености и теорија међународног права. Прилог једној чистој теорији права*, Предговор, стр. 23.

⁴¹ Х. Келзен, *Проблем суверености и теорија међународног права*, стр. 34-35.

Доказивању овог схватања Келзен је посветио велику пажњу као да је реч о књизи о општој теорији права, а не о посебном питању за које рекао да је једна од “жаришних тачака правне конструкције”.⁴² Он вели: “Начелна и свакако неоспорљива позиција од које се овде полази и чије се признање захтева од читаоца јесте ова: *да држава, уколико је предмет правног спознања, ... мора бити или сам правни поредак или његов део пошто се управо ‘правно’ не може појмити ништа друго него право, а државу правно појмити... не може значити ништа друго државу појмити као право.* При том се мора нагласити да се овде узима у обзир само једно од значења... пошто се држава... веома често идентификује с појединим њеним органима (нпр. владом) или с појединим њеним функцијама.”⁴³ По Келзеновом мишљењу “суверен је само целокупан поредак који све друге обухвата као делимичне поретке, суверена је само држава као *правни појам* ако се подудара с целокупним правним поретком”.⁴⁴ “Само ако се сувереност спозна као својство државе одређене као *правни* поредак, покушај да се сувереност протумачи као *правни* појам... може добити неки смисао.”⁴⁵ Келзен примећује да Крабе “не спознаје да сувереност држава и сувереност права нису у супротности, да су обе, напротив, идентичне”.⁴⁶

Ханс Келзен је могао да буде мање оригиналан у међународном праву, али је и ту област покушао да унесе своје идеје. Он признаје да теорија међународног права под “државом” замишља државе као правне поретке појединачних држава и да се у то “не може озбиљно сумњати”⁴⁷ и додаје: “...да ли се при том држава и право поистовећују, или се држава замишља као ‘носилац’ или ‘стваралац’ права, или се и иначе замишља у неком односу према праву то је свеједно”.⁴⁸ Келзену то, ипак, није свеједно, јер се залаже за јединство државног и међународног права. То долази до изражаја нарочито у Деветој глави која има наслов: “Међународно право као *civitas maxima*”.⁴⁹ Келзен каже да је теорија међународног права у противречности између тежњи ка заједници светског права изнад држава и суверености појединих држава.⁵⁰ Он је уверен, полазећи од Волфа, Калтенборна и других писаца, у примат међународног права, пошто је очигледно да је држава “највиши правни однос” само ако се ограничава на један народ или ако би се човечанство поклапало с појмом народа. “На тај се начин правни живот државе, који је по себи само националан,

⁴² Исто, Предговор, стр. 23.

⁴³ Х. Келзен, *Проблем суверености*, стр. 36.

⁴⁴ Исто, стр. 37.

⁴⁵ На истом месту.

⁴⁶ Исто, стр. 43.

⁴⁷ Исто, стр. 125.

⁴⁸ На истом месту.

⁴⁹ Исто, стр. 209. Вид. стр. 209-233, нарочито стр. 209-211. Израз *civitas maxima* помиње једанаест пута (стр. 209, 211, 214, 215, 218, 219, 220, 228, 229, 234, 268).

⁵⁰ Исто, стр. 268.

уздиже до наднационалне, општељудске *правне заједнице*, до *међународног* поретка права. Ако је онда право норма и поредак за људску заједницу у свим њеним димензијама и градацијама, онда ту заједницу држава треба означити као највишу и последњу заједницу права. Право је овде оно што се обично назива *међународним правом* или, боље, пошто се народ као правна заједница зове *држава*, а управо различите државе сачињавају тај нови и највиши људски правни живот, међудржавним правом.⁵¹ Келзен прихвата овај став Калтенборна и, такође, примећује да није без противречности.⁵² Он је уверен да ће се, превладавањем догме о суверености, остварити поредак светског права, једна *civitas maxima*. “А таква светска држава као организација света мора свакој политичкој тежњи бити постављена као бесконачан задатак.”⁵³

Може бити изненађујуће да Келзен стварање светске државе представља као политичку тежњу. Изненађења нема ако се прочитају претходне стране на којима Келзен политички оправдава примат међународног права. Имајући у виду дугу праксу, он истиче да сувереној држави “нису постављене никакве објективне правне границе да по вољи прошири област свога стварног важења. Јер апсолутно ограничавање њеног поретка на одређену ограничену област не може

се извести из појма суверене државе.”⁵⁴ Империјализам “наступа као и брат-близанац субјективистичког примата поретка сопствене државе.”⁵⁵ Код примата међународног права империјализам је противправан. По Келзеновом схватању, мир, тј. пацифизам и свет без граница, је и захтев етике: “Правно јединство *Човечанства*, које је само привремено, а нипошто коначно, подељено на више или мање произвољно створене државе, *civitas maxima* као *организација света*: то је *политичко* језгро правне хипотезе о примату међународног права, а то је уједно основна идеја *пацифизма* који у области међународне политике представља супротност империјализму.”⁵⁶ Као што је за објективистички поглед на живот морални појам човека човечанство, тако је за објективистичку теорију права, појам права истоветан с појмом међународног права и баш због тога у исти мах етички појам”⁵⁷.

⁵¹ Исто, стр. 210.

⁵² Исто, стр. 211. Више о томе на стр. 214-220.

⁵³ Исто, стр. 268-269. Вид. бел. 50.

⁵⁴ Исто, стр. 266.

⁵⁵ Исто, стр. 267.

⁵⁶ Исто, стр. 267-268. Вид. бел. 55.

⁵⁷ Исто, стр. 268. Ову идеју је разрађивао Живојин Перић у радовима о савезима да би закључио да независност држава води у рат, а зависност обезбеђује мир. Ж. Перић, *Независност и рат или зависност и мир*, „Архив за правне и друштвене науке“, 1921, књ. II (XIX), бр. 2, стр. 110-113; *Равнотежа сила или Европска савезна држава (еквилибристи или федералисти)*, Београд 1939; - *L'Etat, le droit international et la paix*, „Mélanges Streit“, t. 2, 1940.

3. Социјализам и појам државе

Келзенозо залажење у политику и морал је разумљиво ако се има у виду да је истовремено објавио књиге о социјализму и држави⁵⁸ и о социолошком и правном појму државе.⁵⁹ Прва књига (нарочито њено друго издање) представља полемику с Максом Адлером⁶⁰, а друга расправља о појму државе. О појму државе Келзен говори и у првој књизи, напомињући да пре истраживања... односа социјализма и државе, треба утврдити појам државе који има “колебљиво значење” у партијскополитичкој литератури.⁶¹ За одређивање тог појма је једино одлучујући карактер *власти*, а то није ништа друго него поредак људског заједничког живота “који се обично означава као држава, *принудни поредак* и да се тај принудни поредак... поклапа с правним поретком”.⁶² За ближе разматрање о идентитету државног поретка и правног поретка, Келзен (у бел. б) упућује на свој рад о социолошком и правном појму државе.⁶³

Ханс Келзен не прихвата марксистичко схватање да ће, укидањем класних разлика, престати потреба за државом и да ће она одумрети. “Јединство државе јесте јединство једног нормативног принудног поретка, а не јединство стварних интереса, стварних садржаја воље оних који су поретку потчињени. Само ако се појми *нормативно*, тј. као нормативно јединство, држава се непротивречно може мислити.”⁶⁴ Келзен није одбацио марксизам у целини, већ његову политичку теорију и учење о држави и доктринарну догму о одумирању државе. Определио се за стварање теорије која “није напросто непријатељска према држави” и за повратак Фердинанду Ласалу.⁶⁵

Келзенов рад су приказали Федор Никић⁶⁶ и Слободан Јовановић⁶⁷ који каже да доктрина о одумирању државе није марксистичка, већ је Маркс

⁵⁸ H. Kelsen, *Sozialismus und Staat. Eine Untersuchung der politischen Theorie des Marxismus*, Leipzig 1920, 1923, 1965.

⁵⁹ H. Kelsen, *Der soziologische und juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses von Staat und Recht*, Tübingen 1922, 1928.

⁶⁰ Обе књиге су код нас објављене под заједничким насловом: *Марксизам и држава*, Београд 1985, вероватно због подналова Келзенове књиге о истраживању политичке теорије марксизма, али је у преводу Келзеновог дела задржан наслов „Социјализам и држава“.

⁶¹ H. Kelsen, *Sozialismus und Staat*, S. 11; - *Socijalizam i država*, str. 21.

⁶² *Sozialismus und Staat*, S. 11; - *Socijalizam i država*, str. 22.

⁶³ *Sozialismus und Staat*, S. 11; - *Socijalizam i država*, str. 22.

⁶⁴ *Sozialismus und Staat*, S. 17, 19; - *Socijalizam i država*, str. 24, 25.

⁶⁵ *Sozialismus und Staat*, S. 208; - *Socijalizam i država*, str. 118. Келзен је написао и један рад под насловом: *Marx oder Lassalle-Wandlungen in der politischen Theorie des Marxismus*, „Archiv für die Geschichte der Sozialismus und der Arbeiterbewungen“, 1924, S. 261-298; Leipzig 1924, 38 Seiten.

⁶⁶ „Архив за правне и друштвене науке”, 1920, књ. I (XVIII), бр. 4, стр. 302-306; - *Радови (1919-1929)*, књ. II, Београд 1982, стр. 220-224.

⁶⁷ С. Јовановић, *Келзенова критика марксизма*, „Архив за правне и друштвене науке“, 1934, књ. XXIX (XLVI), бр. 1, 2, стр. 1-7.

“позајмио од старог либерализма: то ни Келзен не спори, али се на томе не зауставља довољно”.⁶⁸ За Јовановића је “марксистичко схватање о укидању државне власти... јасан пример оне наивне чежње за ранијим примитивним стањима, какву неки пут видимо код идеолога познијих ступања цивилизације, Најлепши пример те тежње за враћањем натраг, и поред предосећања будућности, био је Жан-Жак Русо.”⁶⁹

У књизи о социолошком и правном појму државе, Келзен посвећује други део (трећу, четврту и пету главу) држави као нормативном систему у коме се излажу питања покренута у претходним радовима, трећи део доктринарним расправама о идентитету државе и права (шеста, седма, осма и девета глава), а четврти део дуализму државе и права (десета, једанаеста и дванаеста глава). Идентитету државе и правног поретка је посвећен посебан параграф (пар. 15, стр. 86-91). Келзен каже да је држава поредак људског понашања⁷⁰, а на другом месту да се држава јавља као “јединство система норми које уређују под којим условима човек треба да примени принуду према другом човеку. Да ли ће и у којој мери та принуда бити стварно примењена, друго је питање.”⁷¹ Општи закључак је да је сваки правни поредак држава, а свака држава је право.⁷² Зато се не може говорити о било каквом *односу* између државе и права, нити о приоритету било ког од њих. Келзен сматра да се у науци о држави мора укинути двојство између система “право”, као система норми, и система “држава” као природне реалности: “свеколика наука о држави могућа је само као правна наука о држави; свако је право државно право, свака је држава правна држава”. Пут за једну теорију државе је тиме отворен.

4. Општа теорија државе

Књига Ханса Келзена *Општа теорија државе*⁷³ од почетка показује у којој ће светлости бити разматрана питања која се тичу државе. У врху, у горњем десном углу, је Гетеов мото: “У уметности и у науци, исто као у свакој делатности, најважније је да су предмети чисто схваћени и расправљани према својој природи.” То значи по познатом Келзеновом схватању.

⁶⁸ Исто, стр. 5.

⁶⁹ Исто, стр. 6.

⁷⁰ Н. Kelsen, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, S. 75.

⁷¹ Н. Kelsen, *op. cit.*, p. 82.

⁷² Н. Kelsen, *op. cit.*, p. 248.

⁷³ Н. Kelsen, *Allgemeine Staatslehre.*, Berlin 1925. Скраћено издање је објављено под насловом: *Grundriss einer allgemeinen Theorie de Staates*, Wien 1926 (64 Seiten). Издање на француском језику је објављено под насловом: „*Aperçu d'une théorie générale de l'Etat*, „*Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*” 1926, No 4, pp. 561-646. На предавањима у Хашкој академији за међународно право, Келзен је изјавио да је објављено 1927. године. „*Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*”, 1932, t. 42, p. 119. R. A. Métall наводи да је објављено у Паризу на 94 стране, а да је потпуно издање на француском језику у припреми. *Reine Rechtslehre*, 1934, S. 158, 159. Нама није доступно.

Држава је тотални нормативни поредак који обухвата посебне нормативне поретке,⁷⁴ обично назване правне личности. Оне су делимични пореци, зато што су делегиране од општег поретка који је тотални поредак. Пошто постоји хијерархија правних норми, такође постоји хијерархија правних поредака. У тој хијерархији држава представља виши поредак из кога произлазе остали пореци. Тако Келзен закључује да постоји истоветност државе и права. “Држава је поредак људског понашања. Кад се за државу каже да је “група” или “удружење” појединаца подразумева се... да се та веза између људи коју називамо држава заснива, или боље, састоји у извесном уређивању, потчињавању извесном поретку односа између људи.”⁷⁵ „У свакодневном говору правника реч “држава” означава пре свега *нормативни* поредак.”⁷⁶ Државни поредак се разликује од других друштвених поредака, пре свега тиме што је *принудни* поредак. Из тога произлази да је *принудни апарат* у коме се огледа опште обележје државе, истоветан с *правним поретком*. Правила која чине државни поредак су правна правила.⁷⁷

Теза по којој се држава и право поистовећују супротна је садашњој концепцији, по којој су држава и право две различите ствари мада, без сумње, између њих постоји извесна веза. Држава се представља као “носилац”, “творцац” или “чувар” права. Право претходи држави, а током историје држава се слободно потчињава праву, свом “сопственом” праву и саму себе правно обавезује. Тачна конструкција односа државе и права се сматра за најтежи проблем теорије државе и права за који је до данас дато мноштво решења с бројним унутрашњим противречностима.⁷⁸ Тако је створен чисто привидни проблем односа два предмета који је, у ствари, један. Привидима проблема се не може наћи задовољавајуће решење; могу се само одбацити.⁷⁹ Ако се држава посматра као правни поредак, морају се моћи поставити и решити сви проблеми опште теорије државе с једине тачке гледишта. Само се под тим условима јасно уочавају врло уске везе које сједињују разматране проблеме и решења која даље представљају хармоничан и затворен систем. Тиме се потврђује тачност саме претпоставке о истоветности државе с правним системом. Елементи државе (јавна власт, територија и народ) су “просто” важење правног поретка као таквог” у простору и према лицима.⁸⁰ Стога су сви проблеми опште теорије државе... проблеми *важења* и *стварања* правног поретка проблеми права.⁸¹

⁷⁴ *Allgemeine Staatslehre*, S. 66.

⁷⁵ *Aperçu*, p. 562. Вид. бел. 30 и 62.

⁷⁶ *Op. cit.*, p. 563. Вид. бел. 30, 62 и 75.

⁷⁷ *Op. cit.*, p. 572. Вид. бел. 30, 62, 75 и 76.

⁷⁸ *Op. cit.*, p. 576.

⁷⁹ *Op. cit.*, p. 577.

⁸⁰ *Op. cit.*, p. 577. За шири разматрања о територијалном и временском важењу и важењу према лицима вид. *Allgemeine Staatslehre*, S. 80-89; - *Aperçu*, pp. 591-619, notamment p. 600, note 1.

⁸¹ *Aperçu*, p. 577.

У том оквиру Келзен говори о законодавној и извршној функцији државе и о степенима правног поретка у које је укључено и правосуђе.⁸²

Келзенова књига о општој теорији државе је, као и ранија о главним проблемима теорије државног права, изазвала пажњу критике и повољно је оцењена, посебно због неуобичајеног става. Стразбуршки професор Робер Ред-слоб је оценио да је она “мање историјска од Јелинекове, мање правна од оних Лабанда и Каре де Малбера”.⁸³ Она је револуција која се не може игнорисати. То дело је међународно.⁸⁴

5. Унутрашње и међународно право

Келзенове радове је “међународним” учинило уопштавање свега права. И поред тога, Келзен је указао на разлику између унутрашњег и међународног права, коју је објаснио различитим степеном централизације без објашњења њеног узрока. Ипак није пропустио да истакне да је међународно право створено деловањем држава и осетио потребу да укаже на однос у правном поретку између међународног права и држава, односно унутрашњег права које је назвао државним правом. Нема сумње да је на то утицао Први светски рат који је учврстио Келзеново уверење у потребу примата међународног права коју је изложио у књизи о суверености и теорији међународног права. Свој став је објаснио у предавањима у Хашкој академији за међународно право. То је било потребно утолико пре што је о истом питању у Академији предавао Хајнрих Трипел, у првој години њеног рада⁸⁵, и критиковао став Келзена.

Ханс Келзен је наслов предавања објаснио постојањем “правне заједнице између различитих држава и односа који настају између њих”.⁸⁶ Правна заједница између држава је исто што и односи између држава, јер су државе дефинисане као правни пореци. Келзен каже да се обично говори о односу државе и међународног права, зато што се у држави види носилац или творац унутрашњег правног поретка.⁸⁷ Он није тог мишљења и сматра да је однос који спаја државу и унутрашње право много ужи.⁸⁸ Његов први задатак је да установи праву природу те везе.⁸⁹ Само се под тим условом може створити права

⁸² *Op. cit.*, p. 620-628.

⁸³ „Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger” 1926, No 1, p. 149.

⁸⁴ *Op. cit.*, p. 150.

⁸⁵ H. Triepel, *Les rapports entre le droit interne et le droit international*, „Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye”, 1923, t. 1, pp. 73-121. У књизи на немачком језику наслов је мало другачији: *Völkerrecht und Landesrecht*, Leipzig 1899.

⁸⁶ H. Kelsen, *Les rapports de système entre le droit interne et le droit international*, „Recueil des cours”, 1926, t. 14, p. 231.

⁸⁷ *Op. cit.*, p. 231.

⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁹ H. Kelsen, *Op. cit.*, p. 231.

идеја о односима између унутрашњег права и међународног права.⁹⁰ Он сматра да су ти односи само два система норми или правила.⁹¹ Та истина је често замрачена идејом да је држава различита правна целина од права и чак у сукобу с њим, а ставља се између унутрашњег и међународног права.⁹² Келзен истиче да је указивао да су међународно и унутрашње право два елемента истог система права⁹³ и да постоји један систем свих важећих правила.⁹⁴

Држава је, понавља Келзен раније речено, нормативни поредак, поредак људског понашања. Када се каже да је држава група или удружење људи, подразумева се да је “веза између људи коју називамо ‘држава’ заснована на извесном уређивању или боље да се састоји у том уређивању или потчињавању, извесном реду о односима између људи.”⁹⁵ У свакодневном говору за правника реч “држава” означава пре свега један *нормативни* поредак.⁹⁶ Државни поредак се разликује од других друштвених поредака, пре свега што је *принудни поредак* (*Zwangso rdnung*).⁹⁷ То је понављање става изложеног годину дана раније у *Општој теорији државе*⁹⁸ који Келзен преноси у међународно право које сматра за *општи правни поредак*.

Ханс Келзен признаје да је изнето схватање да су држава и право једно, тј. да је држава истоветна с правним поретком, у супротности с тадашњим схватањем по коме су држава и право различите ствари, иако између њих постоји извесна веза.⁹⁹ Стварање правилног односа између државе и права је најтежи проблем теорије државе и права о коме је понуђено много решења с унутрашњим противредностима.¹⁰⁰ Сви проблеми опште теорије државе и права би се могли решити ако се држава посматра као правни поредак.¹⁰¹ У складу с тим, “елементе” државе (јавну власт, територију државе и становништво) Келзен посматра као важење правног поретка у простору и према лицима.¹⁰² Те елементе разматра у Глави II под насловом: “Сувереност”.¹⁰³ Теорија о три власти или функције државе, има за предмет “сукцесивне етапе стварања правног поретка”¹⁰⁴ што води теорији о степенастом уређењу

⁹⁰ *Op. cit.*, р. 231.

⁹¹ *Op. cit.*, р. 231.

⁹² *Op. cit.*, р. 231.

⁹³ *Op. cit.*, рр. 232.

⁹⁴ *Op. cit.*, р. 232.

⁹⁵ *Op. cit.*, р. 233.

⁹⁶ *Op. cit.*, р. 234.

⁹⁷ *Op. cit.*, р. 242.

⁹⁸ Вид. бел. 75 и 76.

⁹⁹ Н. Kelsen, *Les rapports de systéme*, р. 246. Вид. бел. 78.

¹⁰⁰ Н. Kelsen, *Op. cit.*, р. 246. Вид. бел. 78.

¹⁰¹ Н. Kelsen, *Op. cit.*, р. 247. Вид. бел. 40.

¹⁰² *Op. cit.*, р. 247. Вид. бел. 80.

¹⁰³ Н. Kelsen, *Op. cit.*, р. 249-254.

¹⁰⁴ *Op. cit.*, р. 247. Вид. бел. 81 и 82.

правног поретка. У другом делу Келзен разматра однос унутрашњег права (државе) и међународног права.¹⁰⁵ Може се приметити да Келзен реч “држава” поистовећује само с унутрашњим правом (које назива државним правом), иако говори о јединству целокупног правног поретка. Он је покушао да то објасни различитим степеном централизације.

У другом предавању у Хашкој академији за међународно право, Келзен истиче: “Каже се: ‘иза’ међународног права не стоји држава. Али то значи да међународно право не установљава специјализоване и различите органе, да заједница која је њиме створена није централизована као правна заједница створена од унутрашњег права које се зове држава”.¹⁰⁶ “Али *правна заједница* коју је створило *Међународно право* постоји у истом смислу (у фигуративном смислу) ‘иза’ међународног права као *држава* ‘иза’ унутрашњег права.”¹⁰⁷ Као да одговара Сдободану Јовановићу који је, у приказу његове књиге о суверености и међународном праву, истакао да иза међународног права стоји неорганизована међународна заједница “која још није дошла до потпуне правне организације”. Ауторитет који стоји иза државног права је јачи, јер је организованији од ауторитета који стоји иза међународног права.¹⁰⁸ Насупрот томе, Ханс Келзен тврди да је и међународно право “као читаво право” уређивање људског понашања и да постоји јединство тоталног поретка, као и делимичног поретка и упућује на “општу теорију државе”.¹⁰⁹

Ближа објашњења свог схватања Келзен је дао у послератном предавању у Академији за међународно право. Полазно становиште је да је држава, “као *друштвени поредак*, један *правни поредак*”¹¹⁰ и да је његова теорија међународног права изграђена у оквиру чисте теорије права, која је општа теорија позитивног права.¹¹¹ Држава је заједница коју је створио правни поредак или тачније: правни поредак који чини једну правну заједницу.¹¹² Држава као заједница је истоветна с правним поретком који чини ту заједницу.¹¹³ Као друштвени поредак држава је државни правни поредак или, што долази на исто, национални правни поредак.¹¹⁴

¹⁰⁵ Н. Kelsen, *Op. cit.*, pp. 263-326. У предавању се реч „држава“ ретко помиње, у наслову другог дела (стр. 263) и у садржају (стр. 330).

¹⁰⁶ Н. Kelsen, *Théorie générale du droit international public. Problèmes choisis*, „Recueil des cours“ 1932, t. 42, pp. 132-133.

¹⁰⁷ *Op. cit.*, p. 133.

¹⁰⁸ „Друштвени живот“, 1920, II, стр. 206; - *Из историје политичких доктрина*, II, „Сабрана дела Слободана Јовановића“, XVI, Београд 1935, стр. 316.

¹⁰⁹ Н. Kelsen, *Théorie générale du droit international public*, pp. 142-143.

¹¹⁰ Н. Kelsen, *Théorie du droit international public*, „Recueil des cours“ 1953, t. 84, p. 6. Вид. бел. 40 и 101.

¹¹¹ *Op. cit.*, p. 7.

¹¹² *Op. cit.*, pp. 11-12. Вид. бел. 86.

¹¹³ *Op. cit.*, p. 12.

¹¹⁴ *Op. cit.*, pp. 70-71.

Међународно право се може дефинисати као међудржавно право према начину на који је створено.¹¹⁵ Ако централизација заједнице, нарочито централизација овлашћења за стварање норми обавезних за државе чланове, прелази одређени степен, међународна заједница се претвара у националну заједницу, тј. државу. Право које су створили централни органи заједнице тада губе карактер међународног права и постаје национално право.¹¹⁶ У међународном праву обавезе и права држава су обавезе и права појединаца који имају својство државних органа.¹¹⁷

Као друштвени поредак истоветан с националним правом, у истом смислу речи држава се може дефинисати као парцијални правни поредак, непосредно зависан од међународног права, укључујући одређени степен централизације. Држава је правна личност и орган заједнице коју је створило међународно право.¹¹⁸ “Говорећи да је држава орган међународног права ми употребљавамо сликовит израз да бисмо одредили везе које сједињују национални правни поредак међународним правним поретком и помоћу њега с другим националним правним порецима. Те везе стварају у сасвим позитивном смислу јединство универзалног правног система. Међутим, подсећамо, да бисмо избегли сваки неспоразум, да то јединство има чисто теоријски карактер. Оно не ствара светску државу зато што је држава централизован правни поредак док је заједница коју је створило позитивно међународно право потпуно децентрализована”.¹¹⁹ Ту се прича не завршава, јер Келзен гледа у будућност: “Релативизујући појам државе и стварајући теоријско јединство свега што је правно наша теорија међународног права ствара суштински услов да се дође до политичког јединства света снабдеженог централизованом правном организацијом.”¹²⁰

6. Чиста теорија права

Чиста теорија права, на којој је засновано Келзеново предавање у Хагу (1953),¹²¹ је изложена у књизи под тим насловом.¹²² То је, поред *Главних проблема теорије државног права*, несумњиво најважније његово дело, јер су у

¹¹⁵ *Op. cit.*, p. 117. Вид. бел. 51.

¹¹⁶ *Op. cit.*, p. 170.

¹¹⁷ *Op. cit.*, p. 183. Појединци су и посредни и непосредни међународни органи. Н. Kelsen, *The Law of the United Nations. A critical analyses of its fundamental problems*, Second impression, London 1951, p. 149.

¹¹⁸ Н. Kelsen, *Théorie du droit international public*, p. 198.

¹¹⁹ *Op. cit.*, p. 199. Вид. бел. 118.

¹²⁰ *Op. cit.*, p. 200.

¹²¹ Вид. бел. 111.

¹²² Н. Kelsen, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die Rechtswissenschaftliche Problematik*, Leipzig und Wien 1934; - *Чиста теорија права*, Београд 1998, 2007. Штета што је изостављена библиографија Келзенових радова и радова о Келзену, међу којима су и радови наших писаца (стр. 155-222) на чије су постојање указали Илија Пржић (1934) и Евгеније Спекторски (1936).

њему изложена основна схватања, не само теорије права, већ и теорије државе. Идући од једног до другог наслова и поднаслова, на реч држава наилазимо најпре у тачки 30: “Основна норма правног поретка државе”¹²³ и у међунаслову: “Међународно право и основне норме правног поретка поједине државе”.¹²⁴ У поднаслову седме главе помиње се “форма државе”.¹²⁵ Даље се у тексту помињу “државно право” и “подела форми државе”.¹²⁶ У вези с последњим, Келзен напомиње да оно што се поима као форма државе је само посебан случај форме права уопште. Тиме се обележава “метод стварања општих норми које је регулисано уставом”, а идентификовањем државе са уставом се следи само уобичајена представа о праву садржаном у закону.¹²⁷ “Проблем форме државе као питање о методу стварања права не показује се... само на ступњу устава... него на свим ступњевима стварања права”¹²⁸, чиме се алудира на теорију о степенастом стварању права.

О држави се највише говори у VIII глави под насловом: “Право и држава”.¹²⁹ За наше потребе је најважнији део о идентитету државе и права.¹³⁰ Главни Келзенов закључак је најкраћи: “Држава је правни поредак.”¹³¹ Следи објашњење: “Међутим, не означава се сваки правни поредак... као држава; ово тек онда када правни поредак...установи извесне органе који функционишу на основу поделе рада. Држава се зове правни поредак када је овај достигао извештајни степен централизације.”¹³² Из изједначења државе и права (правног поретка) је произашао закључак о поистовећивању теорије државе и теорије права: “Сазнање да је држава правни поредак налази своју потврду и у томе што се проблеми који се традиционално излажу са гледишта опште теорије државе показују као правнотеоријски проблеми, као проблем важења и стварања правног поретка. Оно што се назива ‘елементима’ државе: државна власт, државна област и државни народ, није ништа друго него то важење државног поретка по себи као и област простирања и персоналног важења тог поретка.”¹³³ Теорија државе је, у ствари, теорија права, јер “учење о трима властима или функцијама државе показује као свој предмет различите ступњеве стварања

¹²³ Н. Kelsen, *Reine Rechtslehre*. S. 67; - *Чиста теорија права*, 1998, стр. 49; 2007, стр. 50.

¹²⁴ *Reine Rechtslehre*. S. 70; - *Чиста теорија права*, 1998, стр. 50; 2007, стр. 52.

¹²⁵ *Reine Rechtslehre*. S. 107; - *Чиста теорија права*, 1998, стр. 71; 2007, стр. 73.

¹²⁶ *Reine Rechtslehre*. S. 107, 108; - *Чиста теорија права*, 1998, стр. 71; 2007, стр. 73.

¹²⁷ *Reine Rechtslehre*. S. 108; - *Чиста теорија права*, 1998, стр. 71; 2007, стр. 73-74.

¹²⁸ *Reine Rechtslehre*. S. 108; - *Чиста теорија права*, 1998, стр. 71-72; 2007, стр. 74. Вид. бел. 82 и 104.

¹²⁹ *Reine Rechtslehre*. S. 115-125; - *Чиста теорија права*, 1998, стр. 76-83; 2007, стр. 78-85.

¹³⁰ *Reine Rechtslehre*. S. 117-127; - *Чиста теорија права*, 1998, стр. 77-83; 2007, стр. 79-85.

¹³¹ *Reine Rechtslehre*. S. 117; - *Чиста теорија права*, 1998, стр. 77; 2007, стр. 79. Вид. бел. 110.

¹³² *Reine Rechtslehre*. S. 117-118; - *Чиста теорија права*, 1998, стр. 77; 2007, стр. 79. Вид. бел. 118.

¹³³ *Reine Rechtslehre*. S. 124; - *Чиста теорија права*, 1998, стр. 81; 2007, стр. 83. Вид. бел. 80 и 102.

правног поретка; државни органи могу се разумети само као чињенична стања стварања и извршавања права, а облици државе нису ништа друго него методи стварања правног поретка који се сликовито означавају као “воља државе”.¹³⁴ У складу с тим, делотворност правног поретка означава се као “моћ државе” или држава као “моћ”.¹³⁵

Девета глава, под насловом “Држава и међународно право”, преноси и разрађује ставове писца изнете у књизи о проблемима суверености и теорији међународног права, као и у предавању у Хагу (1926). Реч је о односу између међународног и унутрашњег права који изражава однос између међународне заједнице и држава. Као присталица јединства права (мониста), он их је помирио, пошто их је сјединио у јединствени правни поредак у коме је држава “један међународноправно непосредан, релативно централизован делимични правни поредак”.¹³⁶ У том поретку држава се “може означити као орган међународне заједнице” у ком својству учествује у стварању међународног права”.¹³⁷ “Држава као орган међународног права... је само сликовит израз за правни поредак појединачне државе... Он у једном сасвим позитивном смислу ствара јединство универзалног правног система.”¹³⁸ Државни органи, национални по организацији, добијају међународно обележје када примењују међународно право.¹³⁹

“Чиста теорија права релативизује државу”¹⁴⁰, али преко јединства правног поретка води његовој централизацији: “Читав правно-технички покрет... има у суштини тенденцију да избрише (*verwischen*) граничну линију између међународног права и правног поретка појединачне државе тако да се као крајњи циљ реалног развоја права, усмереног на све већу централизацију, јавља организационо јединство једне универзалне заједнице светског права, то јест изградња светске државе. За сада, међутим, о таквој држави не може бити говора. Постоји само сазнајно јединство свеколиког права; то јест међународно

¹³⁴ *Reine Rechtslehre*. S. 125; - *Чиста теорија права*, 1998, стр. 81; 2007, стр. 84.

¹³⁵ *Reine Rechtslehre*. S. 125; - *Чиста теорија права*, 1998, стр. 82; 2007, стр. 84.

¹³⁶ *Reine Rechtslehre*. S. 150; - *Чиста теорија права*, 1998, стр. 96; 2007, стр. 98. Вид. бел. 118 и 132.

¹³⁷ *Reine Rechtslehre*. S. 150; - *Чиста теорија права*, 1998, стр. 96; 2007, стр. 98. Вид. бел. 118 и 119.

¹³⁸ *Reine Rechtslehre*. S. 152, 153; - *Чиста теорија права*, 1998, стр. 97; 2007, стр. 99, 100.

¹³⁹ И. Пржић, *Прилог теорији о субјектима међународног права*, „Архив за правне и друштвене науке“, 1938, књ. XXXVI (LIII), бр. 6, стр. 609-610; - R. Malézieux, *Le statut international des criminels de guerre*, „Revue générale de droit international public“, 1941-1945, vol. II, p. 179; - J. Andrassy, *Међународно право*, Zagreb 1961, стр. 11; - М. Marković, *Међународна кривична дела*, „Југословенска ревија за међународно право“, 1965, бр. 1, стр. 40-41; *Међународна кривична дела и установа застарелости*, „Југословенска ревија за међународно право“, 1965, бр. 3, стр. 336, 360; - М. Milojević, *Обавеза кажњаванја за међународна кривична дела*, „Југословенска ревија за криминологију и кривично право“, 1969, бр. 2, стр. 231.

¹⁴⁰ Н. Kelsen, *Reine Rechtslehre*. S. 153, 154; - *Чиста теорија права*, 1998, стр. 97, 98; 2007, стр. 100.

право можемо, заједно са правним порецима појединачних држава, да исто онако појмимо као јединствен систем норми, као што смо навикли да и правни поредак појединачне државе сматрамо јединством”.¹⁴¹ Чиста теорија права ствара битну претпоставку за организационо јединство централизованог поретка светског права.¹⁴² Келзен је био свестан опасности од централизације принудног поретка коју је често помињао¹⁴³ и поистовећивања државе и моћи.¹⁴⁴ Зато се у ранијим радовима залагао за демократију и критиковао болшевичко схватање диктатуре пролетаријата и класне борбе, не помињући конкретне државе. Приматом међународног права је покушао да ублажи оштрину државног права које се могло потчинити вољи државе. Он то признаје у другом издању *Чисте теорије права*.

Друго издање *Чисте теорије права* је објављено 1960, а затим 1967. и 1992. године. На француском језику је објављено 1962. године. У уводу Келзен истиче да је дуго преиспитивао и дотеривао своју чисту теорију права, пажљиво и са захвалношћу пратећи, с једне стране, писање и критику, а с друге стране, промене које су се дешавале. Остао је ван политике и при основном схватању, али је уносио извесне измене. То је чинио још пре завршетка другог издања *Чисте теорије права*, у Општој теорији права и државе (1945)¹⁴⁵ и у преводу првог издања на француски језик (1953). О изменама Келзен каже: “Ово друго издање представља, с једне стране, потпуну прераду излагања питања која су разматрана у првом, с друге стране знатно проширење поља дотакнутих питања. Док сам се 1934. задовољио да формулишем посебно значајне резултате чисте теорије права, данас се прихватам да решим најосновније проблеме опште теорије права на основу начела методолошке чистоте правне науке, тј. научног сазнања, и да одредим... положај те науке о праву у склопу система наука, с више прецизности него што сам претходно чинио.”¹⁴⁶ Бројне измене и допуне се огледају не само у знатно већем обиму него и у белешкама, а нарочито у распореду материје што истраживачима Келзенове мисли отежава упоређивање, поготово што су нека разматрања пребачена у друге делове и под другим насловима, па је потребно ново, пажљиво читање.

Реч “држава” је у неким насловима и поднасловима замењена другим терминима. Тако је, у некадашњој тачки 30. првог издања (1934), поднаслов “Основна норма правног поретка појединачне државе”¹⁴⁷ замењен са “Основна

¹⁴¹ *Reine Rechtslehre*. S. 134-135; - *Чиста теорија права*, 1998, стр. 87; 2007, стр. 89. Вид. бел. 50 и 53.

¹⁴² *Reine Rechtslehre*. S. 154; - *Чиста теорија права*, 1998, стр. 97; 2007, стр. 100. Вид. бел. 118, 132 и 136.

¹⁴³ Вид. бел. 120, 132, 141 и 142.

¹⁴⁴ „Macht des Staates oder Staat als Macht“. Вид. бел. 135.

¹⁴⁵ Х. Келзен, *Општа теорија права и државе*, Београд 1951, стр. 12. Није нам било могуће да утврдимо да ли је нетачно наведена година предавања у Академији за међународно право у Хагу (бел. 1) или је начињена у превођењу.

¹⁴⁶ Н. Kelsen, *Théorie pure du droit.*, Préface de la seconde édition, Paris 1962, p. XIII.

¹⁴⁷ Вид. бел. 123.

норма”¹⁴⁸, а међунаслов “Међународно право и основна норма правног поретка појединачне државе”¹⁴⁹ је у проширеном издању: “Основна норма међународног права”.¹⁵⁰ “Држава” је изостављена у наслову и у међунаслову, али се у тексту и даље више пута помиње.¹⁵¹ Излагање о форми права и форми државе¹⁵² је оправдано пребачено у главу која је задржала свој наслов “Право и држава”, али с делимично измењеним поднасловом у тачки 36. Док је у немачком тексту задржан поднаслов “Форма права и форма државе”¹⁵³, дотле је у француском “Правне форме и политичке форме”.¹⁵⁴ Измене су и у тексту, јер се, уместо речи “држава”, помињу “владавина или политичка форма”, па одговарајући текст гласи: “Али оно што се назива форма владавине или политичка форма је само посебан случај правне форме или форме права уопште; то је правна форма, тј. метод стварања права на највишем степену правног поретка, тј. у области устава. Појам форме владавине или политичке форме служи за обележавање метода стварања општих норми које уређује устав... Међутим, проблем политичке форме се не показује само у законодавству, тј. једино на степену устава. Он постоји за све етапе и степене стварања права.”¹⁵⁵ И поред тога је задржано схватање да је држава правни поредак.¹⁵⁶ Само је објашњење мало измењено: Као политичка организација држава је правни поредак.¹⁵⁷ Такође је допуњено: “Али није сваки правни поредак држава: ни преддржавни правни поредак примитивних друштава, ни међународни правни поредак, наддржавни или међудржавни не представљају државу. Да би постојала држава потребно је да правни поредак има обележје организације у најужем и најспецијалнијем смислу речи. тј. да установи специјализоване органе за стварање и примењивање норми; да представља извештан степен централизације. Држава је релативно централизован правни поредак.”¹⁵⁸ Исти став се понавља када се каже да се “држава... дефинише као релативно централизован правни поредак”.¹⁵⁹

Допуњено је и излагање о елементима државе. “Као друштвена скупина држава се састоји, према традиционалној теорији државе, од три елемента: народа, територије и јавне власти коју врши влада независне државе. Та три елемента се могу... дефинисати само правно; другим речима, они се могу схватити само као чињенице које се тичу важења и области правног поретка.”¹⁶⁰

¹⁴⁸ Н. Kelsen, *Théorie pure du droit.*, p. 266; - *Reine Rechtslehre*, Wien 1992, S. 204.

¹⁴⁹ Вид. бел. 124.

¹⁵⁰ Н. Kelsen, *Théorie pure du droit.*, p. 289; - *Reine Rechtslehre*, 1992, S. 221.

¹⁵¹ *Théorie pure du droit.*, pp. 289-293; - *Reine Rechtslehre*, 1992, S. 221-223.

¹⁵² *Reine Rechtslehre*, 1934, S. 107-108; - *Чумта теорија права*, 1998, стр. 71-72; 2007, стр. 73-74.

¹⁵³ *Reine Rechtslehre*, 1992 S. 283.

¹⁵⁴ *Théorie pure du droit.*, p. 370.

¹⁵⁵ *Op. cit.*, p. 371. Вид. бел. 82 и 104.

¹⁵⁶ *Théorie pure du droit.*, p. 378. - *Reine Rechtslehre*, 1992 S. 289. Вид. бел. 40, 101 и 110.

¹⁵⁷ *Théorie pure du droit.*, p. 378. Вид. бел. 40, 101, 110 и 156.

¹⁵⁸ *Théorie pure du droit.*, p. 378-379. - *Reine Rechtslehre*, 1992 S. 289. Вид. бел. 118, 132, 136 и 142.

¹⁵⁹ *Théorie pure du droit.*, p. 383. - *Reine Rechtslehre*, 1992 S. 293. Вид. бел. 118, 132, 136, 142 и 158.

¹⁶⁰ *Théorie pure du droit.*, p. 380. - *Reine Rechtslehre*, 1992 S. 290. Вид. бел. 80, 102 и 133.

Чиста теорија права релативизује државу и правни поредак, али 1960, нешто бољим речником него 1934, изражава уверење да преображаји правне технике, у крајњој анализи, теже ублажавању, а за-тим брисању (*verwischen*) граничне линије која раздваја међународно и државно право, тако да је крајњи циљ стварног развоја права, који иде ка растућој централизацији, органско јединство једне свеопште светске заједнице засноване на једном правном поретку или, другим речима, стварању светске државе. Међутим, за сада се сигурно не би могло говорити да такво јединство и таква заједница постоје. Постоји само научно јединство о целини права. Другим речима, могуће је схватити јединство међународног права и државних поредака као систем јединственог права, као што је уобичајено да се сваки државни поредак посматра као јединство.¹⁶¹ Десет година после првог издања *Чисте теорије права* Келзен је тај став поновио у књизи с другачијм насловом, али заснованој на истом схватању.

7. Општа теорија права и државе

Ханс Келзен је своје схватање о држави и праву изложио у више радова општег карактера. Схватање о држави је најпотпуније изложио у делу о општој теорији државе.¹⁶² Непуну деценију касније је објавио дело о чистој теорији права¹⁶³ које је, према интересовању јавности, надмашило дело о главним проблемима теорије државног права.¹⁶⁴ Десет година после појаве “Чисте теорије права” резултати истраживања, дугих 35 година, изложени су у књизи под насловом: “Општа теорија права и државе”.¹⁶⁵ По наслову би се могло закључити да су у њој спојена главна сазнања изложена у књигама о теорији државе и о чистој теорији права.¹⁶⁶ Имајући у виду место издања јасно је да је књига настала као плод потребе да се пре свега америчкој јавности кратко изложе главни резултати истраживања о праву и о држави. Писац то истиче у предговору напомињући да због тога та књига “пре треба да изнова формулише, а не само да понови” мисли и идеје које су биле изложене у радовима на немачком и француском језику.¹⁶⁷ Зато ова књига представља стару чисту теорију државе и

¹⁶¹ *Théorie pure du droit.*, p. 430. - *Reine Rechtslehre*, 1992 S. 328-329. Вид. бел. 50, 53, 141.

¹⁶² Вид. бел. 72.

¹⁶³ Вид. бел. 122.

¹⁶⁴ Вид. бел. 25.

¹⁶⁵ H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, Harvard University Press, Cambridge, Mass. 1945, 1946. Код нас објављена под насловом *Општа теорија права и државе* (с предговором Јована Ђорђевића) у издању „Архива за правне и друштвене науке“, Београд 1951. и у издањима Правног факултета Универзитета у Београду (с предговором Радомира Лукића) заједно с преводом Келзенове књиге о границама између правничке и социолошке методе, 1998. и 2010. године. Вид. бел. 145.

¹⁶⁶ Писац то потврђује у бел. 1 у којој наводи и предавање у Хашкој академији за међународно право (с нетачном годином). Вид. бел. 145.

¹⁶⁷ Х. Келзен, *Општа теорија права и државе*, 1951, стр. 12; 1998, стр. 47; 2010, стр. 67.

права у новом руху, тако да се, као и у случају књига о чистој теорији права, не може следити раније утврђени распоред излагања, нити просто упоређивати да би се утврдило шта је ново, а шта само измењено. Отуда ова књига представља ново ауторско дело и није сувишно рећи да скоро представља замену за ранија дела и њихову јасно изложену синтезу.¹⁶⁸ Да би се избегла понављања, поменућемо само неке разлике.

Наслов књиге показује једнак став писца према праву и држави, што није био случај у ранијим делима. У “Општој теорији права и државе” Келзен је покушао да исправи просторну “неравнотежу” између права и државе, дајући више простора излагањима о држави, иако је прва половина књиге посвећена праву, а друга држави. То показује однос броја страница.¹⁶⁹ У књизи су многе белешке са радовима објављеним до 1943. године о актуелним политичким и правним питањима тога времена о којима је и сам Келзен писао, не запостављајући рад на општој теорији права и државе. Закључке до којих је том приликом дошао, Келзен је уносио у нове радове. За потребе ових редова најважније је Келзеново схватање о могућности стварања светске државе, односно светског права.

У *Проблему суверености и теорији међународног права* и у *Чистој теорији права* Ханс Келзен је наговестио теоријску могућност стварања светског правног поретка, односно светске државе.¹⁷⁰ Нешто другачије то је поновио у *Општој теорији права и државе*: “Није а priori искључено да ће еволуција међународног права довести до установљења светске државе”¹⁷¹ и наставља: “То значи да би стварно важећи правни поредак био преображен путем централизације у државни правни поредак чије би се територијално подручје важења поклапало са подручјем стварно важећег међународног права.”¹⁷² Може да збуди овакав став о односу између међународног и унутрашњег права, јер је Келзен присталица примата (децентрализованог) међународног права над (централизованим) државним (унутрашњим правом). Он је сматрао да у империјализам воде примат унутрашњег права и сувереност, а примат међународног права у пацифизам. Централизација међународног права по угледу на унутрашње право би, по Келзеновом схватању, била напредак који би искључивао могућност употребе силе као у држави. На филозофском плану он је интернационализам називао “објективизам”, а национализам

¹⁶⁸ Опширан приказ књиге из пера Р. Лукића вид. у „Архиву за правне и друштвене науке”, 1950, бр. 2 стр. 33-50.

¹⁶⁹ У издању из 1951. тај однос је 162:188, 1998. је 186:214, а 2010. је 198:231.

¹⁷⁰ Вид. бел. 50, 53, 141 и 161.

¹⁷¹ *Опита теорија права и државе*, 1951, стр. 309-310; 1998, стр. 389; 2010, стр. 432. Вид. бел. 50, 53, 141, 161 и 170.

¹⁷² *Опита теорија права и државе*, 1951, стр. 310; 1998, стр. 389-390; 2010, стр. 432. Вид. бел. 50, 53, 141, 161, 170 и 171.

“субјективизам”. Апсолутна сувереност, тј. субјективизам, представља опасност за мир који се може обезбедити стварањем светске државе.¹⁷³

Мишљење Ханса Келзена о обезбеђењу мира стварањем светске државе није ново. Живојин Перић је такође писао да сувереност води у империјализам, али је за то оптуживао међународно право и начело независности држава које желе да прошире своју моћ.¹⁷⁴ Сматрао је да кад не би било више држава не би било рата, јер једна држава не може да ратује са самом собом.¹⁷⁵ Перић је писао да историја показује да ће “последње уједињење бити уједињење целога човечанства”¹⁷⁶ коме ће претходити стварање савезних држава пет континенталних савеза.¹⁷⁷

Изложена гледишта су била блиска или својствена разним мировним покретима, који су деловали у оквирима невладиних организација или ван њих, посебно у европском покрету. Келзен је пратио њихово деловање, прихватао неке њихове идеје, али се трудио да своју правну теорију држи ван политике. Два светска рата су га приморала да решење политичких проблема потражи у оквиру права. Веровао је да је проблем решио проглашавањем државе за право, иако је био свестан да је то само теоријски модел и једина исправна алтернатива човечанства.

IV - ЗАКЉУЧАК

Ханс Келзен је постао и остао познат, пре свега, ако не као оснивач, оно као најзначајнији заступник тзв. нормативне теорије, не само права, него и државе. Желећи да од права отклони све што је по његовом мишљењу неправно више деценија се трудио да докаже да малтене све почива на праву. Ако је лакше могао да доказује да право настаје и развија се из права, то није могао за државу. Не могући да порекне њено постојање и деловање, излаз је нашао у објашњењу да је држава правни поредак, односно систем норми. Иако није

¹⁷³ *Проблем суверености и теорија међународног права*, стр. 264-269; - Општа теорија права и државе, 1951, стр. 365-367; 1998, стр. 450-452, 2010, стр. 499-501; - *Théorie pure du droit.*, pp. 449-452. - *Reine Rechtslehre*, 1992, S. 343-345. Вид. бел. 55, 56 и 57.

¹⁷⁴ Ж. Перић, *Независност и рат или зависност и мир*, „Архив за правне и друштвене науке“, 1921, књ. II (XIX), бр. 2, стр. 111. Вид. бел. 57 и 173.

Коментаришући Келзенову „Чисту теорију права“ Евгеније Спекторски је навео да је у XIX веку било покушаја да се на државу примене биолошки појмови „као да је она биљка или животиња“. „Архив за правне и друштвене науке“, 1936, књ. XXXII (XL IX), бр. 2, стр. 195. То би могло да важи и за Перићев став.

¹⁷⁵ Ж. Перић, *Независност и рат или зависност и мир*, стр. 112.

¹⁷⁶ Ж. Перић, *Царинска унија између Аустроугарске и Србије*, „Архив за правне и друштвене науке“, 1911, књ. XI, бр. 1, стр. 32. Вид. бел. 50, 53, 141, 161, 170 и 171.

¹⁷⁷ Ж. Перић, *Религија у Српском грађанском законнику*, Поводом оснивања Богословског факултета, Београд 1919, стр. 10-12; - *La Confédération danubienne ou l'escalier*, „L'Evolution“, Paris 1933, No 84, pp. 32-36.

изричито рекао, узор је нашао у правним лицима која су плод обичне правне конструкције, при чему као основ служе правни акти којима се прописује како се оснивају и како дјелују правна лица као правни субјекти. У погледу државе није било могуће наћи ни створити пропис о њиховом оснивању, али је неспорно да постоје правни акти и прописи о њиховом деловању. Као што се у случају правних лица виде само прописи о њима, тако је и са државом. Келзен је нашао решење у поистовећивању државе с тим прописима. Прогласио је државу за правни поредак, ма колико чудно звучало да је држава право. Келзен је рекао да се држава поима, схвата као правни поредак, истичући да држава није сваки правни поредак, већ само поредак који је делотворан у стварности. То значи да је способен да обезбеди мир и ред у друштву, другим речима да је (по потреби) принудан и да има силу потребну да то обезбеди.

Аутономија таквих тоталних поредака је довела до различитих политичких и правних режима у државама и до револуција. Пратећи та збивања, Келзен је био принуђен да објашњава много шта већ у првим делима, као што су *Главни проблеми теорије државног права* и *Социјализам и држава*, а то је чинио током читавог вишедеценијског рада. Он је то морао да чини зато што је настао страх због његовог објашњења да појачавање централизације државног права доводи до стварања моћи у толикој мери да је, у *Чистој теорији права*, рекао чак: “Моћ државе или држава као моћ”. Многи су народи осетили шта значи моћ државе, не само према сопственим држављанима, већ и према другима. Како је рекао Ноам Чомски, државе које су се прогласиле за чуваре светског морала, су, у ствари, напаст за међународни поредак.

Свестан реалности света у коме је живео, Келзен је покушао да својом мирољубивом нормативном теријом умањи општи страх. Он је, у *Општој теорији права и државе*, рекао да државна сила не значи затворе и електричне столице, митраље и топове, већ заповести као норме.¹⁷⁸ Још је више умирујуће предвиђање могућности стварања свеопштег правног поретка који би постао светска држава. И још више, да је то само теоријска могућност у процесу интеграције, а то значи на основу међународног права које је иначе децентрализовани правни поредак. Очигледно је да то није било довољно, па су правници указивали, чак из западноевропских држава, да је реч “држава” постала један од “најгнуснијих и најтужнијих митова нашега времена”.¹⁷⁹ Догодио се обрт: држава више није у служби људи, већ су људи постали слуге државе.¹⁸⁰ Ове речи, изговорене на јавном предавању у Женеви у време хладног рата, биле су најтежа оптужба државама, у којима се власт не само отела од права, већ је право потчинила себи, и аргумент у прилог схватању да су држава и право одвојене појаве и да је само питање ко ће коме бити надређен.

¹⁷⁸ Х. Келзен, *Општа теорија права и државе*, 1951, стр. 188; 1998, стр. 251; 2010, стр. 284.

¹⁷⁹ F. de Visscher, *L'Etat moderne, un danger pour la paix*, „Revue de droit international, de sciences diplomatiques et politiques”, 1957, No 3, p. 280.

¹⁸⁰ *Op. cit.*, p. 280.

Ханс Келзен је, и поред личног доприноса ствари поштовања права, остао доследан првобитном схватању о могућности стваравања мирољубиве светске државе, иако је, још у време изласка из штампе *Чисте теорије права* (1934), објављено четврто издање књиге Карла Шмита о појму политичара¹⁸¹ у коме берлински професор, најпознатији теоретичар државе у Немачкој и у нацистичкој партији, такође говори о могућности стварања светске државе, додуше не као Келзен, Шмит само каже да би, ако би се једнога дана међународна заједница претворила у наддржаву, државе престале да постоје као политичке заједнице. Ни светска држава (наддржава) не би имала обележја државе, већ би била организација *sui generis*.

Наводимо овај пример, јер и у данашњој Европској унији постоји мешавина таквих схватања, као и у пропагирању глобализације. Не зна се које ће схватање победити и да ли ће држава бити оно што је Келзен мислио или оно на шта је де Вишер опомињао, иако је полагао наду у европско јединство.¹⁸² Постоји скепса према јачању надлежности Европске уније на рачун надлежности држава којима је “великодушно” подарена супсидијарност, тј. оно што су државе одувек имале. Није случајно да је било држава које су одбијале да ратификују уговоре о приступању Европској унији или Устав Европске уније, па су се морала формулисати два уговора у којима се устав не помиње.

Ми помињемо устав, јер је он за Келзена највиши правни акт с којим сви остали акти морају да буду сагласни. Поштовање целокупног права је неопходан услов за постојање правне државе. Није случајно да се у све већем броју држава уводи контрола уставности и законитости правних аката. Келзен је томе дао велики лични допринос, не само у теорији, већ и у пракси, у једној од својих домовина (Аустрији). Неспоран је значај такве контроле, било да је парламентарна или судска, због великих овлашћења извршне власти, која сматра да политички акти не подлежу правној контроли или на разне начине спречавају надлежне органе да обављају дужности које им налажу устав и закон. Није довољно имати добар устав, већ га треба примењивати. Зато Келзен разликује важење и делотворност (ефикасност) и на првом месту помиње устав. Келзенова највећа заслуга је што је, и поред изједначавања државе и права, право ставио изнад државе. И ако можемо да га критикујемо због нечега, морамо да га поштујемо и да следимо његову доследност у борби за право. И у тренуцима највећих клонућа због лицемерног презирања устава и закона, морамо да се надањујемо Келзеновом правном заоставштином и наоружавамо истрајношћу за поштовање права и правде. Са задовољством можемо да се подсетимо да је, пре неколико година, професор Рајко Кузмановић написао да

¹⁸¹ C. Schmitt, *Der Begriff des Politischen*, 4 Aufl., Hamburg 1934.

¹⁸² F. de Visscher, *op. cit.*, p. 288.

је устав *act superior*.¹⁸³ Сувишно је да кажемо да је дужност свих да поштују устав и законе, а правника и да се залажу за њихово поштовање и усавршавање. Само под тим условом, наши разговори о изградњи и функционисању правног система имају смисао и оправдање.

¹⁸³ Р. Кузмановић, *Устав и његова супремација у правном поретку*, „Правна ријеч”, 2007, бр. 10, стр. 18.

СТАТУТ КАО ПОДЗАКОНСКИ АКТ БЕЗ ЕЛЕМЕНАТА КОНСТИТУТИВНОСТИ – УЗ ДИЛЕМУ О ПРАВНОЈ ПРИРОДИ СТАТУТА АП ВОЈВОДИНЕ ОД 2009. ГОДИНЕ

Проф. др Владан Петров*
Проф. др Дарко Симовић**

Апстракт: Чим је Предлог статута АП Војводине угледао светлост дана, истакнути су озбиљни приговори на рачун његове уставности. О правној природи овог акта искристалисала су се два становишта. Према једном, Статут АПВ од 2009. је специфичан правни акт, који има значајне елементе конститутивности. Ово становиште је доминирало приликом израде Статута. Према другом становишту, Статут, како Устав Србије од 2006. предвиђа, само је подзаконски акт који нема конститутивни карактер. Аутори у раду излажу оба становишта, дајући недвосмислено предност другом, као оном које почива на теорији уставног права и важећем уставу Србије.

Кључне речи: Устав Србије од 2006. – Статут АПВ од 2009. – подзаконски правни акт. – Конститутивност. – (Не)уставност.

1. УВОД

Скупштина Аутономне Покрајине Војводине (у даљем тексту: АПВ) утврдила је Предлог статута АПВ 14. октобра 2008. Пошто су 7. новембра 2009. утврђене правно-техничке исправке овог предлога, Народна скупштина је донела Одлуку о давању претходне сагласности на Предлог статута 30. новембра 2009. Статут АПВ проглашен је на основу Одлуке Скупштине АПВ на седници од 14. децембра 2009.¹ Крајем децембра исте године, покренут је поступак за оцену уставности и законитости Статута АПВ.² Јула 2012. Уставни суд је до-

* Правни факултет Универзитета у Београду

** Криминалистичко-полицијска академија у Београду

¹ Одлука о проглашењу Статута АП Војводине и Статут АП Војводине, *Службени лист АПВ*, бр. 17/09.

² Поступак за оцену уставности и законитости Статута АПВ покренут је подношењем предлога за оцену уставности Статута АПВ и предлога за оцену законитости Статута АПВ, а подносиоци оба предлога били су посланичка група „Демократска странка Србије – Војислав Коштуница“

нео Одлуку о неуставности 22 одредбе Закона о утврђивању надлежности АП Војводине.³ Маја 2013, у Уставном суду, одржана је јавна расправа о (не)уставности Статута АПВ.

На јавној расправи, као једно од два начелна питања, постављено је питање правне природе Статута.⁴ Дилема о томе да ли је Статут АПВ обичан подзаконски акт, који нема конститутивни карактер или је специфичан правни акт конститутивног карактера, који, у појединим деловима, није везан законима Републике Србије, појавила се још када је Статут био у форми предлога. Та дилема је вештачки створена и могућ је само један одговор: Статут АПВ, како га Устав Србије од 2006. одређује, је подзаконски акт.

Правну природу правног акта одређују два битна елемента: формални, поступак доношења и његова правна снага, и материјални, (не)постојање конститутивне или новостворене норме (*ius novum*). Присталице два становишта о правној природи Статута АПВ потпуно супротно дефинишу ова два елемента.

2. ПРАВО НА САМООРГАНИЗОВАЊЕ ЈЕДИНИЦА ТЕРИТОРИЈАЛНЕ АУТОНОМИЈЕ У СВЕТЛОСТИ КОМПАРАТИВНЕ УСТАВНОСТИ

За разлику од федералних јединица, које без изузетка своје право на самоорганизовање остварују самосталним доношењем устава, јединице територијалне аутономије, уколико располажу правом на самоорганизовање, то своје право остварују актом ниже правне снаге који се, по правилу, доноси у поступку у коме учествују и централни органи власти. С обзиром на то да не постоји једнообразан модел територијалне аутономије, више је фактора који утичу на обим права на самоорганизовање ових јединица територијалне децентрализације. Имајући у виду чињеницу да је природа овог рада првенствено усмерена на анализу правне природе статута Аутономне Покрајине Војводине у Републици Србији, компаративно искуство на овом пољу ће бити изложено кроз пар најупечатљивијих примера који ће указати на њихову неуједначеност.

Италија, као регионална држава, састоји се од две врсте региона различитог уставноправног статуса. Бројнију групу (њих 15) чине региони редовног

и девет народних посланика Нове Србије. Током прве половине 2010. године поднете су и две иницијативе за оцену уставности и законитости Статута АПВ.

³ Вид. правну анализу ове одлуке D. Simović, "Teritorijalna autonomija u svetlosti Odluke Ustavnog suda Srbije", *Sveske za javno pravo* 11/2013, 75-87.

⁴ Судија извештач је прво начелно и, како истиче, „најважније“ питање, формулисао као „одређивање карактера, правне природе и предмета уређења Статута, као општег правног акта, који је одредбом члана 185. став 1. Устава одређен као највиши правни акт аутономне покрајине“. Вид. Реферат судије известиоца мр Томислава Стојковића у предмету ИУо-360/2009.

статуса, док пет региона има посебан статус.⁵ Правни положај региона уређен је Уставом и регионалним статутом. Међутим, регионални статuti се не доносе на једнообразан начин, будући да постоји разлика у поступку њиховог доношења у зависности од тога да ли је реч о региону редовног или посебног статуса. Тако, италијански устав предвиђа да „Фриулија-Јулијска Венеција, Сицилија, Сардинија, Трентино-Алто Адиђе и Вале д'Аоста имају посебан облик и услове аутономије сагласно посебном статуту усвојеном у форми уставног закона“ (члан 116, став 1). Статут региона са редовним статусом доноси највиши регионални орган, регионални савет, у законодавном поступку (члан 123, став 2). Устав је предвидео да статут мора бити у складу са Уставом и да се њиме утврђује облик власти и основни принципи организације региона, као и остваривање његових надлежности (члан 123, став 1). Устав предвиђа контролу уставности статута у року од 30 дана од његовог објављивања, а предлог Уставном суду подноси републичка Влада. Анализирајући преостала институционална решења која уређују правни положај региона, може се закључити да је право на самоорганизовање региона, иако аутономно по својој природи, поприлично уско постављено, будући да је уставотворац предвидео читав систем регионалних органа. Наиме, Устав предвиђа да сваки регион има регионални савет који врши законодавну власт, регионално веће као извршни орган региона и председника већа који представља регион, усмерава вођење политике регионалног већа, проглашава регионалне прописе, и усмерава управне функције делегиране регионима од стране државе у складу са инструкцијама централне владе (члан 121). Статутарну материју чине изборни систем, питања услова неопходних за избор председника, других чланова регионалног већа и чланова регионалног савета, као и питање инкомпатибилитета са обављањем ових функција. Такође је предвиђено да изабрани председник именује и разрешава чланове регионалног већа (члан 122). У том смислу, може се закључити да је организација власти у регионима са редовним статусом у великој мери уједначена, јер је италијански Устав својим решењима утицао на битно сужење права на самоорганизовање ових јединица територијалне децентрализације.

Када је реч о регионима са посебним статусом, сама чињеница да се њихови статuti доносе у форми уставног закона од стране централног парламента, сведочи о томе да уставни оквир региона са редовним статусом може бити у потпуности пренебрегнут. Наиме, при доношењу статута региона са посебним статусом, италијански парламент је слободан да институционална решења прилагоди особеностима датог региона. Међутим, на тај начин, иако је њихов положај фиксиран уставним законом, ови региони су практично лишени права на самоорганизовање. Но, ипак, јемство територијалне аутономије региона са посебним статусом је снажније, будући да је њихов правни статус дефинисан уставним законом, који је у хијерархији правних прописа, одмах испод устава, а изнад закона.

⁵ Више о томе видети код: М. Јовичић, *Савремени федерализам*, Изабрани списи бр. 4, Београд 2006, 362-365.

Иако се номинално одређује као регионална држава са симетричним државним уређењем, не може се рећи да су ове речи сасвим тачне. Наиме, када се говори о највишем правном акту региона, и у оквиру Шпаније могу бити издвојене две различите категорије. Региони обичног статуса су они који су конституисани нормалним процесом локалне иницијативе (члан 143) или на иницијативу државних власти (члан 144). Са друге стране, региони посебног статуса располажу вишим степеном аутономије и они су конституисани посебним поступком на основу члана 161, или као три историјске националности, сагласно другој прелазној одредби.⁶

„Основна институционална норма“ региона, како је Устав одређује, је статут. Нацрт статута региона са обичним статусом утврђује посебно тело састављено од представника регионалног парламента и чланова оба дома централног парламента, изабраних у том региону. Након те прве фазе, статут усваја национални парламент по поступку органских закона (чл. 81. и 146). Статути региона са посебним статусом се доносе по знатно тежем поступку који обухвата и расписивање регионалног референдума. Међутим, тако потврђен акт неопходно је да добије већину у сваком регионалном парламенту, као и у оба дома централног парламента.

Када је реч о територијалној аутономији Крима у Украјини, највиши правни акт ове аутономне републике је устав кога доноси њен парламент уз одобрење централног парламента (члан 135). Но, без обзира на сам назив највишег правног акта аутономне републике Крим, овај акт мора бити у сагласности, како са Уставом Украјине, тако и са њеним законима, на основу чега можемо закључити да је реч о подзаконском акту.

Територијалне аутономије Фарских Острва⁷ и Гренланда су одређене законима парламента Данске и тим правним актима је у потпуности дефинисан начин вршења власти у овим аутономним јединицама. На тај начин, теоријски посматрано, аутономија ове две територије би могла бити измењена или укинута на једностран начин обичном парламентарном већином данског парламента. Међутим, акти којима су уређује аутономија ових територија се сматрају уставним законима који су супериорнији у односу на обичне законе парламента и они могу бити промењени једино након преговора и уз сагласност територија на које се односе.⁸

Како се из овог кратког упоредноправног приказа може закључити, највиши правни акт јединице територијалне аутономије може бити у рангу уставног закона, органског закона, закона, али и на нивоу подзаконског акта. Упоредноправна пракса је, дакле, крајње неуједначена, тако да није могуће доћи до неких општих стандарда када је реч о правној природи највиших правних аката јединица територијалне аутономије.

⁶ Вид. Ф. Лово, *Велике савремене демократије*, Сремски Карловци-Нови Сад 1999, 507-508.

⁷ Вид. М. Пајванчић, *Уставни оквир регионалне државе*, Нови Сад 2009, 130-155.

⁸ Т. Benedikter, *The World's Working Regional Autonomies*, Anthem Press 2007, 366-367.

3. СТАНОВИШТЕ О СПЕЦИФИЧНОЈ ПРАВНОЈ ПРИРОДИ СТАТУТА АПВ

Присталице овог становишта тврде да је Статут АПВ специфичан правни акт, који се не може сматрати обичним подзаконским актом, јер се доноси по специфичном поступку. То је и акт конститутивног карактера, јер је израз права аутономне покрајине на самоорганизовање.

Према Уставу Србије, „Статут је највиши правни акт аутономне покрајине који доноси њена скупштина, уз претходну сагласност Народне скупштине“ (чл. 185, ст. 2). Народна скупштина даје сагласност одлуком о давању сагласности већином гласова свих народних посланика (чл. 105, ст. 2, тач. 5). После давања претходне сагласности Народне скупштине на Предлог статута, Скупштина АПВ доноси и проглашава Статут АПВ. Т. Корхеџ, један од најдоследнијих бранилаца становишта о специфичној природи Статута, у оваквом поступку налази главни аргумент у прилог овог становишта. Овакав поступак значи да је „Статут АП Војводине специфичан правни акт који заједнички доносе уставотворни и законодавни орган Србије и највиши орган АП Војводине“.⁹

Присталице овог становишта покрајинску аутономију не схватају како је Устав Србије одређује у члану 12, као право грађана на покрајинску аутономију којим се ограничава државна власт. Они је не схватају као недржавну категорију, већ као „заједничког партнера“ државе, тј. Републике Србије, у креирању битног дела правног поретка државе. Једним делом, из оваквог схватања, они извлаче тезу о Статуту АПВ као конститутивном акту. Другим делом, ову тезу заснивају на дословном и, из контекста истргнутом, тумачењу две уставне норме: члана 185. става 1 („Највиши правни акт аутономне покрајине је Статут“) и члана 179, који носи назив „Право на самостално уређивање органа“ („Аутономне покрајине, у складу са Уставом и статутом аутономне покрајине, ...самостално прописују уређење и надлежност својих органа и јавних служби“).

Даље образлагање овог становишта је сувишно. Друго становиште, које Статут сматра подзаконским актом неконститутивног карактера, заслужује да буде детаљније објашњено. Тиме ће се јасно доказати позитивно-правна и правно-теоријска неоснованост становишта које је горе укратко изложено.

⁹ Т. Корхеџ, „Предлог новог статута АП Војводине – испуњавање уставног оквира или покушај противуставног и противзаконитог стварања државе у држави“, *Предлог статута АП Војводине – научна расправа*, Београд 2009, 15.

4. СТАНОВИШТЕ О СТАТУТУ АПВ КАО ПОДЗАКОНСКОМ АКТУ КОЈИ НЕМА КОНСТИТУТИВНИ КАРАКТЕР

Према овом становишту, у формалном смислу, Статут АПВ је неспорно подзаконски акт. Позивати се на сложенији поступак доношења Статута, у којем учествују Скупштина АПВ и Народна скупштина, као доказ да је то особени правни акт „или је у најмању руку изразито атипичан подзаконски акт у нашем правном систему који има специфичан однос са законима Републике у зависности од области коју регулише“,¹⁰ сасвим је погрешно из најмање два разлога. Прво, сложенији поступак доношења једног правног акта не подразумева нужно и његову већу правну снагу. На пример, према Уставу Србије, Пословник Народне скупштине је подзаконски акт, иако је за његово усвајање неопходна већина од укупног броја народних посланика (апсолутна већина), док је за доношење Закона о Народној скупштини довољна већина присутних под условом да седници присуствује већина од укупног броја народних посланика (кворумска већина). Још читији пример дају одредбе Устава које се морају мењати, не само одлуком Народне скупштине, већ и грађана на референдуму (нпр. одредбе о преамбули Устава, начелима Устава итд.). Оне, премда се мењају по сложенијем поступку, немају већу правну снагу од одредаба Устава за чију промену уставотворни референдуму није обавезан. Дакле, поступак доношења правног акта (правне норме) јесте битан елемент његове форме, али не мора увек пресудно одређивати правну снагу тог акта (норме). Друго, улога Народне скупштине, која се састоји у давању претходне сагласности на предлог Статута, последица је једног од основних начела територијалне аутономије као облика политичко-територијалне организације власти: правног надзора централне (републичке) власти над децентрализованом влашћу (влашћу аутономне покрајине).¹¹ Републичка власт је, према Уставу, „ограничена правом грађана на покрајинску аутономију...и право грађана на покрајинску аутономију...подлеже само надзору уставности и законитости“ (чл. 12). Тај „надзор уставности и законитости“, који је дефинисан у начелима Устава, добија израз у давању претходне сагласности Народне скупштине на Предлог статута аутономне покрајине. „...Народна скупштина би претходну сагласност на предлог Статута могла да ускрати само из разлога очигледне...неуставности и незаконитости, док би у случају сумње у неуставност и незаконитост била дужна дати сагласност, а да по ступању Статута на снагу покрене пред Устав-

¹⁰ Т. Корхеџ, 11.

¹¹ Владан Кутлешкић истиче да је „институт сагласности на статут аутономне покрајине...типичан компаративни инструмент контроле и надзора над аутономним покрајинама, што значи баш супротно од било какве равноправности и партнерства“. В. Кутлешкић, „Предлог статута АП Војводине и Устав Србије“, *Предлог статута АП Војводине – научна расправа*, Београд 2009, 91.

ним судом поступак за оцену уставности и законитости¹². Чак и кад би се ови јаки аргументи могли озбиљније оспорити, остају одредбе Устава које на изричит начин одређују формално-правну снагу статута аутономне покрајине. Устав каже: „статути, одлуке и сви други општи акти аутономних покрајина и јединица локалне самоуправе морају бити сагласни са законом (чл. 195, ст. 2), а Уставни суд одлучује о „сагласности статута и општих аката аутономних покрајина и јединица локалне самоуправе“ (чл. 167, ст. 1, тач. 4). Према томе, ако статут аутономне покрајине мора бити у сагласности са законом, тај акт је, према правној снази, испод њега. То значи да не може бити ништа друго него подзаконски акт. Да ли, међутим, тај подзаконски акт може самостално, чак изворно да уређује одређена питања од значаја за аутономну покрајину?

По правилу, подзаконски акти су несамостални акти. То су правни акти везани законом и служе да се односи уређени законом прецизирају, а у циљу његовог извршавања. Ипак, ако се пође од тога да би статут аутономне покрајине требало да буде правни израз извесног права на самоорганизовање покрајине, одређена мера његове самосталности и изворности, тј. конститутивности морала би се подразумевати. Кутлешић каже: „Конститутивност неког акта представља његово својство да са високим степеном самосталности уређује питања на која се односи. У том смислу, статут заиста јесте конститутивни акт, јер му је Устав оставио широку самосталност за уређење надлежности, избора, организације и рада органа и служби аутономне покрајине (члан 183. став 1. Устава Србије).¹³ Разуме се, та самосталност је само широка, а не потпуна, односно та конститутивност је ограничена у самом наведеном члану упућивањем да се она користи ‘у складу с Уставом’. Међутим, наведена ‘конститутивност’ Статута АП Војводине није његово ексклузивно својство, већ га у једнакој мери уживају статути свих правних субјеката у систему који припадају групацији аутономних општих аката и који су по својој правној природи, и поред конститутивности подзаконски акти. Више од тога статути локалних самоуправа су конститутивни у истој мери итд.¹⁴ Ово о чему говори Кутлешић није права конститутивност; права конститутивност је одлика правног акта који садржи изворне норме, тј. норме којима се изворно уређују одређени друштвени односи; акта који је, како се у теорији истиче, закон у материјалном смислу. У пракси, такав акт је устав (не нужно у свим одредбама) и поједини закони, тачније поједине законске одредбе које изворно уређују неко питање (у којима долази до поклапања између закона у формалном и материјалном смислу).

У ствари, о конститутивности статута јединице територијалне аутономије не може се говорити *in abstracto*. „Мера“ његове конститутивности одређена је уставном концепцијом територијалне аутономије. У Уставу Србије од 2006,

¹² Р. Марковић, *Уставно право - приручник за полагање правосудног испита*, Београд 2012, 211.

¹³ Са овим Кутлешићевим ставом о широкој самосталности, коју је Устав од 2009. оставио Статуту, не можемо се сложити, што ће ниже бити и показано.

¹⁴ В. Кутлешић (2009), 93.

без обзира на одређене противречности, концепција покрајинске аутономије је у битним елементима дефинисана овим уставом. Битни елементи сваке територијалне аутономије су: 1) дефиниција територијалне аутономије (да ли је уставна или подуставна категорија); 2) територија аутономне јединице; 3) носиоци права на територијалну аутономију; 4) изворне надлежности аутономне јединице; 5) финансијска самосталност; 6) заштита права на територијалну аутономију; 7) организација власти аутономне јединице. У свим овим елементима, Устав Србије од 2006. дефинисао је покрајинску аутономију у мери да није оставио готово ништа за Статут.

Прво, дефиницију аутономне покрајине даје Устав: „Аутономне покрајине су аутономне територијалне заједнице основане Уставом, у којима грађани остварују право на покрајинску аутономију“ (чл. 182). Чл. 1 Статута даје сасвим другачију дефиницију АПВ: „Војводина је регија у којој се традиционално негују вишекултуралност, вишеконфесионалност и други европски принципи и вредности“. Кад Устав дефинише, ниједан други правни акт не може да редефинише. Статутарна дефиниција би се могла сматрати деградацијом аутономне покрајине, јер Статут изнова регулише питање које је уставотворац задржао за себе. Дефиниција АПВ, према којој је то регија у којој се традиционално негују вишекултуралност, вишеконфесионалност и други европски принципи и вредности, пример је норме која нема ни правно ни стварно значење. При том, испада да се у Војводини традиционално негују вишекултуралност, вишеконфесионалност итд., а да то није случај у другим „регијама“ Србије (шта год израз „регија“ значио).

Друго, територија АПВ није одређена Уставом, али Устав каже којим правним актом се одређује територија аутономних покрајина. То је закон, а не Статут. Та се територија не може мењати без сагласности грађана у аутономној покрајини израженој на референдуму, у складу са законом (чл. 182, ст. 4 Устава). Стога је статутарно редефинисање територије АПВ (чл. 3, ст. 1),¹⁵ као и регулисање питања у вези с променом територије АПВ,¹⁶ неуставно.

Треће, носиоца права на покрајинску аутономију одређује Устав. У чл. 12, ст. 1 стоји да је државна власт ограничена правом грађана на покрајинску аутономију, а према чл. 176, ст. 1 грађани имају право на покрајинску аутономију. Право на покрајинску аутономију имају сви грађани Републике Србије, а не грађани одређених аутономних покрајина. Дакле, статутарно увођење категорије „грађана Војводине“ је неуставно (чл. 4, ст. 1).

¹⁵ Чл. 3, ст. 1 Статута прописано је да територију АП Војводине чине територије јединица локалних самоуправа у њеним географским областима (Бачка, Банат, Срем), утврђене законом.

¹⁶ Чл. 3, ст. 2-4 Статута предвиђено је да се територија АП Војводине не може мењати без сагласности њених грађана, изражене на референдуму (ст. 2), да је референдум пуноважан ако је на њему гласала већина грађана који имају изборно право и пребивалиште на територији АП Војводине (ст. 3) и да је одлука на референдуму донета ако је за њу гласала већина утврђена законом (ст. 4).

Четврто, изворне надлежности АПВ одређене су Уставом, а поверене надлежности се поверавају законом. „...Области у надлежности АП утврђене су Уставом; постојеће се не могу модификовати (нити додавати нове) ни законом, а камоли Статутом; законом се одређује која су питања од покрајинског значаја (чл. 177, ст. 2), али су то питања из области које су већ Уставом наведене као надлежности аутономне покрајине. Дакле, док закон не може да дописује нове области у надлежности аутономне покрајине, али може да одређује питања од покрајинског значаја у оквиру Уставом утврђених области, статут аутономне покрајине не може ни једно ни друго. Управо, овај Предлог статута (данас важећи статут, *В. П.*) чини и једно и друго, и то се без сумње може сматрати једном од најкрупнијих повреда Устава Републике Србије“.¹⁷ Другим речима, ако су области у изворној надлежности аутономне покрајине уставна, а питања у оквиру тих области од покрајинског значаја законска материја, Статут АПВ у овом делу не може имати конститутивни карактер. Међутим, чл. 29 Статута „дописује“ и уводи нове области у изворној надлежности аутономне покрајине, које нису одређене чл. 183, ст. 2 Устава.¹⁸ Ово је једна од најозбиљних повреда Устава, која недвосмислено показује тежњу доносиоца Статута да овај акт учини конститутивним.

Пето, финансијска аутономија, која је битан елемент територијалне аутономије, уређена је Уставом и законом (чл. 184 Устава). „Аутономне покрајине управљају покрајинском имовином на начин предвиђен законом“ (чл. 183, ст. 5). Статут се ни овде не спомиње. Шесто, заштита покрајинске аутономије пред Уставним судом уређена је искључиво Уставом (чл. 187).

Седмо, Статут није конститутивни акт ни кад је реч о организационим овлашћењима аутономне покрајине. У теорији уставног права одавно је установљено да јединице територијалне аутономије немају право на самоорганизовање, за разлику од федералних јединица, које то право имају.¹⁹ Ова тврдња добија потврду у Уставу Србије. Истина, Устав у чл. 179, под насловом „Право на самостално уређивање органа“, номинално признаје ово право, јер каже да „аутономне покрајине у складу са Уставом и статутом аутономне покрајине... самостално прописују уређење и надлежност својих органа и јавних служби“, али у следећем члану ово право је у потпуности ограничено, јер Устав одређује да је Скупштину највиши орган аутономне покрајине (чл. 180, ст. 1) На тај начин, Устав је поставио основе тзв. скупштинског систе-

¹⁷ В. Петров, „Овакав Предлог статута не сме да прође – прилог научној расправи о Предлогу статута АП Војводине од 14. Октобра 2008.“, *Предлог статута АП Војводине – научна расправа*, Београд 2009, 100.

¹⁸ Нпр. ближе уређивање појединих питања у науци, иновацијама и технолошком развоју, иако наука и технолошки развој не спадају у изворне надлежности аутономне покрајине према Уставу; старање о остваривању политике у области рада и запошљавања на територији АПВ; предлагање мреже судова на територији АПВ итд.

¹⁹ Р. Марковић, *Уставно право*, Београд 2013, 438-439.

ма. Ако је скупштина највиши орган, остали органи су од ње нижи, тј. њој подређени. Отуда су узалудни покушаји, и то често прилично невешти, да се у Статуту ова „грешка“ уставотворца исправи у корист парламентарног система.

Дакле, према овом становишту, конститутивност је одлика правног акта који садржи изворне норме, тј. норме којима се изворно уређују одређени друштвени односи; акта који је закон у материјалном смислу.²⁰ Статут је, у формалном смислу, подзаконски акт. У материјалном смислу, то је акт операционализације Устава. Тиме се не оспорава велики политички значај Статута, нити његова садржинска особеност у односу на друге подзаконске акте, али то нису параметри који одређују његову правну природу.

Аргументи које су изнеле присталице овог становишта, међу којима су и професори од ауторитета у српској правној науци (Р. Марковић, К. Чавошки, В. Кутлешић), толико су јаки да су аргументи заступника првог становишта једва вредни помена, а камоли озбиљније анализе. Ипак, то прво становиште до данас опстаје и има подршку у једном делу политичке и стручне јавности, као и у појединим медијима у Србији. Ово становиште нарочито је заводљиво за оне који су склони да читају Устав „слободније“, „шире“ и да то чине чак и кад је реч о уставним одредбама које су кристално јасне, те самим тим захтевају искључиво језичко и ниједно друго тумачење.

Истини за вољу, Устав Србије од 2006. садржи одређене слабости, нарочито противречности (очит пример даје члан 179. којим се номинално признаје право аутономне покрајине на самостално уређивање органа, а затим члан 180. који то право практично искључује), у делу који се тиче територијалне организације власти. Концепција покрајинске аутономије према Уставу од 2006. ужа је од оне према Уставу од 1990. За разлику од претходног устава који је давао основа за успостављање шире изворне надлежности аутономне покрајине и дозвољавао извесни степен њиховог права на самоорганизовање, Устав од 2006. је, у овој материји, прилично ригидан. Према томе, да је концепција покрајинске аутономије према Уставу од 2006. друкчија, тј. да Устав не дефинише покрајинску аутономију у свим битним елементима, могло би се говорити и одређеном (свакако врло ограниченом) степену „конститутивности“ статута аутономне покрајине.

5. ЗАКЉУЧАК

Питање о правној природи Статута АПВ је централно питање расправе о (не)уставности овог правног акта. Ако се пристане уз становиште да је Статут АПВ особени правни акт, који у појединим елементима измиче законским „везама“, и који је конститутивног карактера, бар у делу који се односи на

²⁰ Р. Марковић (2013), 170-171.

право аутономне покрајине на самоорганизовање, питање његове неууставности готово је излишно постављати. Ако се, међутим, усвоји друго становиште, важећи статут је, без сумње, у кључним својим одредбама неуставан. У случају да Уставни суд стане на друго становиште, мораће да стави ван снаге не само те одредбе, већ и цео статут, јер без њих би овај акт био празан и бесмислен. Аргументација присталица другог становишта превасходно је утемељена на важећем уставу, док је аргументација првих политиколошког, чак политикантског карактера и добрим делом се заснива на „лепим жељама“ о аутономији Војводине каквом је они виде, а не каква је она у Уставу од 2006. Имајући у виду да је предмет оцене уставности и законитости Статута АПВ стар готово четири године (када овај чланак угледа светлост дана, почетком октобра 2013. могуће је да Уставни суд још неће донети коначну одлуку), може се очекивати да ће Уставни суд покушати да нађе неко „средње“, вештачки „изнијансирано“ решење.

Какву год одлуку да донесе Уставни суд, укидање најзначајнијих одредаба или целог Статута АПВ од 2009. не би значило негирање аутономије Војводине, већ нужан корак ка њеном повратку у границе Устава Србије од 2006. Ако је аутономија према овом уставу недовољно добро решена, не би била „јерес“ покренути расправу о промени Устава. Озбиљна расправа о уставном питању, у суштинском делу, не покреће се у медијима, већ у највишим државним институцијама, као и од стране уставом прописаног броја грађана. Та расправа мора бити одговорна, руковођена државним интересом и државотворном идејом, и не сме бити основ за уставне промене које ће Републику Србију територијално слабити и на сваки други начин даље дестабилизovati.

Dr. Vladan Petrov,
Associate Professor, University of Belgrade Faculty of Law

Dr. Darko Simović,
Associate Professor, Police Academy Belgrade

**THE STATUTE A BYLAW WITHOUT CONSTITUTIVE
ELEMENTS - THE DILEMMA ON THE LEGAL NATURE
OF THE STATUTE OF APV FROM 2009**

Summary

As soon as the Proposal of the Statute of AP Vojvodina saw daylight the serious complaints about its constitutionality were raised. Two points of view were crystallized on the legal nature of the Statute. According to the first one, the Statute of APV from 2009 is a specific legal act with the important constitutive elements. That point of view was dominant during the elaboration of the Statute. According to the second point of view, the Statute, as the Constitution of Serbia from 2006 prescribes, is a bylaw without constitutive character. The author exhibits the both points of view. However, he unequivocally defends the second one which rests on constitutional theory and the Constitution of Serbia.

Key words: *The Constitution of Serbia from 2006. – The Statute of APV from 2009. – Bylaw. – Constitutive.- (Un)constitutionnality.*

ЛЕГИТИМНОСТ КАО УСЛОВ И СРЕДСТВО ПРИЗНАЊА И ОПРАВДАЊА ДРЖАВНЕ ВЛАСТИ

Проф. др Владан Михајловић*

Апстракт: Живимо у доба доминације државе и власти. Уз све ризике и опасности које ствара употреба силе којом држава располаже, људи су се на њу навикли и тешко могу без ње. Она је помогла човеку да се ослободи примитивне прошлости и закорачи у светлију будућност и цивилизацију. Док је држава стварана, тешко ко је могао наслутити да ће она толико да траје и има толику снагу од које ће бити неприкосновена. Природноправни философи су схватили да је човек ухваћен у замку своје замршене природе из које није видео излаз. Желео је да остане природан, онакав каквим је рођен и са оним што му као таквом припада, али сам није имао моћи да то брани и сачува. Зато је пристао (закључујући друштвени уговор) на државу, јер је рачунао да је она мање зло за њега, него живот у природном стању самопомоћи. Но, вековно искуство са државом је показало да се са њом нешто добија, али нешто и губи, да је успешна и рационална организација, али и повремено назадна и ирационална, због чега све до данас не престаје неспоразум (па и сукоб) између ње и човека. Зато човек пристаје само на онолико власти колико му користи, а не угрожава његову слободу и добра. Заузврат, држава није рефлекс човекових жеља и моћи. И сама стиче моћ и узвраћа је према слабијем, од слуге зна да постане господар, од средства и технике бољег живота и организовања, човекова ноћна мора, извор зла и тираније. На то су указивали сви велики аналитичари и познаваоци државе и власти који су били забринути пред нарастањем њене моћи и тражили решење да се она ефикасно држи под контролом. Демократија је замишљена да буде лек од кварења власти. Уместо да власт припадне моћном појединцу или групи (олигархији), замишљено је да њу врши и контролише већина. Уз све мане и приговоре таквој већини, модерна демократија је ограничила државу и њену власт, успоставила механизам њене контроле и то преко избора оних који врше власт у име народа. Власт више није ничије или божје право, добија се од народа и од њега губи. То је суштина доктрине народне суверености и демократског легитимитета, произашлог из политичке праксе модерне државе која је човека учини-

* Правни факултет у Косовској Митровици

ла грађанином, субјектом политичког живота и организовања. Захваљујући демократији, власт је стекла легитимитет, добила пристанак од народа да њиме управља и тиме наизглед решила вечити антагонизам између човека и власти. Како ништа није идеално, савришено, тако и демократија има својих мана и несавршености, изазива сумњу да ли је у стању да власт ефикасно контролише, али и да јој легитимитет. И демократија је често параван за квазидемократију, владавину мањине која формално ужива легитимитет, али стварно не влада у име народа, него против њега. Из искуства демократије видимо да и чести избори и демократски легитимитет власти нису у стању да реше наш проблем: да имамо добру владу и да она нама добро управља. Колико год да су чести избори у демократији, да се смењују политичке елите и екипе на власти, оне се много не разликују. Мање-више све оне се понашају по истом стереотипу: једно обећавају док не дођу на власт, а раде друго или мало испуне од онога што су обећали када дођу на власт. И уз овакву дволичност власти и оних који је врше, још се не доводи у питање механизам политичке демократије. Не предлажу се побошљања у изборном процесу, како би се обезбедило да власт има стварни демократски легитимитет, извире из народне воље и најбоље служи народу.

Демократија још увек није постала режим у коме влада већина, али је се још не одричемо нити трагамо за бољим решењем политичког владања.

Кључне речи: власт као сила, монопол принуде, легитимитет и легалитет, демократски легитимитет, недемократска, ауторитарна власт, квази-легитимитет, оправдање и објашњење власти.

УВОД

Власт се као друштвени и политички феномен објашњава, али још више тражи и има потребу да оправда себе, да се оправда према другима, онима који је подносе. Ма како била замишљена или изведена (уређена), власт никада не може да буде идеална. Она ствара и одржава односе неједнакости, у њој једни заповедају, а други се покоравашу. У том стању или односу заповедања и покораваша власт понекад зна да буде и насилна и брутална. Она је више миротворна него ратоборна и насиљу и бруталности прибегава само онда када је на то приморана. Зато ту принуду државе не треба схватити трагично. Она не наступа искључиво са снагом коју има као принудна организација. Независно од тога, она настоји да стекне и одређени ауторитет који јој олакшава вршење њене политичке функције.¹ Ко зна да ли би држава била тако свемоћна и ефикасна да људи и сами не стварају предубеђење да морају да верују у њу, у њен ауторитет, да се покоравашу њеној вољи. За државу је боље и безболније да вла-

¹ Др Радомир Д. Лукић, Политичка теорија државе, Савез удружења правника Југославије, Београд, 1962, стр. 119.

да ауторитетом, а не силом. Но то није увек могуће: или због ње саме или људи који је не прихватају такву каква је, па се она онда од њих однарођује, постаје насилна, одбојна и мрска. Зато и не чуди што су многи моралисти и хуманисти у власти (и политици) видели нешто неморално и противприродно, што се не може никаквим системом политике или етике оправдати. Тако је још Св. Августин пророчки тврдио у својој „Божјој држави“ да „Бог није хтео да разуман човек влада другим бићима, осим оних који су без разума, није хтео да човек влада човеком, већ човек животињом,² из чега је закључио да је владање човека над човеком противљудско и противбожанско стање. Много векова касније, нешто слично је изговорио Прудон тврдећи да је владање човека над човеком ропство.³ Нешто блажи према власти од анархиста су били марксисте, мада су увиђали исто зло од ње. У држави и њеној власти они (марксисте) су видели препреку да човек буде свој и слободан, испољи све своје вредности. На тој основи је и настало супротстављање човека ономе што га спутава и ограничава, а то је пре свега била држава и њена власт. Заслугом марксиста створен је план ослобођења човека, враћања његовој генеричкој суштини и он је био уперен на рушење и уништење државе као највећег зла. Док су анархисти тражили моментално рушење државе, марксисте су у томе били реалнији. Они су тврдили да држава не може одмах да нестане, она постепено нестаје, одумире, да би у једном тренутку свог развитка нестала и ишчезла са историјске позорнице. Све док постоји, државна власт у најбољем смислу тражи пристанак народа, његову подршку, а у свом најгорем издању пристаје или се ослања на силу да би се оправдала. Када има уз себе народ, власти није потребна сила и обрнуто, онда када посеже за силом не рачуна на подршку и пристанак народа. Свака власт повремено оптира између једног и другог, декларативно се позива на народ и влада у његово име, али понекад и посрће и пада у искушење силе и терора. Има примера државних власти које су добиле народни пристанак (легитимитет), али су га се касније одрекли, погазили га и ослонили се на голу силу и терор. То је био случај са тоталитаристичким, и фашистичким и комунистичким режимима. И једни и други су дошли на власт уз помоћ избора, народне воље и демократије да би временом све то погазили: укинули политичке слободе, изборе и вишестраначку демократију и завладали и одржавали се голом силом и терором. Када власт има пристанак и подршку од другог, пре свега народа, она се оправдава и има легитимитет. Када власт то нема, онда за њу нема оправдања, већ само објашњења да је таква каква је, а то је нешто супротнo легитимитету.

² Видети: Проф. Јован Ђорђевић, Политички систем, Савремена администрација, Београд, 1988, стр. 59.

³ Prundhon, La Philosophie de la misère, Paris, 1948, str. 72.

I

Држава је посебна заједница, различита од других, по томе што има принуду и њом се служи. То јој даје значај принудне заједнице и право да се, како каже Слободан Јовановић, уздиже над људима као виша власт која може да их принуди да ураде и оно што не би хтели.⁴ Но, колико год да је принуда битна за државу и њену власт, њу не треба преувеличати и у држави видети само принудну заједницу. И поред те принуде коју има и којом се служи, држава није неправедна и неморална установа која се супротставља потребама друштва и човека. Држава се не састоји само из репресије. Ако је некада репресија за њу била најважнија, то није случај и данас. Како примећује Л. Алтисер, у свакој држави, поред репресивног, постоје и идеолошки апарати, религија, школа, породица и др.⁵ Док репресивни апарат функционише путем принуде, дотле идеолошки апарат функционише идеолошким средствима.⁶ Код репресивног апарата циљеви се постижу централизацијом и хијерархијом, а идеолошки је функционалан онолико колико се поштује идеологија, породице, школе, религије и др.⁷ Иако се држава и данас служи принудом, додуше мање него пре, она има у себи правичност која ублажава њену принудност. Она се уздиже изнад својих грађана, њихове себичности и нетрпелјивости и ради за добро свих, заштиту општих интереса. Но, иако је изнад својих грађана, јача од њих, она није против њих и онда када тражи да учине оно што појединци једни од других не могу да траже. Зато се она разликује од својих грађана по томе што вреди више од њих и што је личност вишег ранга у односу на њихову личност.⁸ Она има право да се постави изнад својих грађана као нешто што је цело и опште над појединачним, трајно и сложено, траје дуже од својих грађана и има на располагању различита средства утицаја на њих, а не само силу (принуду). Да није тако, зар би се неке моћне и историјске деспотске империје толико дуго одржале да су се само служиле силом (а не и другим средствима утицаја) и радиле само за добро појединаца.⁹ На крају, и сама употреба силе је исувише скупа за државу, јер изискује организацију посебног апарата репресије. Зато је за државу јефтиније да се мање служи принудом, да настоји да задобије сагласност од својих грађана за оно што ради, него да их на то присиљава скупим

⁴ Слободан Јовановић, О држави, основи једне правне теорије, Сабрана дела, Том 8, БИГЗ, СКЗ и Југославијапублик, Београд, 1990, стр. 40.

⁵ Lois Althusser, Positions, Paris, 1976, стр. 81-97.

⁶ Ibid., стр. 81-97.

⁷ Ibid., стр. 81-97.

⁸ Слободан Јовановић, Из историје политичких доктрина, Сабрана дела, Том 9, БИГЗ, СКЗ и Југославијапублик, Београд, 1990, стр. 146.

⁹ Мирослав Печујлић, Савремена социологија (Стара и нова слика света) НИУ, „Службени лист“ СФРЈ, Београд, 1991, стр. 158.

средствима принуде. Али, како су жеље и идеали једно, а стварност нешто друго, понекад на људе није могуће утицати цивилизованим и идеолошким средствима, већ само принудом.

Баш та употреба силе, која је изузетна, тражи, како каже Слободан Јовановић, да буде допуштена, да се врши по нарочитом правном основу, јер у супротном би се претворила у организовано насиље и неправду, па би и само право државе на постојање дошло у питање.¹⁰ То оправдање државе, њене власти и принуде означава се као легитимност, па се за такву државну власт каже да је легитимна. Легитимност је пре свега политички и социолошки, а не правни проблем. У једном вишем етичком и философском смислу, повезана је са идејом правичности и правде. Она значи такво стање у друштву, такав друштвени поредак где влада хармоничност и где се поштују општепризнате вредности или значи усклађеност политичке власти са принципима који су општеприхваћени у оквиру једне политичке заједнице.¹¹ Но, има и оних који легитимност не схватају и не прихватају у овом политичком, социолошком и етичком (философском) смислу. Тако Келзен, поистовећујући државу са правом, и легитимитет своди на пуку законитост¹² и налази је искључиво на терену права, а не политике или етике. По Келзену, легитимност власти постоји онда када се правне норме изводе из важећег правног поретка, доносе и мењају на начин како то предвиђа важећи правни поредак. Сам проблем легитимности, легитимитета државне власти на један начин доживљавају они који држави искључиво приписују принуду, поистовећују је са принудном организацијом, а на други начин они који у њој не гледају само принуду. Док су Маркс и марксисти у држави пренаглашавали класност и принудност, дотле су грађански теоретичари државе имали умереније гледање на принудност државе и њене власти.¹³

За српског великана Слободана Јовановића, држава је регулаторна, умна и морална установа која ради за добро целог друштва и њена принудност је мање спорна, јер је прихватљивија за све. Држава је, по Слободану Јовановићу, носилац државне идеје и њени органи треба да су свесни те идеје и да раде на њеном остварењу. У реализацији те идеје држава је подједнако принудна и правична за све грађане и класе. Принудност њене власти није проблем који дели људе на оне који је оцењују као легитимну и оне који је не прихватају као такву, него је сматрају нелегитимном.

¹⁰ Слободан Јовановић, О држави, основи једне правне теорије, Сабрана дела, Том 8, БИГЗ, СКЗ и Југославијапублик, Београд, 1990, стр. 40.

¹¹ Матић – Подунавац, Политички систем, Београд, 1997, стр. 163.

¹² Коста Чавошки, Увод у право I, Основни појмови и државни облици, Драганић, Београд, 1996, 120.

¹³ Ханс Келзен, Општа теорија права и државе, Архив за правне и друштвене науке, Београд, 1951, стр. 122.

II

Легитимност је тековина модерне државе у којој се усталила и развијала политичка (парламентарна) демократија. Но, идеја о оправдању (легитимитету) власти је старија и сеже до древних европских (античких) и осталих држава и империја које наизглед са њом нису спојиве, нити им је нужна. Помало је апсурдно да је питање легитимности државне власти постављено у први план са појавом модерне државе. Она је по свему напреднија, хуманија и мање насилна од древних насилних и сурових деспотских држава, па је као таква и прихватљивија за своје грађане. И поред тога, не може да се каже да те древне деспотске државе нису спојиве са овом идејом и принципом. У ствари, сваки политички режим, па и онај сурови и деспотски, изискује да његови управљачи-властодршци осим силе и страха, својим поданицима намећу и одређену дозу свог моралног ауторитета да би њима лакше владали. Ма колико су државе и њихови управљачи сигурни у себе и своју силу, увек се потенцијално плаше да гнев према њима не изазове супротну и јачу силу која може да их угрози па и сруши. Држава и власт траже и постижу код људи послушност, али знају да изазову и гнев и револт када пређу дозвољену границу и угрозе човека, његове слободе и интегритет. И држава и њени управљачи, али и поданици, налазе се у стању узајамног страха јер исто онако како се народ плаши државе и власти, тако се и власт и властодршци плаше народног револта и гнева. Тако се легитимност показује као најбољи лек за решење овог хроничног неповерења између оних који владају и оних над којим се влада. Она помаже да се њихове воље сусретну и донекле споје, јер, како каже W. Hennis, ако су консензус и воља управљача и поданика исте, онда је срећан и благословен њихов живот.¹⁴

Иако се легитимност одређује у политичком и социолошком смислу, она се често односи на различите ствари, не везује се само за власт него и друге политичке и друштвене појаве. Тако се говори о легитимитету политичког представништва, владе, политичког поретка, властодржаца, политичког система, политичког ауторитета, моћи, владавине, друштвеног поредка, система власти и др.¹⁵ Према већини теоретичара, легитимност представља пристанак припадника једне државе на постојеће институције власти и њихове вршиоце зато што су или у складу са идеалима и начелима правде, једнакости и сл., или зато што су образовани по одређеним процедуралним правилима. У модерном смислу и схватању државе и политике, легитимност је повезана са пристанком народа, његовом вером, уверењем да су постојеће институције власти и њихови вршиоци у сагласности са идеалима и вредностима које су за њих најпожељније. Дакле, легитимност подразумева усклађеност делања политичке власти са

¹⁴ Wilhelm Hennis, *Легитимитет*, часопис „Гледишта“, Београд, бр. 7-10/84.

¹⁵ Видети: Павле Николић, *Уставно право*, Пословни биро, д.о.о. Београд, 1997, стр. 234.

принципима који су општеприхваћени у оквиру једне политичке заједнице.¹⁶ То даље значи да припадници једне заједнице не прихватају владајући поредак само из навике или обичаја него из уверења да је то за њих добро.¹⁷ Овакво схватање легитимитета је утемељио Русо као модерни теоретичар државе и демократије. Пошто је утврдио да сила не даје право и да смо дужни да се покорavamo само легитимној власти, Русо се запитао како осигурати сигурну и легитимну владавину у оквиру грађанског друштва у коме су људи такви какви су а закони онакви какви могу да буду.¹⁸ Али и много пре Русоа, теоретичари државе и практични политичари су били суочени са сличном дилемом. И за њих је било важно како да се обезбеди да они над којима се влада поштују и прихватају политичке институције. У ствари, сваки политички режим, па и онај најгори, у коме влада властодржац, има потребу да своју власт не прикаже у облику голог насиља, већ да јој да форму законите и уређене (цивилизоване) владавине. Давно је још Аристотел уочио и наговестио овако схваћену државу. У таквој држави владају мудро састављени закони¹⁹ и народ по својој вољи прихвата поредак у коме нема ни побуне ни тирана.²⁰

Легитимност, осим своје политичке суштине, има и свој морални аспект. Легитиман политички поредак произилази из решења сукоба личног гледишта и захтева непристрасности.²¹ Непристрастан политички поредак подразумева да се према сваком поступа једнако, поштују туђа права али и обрнуто, да се лични интереси потчине потребама тог поретка.²² По свој прилици је лакше обезбедити непристрасност једног политичког поретка него натерати различите политичке актере и такмичаре да имају исти морални став и поштовање према једном поретку и његовим институцијама. Актери политичког живота се међусобно разликују по својим моралним схватањима – шта је добро, а шта лоше у њиховом политичком животу и организовању и какво и колико поштовање треба да искажу једни према другима, али и самом политичком поретку у коме живе.²³ Легитимна власт је услов за правно ваљану и уређену власт, сагласну са уставом и важећим правним поретком. Легитимна власт даје легитимитет и правном поретку и самом уставу на његовом челу, али правни поредак, ма колико да је ваљан и сагласан (изведен) са уставом биће противправан и у крајњој линији неуставан уколико је нелегитиман,²⁴ донет од не-

¹⁶ Матић-Подунавац, Политички систем, Београд, 1997. стр. 163.

¹⁷ Ibid., стр. 163.

¹⁸ Жан-Жак Русо, Друштвени уговор, Просвета, Београд, 1949. стр. 9. и 30.

¹⁹ Видети: Аристотел, Политика, 1282 в, БИГЗ, Београд, 1984.

²⁰ Ibid., 1272в

²¹ Томас Нејгел, Морални конфликт и политички легитимитет, објављено у Зборнику радова „Савремена политичка философија, Београд, 1988, стр. 315.

²² Ibid., стр. 315.

²³ Ibid., стр. 316.

²⁴ Проф. др Милан Петровић, Устав и легитимитет, чланак из Зборника: Уставно питање у Србији – саветовање Ниш, 20-21. мај 2004. год., стр. 21.

легитимног носиоца власти. Штавише, и формално неуставни правни акти и радње постаће правоваљани уколико су легитимни.²⁵ Дакле, легитимна власт ствара легитиман устав и правни поредак, а устав као нормативни акт, сам по себи, не може ваљано да уређује политичке односе и институције једне државе ако је нелегитиман, ако потиче од нелегитимне власти.

Свака власт најпре жели да буде легитимна па тек онда легална, јер од легалне власти не може да се добије ваљан и признат политички поредак на који пристају грађани једне заједнице. Но, и легитимитет и легалитет се додирују и преплићу тако што свака власт (легитимна и њој супротна, нелегитимна) има потребу да се не испољава у облику голе силе већ у облику закона.²⁶ Без обзира на овакве сличности, једно је владавина закона – легалност, а друго политичка владавина појединаца, групе или народа, која тежи и треба да буде легитимна или призната. Као што је сувереност на свој начин решила дилему ко има највишу власт, тако је и легитимност, како примећује Јован Комшић, помогла у стварању стабилне и делотворне власти.²⁷ Док је сувереност државне власти нешто што је трајно и више се не доводи у питање нити умањује ни од Бога, свемоћног појединца или неке друге овоземаљске силе, то није случај и са легитимитетом. Он није вечит, стиче се, али и губи, пре је процес него стање које се оствари и не мења. Легитимност се не добија заувек. Она је отворена, траје као проблем који се изнова решава јер свака власт оскудева у њој,²⁸ не може да је обезбеди за све време док траје. Док се сувереност државне власти више не доводи у питање, то није случај и са легитимитетом. Легитимитет се стиче, али и губи, доказује и оспорава, брани и искушава, проверава па и усавршава, тако што властодршци стално смишљају боље рецепте владања да би своје грађане (поданике) убедили у то да је њихова владавина подношљива и прихватљива.

Идеје, принципи и вредности које поштује и на којима почива модерна легитимна власт су тековине грађанског друштва. Оне су се изнедриле из нововековне доктрине природног права коју је створила европска политичка култура и традиција. Насупрот послушности, страху и другим принципима на којима су се одржавали рани деспотски режими, природноправни философи су оправдање државне власти нашли у људској природи – једнакости, слободи, братству, поштовању интегритета и сл. То су вредности које данас мора да поштује свака власт. Ма колико да их оспори и угрози, мора да застане пред њима, да изгради такав рационалан модел своје организације који ће бити у сагласности са природним стањем или, боље речено, човековом природом. Без

²⁵ Ibid., стр. 21.

²⁶ Ђурић Биљана, Народна сувереност и легитимитет власти, семинарски рад, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2000, стр. 25.

²⁷ Јован Комшић, Теорије о политичким системима, Институт друштвених наука, Београд, 2000, стр. 197.

²⁸ Љубомир Тадић, Наука о политици, Рад, Београд, 1988, стр. 89.

обзира на своје варијанте, легитимност се, по М. Веберу, обезбеђује на два начина: 1) унутрашњим побудама које могу бити афективне или вредносно рационалне и 2) на основу очекивања спољашњих последица односно коришћења извесних погодности које ситуација пружа у властитом интересу.²⁹

III

Попут суверености, и легитимност је силазила са божанских (небеских) висина и спуштала се до овоземаљског света и човека у њему. Од божанске привилегије и откровења, мењала се и постала овоземаљска идеја, блиска и разумљива схватању и менталитету обичног човека. Са настанком модерне државе и демократије, и легитимност је демократизована, па се тако власт оправдава и изводи из воље народа. Сада држава добија овлашћење од народа да власт спроводи у његово име. А то значи и да легитимном може да се назове само она власт која потиче од народа. Таква легитимна власт је повезана са пристанком народа, његовим уверењем да једна власт и њене институције одговарају интересима и идеалима у које он верује. Оваква демократска легитимност је произашла из доктрине народне суверености и претпоставља остваривање те народне суверености. Овакав демократски легитимитет власт добија на изборима, јер по доктрини народне суверености, народ сам остварује своју суверену вољу – непосредно, а изузетно и преко изабраних представника. Државна воља коју персонификују државни органи у ствари је пренета народна воља – већине народа који је остварује преко изабраних представника на које преноси власт, овлашћује их да ту вољу врше у његово име. Пошто не постоји идеална (непосредна) демократија, то је и немогуће постићи поистовећивање оних који управљају (владају) и оних којима се управља.³⁰ Као што знамо, прави антички или атински модел демократије нигде није поновљен и ми данас имамо посла са другом врстом демократије – представничком. У таквој демократији улога грађанина није да врши власт, већ да изабере оне који владају тако да политичка делатност постаје њихова брига, а не народа.³¹ У немогућности да се поистовете они који управљају и они над којима се управља, прави проблем представничке демократије је како да оствари сарадњу између народа и владе. Та сарадња тражи дијалог између народа и власти, а ако тога нема, онда нема ни пристанка народа на ту власт, па ни легитимности те власти. У представничкој демократији коју данас познајемо и у њој живимо тешко је остварити пожељну сарадњу и дијалог између народа и власти. Они који врше власт не примају налоге и инструкције од грађана како ће да врше власт, управљају њима. Зато је

²⁹ Михајло Ђурић, Социологија Макса Вебера, Загреб, 1987, стр. 260.

³⁰ Павле Николић, Власт и воља народа, Архив за правне и друштвене науке, бр. 1-2, Београд, 1990, стр. 276.

³¹ Јозеф Шумпетер, Капитализам, социјализам, демократија, култура, Београд, 1960, стр. 374.

и могућ раскорак, па и сукоб између воље и интереса грађана, односно народа, и воље и интереса оних који их представљају и врше власт у њихово име. Просто је немогуће у данашњој демократији у сваком моменту, па чак и у неком дужем периоду, да се постигне потпуно слагање оних који управљају, врше власт, и оних којима се управља. Из тога логично произилази да демократија не може да постигне, оствари потпуни легитимитет власти, јер је немогуће да се сви грађани једне државе перманентно слажу са свим одлукама оних који врше власт. И у демократској, као и свакој другој (недемократској) владавини, временом се отуђују и „кваре“ они који врше власт и управљају животом заједнице. Демократија није у некој предности у односу на друге, прошле режиме владања. Њени управљачи самим избором од грађана, народа, нису стекли врлине да буду доследни, праведни и одани онима којима треба да служе. Пре следећих избора (осим превремених) нема начина да се провери легитимитет демократске власти, па је сасвим оправдано да се сумња да ли је она увек и легитимна. Из искуства политичке демократије могуће је извести образац политичког понашања изабраних представника на власти. Док трају избори, у току изборне кампање, сви пуно обећавају народу, а када се власт освоји, онда се брзо забораве дата изборна обећања.

Изабрани представници, иако изабрани од народа, више се понашају као да су изабрани од својих политичких странака. Више се повинују и удовољавају жељама својих странака, него што маре за интересе и жеље народа.

Демократија је настала и развила се из критике претходних, недемократских и ауторитарних режима. Из саме критике демократије не види се излаз нити будући успешнији модел политичке владавине. Сем што сви повремено критикујемо слабости и праксу демократије, нико озбиљно не доводи у питање постојећу политичку демократију. Према њој се опходимо као према крају и врхунцу политичке цивилизације. До ње се дијалектички размишљало и трагало за новим излазом, а од ње смо се потпуно одрекли дијалектике. Као што је грађански позитивизам (са Огистом Контом) са капитализмом прогласио крај људске ере напретка, тако смо и ми прихватили демократију као свршену ствар. А са њом и сада, али и од почетка, ништа није било онако како се тврдило и замишљало. То су добро запазили и сви велики аналитичари и критичари демократије (од Аристотела до Токвиља) међу које се сврстава и српски великан Слободан Јовановић.

И у најбољем издању, демократија је подешена према интересу масе, а не према интересу државе. Она настоји да задовољи жеље већине, по цену да то учини на штету ефикасности државе. Државна идеја није демократска врлина која се добија демократизацијом државе. Штавише, демократизацијом се државна идеја обезвређује и распарчава у мноштво парцијалних схватања која ретко излазе из оквира предрасуда, од којих пати већина народа. Државна идеја је ближа одабраној мањини; има у себи нечег узвишеног, што обичан свет, по

природи своје скромније културе, не може да разуме. Наш парадокс је што живимо у времену нарасле друштвене моћи масе која не одговара њеној стварној вредности. Демократија је настала и до данас се одржала на догми о људској једнакости која је прихватљивија за већину него за мањину народа. Претераном једнакошћу је учинила да људи слично мисле, осећају и верују и онда када то није реално и нужно. Док је мањину вредних људи потценила и обезвредила спуштајући их на место које им не доликује, дотле је већину преценила стварајући јој осећање непостојеће величине. Основна поставка демократије – да су сви људи једнаки и слободни, нерална је и утопијска³², јер ни у једној држави нема ни потпуне неједнакости, нити потпуне једнакости. Још је Монтескије приметио да је демократија супротна не само неједнакости, него и крајњој једнакости³³, јер позив на општу једнакост не значи да су сви појединци њој и дорасли. Све је више противника демократије који сматрају да не може да се влада путем демократије, већ да једино путем дисциплине може да се спречи друштвени хаос. Све је више истине у томе да савремена држава све мање личи на државе класичне демократије. За Слободана Јовановића, владавина народа је била оправдана све док је власт угрожавала слободу човека и док је било неопходно да буде под контролом народа.³⁴ Савремена држава све више личи на предузеће у коме су потребни стручњаци да би вршили њене послове.³⁵ Таква држава више подсећа на бирократски деспотизам, али и поред тога није за осуду, јер је постигла рационализацију државне технике.³⁶ Демократија је парадоксални политички режим све док искуство потврђује правило да што је једно политичко тело шире, у тој сразмери је и мањи број оних који њиме управљају. У свакој политичкој организацији од партије, преко разних удружења до државе – масе контролише њихово вођство, једна јака мањина која искоришћава равнодушност већине. Већина људи је углавном равнодушна за јавне послове и зато пре пристаје да буде послушна, него да се труди да њу неко други слуша. Са оваквом аргументацијом и сумњом се треба односити и према демократском легитимитету власти. Ако у демократији уместо већине стварно влада мањина управљача, онда народ даје легитимитет, пристаје на власт коју не жели, не одобрава. Све док у демократији постоји привид владавине већине, дотле ће и легитимитет такве владавине бити проблематичан, односно привидан. Формални легитимитет власти који се обезбеђује кроз процедуру избора у представничкој демократији потиरे се постојањем неформалне моћи мањине управљача која је ван демократске контроле, па тиме и нелегитимна.

³² Мирослав Печујлић, Савремена социологија (стара и нова слика света), НИУ „Службени лист СФРЈ, Београд, 1991, стр. 191.

³³ Шарл Монтескије, О духу закона, Том I, Филип Вишњић, Београд, 1989, стр. 127.

³⁴ Слободан Јовановић, О држави, основи једне правне теорије, Сабрана дела, Том 8, БИГЗ, СКЗ и Југославијапублик, Београд, 1990, стр. 501.

³⁵ Ibid., стр. 501.

³⁶ Ibid., стр. 501.

IV

Од када постоји власт и врши се кроз различите политичке облике, постоји и потреба да се објашњава и оправдава. Простом и архаичном схватању власти је одговарало и њено превазиђено и ирационално легитимисање. У епохама и временима изражене мистичности и религиозности, Бог је био исходиште свега постојећег: природе, друштва, човека и власти. Како се власт мењала и развијала, тако се и лаицизирала – од Бога, све се више приближавала људима. Ако тој власти и нису увек дорасли, људи су барем покушавали да је оправдавају овоземаљским и људским разлозима. И као што се кроз развој теорије и праксе државе трагало за правим, најбољим обликом суверенитета, тако се тражио и најбољи модел легитимности власти. Истина, наше могућности избора најбоље врсте легитимности данас су сужене. Не прихватајући и одбацујући природно или божје (оноземаљско) оправдање власти, немамо куд него да се окренемо овоземаљском, демократском признању власти, оном које потиче од народа. Али народ није савршен и непогрешив као природа или Бог и његова оцена оправданости нечега – власти - има и дозу заблуде, предрасуде, претераног одушевљења или превеликог страха и сумње у оно што треба прихватити.

У модерним демократијама државна власт добија демократски легитимитет, има пристанак народа и тај пристанак стиче (али и губи) на изборима. Но, пракса демократије показује да такав легитимитет, добијен на изборима, није увек стабилан и сигуран или поуздан.

Власт и њени управљачи би стварно били легитимни да грађани самостално бирају своје представнике који ће да врше власт у њихово име. То није тако, јер је у данашњој парламентарној, вишестраначкој демократији важнија улога странака него грађана. Политичке странке су потисле грађане, постале су господари политичког живота. Уместо да грађани утичу на странке и формирање јавног мњења – дешава се обрнуто. Грађани су постали зависни од странака, подложни су њиховом утицају и, свесно или не, прихватају и следе њихову вољу (идеологију). На изборима грађани не гласају за кандидате које би стварно желели, него за оне које им намећу странке у које су или учлањени или су им привржени. Странке су пратилац парламентарне демократије, са њом су настајале и развијале се.³⁷ Оне су усредсређене на терен политичке демократије и парламентарне борбе за освајање гласова и победу на изборима за представничке органе власти. Постајући срж политичког живота, странке су успеле да потисну грађане из најважнијих фаза изборног процеса и политичког

³⁷ Видети: Др Владимир Гоати, Савремене политичке партије, комаративна анализа, Београд, 1984, стр. 17-19, па Слободана Јовановића, О држави, основи једне правне теорије, Сабрана дела, Том 8, БИГЗ, СКЗ и Југославијапублик, Београд, 1990, стр. 343-344 и др Радомира Лукића, Политичке странке, БИГЗ, Београд, 1995, стр. 20.

одлучивања. Зато власт и њени изабрани представници дугују већу лојалност странкама него грађанима, па пре можемо да кажемо да власт добија пристанак и легитимитет од странака, него од народа, грађана. Онако како је грађанску демократију заменила страначка, тако је и демократски легитимитет устукнуо пред страначким.

Странке су успешно преузеле кључну улогу у контроли власти – њеном избору, праћењу, оцењивању и, на крају, њеном оправдању и смењивању.

V

Власт је неизбежни пратилац модерног друштва и човека. Она је заслужна што је човека извела из примитивног и архаичног живота и увела у заједницу. Пре власти и државе, човек је био утопљен и изгубљен у свету у коме је живео, апстрахован и без личности, а са државом и влашћу добија личност и постаје грађанин. Власт је помогла човеку да се осећа сигуран и заштићен од других, одбрани своју слободу и иметак. Још су природноправни мислиоци доказивали да је природно стање оно што одговара човеку и његовој природи, али и да је у њему, по Хобсу, човек човеку вук³⁸ или по Локу, да ту има урођена права, оно што му рођењем припада, а што не може сам да брани, без помоћи државне власти.³⁹ Власт је заслужна што се човек ослободио страха од опасности, заштитила га од насиља другог човека, али га окренула себи, поробила и натерала на покорност својим заповестима. У држави човек више није био толико угрожен од другог човека, колико од власти којој мора да се покори. Слободан од других, постао је зависан и покорен од ње. Једну врсту неслободе и несигурности према себи једнаким заменила је друга, према оном (власти) који је био јачи и изнад осталих. Таква државна власт се од почетка поставила као сила, располаже монополом принуде који може неограничено да примени како споља, ван државе, тако и унутар ње према својим грађанима. Само то што државна власт располаже силом, може да је употреби када то жели или када јој је потребно чини излишним свако њено оправдање. И без спољашњег оправдања, државна власт се оправдава сама собом, својом силом, све док је ова ефикасна и делотворна. Пошто власт жели да буде разумна, а не неразумна, и да се сведе на голу силу, она тражи пристанак оних који треба да јој се покоравају. Ако и не добије такав пристанак, власти увек остаје на располагању сила са којом може да натера људе на покорност, да извршавају њене заповести. Многе власти и режими су на почетку били легитимни, добили пристанак од народа, да би се временом искварили, окренули против народа и постали диктаторски и тоталитарни. Таква је била судбина фашистичких и комунистичких режима, али и не само њих. Многи демократски режими се временом покажу

³⁸ Видети: Томас Хобз, Левијатан, Градина, Ниш, 1991. год.

³⁹ Видети: Џон Лок, Две расправе о влади, НИП „Младост“, Београд, 1978. год.

као квазидемократски па онда разочарани народ мора да их руши и свргава на улици, демонстрацијама, отпором, тихим или отвореном револуцијом. Власт може да буде легитимна али исто тако и насилна и повремено нелегитимна. Свака власт настоји да се оправда и задобије признање. Међутим, то некад није могуће; највише што се тада може јесте да се објасни таква каква је.

Mihajlović Vladan, LL.D,
Faculty of law in Kosovska Mitrovica

THE LEGITIMACY AS A CONDITION AND MEANS OF RECOGNITION AND JUSTIFICATION OF THE STATE

Summary

After the sovereignty is another important characteristic the state. Legitimacy means approval of members of a political community to the existing institutions of government and their executives. This approval is given because these institutions are in accordance with the ideals and values that are desirable for them. The way power has developed, so it has been changed conceptions of sovereignty and its forms. At the beginning the influence of religion on the power was justified and carried out from the God's will, but today it's got terrestrial meaning and origin. In the modern state, the power comes from the people; those who are ruling are given the authority from the people in order to perform it on behalf of the people. It is the democratic legitimacy that comes on elections, but at the same time there it could be checked, i.e. won and lost. The authority is legitimate as always it aspires but once the authority is illegitimate or quasilegitimate is when it hides behind the non-existent will of the people. Every power is illegitimate because it is sometimes impossible for citizens to give full approval to the decisions of the authorities.

УЛОГА ЦИНЦАРА У НАСТАНКУ И РАЗВОЈУ СРПСКЕ ДРЖАВНОСТИ

Др Александар Ђурђев*

Апстракт: Рад је подељен у два дела. У првом делу су кратко обрађена питања о пореклу Цинцара, њиховом називу, језику којим се служе и територији коју су насељавали. Други део, знатно обимнији, посвећен је значајним Цинцарима који су имали бројне и различите улоге у периоду настанка и развоја српске државности.

Ради се о личностима чије је цинцарско порекло директно или су током времена у процесу асимилације постали припадници српског народа. Укупно је приказана кратка биографија 58 личности.

Кључне речи: Цинцари, државност, устанак, Балкан, хетерија, Карађорђевићи, Обреновићи.

Срби су народ незахвалан; захвалност је биљка која
ретко ниче, и слабо напредује на земљи српској!

Милан Ђ. Милићевић¹, *Поменик знаменитих људи у српског народа*,
Предговор првом издању из 11. XI 1886. године, Београд, 1979, Слово Љубве

I

Аромунци или Цинцари, воде порекло од романског становништва које је насељавало северну половину Балкана. За идентификацију Цинцара, као припадника одређене етничке заједнице (која као таква није успела да се конституише), у литератури се употребљавају различити термини: Цинцари, Гркоцинцари, Власи, Грко-власи, Ароминци, Куцовласи.

* Редовни професор у пензији, Правни факултет Универзитета у Новом Саду.

¹ Писац *Поменика* (1831-1908), аутор стотинак књига, члан Српског ученог друштва, Српске краљевске академије, председник Српског археолошког друштва и један од оснивача Српске књижевне задруге.

„Цинцар је по пореклу Илир или Трачан, сасвим ретко Словен, по језику Роман, по вери православан, а по култури, бар у варошима Грк, по занимању сточар, трговац или занатлија; све остало сасвим је неодређено.“²

Цинцари немају политичку историју, али без њих историја формираних држава балканских народа била би свакако другачија. Заједничка прошлост Грка и Цинцара, под вековним турским господарством, створила је симбиозу, тако је у неким крајевима име Грк готово синоним за Цинцарин.

Каниц је сматрао да су Цинцари један од најважнијих културних елемената Балкана. Они су дали прву интелигенцију Срба, Бугара, Румуна и Албанаца. Оставили су културолошки, морални, економски и политички траг међу народима и времену у којем су живели.

Савремена друштвена наука Балкана свакако би требала да им узврати са дужним поштовањем. Њихов етнички траг је недовољно проучен феномен, не само за народе Балкана, већ и за шире географске дистанце које су насељавали, а то су: Трст, Беч, Будимпешта, Лајпциг, Праг, Краков, Констанца, Цариград, Северна Америка, Аустралија. Мешајући се са српским становништвом Балкана и хабзбуршких земаља, подижу и развијају образовни, културни, привредни, политички и укупни друштвени живот. Вредноћом, штедљивошћу, неповерењем и гордошћу, постају узор грађанима младе српске државе у настајању.

Народ у расејању и међусобно комуницира на свом – цинцарском језику. Овај језик спада у групу романских језика (заједно са француским, италијанским, шпанским, португалским) и представља један од најстаријих неолатинских језика на Балкану. С обзиром на чињеницу да није у континуитету имао своју државну територију, користио се регионално. Континуирана асимилација Цинцара утицала је да је овај језик постао језик интерне породичне комуникације. Сматра се да цинцарски језик данас говори око пола милиона људи, а да преко 50 аутора пише и објављује на цинцарском језику.

Цинцари из расејања редовно се окупљају сваке године на конгресу у Фрајбургу. Пре неколико година донели су и Резолуцију „Fera Rini“, којом од Европске уније траже признавање цинцарског етникума. Најупорнији међу њима, организују широм Балкана бројне скупове посвећене очувању успомене на сопствену прошлост.

Дугогодишње ропство балканских народа под Турцима оставило је дубоке трагове. У српском народу владала је општа неписменост. Најписменији део тадашњег друштва налазио се у њиховим срединама. То су били Грци и погрчени Цинцари, који су познавали језике православних хришћана Балкана, турски и албански. Преко својих породичних веза и земљака ван османског царства познавали су политичке прилике, не само на Балкану, него и у средњој Европи. Образовани, информисани, амбициозни и сналажљиви, постају активни учесници у државотворним делатностима, а посебно у дипломатским пословима.

² Др Д. Поповић, *О Цинцарима*, Београд, 1937, стр. 27.

Устаничке вође, Карађорђе и Милош, као и њихове војводе, били су неписмени. У новим условима грчко-цинцарско знање долази до пуног изражаја. Забележено је још раније да су Цинцари били у служби Шћепана Малог. Цинцарски родоначелник у српском друштву био је Христофор Жефаровић, аутор и илустратор прве наше модерне штампане књиге. Његова стематографија представља темељ српске издавачке делатности. Жефаровићев блиски рођак Е. Ц. Спиридис постао је аустријски племић. Са парницом коју је водио ушао је у „Рипли“ као најмеђународнији судски случај, што се може сматрати утемељењем међународног приватног права.

Спиридис, као италијански поданик, рођен у Турској, настањен у Кини, тужио је Тиенцинском британском суду британску општину која му је одузела раније дато право да производи шкотски виски од јапанског алкохола у француској дестилерији. Спор је добио.

Грци су сачували идентитет у време османске доминације. Угледне грчке породице у Истанбулу – фанариоти, представљале су стимуланс у борби за независност. Грчки интелектуалци, одушевљени Француском револуцијом, на челу са песником Константином Ригу (Riga od Fere) оснивају прво патриотско удружење Хетерије. Циљ удружења је био стварање грчке републике заједно са другим народима под османском влашћу. Ригу од Фере, пореклом Цинцара, лучоношу националне свести балканских народа, погубили су Турци у Београду 24. јуна 1798. године. Његов живот и дело уграђени су и у темеље нове српске државности.

Споменик Риги од Фере налази се у Београду. Њему је песник Војислав Илић посветио чувену песму „Гласник слободе“. Енглески романтичар Џорџ Гордон Бајрон, под његовим утицајем прикључио се грчкој револуцији, у којој је и погинуо.

Српска историја проткана је јуначким подвизима Цинцара, нарочито за време устаничких дана. Забележено је да су у војсци хајдук Вељка гинули многи виђени Цинцари. Његов ратни друг Никола Јоргић (Олимпиос) био је један од најбољих чланова тајне револуционарне организације „Feliki heterija“. Ова организација је његовим залагањем за вођу општебалканског устанка изабрала Карађорђа Петровића. Сам Олимпиос је погинуо са седам својих храбрих сабораца.

Руска мисија за време Првог српског устанка била је углавном састављена од Грко-цинцара. То је било разочарење за Србе који су очекивали праве Русе.

Цинцари су имали великог удела и у Другом српском устанку. Кнез Милош се окупио Цинцарима који су касније и на двору имали велик утицај. Његов писар (Руста) био је Цинцар. Тумач Димитрије, такође Цинцар. Сличне улоге су имали и Гркомакедонци: Марко Ђорђевић, Ђорђе Поповић (Ђелеш), Ђорђе Евангелидис. Утицајна личност био је и Коца (Никола) Марковић, поставши и попечитељ финансија.

Од првих устаничких дана први лекар је био Тома Костић, доживевши пензију од Кнеза Милоша. Цинцари су, заправо, били у устаничкој Србији и прво школовано медицинско особље.

У Србији крајем XVIII века стварају основе грађанског друштва. Постају носиоци културног напретка, образовања, писмености и привредне активности. „Они представљају везивно ткиво свих балканских православних народа.“³

II

Личним избором, између око 300 личности цинцарског порекла, приказан је кратак допринос само неких од њих. Аутор се извињава сенима ненамерно изостављених.

1. **Јован Ђ. Авакумовић**, рођен 01.01.1841. у Београду, умро 11.08.1928. године. Политичар и правник, у науци познати криминолог. Студирао у Немачкој, Швајцарској и Француској. Специјализовао кривично право у Немачкој. Повратком у земљу постаје први секретар Касационог суда, управник града Београда. Формирањем странака у Србији напушта чиновничку каријеру и као члан Либералне стране постаје министар правде и преузима председништво владе. Завереници га 1903. доводе на чело револуционарног кабинета и постаје председник владе. Доласком Краља Петра I повлачи се из политичког живота.

Написао је „Теорију казненог права“ у десет свезака која представља значајан прилог српској науци кривичног права. Једна улица на Палилули у Београду од 1940. године носи његово име.

2. **Јован П. Белимарковић**, рођен 1827. у Београду, умро 1906. у Врњцима. Завршетком лицеја у Београду студира у Берлину, прелази на војне науке и служи у пруској војсци. Као инжењерац предаје у Артиљеријској школи и касније обавља значајне војне послове у рату и миру. По абдикацији краљ Милан га 1889. именује за намесника сину Александру. Убиством краља Александра, Белимарковића хапсе, али нови председник владе, његов сестрић Јован Авакумовић, га ослобађа. Тада му рече: „Јово, до сада сам те сматрао за интелигентног човека, од сада више тако о теби не мислим. Бабадудићи (алудира на њихово цинцарско порекло) су сасвим могли изостати од овог скандала. Обреновићи су били и пси и људи, а ја не видим никакво јемство ни да ће Карађорђевићи бити бољи од њих.“

Вила Белимарковић у Врњачкој бањи подсећа на овог великог поборника Обреновића. У Београду једна улица носи његово име.

³ Др Прибислав Б. Маринковић, *Велике знамените личности цинцарског порекла у историји Срба*, Крагуљ, Београд, 2005.

3. **Димитрије Цинцар – Марковић**, рођен 25.08.1849. у Шапцу, умро 28.05.1903. у Београду. Гимназију и Артиљеријску школу завршио у Београду. Направио официрску каријеру, од потпоручника до генерала. Био је председник „генералске владе“ краља Александра. Убијен од завереника, када и краљ Александар Обреновић, 28. и 29.05.1903. године.

4. **Димирије Г. Давидовић, Карамата, „Шврћа“**, рођен 12.10.1798. у Земуну, умро 25.03.1838. у Смедереву. По његовој жељи на гробној плочи је уклесано „Димитрије Давидовић, сав Србин“. Због ниског раста назван „Шврћа“. Студирао је филозофију у Кезмарку и Пешти и медицину у Пешти и Бечу.

Био је новинар. књижевник, историчар, државник, дипломата, секретар првог кнеза Србије, законодавац, министар унутрашњих послова и министар просвете. Први српски новинар уредник „Новина Серпских“. Удружење новинара Србије сваке године додељује најуспешнијем новинару „Награду Димитрије Давидовић“.

На Ташмајдану 1830. имао је част да прочита Хатишериф којим је Србија добила унутрашњу самосталност и локалну самоуправу. Три пута је као посланик Кнеза боравио у Цариграду.

Писац је првог српског устава из 1835. године.

У Смедереву откривен му је споменик на стогодишњицу смрти. У Београд, Земуну и Смедереву постоје улице са његовим именом.

5. **Александар Цинцар–Марковић**, рођен 1889. године у Београду, умро 1925. Дипломирао на Правном факултету у Београду. Слушао права у Фрајбергу и Берлину. Докторирао у Француској. Као борац, резервни официр, учесник ратова 1912-1918. године.

Секретар у Министарству иностраних дела, на Конференцији мира у Паризу члан Секретаријата делегације Краљевине СХС, секретар Николе Пашића. Конзул Краљевине СХС у Задру, Трсту, секретар и саветник послаништву у Тирани. Након тога постаје шеф Балканског одсека у Министарству иностраних дела, отправник послова у Будимпешти, саветник посланства у Паризу, Софији и Бечу. Посланик у Софији и Берлину, Министар иностраних послова до 27.03.1941. Члан и генерални секретар делегације Краљевине СХС у Рапалу 1920. и Санта Маргарити 1922. Учесник преговора о приступању Југославије Тројном пакту 1941. Потписник акта капитулације 17.04.1941. За време окупације остао у земљи.

6. **Павле Денић**, рођен 16.04.1855. у Београду. Води порекло од неке бабе Дуде која се доселила из Приштине у Београд и имала међу својим потомцима министре, генерале и људе на највишим положајима. У Србији се говорило „Карађорђевићи претендују, Обреновићи владају, а Баба-дудићи управљају“. Средњу школу и Војну академију завршио у Београду. Диплому инжењера стекао у Паризу.

Био је професор Војне академије, управник полиције у Београду, генерални конзул Србије у Скопљу и Солуну, посланик, начелник београдског округа, директор фабрике дувана, министар грађевина, министар спољних послова. Оснивач, утемељивач и председник бројних друштава: Дунавског кола јахача, Српског удружења инжењера и техничара, Осигуравајућег друштва „Србије“, друштва „Свети Сава“ и Српског друштва Црвеног крста. Носилац бројних одликовања за личну храброст и ревносну службу.

7. Александар Е. Дероко, родио се у Београду 17.9.1894. умро 30.12.1988. год.

Редовни професор Архитектонског факултета у Београду, архитекта, историчар уметности, академски сликар, писац научних радова, књижевник. Један од 1300 каплара и првих наших пилота. Творац спомен обележја на Газиместану и костурнице сарајевским атентаторима, као и храма Св. Саве на Врачару. Носилац Албанске споменице, редовни члан САНУ, добротвор. Поклонио САНУ сто цртежа и 20 темпера.

Једна београдска улица носи његово име.

8. Драгутин Димитријевић-Апис, рођен 05.08.1876. у Београду, погубљен 14.06.1917. у Солунском пољу. Генералштабни пуковник. Бунтовник, револуционар, завереник против краља Александра Обреновића 1903, оснивач тајне организације „Уједињење или смрт“, организатор сарајевског атентата на Фердинанда 1914, проглашен кривим за атентат на краља Александра I Карађорђевића 1917. године

9. Илија Ј. Димитријевић, рођен 1881. у Крагујевцу, изгубио живот у Солунском заливу 27.05.1941. Завршио Војну академију, постао бригадни генерал. Учествовао у свим ратовима 1912-1918. Писао и преводио из војне области. Одликован највишим војним одликовањима. Пензионисан 1938, реактивиран 1941, постављен за помоћника команданта дивизије и приликом повлачења са великом групом официра и војника кроз Грчку изгубио живот приликом потапања брода у Солунском заливу.

10. Живојин Ј. Димитријевић, рођен у Крагујевцу 05.10.1871. умро 08.02.1925. у Београду. Службовао у Војнотехничком заводу у Крагујевцу као управник тополивнице. У Првом светском раду радио на реорганизацији наоружања српске војске на Крфу и Француској.

Запажен је његов рад на стварању српске стручне терминологије.

11. Коста Динић, рођен 20.08.1854. у Брусници, умро 18.01.1907. у Београду. Студирао правне науке и докторирао медицину у Паризу. Учествује у подизању херцеговачког устанка заједно са кнезом Петром Карађорђевићем. Лекар је у Пироту, Смедеревској Паланци и Београду. Биран за народног посланика. Одлази у Швајцарску и постаје приватни лекар кнеза Петра Карађорђевића. Први српски лекар који је 20 година пре др Алберта Швојцера организовао

своју мисионарску експедицију у Африци. Постао лични лекар краља Петра I Карађорђевића.

12. **Димитрије Ђорђевић**, рођен 1782. у Македонији, умро 25.01.1837. у Јагодини. Био секретар кнеза Милоша, тумач за турски језик, благајник Народне канцеларије, кнез Јагодинске нахије. Преговарач са Турцима, члан делегације 1820. у Цариграду. Милошев верни пратилац, тумач и писар.

13. **Јован Ф. Ђорђевић**, рођен 13.11.1826. у Сенти, умро 09.04.1900. у Београду. Школовао се у Сегедину, Новом Саду, Темишвару и Пешти. Био професор новосадске гимназије, директор београдске гимназије, наставник младог краља Александра. Једно време био и министар просвете и црквених послова Србије. Отац модерног позоришта у Србији. Један од оснивача Српске књижевне задруге. Аутор песме „Боже правде“ химне до 1918. Србије, касније и Југославије. Члан Српског ученог друштва.

14. **Наум Ђорђевић**, рођен 02.11.1898, умро 25.01.2000. у Београду. Лекар и дугогодишњи председник Друштва за неговање традиције ослободилачких ратова Србије до 1988. Као матурант добровољац прешао Албанију, учествује у пробоју Солунског фронта. Носилац Албанске споменице. Носилац многих ратних и мирнодопских одликовања.

15. **Михаило Герман (Разоглија)**. Велики трговац, богат знањем и искуством. Обављао курирске послове за кнеза Милоша према Русији и тако ушао у зачетке српске дипломатије.

16. **Коста Д. Главиревић**, рођен 23.01.1858. у Београду, умро 25.09.1939. Инжењер, технику завршио у Београду, грађевину у Берлину. Професор на Великој школи. Министар привреде, комесар Српске народне технике, у ратовима главни инспектор болница. Конструктор, аутор популарних научних чланака. Иницијатор стварања земљорадничких задруга. За сушилицу шљива у Паризу одликован бронзаном медаљом. Као некадашњи председник општине дочекао регенте Александра Карађорђевића у ослобођеном Београду.

17. **Бошко К. Христић**. Дипломирао права у Женеви, био шеф кабинета председника владе Николе Пашића. Југословенски посланик у Хагу, Атини и Риму.

18. **Филип Х. Христић**, рођен 1819. у Београду, умро 29.01.1905. Војни академац, студирао филозофију у Бечу. Завршио права и докторирао у Паризу 1848. год. Радио у Министарству просвете, дипломатије и Касационом суду. Постао секретар кнеза Милоша и поверљива личност кнеза Михајла. Председник српске владе.

19. **Коста Н. Христић**, рођен 1852. Завршио права, био конзул у Солуну и посланик у Риму, Будимпешти и Бечу. Преводац и писац.

20. **Никола Христић**, рођен 10.08.1818. у Сремској Митровици, умро 26.11.1911. у Београду. Аустроугарски подофицир, пребегао у Србију. Био Га-

рашинов помоћник, министар унутрашњих послова, четири пута био председник владе. Одан Обреновићима. Није припадао ниједној странци. На опелу у цркви присуствовао краљ Петар Карађорђевић, а ковчег са осталим из цркве изнео Никола Пашић.

21. **Петар Ичко**, рођен у Катраници, умро 15.05.1808. у Београду. Велики трговац-извозник, обављао дужност београдског трговачког конзула. Био у дипломатској служби кнеза Милоша, преводилац турског посланства у Берлину. Најкрупнији резултат његовог рада је дипломатска мисија у Цариграду 1806/07. која је завршила склапањем Ичковог мира. Једно време био председник београдског магистрата.

У Београду постоји Ичкова улица.

Његов син Наум Ичко, трговачки конзул кога је кнез Милош ценио, имао је кућу у Београду, у којој су биле три значајне установе: прва српска штампарија, прва београдска апотека и „Главно управитељство поштанско“. Наум је био „прави господар београдске чаршије“.

22. **Ђорђе Јоргакис (Јоргаћ)**. Долази у Србију за време српског устанка са својих седам другова и прикључује се Хајдук Вељку. Храбро се борио до краја устанка. Звали су га грчки Синђелић. После погибије Хајдук Вељка жени се његовом женом, неустрашивом Чукун Станом.

23. **Акостос Јовановић**, рођен 1817. год. у Враци, умро 13.11.1899. у Београду. Графичар, сликар, маршал двора, дворуправитељ: сачинио слова за први српски буквар. Као државни питомац у Бечу студира бакрорез и цртање. Оснивач српске литографије, обновитељ наше графике и пионир акварела. Био секретар кнеза Милоша, управник двора кнеза Михајла.

Једна београдска улица носи његово име.

24. **Јован П. Јовановић**. рођен 24.11.1833. год. у Новом Саду, умро 03.06.1904. у Сремској Каменици. Лекар, песник, преводилац, приповедач и јавни радник. Предавао је у Братислави, Мадри и Тринову. Студирао права и медицину у Бечу, Пешти и Прагу. Један од оснивача Српске књижевне задруге, члан Академија наука. Многе улице и сада носе његово име. Најбољи и најпопуларнији српски песник (и југословенски), има споменике на трговима наших градова.

25. **Живко Ц. Карабиберовић**, председник Народне скупштине, дугогодишњи председник београдске општине. Био члан Светоандрејске скупштине (1858). Основао „Прву српску банку“ покушавајући да стави национални капитал као противтежу страном капиталу.

Једна улица у Београду носи његово име.

26. **Димитрије Чамиш Кара-Тасо**, рођен 1789. год. у Његустима (Македонија), умро 1861. у Београду. Вођа грчког народног устанка 1821. Живот завршио као емигрант у Србији. Добио титулу пуковника. Кнез Михајло у знак захвалности подигао му споменик са својим познатим уклесаним стиховима.

27. **Бимбаша Конда**, рођен око 1783. год. у Епиру, погинуо 1807. у Лозници. Буљбаша је велики јунак првог српског устанка.

Једна улица у Београду носи име Кондина улица.

28. **Коста Ј. Констатиновић**, рођен 1869. год. у Смедереву, умро 1961. Завршио медицину у Паризу. У Београду остварио докторску праксу са великим успехом. Био лични лекар принца Ђорђа Карађорђевића. Финансирао сиромашне ђаке, а одличне ученике да се школују у француским школама.

29. **Лаза П. Костић**, рођен 21.01.1841. год. у Ковиљу, умро 9.12.1910. у Бечу. Студирао и докторирао право у Пешти. Српски посланик, службеник Министарства иностраних послова у Београду, секретар српског посланства у Петрограду. Великан српске књижевности.

Београд има улицу и библиотеку „Лаза Костић“.

30. **Цинцар-Марко Костић**, рођен 1977. год. у Белици (Македонија), умро 10.02. 1822. у Шапцу. Учесник I српског устанка. Познат мегданџија. По М. Ненадовићу „најбољи јунак“. Карађорђе га унапредио за војводу.

У Београду постоји Цинцар-Маркова улица.

31. **Хећим Тома Костић**, рођен 04.04.1778. год. у Кожанима (Македонија), умро у Панчеву. Као војни лекар лечио устанике, излечио од ране Кнеза Милоша и по његовој наредби сахрањен је до зида велике београдске цркве 1833. год.

32. **Наум Крнар-Москопољац**, рођен 1780. год. у Москопољу. Блиски сарадник и помоћник Карађорђа. Познавао је више језика и био Карађорђев писар. Био је члан Хетерије тајног удружења које се борило за ослобођење и уједињење балканских хришћана. Као повереник Хетерије имао је велик утицај на Карађорђа као политички и дипломатски саветник. Након убиства његова глава је заједно са Карађорђевом послата у Цариград.

33. **Божидар К. Крстић**, рођен 1854. год. у Неготину, умро 1936. у Београду. Завршио артиљеријску школу. Пензионисан у чину пуковника. Обављао значајне војне функције. Учествовао у свим ратовима до краја I светског рата. Одликован бројним одликовањима. Спада у ред елитних артиљеријских официра.

Као државни питомац завршио политехнику у Штутгарту. Средином I светског рата придодат француској војсци.

34. **Владимир Б. Крстић**, рођен 04.05.1887. год. у Београду, умро 1963. у Београду. Завршио Војну академију, Вишу војну академију и артиљеријско усавршавање у Француској. Учествовао у свим ратовима до 1918. Обављао бројне војне функције, редовни професор Војне академије, војни аташе у Букурешту. Одликован бројним домаћим и страним одличјима. Спада у ред елитних официра.

35. **Коста Д. Кумонуди, Коча**, рођен 22.11.1874. год. у Београду. Завршио права у Београду, докторирао у Паризу, постао професор административног права на Правном факултету у Београду. Више пута био народни посланик и министар финансија, спољних послова и просвете, председник београдске општине и Народне скупштине.

36. **Јован Курсула**, рођен 1768. год. у Доњој Горевници, умро од задобијених рана на Делиграду 16/28.08.1813. године.

Војвода, храбри мегданција и велики јунак I српског устанка. Опеван у народним песмама.

37. **Симка Ј. Лаховари, рођена Обреновић**, рођена средином XIX века у Србији, умрла 1915. негујући рањеника из рата. Васпитавана у Немачкој. Удала се за румунског бојара и државника Александра Лаховарија и у Букурешту била истакнута друштвена личност, прва дворска дама и особа од историјског значаја. Беспрекорно морална и шармантна била цењена фигура румунског друштвеног живота. Увек истицала да је Обреновићка.

38. **Владимир Д. Љотић**, рођен 13.01.1846. год. у Смедереву, умро 27. 7. 1912. Школовао се у Београду и Пешти студирао право у Бечу и Цириху. Био секретар кнеза Александра Карађорђевића, секретар и начелник Министарства спољних послова генерални конзул у Солуну. Творац земљорадничког задругарства у Србији.

39. **Милтон Манаки**, рођен 1882. год., умро 1964. Пионир филмског снимања и фотографије код нас. Био званични фотограф српског двора.

40. **Милован Ђ. Миловановић** (17.02.1863–18.06.1912). Студирао права и докторирао у Паризу. Учесник у састављању Устава из 1888. и Устава из 1901, посланик, министар правде, министар спољних послова, председник Владе Србије.

41. **Богдан Д. Медаковић**, 1854-1930. Студирао права и докторирао у Бечу. Адвокат у Загребу, секретар Српског клуба, опозициони посланик у Сабору Хрватске и Словеније, председник Сабора, првак Српске самосталне странке. председавао седницом Сабора у часу раскида државноправних веза Троједне краљевине и Аустроугарском 1918.

42. **Ђорђе Несторовић**, рођен у Пожаревцу 1864. год. умро 1932. Дипломирани правник, судија, секретар Министарства правде, професор Правног факултета у Београду. Управник града Београда (1893), први бан Моравске бановине, председник Београдске општине.

43. **Гуша Боди Николић**, рођен 1810. год. у Блацу, умро 1875. Један од најзначајнијих београдских Цинцара и један од најимућнијих људи у Србији. Велики пријатељ и саветник кнеза Милоша. Материјално помагао увођењу стојеће војске у Србији.

44. **Милутин П. Николић**, рођен 15.02. год. у Београду, умро 15.03.1967. у Београду. Завршио Војну академију у Београду, прешао Албанију, одликован више пута због ратних заслуга. Написао прву књигу о организацији интендантске службе. Оснивач и предавач на Војној интендантској академији. Стекао чин дивизијског генералштабног генерала.

45. **Петар Новаковић-Чардаклија**, Дипломата из Првог српског устанка. У Београду постоји Чардаклијина улица.

46. **Бранислав Ђ. Нушић**, рођен 08.10.1864. год. у Смедереву, умро 19.01.1938. у Београду. Завршио правне студије у Београду. У српско-бугарском рату био добровољац. Највећи српски комедиограф, после Стерије. Књижевник, драматичар, приповедач, романијер, путописац. Први српски сценариста. Први начелник унутрашњег одсека, Министарства правде, први начелник ослобођеног Битоља. Редовни члан Српске краљевске академије.

У Београду постоји споменик и улица са његовим именом.

47. **Страхиња-Бан Б. Нушић**, рођен 1895. год. Страдао у одбрани Београда 1915. године као добровољац. Један од најмлађих каплара. Син Б. Нушића. Пионир српског аероједриличарства.

48. **Лазар С. Пачу**, рођен 01.03.1853. год. у Чуругу, умро 12.10.1915. у Врњцима. Новосадски гимназијалац. Студирао медицину у Цириху, докторирао у Берлину. Био лекар и шеф санитета у Београду. Као хуманиста, лекар (бесплатно лечио ђаке, глумце и сиротињу) постаје легендарна и популарна личност српских финансија. Тежио изградњи богате државе и друштва у коме појединац не мора бити богат. У три мандата обављао функцију министра финансија. За њега, као тврдицу и штедишу, важила је изрека: „Лаза не да и кад краљ тражи.“ Постоји прича да се за време рата одриче плате под условом да његов Чуруг буде у новој држави.

49. **Никола П. Пашић**, рођен у Зајечару (1845-1926) био је један од најзначајнијих српских и југословенских политичара. Преци су му пореклом из познате цинцарске породице Паску из села Рогачево у близини Тетова. Дугогодишњи председник владе Краљевине Србије и Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца. Оснивач и вођа Народне радикалне странке. Три пута је биран за председника Народне скупштине, два пута за градоначелника Београда. Започео урбанизацију града. Обављао је функцију министра спољних послова, вршиоца дужности министра финансија, специјалног представника српске владе у Санкт Петербургу.

Један је од главних иницијатора стварања Балканског савеза. Након Балканских ратова Србија удвостручује своју територију са Новопазарским Санџаком, Косовом, Метохијом и Вардарском Македонијом. Залагао се да одржавањем демократских избора ослобођена подручја постану саставни део државног уређења Србије.

На иницијативу Пашића, јеромонах Николај Велимировић одлази у Енглеску и САД да афирмише српску праведну политику и неутралише аустријску пропаганду против Србије. Потписник је Крфске декларације 1917. године, а као председник делегације Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца учествује на Мировној конференцији у Паризу 1919. године. Активно учествује у доношењу Видовданског устава 1921. год. којим краљевина постаје унитарна монархија. За почасног грађанина Панчева проглашен је 1923. године.

Након 48 година активног политичког рада, умро је у Београду 10.12.1926. године. Деловао је као мудар, сталожен и упоран државник У политичким иступима носила га је уздржаност, неодлучност и духовитост.

Једна од познатих његових изрека гласи: „Срби јесу мали народ, али већег између Беча и Цариграда немамо“.

Обављао најодговорније државничке функције за две династије и четири краља. Убраја се у државнике који су допринели рушењу два царства – Османског и Хабзбуршког.

Српство се Пашићу одужило спомен плочом откривеном 1939. године у Цириху, на кући у којој је као студент боравио, а родни Зајечар, задужбином, тргом и спомеником, као и Београд тргом, импозантним спомеником и таблом на згради у којој је велики државник умро 1926. године. Иван Мештровић је на Новом гробљу израдио бисту хорифеју наше историје, политике и дипломатије.

50. **Ђорђе Поповић-Ћелеш**. Дошао у Србију 1815. и ступио у службу кнеза Милоша. Као познавалац турског, арнаутског и грчког језика био кнежев преводилац.

51. **Цинцар-Јанко Поповић**, рођен 1779. год. у Охриду, умро 1834. у Ћуприји.

Устанички војвода. Велики јунак српског устанка, чувен по мегдану са Остроч-Капетаном кога је посекао на Мишару. Истакао се при заузимању Београда, на Лозници и Делиграду.

Једна улица у Београду носи његово име.

52. **Јован Стерија Поповић**, рођен 01.01.1806. год. у Вршцу, умро 26.02.1856. у Вршцу. Права студирао на Лицеју у Кежмарку, Словачкој, бавио се адвокатуром, професор латинског језика. Прелази у Београд и постаје начелник Министарства просвете. Аутор је првог школског закона и Закона о заштити и чувању споменика културе. Иницијатор и учесник у оснивању Друштва српске словесности и Народног музеја.

Први и највећи српски комедиограф XIX века. Једна улица у Београду носи његово име, као и више школа у Србији. У новом Саду се одржава Стеријино позорје.

53. **Милан Ј. Ристић**, рођен 1871. год. у Смедереву, умро 1957. у Београду. Дивизијски генерал, учесник Балканског, Бугарског и Првог светског рата, командир бригаде Добровољачког корпуса и из Русије долази преко Архангелска и учествује у пробоју Солунског фронта. Носилац многих ратних одликовања.

54. **Коста Стојановић**, рођен 02.10.1867. год. у Алексинцу, умро 03.01.1921. у Београду. Државник и научник. Министар народне привреде. Члан делегације на мировној конференцији у Паризу и преговорима у Рапалу. Министар финансија у влади Николе Пашића.

55. **Алимпије Васиљевић**, рођен 21.11.1831. год. у Ваљеву, умро 21.01.1911. у Београду. Професор филозофије на Великој школи, политичар. У више наврата министар просвете, дипломата у Русији.

56. **Ђорђе Загла**, рођен у Блацу.

Приступио устаничкој војсци и био буљубаша. Одликовао се храброшћу и вештином ратовања. Био рањен. Прикључио се војсци Хадук Вељка. Уважаван и поштован. Добио издржавање из државне благајне.

57. **Александар Ж. Живановић Сања**, рођен 07.03.1850, погинуо 05.10.1912. год.

Као студент треће године архитектуре пријавио се добровољно и погинуо као прва ратна жртва у балканском рату Србије.

Једна улица у Београду, на Сењаку, носи његово име.

58. **Милан В. Ђорђевић**. Учествовао у Првом светском рату, у пробоју Солунског фронта и као капетан прве чете српске војске ушао у Дубровник 1918. године. Одушевљено дочекан, од последица рањавања умире, и у Дубровнику је сахрањен.

59. **Јован-Јоца П. Јовановић (Пијон)**, рођен 03.09.1869. г. у Београду, умро 20.06.1939. у Охриду. Политичар, историчар, професор. Права завршио у Београд и Паризу. Секретар Министарства финансија, начелник Министарства иностраних дела, министар, посланик у Бечу, Лондону и Вашингтону.

ЈАВНА ОВЛАШЋЕЊА НЕТЕРИТОРИЈАЛНЕ АУТОНОМИЈЕ У ПРАВНОМ СИСТЕМУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Др Владимир Ђурић*

Апстракт: Предмет овог рада је сложена правна анализа јавних овлашћења нетериторијалне аутономије у правном систему Републике Србије. Нетериторијална аутономија постоји у различитим формама, међу којима дистинкција није увек и у свему јасна. Устав Републике Србије познаје функционалну нетериторијалну аутономију универзитета, научних и високошколских установа, као и културну и персоналну нетериторијалну аутономију цркава и верских заједница и националних савета националних мањина. Аутономија универзитета и цркава и верских заједница означава њихово право да доносе опште акте којима регулишу своју организацију, али који имају и шире дејство. Имајући у виду природу њихове активности, универзитети и цркве и верске заједнице могу да врше и друга јавна овлашћења. Са друге стране, национални савети националних мањина у Републици Србији имају јавна овлашћења која превазилазе културну аутономију и сугеришу намеру да се у политички систем уведу извесни елементи консоцијативности које Устав не предвиђа.

Кључне речи: Јавна овлашћења, нетериторијална аутономија, културна аутономија, персонална аутономија, функционална аутономија, цркве и верске заједнице, универзитет, национални савети националних мањина.

ПОЈАМ ЈАВНИХ ОВЛАШЋЕЊА

Сасвим сигурно се може истаћи да појам јавних овлашћења спада међу најважније појмове управноправне науке и позитивног права. Теоретичари, уз велики степен сагласности, ипак донекле различито одређују тај појам, истичући у први план поједине аспекте овог значајног питања.

Јавним овлашћењима највећи број теоретичара подразумева овлашћења недржавних субјеката да ауторитативно иступају,¹ што их чини само дру-

* Др Владимир Ђурић, научни сарадник, Институт за упоредно право Београд, ванредни професор Факултета правних наука Универзитета „Апеирон“ Бања Лука.

¹ Д. Милков, *Управно право књ. I*. Нови Сад, 2009, стр. 95.

гим називом за поједине прерогативе државне власти.² Будући да се сматра да основ за ауторитативно иступање, односно вршење јавних овлашћења може да буде само закон,³ одређење тог појма се може проширити тако да се под **јавним овлашћењима** сматрају посебна, законом поверена овлашћења недржавним субјектима да, у обављању своје основне привредне или друге делатности, могу користити и одређена *управна овлашћења*.⁴ Имајући у виду да се у одређење појма јавних овлашћења уводи нови термин „управна овлашћења“, поставља се питање да ли је реч о синонимима, односно да ли су јавна овлашћења у свему иста са управним овлашћењима. Због тога, даљу анализу појма јавна овлашћења треба усмерити ка питању шта је садржина ауторитативног иступања.

Јавна овлашћења као овлашћења њихових носилаца (недржавних субјеката) да иступају *ауторитативно*, по појединим ауторима, значе да њихови носиоци у том оквиру: 1. својим општим актима регулишу одређене односе од ширег интереса, 2. решавају у конкретним ситуацијама путем доношења појединачних правних аката и 3. врше друга јавна овлашћења (нпр. издавање јавних исправа).⁵ Оно што недржавни субјекти у таквим случајевима раде, јесте да врше она овлашћења која има управа, а то су управна овлашћења.⁶ Међутим, полазећи од одређења садржине ауторитативног иступања органа управе које обухвата доношење управних аката и вршење управних радњи у појединачним ситуацијама, доношење општих правних аката, вршење управног надзора и издавање јавних исправа, закључује се да се недржавним субјектима могу поверити *само одређена овлашћења*. Та овлашћења нису прецизно одређена правним прописима, али се може извести закључак, према коме у њих спадају доношење управних аката, уређивање односа од ширег друштвеног значаја општим актима и вођење јавних евиденција и издавање јавних исправа, али не и вршење управног надзора и предузимање управних радњи.⁷ Постоје и схватања према којима управна овлашћења којима могу располагати недржавни субјекти, осим решавања у управним стварима и вођења јавних евиденција, обухватају, али изузетно, још и вршење инспекцијског надзора, док се одређени послови, односно овлашћења не могу вршити, односно поверавати као јавна овлашћења и у њих спада доношење управних прописа и примена мера принуде и ограничења.⁸ У том смислу, термилошки би се могла разликовати управна овлашћења као овлашћења органа управе, односно шири корпус свих овлашћења управе, са једне стране, и јавна овлашћења,

² З.Томић, *Управно право, систем*, Београд 2002, стр. 252.

³ Д. Милков, н.д. стр. 96.

⁴ Лилић, С., *Управно право/Управно процесно право*, Београд, 2013, стр. 168.

⁵ Кунић, П., *Управно право (општи и посебни дио)*, Бања Лука, 2001, стр. 290.

⁶ Д. Милков, н.д. стр. 95.

⁷ Исто, н.м.

⁸ П. Димитријевић, *Управно право, Општи део*, Ниш, 2008. стр.182.

као сегменти, односно поједина од тих овлашћења која су пренесена недржавним субјектима, са друге стране. У домаћој правној науци се међутим, управо полазећи од садржине јавних овлашћења, чини разликовање јавних овлашћења на управно - јавна овлашћења и неуправно – јавна овлашћења. Управно – јавна овлашћења се, по том приступу, састоје у прописима утемељеном ауторитативно – оперативном или/и корективно-правном, односно материјалном деловању у појединачним ванспорним случајевима, што их своди на нормативно признату моћ предузимања управноправних и управноматеријалних аката. Са друге стране, неуправно – јавна овлашћења значе правно гарантовану могућност да одређене недржавне организације својим општим правним актима уреде, у пољу своје делатности, неке односе од ширег интереса.⁹

У теорији се истиче да одлука о томе којим субјектима ће бити поверена јавна овлашћења није слободна, да не зависи од нахођења законодавца, већ да је условљена природом делатности одређених субјеката.¹⁰ Заправо, основни разлог због којег се појединим субјектима, као што су јавне службе, поверавају јавна овлашћења стоји у вези са потребом обезбеђења уредног функционисања тих служби које обављају делатност која јесте од јавног интереса и да би се та делатност уредно и несметано обављала, постоји потреба да оне имају ограничена овлашћења за ауторитативно иступање.¹¹ Заинтересованост државе, а тиме и преношење јавних овлашћења, огледа се у значају који те делатности имају за нормално одвијање живота у заједници, тако да је реч о виталним, а не о изведеним интересима државе.¹² Због тога се у анализи појма јавних овлашћења фокус може померити ка сагледавању када се јавна овлашћења врше.

У том смислу, један, нијансирано ужи, приступ, истиче да се јавно овлашћење састоји у *праву* недржавног субјекта ком је поверено обављање одређеног управног посла да, *искључиво у обављању тог посла*, иступа са ауторитетом државе, односно да иступа са истим оним овлашћењима која имају органи државне управе када врше своје послове.¹³ Према том становишту, такво овлашћење је јавно овлашћење, јер оно иначе припада органима јавне (државне) власти и састоји се из управних овлашћења, а недржавни субјекти *не могу користити јавно овлашћење ван обављања повереног управног посла*.¹⁴ У сличном смислу се и у хрватској науци управног права истиче да поверавање јавних власти (јавних овлашћења) представља заправо облик преношења (делегације) надлежности с државног тела на правна лица изван састава државног тела, тако да држава један посао, који иначе чини класичан облик делатности тела државне управе, посебном правном нормом поверава правном лицу.¹⁵

⁹ З. Томић, н.д. стр. 252, 253.

¹⁰ Д. Милков, н.д. стр. 96.

¹¹ Б. Милосављевић, *Управно право*, Београд 2013, стр. 178

¹² Д. Милков, н.д. стр. 96, 97.

¹³ Б. Милосављевић, н.м.

¹⁴ исто, н.м.

¹⁵ И. Борковић, *Управно право*, Загреб, 2002, стр. 24.

ЈАВНА ОВЛАШЋЕЊА ПРЕМА УСТАВУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Устав Републике Србије у неколико чланова помиње јавна овлашћења. Чланом 137. ст. 2. Устав предвиђа да се поједина јавна овлашћења могу законом поверити и предузећима, установама, организацијама и појединцима, док ставом 3. истог члана прописује да се јавна овлашћења законом могу поверити и посебним органима преко којих се остварује регулаторна функција у појединим областима или делатностима. На основу изложених одредби Устава, јасно се може закључити да Устав о јавним овлашћењима најпре говори у контексту њиховог *поверавања*. У теорији се јасно истиче да поверити јавно овлашћење заправо значи поверити одређени управни посао и са њим право на ауторитативно иступање у обављању тог посла.¹⁶ Поверавање јавних овлашћења се на основу Устава искључиво може извршити *законом* и то Уставом изричито *опредељеним субјектима* у које спадају предузећа, установе, организације, појединци и посебни органи преко којих се остварује регулаторна функција у појединим областима или делатностима. На основу изложених одредби, може се уочити да Устав упућује да се јавна овлашћења, осим класичним субјектима јавних служби, односно субјектима који су најчешће носиоци појединих поверених управних послова, поверавају и органима преко којих се остварује регулаторна функција, упућујући да и сама регулаторна функција, или поједини њени елементи, могу да буду садржина јавних овлашћења. Да ли Устав садржи одредбе на основу којих се може поузданије утврдити шта заиста спада у *садржину* јавних овлашћења?

Одредбе устава којима се уређује поверавање јавних овлашћења, начин на које се то поверавање врши и субјекти којима се овлашћења могу поверити, нису једине одредбе Устава о јавним овлашћењима. Осим њих, Устав у члану 167. ст. 1. т. 5. уређујући надлежност Уставног суда, прописује да тај Суд, између осталог, оцењује и сагласност општих аката организација којима су поверена јавна овлашћења са Уставом и законом. Уставни суд одлучује и о уставним жалбама које се, између осталог, могу изјавити и против појединачних аката или радњи организација којима су поверена јавна овлашћења. У делу Устава који је посвећен уставности и законитости садржане су и одредбе којима се прописује да општи акти организација којима су поверена јавна овлашћења морају бити сагласни закону (члан 195. ст. 1) и да појединачни акти и радње таквих организација морају бити засновани на закону (члан 198. ст.1).

На основу изложених одредби сасвим је јасно да организације које врше јавна овлашћења могу да доносе опште акте. Да ли сагледавање изложених одредби може да води закључку да организације које врше јавна овлашћења, осим општих аката којима уређују унутрашњу организацију и начин рада, могу

¹⁶ Б. Милосављевић, н.д. стр.178.

да имају и јавна овлашћења за доношење општих аката којима би се уредили односи од ширег интереса? Мишљења сам да је Устав имао у виду и такве акте који се, разуме се, доносе на основу закона, односно на основу законом пренесеног јавног овлашћења и у складу са њим. Међутим, пажљивијим читањем уставних одредби могло би да се уочи приметно изостављање појединих врста субјеката којима се, према члану 137. Устава, могу поверити јавна овлашћења из одредби чланова 167. 195. и 198. у којима се помињу само „организације“ као доносиоци општих аката. Уско језичко тумачење би чак могло да води закључку да јавна овлашћења доношења општих аката могу да имају само „организације“, без јасног прецизирања карактера тих субјеката. Да ли је Устав имао у виду да само „организације“ могу да доносе опште акте којима се уређују односи од ширег значаја, а да сви остали субјекти који могу да буду носиоци јавних овлашћења могу да доносе само опште акте интернормативног карактера, или је реч о језичкој омашци? Уставне одредбе крију још једно, веома важно питање – да ли сам Устав, без законских одредби, одређеним субјективитетима признаје право и могућност доношења општих аката и, ако признаје, у каквој вези стоје такво право и та могућност са евентуалним вршењем других врста јавних овлашћења? Будући да уставно одређивање субјективитета који могу да доносе опште акте, а који су изван државне структуре упућује на појам аутономије, пре сагледавања тог питања, потребно је размотрити теоријски појам нетериторијалне аутономије.

ПОЈАМ НЕТЕРИТОРИЈАЛНЕ АУТОНОМИЈЕ

Појам „аутономија“, и поред широке и честе употребе, још увек нема једнообразно значење. Може се слободно истаћи да тај појам има неодређену, заправо недовољно одређену, садржину, не само у ванправном, политиколошком, социолошком, филозофском и историјском, поимању, већ и у речнику правне науке. Отуда и не чуди да „аутономија“ представља предмет честих спорења у теорији и позитивноправном регулисању друштвених односа.

Начелно, појам аутономија изводи се из грчких речи „аутос“, са значењем сам, и „номос“, са значењем закон, норма. Отуда би следило да се под „аутономијом“ може сматрати сопствено законодавство, односно сопствено прописивање норми, саморегулисање. Међутим, како се то у теорији исправно уочава, већина аутора чини разликовање између персоналних, административних, функционалних, културних и територијалних форми аутономије.¹⁷

У уставном и управном праву много је чешћа и донекле јаснија употреба појма „територијална аутономија“. Под њом се у домаћој теорији уставног права подразумева право територијалних јединица да у оквиру уставног и законског поретка државе, посредством својих органа, доносе сопствене законе,

¹⁷ M. Ackrén, *Conditions for Different Autonomy Regimes in the World*, 2009, p. 16.

односно облик унутрашњег уређења једне државе, или федералне јединице у федеративној држави, који се карактерише релативно високим степеном самосталности одређене територије и становништва те територије која се испољава у сфери законодавства и извршења, али не и судства.¹⁸

У основи, покушај одређења појма „нетериторијална аутономија“ могао би да почива на приступу *per negationem* – према коме би се тај вид аутономије сводио на све облике који нису територијално засновани, односно који немају територијалну основу и не односе се на одређене територије. Персонална и културна аутономија су међусобно веома повезани појмови и упућују на мањинска права, или права домородачких народа.¹⁹ Појмови „културна“ и „персонална“ аутономија везују се за радове аустро-марксиста који су под њима сматрали сложени институционални аранжман у којем би етничке групе („нације“) биле организоване као корпоративни самоуправни ентитети засновани на индивидуалном чланству, пре него на територијалном принципу или пребивалишту.²⁰ У домаћој теорији, персонално аутономијом означава се аутономија заједница које нису територијално, већ су персонално засноване, односно одређених националних, верских, професионалних, сталешких и сличних социјалних група, док се под културном аутономијом подразумева право нација или етничких група као таквих, независно од територије на којој су настајене, на развијање своје културе преко самостално образованих културних институција и на слободу употребе свог језика.²¹ Административна и функционална аутономија је више везана за различите институције, њихове функције и овлашћења.²² У истом смислу се у домаћој правној науци одређује институционална аутономија, као право појединих институција (школа, универзитета, болница, привредних и пословних организација и сл.) да уживају самосталност у оснивању, раду, управљању и финансирању.²³

Изложена теоријска одређења појединих појавних облика нетериторијалне аутономије више су усмерена на питање *ко је* носилац аутономије, него на то *шта* је њихова садржина. Због тога, имајући у виду предмет овог рада, пажњу треба усмерити ка питању како се позитивноправно одређују титулар и садржина нетериторијалне аутономије у праву Републике Србије.

¹⁸ П. Николић, Уставно право, Београд, 1994, стр. 426.

¹⁹ М. Askrén, н.м.

²⁰ К. Renner, State and Nation, in E. Nimni (ed.), National-Cultural Autonomy and its Contemporar Critics, New York, 2005, p. 15-47.

²¹ Р. Марковић, Уставно право и политичке институције, 1995, стр. 538.

²² М. Askrén, н.м.

²³ Р. Марковић, н.д.

ПОЗИТИВНОПРАВНО ОДРЕЂЕЊЕ НЕТЕРИТОРИЈАЛНЕ АУТОНОМИЈЕ

Устав Републике Србије у неколико одредби прописује да одређени нетериторијални ентитети имају право да уређују одређена питања, или да су носиоци самоуправе. Реч је о три посебне категорије уставних субјеката – 1. црквама и верским заједницама, 2. универзитетима, високошколским и научним установама и 3. националним саветима националних мањина.

У члану 44. ст. 2. Устав прописује да су цркве и верске заједнице равноправне и *слободне да самостално* уређују своју унутрашњу организацију, верске послове, да јавно врше верске обреде, да оснивају верске школе, социјалне и добротворне установе и да њима управљају, у складу са законом. За универзитете, високошколске и научне установе, Устав је чланом 72. ст. 1. изричито зајемчио *аутономију*. Националне савете националних мањина Устав је посредно одредио у члану 75. ст. 3. прописујући да припадници националних мањина могу изабрати своје националне савете, у складу са законом, ради остварења права на *самоуправу* у култури, образовању, обавештавању и службеној употреби језика и писма.

Уколико се пажљивије сагледају изложене уставне одредбе, утолико је јасно да је реч о разнородним, нетериторијалним ентитетима којима је Уставом изричито зајамчена извесна самосталност у односу на државну власт која се термилолошки различито одређује. Док се у погледу цркава и верских заједница устав не изјашњава изричито о суштини и правном карактеру њихове *самосталности*, дотле је у погледу универзитета, високошколских и научних установа определио да је реч о *аутономији*, а за националне савете националних мањина предвидео да се они институционални израз *самоуправе*, односно права на самоуправу националних мањина. При таквој појмовној неуједначености основано се поставља питање да ли нетериторијална аутономија која у Републици Србији постоји у наведеним институционалним видовима може, или чак, због чињенице да наведени субјективитети делују у различитим сферама друштвеног живота, и мора бити различитог степена и каква је улога државе у опредељивању суштине, карактера и обима самосталности појединих видова нетериторијалне аутономије?

Устав је у погледу цркава и верских заједница определио да су оне слободне да самостално врше три групе активности: 1. да *уређују* своју унутрашњу организацију и верске послове, 2. да јавно врше верске обреде и 3. да *оснивају и управљају* верским школама и социјалним и добротворним установама. Цркве и верске заједнице су иначе, према одредбама два члана Устава (чл.11. ст. 2. и 44. ст.1.) одвојене од државе. У том смислу, може се истаћи да је управо та слобода да се, у складу са законом, самостално уређује унутрашња организација, верски

послови, да се јавно врше верски обреди, оснивају верске школе, социјалне и добротворне установе и да се њима управља, мера и садржај одвојености цркава и верских заједница од државе. Другим речима, цркве и верске заједнице су одвојене од државе зато што су слободне, да у складу са законом самостално уређују поједина питања и врше одређене, Уставом опредељене, активности. Дакле, на основу таквог схватања изложене уставне одредбе, може да се дође до закључка да одвојеност о којој је реч у првом реду значи да постоје одређена питања у којима су надлежне цркве и верске заједнице и да држава не може да их регулише, или их регулише само оквирно. Разуме се да из тога следи и да постоје одређена питања, нарочито у јавноправној сфери у која цркве и верске заједнице не смеју да улазе. Устав је прописао да се наведене активности цркава и верских заједница врше **у складу са законом**. То заправо значи да законодавац може да определи, односно ближе уреди одређена питања начина јавног вршења верских обреда, оснивања и управљања одређеним институцијама које цркве и верске заједнице могу да оснивају, као и да је властан да пропише у којој мери и на који начин уређивање унутрашње организације и верских послова може да има утицаја у јавноправној сфери, али да је дужан да та питања регулише на начин који ће омогућити да цркве и верске заједнице несметано врше све наведене активности. Другим речима, законодавац, на основу устава, мора не само да призна, већ и да обезбеди да цркве и верске заједнице могу да уређују своју унутрашњу организацију, да јавно врше верске обреде и да оснивају и управљају одређеним установама.

Вршење наведених активности уређено је Законом о црквама и верским заједницама који, регулишући њихов правни положај, изричито опредељује да је реч о **аутономији** цркава и верских заједница. Чланом 6. тог Закона прописано је да су цркве и верске заједнице независне од државе и једнаке пред законом, да су слободне и аутономне у одређивању свог верског идентитета, да имају право да самостално уређују и спроводе свој поредак и организацију и да самостално обављају своје унутрашње и јавне послове. У склопу регулисања аутономије цркава и верских заједница, посебно је уређено питање примене њихових аутономних прописа. Држава, према Закону, не може да омета примену аутономних прописа цркава и верских заједница, али треба да пружа одговарајућу помоћ за извршење правоснажних одлука и пресуда које издају надлежни органи цркава и верских заједница, на њихов захтев, а у складу са законом. У неколико одредби, Закон о црквама и верским заједницама додатно упућује на примену њихових аутономних прописа. Према Закону, свештенике, односно верске службенике бирају и постављају цркве и верске заједнице, у складу са својим аутономним прописима (чл. 8. ст. 1), вршење свештеничке, односно верске службе регулише се аутономним прописима цркава и верских заједница (чл. 8. ст. 2.), а свештеници, односно верски службеници слободни су и независни у обављању богослужбене делатности која се врши у складу са законом и аутономним правом (чл. 8. ст. 3). Чланом 9. ст. 2. тог Закона предвиђено

је да организационе јединице и установе цркава и верских заједница могу да стекну својство правног лица у складу са аутономним прописима цркве, односно верске заједнице, док је ставом 3. прописано да цркве и верске заједнице могу својим актима мењати и укидати своје организационе јединице, органе и установе које имају својство правног лица и захтевати њихово брисање из Регистра цркава и верских заједница.

Осим што изричито предвиђа аутономију универзитета, научних и високошколских установа, Устав је у члану 72. ст. 2. прецизирао да наведени субјекти самостално одлучују о свом уређењу и раду, у складу са законом. Дакле, Устав је донекле определио и садржину зајамчене аутономије прописујући да универзитети, научне и високошколске установе могу, у складу са законом, да 1. одлучују о свом уређењу, и 2. одлучују о свом раду. Шта се може сматрати одлучивањем о уређењу и раду универзитета и високошколских установа, ближе је уређено Законом о високом образовању. Чланом 6. тог Закона предвиђено је шта се подразумева под аутономијом универзитета и других високошколских установа. По том члану, аутономија обухвата: 1) право на утврђивање студијских програма, 2) право на утврђивање правила студирања и услова уписа студената, 3) право на уређење унутрашње организације, 4) право на доношење статута и избор органа управљања и других органа, у складу са законом, 5) право на избор наставника и сарадника, 6) право на издавање јавних исправа, 7) право на располагање финансијским средствима, у складу са законом, 8) право на коришћење имовине у складу са законом, и 9) право на одлучивање о прихватању пројеката и о међународној сарадњи. Аутономија научних установа, односно самостално одлучивање о њиховом уређењу и раду ближе је регулисана одредбама Закона о научноистраживачкој делатности. Тим Законом опредељен је ужи обим аутономије научних установа, у односу на универзитете и високошколске установе. Донекле је то и разумљиво имајући у виду различиту врсту делатности, али, са друге стране, нема много логике, нити оправдања лишавајући научноистраживачке установе појединих елемената аутономије, као што је примера ради избор у одговарајућа звања, када се те установе, у погледу избора, налазе у аналогној ситуацији као и универзитети и високошколске установе. Било како било, иако Закон о научноистраживачкој делатности не опредељује изричито шта се подразумева под аутономијом установа које ту делатност спроводе, сасвим је јасно да она, осим права на располагање финансијским средствима, права на коришћење имовине и права на одлучивање о пројектима и међународној сарадњи, обухвата и право на избор у начна звања, право на доношење статута и избор, односно учешће у избору органа управљања, али у много мањој мери у односу на универзитете и високошколске установе,

Устав Републике Србије није определио у чему би могла да се огледа самоуправа чији организациони вид представљају национални савети националних мањина, већ је у одредби чл.75. ст. 3. само навео да се та самоуправа

остварује у области културе, образовања, обавештавања и службене употребе језика и писма. Међутим, пажљивијим сагледавањем уставних одредби, могло би да се уочи да се наведене области друштвеног живота спомињу и у чл. 75. ст. 2. Устава којим је прописано да путем колективних права, припадници националних мањина, у складу са законом, непосредно или преко својих представника, учествују у одлучивању, или сами одлучују о појединим питањима везаним за своју културу, образовање, обавештавање и службену употребу језика и писма. На основу те уставне одредбе, може се закључити да самоуправа коју национални савети националних мањина оличавају заправо представља одлучивање, или учешће у одлучивању о појединим питањима везаним за њихову културу, образовање, обавештавање и службену употребу језика и писма.

Закон којим је ближе уређено која се питања могу сматрати „појединим питањима“ везаним за наведене области друштвеног живота и на који начин национални савети националних мањина одлучују, или учествују у одлучивању о тим питањима је Закон о националним саветима националних мањина. Према том Закону, национални савети имају опште „надлежности“ и прецизно одређене надлежности у Уставом опредељеним областима друштвеног живота. Остављајући за сада по страни веома важно правно питање које се не може свести само на теоријску раван, а реч је о томе како национални савети уопште могу да имају надлежности када изворно не спадају у део државног апарата, о чему ће још бити речи, пажњу треба усмерити на утврђивање о чему национални савети одлучују, односно у којим питањима учествују у одлучивању. У оквиру „општих надлежности“ национални савети доносе своје статуте и одлучују о називу, симболима и печату националног савета, док се као пример учествовања у одлучивању у оквиру ове групе „надлежности“ може навести да национални савети утврђују предлоге националних симбола, знамења и празника националне мањине о којима коначно одлучује Савет за националне мањине на републичком нивоу. У оквиру појединих, уставом опредељених, области друштвеног живота, национални савети оснивају установе и врше оснивачка права, учествују у управљању установама из тих области и врше и друге, по својој природи и садржини, веома хетерогене надлежности које се најчешће састоје у давању предлога и мишљења. Тако, примера ради, национални савети у области образовања, дају мишљења у поступку доношења акта о мрежи предшколских установа и основних школа у јединици локалне самоуправе у којој је у службеној употреби језик националне мањине или у којој се образовно-вапитни рад изводи на језику националне мањине, или даје мишљење министру надлежном за послове образовања у поступку давања сагласности на отварање одељења на језику националне мањине за мање од 15 ученика. У области културе, осим вршења оснивачких права и учествовања у управљању установама чији је оснивач Република, покрајина или локална самоуправа, одлучују примера ради о томе које су установе и манифестације у области културе од посебног значаја за очување, унапређење и развој посебности и националног иден-

титета одређене националне мањине, а такође учествују и у посебним управним поступцима из те области, тако што примера ради, покреће поступак пред надлежним органом или установом за утврђивање статуса законом заштићених покретних и непокретних културних добара од значаја за националну мањину, или што даје претходно мишљење надлежном органу у поступку издавања дозволе за премештање непокретног културног добра. У области обавештавања, осим вршења оснивачких права и учествовања у управљању, национални савет даје предлог за расподелу средстава која се додељују путем јавног конкурса из буџета Републике, аутономне покрајине или јединице локалне самоуправе правним и физичким лицима која обављају информисање на језику националне мањине, а такође и разматра извештаје Управног и Програмског одбора Радиодифузне установе Србије и Радиодифузне установе Војводине и даје предлоге и препоруке о програмима на језику националне мањине. У области службене употребе језика и писма, национални савети, утврђују традиционалне називе јединица локалне самоуправе, насељених места и других географских назива на језику националне мањине, ако је на подручју јединице локалне самоуправе или насељеног места језик националне мањине у службеној употреби; предлажу надлежном органу истицање назива јединица локалне самоуправе, насељених места и других географских назива на језику националне мањине; предлажу утврђивање језика и писма националне мањине као службеног језика и писма у јединици локалне самоуправе; предлажу промену назива улица, тргова, градских четврти, заселака, других делова насељених места и установа за које је утврђено да су од посебног значаја за националну мањину, итд.

Будући да уставно одређење „учествовање у одлучивању“ законодавац, између осталог, опредељује као давање предлога и мишљења државним органима, Закон је уредио да су појединачни правни акти који су донети без одговарајућег предлога или мишљења националног савета противзаконити, односно ништави! Закон дакле предвиђа најстрожију санкцију ништавости свих аката који су донесени без предлога и мишљења националних савета, уколико је према Закону такав предлог или мишљење потребно прибавити. Штавише, члан 25. Закона предвиђа да национални савет може поднети Народној скупштини Републике Србије, Влади Републике Србије и другим државним органима и посебним организацијама предлоге, иницијативе и мишљења о питањима из своје надлежности (став 1.), да ће ти органи пре разматрања и одлучивања о питањима из области образовања, културе, информисања и службене употребе језика и писма затражити мишљење националних савета (став 2), као и да ће се поступак прибављања мишљења уредити пословницима тих органа.

ЈАВНА ОВЛАШЋЕЊА НЕТЕРИТОРИЈАЛНЕ АУТОНОМИЈЕ У СРБИЈИ

Шта се, на основу изложених уставних и законских одредби, може утврдити у погледу суштине нетериторијалне аутономије у Србији?

Уколико аутономја првенствено подразумева **самостално доношење норми**, нарочито оних које се односе на **унутрашња питања**, односно под њом се може разумети **уређивање одређених питања која су у домену унутрашњег уређења и начина рада**, утолико би начелан одговор на изложено питање могао да буде да је суштина нетериторијалне аутономије у Србији опредељена управо врстом и карактером јавних овлашћења чији су носиоци поједини појавни облици ове појаве. Но пођимо редом.

Будући да је црквама и верским заједницама Уставом зајамчено да могу да уређују своју унутрашњу организацију, може се стати на становиште да је њима заправо самим Уставом дата могућност да својим општим правним актима уреде, почевши од поља своје делатности, неке односе од ширег интереса. То значи да су црквама и верским заједницама самим Уставом, ако не поверена, а онда свакако загарантована неуправна јавна овлашћења, јер уређивање њихове унутрашње организације има импликација и на шире интересе у јавноправној сфери, што, судећи према уставним одредбама, законодавац мора да прихвати и обезбеди!! Поједини аутори, имајући у виду изложена законска решења која несумњиво упућују на прожимање аутономног и државног правног поретка, стоје на становишту да су цркве и верске заједнице правна лица **sui generis** која на основу своје аутономије, осим права на самоодређење, самостално уређивање и сповођење свог поретка и организације, имају и право да буду носиоци и генератори правног субјективитета, односно да својим организационим јединицама и установама дају и укидају својство правног лица.²⁴ Другим речима, јасно је да у вршењу своје аутономије цркве и верске заједнице својим општим правним актима могу, у оквиру своје делатности, да уреде неке односе од ширег интереса. Штавише, уколико се има у виду да је чланом 44. ст. 2. Устава, између осталог, прописано да су цркве и верске заједнице слободне да оснивају и управљају и социјалним и добротворним установама које имају својство јавне службе, могло би се стати на становиште да оне, будући да **ex constitutione**, без законског одобрења, могу да стварају јавне службе, имају и друга јавна овлашћења, или извесне елементе јавноправног статуса, иако правни поредак Републике Србије не познаје такву категоризацију правних субјеката.²⁵ Другим речима, баш због тога што им је Устав зајемчио неуправ-

²⁴ М. Радуловић, *Обнова српског државно-црквеног права*, Београд, 2009. стр. 118.

²⁵ Поједини аутори стоје на становишту да цркве и верске заједнице, заједно са синдикатима, удружењима послодаваца, политичким странкама, задужбинама и фондацијама, чине правна лица јавног права – видети М. Васиљевић, *Компанијско право*, Београд, 2007, стр. 26.

на јавна овлашћења која се посредством уређивања унутрашње организације, између осталог, састоје и у генерисању правног субјективитета који може да се оствари и у областима у којима се врше јавне службе, јасно је да би овај вид нетериторијалне аутономије могао да буде носилац и других јавних овлашћења, па и оних која имају управни карактер, иако је реч о недржавном субјективитету. Због тога уставно начело одвојености државе и цркве које подразумева поштовање аутономије цркава и верских заједница, мора да буде схваћено као начело кооперативне одвојености којем не противречи вршење управних јавних овлашћења у тачно опредељеним областима друштвеног живота и уском кругу питања која би била одређена законом.

Универзитет, научне и високошколске установе, такође, на основу Устава, уживају аутономију, коју законодавац мора да призна и ближе уреди. Уређујући своје уређење и рад ови видови нетериторијалне аутономије несумњиво утичу, односно уређују и питања од ширег интереса, тако да њихова аутономија такође подразумева неуправна јавна овлашћења. Слично као и у случају цркава и верских заједница, ова се неуправна јавна овлашћења не преносе законом, већ се законом ближе уређују, а зајамчена су Уставом. Штавише, баш због тога што су носиоци неуправних јавних овлашћења у одређеним областима друштвеног живота у којима природа активности ових субјективитета то изискује (образовна и научна делатност), ови видови нетериторијалне аутономије имају и одређена управна јавна овлашћења.

Слободно се може истаћи да је најчудније законски разрађен иначе недовољно јасан уставни појам самоуправе чији су институционални вид национални савети националних мањина. Наиме, законодавац није определио да ли одлучивање које се у уставом опредељеним областима друштвеног живота спроводи од стране овог вида нетериторијалне аутономије обухвата неуправна јавна овлашћења уређивања одређених питања од ширег интереса. Са друге стране, иако, осим свог статута, овај облик нетериторијалне аутономије не доноси опште акте, законодавац је предвидео да ће Народна скупштина, Влада и други државни органи и посебне организације, пре разматрања и одлучивања о питањима из области у којима национални савети представљају националне мањине, затражити мишљења националних савета, чиме је заправо предвидео учешће националних савета у поступку доношења и општих аката које ти органи доносе. Таква решења заправо обавезују Народну скупштину и Владу Републике Србије чије су позиције у систему власти и надлежности јасно дефинисане Уставом Републике Србије, да пре било каквог одлучивања из своје надлежности, а у областима друштвеног живота у којима национални савети имају „надлежности“, затраже мишљења националних савета. Према њима, Влада Републике Србије не би могла да донесе ниједан општи акт, нпр. уредбу за извршавање закона (којим се регулише област друштвених односа у којој делују савети) за чије доношење има генерално уставно овлашћење, без претходно затраженог мишљења националног савета. Народна скупштина би такође била

у обавези да прибави мишљење националних савета приликом доношења закона из наведених области друштвеног живота, што је потпуно супротно њеној позицији у систему власти и Уставом предвиђеној грађанској суверености!²⁶ Дакле, уместо да се као носиоцу самоуправе, односно нетериторијалне културне аутономије, националном савету Уставом признају, а законима одреде, одређена неуправна јавна овлашћења која би национални савети самостално вршили, законодавац је националне савете учинио незаобилазним чиниоцем у поступку доношења свих општих аката у појединим областима друштвеног живота!! Такође, закон је признао одређена управна јавна овлашћења националним саветима, односно предвидео је њихово учествовање у решавању појединих управних ствари у посебним управним поступцима у областима друштвеног живота у којима они представљају националне мањине. Закон је међутим, предвидео најстрожију санкцију ништавости свих појединачних аката који су донесени без предлога и мишљења националних савета, уколико је према Закону такав предлог или мишљење потребно прибавити, што такође нема много логике, нити оправдања. Наиме, на тај начин, уместо да се националном савету повери решавање одређених управних ствари, тамо где за то постоји потреба, јавни интерес и претпоставка да национални савети имају кадровске капацитете за такво одлучивање, читав систем државне управе, а у појединим случајевима и надлежност министарстава, па чак и саме Владе Републике Србије која је одређена посебним прописима, доведен је у зависност од мишљења тела која оличавају етницитете, што може да буде схваћено као супротност читавом парламентарном систему власти који Устав предвиђа, као и начелима грађанске демократије на која се позива. Најзад, посебна нелогичност законских решења о јавним овлашћењима овог вида нетериторијалне аутономије састоји се у томе што национални савети никако не могу да имају „надлежности”, како их Закон назива, већ им се законом могу само поверити јавна овлашћења, а што се заправо и чини Законом о националним саветима националних мањина. Суштина разликовања своди се на то да јавна овлашћења која су законом поверена појединим субјективитетима остају државна овлашћења и држава их може повратити, баш као што их је и поверила. У том смислу, отворено је питање да ли су у складу са Уставом све законске одредбе којима се предвиђа да национални савети националним мањина имају „надлежности” у појединим областима друштвеног живота.

²⁶ Штавише, Законом се намеће обавеза тим органима да својим пословницима уреде поступак прибављања мишљења, што је, у погледу Народне скупштине Републике Србије, супротно члану 105. ст. 2. т. 6. Устава према коме Народна скупштина, већином гласова свих народних посланика слободно одлучује о Пословнику о свом раду.

ЗАКЉУЧАК

Државно признање нетериторијалне аутономије, била она персонална, односно културна, или функционална, самом својом суштином подразумева неуправна јавна овлашћења схваћена као правно гарантовану могућност да субјекти који су њени носиоци својим општим правним актима уреде, у пољу своје делатности, неке односе од ширег интереса. Напросто држава признајући субјективитет и аутономију одређених нетериторијалних ентитета, треба да призна могућност да ће њихови општи акти имати шири значај и дејство.

Устав Републике Србије прихватио је и уредио постојање три облика нетериторијалне аутономије – цркве и верске заједнице, универзитете, научне и високошколске установе и националне савете националних мањина. Степен и карактер њихове самосталности у односу на државну власт се Уставом различито термилошки одређују, а законима неуједначено разрађују. Док је у случају цркава и верских заједница, као и универзитета, научних и високошколских установа, јасно да је реч о аутономији која је Уставом изричито зајамчена и која подразумева неуправна јавна овлашћења, као што је и јасно да из природе њихове основне делатности проистиче да треба да буду носиоци и управних јавних овлашћења, дотле је у случају националних савета националних мањина уставом зајамчена «самоуправа» законски разрађена без икаквог озбиљнијег теоријског концепта, што је јасно на основу решења према којима савети, уместо неуправних јавних овлашћења која би самостално вршили, учествују у поступку доношења свих општих аката, као и на основу одредби према којима уместо овлашћења, имају «надлежности» у областима друштвеног живота у којима, према Уставу, треба да се одвија самоуправа чији су они институционални вид. На тај начин, законско уређивање мањинске културне аутономије заправо представа одступање од парламентарног система власти и положаја и улоге коју у правном систему Републике Србије има државна управа и наговештава намеру творца закона да се на изванредан начин одступи од грађанске демократије и закорачи у правцу прекомпоновања политичког система.

Summary

The subject of this article is a complex legal analysis of the public powers of non-territorial autonomy in the legal system of the Republic of Serbia. Non-territorial autonomy exists in various forms, among which distinctions are not always and quite clear. The Constitution of the Republic of Serbia provides functional non-territorial autonomy of universities, scientific and academic institutions, as well as cultural and personal non-territorial autonomy of churches and religious communities and national councils of national minorities. The autonomy of universities, churches and religious communities indicates their right to enact general legal acts which govern their organization, but which also have broader effects. Bearing in mind the nature of their activities, universities as well as churches and religious communities can be holders of other public powers. On the other hand, the national councils of national minorities in Serbia have public powers that go beyond national cultural autonomy and which suggest an intention for introducing of certain elements of consociative democracy in the political system which is not fully in line with the Constitution.

НОВА И ПОСЕБНА ПРАВА И СЛОБОДЕ С ПОСЕБНИМ ОСВРТОМ НА ЗАКОНОДАВСТВО РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ И РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ

Проф. др Драган Батавељић*
Докторанд Бранка Батавељић**

Апстракт: Коаутори у овом раду указују да данас, према различитим критеријумима, постоје бројне класификације и поделе слобода и права човека и грађанина у свету. Чињеница је да уставни савремених држава посвећују све већу пажњу овој, изузетно значајној и осетљивој, проблематици, тако да је корпус слобода и права све већи и бројнији. Међутим, рад је тако конципиран, тако да највећу пажњу посвећује анализи једне изузетно значајне, нове и недовољно истражене групе ових слобода и права. Ова група се може назвати новим и посебним правима и слободама, што представља израз, који је најприкладнији и најприхватљивији за највећи број савремених правних теоретичара и конституционалиста.

Кључне речи: Република Србија, Република Српска, устав, законодавство, слободе и права, етничке групе, националне мањине, странци и лица без држављанства, управљање, еколошка права и слободе.

УВОД

Устави зајемчују велики број људских права, која су различита по карактеру и садржају њихових гаранција. Људским и грађанским правима се утврђује правни положај појединца према органима власти, тако да су људска права и слободе граница коју државна власт не сме да прекорачи (наравно, ово је случај само ако је државна власт организована на демократским начелима). Иако је ноторна чињеница да се демократија не може свести само на људска права, слободно се може рећи да без људских права нема демократије, а обим и поштовање људских права су најбољи показатељ карактера односа између државне власти и грађанина.

* Правни факултет, Универзитет у Крагујевцу

** Основни суд у Крагујевцу

1. УСТАВНА КОНЦЕПЦИЈА СЛОБОДА И ПРАВА ЧОВЕКА И ГРАЂАНИНА

Људска права су реална препрека самовољних моћника и она представљају брану од апсолутне и неодговорне, ничим ограничене, власти. Због тога се, као и организација државе, људска права прописују самим уставом, као највишим општим правним актом. Првобитно и основно значење људских права јесте да су она инструмент ограничавања државне власти, да она представљају могућност отпора држави. Људска права су слободе отпора, тј. један домен резервисан за сваког појединца у који држава не сме да интервенише. Само је она држава либерална која свом грађанину оставља једну “не-такнуту зону за његову приватност”, за његову приватну активност. Напротив, уколико држава тежи да интервенише у свим областима живота, ако не допушта своје ограничавање, онда се за такву државу слободно може рећи да је тоталитарна. Отуда су људска права један од најважнијих показатеља принципа и синдрома уставности.

Када је реч о једној демократској држави, онда треба рећи да је смисао доношења њеног устава, ограничење власти и поштовање људских слобода, па отуда, у највећем броју филозофских и других радова, питање заштите људских слобода и права заузима централно место. Због тога су људска права и слободе незаобилазни чинилац, који одређује вредност једног устава и његову политичку снагу. Традиционална концепција људских права полази од идеје о сталном сукобу интереса појединца и друштва. “Држава и власт су нужно зло”, па их, због тога, треба што више ограничити, јер власт у себи носи сталну опасност да се преобрати у своју супротност. Наиме, они који је врше склони су да је злоупотребе. То је, у ствари, суштина доктрине либерализма из којег је произашла и чувена француска Декларација права човека и грађанина из 1789. године. Наравно, овде треба нагласити да у политичкој правној филозофији разликујемо, у суштини, две концепције о слободама и правима човека и грађанина: 1) тзв. теорију о природним правима¹ (природно-правна концепција људских слобода, по којој човек добија своја права рођењем) и 2) позитивистичка концепција² (по којој човек добија слободу путем права и путем државе). На крају, треба рећи да је основно обележје уставне концепције слобода и права човека и грађанина, чињеница да ове слободе и права имају уставну вредност и да се остварују на основу самог устава, али да је начин њиховог остваривања у надлежности одређених закона.

¹ О овој теорији видети шире у следећим делима: Ђорђевић, Ј., *Уставно право*, Београд, 1972; Русо, Ж.Ж., *Друштвени уговор*, Београд, 1949; Лок, Џ., *Две расправе о грађанској влади*, НИП “Младост”, 1978; Стјуарт Мил, Џ., *О слободи*, Филип Вишњић, Београд, 1972; Ласки, Х., *Слобода у модерној држави*, Радничка штампа, Београд, 1985.

² Носиоци ове концепције су Георг Јелинек, Пол Лабанд и други.

2. НАЈВАЖНИЈИ МЕЂУНАРОДНИ АКТИ О ЉУДСКИМ И МАЊИНСКИМ ПРАВИМА

Највећи број савремених устава зајемчује људска и мањинска права, која су предвиђена општеприхваћеним правилима међународног права, потврђеним међународним уговорима и законима. Оно што је врло значајно, јесте чињеница да таква људска права и слободе имају и премоћ, у случају конфликта над свим законским одредбама и осталим актима јавних институција. У те, међународне споразуме и инструменте, спадају:

- **Универзална декларација о људским правима** (усвојена од стране Генералне скупштине Уједињених нација (A/RES/217, 10. децембра 1948. у палати Шајо у Паризу), чиме је представљено опште виђење организације о питањима људских права гарантованих људима. Еленор Рузвелт је рекла како би Декларација могла бити “Магна карта за читаво човечанство”);

- **Европска конвенција о заштити људских права и основних слобода и протоколи исте** (донета у Риму 04. новембра 1950. године, а ступила на снагу 03. септембра 1953. године. Прве потписнице Конвенције биле су: Белгија, Данска, Француска, Немачка, Ирска, Италија, Исланд, Луксембург, Холандија, Норвешка, Турска и Велика Британија. У периоду од 1950. до 2004. године, Конвенцију је потписало 46 земаља, што је означило прихватање обавезе поштовања права и слобода, као и признавање надлежности Европског суда за људска права у Стразбуру у Француској, који је установљен Европском конвенцијом. Суд за људска права делује након исцрпљених правних средстава у државама чланицама);

- **Међународни пакт о грађанским и политичким правима и протоколи истог** (то је међународни инструмент о људским правима легислативног карактера. Његовим одредбама утврђена су индивидуална и колективна права, одређене мере за надзор над њиховим поштовањем и основан Комитет за људска права који настоји да се уговорнице придржавају преузетих обавеза. Пакт је усвојен и отворен за потписивање и ратификовање или приступање, Резолуцијом Генералне скупштине Уједињених нација 2200 А(XXI) од 16. децембра 1966. године, а ступио је на снагу 23. марта 1976. године када је потребних 35 држава депоновало инструменте о ратификацији или приступању. Уз Пакт су усвојена и два протокола, и то: Опциони протокол уз Међународни пакт о грађанским и политичким правима који је ступио на снагу 23. марта 1976. године и Други опциони протокол уз Међународни пакт о грађанским и политичким правима који је ступио на снагу 11. јула 1991. године);

- **Оквирна конвенција Савета Европе о заштити националних мањина** (први свеобухватни регионални међународни уговор и први правно обавезујући међународни инструмент који је у целини посвећен заштити на-

ционалних мањина. Комитет министара Савета Европе усвојио је 1994. године Оквирну конвенцију, која је ступила на снагу 01. фебруара 1998. године);

• **Конвенција о елиминисању свих облика расне дискриминације** (усвојена и отворена за потписивање и ратификацију од стране Генералне скупштине Резолуцијом 2106 А (XX) од 21. децембра 1965. године. Ступила је на снагу 04. јануара 1969. године);

• **Конвенција о елиминисању свих облика дискриминације жена, позната као CEDAW конвенција** (усвојена од стране Генералне скупштине Уједињених нација 18. децембра 1979. године, као један од кључних докумената за умањивање родне неравноправности);

• **Конвенција о правима детета** (усвојена 20. новембра 1989. године на Генералној скупштини УН, а ступила на снагу 1990. године, пошто је првих 20 држава потписало. До краја 1995. године Конвенцију је ратификовало 170 од укупно 185 држава света, које су тада биле чланице УН. Конвенција садржи 54 члана, који одређују четири групе права: 1) права на опстанак, 2) права на развој, 3) заштитна права и 4) партиципативна права);

• **Конвенција против мучења и других окрутних, нечовечних и понижавајућих поступака или казни** (усвојена 1984. године, а ступила на снагу 1987. године. Поред одредби о забрани мучења, у главним инструментима о заштити људских права, постоје и посебни уговори који се односе на мучење и окрутне, нечовечне или понижавајуће поступке или казне. Најважнији од њих је наведена Конвенција. Заштита физичког и психичког интегритета је апсолутно право које мора бити праћено прецизним забранама).

3. ПОДЕЛА ЉУДСКИХ И ГРАЂАНСКИХ ПРАВА

Као један од главних задатака устава, сматра се утврђивање основа правног положаја појединаца, које би обични закони требало даље да разраде, конкретизују, спроведу и загарантују, а које никако не би смели да повреду. Још у првим европским уставима срећу се овакве одредбе, које су преузете из нешто старијих декларација посвећених правима човека и грађанина. То су, пре свега, декларације неких северноамеричких држава и Француске с краја XVIII века, којима је придаван велики значај, јер су оне имале да обележе основни преображај који је нови, уставни тип владавине, требало да изврши према претходном, тј. апсолутистичком типу владавине. Улога тих одредби се састојала у заштити извесних правних добара и то, не само од управне, него и од законодавне власти.

Током времена ове одредбе су постале традиција, па су уношене у касније, као и у најновије уставе. Различити уставни су овај одељак обележавали са различитим именима, као што су, на пример: “Уставна права грађана”,

“Људска и мањинска права и слободe”, “Основна права и дужности грађана” и слично. Тај додатак (дужности) имао је улогу да истакне, посебно у земљама социјализма, да се живело у доба, где “сваки појединац мора спознати да је члан друштва и да има према друштву, не само права, него и дужности”. Када је реч о класификацији права и слобода човека и грађанина, треба рећи да се она може урадити према различитим критеријумима, па се, отуда, људска права могу сврстати у веома различите групе, на којима се ми, због ограничености простора и времена, нећемо посебно задржавати. Међутим, за потребе овог рада, нагласићемо да данас постоји једна савремена, најчешће коришћена класификација права и слобода, коју прави највећи број професора уставног права³. Они деле људска и грађанска права на: 1) лична права и слободe; 2) политичка права и слободe; 3) економска права и слободe; 4) социјална права и слободe; 5) културна права и слободe; 6) нова и посебна права и слободe. Ми ћемо овај рад посветити анализи последње, шесте групе, која носи назив *нова и посебна права и слободe*.

4. НОВА И ПОСЕБНА ПРАВА И СЛОБОДЕ

Наведена класификација људских права се може сматрати опште-прихваћеном (са малим одступањима код појединих аутора), што се може констатовати увидом у њихове уџбенике уставног права. Међутим, веома интересантна је група нових и посебних права и слобода, коју овој традиционалној класификацији, додају у свом уџбенику, академик Рајко Кузмановић и проф. др Миле Дмичић. Наиме, за ова права и слободe се може рећи да се, због својих одређених карактеристика, могу сврстати у неку од претходних група права и слобода (лична, политичка, економска, социјална или културна). Међутим, чињеница је да велики број устава не регулише својим одредбама ова права и слободe или ако их уређује, онда се то односи само на неке од њих. Тако се у ову групу права могу сврстати: 1) права и слободe етничких група и националних мањина; 2) права и слободe странаца и лица без држављанства; 3) права у области управљања, и 4) еколошка права.

4.1. Права и слободe етничких група и националних мањина

Државе које се карактеришу мултиетничким саставом становништва, етничким групама и националним мањинама гарантују бројна права да би њихови припадници били изједначени са већинским становништвом. То се чини на највишем нивоу, уставом и међународним документима (уз прецизирање за-

³ Ту мислимо, пре свега, на проф. Јована Ђорђевића, Ратка Марковића, Павла Николића, Александра Фиру, Маријану Пајванчић, Рајка Кузмановића, Драгана Стојановића, Александра Ђурђевића и друге.

конима), којима се гарантују посебна права припадницима етничких група и националним мањина, ради очувања њихових идентитета⁴. Када је реч о међународном плану, ова права су гарантована најзначајнијим међународним документима, и то: Међународним пактом о грађанским и политичким правима, Декларацијом Уједињених нација о правима припадника националних или етничких, верских и језичких мањина из 1992. године⁵, Оквирном конвенцијом за заштиту националних мањина Савета Европе из 1995. године, Конвенцијом о елиминацији свих облика расне дискриминације⁶, Препорукама из Лунда за учешће националних мањина у изборном процесу⁷ и другим међународно-правним документима, којима се утврђују међународни стандарди посебних права припадника националних мањина.

Права и слободе етничких група и националних мањина смо сврстали у ову категорију, из разлога што је питање етничких група и националних мањина новијег датума и што многе државе не регулишу својим националним уставима ово питање (немају потребу за тим или, једноставно, не желе). Наравно, овде треба имати на уму да највећи број националних законодавстава, полазећи од одредаба међународног права и поштовања права на слободу кретања и настањивања, регулише ово питање, јер су данас у свету веома ретке једнонационалне државе. Пре него што нешто више кажемо о овим правима и слободама, указаћемо на разлику између етничке групе и националне мањине. Наиме, **етничка група** представља културу или поткултуру, чији се припадници јасно разликују од осталих људи према одређеним карактеристикама. Ове особине могу бити засноване на расним, националним, језичким или верским изворима. Етничка група поседује свест о свом етничком пореклу и језику, о својој култури, традицији, историји и вероисповести, као и о устаљеним обичајима. Навођење ових особина је битно због разликовања етничке групе од *обичне групе појединаца* (који деле неке заједничке карактеристике, као што је, на пример, порекло) и *нације* (која има суверенитет, за разлику од етничке групе). Једно од основних својстава етничке групе јесте да она представља део једне нације, али да нема формирану државу. **Национална мањина** је део припадника једне нације или народа који не живи у својој националној (матичној)

⁴ Тако, на пример, Копенхагенским документом се припадницима националних мањина гарантује право на “пуно учешће у државним пословима, укључујући учешће у пословима који се односе на заштиту и промовисање идентитета тих мањина” (став 35).

⁵ Наведена Декларација гарантује “право на учешће у одлучивању на националном и, где је то могуће, регионалном нивоу, које се односи на мањине којима припадају или регион у коме живе” (члан 2 став 3).

⁶ Овом Конвенцијом, као и другим сличним документима, земље чланице се обавезују да ће заштитити и елиминисати сваку врсту дискриминације националних мањина. Забрана ове дискриминације се посебно односи на остваривање “политичких права, посебно права на учешће у изборима, на гласање и подржавање избора... на учешће у влади и у вођењу јавних послова на свим нивоима, као и равноправни приступ државним службама” (члан 5 тачка Б Конвенције).

⁷ Препоруке из Лунда дефинишу стандарде и мере, који доприносе ефективном остваривању права припадника националних мањина на учешће у вођењу државних послова.

држави, већ у другој, заједно са другим нацијама. Значи, за схватање појма националне мањине је карактеристично да она има своју формирану матичну државу, али не живи у њој, него на територији неке друге државе, формиране од стране друге нације, чија је та држава матична. У погледу концепта постојања националних мањина, разликују се *грађанске* и *националне државе*. У грађанским државама не врши се подела на етничке заједнице у оквиру државе, већ се сви грађани формално сматрају једном нацијом и као таквима им се гарантују права.

Националне мањине (и друге мањинске заједнице) уживају одређена права, која им устави зајемчују, пре свега, у области културе. Такође, припадници ових мањина уживају и тзв. **додатна права** (права која не уживају припадници већинског становништва), која могу бити *индивидуална* (остварују се појединачно) и *колективна* (остварују се у заједници са другима)⁸. Оно што је врло значајно, а што се последњих година дешава у бројним земљама у транзицији, које су мултиетничког састава, јесте чињеница да се, ради остваривања права на самоуправу у овим областима, припадницима ових мањина пружа могућност да изаберу своје националне савете. Бројна су права која се међународним актима и националним законодавствима гарантују националним мањинама, али у најчешћа права и слободе спадају: 1) право на очување и изражавање њихове етничке, културне, језичке и друге посебности (право на употребу својих симбола на јавним местима, оснивање просветних, културних и верских организација и удружења, коришћење сопственог имена и презимена на свом језику и слично); 2) слобода изражавања националне припадности; 3) заштита националног, етничког, културног, језичког и верског идентитета; 4) забрана дискриминације националних мањина; 5) право на образовање и употребу свог језика и писма; 6) забрана насилне асимилације; 7) право на удруживање и сарадњу са сународницима; 8) развијање духа толеранције и међукултурног дијалога (ово је једно од најновијих права, које се гарантује, не само припадницима националних мањина, него свим грађанима једне државе) и друга права.

Када је реч о правима и слободама етничких група и националних мањина у Републици Србији и Републици Српској, треба рећи да се овој проблематици, последњих година посвећује посебна пажња. Наиме, чињеница је да су ове две републике мултиетничког састава, да у њима вековима живи велики број националних мањина и да је, уважавајући савремене тенденције у светској уставности, данас неопходно овој проблематици посветити све већи број уставних одредаба. Тако је поступљено у, сада важећим, Уставима Републике Србије и Републике Српске, мада се слободно може рећи да у овој области има потребе

⁸ Ова права омогућавају припадницима националних мањина да могу да учествују у процесу одлучивања (непосредно или преко својих изабраних представника), као и да могу сами да одлучују о појединим питањима која се односе на њихову културу, образовање, информисаност, службену употребу њиховог језика, писма и слично.

и простора за још детаљнијим и прецизнијим регулисањем ових слобода и права. Тако, Устав Републике Србије из 2006. године⁹, својим одредбама гарантује слободу изражавања националне припадности (члан 47), право на учешће у управљању јавним пословима (члан 75), забрану дискриминације националних мањина (члан 76), равноправност у вођењу јавних послова (члан 77), забрану насилне асимилације (члан 78), право на очување посебности (члан 79), право на удруживање и на сарадњу са сународницима (члан 80) и развијање духа толеранције (члан 81). Устав Републике Српске¹⁰ из 1992. године, такође, својим одредбама, сваком грађанину гарантује слободу изражавања националне припадности и културе и право употребе свог језика и писма. Овај Устав, поред тога, прописује да нико није дужан да се изјашњава о својој националној припадности (члан 34).

4.2. Права и слободе странаца и лица без држављанства

Када је реч о правима и слободама странаца и лица без држављанства, треба рећи да су то посебна права, која се у једној земљи остварују у складу са њеним уставом, законима и међународним уговорима. Међутим, да бисмо нешто више рекли о страним држављанима и лицима без држављанства, морамо најпре указати на појам држављана, тј. лица са држављанством. Наиме, држављанство се, као посебан правни однос, трајан по свом карактеру, који постоји између државе и појединца (односно њеног држављанина), јавља крајем XVIII и почетком XIX века. С обзиром на његов значај, често се и у уставима регулишу одређена питања везана за држављанство, јер је право на држављанство неопходна претпоставка за уживање грађанских права и слобода. На основу постојања држављанства, као специфичног правног односа (специфичног због тога што је то однос између физичке особе и суверене државе), настају одређена права, али и обавезе, како на страни државе, тако и на страни појединца. Наиме, свака држава прописује своја правила којима регулише питања држављанства, а посебно она од којих зависи које ће особе и под којим условима сматрати својим држављанима, односно под којим условима поједине особе престају да буду њени држављани.

Европска конвенција о држављанству из 1997. године (члан 3), прописује да ће свака држава својим правним прописима одредити ко су њени држављани. Право на држављанство гарантује и Универзална декларација о људским правима из 1948. године (члан 15), која прокламује право сваког човека на једно држављанство и забрањује свако самовољно одузимање држављанства, као и

⁹ „Службени гласник Републике Србије”, бр. 98/2006.

¹⁰ „Службени гласник Републике Српске”, број 21/92 – пречишћени текст, 28/94, 8/96, 13/96, 15/96, 16/96, 21/96, 21/02, 26/02, 30/02, 31/02, 69/02, 31/03, 98/03, 115/05, 117/05.

ускраћивање права на држављанство¹¹. У вези с тим, Протокол бр. 4 уз Европску конвенцију о заштити људских права и основних слобода, донет 1963. године, забрањује појединачно или колективно протеривање сопствених држављана, као и лишавање права лица да уђе у рат на територију државе чији је држављанин.

Међутим, овде је врло битно нагласити да појам “држављанство”, треба разликовати од појма “националност”, јер “националност” означава припадност појединца одређеном народу. Наиме, сваки народ има своје сународнике, који не морају имати сви исто држављанство, па је, отуда, националност етнички појам. Супротно томе, држављанство означава правну везу између појединца и државе (само држава има своје држављане, који не морају бити сви исте националности). Значај држављанства (и националности) је за сваког човека велики, јер му на тај начин потврђује својство идентитета, али даје и право на државну заштиту, као и на друга бројна грађанска и политичка права. Говорећи о држављанству, уопште, треба рећи да постоје три основна начела за његово стицање, и то: 1) начело крвне везе (порекла); 2) начело подручја (рођења); 3) начело пребивалишта.

Поред држављана једне државе, на њеној територији могу да бораве и странци, тј. особе које нису држављани те државе. Према критеријуму броја држављанстава које једно лице има, може разликовати: 1) монопатриде - лица са једним држављанством; 2) бипатриде – лица са два држављанства; 3) полипатриде – лица са више држављанстава, и 4) апатриде - лица без иједног држављанства. Према схватању професора Драгана М. Стојановића, “права странаца су сва субјективна права, која су унутрашњим правом призната лицима која имају странско држављанство и лицима која немају ниједно држављанство”.¹² То значи да су одавно прошла времена када су странци, унапред, сматрани људима другог реда и када су, због тога, лишавани личних слобода и права. Наравно, овде треба напоменути да, још увек, има држава према чијим се уставним системима правни положај странаца разликује од положаја њихових држављана. Свакако, треба нагласити да је, данас, општи тренд, хуманизација друштвених односа, што се може оценити као позитиван процес, који је доста утицао да се ове разлике постепено смањују¹³.

Када је реч о развоју уставног система Републике Србије, треба рећи да је, и раније, за време постојања Југославије, чији је саставни члан била Србија,

¹¹ Општа интенција међународних докумената јесте гарантовање права на једно држављанство, како би се избегло да нека лица буду бипатриди или апатриди (лица са два држављанства или лица без држављанства).

¹² Стојановић, М.Д., *Уставно право, Књига I*, СВЕН, Ниш, 2009, стр. 389.

¹³ Ова тенденција смањивања разлика између домаћих и страних држављана у уживању њихових слобода и права, дошла је до изражаја и у првим покушајима интернационализације, тј. међународног регулисања материја личних слобода и права. Ту, пре свега, мислимо на Универзалну декларацију о људским правима из 1948. године, Европску конвенцију о заштити људских права и основних слобода из 1950. године (и њене протоколе) и Међународни пакт о грађанским и политичким правима из 1966. године.

и данас, када је Србија самостална и независна држава, уочљива оријентација на начелно једнако уставноправно третирање странаца и домаћих грађана. Ова оријентација се тиче уживања личних права и слобода наших држављана и странаца. Тако је и у Уставу СФРЈ из 1974. године, изричито утврђено да “странци у Југославији уживају слободе и права човека, утврђене овим Уставом и имају друга права и дужности, утврђена законом и међународним уговором”¹⁴. Из овакве уставне одредбе се може закључити да су странци, заправо, суштински били изједначени са грађанима СФРЈ у погледу људских слобода и права¹⁵. Овај Устав, као и сви ранији уставни, садржавао је право азила, тј. уточишта, којим су могли да се користе странци (страни држављани и лица без држављанства), “ако су у својој или некој другој земљи прогањани због својих залагања за демократске покрете и погледе, за социјално и национално ослобођење, за слободу и права људске личности или за слободу научног и уметничког дела”¹⁶. Из ове уставне одредбе произилази да су се овим правом могла користити само она лица која су била изложена прогону, због својих прогресивних погледа на живот или предузимања стварних акција. Такође, и Устав СР Југославије из 1992. године, гарантовао је странцу “слободе, права и дужности утврђене Уставом, савезним законима и међународним уговорима”¹⁷, наведено право азила, због залагања за демократске погледе и учешћа у одређеним ослободилачким покретима¹⁸, као и забрану екстрадиције странца, који се могао изручити другој држави, само у случајевима предвиђеним међународним уговорима, који обавезују СРЈ¹⁹.

Права странаца и лица без држављанства се могу поделити према различитим критеријумима, па се, отуда, могу добити и различите класификације. Међутим, најчешће се за ову поделу узима критеријум њихове доступности и услова доступности²⁰, па тако разликујемо три групе ових права:

1. *апсолутно резервисана права* – странци не могу да уживају ова права, јер су самим уставом гарантована само држављанима (на пример, најважнија политичка права, вршење јавних функција, поједина права грађанскоправне природе, као што су стицање својине над непокретностима, непокретна културна добра и слично)²¹;

¹⁴ Устав СФРЈ од 21.02.1974. године, члан 201.

¹⁵ Овде треба нагласити да није било никакве основе за прављење разлике између држављана неке друге државе и лица без држављанства.

¹⁶ Устав СФРЈ, члан 202.

¹⁷ Устав СРЈ од 27.04.1992. године, члан 66.

¹⁸ Устав СРЈ, члан 66. став 3.

¹⁹ Устав СРЈ, члан 66. став 2.

²⁰ Овај критеријум, па самим тим и поделу наведених права прихвата и професор Драган М. Стојановић.

²¹ Овде треба указати на чињеницу да су неке функције јавног поверења, у појединим државама и под одређеним условима, доступне и странцима – на пример, лекарска пракса, адвокатура и слично.

2. *релативно резервисана права* – ту спадају, најчешће, нека јавна и грађанска права, која се дају странцима под одређеним условима (на пример, улазак на територију друге државе уз поседовање визе, право наслеђивања уз поштовање принципа реципроцитета и слично);

3. *општа права* – ова права су доступна странцима под истим условима, као и домаћим држављанима (на пример, слобода личности, право на законити суд и друга уставна права, за која се утврди да припадају сваком лицу, као и поједина права грађанскоправне природе, у која спадају стицање својине на покретним стварима, тражбена права и слично).

Када је реч о правима и слободама странаца и лица без држављанства, треба рећи да Устав Републике Србије гарантује *право на држављанство*, прописујући да стицање и престанак српског држављанства уређује закон (члан 38 став 1) и да држављанин Републике Србије не може бити протеран, ни лишен држављанства или права да га промени (члан 38 став 2). Такође, овај Устав страним држављанима гарантује право азила, утврђујући да странац који основано страхује од прогона због своје расе, пола, језика, вероисповести, националне припадности или припадности некој групи или због својих политичких уверења, има право на уточиште у Републици Србији (члан 57)²². Слично овоме, и Устав Републике Српске утврђује да странци имају људска права и слободе утврђене Уставом и друга права утврђена законом и међународним уговорима (члан 44).

4.3. Права у области управљања

Ова група права се раније није сретала у класификацији наших конституционалиста, али сматрамо да, због критеријума на основу кога се она конституишу, заслужују да на овом месту буду споменута и да се о њима каже неколико речи. Наиме, права у области управљања се конституишу према два значајна основа, и то:

1. по основу активног и пасивног бирачког права²³ – грађанин преко својих изабраних представника има могућност да управља државом;

2. по основу рада – запослени имају право да учествују у управљању предузећем у складу са одговарајућим одредбама закона, а њихов утицај се обезбеђује и управљањем одређеним фондovima и добрима у друштвеној својини²⁴.

²² Поступак за стицање уточишта страном држављанину у Републици Србији, уређује се законом.

²³ Ово право грађанина да бира и да буде биран, спада у категорију политичких права.

²⁴ О овим правима, која се срећу у члану 65. Устава Републике Српске, детаљније су писали академик Рајко Кузмановић и професор Миле Дмичић, у књизи *Уставно право*, Висока школа унутрашњих послова у Бањој Луци, Бања Лука, 2002, стр. 137.

Имајући у виду наслов нашег рада и чињеницу да је овај рад посвећен, пре свега, новим и посебним слободама и правима у важећим Уставима Републике Србије и Републике Српске, не можемо, а да се не осврнемо и на уставне одредбе које регулишу проблематику права у области управљања. Тако, на пример, према Уставу Србије, грађани имају право да учествују у управљању јавним пословима и да под једнаким условима ступају у јавне службе и на јавне функције (члан 53), док према Уставу Републике Српске, запослени имају право учешћа у управљању предузећем, у складу са законом. Такође, законом се обезбеђује утицај грађана у управљању фондовима и добрима у државној својини (члан 65).

4.4. Еколошка права и слободе

Еколошка права се појављују као уставна категорија релативно касно, па се слободно може рећи да су то права новијег датума, јер се заштити човекове околине поклања већа пажња у свету, тек од 1972. године, тј. од Конференције Уједињених нација о животној средини, која је одржана у Стокхолму. Наиме, интересовање за утицај околине на здравље човека, нагло је почело да расте после ове Конференције, која је подстакла динамичан развој међународног еколошког права. Доношењем низа међународних уговора и усвајањем декларативних аката на глобалном, регионалном, субрегионалном и билатералном нивоу, даље су разрађивани основни принципи Стокхолмске конференције, која се сматра почетком савремене заштите животне околине²⁵. Један од најважнијих међународних аката, који је донет после 20 година, јесте Рио декларација, усвојена на Конференцији Уједињених нација о животној средини и развоју у Рио де Жанеиру, 1992. године, када је прихваћен концепт одрживог развоја и дефинисан принцип да се питања заштите животне средине најбоље могу решавати уз учешће свих грађана којих се она тичу. У овом низу међународних докумената значајних за развој еколошког права, веома значајно место заузима „Водич за примену приступа информацијама и учешћа јавности у одлучивању”, који је усвојен на Трећој министарској конференцији под називом „Животна средина за Европу”, одржаној у Софији, 1995. године. Веома значајну улогу у настанку и еволуцији еколошког права, свакако заузима Архуска Конвенција, усвојена 1998. године (ступила на снагу 2001. године), чији је основни циљ заштита права сваке особе да живи у средини одговарајућој за њено здравље и опстанак.

С обзиром да је право сваког човека да живи у здравој животној средини, многе државе су својим уставима и законима регулисале заштиту животне средине и гарантовале свим грађанима на њиховој територији ово право. Нажа-

²⁵ Оснивањем Агенције УН за заштиту околине (United Nations Environment Programme - UNEP), ова заштита је добила и институционалну међународну подршку, тако да је она представљала значајну упоришну тачку за развој еколошког права (и еколошке политике) на глобалном, међународном нивоу.

лост, има држава које, ни дан-данас, то нису учиниле, јер нису уочиле опасност која прети од глобалног загревања и загађења животне средине на светском нивоу, што може довести у питање опстанак садашњих, а посебно будућих генерација. На сву срећу, данас у свету преовлађује свест грађана о опасности-ма које прете опстанку човечанства на планети Земљи, тако да доношење све већег броја декларација, конвенција и других аката међународног карактера, које представљају основу еколошког права, пружају наду да ће се, у наредном периоду, променити однос човека према природи и средини која га окружује.

Еколошка права спадају у групу права треће генерације и ту се, пре свега, могу навести *право на здрав живот* и *право на здраву животну средину*. Отуда, екологија постаје све више део еколошког права, које међународну заједницу обавезује да се залаже за одрживи, тј. друштвено одговоран и усклађен развој, заснован на еколошким принципима. Међутим, за спровођење норми еколошког права, неопходно је усвајање одговарајуће еколошке политике, која представља организовану друштвену активност, којом се посредством државе и других организација (пре свега, политичких), усмерава однос друштва према природи, а све у циљу заштите и унапређења животне средине. У том процесу, као институционални апарат принуде, појављује се држава, као установа која може да обезбеди неопходне инструменте спровођења еколошке политике, при чему је еколошка свест грађана неопходна и, као таква, представља битан услов решавања еколошких проблема. Отуда, као значајни актери или, боље рећи, субјекти остваривања еколошког права, могу се навести државе, међународне владине и невладине организације, привредни субјекти, грађани и остали²⁶.

Због актуелног стања и проблема у животној средини²⁷, данас је неопходно изградити норме којима се утврђују начини човековог понашања у животној средини. То су правне норме, а дисциплина која уређује човеков однос према природи, назива се *еколошко право (право на здраву животну средину)*²⁸, које као грана права постоји и у другим правним системима²⁹. Као

²⁶ Држава поседује различита репресивна средства обезбеђивања заштите животне средине, док међународне владине организације унапређују међународну сарадњу. Такође, значајну улогу имају НВО, тј. невладине организације, које окупљају у свом чланству национална удружења, установе или појединце, затим национални и међународни привредни субјекти, чија је улога у процесу креирања и спровођења мера еколошког права веома значајна. Коначно, улога грађана (носилаца права и обавеза) је веома значајна, као и осталих чинилаца, у које спадају политичке партије, стручне и професионалне институције и друге.

²⁷ Данас је веома изражена опасност од тзв. еколошког тероризма, еколошког криминала, затим хемијских, биолошких и нуклеарних катастрофа и слично.

²⁸ Ово право се још назива и правом животне својине, правом околине и слично. О овоме ви-дети шире: Ковачевић, И., *Еколошко право и еколошка политика*, Европски дефендологија центар за научна, политичка, економска, социјална, безбедносна, социолошка и криминолошка истраживања, Бања Лука, 2012, стр. 45-46.

²⁹ Тако, на пример, еколошко право срећемо у другим државама под називима, као што су: Ecological Law, Droit de l' environnement, Diritto del ambiente и слично.

што смо напред навели, еколошко право, спада у нову грану права, јер се, на глобалном нивоу, релативно касно појавила свест о његовом значају и неопходности доношења одговарајућих правних норми. Међутим, ово право, данас, све више добија на значају, тако да је оно у развијеним и богатим земљама, веома развијено, за разлику од неразвијених и сиромашних средина, у којима је оно доста раније прихваћено и веома примењиво. Право заштите животне средине је природно и неотуђиво право, својствено човеку и осталим живим бићима. Ово право је везано за живот, здравље и интегритет човека, за његов биолошки и духовни опстанак. Право на здрав живот и право на здраву животну средину, представљају битну компоненту уставног права, као и других права, која се односе на заштиту животне околине³⁰.

Право на здраву животну средину се, у уставима већег броја држава, најчешће одређује као једно од основних права човека. Тако су еколошки односи били норматизовани и у оквиру наших ранијих уставних аката, као што је то случај са Уставима СФРЈ из 1963. и 1974. године, а данас је уставно-правно третирање еколошких односа још више изражено уставима свих бивших југословенских земаља, као и земаља у окружењу. Што се тиче земаљчланица Европске уније, као и других развијених држава света, ситуација је још повољнија, што се тиче правног нормирања ове, изузетно значајне, области друштвеног живота. Међутим, треба рећи да право на здраву животну средину представља и обавезу, а не само општу уставну гаранцију. Наиме, као уставно, основно и општељудско право, оно би се могло сврстати у ону групу људских права, чије гарантовање захтева, истовремено, и прописивање одређених обавеза. Те обавезе има појединац у вези са стварањем услова за коришћење овог права, тако да се и «право на здрав живот, дакле, везује и уз дужност сваког да у оквиру својих овлашћења и послова посебно брине о природи и људској средини»³¹.

Све ово што смо до сада рекли о проблематици еколошких права и слобода, која је посебно значајна и актуелна последњих неколико деценија, односи се на највећи број савремених демократских држава и има универзалан значај. Имајући у виду да су Република Србија и Република Српска потписници највећег броја докумената, декларација, конвенција, директива, препорука и слично, на овом месту морамо, бар у најкраћим цртама, да укажемо на уставне одредбе највиших аката ових република, које регулишу наведену материју³².

³⁰ О овоме видети шире: Батављевић, Д., Зоранић, Ј., *Правни аспекти еколошке безбедности*, у: Зборник радова “Ризици и еко-безбедност у постмодерном амбијенту”, Државни универзитет у Новом Пазару, Нови Пазар, 2010, стр. 374.

³¹ Пајванчић, М., *Еколошка права као људска права – уставне гаранције*, у: Димитријевић, П., Стојановић, Н. (уредници), “Екологија и право”, Правни факултет у Нишу – Центар за публикације, Ниш, 2011, стр. 200.

³² Заштита животне средине и еколошка права су, нажалост, нови појмови, с обзиром да се овој проблематици посвећује посебна пажња тек од седамдесетих година XX века, тј. од 1972. године, када је одржан познати Први светски самит о животној средини и развоју.

Тако, одредбе Устава Републике Србије утврђују да свако има право на здраву животну средину и на благовремено и потпуно обавештавање о њеном стању, као и чињеницу да је свако, а посебно Република Србија и аутономна покрајина, одговоран за заштиту животне средине. Треба нагласити да српски устав не утврђује само права (еколошка), него утврђује и обавезу да је свако дужан да чува и побољшава животну средину (члан 74). Исто тако, и Устав Републике Српске сваком човеку гарантује право на здраву животну средину, али прописује и дужност да је свако, у складу са законом, дужан да у оквиру својих могућности штити и унапређује животну околину (члан 35).

ЛИТЕРАТУРА

- Батавељић, Д., Зоранић, Ј., *Правни аспекти еколошке безбедности*, у: Зборник радова «Ризици и еко-безбедност у постмодерном амбијенту», Државни универзитет у Новом Пазару, Нови Пазар, 2010.
- Ђорђевић, Ј., *Уставно право*, Београд, 1972.
- Ковачевић, И., *Еколошко право и еколошка политика*, Европски дефендологија центар за научна, политичка, економска, социјална, безбедносна, социолошка и криминолошка истраживања, Бања Лука, 2012.
- Кузмановић, Р., Дмичић, М., *Уставно право*, Висока школа унутрашњих послова у Бањој Луци, Бања Лука, 2002.
- Ласки, Х., *Слобода у модерној држави*, Радничка штампа, Београд, 1985.
- Лок, Џ., *Две расправе о грађанској влади*, НИП «Младост», 1978.
- Пајванчић, М., *Еколошка права као људска права – уставне гаранције*, у: Димитријевић, П., Стојановић, Н. (уредници), «Екологија и право», Правни факултет у Нишу – Центар за публикације, Ниш, 2011.
- Русо, Ж.Ж., *Друштвени уговор*, Београд, 1949.
- Стјуарт Мил, Џ., *О слободи*, Филип Вишњић, Београд, 1972.
- Стојановић, М.Д., *Уставно право, Књига I*, СВЕН, Ниш, 2009.

NEW AND SPECIAL RIGHTS AND FREEDOMS WITH SPECIAL REFERENCE TO THE LEGISLATION OF REPUBLIC OF SERBIA AND REPUBLIKA SRPSKA

Summary

In this paper, coauthors indicate that nowadays, according to different criteria, there are numerous classifications and divisions of human and civil freedoms and rights. The fact is that modern countries` constitutions increasingly pay attention to this extraordinarily significant and delicate issue, making the corpus of rights and freedoms much larger and more numerous. However, the concept of the paper is such that the most attention is paid to the analysis of one extraordinarily significant, new and insufficiently researched group of these rights and freedoms. The group could be called as new and special rights and freedoms that is a term which is the most suitable and acceptable for the largest number of contemporary theoreticians and constitutionalists.

Key words: *The Republic of Serbia, The Republika Srpska, constitution, legislation, freedoms and rights, ethnic groups, national minorities, foreigners and stateless individuals, management, ecology rights and freedoms.*

УСТАВНОПРАВНИ ОДНОСИ ИЗМЕЂУ ЦЕНТРАЛНИХ ИНСТИТУЦИЈА ВЛАСТИ У ПЕТОЈ ФРАНЦУСКОЈ РЕПУБЛИЦИ

Проф. др Милан Благојевић*

***Апстракт:** Много је разлога због којих уставно право Француске не престаје привлачити пажњу науке уставног права. Француска је држава која је током своје дуге уставне историје имала 16 устава. Тако богата и истовремено бурна уставна историја окончана је Уставом који је ступио на снагу 4. октобра 1958. године, познатијем као Устав Пете француске републике. У овом раду аутор се бави уставноправним односима између најважнијих политичких институција Пете француске републике. Аутор то чини тако што најприје анализира француске политичке институције и њихове међусобне односе (предсједник, Влада и Парламент), а након тога и њихове односе на подручју права. Ово потоње подручје њихових међусобних односа не може се потпуно разумјети без анализирања двије правне институције: Уставног савјета (Conseil Constitutionnel) и Државног савјета (Conseil d'Etat). У раду су ове институције анализирани кроз њихове надлежности у процесу израде нацрта и усвајања органских закона, закона, ордонанси и декрета.*

***Кључне ријечи:** предсједник, Влада, Парламент, Уставни савјет, Државни савјет, устав, органски закон, закон, ордонанса, декрети, уставност, законитост.*

I. УВОДНИ ДИО

Више је разлога због којих уставно право Француске не престаје привлачити пажњу науке уставног права. Француска је земља која се, као ријетко која, може похвалити чињеницом да њена богата уставноправна историја обухвата 16 аката уставног ранга (16 устава). То су: 1) Устав из 1791; 2) Устав из 1793 (монтањарски Устав); 3) Устав из 1795 (којим је успостављен директоријални систем власти); 4) Устав из 1799 (којим је успостављен конзулски систем); 5)

* Ванредни професор на Правном факултету Универзитета за пословни инжењеринг и менаџмент у Бањалуци и судија Окружног суда у Бањалуци.

Senatus-consulta из 1802 (којом је Наполеон именован за доживотног првог конзула); 6) *Senatus-consulta* из 1804 (којом је успостављено Прво француско царство са Наполеоном као насљедним императором); 7) Уставна повеља из 1814 (којом је претходно свргнута бурбонска династија поново преузела власт); 8) Наполеонов Допунски акт уставима царства из 1815 (који је важио свега неколико дана); 9) Уставна повеља из 1830. године; 10) Устав Друге француске републике из новембра 1848. године (Прва француска република успостављена је у септембру 1792. и у току њеног трајања донијет је Устав из 1793. године); 11) Устав из 1852. године (Друго француско царство); 12) Устав Треће француске републике из 1875 (у ствари три посебна уставна закона – о организацији Сената, о организацији јавних власти, те о односима између јавних власти, а њиховом доношењу претходио је период револуционарних превирања – Паришка комуна 1871. године); 13) Уставни закон из 1940 (којим је успостављена тзв. Вишијева Француска); 14) Уставни закон из 1945 (којим је успостављена привремена Влада Француске републике); 15) Устав Четврте француске републике из 1946. године; 16) Устав Пете француске републике из 1958. године. Током овог дугог периода извршене су четири револуције (1789, 1830, 1848. и 1871. године), а три пута су се смјењивали облици владавине (монархијски и републикански). Овим смјенама владавинских облика, и негативним посљедицама које су оне неизоставно носиле са собом, може се објаснити уставна одредба (члан 89. став 5. важећег Устава), према којој републикански облик владавине не може бити предметом уставних промјена.

Овако богата и истовремено бурна уставноправна историја окончана је Уставом Пете француске републике, усвојеном на референдуму одржаном 28. септембра 1958. године, који је ступио на снагу 4. октобра 1958. године. Много је новина које су тим уставом уведене прије свега у уставноправну праксу Француске, али су оне у исто вријеме представљале (и представљају) право богатство и за науку уставног права. У овом раду ће бити изложена одговарајућа уставноправна рјешења о односима централних институција у Петој француској републици, у које спадају председник Републике, Влада, Парламент, Уставни савјет, те Државни савјет. Када је ријеч о односима између Владе и Парламента Француске, њих ћемо у раду посматрати из два угла. Први угао посматрања тиче се питања из сфере политичких односа те двије институције. Међутим, говорити о томе није могуће без разматрања, макар и кратког, надлежности председника Републике као централне политичке институције Француске. Други угао посматрања тиче се нормативних овлашћења Владе и Парламента. У сфери тих овлашћења много је оригиналних рјешења која се не могу у потпуности (и правилно) сагледати ако би се анализирао само кроз призму односа Владе и Парламента. У ту анализу неизоставно се морају укључити институције Уставног савјета, односно Државног савјета Француске. Но, да би се разумјели узроци свих ових уставних рјешења о односима Владе и Парламента у Петој француској републици неопходно је познавати и узроке који су довели до њих,

а они се опет не могу разумјети ако се, макар кратко, не подсјетимо на односе између ове двије политичке институције у Четвртој француској републици (од 1946. до 1958. године). Стога ће централном предмету овог рада претходити кратко подсјећање на основе парламентарног система какав је успостављен Уставом усвојеним на референдуму од 13. октобра 1946. године, проглашеним 27. октобра те исте године.

II. ПАРЛАМЕНТАРНИ СИСТЕМ ЧЕТВРТЕ ФРАНЦУСКЕ РЕПУБЛИКЕ

Према овом уставу задржана је дводомна структура француског парламента, са Националном скупштином (чији посланици су били непосредно бирани) и Савјетом којег су чинили посредно изабрани чланови. Због слабости које је парламентарни систем показао током своје примјене у Трећој француској републици, овим уставом је промијењена улога парламентарних домова. За ту промјену се у најкраћем може рећи да је подразумијевала слабљење улоге другог дома (Савјета), те јачање позиције Националне скупштине. До тога је дошло, у основи, на два начина и то прописивањем да Влада одговара искључиво Националној скупштини,¹ као и тиме што је овај дом Парламента у крајњем доносио коначну одлуку о усвајању закона, ако прије тога није могла (у одређеном року) бити постигнута сагласност између Националне скупштине и Савјета. Предсједника Републике је, као и према уставним рјешењима из Треће републике, бирао Парламент (на период од седам година), дајући му право суспензивног вета на изгласане законе, као и право распуштања Националне скупштине на захтјев предсједника Владе, под условом да доњи дом Парламента у току 18 мјесеци два пута изгласа неповјерење Влади (при чему предсједник Републике није имао право распуштања Националне скупштине у току првих 18 мјесеци њеног мандата).² Оваквим рјешењем настојано је да се ојача позиција Владе, у којој намјери је било прописано и да се неповјерење Влади могло изгласати апсолутном већином свих чланова Националне скупштине, као и да се о питању повјерења које би поставио предсједник Владе могло расправљати тек по протеку 24 часа. Међутим, до јачања положаја Владе није дошло у пракси због два разлога. Први лежи у чињеници да је француску политичку сцену тог времена карактерисало мноштво политичких странака (лијеве и десне оријентације, као и странака центра), што је доводило до њиховог унутрашњег прегруписавања као и честих промјена у међустраничким коалицијама. То је за посљедицу имало честе смјене Владе па су се тако, како указује професор Јовичић, за 12 годи-

¹ Према уставним рјешењима из Треће француске републике и Сенат је (као други дом парламента) имао право да изгласа неповјерење Влади.

² Миодраг Јовичић: *Изабрани списи*, Књига 5, Уставни и политички системи, Београд, 2006, стр. 159.

на постојања Четврте републике на власти смијениле 22 владе.³ Други разлог је у томе што су и у Четвртој републици задржана рјешења из Треће републике која се тичу рада комисија Парламента. Наиме, и овај устав је задржао рјешења према којима се расправа у Парламенту водила о текстовима приједлога закона који су претходно усвојени у тим комисијама, што им је давало предност у односу на Владу. Но, иако је Парламент имао јачу позицију у односу на Владу он није испуњавао своју законодавну улогу већ је, како истиче професор Јовичић, упркос члану 13. Устава (којим је било забрањено Националној скупштини да делегира своја законодавна овлашћења) „...дошло до ренесансе уредби са законском снагом.“ Објашњавајући начин на који је дошло до овога, професор Јовичић каже:

„Најпре је, већ од 1948. коришћена техника оквирних закона (*lois-cadres*), којима је само формално удовољавано захтеву за оригинерним регулисањем појединих материја путем закона, уз препуштање влади да те материје суштински регулише, а нешто касније се вратило на овлашћивање владе да доноси уредбе са законском снагом којима се мењају претходни закони“.⁴

Унутрашњој политичкој нестабилности проишлагој из одговарајућих уставних рјешења треба додати спољнополитичке неуспјехе Француске тог времена. Наиме, Француска је 1954. године изгубила рат у Индокини.⁵ То ће довести до незадовољства у земљи, које је само појачано неуспјешним настојањима да се задржи француска колонијална власт у Алжиру.⁶ На политичку сцену ступа генерал Де Гол, коме је тадашњи предсједник Републике крајем маја 1958. године повјерио мандат за састав владе, у чему ће Де Гол и успјети пошто му је Национална скупштина дала сагласност. Убрзо након њеног формирања Де Голова влада је припремила нацрт новог устава, који је усвојен на референдуму одржаном 28. септембра 1958. године, након чега је Устав Пете француске републике ступио на снагу 4. октобра 1958. године.

³ Исто.

⁴ Исто, стр. 159. и 160.

⁵ Индокина је обухватала простор на коме се данас простиру три државе (Вијетнам, Лаос и Камбоџа). Сво вријеме француске колонијалне владавине текла је борба за национално ослобођење која ће довести до проглашења Демократске Републике Вијетнам 2. септембра 1945. године. У периоду од 1945. до 1954. Француска је водила борбу против вијетнамске војске, али је у јулу 1954. године, након војних неуспјеха, приступила мировним преговорима у Женеви на којима је Француска признала Демократску Републику Вијетнам, а потом је на Индокинеској конференцији 20. јула 1954. године потврђен пуни суверенитет Вијетнама, Камбоџе и Лаоса.

⁶ Након што су о томе претходно проведени референдуми у Алжиру и Француској, независност Алжира је проглашена 3. јула 1962. године.

III. ОРГАНИЗАЦИЈА И НАДЛЕЖНОСТИ ИНСТИТУЦИЈА ПОЛИТИЧКЕ ВЛАСТИ У ПЕТОЈ ФРАНЦУСКОЈ РЕПУБЛИЦИ

Излагање у овом дијелу рада биће усредсређено на три централне политичке институције Пете француске републике. Ради се о предсједнику Републике, Влади и Парламенту. Иако су Уставни савјет и Државни савјет веома важне институције у систему власти у Француској, о њима неће бити ријечи у овом дијелу, јер ћемо о њима говорити у дијелу рада посвећеном расподјели нормативних овлашћења између Парламента и Владе. Ово стога што њихова права улога долази до изражаја у примјени одговарајућих одредби Устава о нормативним овлашћењима Парламента и Владе.

III.1. Предсједник Републике

Кратко разматрање централних политичких институција Француске започињемо излагањем о предсједнику Републике. Чинимо то из два разлога, од којих је први то што важећи Устав најприје садржи одредбе о овој институцији, које се налазе у другој глави Устава (чл. 5. до 19), након којих слиједе одредбе о Влади, а потом одредбе о Парламенту. Други разлог је чињеница да је ријеч о централној институцији француског уставног система.

Предсједника Републике бирају грађани на непосредним изборима, на период од пет година, с тим што ни једно лице ову функцију не може обављати више од два пута узастопно. Треба рећи да је Уставом првобитно било прописано да мандат предсједника Републике траје седам година, што је важило до 24. септембра 2000. године када је на референдуму прихваћена одлука о смањењу предсједничког мандата са седам на пет година.

Уставом је одређено (члан 5) да се предсједник стара о поштовању Устава, да својом арбитражом обезбјеђује правилно функционисање јавних власти и континуитет државе, као и да је гарант независности и територијалног интегритета државе те поштовања међународних уговора. Ова одредба је, ако се посматра издвојено, веома неодређена јер садржи неодређене појмове, али се до њеног правога значења може доћи њеним довођењем у везу са чланом 16. Устава којим су прописана изузетна овлашћења предсједника Републике. Но, прије изношења садржине тих овлашћења неопходно је подсјетити на предсједникова уобичајена овлашћења, а посебно на његова овлашћења према Влади, јер и ова потоња овлашћења чине од њега централну фигуру француског уставног система. Међу уобичајеним овлашћењима предсједника Републике су руковођење спољном политиком земље, давање помиловања, именовање на

низ најважнијих функција у држави, врховно командовање оружаним снагама. У ова овлашћења спада и његов *суспензивни вето* на законе изгласане у Парламенту. Према члану 10. Устава шеф државе има право да, у року од 15 дана од дана када му је (ради промулгације) достављен закон изгласан у Парламенту, затражи поновну парламентарну расправу о закону, што Парламент не може одбити. Но, иако не може одбити расправу, Парламент нема обавезу да закон поново усваја већим бројем гласова својих чланова од оне већине којом је закон био првобитно усвојен.

Од ових уобичајених овлашћења треба разликовати овлашћења која предсједник Републике има према Влади. С тим у вези он, према члану 8. Устава, именује предсједника Владе (првог министра), а на приједлог првог министра именује и разрјешава остале чланове владе. Приликом избора предсједника Владе шеф државе је слободан, али ће свакако водити рачуна да на то мјесто именује особу која ће бити прихваћена у Националној скупштини. Након њеног именовања Влада за свој рад одговара Националној скупштини и мора поднијети оставку предсједнику Републике ако јој у том дому буде изгласано неповјерење. Иако му није правно одговоран, предсједник Републике може фактичким путем принудити првог министра да одступи са те функције. Предсједник Републике то може учинити тако што ће одбити да потпише акте Министарског савјета, које он потписује не само зато што предсједава сједницама тог савјета већ и због тога што је чланом 13. став 1. Устава прописано да предсједник Републике потписује *ордонансе* и *уредбе (декрете)* након њиховог разматрања и усвајања на Министарском савјету. Тиме предсједник Републике учествује у доношењу подзаконских прописа, што његову позицију чини још снажнијом. Први министар и остали чланови Владе (министри и државни секретари) чине кабинет, којим предсједава предсједник Владе. Сврха (правна) овог тијела јесте припремање сједница Министарског савјета.

Када је ријеч о односима предсједника Републике и Парламента за њих је важно рећи слjedeће. Према члану 12. став 1. Устава предсједник Републике може распустити Националну скупштину. За такву одлуку потребно је да претходно обави консултације са предсједником Владе и предсједницима парламентарних домова (Националне скупштине и Сената), али га њихова мишљења не обавезују. Дакле, предсједник нема правних ограничења за остваривање овог свог права. На основу тог права он се, у суштини, може ријешити и владе којом није задовољан, с обзиром да се након избора за нови Парламент мора приступити и именовању нове владе. Но, ако у овоме није правно ограничен, он мора водити рачуна о политичком пулсу нације, јер се извргава опасности да, уколико супротно том пулсу распусти Националну скупштину, доведе себе у позицију да изборно тијело не гласа за њега на наредним предсједничким изборима (ако се поново кандидује за ту функцију).

Ванредна засједања Парламента се, према члану 30. Устава, могу отворити и закључити само декретом предсједника Републике.

Према члану 11. Устава предсједник Републике може поднијети на референдум Владин приједлог било којег закона којим се уређује организација јавних власти, затим закона о реформама које се односе на економску или социјалну политику државе те јавне службе које су у вези са тим, као и закона којим се предвиђа овлашћење за ратификацију међународног споразума који ће, иако није супротан Уставу, имати посљедице на функционисање институција. Ради се о својеврсном измјештању законодавне надлежности из Парламента у бирачко тијело Француске. Међутим, да би могао изнијети приједлог закона на референдум предсједник за то мора имати приједлог Владе када је Парламент у засједању, односно заједнички приједлог оба дома Парламента. Насупрот овим овлашћењима предсједника Републике стоји једно овлашћење које према њему има Парламент. Оно је садржано у члану 68. Устава према којем предсједник Републике неће бити смијењен са те дужности за вријеме њеног трајања, осим због кршења предсједничких дужности које је (то кршење) очигледно неспојиво са наставком те функције. Како видимо, у питању је деликт неодређене садржине, под који се може подвести повреда устава или закона од стране предсједника Републике. Одлуку о томе доноси Парламент, који у том случају засједа као Високи суд. Приједлог да се сазове Високи суд може дати било који дом Парламента, након чега се усвојени приједлог доставља другом парламентарном дому који је дужан да своју одлуку о сазивању Високог суда донесе у року од 15 дана. Високим судом председава предсједник Националне скупштине, а предсједник Републике је смијењен ако за такву одлуку гласа двотрећинска већина чланова Високог суда.

Устав (у члану 16) даје предсједнику Републике и изузетна овлашћења. Према том члану он може предузети мјере које захтијевају дате околности. Да би их предузео морају бити кумулативно испуњена два услова: 1. да су *непосредној и озбиљној пријетњи* изложене институције Републике, независност државе, њен територијални интегритет или испуњавање међународних обавеза; 2. да је *прекинуто редовно функционисање уставних јавних власти*. Поред тога, да би приступио предузимању мјера које сматра потребним предсједник Републике се претходно мора консултовати са предсједником Владе, предсједницима оба дома Парламента и Уставним савјетом, а након што предузме мјере о њима мора обавијестити француску нацију. За вријеме њиховог важења не може се распустити Национална скупштина. Сврха тих мјера је да *уставне јавне власти буду обезбијеђене*, што је прије могуће, *средствима за извршавање њихових дужности*. Дакле, када се постигне ова сврха отпада *ratio* (и уставноправни основ) њиховог даљег важења. Након што протекне 30 дана примјене тих мјера предсједник Националне скупштине, предсједник Сената, 60 чланова Националне скупштине или 60 чланова Сената могу затражити од Уставног савјета одлуку о томе да ли и даље постоје услови за примјену мјера, а Уставни савјет је дужан да одлуку о томе донесе што је прије могуће. Шта више, након што протекне 60 дана од почетка примјене предсједникових изузетних овлашћења, или

у било којем тренутку након тога, Уставни савјет има право да без било чијег приједлога испита и одлучи да ли и даље постоје услови за њихову примјену. Шта је, у правном погледу, садржина тих мјера. С тим у вези професор Јовичић истиче да предсједник Републике (курзив у цитату је наш) „... може, како кажу француски аутори, *практично све, осим да промени устав* (што произлази из наведене формулације о обезбеђивању средстава за обављање задатака „уставним јавним органима“, дакле органима постојећим по уставу)“.⁷

У члану 19. Устава прописано је које акте предсједник Републике потписује самостално, док је за остале акте истом одредбом предвиђено да морају садржавати премапотпис премијера а, када се то захтијева, и министра у чији ресор спада питање на које се односи акт. Према овој уставној одредби предсједник Републике самостално потписује сљедеће акте:

1. о подношењу на референдум Владиног приједлога закона (члан 11. Устава);
2. о распуштању Националне скупштине (члан 12. Устава);
3. о предузимању изузетних овлашћења што, између осталог, значи да за вријеме њиховог трајања предсједник може самостално доносити ордонансе и аутономне уредбе (члан 16. Устава);
4. којима се обраћа домовима Парламента (члан 18. Устава);
5. којима (прије њихове ратификације или одобравања) предлаже Уставном савјету да одлучи да ли су поједине одредбе међународних споразума супротне Уставу (члан 54. Устава);
6. о именовану три члана Уставног савјета Француске (члан 56. Устава);
7. којима прије промугације предлаже Уставном савјету да одлучи о уставности било ког закона усвојеног у Парламенту (члан 61. став 2. Устава). Ради се о тзв. *обичним законима*, јер *органски закони* прије њиховог ступања на снагу морају увијек бити подвргнути претходној оцјени уставности (члан 61. став 1. Устава).⁸

III.2. Влада

Поглавље Устава посвећено Влади почиње одредбом члана 20. према којој Влада *одређује и води политику*. Међутим, пошто се Влада практично налази у рукама предсједника Републике, то она не може донијети ни једну важнију одлуку без његове сагласности. Свакако да се сада поставља питање на који се то начин Влада налази *практично* у рукама предсједника Републике.

⁷ Миодраг Јовичић: Исто, стр. 169.

⁸ О овоме видјети више у Pierre Pactet: Institutions politiques – Droit constitutionnel, 10ed, Paris, Masson, 1991, стр. 377-378.

Једно од тих средстава је и оно о којем смо говорили у дијелу посвећеном председнику Републике. Ту је речено да, иако му није правно одговоран, председник Републике може фактичким путем принудити првог министра да одступи са те функције и то тако што ће одбити да потпише акте Министарског савјета. Иначе, Министарски савјет (којим председава председник Републике, а поред њега чине га још премијер и министри) је најважнији облик Владиног рада, с обзиром на то да се на његовим сједницама разматрају сва најважнија питања те доносе ордонансе и уредбе (декрети) из нормативне надлежности Владе, изузев уредби за примјену закона које доноси премијер.

Друго средство које стоји на располагању председнику Републике је његово право да распусти Националну скупштину. Он је у том смислу слободан, јер може томе приступити не само када није задовољан радом Националне скупштине већ и ако му Влада није више по вољи. Дакле, у овом потоњем случају он распуштањем Националне скупштине практично обара и Владу. С тим у вези треба међутим имати у виду да је Органским законом, број 2001-419 од 15. маја 2001. године, одређено да се председнички избори и парламентарни избори морају одржати у кратком временском размаку. На овај начин жељело се смањити могућност да различите политичке партије имају контролу над институцијама шефа државе и Парламента,⁹ а тиме и кохабитације која би у крајњем могла довести до кризе у функционисању ових политичких институција.

Влада се образује тако што најприје председник Републике именује председника Владе, а потом на његов приједлог и остале чланове владе. Иста процедура важи за смјену чланова Владе. Како видимо, председник Владе има веома значајну улогу у састављању Владе, јер нико не може постати (а ни остати) члан Владе без његове воље. Но, и овдје долази до изражаја снажна позиција председника Републике, у том смислу што председник Владе мора водити рачуна о мишљењу које председник Републике има о предложеним кандидатима (односно о члановима које премијер жели смијенити). У том смислу председник Владе ће водити рачуна да за члана Владе не предложи лице које није по вољи председнику Републике, односно неће предложити смјену члана Владе уколико то не би било по председничковој вољи. Уставно право Француске не познаје обавезу Владе да се након (а ни прије) именовања обрати Парламенту. Дакле, она то може учинити, али и не мора. Чланство у Влади је неспојиво са чланством у Парламенту (члан 23. Устава).

Иако Устав за функцију председника Владе користи термин премијера (*Premier ministre*), не би било исправно из тога изводити закључак како је он само први међу једнакима. За то постоји више разлога, од којих смо неке претходно већ истакли. Поред тих разлога треба нагласити још да председник Вла-

⁹ Martin A. Rogoff: Fifty years of constitutional evolution in France: the 2008 amendments and beyond, str. 16. i 17, доступно на <http://www.juspoliticum.com/-Journal-.html>.

де, према члану 21. Устава, руководи радом Владе, одговоран је за националну одбрану те врши уредбодавну власт. У вези са овом његовом надлежношћу треба рећи да се ради о уредбама које се доносе ради примјене закона, тј. уредбама које своје постојање изводе из закона ради чије примјене се доносе (деривирани уредбе). Акти председника Владе морају, када је то предвиђено, бити премапотписани од стране министара одговорних за њихову примјену. Одређена своја овлашћења председник Владе може пренијети *министрима*. Наглашавамо да то може учинити само министрима, а то значи државним министрима, министрима делегираним при првом министру и министрима који управљају одређеним ресором. Поред ових чланова у Влади постоје и државни секретари, али се на њих не односи наведена уставна одредба. За разлику од правног поднебља у којем ми живимо, а којем је својствено да се (одговарајућим законом) унапријед одреди број министарстава, то у Француској није случај. Умјесто тога, председник Републике својом уредбом образује министарства, на приједлог председника Владе, што се може чинити сваки пут када је изабрана нова влада.

III.3. Парламент

У својој богатој уставноправној историји током које је, како смо видјели, имала 16 устава, Француска је углавном остала вјерна бикамерализму као облику организације парламента. Од овог постоје изузеци само у случајевима устава из 1791, 1793. и 1848. године, за вријеме којих је парламент био организован као једнодомни. Дакле, и према Уставу из 1958. године Парламент Француске је дводомни, а чине га Национална скупштина и Сенат. Национална скупштина има пуни демократски легитимитет, јер се њени чланови бирају на непосредним изборима. Према члану 24. став 3. Устава, број чланова Националне скупштине не може бити већи од 577. Бирају се у Француској и француским прекоморским територијама.¹⁰ Чланови Сената, којих у овом дому не

¹⁰ Према члану 72. Устава, ове прекоморске територије (нпр. Гвадалупе, Мартиник, француска Полинезија и др.) су један од облика територијалних заједница у Француској. Поред њих, то су још комуне (општине, којих има више од 30.000), департмани, региони и заједнице са посебним статусом. Статус прекоморских територија се уређује органским законом, што је прописано чланом 74. Устава. Овим чланом је прописано да се органским законом уређују: услови под којима се на тим територијама примјењују закони и уредбе; надлежности територијалних заједница; организација и функционисање њихових институција; услови под којима се од тих институција прибавља мишљење о приједлозима закона те нацртима ордонанси и уредби, ако је ријеч о прописима који садрже одредбе везане за те територије или ако је ријеч о ратификацији или одобравању међународних споразума донијетих у стварима из надлежности тих заједница. Иако се ради о одредбама којима се предвиђају и посебне надлежности ових територијалних јединица, не треба, по нашем мишљењу, изводити закључак како је ријеч о политичко-територијалној аутономији. Ово стога што је чланом 72. став 6. Устава прописано да у свакој територијалној заједници, а то значи и у прекоморским територијама, постоји представник Републике *који се стара о државним интересима, управној контроли и поштовању закона*.

може бити више од 348, бирају се посредним путем, од стране посебног изборног тијела које чине чланови са демократским легитимитетом. Наиме, изборници за сенаторе су *сви посланици у Националној скупштини*, затим *сви чланови департманских општинских вијећа* те *делегати општинских вијећа*. Изборни период како за сенаторе тако и за посланике није одређен Уставом, већ је то питање препуштено да буде уређено органским законом (члан 25. став 1. Устава). У пракси тај период износи пет година (за Националну скупштину), односно девет година за Сенат, с тим што се у случају овог потоњег дома сваке три године врши обнављање једне трећине сенатора.

Највећи број приједлога закона потиче од Владе, али то право имају и чланови оба парламентарна дома. Међутим, према члану 40. Устава члановима Парламента нису допуштени приједлози закона (нити амандмани на приједлоге закона) ако би њихово усвајање довело до смањивања јавних прихода или повећања јавних расхода. Оваква одредба се у уставноправној науци с правом критикује као примјер ограничења парламентарца у предлагању закона, с обзиром да је мали број закона за које би се могло рећи да неће довести до повећања расхода државе или до смањења њених прихода.

Поступак доношења закона говори у прилог снажне позиције Владе. Наиме, за доношење тзв. *обичних закона* начелно се тражи сагласност Националне скупштине и Сената. Међутим, ако та сагласност не буде постигнута, предсједници парламентарних домова могу (дјелујући заједнички) сазвати заједничку комисију састављену на паритетној основи од представника Националне скупштине и Сената. Уколико ова комисија успије ускладити текст закона исти се враћа парламентарним домовима на расправу и гласање, а домови Парламента могу заједнички усаглашени текст закона прихватити или одбити. Уколико га прихвате, закон се сматра усвојеним и доставља се предсједнику Републике на промулгацију. Међутим, ако домови (или само један од њих) не прихвате усаглашени текст закона, односно уколико прије тога заједничка комисија није могла усагласити текст закона, Влада има право затражити од Националне скупштине да она донесе одлуку о томе (члан 45. став 4. Устава). Дакле, под напријед наведеним условима закон се сматра усвојеним и ако је о њему гласао само један од парламентарних домова. Оваква могућност постоји за Владу (и Националну скупштину) и када су у питању *органски закони*, само што они не могу бити донијети обичном већином већ натполовичном већином свих чланова Националне скупштине. Једино када је ријеч о органским законима који се односе на Сенат њих морају усвојити оба парламентарна дома (члан 46. став 4. Устава). Овакво уставно рјешење је разумљиво, јер би се у супротном дошло у позицију да о Сенату одлучује само Национална скупштина.

Други снажан инструмент који стоји на располагању Влади према Парламенту је њено право да приликом парламентарног одлучивања о неком закону постави питање своје одговорности. Ако потом у року од 24 часа не буде

поднијет приједлог за изгласавање неповјерења Влади и ако тај приједлог не буде усвојен већином чланова Националне скупштине, текст закона сматра се усвојеним (члан 49. став 3. Устава). Како видимо, ово рјешење (својеврсна правна фикција) омогућује да текст закона буде усвојен и поред тога што о њему није било гласања у Парламенту.

Када је ријеч о повјерењу Владе у Парламенту треба рећи да је Уставом из 1958. предвиђена отежана процедура за то, чиме се желило учинити стабилнијим положај Владе. Према члану 49. став 2. Устава Национална скупштина може поставити питање одговорности Владе ако је такав приједлог потписан од најмање једне десетине чланова тог дома. О том приједлогу не може се гласати у наредних 48 часова, а одлука о неповјерењу Влади сматра се усвојеном ако је за њу гласала не већина гласалих него већина од укупног броја чланова Националне скупштине.

Најзад, Влада има на располагању још једно снажно правно средство према Парламенту. Ријеч је о приједлозима финансијских закона. Ради се о законима у суштини пореске природе, који су посебно актуелни у последње вријеме након што је на сједници Министарског савјета 28. септембра 2012. представљен низ пореских мјера (у сфери пореза на додату вриједност, пореза на доходак грађана и др.) као дијелова Владиног приједлога финансијског закона за 2013. годину. Према члану 47. став 3. Устава, ако Парламент не донесе одлуку о приједлозима ових закона у року од 70 дана, у том случају приједлог закона може *ступити на снагу* на основу ордонансе, а ову доноси Министарски савјет. Према члану 47-1. Устава ако Парламент у року од 50 дана не донесе одлуку о приједлогу финансијског закона из области социјалног осигурања, одредбе тог приједлога се *примјењују* на основу ордонансе.

IV. НОРМАТИВНА ОВЛАШЋЕЊА ПАРЛАМЕНТА И ВЛАДЕ У ПЕТОЈ ФРАНЦУСКОЈ РЕПУБЛИЦИ

Осим по ономе о чему је претходно било ријечи, Устав Пете француске републике је особен у свијету уставности и по начину на који је извршена расподјела нормативних овлашћења између Владе и Парламента. У вези са тим је и уставноправна позиција Уставног савјета и Државног савјета, о чему ће бити ријечи у наставку.

Устав Француске у значајној мјери одступа од темељног правила, и данас најраширенијег у свијету, о надлежностима законодавног органа у сфери доношења закона.¹¹ Према том правилу законодавни орган је, осим што то мора учинити тамо гдје му устав изричито налаже да донесе закон, овлашћен да путем закона уређује друштвене односе гдје год то он сматра потребним.

¹¹ Не треба заборавити да доношење закона није једина надлежност законодавног органа. Но, несумњиво је да је то његова најважнија надлежност.

Међутим, важећи Устав Француске садржи рјешења која одступају од овог правила и то у мјери због које су се та рјешења својевремено сматрала правном револуцијом.

Чланом 34. Устава одређена су подручја (*domaine reserve*) у којима Парламент може доносити законе.¹² Потом је у члану 37. Устава прописано да се сва питања за која тим уставом није одређено да су материја закона уређују прописима извршне власти. На овај начин Устав је, примјеног формалног мјерила, утврдио да се законским прописима сматрају само они прописи донијети у Парламенту, док се подзаконским прописима сматрају прописи извршне власти. Такође се може рећи да је овим дошло до својеврсне инверзије старог правила о претпостављеној нормативној надлежности парламента, с обзиром да је претпостављена нормативна надлежност овдје успостављена у корист извршне власти.

У првој групи прописа потребно је разликовати обичне законе од органских закона. Ове потоње Парламент доноси према посебном поступку, у случајевима одређеним Уставом, а сврха им је прецизирање и допуњавање Устава.¹³ Случајеви у којима је Парламент овлашћен на доношење органских закона прописани су у чл. 13, 23, 25, 27, 34, 57, 63, 64, 65, 68, 68-1, 69, 71, 71-1, 72, 72-1, 72-4, 73, 74. и 88-3 Устава. У хијерархији општих правних аката органски закони заузимају више мјесто од обичних закона, који се доносе о свим оним питањима из законодавне надлежности Парламента за која Уставом није предвиђено доношење органских закона.

Међу подзаконским прописима на чије доношење је Уставом овлашћена извршна власт треба разликовати више њих. Будимир П. Кошутић с тим у вези каже:

„Влада доноси аутономне уредбе и уредбе ради примене права. Аутономне уредбе се доносе непосредно на основу уставног овлашћења и њима се изворно уређује уредбодавна материја. Међу аутономним уредбама треба разликовати декрете, ордонансе и редовне аутономне уредбе (реглмане)..... Према томе, материју која има уредбодавни карактер Влада уређује декретима (у случају да је та материја уређена законима донетим пре ступања на снагу Устава) или аутономним уредбама. Сем тога, Влада (*премијер, наша примједба*) до-

¹² На том својеврсном списку је више ових подручја, од којих издвајамо законе који се односе на: грађанска права и слободe; слободу, плурализам и независност медија; обавезе у сврху националне одбране; држављанство; имовинско-правни односи у браку; наследноправни односи; одређивање кривичних дјела и казни за њих; кривични поступак; амнестија; прописивање и прикупљање свих врста пореза; општа организација националне одбране; заштита околине; радноправни односи; стварноправни, трговински и облигациони односи итд.

¹³ Примјера ради, поглавље VIII Устава посвећено је правосудној власти у Француској. Чланом 65. из тог поглавља прописани су организација, састав и надлежности Високог савјета правосуђа Француске, а последњим ставом тог члана је одређено да се *органским законом* одређује начин на који ће тај члан Устава бити примјењен.

носи и уредбе ради примене закона. У том случају уредбом Владе не уређује се одређени однос изворно, већ деривативно.¹⁴

С обзиром да их не сусрећемо у овдашњем правном поднебљу, потребно је указати на правну природу и значај ордонансе као подзаконског прописа. Ради се о општем правном акту *који има законску снагу* и оне, како указује Миодраг Јовичић, „...у основи имају карактер старих уредби са законском снагом. Одобрење влади да доноси ордонансе даје Парламент усвајањем закона о хабилитацији. Ово одобрење влада тражи „ради извршења свог програма“ и, уколико га добије, овлашћена је да, како Устав каже, „предузима мере које редовно спадају у област закона (члан 38. став 1. Устава, наша примједба)“, а путем којих се, у случају потребе, могу мењати и законске одредбе. Значи, у овом случају Парламент привремено одустаје од својих овлашћења и у оној суженој области законодавног регулисања која му је уставом остављена. Овлашћење на доношење ордонанси увек се даје на одређено време, прецизирано законом о хабилитацији.“¹⁵ Према члану 38. став 2. Устава ордонансе, након консултација са Државним савјетом, доноси Министарски савјет, којим предсједава предсједник Републике који их и потписује.

С обзиром на овако комплексну структуру општих правних аката у Петој француској републици, не чуди што је Уставом предвиђен и једнако тако сложен инструментаријум за остваривање ових нормативних надлежности. У том правцу од посебног значаја су двије институције, а то су Државни савјет (*Conseil d'Etat*) и Уставни савјет (*Conseil Constitutionnel*). Иако сродне институције, између њих постоје значајне разлике. С тим у вези Светислава Булајић с правом указује да је Државни савјет саставни дио егзекутиве преваходно ангажован у контроли законитости, а Уставни савјет је институција којој је повјерена контрола уставности. Потом, начин контроле коју врше ове двије институције није исти, јер контрола Државног савјета је у начелу накнадна и конкретна, док се код Уставног савјета ради о превентивној и апстрактној контроли. Најзад, Булајићева указује и да једино одлуке Уставног савјета имају снагу *res iudicata* и *deјство erga omnes*.¹⁶

Коријени Државног савјета налазе се у Краљевском савјету из доба *Ancien Regime*, али је садашњу форму добио крајем XVIII и почетком XIX вијека, под владавином Наполена Бонапарте. И тада, као и данас, он је имао троструку улогу. Прва улога му је била дужност да саставља текстове закона, а не само да врши њихову контролу. Потом слиједи његова управна улога, која се огледала у томе да је учествовао (у стручном смислу) у изради основних административ-

¹⁴ Будимир П. Кошутић: Увод у велике правне системе данашњице, друго издање, Београд, 2008, стр. 118.

¹⁵ Миодраг Јовичић: Исто, стр. 181.

¹⁶ Светислава Булајић: Чувар француског устава, Београд, 2006, стр. 95.

них уредби. Најзад, трећа његова улога била је судска, у смислу да је одлучивао у споровима који би се јавили између појединаца и управе.¹⁷

С обзиром на предмет овог рада, за нас је од посебне важности улога коју ова институција има у поступку доношења прописа. Истина, не може се искључити ни њена судска улога у примјени прописа, с обзиром на то да је Државни савјет надлежан да у управним споровима одлучује и о томе да ли је уредбом извршено прекорачење надлежности од стране њеног доносиоца и да, ако оцијени да је дошло до тога, поништи такву уредбу. Ова надлежност Државног савјета указује на потребу да Влада прије доношења подзаконских прописа консултује ову институцију о њиховој форми и садржини, јер ће на тај начин избјећи могућност да у поступку њихове касније примјене ти прописи (или њихов дио) буду поништени. У поступку доношења прописа Државни савјет, дакле, има савјетодавну улогу, која произлази из уставних обавеза Владе да консултује ову институцију. Малочас смо видјели да према члану 38. став 2. Устава Министарски савјет доноси ордонасе, али након консултација са Државним савјетом. Поред тога, према члану 39. став 2. Устава сви Владици приједлози закона се разматрају на Министарском савјету након што су прије тога обављене консултације са Државним савјетом.

За разлику од Државног савјета чија улога је савјетодавна, али која због тога ипак не смије бити занемарена, улога коју има Уставни савјет је потпуно другачија. Ријеч је о претходној контроли уставности, до које долази у двије ситуације, од којих је једна обавезне а друга факултативне природе. Но, оно што је заједничко за обје ове ситуације је то што се након извршене оцјене уставности не може више постављати питање уставности тог правног акта. Обавезној претходној контроли уставности подлијежу сви органски закони. Према члану 46. став 5. Устава ни један органски закон не може бити проглашен (не може бити извршена његова промулгација од стране предсједника Републике) док Уставни савјет не потврди да је у сагласности са Уставом. О обавезној претходној контроли уставности ради се и у ситуацији коју предвиђа члан 37. став 2. Устава. Да би се разумила садржина те уставне одредбе треба претходно рећи да је првим ставом члана 37. Устава прописана претпоставка нормативне надлежности у корист извршне власти. С тим у вези другим ставом овог члана је прописано да законске одредбе у подручјима која су Уставом дата у нормативну надлежност извршне власти¹⁸ могу бити измијењене уредбама донијетим након консултација са Државним савјетом. Међутим, све законске одредбе донијете након ступања на снагу важећег Устава у подручјима из нормативне надлежности извршне власти, могу бити промијењене уредбама само ако је прије доношења уредбе Уставни савјет одлучио да се ради о питању

¹⁷ Ги Бребан: Административно право Француске, превела с француског Катарина Дамјановић, Београд-Подгорица, 2002, стр. 403. и 404.

¹⁸ То су сви они закони који су били на снази у тренутку доношења важећег Устава, а који су остали на снази и након тога.

из нормативне надлежности извршне власти. Поред наведених случајева, обавезној претходној контроли уставности (према члану 61. Устава) подлијежу сви приједлози одређених закона ако су поднесени од чланова Парламента. До ове контроле ће доћи уз испуњење два услова. Прво се мора радити о приједлозима тачно одређених закона (оних који се наводе у члану 11. Устава), а то су закони којима се уређује организација јавних власти, затим закони о реформама које се односе на економску или социјалну политику државе те јавне службе које су у вези са тим, као и закони којима се предвиђа овлашћење за ратификацију међународног споразума који ће, иако није супротан Уставу, имати посљедице на функционисање институција. Други услов је да је предсједник Републике одлучио да приједлог таквог закона упутити на референдум. Ако су, дакле, испуњена ова два услова, такав приједлог закона мора прије изношења на референдум бити поднесен Уставном савјету на оцјену уставности. Најзад, према члану 61. Устава обавезној претходној оцјени уставности подлијежу словници Националне скупштине и Сената.

Факултативној претходној контроли уставности подвргнути су сви *обични закони* изгласани у Парламенту. Према члану 61. став 2. Устава приједлог у том правцу *могу* дати предсједник Републике, премијер, предсједници домова Парламента, односно 60 посланика Националне скупштине или 60 сенатора. Контроли уставности не подлијежу закони изгласани на референдуму, јер према одлуци Уставног савјета у предмету *Loi referendaire* од 6. новембра 1962. године ова институција нема надлежност испитивања уставности закона усвојених на референдуму. Уставни савјет је ту своју одлуку образложио на начин што је рекао да то произлази из духа Устава, којим је Уставни савјет успостављен као орган који одлучује *о поступцима јавних власти*, као и да су закони за које је чланом 61. Устава предвиђено да буду предмет контроле уставности само закони изгласани у Парламенту, а не и закони усвојени референдумом.¹⁹ У случају потписаних међународних уговора било ко од претходно наведених субјеката може упутити Уставном савјету приједлог за оцјену уставности уговора (или неких његових одредаба), ако сматра да су у супротности са Уставом. Ако Уставни савјет усвоји такав приједлог, међународни уговор (или нека његова одредба) не може бити ратификован док се не измијени Устав. На овај начин омогућује се да Устав има врховно мјесто у хијерархији правних аката.

Иако замишљен као средство за јачање извршне власти и на пољу правног нормирања друштвених односа, модел расподеле нормативних овлашћења успостављен важећим Уставом Француске ипак није довео до преваге подзаконских прописа у односу на законе. За то заслуге у првом реду има институција Уставног савјета, што Светислава Булајић објашњава на сљедећи начин:

¹⁹ Одлуке Уставног савјета Француске доступне су на интернет порталу ове институције, на адреси <http://www.conseil-constitutionnel.fr>

„Финалитети контроле расподеле нормативних овлашћења могли би се, отуда, укратко резимирати као: васпостављање законодавних компетенција парламента кроз континуирано ширење законодавног домена, а посредством умножавања извора законодавних компетенција (екстензивним тумачењем²⁰ члана 34. Устава и изналагањем нових извора); и прецизно утврђење и регулисање уредбодавног домена, уз максимално редуковање аутономије уредбодавне власти. О томе сведочи читав низ одлука²¹ којима је практично одбачена материјална дефиниција законодавног домена, а тиме и стриктна делимитација уредбодавног од законодавног домена. Аутономна уредбодавна власт сведена је на просту примену закона, до самих граница аутолимитације, чиме је и ефекат одлука Савета знатно продубљен и увећан.“²²

Оно о чему је било ријечи до сада односило се на претходну контролу уставности као надлежности Уставног савјета Француске. Међутим, уставним промјенама из јула 2008. године Уставном савјету је дата надлежност и да врши накнадну (*a posteriori*) контролу уставности закона. Чланом 61-1 Устава прописано је да се овој контроли може приступити ако се у току поступка пред неким судом тврди да нека одредба закона крши права и слободе које су гарантоване Уставом. У том случају Државни савјет или Касациони суд могу прослиједити такав предмет Уставном савјету који доноси одлуку. Ради се о иновацији-прекретници у уставноправној историји Француске,²³ којом се по први пут у Француској омогућује широком кругу правних субјеката да у судском спору који имају пред собом, тврдећи да одредба неког закона крши неко њихово право или слободу гарантовану Уставом, тиме посредно омогуће и контролу уставности закона који је већ ступио на снагу.

²⁰ Од стране Уставног савјета, наша примједба.

²¹ Уставног савјета, наша примједба.

²² Светислава Булајић: Исто, стр. 81.

²³ Federico Fabbrini: Kelsen in Paris: France's Constitutional Reform and the Introduction of *A Posteriori* Constitutional Review of Legislation, German Law Journal [Vol. 09 No. 10 2008], str. 1312.

CONSTITUTIONAL-LEGAL RELATIONS BETWEEN CENTRAL INSTITUTIONS IN THE FIFTH FRENCH REPUBLIC

Summary

There are many reasons why French Constitutional Law does not stop to attract the attention of the Constitutional Law science. France is a state which during its long constitutional history had 16 constitutions. Such wealthy and in the same time tumultuous constitutional history ended with the Constitution which came into force on October 4 1958, known as the Constitution of the Fifth French Republic. In this work the author deals with the constitutional-legal relations between most important institutions of the Fifth French Republic. He does it in a way that he firstly analyse French political institutions and its mutual constitutional relations (President, Government and Parliament), and after that their relations in a legal field. Legal area of their relations is of importance because the French Constitution has provisions that are known world-wide. That provisions are real rarity and value in Constitutional law. This legal field of relations between President, Government and Parliament can not be understood accurately without analysing two legal institutions: Constitutional Council (Conseil Constitutionnel) and State Council (Conseil d'Etat). This institutions are analysed in the work through their competitions related to the process of drafting and adopting the organic laws, statutes, ordinances and decrees.

Key words: *President, Government, Parliament, Constitutional Council, State Council, constitution, organic law, statute, ordinance, decrees, constitutionality, legality.*

ПРАВА ДЕТЕТА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ – ОСТВАРИВАЊЕ И УНАПРЕЂЕЊЕ

Проф. др Олга С. Јовић*

Апстракт: У нашој земљи, права детета су први пут експлицитно прокламована и заштићена Породичним законом (2005), кроз садржину одредби осам чланова (чл. 59-65. ПЗС), а потврђена су и у српском Уставу из 2006. године. У том смислу, концепт права детета утемељен је на одговорности државе да деци обезбеди остваривање права у области образовања, здравства, социјалне заштите, и свим другим областима битним за живот и развој детета.

Национални систем заштите и промоције права детета, осим законодавне активности, подразумева и изградњу система и институција, усвајање националних планова и стратегија и система праћења њиховог остваривања. За остваривање и унапређење права детета у домену институционалне изградње, од великог значаја је оснивање Савета за права детета при Влади Републике Србије (2002), и формирање Одбора за права детета у Народној скупштини Србије (2006), као и оснивање институције Заштитника грађана и избор заменице за права детета (2008). Координација и управљање активностима у области права детета одвија се на нивоу сектора, с обзиром да министарства у свом делокругу рада обављају и послове у вези са правима детета. Поштујући и промовишући концепт права детета успостављен Конвенцијом о правима детета (1989), која је ступила на снагу 20. новембра 1990. године, евидентни су напори у реализацији целовите и кохерентне политике према деци.

Кључне речи: права детета; остваривање права детета; унапређење права детета; национални план акције за децу; одбор за права детета.

* Ванредни професор Правног факултета Универзитета у Приштини, са привременим седиштем у Косовској Митровици.

1. ОД СВЕТСКОГ КА НАЦИОНАЛНОМ КОНЦЕПТУ

Захваљујући уверењу да се на права детета морају примењивати стандарди усвојени од стране међународне заједнице, права детета су временом унапређивана, пре свега, захваљујући великом ангажовању држава и међународних организација. На међународном плану, државе учествују у процесу стварања, заштите и унапређења права детета путем закључивања билатералних и мултилатералних уговора, кроз активности у међународним организацијама. Ратификовани међународни уговори и општеприхваћена правила међународног права, јесу извори права који утичу на суштинске промене у односу према људима и њиховим правима.

У оквиру међународних организација, најзаслужнија за стварање, развој и унапређење људских права и права детета је организација Уједињених нација. Сви документи о људским правима који су донети под окриљем УН применљиви су и на децу, при чему неки од њих посвећују детету посебне одредбе, док други садрже одредбе које се тичу свих људи и самим тим се односе и на децу. У области међународног права детета највећи ауторитет у правном смислу има Конвенција Уједињених нација о правима детета из 1989. године, од када датира општа сагласност о томе која су универзална права детета.¹

Наша земља је Конвенцију о правима детета ратификовала још давне 1991. године,² док су накнадно ратификовани: Факултативни протокол о учешћу деце у оружаним сукобима (*The Optional Protocol on the involvement of children in armed conflicts*) уз Конвенцију о правима детета и Факултативни протокол о продаји деце, дечјој проституцији и дечјој порнографији (*The Optional Protocol on the sale of children, child prostitution and child pornography*) уз Конвенцију о правима детета.³ Надаље, после више од двадесет година од признавања права детета, Генерална скупштина УН је крајем 2011. године усвојила Трећи факултативни протокол уз Конвенцију о правима детета о поступку по притужби,⁴

¹ Генерална скупштина УН усвојила је резолуцијом бр. А (44) 736 Конвенцију о правима детета 20. новембра 1989. године на свом 44. заседању.

² Закон о ратификацији Конвенције УН о правима детета, „Службени лист СФРЈ - Међународни уговори“, бр. 15/90 и „Службени лист СРЈ - Међународни уговори“, бр. 4/96 и 2/97. Република Србија је по основу сукцесије од 2001. године потписница Конвенције о правима детета

³ Закон о потврђивању Факултативног протокола о учешћу деце у оружаним сукобима уз Конвенцију о правима детета и Факултативног протокола о продаји деце, дечјој проституцији и дечјој порнографији уз Конвенцију о правима детета, „Службени лист СРЈ - Међународни уговори“, бр. 7/2000. Оба Протокола су усвојена 25. маја 2000. године резолуцијом Генералне скупштине УН (А/RES/54/263), а ступили су на снагу 18. јануара 2002. године.

⁴ Протокол је усвојила Генерална скупштина УН резолуцијом 66/138, 19. децембра 2011. године, на 66. заседању. Крајем фебруара месеца 2012. године на седници УН Већа за људска права у Женеви одржана је свечана церемонија потписивања, којом је Протокол отворен за

којим је деци дата могућност за приступ правди на међународном нивоу, кроз новоусвојени жалбени поступак. Овим Протоколом се деци и њиховим представницима омогућава да, ако правду не могу да осигурају у својој земљи, представку поднесу Комитету за права детета, као независном међународном телу задуженом за надгледање спровођења Конвенције и њених факултативних протокола. Државе које су потписале протокол, међу њима и Република Србија, треба и да га ратификују како би биле обавезане одредбама садржаним у овом документу. Појединац, група или њихови представници који тврде да су им права угрожена од стране државе чланице Конвенције, могу поднети представку Комитету, под условом да је држава прихватила поступак и да су у националној држави исцрпљени правни лекови.⁵ Поступак по притужби подразумева да у разматрању представке, Комитет за права детета мора да следи принцип најбољег интереса детета и узме у обзир права и мишљење детета;⁶ да правила поступка морају бити разумљива детету, да се морају увести заштитне мере помоћу којих ће се спречити потенцијална манипулација децом. С тим у вези, Комитет може да одбије разматрање навода који нису у најбољем интересу детета. Идентитет појединца који је укључен у жалбени поступак, не може се јавно објавити без пристанка. Веома је важно подвући да се представка подноси уз пристанак детета, осим ако лице које подноси представку може да оправда своје деловање у име детета без дететовог пристанка.⁷

2. ОБАВЕЗЕ ДРЖАВА ЧЛАНИЦА КОНВЕНЦИЈЕ УН О ПРАВИМА ДЕТЕТА

У области заштите права детета, а у циљу праћења примене Конвенције УН о правима детета, установљено је посебно тело за надзор - Комитет за права детета.⁸ Комитет за права детета са седиштем у Женеви, чини осамнаест не-

потписивање и ратификацију. Двадесет држава је потписало Протокол: Словачка, Словенија, Костарика, Португалија, Србија, Уругвај, Бразил, Чиле, Немачка, Мароко, Црна Гора, Шпанија, Аустрија, Белгија, Финска, Италија, Луксембург, Малдиви, Мали и Перу. Према подацима од 22. априла 2013. године, још 35 држава је потписало Трећи факултативни протокол: Албанија, Андора, Аргентина, Зеленортска Острва, Кипар, Лихтенштајн, Мадагаскар, Малта, Маурицијус, Парагвај, Румунија, Сенегал, Тајланд, Македонија и Турска, док су Проткол већ ратификовале четири државе: Гибон, Тајланд, Немачка и Боливија. Протокол ће ступити на снагу тек када буде ратификован од стране десет држава. Видети *Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedure*, интернет презентација на: <http://treaties.un.org/>

⁵ Видети чл. 5. Факултативног протокола о поступку по притужби уз Конвенцију о правима детета.

⁶ Видети чл. 2. Факултативног протокола о поступку по притужби уз Конвенцију о правима детета.

⁷ Видети чл. 4. ст. 2. Факултативног протокола о поступку по притужби уз Конвенцију о правима детета.

⁸ Видети одредбу чл. 43. ст. 1-2. Конвенције о правима детета: Ради разматрања постигнутог напретка држава чланица у извршавању обавеза преузетих на основу ове Конвенције, оснива се Комитет за права детета који врши функције наведене у даљем тексту. Комитет сачињава осамнаест

зависних експерата, који имају задатак да прате: усклађеност националних законодавстава у области заштите детета са одредбама Конвенције; спровођење права, односно остваривања права детета. До ових података Комитет за права детета долази на основу увида у извештаје које су државе чланице дужне да периодично достављају Комитету. Према одредби чл. 44. Конвенције о правима детета државе чланице обавезују се да Комитету преко генералног секретара Уједињених нација подносе извештаје о мерама које су усвојиле, а које доприносе остваривању права која су овде призната, као и о напретку постигнутом у остваривању тих права, у року од две године - тзв. иницијални извештај од ступања Конвенције на снагу у државама чланицама; те након тога, сваких пет година - тзв. периодични извештаји. У извештајима припремљеним у складу с овим чланом указује се на факторе и тешкоће, ако их има, који утичу на степен остваривања обавеза по овој Конвенцији. Извештаји треба да садрже довољно информација на основу којих ће Комитет имати потпун увид у примену Конвенције у односној земљи.⁹ Поред тога, Комитет може да тражи од специјализованих агенција (UNICEF и други органи УН), да пружи стручни савет за примену Конвенције у областима које спадају у његову надлежност.¹⁰ Комитет своја сазнања о стању права детета у некој земљи може да употпуни и из тзв. алтернативних извештаја, које састављају невладине организације. Уколико Комитет нађе да је одређени државни извештај непотпун, или да су поједине информације нетачне, позваће државу чланицу Конвенције да пружи додатне информације. Након тога, држава, односно влада се позива и да усмено брани свој извештај пред Комитетом. На основу увида у државни извештај или/и алтернативни извештај и усмене одбране, Комитет саставља извештај и препоруке држави с циљем подстицања ефикасне примене Конвенције, превазилажења тешкоћа и унапређења стања.

Ратификацијом Конвенције о правима детета, државе уговорнице преузеле су и обавезу поштовања тих права, и обавезу обезбеђивања права утврђених овом Конвенцијом сваком детету које се налази под њиховом јурисдикцијом, без икакве дискриминације.¹¹ Државе уговорнице ће предузети све потребне законодавне, административне и остале мере за остваривање права признатих у овој Конвенцији (чл. 4). Поред тога, државе се обавезују да поштују одговорности, права и дужности родитеља, односно чланова шире породице или заједнице, старатеља или других особа законски одговорних за дете, да би се омогућило, на начин који је у складу са развојним могућностима детета,

експерата високих моралних квалитета и признате компетентности у области на коју се односи ова конвенција. Чланове Комитета бирају државе чланице из редова својих држављана и они обављају своје дужности у личном својству, при чему се води рачуна о подједнакој географској заступљености, као и о главним правним системима.

⁹ Видети чл. 44. ст. 1-2. Конвенције о правима детета.

¹⁰ Видети чл. 45. Конвенције о правима детета.

¹¹ Видети чл. 2. Конвенције о правима детета.

одговарајуће усмеравање и саветовање у остваривању права признатих овом Конвенцијом (чл. 5).

Из текста Конвенције о правима детета несумњиво произилази да ниједна држава чланица не може да се ослободи одговорности за кршење, занемаривање, односно спречавање заштите права детета. Иако је одговорност родитеља или лица која се о детету брину примарна, она није и искључива, јер у циљу гарантовања и унапређивања права из ове Конвенције, државе уговорнице ће пружити помоћ родитељима или законским старатељима у остваривању одговорности за подизање детета (чл. 18. ст. 2).

3. О ПРИМЕНИ КОНВЕНЦИЈЕ О ПРАВИМА ДЕТЕТА У СРБИЈИ

Република Србија преузела је обавезу да, у складу са чланом 44. Конвенције, подноси Комитету за права детета иницијалне и периодичне извештаје о начину примене Конвенције и факултативних протокола уз њу, и поштовању загарантованих права детета. Иако је бивша СФРЈ потписала и ратификовала Конвенцију о правима детета 1991. године, Република Србија је по основу сукцесије тек од 2001. године чланица Конвенције о правима детета. С обзиром на друштвене и политичке прилике, први иницијални Извештај о остваривању Конвенције о правима детета достављен је крајем 2007. године, а представљен у фебруару 2008. године пред Комитетом за права детета. Овај Извештај је припремила Коалиција невладиних организација из Србије под координацијом Центра за права детета и обухватао је период од 1992. до 2005. године.¹² Са аспекта поштовања обавеза преузетих ратификацијом Конвенције анализирани су све релевантне околности, нарочито за период после 2000. године.¹³

Закључне препоруке за побољшање положаја деце у Србији Комитет УН за права детета објавио је 2008. године.¹⁴ У складу са Закључним препорукама Комитета УН за права детета, Република Србија има обавезу да усаглашен други и трећи извештај достави Комитету до 2013. године. У том временском интервалу неопходно је било предузети мере ради доследног спровођења дефинисаних препорука. Такође, обавеза државе је да упозна јавност како са садржином Иницијалног извештаја Републике Србије о спровођењу Конвенције

¹² Видети Алтернативни извештај о остваривању права детета у Србији, Центар за права детета, Београд 2008, интернет презентација на: <http://www.cpd.org.rs>

¹³ Исто. У наставку сарадње Коалиција је израдила Алтернативне извештаје и о спровођењу Факултативних протокола уз Конвенцију о правима детета за период од 2003-2007. године и представила их Комитету 2009. године. Непосредно или преко Центра за права детета, чланице Коалиције учествују у изради Заједничког основног документа о Републици Србији за потребе извештавања пред међународним уговорним телима, како у његовој иницијалној верзији из 2008. године, тако и у његовом ревидирању током 2012. године.

¹⁴ Видети документ Комитета УН за права детета на сајту Комесаријата УН за људска права, интернет презентација на: www2.ohchr.org/tbrucrc/Serbia.pdf

УН о правима деца у периоду од 1992–2005. године, тако и са Закључним препорукама Комитета УН за права детета.¹⁵ Током 2012. године Република Србија је започела процес израде Другог и Трећег периодичног извештаја о примени Конвенције УН о правима детета, формирањем радне групе, са идејом да Нацрт извештаја буде завршен до јула 2013. године.

4. УЛОГА САВЕТА ЗА ПРАВА ДЕТЕТА

Будући да је улога Савета за права детета од велике важности, ваља напоменути да Савет за права детета функције остварује кроз следеће задатке: иницирање мера за усклађивање политике Владе Републике Србије у области које се односе на децу и младе (здравство, образовање, култура, социјална питања); иницирање мера за изграђивање целовите и кохерентне политике према деци и младима; дефинисање препорука за остваривање важних социјалних индикатора у области бриге о деци и младима, који су предуслов за европске интеграције; предлагање политике остваривања права деце у складу са Конвенцијом УН о правима детета; праћење остваривања и заштите права детета у нашој земљи, а посебно у поступцима изрицања и спровођења мера изречених према малолетним лицима у сукобу са законом; анализирање ефеката предузетих мера надлежности органа по децу, младе, породице с децом и наталитет; давање иницијативе за предузимање мера за заштиту права детета током правосудних поступака.¹⁶

Као најзначајнија системска активност Савета издваја се израда и усвајање Националног плана акције за децу,¹⁷ стратешког документа којим се регулише политика према деци до 2015. године, затим подстицање и праћење остваривања циљева Националног плана акције за децу и израда приручника за његову примену. Израдом Националног плана акције за децу, Влада Србије испуњава своје међународне обавезе које проистичу из ратификације Конвенције УН о правима детета и обавеза које проистичу из неких других докумената УН као што су Миленијумски циљеви развоја УН и Свет по мери деце.¹⁸ Национални план акције за децу у потпуности поштује четири основна

¹⁵ Видети Предлог програма рада Савета за права детета за 2009. године, Координација праћења спровођења закључних препорука Комитета УН за права детета у вези са иницијалним извештајем Републике Србије, интернет презентација на: <http://www.savetzapravadeteta.gov.rs/sr/report>

¹⁶ Видети опширније званичну интернет презентацију Савета за права детета на: <http://www.savetzapravadeteta.gov.rs>

¹⁷ Видети Национални план акције за децу, Београд 2004, интернет презентација на: <http://www.savetzapravadeteta.gov.rs/content/documents/nacionalni.plan.akcije.za.decu.pdf>

¹⁸ Видети Миленијумски циљеви развоја УН усвојени на Миленијумском самиту Уједињених нација септембра 2002. године од стране 191 земаља чланица УН. Овај документ представља скуп мерљивих и временски одређених глобалних циљева за сузбијање сиромаштва, глади, болести, неписмености, еколошког загађења и дискриминације жена до 2015. год., интернет презентација на: <http://www.un.org>

принципа из којих извиру сви чланови Конвенције: недискриминација; најбољи интерес детета; право на живот, опстанак и развој; партиципација деце.

Осим системских, Савет за права детета бави се и актуелним питањима заштите права деце што подразумева праћење стања деце у Србији кроз израду годишњег истраживања и извештаја, анализу проблема популације испод 18 година и давање конкретних предлога и мера за њихово решавање.¹⁹

У циљу унапређења права детета у Републици Србији, формиран је и Одбор за права детета у оквиру највишег законодавног тела (Народне скупштине РС), као посебно стално радно тело које има два правца деловања: анализу законских пројеката и праћење имплементације закона.

5. ПРАВА ДЕТЕТА У ЗАКОНОДАВСТВУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Иако су права детета призната у међународном праву, а њихово остваривање у националној држави гарантовано ратификацијом међународних уговора, остваривање права детета незамисливо је без сталног процеса унапређења права. Држава има обавезу да поштује, штити и унапређује права детета. Процес унапређивања права детета подразумева бројне активности усмерене на ширење идеје о правима детета, укључујући све системе друштва, почевши од тела за заштиту права детета, омбудсмана за права детета, специјализација судства, унапређивања мрежа социјалних установа, унапређивање образовања, и др.

Анализа законодавства Србије указује да је тренутно преко осамдесет закона релевантно у односу на права детета. Закони су груписани у тематске целине које се односе на децу у систему породичне заштите; децу у ванпарничном, управном и извршном поступку; права детета у односу на наслеђивање; децу у систему кривичноправне заштите; децу у сукобу са законом; значај уређења судова и тужилаштва из перспективе права детета; забрану дискриминације; децу у образовном систему; децу у систему здравствене заштите и јавног здравља; децу у систему социјалне заштите, и др.²⁰

Свет по мери деце усвојен маја 2002. године у Њујорку као завршни документ Специјалног заседања Генералне скупштине УН о деци; истовремено представља и кључну везу са Миленијумским циљевима развоја УН. Опширније видети Дејановић В, Свет по мери деце, Центар за права детета, Београд 2002, стр. 25. и даље.

¹⁹ Видети званичну интернет презентацију Савета за права детета на:

<http://www.savetzapravadeteta.gov.rs>

²⁰ Видети: Банић, М., Петровић, М., Стевановић, И.: Анализа законодавства Републике Србије из перспективе права детета, Центар за права детета, Београд 2011, стр. 6-9.

Анализу законодавства наше земље урадио је стручни тим Центра за права детета на захтев Канцеларије UNICEF-а.

У систему породичноправне заштите Породични закон Републике Србије²¹ представља референтни закон за примену стандарда и принципа када се одлучује о правима детета изван породичног права будући да садржи општа правила која се тичу пословне способности детета, заступања детета, изражавања мишљења детета пред судским и административним органима и др. Породични закон посебно прописује право детета да зна своје порекло, право детета да живи са родитељима, право детета на личне односе, право детета на правилан и потпун развој, право детета на образовање, право детета да предузима правне послове (пословна способност детета), и право детета на слободно изражавање мишљења. Јасно је да овај закон уводи аутентичне промене у области права детета, уз наглашену одговорност родитеља за правилан развој детета, те поштовање индивидуалног приступа потребама деце, ограничавање овлашћења родитеља у вршењу родитељског права, а у циљу заштите детета прописане су претпоставке и начини интервенције друштва у однос, родитељи-дете. На тај начин отпочет је процес изградње националног система заштите и промоције права детета. Намера националног законодавца је била усмерена на приближавање стандардима постављеним у међународним и регионалним документима о људским правима. Пропусти који су у тој првој етапи законске регулативе права детета запажени тичу се неадекватног механизма контроле остваривања права детета, јер је дете само као странка у поступку могло остварити заштиту својих права. Надаље, у важећем Породичном закону није предвиђен основ за одређивање привремених мера у поступцима из породичних односа ради спречавање тешке повреде права детета. Поред тога, запажају се и недостаци у регулативи права детета на сазнање порекла у случају зачећа уз биомедицинску помоћ када се родитељски однос утврђује на основу необориве правне претпоставке о пореклу детета. У ПЗРС нема ниједне одредбе којом је предвиђена обавеза родитеља да детету омогуће изражавање мишљења у породици приликом доношења одлука које га се тичу. Исто тако, блиски сродници детета (баке, деке, ујаци, стричеви, тетке, браћа и сестре) нису титулари права на одржавање личних односа, јер им Породични закон не признаје право на тужбу ради судске заштите овог права.

Ипак, напори у смислу унапређења права детета не јењавају, па је важно предочити да је у Преднацрту Грађанског законика Републике Србије²² предложено још пет нових чланова, као и допуна постојећих права детета под родитељским старањем. Основни принципи права детета односе се на то да дете има право на живот, опстанак и развој, те да су *држава* и *родитељи* првенствено одговорни за обезбеђење максималних услова за остваривање права де-

²¹ Видети Породични закон Републике Србије, “Службени гласник РС”, бр. 18/2005 и бр. 72/2011- др. закон.

²² Влада Републике Србије 2006. године донела је Одлуку о образовању Комисије за израду Грађанског законика, која је у јуну месецу 2011. године објавила Преднацрт Грађанског законика, књига 3. под насловом „Породични односи”.

тета.²³ Одредбом следећег члана прописано је, да је свако дужан да поштује права детета; забрањена је свака дискриминација, непосредна или посредна, по било ком основу, а нарочито по основу расе, пола, полне оријентације, родног идентитета, националне припадности, друштвеног порекла, рођења, вероисповести, политичког или другог уверења, имовног стања, културе, језика, старости и психичког или физичког инвалидитета детета или његових родитеља.²⁴ Дете које је способно да формира своје мишљење има право да га слободно изрази у свим стварима које га се тичу, а мишљењу детета се мора посветити дужна пажња (чл. 71. Преднацрта). У свим питањима које се тичу родитељског права најбољи интерес детета је примаран; интереси детета морају бити заштићени кад год буду у сукобу са интересима родитеља или других лица која врше родитељска овлашћења.²⁵ Дете и родитељи, као и друга лица која врше овлашћења из садржине родитељског права, дугују једни другима узајамно поштовање, без обзира на узраст (чл. 73. Преднацрта). Истовремено, како је већ напоменуто, у Преднацрту су предложене и допуне постојећих одредби ПЗ, међу којима је посебно истиче право детета на личне односе са родитељем са којим не живи, где се додаје нови став који предвиђа да сродници, као и друга лица која су са дететом развила односе посебне блискости, имају право да одржавају личне контакте, ако је то у његовом најбољем интересу (чл. 62. ПЗ, чл. 76. Преднацрта). Посебном одредбом је прописано право детета на изражавање мишљења о свим питањима личног и породичног живота која га се тичу, а да су родитељи дужни да саслушају и узму у обзир мишљење детета о овим питањима.²⁶

Поштовање, остваривање и унапређење права детета је непрестани процес, јер је условљен сталном прилагођавању специфичностима деце у односу на одрасле и специфичностима сваког детета у односу на другу децу, и њиховим потребама. Проблеми у остваривању права детета још увек постоје и резултат су актуелних друштвених прилика, будући да не постоји довољно развијена свест о томе да остваривање права детета треба да буде саставни део опште развојне политике земље.

²³ Видети одредбу чл. 69. Преднацрта Грађанског законика Републике Србије, трећа књига, Породични односи, Београд, јун 2011, стр. 31-32.

²⁴ Исто.

²⁵ Видети одредбу чл. 72. Преднацрта Грађанског законика Републике Србије, нав. дело, стр. 32.

²⁶ Видети одредбу чл. 81. Преднацрта Грађанског законика Републике Србије, нав. дело, стр. 35.

Olga S. Jović,
Associate Professor
Faculty of Law of the University of Priština,
headed in Kosovska Mitrovica

CHILD' RIGHTS IN SERBIA – THE DEVELOPMENT AND PROMOTION

Summary

Serbian legislative indicates that currently over eighty laws relevant to the child' rights. Laws are sistematized into thematic areas related to children in the system of family protection, children in extra-judicial and administrative enforcement proceedings, rights of the child in relation to inheritance, children in the criminal justice system protection, children in conflict with the law and the importance of the courts to the prosecution of perspective of children's rights, prohibition of discrimination, the children in the system of education, children in the health care and public health, children in the social welfare, etc. In the system of legal protection Serbian Family Law Act is a reference for the application of standards when deciding on the rights of the child outside the family law since it contains the general rules governing the legal capacity of the child, etc. Family Law Act specifically provide for the right of the child to knows his or hers origin, the child's right to live with their parents, the child's right to contact, the right of the child to fully develop, the child's right to education, the right of the child to take legal affairs, and the child's right to free expression. Family Act introduces authentic changes in children's rights, with a strong responsibility of parents for the proper development of the child and respect for the individual approach to children's needs, restriction of parental authority in the exercise of parental rights in order to protect child prescribes the requirements and methods of intervention society in parent-child relationship.

ОРГАНИЗАЦИЈА ПОЛИЦИЈЕ У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ – ЦЕНТРАЛИЗАЦИЈА, ДЕКОНЦЕНТРАЦИЈА И ДЕЦЕНТРАЛИЗАЦИЈА

Др Сретен Југовић*

***Апстракт:** Аутономна (специфична) делатност полиције у односу на „остатак управе“ подразумева и аутономно (особено) организовање полиције у свакој држави. При том, готово да не постоје истоветни модели организовања полиције, али постоје огромне сличности у њеној организацији (као и у начелима и методима њеног рада). Полиција је у Србији била децентрализовано организована, почев од 50-их година 20. века, све до 1990. године, када је Уставом Републике Србије целокупна државна управа, тиме и полиција - централизована. Након анализе предности и недостатака једног и другог модела организовања полиције, аутор се залаже за уважавање специфичних друштвено-политичких прилика и, у складу са тим, предност даје централизовано организованој полицији у Републици Србији, уз развијање механизма децентрализованог деловања и одлучивања, чиме се задржавају предности и елиминишу слабости оба модела организовања полиције.*

***Кључне речи:** полиција; централизација; деконцентрација; децентрализација.*

Један од основних елемената појма полиција јесте *организациони*. При том, о организацији уопште, као и о организацији полиције, говори се из два основна угла: 1) организација као структура, где се приказује организациона структура која се обично предочава као пирамида (органиграм; организациона схема); и организација као организовање делатности, где се применом научних принципа, превасходно из науке о управљању и науке управног (полицијског) права организује делатност, која обухвата обављање послова и задатака, укључујући и управљање и руковођење. Најзначајнији део организационих питања нужно има правни облик, бива уређен правним нормама. Аутономна (специфична) делатност полиције у односу на „остатак управе“ подразумева и аутономно (особено) организовање полиције. Чињенице

* Ванредни професор Криминалистичко-полицијске академије у Београду.

да су полицијски службеници *наоружани*, посебно опремљени, снабдевени полицијским овлашћењима којима се ограничавају слободе и права људи, право сваког грађанина на *непосредну и конкретну* безбедност, заједно са другим чињеницама морају се узети у обзир приликом организовања полиције. Специфична делатност полиције захтева и особену организацију полиције, дакле, посебна правна решења (одредбе) о организацији полиције.

Код организовања полиције битна је *организација полиције у држави*, као и њена (њихова) *унутрашња организација* (уређење). Треба рећи да не постоје истоветни модели организовања полиције, већ *слични*, а организација полиције у свакој земљи комбинација је *историјских* и *савремених* услова. Најчешће се *комбинују* централизовани и децентрализовани облици организовања (мешовити полицијски системи), при чему у последњих осамдесетак година (од Светске економске кризе тридесетих година 20. века), чини се, *преовлађује централизација* у организацији полиције, а траже се и проналазе децентрализовани облици њеног деловања. Премда комбинован, код нас је последњих шест деценија био заступљен и један и други облик организовања полиције. При том, другу Југославију претежно карактерише децентрализација у области унутрашњих послова, почев од педесетих година (1956), када је *Законом о органима унутрашњих послова*, као и следећим – *Основним законом о служби унутрашњих послова* (1964) омогућено образовање органа унутрашњих послова (секретаријата) у *општинама*. Поред општинских секретаријата (органа управе), постојали су и градски и међуопштински (заједнички) секретаријати, покрајински секретаријати унутрашњих послова САП Косова и Метохије и САП Војводине, као и републички секретаријат унутрашњих послова, све до почетка деведесетих година, када је Уставним амандманима од 1989. и Уставом из 1990. године *централизована државна управа*, а тиме и ресор унутрашњих послова. После уставних промена, доношењем Закона о министарствима и Закона о унутрашњим пословима из 1991. године, МУП је постао једини орган државне управе надлежан за обављање унутрашњих (полицијских) послова на целокупној територији. Стога је министар унутрашњих послова, на основу специјалног законског овлашћења, донео Правилник о унутрашњој организацији МУП-а и образовао мрежу подручних (унутрашњих) организационих јединица полиције, чиме је, у ствари полиција централизована, а локални полицијски органи, тј. општински и градски секретаријати унутрашњих послова (СУП) су *подржављени* (етатизовани), и тако од нецентралних (локалних) органа, постали су подручне организационе јединице централног органа (МУП-а).¹ Таква организација и данас постоји, само што су промењени називи Секретаријата и органа (одељења) унутрашњих послова у подручне полицијске управе и полицијске станице.

¹ Више о томе: О. Стевановић, „Организациона структура полиције у Републици Србији у последњој деценији XX века“, Зборник радова Криминалистичко полицијске академије *Структура и функционисање полицијске организације, традиција, стање и перспективе* – I, Београд, 2013. стр. 147–170.

У Републици Србији постоји један орган надлежан за обављање полицијских (унутрашњих) послова на читавој државној теирторији, што значи да је полиција централизовано организована. То је Министарство унутрашњих послова (МУП), које је образовано Законом о министарствима. МУП је *самостални, централни, посебни и оружани* орган државне управе, образован за обављање унутрашњих послова. Отуда се сва организациона питања своде, заправо, на унутрашњу организацију (уређење) те полиције, дакле МУП-а. Подручна „мрежа“ организационих јединица полиције спада у домен унутрашње организације полиције. То је поједине ауторе определило да полицијски систем Србије квалификују као прост полицијски систем. Међутим, поред МУП-а особену безбедносну (полицијску) делатност обављају и поједина полицијска овлашћења имају и неки други државни и недржавни органи и организације, као нпр. БИА, која штити безбедност државе, ВБА и ВОА, које се баве преваходно војном безбедношћу, и комунална полиција, која примењује *одређена полицијска овлашћења* и обавља послове из њеног делокруга и надлежности у градовима. А због промењеног концепта безбедности може се очекивати да ће поједина полицијска овлашћења законом добити и приватни субјекти (привредна друштва) који пружају услуге обезбеђења и обављају друге, по свом карактеру безбедносне послове. Ако се овоме дода и комплексна унутрашња организација МУП-а, затим постојање *Савета за националну безбедност* и његовог оперативног тела, *Бироа за координацију рада*, онда постаје јасно да је реч о *сложеном полицијско-безбедносном систему*.

Правно-технички посматрано, у нашем правном поретку правне норме о организацији полиције су *materia legis*, материја прописа владе, специјалних уредаба (Уредба о начелима за унутрашње уређење МУП-а)², као и (интерног) акта о унутрашњем уређењу који доноси министар у складу са Законом о полицији (Правилника) уз сагласност владе. Дакле, постоје три легислативна хијерархијска нивоа организовања полиције (закон, уредба, правилник).

Важећи закони и прописи (правно-технички, а не концептуално) уређују унеколико друкчије организацију полиције у Републици Србији, после 2005. године. Уместо раније језгровите одредбе из Закона о унутрашњим пословима (1991), према којој министар (унутрашњих послова) утврђује делокруг организационих јединица Министарства, њихову организацију, седишта и подручја за која се образују, сада је у Закону о полицији организацији посвећено читаво поглавље, уз још неке одредбе (изван таквог систематизовања), чиме је организација полиције постала *видљива*, јер је из интерног акта „прешла“, у закон, тј. постала *materia legis*.

Закон о полицији³ каже да полицију чини заокружена област рада Министарства унутрашњих послова за коју се образује Дирекција полиције (члан

² „Службени гласник Републике Србије“, бр. 8/2006 и 14/2009 – одлука УС.

³ „Службени гласник Републике Србије“, бр. 101/2005, 63 /2009 – одлука УС и 92/2011.

1, ст. 1). Како се види, законодавац је полицију одредио комбиновањем органског и функционалног мерила. На овај начин се одређује положај полиције, која је најзначајнији део Министарства унутрашњих послова и која се „одваја“ од осталих области рада које такође постоје у Министарству, и то Сектора за заштиту и спасавање, Сектора унутрашње контроле полиције, Сектора финансија, људских ресурса и заједничких послова и сл. При том, два првонаведена сектора такође чине полицију иако су у организационом смислу изван дирекције полиције, док Сектор финансија, људских ресурса и заједничких послова обавља тзв. пратеће послове. Приметимо да је назив сектора који обавља послове системске подршке погрешан и да су људски ресурси по свом значају увек испред финансија.

Са становишта правне политике чини се исправним овакво нормативно (статусно) одређење полиције, јер органи управе у саставу министарстава имају мања овлашћења од самосталних органа. Због чињенице да је полиција најзначајнији део МУП-а, у јавности често долази до поистовећивања МУП-а и полиције, односно до означавања овог министарства као министарства полиције, или се ова министарства (унутрашњих послова и одбране) означавају као министарства силе. Законом је уређен положај полиције, тако што су поред осталог уређени и односи између полиције и министра, с једне, и полиције и министарства, с друге стране.

Министар је челна личност министарства, дакле, и министарства унутрашњих послова у чијем је саставу полиција. Односи између министра и директора полиције су уређени законом. Та решења су, чини се, избалансирана и обележје су свих савремених демократија. Залагања појединих „стручњака“ да министар нема одређена овлашћења (и према директору полиције), у циљу „деполитизације“, негација су монархског принципа, и демократске политичке контроле полиције.

Министар, дакле, представља и руководи министарством, доноси прописе и одлучује о другим питањима из делокруга министарства. Одговоран је Влади и Народној скупштини за рад министарства и стање у свим областима из делокруга министарства и за стање безбедности. Када је реч о односу полиције и министра, Законом о полицији је учињен покушај деполитизације полиције, јер полицијом руководи директор полиције. С друге стране, министар је члан Владе и функционер који је политички одговоран за стање јавне безбедности, али и рад полиције. Ипак, министар је, формалноправно и даље челни човек Министарства у целини, а тиме и полиције, иако се у јавности истиче да „министар престаје да буде и шеф полиције, а директор полиције то постаје“.⁴ Министри су неспорно „подељене личности“, и политичари (чланови владе) и шефови управних ресора. То је обележје свих савремених демократија. Закон о полицији овај однос уређује у основним одредбама (члан 8) где начелно

⁴ НИИ, Специјални додатак „Полиција и грађани“, 5. јануар 2006. године.

утврђује овлашћења министра. *Министар може да захтева извештаје, податке и друге документе у вези са радом полиције. Представник полиције министру редовно и на његов посебан захтев, подноси извештаје о раду полиције и о свим појединачним питањима из делокруга полиције.*

Министар даје полицији *смернице и обавезна упутства* за рад, уз пуно поштовање *оперативне независности полиције* (ово је кључна формулација за оперативну самосталност и деполитизацију и професионализацију полиције). *Министар може наложити полицији да у оквиру своје надлежности изврши одређене задатке и предузме одређене мере и да му о томе поднесе извештај. Надлежности министра за полицијска поступања важе до тренутка када јавни тужилац буде обавештен о кривичном делу и преузме управљање над полицијским поступањем у преткривичном поступку. Поред ових одредаба, бројна су овлашћења министра према полицији.*

Дирекцијом полиције, као што је речено, руководи *директор полиције*. Такво законско решење је правило савременог полицијског (транзицијског) законодавства и оно је од круцијалног значаја за *професионализацију и деполитизацију полиције*. Директор полиције је „главни шеф струке“, он руководи полицијом. Професионално је најодговорнији за стање јавне безбедности и рад полиције. Њему су непосредно одговорни, за свој рад и рад организационих јединица: начелници управа у седишту Дирекције полиције, начелник полицијске управе за град Београд и сви начелници подручних полицијских управа (са територије Републике Србије).

Директора полиције *поставља Влада на пет година, на предлог* министра, по спроведеном *конкурсу* и на начин предвиђен прописима о радним односима који важе за Министарство унутрашњих послова.

Директор полиције може бити лице које поред општих услова за рад у државним органима испуњава и посебне услове за рад на пословима полицијског службеника, има високу школску спрему, има најмање 15 година ефективног радног стажа на полицијским пословима и испуњава услове радног места предвиђене за директора полиције. Кад неколико кандидата испуњава предвиђене услове, предност има онај кандидат који има *најбоље резултате* рада у обављању полицијских послова.

Законом о полицији уређен је и однос *полиције и министарства*. Наиме, Министарство ствара услове за рад полиције (активности су углавном *планске, усмеравајуће и надзорне*). Предвиђено је и образовање сектора у Министарству који треба да обезбеђују услове за рад полиције (њима руководе помоћници министра), а „Министарство обезбеђује и друге организационе претпоставке за рад полиције, а нарочито за јачање поверења између јавности и полиције као службе на располагању јавности“ (члан 7).

Законом је организација полиције прилагођена грађанима на читавој државној територији (територијални принцип организовања), ради непо-

средног и конкретног обављања полицијских послова. Ово се односи и на унутрашњу организацију која има неколико вертикалних и хоризонталних нивоа организовања делатности. Унутрашња организациона структура полиције је особена због особености полицијске делатности. Законом су предвиђени поједини називи и организациони облици организационих јединица у седишту МУП-а, седишту Дирекције, затим подручне организационе јединице (за град Београд и остале), под називом „подручне полицијске управе“, које покривају територију три и више општина и, најзад (за подручје општина), предвиђене су полицијске станице, које обављају полицијске и друге унутрашње послове. Законом су одређени и називи тих организационих јединица. „У седишту Дирекције полиције образују се управе, у седишту подручне полицијске управе за град Београд образују се управе и полицијске станице у општинама, у седишту подручне полицијске управе образују се одељења и ван седишта – полицијске станице у општинама“. Најсложенија је унутрашња организација Полицијске управе за град Београд, а потом подручних полицијских управа у Новом Саду, Нишу и Крагујевцу. У саставу организационих јединица (у седишту и подручних) постоје и уже организационе јединице (одељења, одсеци, групе и др.).

Организационе јединице у седишту образују се тако да су по линијском принципу радно повезане са одговарајућим организационим јединицама и пословима подручних полицијских управа и станица или тако да послове из свог делокруга обављају на читавом подручју.

Закон одређује послове Дирекције полиције, подручних полицијских управа, као и послове полицијских станица.

У седишту дирекције, односно у њеним организационим јединицама, обављају се *управљачки, плански, студијско-аналитички, контролно-надзорни, криминалистичко-технички послови (вештачења) и послови међународне полицијске сарадње на оперативном нивоу; по потреби се и непосредно учествује у обављању сложенијих полицијских послова из делокруга подручних полицијских управа.*

Послови подручне полицијске управе јесу да: 1) на подручју општине у којој јој је седиште непосредно обавља полицијске и друге послове и остварује локалну сарадњу; 2) прати и анализира стање безбедности, координира и контролише рад полицијских станица и обезбеђује остваривање локалне сарадње и одговорности на свом подручју; 3) по потреби учествује у обављању послова из делокруга полицијских станица; 4) предузима мере обезбеђења одређених лица и објеката; 5) обавља друге послове утврђене посебним прописима и другим актима.

Радам подручне полицијске управе руководи *начелник* подручне полицијске управе кога поставља и разрешава *министар*, по прибављеном *мишљењу* директора полиције. Начелник је полицијски службеник, што је такође у складу

са професионализацијом и деполитизацијом полиције. *Утицај централне власти (министра) на избор начелника подручне полицијске управе недвосмислено говори да је реч о централизованог организацији, тј. да је МУП централ(изова) ни орган.*

Послови полицијске станице су да непосредно обавља полицијске и друге послове и остварује *локалну сарадњу* на подручју за које је образована у саставу подручне полицијске управе.

Кад је реч о руковођењу полицијском станицом треба рећи да *директор полиције, по овлашћењу министра* и прибављеном мишљењу начелника подручне полицијске управе, поставља и разрешава полицијског службеника – *начелника* полицијске станице. И овакво решење сведочи о утицају центра(лне) полицијске власти на подручне организационе јединице полиције. Како се види, Закон није предвидео одељења унутрашњих послова (ОУП), као организациону форму која је постојала, већ полицијске станице. То значи да се у полицијским станицама поред „полицијских послова“ обављају и *други унутрашњи и управни послови*, а тим пословима руководи начелник полицијске станице.

Закон о полицији предвиђа и *супституцију* (преузимање) привременог обављања послова. Наиме, Дирекција полиције може од подручне полицијске управе, а подручна полицијска управа може од полицијске станице да преузме непосредно извршавање појединих задатака или врсте послова када оцени да је то потребно. За привремено обављање одређених послова или за извршавање појединих задатака полиције директор полиције може да образује одговарајућа радна тела и утврди њихове задатке, овлашћења и начин рада.

Закон о полицији садржи и (комплементарно решењу из Закона о државној управи) решење према којем „Влада уредбом о начелима за унутрашње уређење Министарства унутрашњих послова утврђује подручне полицијске управе и полицијске станице, њихова подручја и седишта“. Дакле, поред Уредбе о начелима за унутрашње уређење у министарствима и посебним организацијама, постоји и *Уредба о начелима за унутрашње уређење МУП-а*,⁵ којом су утврђене подручне полицијске управе и полицијске станице, њихова подручја и седишта, а којим се покрива читаву државна територија. Седишта подручних полицијских управа не морају да се поклапају са седиштима управних округа. Према наведеној уредби, формирана је подручна полицијска управа за град Београд и још 26 подручних полицијских управа, а у свакој општини, изузев општина у којима је седиште подручних полицијских управа, образоване су полицијске станице и полицијске испоставе.

На основу изложеног о организацији (уређењу) полиције у Републици Србији, могуће је извести неколико закључака.

Најпре, концепцијски посматрано, правна и интерна правила задржала су *концепт* организације полиције који је успостављен у Србији крајем осамдесе-

⁵ „Службени гласник Републике Србије“, број 8/2006 и 14/2009 – Одлука УС.

тих година XX века, али који је стално дограђиван и прилагођаван друштвеним условима. Организација полиције није претрпела толико концептуалне промене (полиција је и даље централизовано организована) колико промене назива основне и подручних организационих јединица (Дирекција полиције уместо ресора јавне безбедности и подручне полицијске управе уместо досадашњих секретаријата унутрашњих послова – СУП-ова), али су основане и нове организационе јединице, у складу са потребама обављања полицијских задатака данашњице и са појавом нових врста и облика криминала. И даље полицијске и друге послове обавља Министарство унутрашњих послова Републике Србије као једини орган државне управе надлежан за обављање унутрашњих послова државне управе на читавој територији Републике, који је организован по прописима о државној управи, али и у складу са природом послова и задатака које врши и прописима *lex specialis*.

Међутим, будући да су службе безбедности надлежне превасходно за безбедност државе и да се и оне баве спречавањем и сузбијањем одређеног организованог (тешког) криминала, а законски појам организованог криминала је веома широко одређен, *надлежности* ових служби (БИА, ВБА и ВОА) и полиције имају много додирних тачака, штавише у великој мери се *поклапају*. Да би се спречио ривалитет тих служби и полиције, односно да би се обезбедило њихово јединство и координација Законом о основама уређења служби безбедности (2002) образовано је заједничко тело – *Савет за националну безбедност* – и његово оперативно тело, *Биро за координацију њиховог рада*, који усмеравају и координирају рад полиције и служби безбедности. При том, овај нови „центар моћи“ нема уставни положај, стога би ваљало размислити о његовом конституционализовању.

Организацију полиције у Србији карактерише *деконцентрација* послова по нивоима организовања – Дирекција полиције и остале организационе јединице у седишту МУП-а – подручне полицијске управе – полицијске станице.

Такође, овако постављена организација омогућује *уједначено поступање* у свим истоветним ситуацијама на читавој територији са свим појединцима (законитост), *мобилност*, *оперативну покретљивост* полицијских јединица ради извршавања полицијских задатака, нпр. униформисаних јединица полиције ради одржавања јавног реда, *уједначено финансирање* и, као најзначајније, *акционо и функционално јединство* полиције.

Деконцентрацијом централизовано организоване полиције (МУП-а) ублажава се централизам тако што се *извесна самосталност* додељује подручним полицијским управама и полицијским станицама, а истовремено се задржавају најважније предности централизовано организоване полиције. Јер, деконцентрација, чини се, и није ништа друго до „административна“ или „за-

висна“ децентрализација, како то поједини немачки аутори истичу.⁶ Како истиче М. Петровић, начелне предности децентрализоване организације ипак *немају универзално важење*, управо оне у великој мери не важе код организовања полицијске делатности. Тако, предност да је „одлучилац ближи ствари“, посебно код територијалне децентрализације, задржава се такође деконцентрацијом код „полицијских ствари“, јер се полицијске станице образују за сваку општину, а подручне полицијске управе за најмање три општине. Полицијске станице и подручне полицијске управе су „*оперативни (стварни) одлучиоци*“, што је за остваривање безбедности и обављање унутрашњих послова најбитније. Оне имају пуну самосталност у обављању полицијских послова и познају локалну проблематику, тако да су најближи стварима које решавају. Затим, *боља могућност усмеравања процеса одлучивања помоћу једноставније организације*, као предност децентрализације, такође је обезбеђена деконцентрисаном, добром унутрашњом организацијом полиције. У складу са вертикалном „линијском организацијом“ процес одлучивања се једноставно усмерава. Даље, *мања оптерећеност линија низлазне и узлазне комуникације*, као предност децентрализације, код деконцентрисане полиције је такође обезбеђена, због извесне самосталности коју имају подручне полицијске јединице и различитих линија рада полиције. Линије комуникације су неминовност а њихова оптерећеност је оптимална. На крају, *јача свест о одговорности и људски однос са грађанима* који ступају у међусобне правне односе, као предности децентрализације, обезбеђују се и у деконцентрисаној полицијској организацији, учешћем грађана и локалних самоуправа у безбедносним питањима, добрим руковођењем, као и чвршћом сарадњом и развијањем концепта „полиција у заједници“. Када се овај елемент развије у деконцентрисаној полицији, разлика између деконцентрације и децентрализације постаје готово излишна. Најзад, ту су и *познате предности централизације*, а то су:⁷ 1) Централизација унапређује једнообразност извршења управних одлука; 2) централне одлуке ближе су местима где се ствара државна политика, те стога обично омогућују боље остваривање политичких циљева; 3) иновације које потичу од централних планских штабова имају већу продорност када је управа централизованија; 4) средства за аутоматску обраду података и техничка средства уопште, економичније и делотворније се користе у централизованој организацији.

Мањим државама свакако више одговара *централизована полиција*. Тако *снаге и средства* као битни елементи ових појмова омогућавају *ефективну и равномерну* заштиту јавне безбедности. У прилог тези о предности централно организоване полиције у нас иде и структура становништва у појединим деловима унитарне државе (Србије), као и *стање безбедности* појединих делова територије. Поред тога, шездесетих и седамдесетих година XX века,

⁶ М. Петровић, *Наука о управљању*, Ниш, 2010, стр. 201–204.

⁷ М. Петровић, *op. cit.*, стр. 204.

када су општине имале своју полицију и оне постављале шефове полиције – истакнуте партијске активисте а не професионалне полицијске службенике – полиција је, чини се, била више политизована, а општине су, као „друштвенополитичке заједнице“ практично биле „парадржавне организације“. У том смислу, децентрализација полиције би несумњиво представљала извештајан корак уназад. Слабости централне полиције ублажавају се пре свега њеном децентрацијом, која је, у ствари, ништа друго до шири процес децентрализације.⁸ Али, свакако треба *развијати постојеће и изграђивати нове облике институционалне сарадње* и подстицати што интензивније учешће грађана, њихових организација и разних тела локалне самоуправе (савета и сл.) у остваривању јавне безбедности. Законом о полицији су нормативно унапређени одређени облици сарадње *државне полиције и локалне самоуправе* и, на тај начин, унеколико ублажена крутост централне полиције. Те односе сарадње неопходно је стално унапређивати, како нормативно тако и фактички, и на тај начин одржавати преко потребну равнотежу између крајности и лоших страна централизације и децентрализације. Дакле, примаран је однос локалне сарадње са грађанима и њиховим организацијама, а не, како се често мисли, облик организовања полиције.

Према томе, децентрализација обављања појединих управних унутрашњих послова, спада у домен тзв. *правне политике*. Код организовања полицијске делатности у држави треба увек поћи од уважавања како традиције тако и савремених услова, и организацију полиције сместити у политичко-социолошко-економско-културолошки контекст, уз уважавање и државних и локалних прилика. Уколико у вршењу унутрашњих послова грађанин не осећа припадност полицијског службеника државној или локалној полицији, утолико је организација полиције у држави добро избалансирана, а полиција делотворна и ефикасна.

⁸ М. Петровић, *исто.*

Sreten Jugović, Ph.D.
Ph.D., Associate Professor at the Academy of
Criminalistic and Police Studies in Belgrade

**POLICE ORGANISATION IN THE REPUBLIC OF SERBIA
– CENTRALISATION, DECONCENTRATION AND
DECENTRALISATION**

Summary

The autonomous (specific) activity of the police in relation to the “rest of the administration” means, among other things, an independent organisation of the police in any state. Thereby, there are no identical police organisational models, but there are substantial similarities in police organisation (as well as in the principles and methods of its work). In the fifth decade of XX century, the organisational structure of the Serbian police was decentralised, and remained such up to 1990, when, with the new Constitution of the Republic of Serbia, the entire state administration system, including the police, was centralised. After analysing the advantages and disadvantages of both police organisational models, the author advocates that the specific social and political setting should also be valued and, accordingly, gives preference to the centralised policing system in the Republic of Serbia, with developed mechanisms for decentralised actions and decisions, thereby retaining the advantages and eliminating the weaknesses of both police organisational models.

Key words: *police; centralisation; deconcentration; decentralisation.*

USTAV BOSNE I HERCEGOVINE KAO MEĐUNARODNI SPORAZUM I PRELAZNO REŠENJE ZA OČUVANJE MIRA

Dragan M. Golijan*

Alisa Salkić**

Apstrakt: Dejtonski mirovni sporazum je bio prekretnica u teškom periodu naroda Bosne i Hercegovine. Zaustavio je ratna razaranja, ubijanje, nevolje, raseljavanje stanovništva. Ustav Bosne i Hercegovine, kao sastavni dio sporazuma, daje pravce državnopravnog kretanja i uređenja. Kakav-takav, Ustav je početak i političkog i pravnog života u opustošenoj i razorenoj zemlji. Vjerovatno je on jedno prelazno pravno-političko određenje o organizaciji Bosne i Hercegovine.

Ključne riječi: Ustav, Bosna i Hercegovina, mir, aneksi, pregovori, međunarodna zajednica.

UVOD

Za narod Bosne i Hercegovine, sa 21. novembrom 1995. godine, počinje nova etapa u razvoju, jer je Opštim okvirnim sporazumom prekinut rat, stvoren mir, te data neka rješenja za otklanjanje posljedica rata. Date su mogućnosti organizovanja Bosne i Hercegovine na osnovu Dejtonskog ustava BiH.

Ustavom je konstituisana Bosna i Hercegovina kao država sastavljena od dva entiteta. Organi BiH se konstituišu preko njenih sastavnih dijelova (što znači da su oni konstitutivni elementi države).

Ustavu kao elementu uspostavljanja mira prethodio je niz međunarodnih pregovora.

* Форкуп, Београд

** Интернационални универзитет, Травник

1. MEĐUNARODNI DOGOVORI ZA MIR U BIH I TRAŽENJE MODELA ZA ORGANIZACIJU DRŽAVE BIH.

Prvi takav model pregovora vođen je još u ljeto 1992. godine. Taj model je poznat pod nazivom Kutiljerov plan. Prema tom planu, Bosna i Hercegovina bila bi podijeljena na tri konstitutivne jedinice, koje bi se udružile u odgovarajući savez, a on bi se nazivao država Bosna i Hercegovina. Taj plan nije prihvaćen od strane bošnjačkih političkih vođa. Drugi pokušaj da se nađe mirovni plan, odnosno plan državnog uređenja Bosne i Hercegovine, ponudili su međunarodni predstavnici Sajrus Vens i lord Oven. Bio je to plan po kome je Bosna i Hercegovina trebalo da bude decentralizovana federacija sastavljena od deset kantona. Taj plan nije prihvatila srpska strana. Međunarodna zajednica je nastavila sa daljim traženjem rješenja, pa je formirala tzv. Kontakt grupu koju su sačinjavale diplomate pet velikih sila. Kontakt grupa je u julu 1994. godine predložila rješenje po kome bi Bosna i Hercegovina bila podijeljena na dva dijela, Republiku Srpsku i Federaciju Bosne i Hercegovine. Zbog nepovoljnog teritorijalnog razgraničenja, Republika Srpska nije prihvatila taj plan. Peti i konačni dokument pripremala je Kontakt grupa od 1. septembra do 14. novembra 1995. godine. Kontakt grupa je održala prvi sastanak u Ženevi 8. septembra 1995. godine, na kome su utvrđeni principi o ustrojstvu Bosne i Hercegovine. Tad je utvrđeno da će Bosna i Hercegovina biti složena država, sastavljena od dva entiteta: Republike Srpske, sa 49% teritorije Bosne i Hercegovine, i Federacije Bosne i Hercegovine, sa 51% teritorije Bosne i Hercegovine. Ubrzo nakon Ženevskog sastanka održan je sastanak u Njujorku (26. septembra) na kome je Kontakt grupa raspravljala i utvrđivala koje institucije treba da postoje u Bosni i Hercegovini i kako treba da budu organizovane. Ženevski i njujorški sastanak pripremio je sve bitne elemente za konačni dogovor, koji je zakazan za 1. novembar 1995. godine u Dejtonu.

2. DONOŠENJE USTAVA BOSNE I HERCEGOVINE

U Dejtonu, država Ohajo, Sjedinjene Američke Države, održan je istorijski sastanak koji je označen kao završna mirovna konferencija o završetku rata u Bosni i Hercegovini i uspostavljanju državne organizacije Bosne i Hercegovine.¹

Na konferenciji je učestvovao impozantan broj od oko 200 učesnika, među kojima su bili predstavnici međunarodne zajednice (pet velikih sila), posebno Sjedinjenih Država i Evropske unije, zatim predstavnici Bosne i Hercegovine, Savezne Republike Jugoslavije, Republike Srpske i Republike Hrvatske. Na konferenciji i

¹ Lukić Vladimir i Popović Vitomir, Dejton-Pariz, Banja Luka, 1996, str. 7-13.

pregovorima, nakon dvadeset dana rada prihvaćen je Okvirni sporazum za mir u Bosni i Hercegovini i jedanaest aneksa.²

Mirovni sporazum sa svim aneksima potpisan je i stupio na snagu 14. decembra 1995. godine u Parizu.

Aneksom 4 Ustava Bosne i Hercegovine formirana je država koja nosi naziv Bosna i Hercegovina, a prestala je i da postoji formalno (i ako stvarno nije ni postojala), Republika Bosna i Hercegovina. Nova država je visoko decentralizovana i sastavljena od dva državotvorna entiteta: Federacija Bosne i Hercegovine i Republike Srpske.³

Međutim, Ustav nije utvrdio oblik državnog uređenja, ni oblik vladavine. I ostale institucije nisu precizno definisane, a postoji i niz drugih ustavnih praznina. Zato se odmah postavilo pitanje: da li je stvarno Aneks 4 Ustav, ili su to samo elementi za Ustav?

S druge strane, s obzirom na sadržaj Ustava i na način kako je donesen, jedan broj teoretičara smatra da je ovaj akt u stvari konfederalni ugovor. Međutim, postoje i oni teoretičari koji smatraju da su svih jedanaest aneksa ustavni dokumenti i ustavni materijal. Ako prihvatimo (a treba prihvatiti) da je Aneks 4 Ustav Bosne i Hercegovine, onda su svi i svako dužni da primjenjuju taj Ustav, pa makar da ima niz nedostataka. Ustav je, inače, za naše prilike neobičan, jer je on, prije svega, akt međunarodnog, a ne državnog prava.

Drugo, on je napisan po modelu anglo-saksonskog prava, a ne po evropskom modelu, pa je kao takav sa 12 članova najkraći ustav na svijetu. Jedino je Američki ustav u vrijeme donošenja (prije 224 godine), bio kraći sa svega 7 članova, ali je on do danas dograđen sa 27 amandmana, pa je prema tome Ustav Bosne i Hercegovine najkraći važeći ustav.⁴

Ustav nije izrađen po jednoj formalno-pravnoj tehnici evropskog tipa, pa se i moglo desiti da su se u njemu našli brojni neadekvatni pojmovi i norme, kao i niz ustavnih praznina.

Ustav Bosne i Hercegovine ne odgovara na mnoga bitna pitanja, a posebno na pitanje koje je državno uređenje u Bosni i Hercegovini. Razni teoretičari u Republici Srpskoj se kreću od konfederacije do unije, dok su mišljenja u Federaciji Bosne i Hercegovine da je Bosna i Hercegovina decentralizovana država, pa sve do federalno uređene države.

² Aneks 1 – Vojni aspekti mirovnog rješenja regionalne stabilizacije, Aneks 2 – Granica između entiteta, Aneks 3 – sporazum o izborima, Aneks 4 – Ustav Bosne i Hercegovine, 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, Aneks 9 – Sporazum o osnivanju javnih korporacija Bosne i Hercegovine, Aneks 10 – Sporazum o civilnom sprovođenju mirovnog rješenja, Aneks 11 – Sporazum o međunarodnim policijskim snagama.

³ Ustav Bosne i Hercegovine, član 1, tačka 1. i 3.

⁴ Kuzmanović Rajko, Ustavno pravo, Banja Luka, 2002, str. 304.

Profesor Košutić ovu državu vidi kao konfederalno-federalnu uređenu državnu zajednicu, navodeći i to da najjaču državnu silu u Bosni i Hercegovini ima NATO, što dovodi do mišljenja da ni Bosna i Hercegovina, a ni entiteti, nisu državne cjeline, već teritorije pod starateljstvom Međunarodne zajednice.⁵

Profesor Mijanović Bosni i Hercegovini daje karakter neke realne unije sa izraženim konfederalnim elementima.⁶

Dr Omer Ibrahimović smatra da je Bosna i Hercegovina prosta decentralizovana država sa dva multietnička entiteta, koji po širini svojih nadležnosti Bosnu i Hercegovinu približava federaciji.⁷

3. USTAV KAO NEOPHODAN USLOV MIRA U BIH

Ustav BiH moguće je razumjeti samo uz sagledavanje grupe međunarodnopravnih sporazuma o kojima je postignut dogovor u Dejtonu. Da ovakav ustav nisu pratili sporazumi o ljudskim pravima, izbjeglicama, on se ne bi mogao ni primjenjivati među teško zavađenim narodima. Vojni zadatak je da se uspostavi vojna sigurnost, kako bi se mogli provoditi civilni aspekti mirovnog sporazuma. Dejtonski mirovni sporazum je nudio kompromise, ali u procesu obnove zemlje i pokušaja saradnje tri suprotstavljene strane bilo je neophodno da interveniše četvrta strana – međunarodna zajednica. Istina sve zemlje u tranziciji trpe svoje nevolje, ali BiH nije bila u mogućnosti da se samostalno održi.

Počev od implementacije izbornih rezultata, pa do stvaranja kompromisa, sve je teško funkcionisalo i blokade su bile prisutne u svim oblastima života, a takva ponašanja su prisutna i danas. I pored svih teškoća, Dejtonski mirovni sporazum je zaustavio rat, ponudio mir i uključivanje u međunarodne tokove i odnose.

Nakon stvaranja mira, možemo konstatovati da BiH prolazi kroz dvostruki proces tranzicije, i to: zemlja izašla iz rata i ide ka miru, te može se reći da prelazi iz nekog oblika Titovog socijalizma ka slobodnoj i tržišnoj državi.

Mnogo mrtvih i mnogo trajnih invalida, te bezbroj protjeranih i izbjeglih. Gotovo da je prestalo da postoji multietničko društvo. Privreda je van funkcije, većina stanovništva bez minimuma egzistencije, tjeralo je i najsposobnije da potraže sigurniju državu. Od tri naroda uvijek dva ne žele zajedničke institucije.

Nedostatak kulture, poštovanja ljudskih prava i civilnog društva sa stalnim političkim tenzijama otežava napredak i usporava promjene.

⁵ Košutić Budimir, Pravni sistem Republike Srpske - želje i mogućnosti, Zbornik referata sa naučnog skupa u Banjoj Luci, 1999, str. 11.

⁶ Mijanović Gašo, Podjela nadležnosti između institucija Bosne i Hercegovine i entiteta, Naučni skup, knjiga III, Banja Luka, 1999, str. 11.

⁷ Ibrahimović Omer, Bosna i Hercegovina je prosta decentralizovana država, Ljudska prava - revija za Ustavno i Međunarodno pravo, broj 2, Sarajevo 2000, str. 13.

Kočnica za stabilizaciju zemlje je nedostatak spremnosti za konsenzus, jer stalna su odgađanja i kočenja procesa odlučivanja.

Međunarodna zajednica je uložila mnogo u proces implementacije, djelovanja su često neusklađena, tako da nekad i otežavaju proces implementacije, jer su se neke organizacije borile da opravdaju sopstvenu prisutnost u Bosni i Hercegovini.

Nakon više pokušaja da se dođe do mira, došlo je do tromjesečnih pregovora i sporazum o miru je parafiran 21.11.1995. godine u Dejtonu, a konačno potpisan 14.12.1995. godine. Ovaj Pariški ili Dejtonski sporazum sastoji se od jednog okvirnog sporazuma i 12 aneksa. Ova kompleksna konstrukcija je nastala od različitih mirovnih planova, a konačan tekst je stvoren u Dejtonu u radnim ekipama Kontakt grupe. Vidljivo je da je međunarodna zajednica ovim svojim činom preuzela ulogu bosanskohercegovačkih naroda.

Tvorcι Ustava su se vodili kompromisom i ustupcima. Cijeli postupak do donošenja Ustava nosi svoje protivrječnosti i kopromise – jedna država, a dva entiteta, demokratija i etnokratija, individualna i kolektivna prava i mnogo toga.

Stalne su zamjerke da ovaj Ustav ne posjeduje kvalitet ustava. Nije on u potpunosti ni dobar za stabilizaciju zemlje, jer je to pokazala dosadašnja praksa. Prisutno je i mišljenje da organizacija države i javne vlasti ima nacionalna obilježja, jer je ostavio neke mogućnosti koje ne vode potpunom miru. I pored svega, a zbog dostignutog mira, važeći je u međunarodnom pravu.

ZAKLJUČAK

I pored svoga mirovnog, te i revolucionarnog karaktera, neki teoretičari i političari tvrde da ovaj Ustav ima svoje manjkavosti: nastao je na nedemokratski način, neke norme su suprotne međunarodnom pravu, a i u praksi nije sve zadovoljavajuće i odgovarajuće.

Možda donosioci Ustava nisu uzeli prilikom donošenja mnoge elemente: geografsku podjelu, odnose vojnih snaga, političke konflikte i drugo. Možda prof. Šarčević dobro objašnjava, pa kaže da je Ustav BiH „kabinetski proizvod tri političke partije, te zapadnoevropske i američke diplomatije“.

Ciljevi i funkcije Ustava nisu u potpunosti definisani, jer su djelimični i parcijalni. Osnovna zamisao je integracija BiH.

I pored svih nedostataka, istaknuto je do sada da je donio mir, da je akt kakovog-takvog mirovnog i revolucionarnog karaktera. Najvažniji je i najviši pravni akt države, a uz to i akt za očuvanje Bosne i Hercegovine.

LITERATURA

- Ibrahimović Omer, Bosna i Hercegovina je prosta decentralizovana država, Ljudska prava - revija za Ustavno i Međunarodno prav, broj 2, Sarajevo 2000.
- Košutić Budimir, Pravni sistem Republike Srpske - želje i mogućnosti, Zbornik referata sa naučnog skupa u Banjoj Luci, 1999.
- Kuzmanović Rajko, Ustavno pravo, Banja Luka, 2002.
- Lukić Vladimir i Popović Vitomir, Dejton-Pariz, Banja Luka, 1996.
- Mijanović Gašo, Podjela nadležnosti između institucija Bosne i Hercegovine i entiteta, Naučni skup, knjiga III, Banja Luka 1999.
- Aneks 1 - Vojni aspekti mirovnog rješenja regionalne stabilizacije, Aneks 2 – Granica između entiteta, Aneks 3 - sporazum o izborima, Aneks 4 – Ustav Bosne i Hercegovine, Aneks 5 - sporazum o arbitraži, Aneks 6 - Sporazum o ljudskim pravima, Aneks 7 - sporazum o izbeglicama i raseljenim licima, Aneks 8 - Sporazum o komisiji za očuvanje nacionalnih spomenika, Aneks 9 - Sporazum o osnivanju javnih korporacija Bosne i Hercegovine, Aneks 10 - Sporazum o civilnom sprovođenju mirovnog rješenja, Aneks 11 - Sporazum o međunarodnim policijskim snagama.
- Ustav Bosne i Hercegovine, član 1, tačka 1. i 3.

Summary

The Dayton Peace Agreement was a milestone in the difficult time the people of Bosnia and Herzegovina. He stopped the ravages of war, murder, troubles, population displacement. The Constitution of Bosnia and Herzegovina as part of the agreement gives the direction of the state and trends of the legal order. What - that the Constitution is the beginning and the political and legal life in the ravaged and torn country. Probably on an interim legal - political determination on the organization of Bosnia and Herzegovina.

Keywords: *Constitution of Bosnia and Herzegovina, peace, annexes, the negotiations, the international community.*

РЕФЛЕКС РАДБРУХОВЕ ЈУРИСПРУДЕНЦИЈЕ У ПОСЛИЈЕРАТНОЈ ПРАКСИ ЊЕМАЧКИХ САВЕЗНИХ СУДОВА

Доц. др Игор Милинковић*

Апстракт: Г. Радбрух један је од најзначајнијих правних филозофа и теоретичара права XX стољећа, не само унутар граница њемачког говорног подручја. Радбрухов филозофскоправни опус побудио је велики интерес међу правним мислиоцима, нарочито чувена формула по којој се неподношљиво неправедни закони не могу сматрати правом. Радбрухово ново (и опрезно) читање класичног јуснатурализма и данас представља непресушну инспирацију за теоретичаре права, нарочито у државама суоченим са колапсом, тоталитарног или ауторитарног режима. У склопу рада, трајна вриједност Радбрухове правне мисли биће наглашена, као и контроверзе које примјену „Радбрухове формуле“ окружују (након што анализи буду подвргнуте пресуде њемачких савезних судова у којима се утицај Радбрухових ставова нарочито јасно манифестовао, биће упозорено на пресуде Европског суда за људска права донесене поводом жалби осуђених за смрт бјегунаца на бившој граници двије Њемачке).

Кључне ријечи: Радбрухова формула, правда, правна сигурност, неправедни закони, њемачки савезни судови, транзициона правда.

1. УВОД

У пантенону правне мисли двадесетог стољећа (иако значај опуса овог аутора, несумњиво, пркоси сваком покушају временског ограничавања), крупним словима уклесано је име Густава Радбруха. Истакнути њемачки правник, професор кривичног права, али и ништа мање релевантан правни филозоф¹, посветио је већи дио каријере борби са најсложенијим правнотеоријским проблемима. Иако је у првој фази свога стваралаштва заговарао особену варијанту

* Доцент на предметима Теорија државе и права и Правна етика, Правни факултет Универзитета у Бањалуци.

¹ Према Д. Фортену, Радбрух је, уз Ханса Келзена, „без сумње најзначајнији правни филозоф двадесетог стољећа у земљама њемачког говорног подручја“. (D. Pfordten, „Radbruch as an Affirmative Holist. On the Question of What Ought to be Preserved of His Philosophy“, *Ratio Juris*, Vol. 21, No. 3, Septemeber 2008, pp. 387-388).

правног позитивизма, препуштајући напосљетку (утисак је - невољко) примат правној сигурности („реду и миру“), у раздобљу након слома нацизма Радбрух се сврстава међу најзаслужније за препород природноправне мисли. Ако је правда у Радбруховим ранијим радовима, напосљетку, морала устукнути пред правном сигурношћу, у периоду након Другог свјетског рата предност ће припасти „надзаконском праву“ (додуше, само у случајевима неподношљиве законодавчеве неправде). Радбрухово ново (и опрезно) читање класичног јуснатурализма и данас представља непресушну инспирацију за правне мислиоце, нарочито у државама суоченим са колапсом тоталитарног или ауторитарног режима.

Значај Радбруховог дјела огледа се у још једној чињеници. Мало је филозофскоправних опуса који тако увјерљиво демонстрирају практични значај, наизглед строго теоријских и апстрактних расправа. Судови у послијератној Њемачкој чврсто су пригрлили формулу о „законском неправу“ и „надзаконском праву“, проналазећи у Радбруховом дјелу арсенал аргумената који ће им омогућити да стргну маску права са злочиначких закона нацистичке Њемачке (због чега се о Радбруховој формули пише и као о „најдјелотворнијој тези у правној филозофији двадесетог стољећа“)². Након што у првом дијелу рада буде указано на основна обиљежја Радбрухове филозофије права, упозориће се на пресуде њемачких савезних судова у којима се утицај Радбрухових ставова нарочито јасно манифестовао.

2. ГЕНЕЗА РАДБРУХОВЕ ПРАВНОФИЛОЗОФСКЕ МИСЛИ (РАДБРУХОВА ФОРМУЛА: КОНТИНУИТЕТ ИЛИ ДИСКОНТИНУИТЕТ?)

Уобичајено је да се у Радбруховом правнофилозофском опусу разликују двије фазе. Прва, временски ситуирана у раздобље до доласка нациста на власт, квалификује се као правнопозитивистичка. Након слома нацизма, пре-

² F. Saliger, “Content and Practical Significance of Radbruch’s Formula”, у *Проблеми филозофији права*, Том II, 2004, р. 68. Поједини аутори указују на лимите практичне дјелотворности Радбрухове формуле. Б. Бикс, који најадекватнијом сматра интерпретацију Радбрухове формуле као прескриптивног исказа о томе како судије требају третирати „законску неправду“, упозорава да ће у пракси она „највјероватније бити употребљена тамо гдје постоји извјестан облик транзиције у актуелном режиму, тако да се од судије из једног система или традиције захтијева да примјени (или не примјени) закон другог система или традиције ... “. В. Вих, “Radbruch’s Formula and Conceptual Analysis”, *The American Journal of Jurisprudence*, Vol. 56, 2011, р. 51) Из угла практичне политике, стога, Радбрухова формула превасходно представља моћни инструмент тзв. транзиционе правде (са свим ризицима које таква употреба формуле носи); ван контекста политичке транзиције, и ту је тешко не сложити се са Биксом, примјена формуле не чини се нарочито реалистичном. Међутим, снага формуле као моралног захтјева посленицима правничке професије и исказа о аксиолошкој природи правног феномена (што она, као дио Радбруховог послијератног искорака ка јуснатурализму, јесте), самом том чињеницом није битније умањена.

ма уобичајеном тумачењу, Радбрух модификује своје ставове приклањајући се другом полу правне мисли - јуснатурализму. Имајући у виду личну драму коју је Радбрух проживио током нацистичке владавине, својеврсни „лом“ у његовим правнофилозофским ставовима није изненађујући. Поједини аутори, међутим, аргументовано пишу о континуитету Радбрухове мисли, упозоравајући на чињеницу да је овај писац, већ у раној фази свога стваралаштва, наглашавао значај вриједности за разумијевање правног феномена. Прије него што се изложи садржај Радбрухове формуле, у основним цртама биће представљени његови предратни ставови о природи права.

Према Г. Радбруху право представља културни феномен, датост, чији је смисао да служи вриједности - идеји права.³ Иако, на појединим мјестима о идеји права пише као о правди, према Радбруху она не може бити редукована на правду. Идеја права комплексна је и обухвата, осим правде, и сврсисходност и правну сигурност (о којима Радбрух пише као о „равноправним захтјевима који се постављају праву“)⁴. Позитивистички карактер Радбрухове мисли, изложене у предратној *Филозофији права*, произилази из чињенице да он сукоб између правде и правне сигурности разрјешава у прилог потоње. Одбацујући у духу мета-етичког релативизма могућност објективног утемељења правде, Радбрух констатује да „ако се не може утврдити шта је праведно, мора се прописати шта ће бити по праву, и то од стране органа који је у стању и да спроведе оно што је прописао“.⁵ У складу са овим ставом дефинисана је и улога судије суоченог са морално контроверзним законима: „Дужност је судијског звања да вољи закона за важењем прибави важност, дужност је судије да своје лично правно осећање жртвује ауторитативној правној заповести, да само пита шта је по праву, а никада и да ли је то праведно.“⁶

У радовима објављеним након Другог свјетског рата Радбрух врши заокрет ка основним тезама природноправне школе. Да је ријеч о критици правног позитивизма, очигледно је већ у његових „Пет минута филозофије права“ (гдје, Радбрух пише о правним начелима јачим од сваког правног прописа; Радбрух не оклијева да такве принципе назове природним, одн. умним правом)⁷. Став, да закони, да би се могли сматрати правом, морају одговарати минималним захтјевима правде, наглашен је и у познатом чланку „Законско неправо и надзаконско право“ (у ком је изложена и чувена Радбрухова формула). Текст формуле гласи: „Сукоб између правде и правне сигурности могао би се решити на тај начин да позитивно право, које обезбеђује пропис и моћ, има предност и онда када је садржински неправедно и несврсисходно, осим у случају да противуречност позитивног закона према правди достигне толико неподношљиву меру да закон као „неисправно право“ мора да одступи пред правдом.

³ Г. Радбрух, *Филозофија права*, Београд, 2006, стр. 38.

⁴ Исто, стр. 77.

⁵ Исто, стр. 77-78.

⁶ Исто, стр. 90.

⁷ Г. Радбрух, „Пет минута филозофије права“, у Г. Радбрух, *Филозофија ...*, стр. 210-211.

Немогуће је повући оштрију линију између случајева законског неправда и закона који важе упркос неисправној садржини; међутим, свом оштрином се може повући једна друга граница: тамо где се чак и не тежи за правдом, где се једнакост која чини језгро правде, свесно оспорава приликом доношења прописа позитивног права, ту закон рецимо није само „неисправно право“, он чак и нема правну природу.⁸

Иако је Радбрухова намјера била да другим дијелом формуле разјасни први, велики број аутора сагласан је да је овим путем, заправо, створена нова формула. Р. Алекси, тако, пише не о једној, већ о двије Радбрухове формуле: „формули неподношљивости“, која подразумева да закон престаје да важи уколико у неподношљивој мјери противрјечи правди, и „формули порицања“, по којој ће законима правни статус бити ускраћен уколико је приликом њиховог доношења једнакост, као језгро правде, свјесно оспорена. Прва формула има објективан карактер, у смислу да је зависна од степена неправедности закона. Друга формула, упозорава Алекси, садржи субјективну ноту, будући да полази од законодавчеве намјере. Могуће је замислити ситуације у којима би двије формуле водиле различитим закључцима. Могуће је да законодавац стреми постизању једнакости, али да остварени резултат буде неподношљиво неправедан (такви закони били би лишени правног карактера, без обзира на намјеру законодавца). С друге стране, могуће је да законодавац свјесно чини неправду, али да усвојеним законима није погазио праг неподношљиве неправде (подношљиво неправедни закони, према Радбруху, не губе правни карактер). Прва формула имала је снажнији утицај на резоновање њемачких судија; друга формула, с обзиром на свој субјективни елемент (намјеру за изигравањем правде), била је мање подесна за примјену.⁹

Иако се у литератури често наглашава дубина промјена које су се одиграле у Радбруховом дјелу, према схватању појединих аутора овај заокрет није радикалан како се на први поглед чини. Према Алексију, Радбрухова формула није значила негирање правне сигурности усљед новооткривене „природноправне интуиције или емоционалне реакције на национал-социјализам“.¹⁰ Било је довољно да Радбрух изврши само „мања прилагођавања“ у систему изграђеном током преднацистичког раздобља. Радбрухова формула успоставља хијерархију вриједности која одговара његовом старијем, позитивистичком схватању, према ком се сврсисходност налази на дну, а правна сигурност се, по правилу, налази испред правде. Само у екстремним случајевима неподношљиве неправде овај однос биће промијењен.¹¹ Заиста, Радбрухова формула не значи жртвовање правне сигурности на олтару правде (што потврђује могућност

⁸ Г. Радбрух, „Законско неправдо и надзаконско право“, у Г. Радбрух, *Филозофија ...*, стр. 228.

⁹ R. Alexy, „A Defence of Radbruchs' Formula“, у D. Dyzenhaus (Ed.), *Recrafting the Rule of Law: The Limits of Legal Order*, Oxford - Portland Oregon, 1999, p. 16.

¹⁰ Исто, p. 32.

¹¹ Исто, p. 33.

важења „умјерено“ неправедних закона). Радбрухов јуснатурализам ограничен је само на случајеве екстремне аморалности законодавца, за које се аутор надао да су са нацизмом покопани на гробљу историје. С. Паулсон, утицајни коментатор Радбрухових ставова, наглашава континуитет његове правнофилозофске мисли и констатује да је Радбрух, већ у својим предратним радовима, антиципирао чувену формулу.¹²

С друге стране, аутори попут Т. Спака упозоравају да је овдје, ипак, ријеч о суштинском заокрету, будући да је Радбрух прије и послје рата заговарао различите правноетичке позиције. У првој фази свога стваралаштва, Радбрух је проponent мета-етичког релативизма (што резултира правнопозитивистичким закључцима одн. одбацивањем идеје апсолутне правде; посљедица релативистичке позиције јесте и учење о обавезаности судије законима, схватање које ће Радбрух касније модификовати). Након Другог свјетског рата, Радбрух се приклања једној варијанти моралног објективизма, учења о постојању универзално истинитих или важећих моралних ставова.¹³ Може ли се схватање о универзалним умним принципима помирити са предратном релативистичком позицијом? Према Спаковом мишљењу, одговор је - не.

Овом ставу тешко је упутити приговор. У *Филозофији права* Радбрух не оставља простор за сумњу коју правноетичку позицију заступа, а релативистичка концепција за коју се тада одређује неспојива је са његовим каснијим правнофилозофским ставовима (били они означени као јуснатурализам, или не; „анти-позитивизам“, с правом се истиче, „претпоставља барем рудиментарну анти-релативистичку етику“¹⁴). Корак који ће након Другог свјетског рата Радбрух начинити, ма како опрезан био, значио је превазилажење предратне правноетичке позиције. У свјетлу ове чињенице, и оцјене о континуитету Радбрухове мисли губе на снази.

3. УТИЦАЈ РАДБРУХОВЕ ФОРМУЛЕ НА ПРАКСУ ЊЕМАЧКИХ САВЕЗНИХ СУДОВА

Нарочит значај Радбрухове формуле огледа се у чињеници да су судије у послјератној Њемачкој основ за оспоравање правног статуса нацистичких прописа пронашли у разликовању „законског неправда“ и „надзаконског права“ (Радбрухова формула, како се опажа, представљала је „теоријскоправно језгро судијског резонавања“)¹⁵. Р. Алекси као илустрацију наводи текст пре-

¹² За приказ Паулсонових ставова в. Т. Spaak, „Meta-Ethics and Legal Theory: The Case of Gustav Radbruch“, *Law and Philosophy*, No. 28, 2009, pp. 275-280.

¹³ Т. Spaak, наведено дјело, р. 267.

¹⁴ R. Alexy, *The Argument from Injustice: A Reply to Legal Positivism*, Clarendon Press - Oxford, 2004, р. 53.

¹⁵ R. Alexy, „A Defence ...“, р. 15.

суде Савезног уставног суда из 1968. године, у којој је предмет разматрања представљала Уредба 11 коју су нацистичке власти издале 1941. године (на основу Закона о држављанству Рајха из 1935. године), а на основу које је велики број Јевреја изгубио њемачко држављанство. Дио образложења пресуде гласи:

„Право и правда нису препуштени дискреционој оцјени законодавца. Мисао да уставотворац може све уредити како му се прохтије, значила би повратак менталном ставу не-вриједносног (value-free) законског позитивизма, који је одавно напуштен у правној науци и пракси. Управо раздобље национал-социјалистичког режима, учи да неправо (Unrecht) може потећи чак и од самог законодавца.“ Стога је Савезни уставни суд потврдио могућност поништавања правног важења нацистичких „правних“ одредби, уколико су оне у сукобу са темељним принципима правде тако очигледно, да би судија који би се определијелио да их примијени или призна њихове правне посљедице спроводио безаконје, прије него право.

Уредба 11 крши ове фундаменталне принципе. Њен сукоб са правдом достигао је тако недопустив степен да се Уредба мора сматрати ништавом, тј. неважећом од самог почетка.¹⁶ Такорећи, у свакој од цитираних реченица, евидентан је утицај Радбрухових правнофилозофских ставова.

То није био једини пут да је правни статус Уредбе 11 разматран од стране највиших њемачких судова. На суштински исти (антипозитивистички) начин резоновале су и судије њемачког Савезног врховног суда, оцјењујући њен правни карактер. Предмет спора био је захтјев жене јеврејског поријекла, за повратом имовине депоноване у једној њемачкој банци, на којој је, према Уредби 11, изгубила право власништва. Став Суда био је да имовина жени није могла бити одузета, јер се: „Поглавље 3 Уредбе 11, донесене на основу Закона о држављанству Рајха, треба сматрати ништавим од самог почетка због своје неправедне садржине која је у супротности са темељним захтјевима сваког поретка заснованог на владавини права.“¹⁷

Утицај Радбрухове формуле евидентан је и у одлуци Савезног врховног суда из 1952. године (која се тичала одговорности службеника за учешће у депортацији Јевреја у концентрационе логоре). Одлука суда била је заснована на ставу да: „Правила која чак ни не покушавају да остваре правду, која свјесно поричу једнакост и очигледно крше елементарне стандарде човјечности заједничке свим цивилизованим људима, не могу уопште претендовати на правни статус; дјела учињена по овом основу немају, стога, правно оправдање. Заправо, ауторитативне мјере које у екстремној мјери и очигледно крше темељне принципе правде и човјечности морају се сматрати ништавим од самог почетка ...“¹⁸

¹⁶ BVerfGE 23 (1968), 98, наведено према R. Alexy, *The Argument ...*, p. 6.

¹⁷ BGHZ, 16, 350 (354), наведено према R. Alexy, „A Defence ...”, p. 19.

¹⁸ BGHSt 2, 234 (238), наведено према R. Haldemann, „Gustav Radbruch v. H. Kelsen: A Debate on

Радбрухова формула поново ће постати актуелна након уједињења Њемачке, када је постављено питање одговорности граничара за смрт бјегунаца на Берлинском зиду (као и политичких и војних функционера Источне Њемачке, чијим одлукама је креиран гранични „режим смрти“). Чињеница да су источноњемачки граничари поступали у складу са важећим прописима и непостојање одговарајућег ретроактивног законодавства, приморали су судије да изнова прибјегну Радбруховој аргументацији (мада су у појединима случајевима, судови нижег степена, покушавали да докажу да су убиства бјегунаца била нелегална чак и према законодавству Источне Њемачке).

Савезни врховни суд Њемачке, одлучујући поводом жалби двојице граничара на осуђујућу пресуду Провинцијског суда у Берлину изречену за убиство двадесетједногодишњег бјегунца на Берлинском зиду, определијелио се за примјену Радбрухове формуле (иако су жалбе граничара одбијене и пресуда потврђена, резонување Савезног врховног суда разликовало се у односу на аргументе наведене у пресуди Провинцијског суда)¹⁹. Став Савезног врховног суда био је да законске одредбе које граничаре ослобађају кривичне одговорности могу бити одбачене, једино уколико се њима нарушава „виши поредак права, када њихова садржина представља очигледно тешко кршење фундаменталних захтјева правде и човјечности; прекршај мора бити тако тежак да вријеђа правна увјерења свих народа у погледу човјекове вриједности и достојанства. Супротност између позитивног права и правде мора бити тако неподношљива да закон мора уступити пред правдом као лажно право.“²⁰ Будући да, према мишљењу Суда, то јесте био случај, основ за ослобађање од одговорности граничара био је ништав од самог почетка.

Поменуто резонување потврду је добило и од стране њемачког Савезног уставног суда. У одлуци из 1996. године (95 BVerfGE 96), Суд је констатовао: “Носиоци државне власти у Демократској Републици Њемачкој спроводили су

Nazi Law“, *Ratio Juris*, Vol. 18, No 2, 2005, p. 170.

¹⁹ Провинцијски суд у Берлину сматрао је да је употребом рафалне паљбе од стране граничара повријеђен принцип пропорционалности употребе силе. У пресуди је истакнуто и да спречавање кривичног дјела, којим није угрожен живот другог лица, никада не може представљати оправдање за убиство (будући да живот представља најдрагоцјенију правну вриједност). Стога основ за ослобађање од одговорности граничара, садржан у чл. 27 Закона о граничном режиму Демократске Републике Њемачке, није могао бити примијењен у наведеном случају. (LG Berlin, NStZ 1992, наведено према R. Alexy, наведено дјело, pp. 20-21) Настојање Провинцијског суда да таквом интерпретацијом избјегне примјену Радбрухове формуле, било је одбачено од стране Савезног врховног суда Њемачке (а, аргументацију Провинцијског суда у цитираном раду оспорава и Р. Алекси). Занимљиво је да је резонување судија Европског суда за људска права, у одлукама донесеним поводом жалби на осуђујуће пресуде за смрт бјегунаца, више у складу са приступом Провинцијског суда. (О томе в. R. Miller, „Rejecting Radbruch: The European Court of Human Rights and the Crimes of the East German Leadership“, *Leiden Journal of International Law*, Volume 14, Issue 03, 2001).

²⁰ BGHSt 39, 1, наведено према R. Alexy, наведено дјело, pp. 21-22.

екстремну владину неправду, која се може одржати само док постоји државна власт која је за њу одговорна. У овој крајње неуобичајеној ситуацији, заповијест материјалне правде (која, такође, укључује поштовање људских права призна-тих у међународном праву) забрањује одбрану граничара позивањем на писано и неписано право Демократске Републике Њемачке.²¹ Виталност и практични значај Радбрухове формуле овим су још једном потврђени.

Поступци против граничара и високих функционера Источне Њемачке демонстрирали су, међутим, и сву контроверзност Радбрухове формуле. Иако је западноњемачка политичка елита енергично негирала њихов политички карактер, утисак о суђењима као о „правом прикривеној правди побједника“ ипак је био формиран.²² Овај утисак подгријавала је и примјена Радбрухове формуле од стране највиших њемачких судова. Подвођење прописа Источне Њемачке под „законско неправо“, значило је изједначавање (или барем потенцирање сличности) источноњемачког режима и тоталитарне страховладе нациста. Иако, аутократски карактер источноњемачког режима није упитан, такве оцјене ипак су прејаке - природа овог режима сврставала га је међу ауторитарне политичке поретке.²³ Ситуирана у раздобље политичке транзиције (што је, како је упозорено, њено примарно станиште), Радбрухова формула носи у себи посебну идеолошку црту, што је чини подесном за злоупотребе и самим тим повећава одговорност органа који се за њену примјену одређују. Као проблем појављује се не само дефинисање степена неправде (подношљива или неподношљива?) и заштита правне сигурности од анархистичких тенденција класичног јуснатурализма, већ и неопходност да се избјегне трансформисање формуле од „штита правде“ у инструмент идеолошких обрачуна, етикетирања и одмазде. Јер, а разлоге за опрез пружа и раздобље након уједињења Њемачке, искушење може бити веома снажно да се у склопу процеса „суочавања са прошлосту“ приступи њеном прекрајању или барем прилагођавању актуелним политичким потребама. Идеолошке димензије Радбрухове формуле биле су свјесне и судије Европског суда за људска права, које су у пресудама које су

²¹ Наведено према P.E. Quint, „The Border Guard Trials and the East German Past - Seven Arguments“, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 48, 2000, p. 544.

²² Jan-Werner Müller, „East Germany: Incorporation, Tainted Truth and the Double Division“, *The Politics of Memory. Transitional Justice in Democratizing Societies*, p. 261.

²³ О различитим схватањима природе политичког режима Источне Њемачке и настојањима (неријетко идеолошки мотивисаним) да се она означи као тоталитарна в. С. Ross, *The East German Dictatorship. Problems and Perspectives in the Interpretation of the GDR*, Arnold, London, 2002, pp. 19-43; аутори су, ипак, већином сагласни да су нека од кључних обиљежја тоталитарне диктатуре недостајала, те се адекватнијим чини његово подвођење под ауторитарне режиме. Према Милеру, „прије него као тоталитарна, Источна Њемачка могла би се боље описати као репресивна ауторитарна држава, у великој мјери у складу са традицијом њемачке полицијске државе деветнаестог стољећа“ (Jan-Werner Müller, наведено дјело, p. 250)

се тичале убистава на граници двије Њемачке²⁴, избјегле њену примјену (различитом аргументацијом, додуше, дошавши до идентичног резултата).²⁵

4. ЗАКЉУЧАК

Суочен с временом у ком је правда занијемила, а неправда проговорила заглашујућим гласом (грмећи на своје жртве, неријетко, језиком „права“), Радбрух модификује предратне ставове. Овај заокрет, међутим, није био радикалан у мјери како га се понекад представља. Од Радбруха, правног позитивисте (што он никада, у строгом смислу, није ни био; могло би га се, с пуно основа, назвати „позитивистом из (релативистичке) нужде“), не постаје, напрасно, пропонент природноправне мисли. И кроз Радбрухове послеријатне радове, укључујући чланак „Законско неправо и надзаконско право“, провејава страх од анархије и злоупотреба до којих радикално читање јуснатурализма може довести.²⁶ Стога Радбрухова формула не представља обновљену максиму „lex iniusta non est lex“. И неправедан закон сматраће се важећим, осим у случајевима када неправда поприми неподношљиве размјере.

Радбрух увиђа да би широка употреба његове формуле значила брисање правне сигурности, до које и даље веома држи, чинећи од сваког органа позваног да закон примијени „малог законодавца“. Проблем, чијег постојања је свјестан и за који тражи одговор, јесте и коме смије бити повјерена улога ар-

²⁴ Streletz, Kessler and Krenz v. Germany (Applications nos. 34044/96, 35532797, 44801); K.-H.W. v. Germany (Application no. 37201/97); Европски суд за људска права требао је утврдити да ли је осуђујућом пресудом бившим политичким и војним функционерима Источне Њемачке (Стрелцу, Кеслеру и Кренцу), повријеђен чл. 7 Европске конвенције о људским правима (којим се забрањује ретроактивна примјена кривичног законодавства). Друга пресуда односила се на жалбу граничара осуђеног за убиство бјегунца; због извјесних специфичности случаја, Суд је о његовој жалби одлучивао у посебној пресуди.

²⁵ Избјегавши да се позове на формулу, како се опажа, Европски суд за људска права на промишљен је начин исполио „свијест о ширим социјално-политичким импликацијама случаја, нарочито о опасностима инхерентним примјени Радбрухове формуле у наведеним случајевима, потезу који је нужно квалификовао злочине на граници двије Њемачке, за које је одговорност сносила социјалистичка диктатура Источне Њемачке, као неправде једнаке онима почињеним од стране Хитлерових нациста ...“. Пажљивим заобилажењем ових поређења, Суд је избјегао ризик од продубљивања дуготрајних подјела на релацији Исток-Запад у уједињеној Њемачкој. (R. Miller, „Rejecting Radbruch ...“, p. 661).

²⁶ У раду који је објавио, недуго прије смрти, Радбрух упозорава: „Некадашње природно право није лишено превласти од стране позитивизма без разлога, и његово оживљавање повлачи за собом неспорне опасности. Исувише је лако за лошу и арбитражну власт да се назове „надзаконским правом“, окрећући тако потрагу за надзаконским правом у озбиљну опасност по правну сигурност.“ G. Radbruch, *Neue Probleme in der Rechtswissenschaft*, наведено према А. Kaufmann, „Die Radbruchsche Formel vom gesetzlichen Recht und vom übergesetzlichen Recht in der Diskussion um das im Namen der DDR begangene Unrecht“, *Neue Juristische Wochenschrift*, 48, 1995, 81 at 82. (J. Rivers, „The Interpretation and Invalidity of Unjust Laws“, у D. Dyzenhaus (Ed.), *Recrafting ...*, Oxford - Portland Oregon, 1999, p. 42).

битра. Масовно оспоравање „неправедних“ закона од стране судова значило би својеврсно потирање демократије (ипак је парламент демократско тијело, а судови, ма како високог степена и ма каквим ауторитетом обдарени, то нису). Његово настојање да примјену формуле учини што рестриктивнијом, уочљиво је и у овом сегменту. Одлуку о томе да ли је прекорачена граница неподношљиве неправде, према Радбруху, смију доносити једино парламент, или судови највишег степена.²⁷

Радбрух је, такође, свјестан чињенице да се арбитар ријетко налази у „чистој“ ситуацији, каква је постојала у нацистичкој Њемачкој (односно у раздобљу обрачуна са нацистичком прошлошћу). Такви драстични примјери законодавчеве неправде ријетко се сусрећу (а, могло би се додати, ни таква брутална искреност која појединим актима провејава). Препознати „неподношљиву неправду“ у вријеме владавине нациста, није било нарочито тешко. Вучје лице режима отворено је пријетило са страница њемачких службених гласила (у оним случајевима када је власт била расположена да се замара објављивањем својих одлука). Оспорити правни карактер таквим актима представљало је корак чија се оправданост чинила, такорећи, саморазумљивом. Међутим, шта са режимима који своју природу покушавају прикрити, или је она амбивалентна? Како препознати осјетљиву границу између неподношљиво и подношљиво неправедних закона? Већ су поступци против граничара и високих политичких и војних функционера Источне Њемачке демонстрирали сложеност питања којима је употреба Радбрухове формуле окружена. Да ли се режим Источне Њемачке може поистовјетити са нацистичком страховладом? Да ли закони које је источноњемачки режим створио, достижу ужас нацистичке „перверзије права“? На први поглед веома привлачна, Радбрухова формула је у наведеним случајевима показала сву тежину и контроверзност проблема који је прате (а на које је, упорно, упозоравао и сам Радбрух).

Везујући своју формулу за уску сферу цивилизацијског ексцеса, историјског кошмара који се у форми којој је он свједочио можда више неће поновити, Радбрух је показао да је свјестан ризика који став „неправедан закон није закон“ носи са собом. Ако се његова формула може посматрати као чин савјести, „израз високе правне свести и одговорности за право“²⁸, као потреба аутора да не остане нијем пред ужасом који га је годинама окруживао, иста та одговорност спречавала га је да крене лакшим путем, да потезом пера избрише правни карактер свим неправедним законима, да правну сигурност којој је током ране фазе био толико привржен одбаци и уточиште пронађе у једном виду правног анархизма, који ће, додуше, осигурати кажњавање злочинаца, али и отворити пут самовољи и злоупотребама. Ако својом формулом и није пружио савршен одговор, Радбрух га је ситуирао у подручје у коме он мора бити тра-

²⁷ Г. Радбрух, „Законско ...“, стр. 229.

²⁸ Д.Н. Баста, „Петнаест минута о природи Радбрухове формуле“, *Архив за правне и друштвене науке*, Београд, бр. 1-3, 1996, стр. 9.

жен, у сферу између класичних (и радикалних) позитивноправних и природноправних концепција, чије слабости је својим дјелима настојао разоткрити и превазићи.

Igor Milinković, PhD

Assistant Professor of Theory of State and Law and Legal Ethics

Faculty of Law, University of Banjaluka

THE REFLEXION OF RADBRUCH'S JURISPRUDENCE IN THE POST-WAR PRAXIS OF GERMAN FEDERAL COURTS

Summary

Gustav Radbruch is one of the most prominent legal philosophers and legal theorists of the twentieth century, not just in the German-speaking world. Radbruch's legal philosophy aroused wide interest among legal thinkers, especially his famous formula which states that extremely unjust positive rules cannot be considered law. Radbruch's new (and cautious) reading of classical jusnaturalism is still very influential, particularly in countries faced with overcoming of totalitarian or authoritarian past. In this article, the lasting value of Radbruch's legal thought will be emphasized, as well as controversies regarding his formula application. The relevant judgments of the German federal courts will be examined and connection with Radbruch's jurisprudence will be emphasized. Finally, the opinion of the European Court of Human Rights will be briefly mentioned, regarding the verdicts against former East German officials and border guards, who were convicted for the killings of fugitives on the East-West German border.

Keywords: *Radbruch's Formula, justice, legal certainty, German federal courts, transitional justice.*

ПРОТИВРЈЕЧНОСТИ НЕПОСРЕДНЕ ДЕМОКРАТИЈЕ У БОСНИ И ХЕРЦЕГОВИНИ

Доц. др Горан Марковић*

Апстракт: Аутор сматра да у уставима Босне и Херцеговине и Федерације Босне и Херцеговине постоји правни основ за регулисање установа непосредне демократије, упркос томе што се у њиховом нормативном дијелу не могу наћи норме о непосредној демократији. Правни основ се налази у Анексу I Устава Босне и Херцеговине, односно Анексу Устава Федерације Босне и Херцеговине. Устав Републике Српске предвиђа могућност расписивања претходног и савјетодавног референдума, а нормира и установу народне (грађанске) иницијативе. Аутор се у раду бави предностима и недостацима Закона о референдуму и грађанској иницијативи и предлаже његова побољшања.

У другом дијелу рада, аутор се бави предностима и недостацима непосредне демократије у Босни и Херцеговини, сматрајући да би њено прецизно нормирање и остваривање допринијели већој интеграцији друштва, развоју демократске партиципативне политичке културе, већој одговорности политичких елита и дјелотворнијем учешћу народа у вршењу власти.

Кључне ријечи: Непосредна демократија; Референдум; Народна иницијатива; Босна и Херцеговина; Република Српска; Федерација Босне и Херцеговине.

1. УВОД

Босна и Херцеговина и њени ентитети немају у свему идентичне моделе демократског политичког режима. Устави Босне и Херцеговине и Федерације Босне и Херцеговине нормирају модел чисте представничке демократије, док Устав Републике Српске, уз доминацију модела представничке демократије, предвиђа и установе непосредне демократије.

Уставноправна рјешења и политичка пракса постављају низ питања: 1) да ли устави Босне и Херцеговине и Федерације Босне и Херцеговине искључују могућност законског нормирања непосредне демократије, како на први поглед

* Доц. др Горан Марковић, Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву

изгледа; 2) да ли политички режим консочијативне демократије утиче на конкретне облике непосредне демократије, уколико они имају уставноправни основ; 3) који су недостаци и предности позитивноправних рјешења у Републици Српској; 4) који циљеви треба да буду остварени евентуалним нормирањем установе непосредне демократије; 5) које опасности би се појавиле њиховим нормирањем.

2. УСТАВНОПРАВНИ ОСНОВ НЕПОСРЕДНЕ ДЕМОКРАТИЈЕ

2.1. Дилеме у уставима Босне и Херцеговине и Федерације Босне и Херцеговине

На први поглед, изгледа да устави Босне и Херцеговине и Федерације Босне и Херцеговине, за разлику од Устава Републике Српске, не садрже правни основ за остваривање непосредне демократије.¹ Устави Босне и Херцеговине и Федерације Босне и Херцеговине у нормативном дијелу не садрже одредбе по којима грађани непосредно врше власт,² нити изричито нормирају поједине установе непосредне демократије. Из те чињенице се често изводи закључак како су уставотворци жељели установити режим чисте представничке демократије. Овај закључак се оснажује чињеницом да Устав Републике Српске изричито нормира двије установе непосредне демократије: референдум и народну иницијативу.

¹ О овом питању постоје различита мишљења. За став да облици непосредног изјашњавања грађана нису предвиђени Уставом Босне и Херцеговине, односно да их овај устав не познаје, вид. Манфред Даустер, „Народ одлучује – директна демократија у Њемачкој“, *Свеске за јавно право* 6/2011, Фондација Центар за јавно право, Сарајево 2011, 78; Снежана Савић, „Референдум у Републици Српској“, *Правна ријеч* 22/2010, Удружење правника Републике Српске, Бања Лука 2010, 19; Аида Хунчек-Пита, „Референдум у Босни и Херцеговини“, *Свеске за јавно право* 6/2011, Фондација Центар за јавно право, Сарајево 2011, 42. Постоји и мишљење да надлежни орган може донијети одлуку о расписивању референдума, иако о њему нема експлицитних одредаба у уставу и закону, чиме се признаје постојање правног основа непосредне демократије. – Златан Бегић, „Референдум и његова (зло)употреба: правни аспект“, *Свеске за јавно право* 6/2011, Фондација Центар за јавно право, Сарајево 2011, 47. По другом мишљењу, које се заступа и у овом раду, Устав Босне и Херцеговине садржи правни основ за регулисање облика непосредне демократије. – Нурко Побрић, *Уставно право*, Слово, Мостар 2000, 180.

² Устави држава у окружењу садрже такве нормe: „Сувереност потиче од грађана који је врше референдумом, народном иницијативом и преко својих слободно изабраних представника.“ (чл. 2. ст. 1 Устава Србије); „Народ остварује власт избором својих представника и непосредним одлучивањем.“ (чл. 1. ст. 3 Устава Хрватске); „Грађанке и грађани врше власт непосредно и на изборима, на основу начела подјеле власти на законодавну, извршну и судску.“ (чл. 3. ст. 2 Устава Словеније); „Грађанин власт остварује непосредно и преко слободно изабраних представника.“ (чл. 2. ст. 2 Устава Црне Горе); „Грађани Републике Македоније врше власт преко демократски изабраних представника, референдума и других облика непосредног одлучивања.“ (чл. 2. ст. 2 Устава Македоније).

Поставља се питање да ли би на нивоу Босне и Херцеговине или Федерације Босне и Херцеговине могао бити донесен закон о референдуму и народној иницијативи, какав је донијела Народна скупштина Републике Српске, а да се притом не врши ревизија ових устава. Нормативни дио ових устава не даје основа за позитиван одговор,³ јер предвиђају да законодавну власт врши Парламентарна скупштина Босне и Херцеговине односно Парламент Федерације Босне и Херцеговине. Принцип слободних и демократских избора, који је проглашен у оба устава, имплицира да грађани врше суверену власт посредством слободно изабраних представника.

Међутим, ако се анализира цјелина ових устава, долазимо до супротног закључка: постоји уставноправни основ за нормирање установа непосредне демократије. Тај основ се може пронаћи у Анексу I Устава Босне и Херцеговине односно Анексу Устава Федерације Босне и Херцеговине. Овај закључак није општеприхваћен, пошто није неспорно какви су правна природа и правна снага ових анекса. По једном мишљењу, међународноправни инструменти заштите људских права наведени у поменутих анексима не могу се примјењивати непосредно, већ тек након што буду ратификовани и садржани у законским нормама. Стога, они немају уставну снагу. По другом мишљењу, које овдје обрађујемо, ови инструменти имају уставну снагу, јер представљају дио Устава Босне и Херцеговине односно Устава Федерације Босне и Херцеговине. Стога, законодавац би могао донијети одговарајуће законе позивајући се непосредно на ове инструменте. Њему зато не би био потребан неки други, посебан уставни основ садржан у нормативном дијелу поменутих устава.

Конкретно, кад говоримо о праву грађана да непосредно одлучују, узећемо у обзир Међународни пакт о грађанским и политичким правима, који је један од међународноправних инструмената заштите људских права, садржан у анексима устава Босне и Херцеговине и Федерације. Овај пакт у члану 25 гарантује право сваком грађанину да учествује у управљању јавним пословима непосредно или посредно. Непосредно учешће у управљању јавним пословима остварује се установама непосредне демократије.

Анекс I Устава Босне и Херцеговине садржи списак петнаест инструмената заштите људских права. Сматрамо да је исправан став да су ови инструменти саставни дио Устава Босне и Херцеговине, што значи да су људска права садржана у њима уставног карактера и да се ови инструменти могу непосредно примјењивати. Прије свега, анекс је саставни дио Устава, његов додаток или допуна. Из овог његовог основног обиљежја произлази да је његова садржина уставног карактера. На ово упућује и циљ доношења овог анекса. Уставотворац је њиме желио да обезбиједи највиши ниво међународно признатих људских права. Да би то постигао, морао је да међународноправне инструменте заштите

³ Овај став истичемо уз једну резерву: Устав Федерације у члану II 2 предвиђа да Федерација обезбјеђује највиши ниво међународно признатих људских права утврђених у актима наведеним у његовом анексу, у коме се спомиње и Међународни пакт о грађанским и политичким правима, који предвиђа и право грађана да непосредно одлучују о одређеним питањима.

људских права учини дијелом Устава и тако им да уставну снагу. У супротном, они би обавезивали тек након што их држава ратификује, што је увијек неизвјесно. На концу, Устав у члану II 1 прописује да ће Босна и Херцеговина и ентитети бити дужни да обезбиједи највиши ниво међународно признатих људских права. Да би то било извјесније, инструменти из Анекса I треба да се примјењују непосредно.

Устав Федерације Босне и Херцеговине садржи анекс у коме је набројан двадесет један инструмент о заштити људских права, за које је речено да имају снагу уставних норми. Међу њима се налази и Међународни пакт о грађанским и политичким правима. Из овога слиједи да норма садржана у Пакту која предвиђа да грађани могу непосредно учествовати у одлучивању има карактер уставног права, које допушта могућност нормирања непосредне демократије.

2.2. Непосредна демократија у Уставу Републике Српске

Најјаснији уставни основ садржи Устав Републике Српске. У његовим члановима 70, 76 и 77 нормирају се установе народне иницијативе и референдума. У члану 70, став 1, тачка 5, као једна од надлежности Народне скупштине Републике Српске наводи се расписивање референдума. Члан 77 предвиђа да Народна скупштина може донијети одлуку из своје надлежности након претходног изјашњавања грађана на референдуму. Народна скупштина неће бити дужна да се придржава мишљења грађана. Она може одлучити да донесе и супротну одлуку, као и да само усвоји одговарајући акт у складу са мишљењем грађана израженим на референдуму.

Члан 76 предвиђа да ће право предлагања закона, других прописа и општих аката из надлежности Народне скупштине имати, између осталих, и најмање 3.000 бирача. Устав не одређује детаљније у ком облику ће народна иницијатива бити подношена (чак и не употребљава термин „народна иницијатива“), што је оправдано, јер ова материја треба да буде детаљније уређена законом.

3. ЗАКОНСКА РЕГУЛАТИВА У РЕПУБЛИЦИ СРПСКОЈ

3.1. Референдум као установа непосредне демократије

Народна скупштина Републике Српске је донијела први Закон о референдуму 1993. године,⁴ а Закон о референдуму и грађанској иницијативи 2010. године.⁵ Важећи закон преузима уставну норму о претходном референдуму,⁶ који

⁴ *Сл. гласник Републике Српске* бр. 4/93.

⁵ *Сл. гласник Републике Српске* бр. 42/10.

⁶ У литератури се јавља и мишљење да референдум може бити и претходни и накнадни. – Снежана Савић, 23.

се расписује прије него што Народна скупштина донесе одлуку о одређеном питању. Закон у члану 36 предвиђа да ће надлежни орган донијети одговарајући акт у року од шест мјесеци од дана одржавања референдума ако су се грађани претходно изјаснили о одређеном питању.

Ова норма није добро формулисана, јер не упућује довољно јасно на карактер референдума.⁷ Да ли она значи да је референдум обавезујући? Не чини се да то значи. Прије свега, Закон говори о томе да су се грађани „претходно изјаснили о одређеном питању“. Они се о неком питању могу изјаснити потврдно или одречно. Пошто Закон није прецизирао да ће надлежни орган донијети акт само онда кад су се грађани изјаснили потврдно или одречно о неком питању, закључујемо да га Народна скупштина може донијети без обзира на исход референдумског изјашњавања. Ако је, на примјер, на референдум изнесен приједлог закона, који грађани не прихвате, не би било могуће да се Народна скупштина о њему накнадно изјашњава кад би референдум био обавезујући. Исти случај би био уколико би грађани на обавезујућем референдуму прихватили приједлог закона, јер не би било потребе да се Народна скупштина о њему накнадно изјашњава. Ако се ради о некој одлуци (а не правном акту) о коме се грађани изјашњавају, опет под претпоставком да је референдум обавезујући, одбацивање приједлога одлуке од стране грађана не би дозвољавало Народној скупштини да доноси било какав акт, јер грађани нису прихватили одлуку којом се нешто мијења. Ако би грађани прихватили приједлог одлуке, о којој би потом требало донијети акт, Народна скупштина би морала поштовати ту одлуку уколико би референдум био обавезујући.

У члану 10, став 2, Закон прописује да приједлог за расписивање републичког референдума могу поднијети предсједник Републике, Влада, најмање 30 народних посланика или најмање 10.000 бирача. Побољшање у односу на раније важећи закон огледа се у томе што право да предложи расписивање референдума имају и грађани. Начелно, боље је уколико услови под којима грађани могу користити ово право нису строги. У конкретном случају, потписи најмање 10.000 бирача не представљају строг услов, јер се ради о отприлике 1 % бирача. Већи број сигурно не би представљао добро рјешење, јер треба имати на уму да бирачи немају на располагању инфраструктуру, медијску подршку и финансијска средства приликом вођења кампање за прикупљање потписа, па би већи број потписа био тешко достижан.

С друге стране, престрог је услов да се најмање 30 посланика мора саслушати са приједлогом за расписивање референдума да би иницијатива била покренута. Треба имати на уму да се тражи исти број посланика за подношење приједлога за промјену Устава, као најважнијег и највишег правног акта у Републици. Пошто се референдум може организовати поводом различитих питања

⁷ Нејасна норма води различитим тумачењима. Док по једном мишљењу референдум није обавезујући (Снежана Савић, 23), по другом, он то јесте (Златан Бегић, 46).

и аката, који имају различиту садржину, правну снагу и значај, није оправдано да иницијативу мора подржати број посланика који се тражи за покретање ре-визионог поступка. То поготово није оправдано ако се зна да је опозиционим посланицима знатно теже да обезбиједи подршку најмање 30 народних посланика, тако да су владајуће и опозиционе странке фактички неравноправне приликом кориштења ове установе непосредне демократије.

Док је логично да Народна скупштина одлучује о томе да ли ће расписати референдум на приједлог најмање 30 народних посланика, сматрамо да није оправдано да она о томе одлучује када приједлог поднесе најмање 10.000 бирача. Будући да је Народна скупштина састављена по принципу партијске припадности, највјероватнији исход у случају да грађани предложе расписивање референдума јесте да би се посланици о том приједлогу изјашњавали према ставу својих партијских централа. Ако је Законом прописан број бирача подржао приједлог за расписивање референдума, он је легитиман јер има довољно присталица, па би Народна скупштина у том случају морала а не могла (како је сада ријешено) да распише референдум.

Овакво рјешење садржи Устав Хрватске, који у члану 86, став 3 предвиђа да ће Хрватски сабор расписати референдум ако то затражи десет посто бирача. Слично предвиђа Устав Србије у члану 108, став 1, с тим што расписивање референдума предлаже најмање 100.000 бирача. Истина, број односно проценат бирача који могу захтијевати расписивање референдума већи је у Србији или Хрватској него у Републици Српској. Да ли ће приједлог бирача за расписивање референдума обавезивати парламент, може зависити и од броја бирача који га поднесе. Такво рјешење предвиђа Закон о референдуму и народној иницијативи Словеније.⁸ У члану 11, Закона прописано је да Државни збор може расписати законодавни референдум према властитој одлуци на приједлог најмање десет посланика, посланичке групе, предлагача закона или Владе. У члану 12, међутим, Закон је прописао да ће Државни збор расписати референдум ако то захтијева најмање трећина посланика, Државни савјет или најмање 40.000 бирача.

Исправно је опредјељење законодавца да пропише да је референдумско питање добило подршку ако је за њега гласала већина од броја изашлих бирача, али је спорна норма према којој је референдум пуноважан ако је на њему гласала већина бирача који су уписани у бирачки списак.⁹ Ту већину није лако обезбиједити, поготово ако расписивање референдума предлажу бирачи или други политички субјект који нема могућност да у већој мјери обликује

⁸ Закон о referendumu in o ljudski iniciativi (uradno prečišćeno besedilo), *Uradni list RS* št. 26/2007.

⁹ Исто рјешење садрже Закон о референдуму и другим облицима особног судјеловања у обављању државне власти и локалне и подручне (регионалне) самоуправе Хрватске, *Народне новине* бр. 33/96, 92/01, 44/06, 58/06, 69/07, 38/09, и Закон о референдуму и народној иницијативи Србије, *Сл. гласник Републике Србије* бр. 48/94, 11/98.

јавно мњење. Закон полази од гарантовања једнаких права, али их признаје неједнаким субјектима, који се налазе у различитим друштвеним улогама и положајима. Тако, на примјер, ако расписивање референдума предложи Влада или парламентарна већина, имаће већу шансу да обезбиде учешће на референдуму већине бирача, јер имају знатно већа политичка, организациона, финансијска и медијска средства на располагању. Осим тога, нема оправдања за важећу законску норму ако се она упореди са изборним законодавством. Да би избори били пуноважни, не захтијева се учешће већине бирача, иако изјашњавање бирача на изборима може бити, и по правилу јесте, важније од изјашњавања бирача на референдуму. Закон фактички фаворизује противнике референдума, који чак не морају да ураде ништа осим да убиједи довољан број грађана да се не изјашњавају о референдумском питању. Како у друштву увијек има оних који нису заинтересовани за питања од општег значаја, противници референдума у самом почетку имају „предност“ у односу на оне који захтијевају његово одржавање.

Закон не предвиђа да се одлука коју надлежни орган донесе након претходног изјашњавања грађана на референдуму може промијенити само по истом поступку. Тако се може догодити да Народна скупштина, на примјер, донесе неку одлуку након што је претходно сазнала мишљење грађана о њој, а потом ту одлуку измијени а да није упозната са мишљењем грађана. Ово је битан недостатак савјетодавног референдума.

Другачије би било уколико би референдум био обавезујући. У том случају, законом би требало прописати да се одлуке донесене на референдуму могу мијењати само по истом поступку.¹⁰ Друго рјешење, мање легитимно и демократско, али политички прихватљивије политичким елитама, било би да се акт не може промијенити у Народној скупштини у одређеном периоду након његовог ступања на снагу.¹¹ Треће рјешење, које се по демократском легитимитету приближава првом и које би такође било прихватљиво, јесте да акт донесен на референдуму може бити промијењен без поновног одржавања референдума ако га промијени сазив Народне скупштине који је изабран након одржавања референдума.¹²

¹⁰ „Ипак, и у теорији преовлађује гледиште да такав акт (усвојен на референдуму – Г.М.) може бити измењен или укинут само непосредном одлуком грађана, како је и донешен, а не од стране представничког тела.“ – Ратко Марковић, *Уставно право и политичке институције*, Службени гласник, Београд 2001, 264.

¹¹ Овакво рјешење садржи хрватски закон, који у члану 8, став 2 предвиђа да надлежни орган не може у року од годину дана од дана одржавања референдума донијети правни акт или одлуку чија садржина је супротна референдумској одлуци.

¹² Овакво рјешење је садржао Устав Бремена донесен после Првог свјетског рата. – Миодраг Јовичић, *Референдум*, у *Изабрани списи Миодрага Јовичића*, Књига 1, Службени гласник и Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2006, 27.

3.2. Грађанска иницијатива у Републици Српској

Закон Републике Српске уређује и установу грађанске иницијативе. Поставља се питање да ли је предвиђен облик формулисана или просте (неформулисана) иницијативе или су допуштена оба. Закон у члану 43 предвиђа да приједлог за доношење или промјену акта или други приједлог надлежном органу треба да буде сачињен тако да се из њега виде правци промјена односно рјешења о којима надлежни орган треба да се изјасни. Могло би се закључити да иницијатива може бити и неформулисана, пошто се и описом предложених рјешења може јасно закључити о правцима промјена које треба да буду извршене. Међутим, у ставу 3 истог члана прописано је да приједлог мора бити сачињен у складу са пословником надлежног органа. То значи да, начелно, грађанска иницијатива може бити формулисана и неформулисана, али да ће њен конкретни облик зависити од онога што је прописано пословником надлежног органа.

Ако узмемо за примјер Пословник Народне скупштине Републике Српске,¹³ видјећемо да овај акт предвиђа облик формулисана иницијативе. У члану 190 је прописано ко има право предлагања закона, других прописа и општих аката, а у члану 191 коме припада право иницијативе за доношење закона или других аката из надлежности Народне скупштине. Међутим, члан 191 се не односи на грађанску иницијативу у смислу Устава и Закона, већ се на њу односи члан 190. Иницијатива из члана 191 не мора бити поднесена у форми нацрта закона или другог акта, већ може бити изречена општим изразима, односно описно. Другачије је са правом предлагања закона и других аката из члана 190 (гдје припада и грађанска иницијатива), које мора бити учињено у форми подношења нацрта закона или другог акта.

Кад је у питању право најмање 3.000 бирача да предлажу законе или друге акте, Пословником би могло бити предвиђено и другачије. Ако би била поднесена неформулисана иницијатива, Законодавни одбор Народне скупштине би предложио (*морао*, а не *могао* предложити) Народној скупштини на који начин да се изради нацрт закона или другог акта. Ово рјешење би било демократичније и више би одговарало природи установе народне иницијативе. Не треба заборавити да подносиоци иницијативе могу бити грађани који нису упознати са правилима израде правних аката или не познају довољно добро материју коју треба уредити законом или другим актом. Њима не треба онемогућити да користе право предлагања аката прописивањем строгих услова за његово остваривање. Народна скупштина, односно њена радна тијела и службе послужили би грађанима као „сервис“ који треба да им помогне у остваривању права на грађанску иницијативу. Било би пожељно да законом буде изричито

¹³ *Сл. гласник Републике Српске* бр. 31/11.

прописано да грађани могу остваривати право на предлагање закона и других аката у оба облика – формулисане и неформулисане иницијативе, како не би било недоумица и како не би било остављено надлежним органима да својим, подзаконским актима уређују ово питање.

Осим тога, законски рок од седам дана у коме грађани треба да прикупе потписе подршке за своју иницијативу је кратак и отежава остваривање овог права. Приликом одређивања дужине овог рока не треба заборавити да грађани немају на располагању довољно финансијских, медијских, организационих и политичких механизма и средстава како би јавност упознали са својом иницијативом и у кратком року обезбиједили подршку Уставом прописаног броја бирача.

4. ПРЕДНОСТИ НЕПОСРЕДНЕ ДЕМОКРАТИЈЕ

Могу се навести предности непосредне демократије уопште и предности које посебно важе у босанскохерцеговачком контексту. Прва предност непосредне демократије је да умањује основну слабост представничке демократије – одвојеност грађана од процеса одлучивања.¹⁴ У Босни и Херцеговини, увођење установа непосредне демократије, односно побољшање постојећих рјешења (у Републици Српској) створило би формалноправне претпоставке за дјелотворније учешће грађана у процесима одлучивања. Тиме би било оснажено начело народног суверенитета, које је на специфичан начин уграђено у уставе у Босни и Херцеговини.¹⁵

Политички режим консоцијативне демократије по својој природи тежи томе да у пуној мјери има представнички карактер. Друштво је подијељено, нације имају обиљежја и политичких субјеката, које представљају њихове политичке елите. Оне настоје да постигну консензус о основним питањима функционисања државе, тако да се намећу не само као кључни него и као једини представници нација као етничких колективитета и политичких субјеката.

Друга предност непосредне демократије је што доводи у питање монопол политичких елита у процесима одлучивања,¹⁶ и то, у конкретном случају,

¹⁴ У САД, на примјер, више од 70 % грађана подржава непосредну демократију на нивоу јединица локалне самоуправе и федералних јединица. – John G. Matsusaka, „Direct Democracy Works“, *Journal of Economic Perspectives* Vol. 19, No. 2, Spring 2005, 186. „Референдум помаже законодавном телу да увек стоји у тесној вези са народом а не само за време избора, и у извесном погледу, у бољем додиру, јер он даје гласачима могућност да изразе своја гледишта о озбиљним и важним питањима ван партијских утицаја који често расејавају људе и уносе забуну у јавно мишљење земље.“ – Џемс Брајс, *Савремене демократије*, Књига III, Издавачка књижарница Геце Кона, Београд 1933, 159.

¹⁵ Суверену власт у Босни и Херцеговини врше конститутивни народи и грађани, што значи да је народ као политичка категорија један од титулара суверенитета.

¹⁶ Један од важних разлога због којих се у САД још почетком XX вијека инсистирало на увођењу

тако што доводи у питање њихов монополски положај у представљању конститутивних народа. Увијек се може поставити питање легитимности политичких елита, имајући у виду висок проценат изборне апстиненције. Ако излазност на изборе једва прелази 50 %, а партијски систем је фрагментиран, то значи да ниједна партијска елита ни приближно не ужива подршку већине бирача. Чак и кад би се несумњиво могло тврдити да су политичке елите легитимне, не значи да увијек могу бити сматране легитимним представницима својих народа у сваком конкретном питању. Народу мора бити остављена могућност да о одређеним питањима одлучује без посредовања својих политичких представника, јер постоји могућност да се народ и политичке елите не слажу о одређеном питању, које може имати прворазредни значај.

Трећа предност непосредне демократије је у томе што доводи у питање вјештачку једнодимензионалност друштвених подјела. Сегментираност босанскохерцеговачког друштва и природа политичког режима наводе на закључак да једино постоје подјеле по етничким и ентитетским линијама. Кад би било тако, била би обесмишљена одредба Преамбуле Устава Босне и Херцеговине по којој суверену власт врше грађани, те Срби, Хрвати и Бошњаци (заједно са Осталима). Осим тога, појединац као апстрактан грађанин не би имао никакву функцију, јер би политички размишљао и опредјељивао се искључиво према доминантном (етничком) критерију друштвених подјела.

Међутим, очигледно је да интереси који повезују и дијеле грађане не проистичу само из њихове етничке припадности. Ако се појединци могу груписати и према неким другим припадностима и интересима (економским, социјалним, културним, идеолошким, политичким итд.), морају имати могућност да институционално артикулишу своје ставове и интересе. Они то, додуше, могу покушати кроз представничке органе, али су установе непосредне демократије користан механизам путем којег се то постиже. На примјер, кад би се грађани могли непосредно изјашњавати, путем референдума, о законима, они би могли поставити питање оправданости рјешења садржаних у Закону о порезу на додатну вриједност. Та питања немају везе са етничким подјелама у друштву, а регулисана су законом на државном нивоу, па би се о њима изјашњавали грађани Босне и Херцеговине. Како би се они изјашњавали о питањима економског и социјалног карактера, не би се опредјељивали према етничким мјерилима. Тиме би се показало да у друштву, осим етничких, постоје и друге, можда и значајније, подјеле, те да појединце, осим етничких, повезују и неки други интереси, на примјер економски, социјални или професионални. Референдум у овом случају доприноси интеграцији друштва.

установа непосредне демократије била је доминација крупног капитала, интересних група и партијских вођа процесима одлучивања. – Robert D. Cooter, Michael D. Gilbert, „A Theory of Direct Democracy and the Single Subject Rule“, *Columbia Law Review* Vol. 110, No. 3, April 2010, 694.

Четврта предност непосредне демократије је што би могла довести до веће одговорности политичких елита. Иако су, теоријски посматрано, грађани носилац суверенитета (у Босни и Херцеговини, грађани и конститутивни народи), политичка елита се фактички понаша као његов носилац, пошто је концентрисала политичку моћ. Могућност учешћа грађана у одлучивању путем установа непосредне демократије, политичка елита схвата као изазов свом монополском положају, због чега се увијек начелно противи нормирању ових установа. Ако већ мора да их прихвати, мора реаговати на сваки директно-демократски изазов грађана. Уколико би грађани путем народне иницијативе предложили доношење закона или другог акта, политичке елите би биле изазване да током законодавног поступка изнесу своје мишљење, експлицитно (износећи аргументе за и против) и/или имплицитно (гласајући за или против приједлога). У сваком случају, јавно мњење би сазнало мишљење политичких елита о неком питању много поузданије него што га сазнаје током „убичајеног“ функционисања представничке демократије. Уколико би био расписан референдум о неком питању, политичка елита би морала да се о њему изјасни, барем зато да упозори грађане како да гласају. Већ тиме, она улази у дијалог о предложеним рјешењима, чак и онда кад је од почетка било јасно да ће референдум бити окончан како она жели.

Пета предност непосредне демократије је у томе што доприноси развоју демократске партиципативне политичке културе. Будући да непосредна демократија подразумијева активно учешће грађана у процесима одлучивања и да против себе има концентрисану моћ политичке елите, њен успјех зависи од спремности и способности грађана да је ефикасно користе. Да би грађани могли да ефикасно користе установе непосредне демократије, морају имати свијест о њеном значају и својој моралној обавези да непосредно учествују у одлучивању. С друге стране, пошто су политичке елите заинтересоване за исход референдума или народне иницијативе, па учествују у кампањи, грађани им могу парирати само ако имају своје организације, које могу утицати на исход грађанског изјашњавања. Постојање и дјеловање таквих организација развија демократску партиципативну политичку културу, јер се код грађана ствара свијест о потреби и могућности непосредног учешћа у процесима одлучивања, чији исход се више не препушта искључиво вољи и вјештини политичких елита. Осим тога, током референдумске кампање, грађани се силом прилика упознају са новим друштвеним темама, које се тичу референдума, а које до тад нису познавали уопште или довољно, пошто их кампања неминовно чини активнијим грађанима, који ће да се опредјељују на темељу нових сазнања.¹⁷

¹⁷ Питање компетентности грађана да непосредно одлучују није ништа теже од питања компетентности парламентарца, тако да незнање грађана није аргумент против непосредне демократије: „(...) ако је материја толико стручна, сигурно је да ни законодавно тело није много више него бирачи у стању да о њој суди са довољно стручности (...)“ – Миодраг Јовичић, 38; Слично у John G. Matsusaka, 198.

Према једном мишљењу, грађани се не понашају идентично кад гласају на изборима и на референдуму.¹⁸ Иако је тешко процијенити у којој мјери је ово тачно, може се претпоставити да се грађани неће увијек руководити својим партијским преференцама приликом изјашњавања на референдуму. Они ће се руководити конкретним референдумским питањем, његовим садржајем, значајем и посљедицама референдумског изјашњавања. Овога су свјесне и политичке елите, које настоје да референдумском кампањом утичу на проценат излазности грађана на референдум и њихово опредјељивање.¹⁹ Швајцарско искуство је показало да се одлуке донесене на референдуму „релативно често“ разликују од оних које су усвојене у парламенту.²⁰ Има, међутим, мишљења да је улога политичких елита ипак кључна, а да њихова подијељеност доводи до тога да је коначну одлуку тешко предвидјети.²¹

5. ПРОБЛЕМИ ОСТВАРИВАЊА НЕПОСРЕДНЕ ДЕМОКРАТИЈЕ

Овдје ћемо анализирати проблеме остваривања непосредне демократије у босанскохерцеговачком контексту. Они не морају и/или неће нужно постојати у неком другом друштвеном контексту. Први проблем је могућност да непосредна демократија буде средство манипулисања вољом и осјећањима грађана. Тај проблем је утолико уочљивији уколико су грађани мање образовани и информисани, па је лакше вршити утицај на њихову свијест.²² У Босни и Херцеговини постоји додатни проблем, а то је национална хомогенизација, која утиче на грађане да се често, а ригорно, опредјељују према националној припадности и да прихватају ставове својих националних политичких елита.

Не можемо, међутим, рећи у коликој мјери би овај проблем ометао остваривање непосредне демократије. Можемо само формулисати хипотезу на основу досадашњег политичког развоја: уколико би се грађани непосредно изјашњавали о питањима која би се тичала националне равноправности, вјероватније је да би гласали као припадници народа а не као грађани. Уколико би гласали о економским и социјалним питањима или политичким питањима која не утичу непосредно на међунационалне односе, могли би националну припадност ставити у други план.

¹⁸ Миодраг Јовичић, 30, фн. 101.

¹⁹ Linda Maduz, „Direct Democracy“, *Living Reviews in Democracy* 2010, 7.

²⁰ „Разлика између одлучивања бирача на обичним изборима и на референдуму састоји се у томе што (бирачи на изборима – Г.М.) залазе на неки начин у сфере апстрактног, док приликом референдума они политику стављају на план реалности, решавајући конкретна питања.“ – Миодраг Јовичић, 30.

²¹ Hanspeter Kriesi, *Direct democratic choice: the Swiss experiment*, Lexington Books, Oxford 2005, 45.

²² Слободан Јовановић, *О држави* (1922), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2011, 412-413.

Овдје долазимо до другог проблема: кориштење установа непосредне демократије може довести до умањивања значаја механизма заштите виталних националних интереса и до прегласавања по националној основи. Непосредна демократија, поготово референдум, може довести до умањивања значаја посебних механизма квалификованог одлучивања у Парламентарној скупштини, који су предвиђени ради успостављања међунационалне равнотеже.

Овај проблем не тиче се толико установе народне иницијативе, будући да Парламентарна скупштина, на примјер, не би имала обавезу да усвоји приједлог, већ само да га размотри у одговарајућем поступку. Другачије је са референдумом. Уколико би се грађани непосредно изјашњавали о одређеном питању, одлука би могла бити донесена тако што би за њу гласала већина грађана из два народа, док би грађани из реда трећег народа били против. Ово би могао бити разлог против увођења референдума на државном нивоу, а исти аргумент би се могао искористити и у Федерацији Босне и Херцеговине.

Не чини нам се да је овај аргумент ваљан. Прво, постоје питања о којима се грађани изјашњавају као појединци или водећи рачуна о својим групним интересима који немају етнички карактер (класни, професионални итд.). Ту, у првом реду, мислимо на питања економског и социјалног карактера. Нема разлога да се уставом и законом грађанима не омогући непосредно изјашњавање о таквим питањима. На то опредјељују три разлога. Прво, грађани на тај начин лакше непосредно представљају своје разноврсне интересе и залажу се за њихово остваривање, непосредно остварујући начело народног суверенитета. Друго, на овај начин се смањују тензије у друштву и повећава се степен његове интеграције, јер грађани постају свјесни да, осим националних различитости, постоје и неки њихови заједнички интереси. Треће, повећава се степен одговорности политичких елита, које морају да реагују у референдумској кампањи, да заузму став и бране га.

Проблем објективно представљају питања од виталног националног интереса. Постоје два рјешења овог проблема. Једно рјешење је да се грађани не могу изјашњавати о овим питањима на референдуму, при чему би та питања била таксативно наведена у уставу или закону. Друга могућност је да Парламентарна скупштина може расписати референдум о овим питањима ако се с тим сагласе оба дома на одвојеним сједницама (или само Дом народа, уз подршку већине присутних делегата сва три народа), при чему би и у овом случају ова питања била прецизирана. О свим другим питањима, референдум би био расписан ако би то тражио одређен број грађана, док би само о овим питањима Парламентарна скупштина морала донијети одлуку. Процес одлучивања у Парламентарној скупштини је тако уређен да су предвиђени механизми заштите виталног националног интереса, па одлука о расписивању референдума, уколико се ради о питањима од виталног националног интереса, не би била донесена прегласавањем по националној припадности. Ово друго рјешење је боље, јер омогућава грађанима непосредно изјашњавање, а истовремено шти-

ти од злоупотребе установе референдума, до које би могло доћи уколико би се грађани на референдуму првенствено изјашњавали као припадници конститутивних народа.

Сљедећи проблем остваривања непосредне демократије у Босни и Херцеговини повезан је са крхком демократском политичком културом, која је снажно прожета колективистичким духом националне хомогенизације и елементима ауторитарности. То отежава примјену установа непосредне демократије, што се најбоље види на примјеру Републике Српске, у којој се грађани, од окончања рата до данас, нису на референдуму изјашњавали о питањима из надлежности Народне скупштине. Непосредна демократија је, дакле, остала само уставна могућност. Неразвијеност демократске политичке културе ствара опасност да се грађани на референдуму поводе за ставовима и интересима политичких елита, што би ову установу свело на средство манипулисања политичких елита.

6. ЗАКЉУЧАК

Било би боље уколико би устави Босне и Херцеговине и Федерације Босне и Херцеговине у свом нормативном дијелу садржали одредбе о установама непосредне демократије, барем о референдуму и народној иницијативи. Тиме би непосредна демократија била боље заштићена од самовоље политичких елита. Међутим, постојећи уставноправни оквир допушта могућност и да буду донесени закони о појединим установама непосредне демократије без измјена у садржини нормативног дијела поменутих устава.

Правно регулисање установа непосредне демократије треба да буде одређено тако да не спутава грађане у њиховом кориштењу. То значи да су гаранције непосредне демократије веће уколико је референдум обавезујући и, барем у неким случајевима, који су уставом прописани, обавезни. Народна иницијатива, по изричитој законској норми, треба да буде како формулисана тако и неформулисана, како би и грађани који немају потребна знања и вјештине могли да предлажу доношење аката и других одлука. У оба случају, законодавно тијело би било дужно да покрене поступак у коме ће се изјаснити о тој иницијативи. Законом треба прописати да ће референдум бити расписан ако то захтијева одређен број грађана, а не само ако тако одлучи парламент. Заправо, могла би се правити разлика између двије врсте приједлога грађана за расписивање референдума: једне, која би самим подношењем водила расписивању референдума, и друге, која би за посљедицу имала расписивање референдума ако тако одлучи парламент. Разлика између ова два приједлога је у проценту бирача који би захтијевали расписивање референдума.

Иако друштвено-политички услови за коришћење установа непосредне демократије нису повољни, оне треба да буду нормиране, како би постојао

правни основ за квалитетније учешће грађана у процесу одлучивања. Уставна и законска рјешења треба да буду таква да охрабрују грађане и да им олакшавају коришћење ових установа.

Assistant Professor Goran Marković, PhD
Faculty of Law University of East Sarajevo

CONTRADICTIONS OF DIRECT DEMOCRACY IN BOSNIA AND HERZEGOVINA

Summary

The author believes that constitutions of Bosnia and Herzegovina and Federation of Bosnia and Herzegovina comprehend legal basis for regulation of institutions of direct democracy although there are no norms on direct democracy in their normative parts. Legal basis is comprehended in the Annex I of the Constitution of Bosnia and Herzegovina and the Annex of the Constitution of Federation of Bosnia and Herzegovina. Constitution of Republic of Srpska anticipates possibility of prior and advisory referendum as well as initiative. The author analyses advantages and disadvantages of the Law on Referendum and Citizens' Initiative and proposes its improvements.

In second part of the work, the author analyses advantages and disadvantages of direct democracy in Bosnia and Herzegovina and thinks that its precise enactment and realization would contribute to better integration of society, development of democratic participatory political culture, better responsibility of political elites and more efficient participation of citizens in decision making.

Key words: *Direct democracy; Referendum; People's initiative; Bosnia and Herzegovina; Republic of Srpska; Federation of Bosnia and Herzegovina.*

ДУХ ЗАКОНА ИЛИ: ШТА ЈЕ МОНТЕСКЈЕ СТВАРНО РЕКАО О ФУНКЦИЈАМА ДРЖАВНЕ ВЛАСТИ?

Др Александар Мартиновић*

Апстракт: Подела власти је један од основних принципа на којима почивају демократске државе. Такође, сматра се да је један од основних постулата владавине права управо подела власти. Идеја о подели власти обично се везује за славног француског политичког филозофа Шарла Монтескјеа и његово чувено дело Дух закона (од 1748. године), иако пажљивом читаоцу овог дела свакако не може да промакне то да сам Монтескје ни на једном месту није употребио синтагму “подела власти”. Аутор је покушао да оповргне устаљену тезу да је Монтескје творац теорије о подели власти, те да се његове правне и политичке идеје могу тумачити тако да држава врши само три функције власти: законодавну, извршну (управну) и судску функцију.

Кључне речи: подела власти, функције државне власти, извршна функција, управна функција.

Ако се и за једну правну и политичку идеју може рећи да је изазвала револуцију, најпре у духовима, а потом у правним системима и друштвеној пракси, онда је то свакако идеја о подели власти. У члану 16. чувене француске Декларације права човека и грађанина од 1789. године децидно се тврди да “нема устав она држава у којој нису загарантована права грађана и у којој није извршена подела власти”. Од тада па до данас, уставни текстови свих држава које себе сматрају демократским, било *tacite* било *expressis verbis*, поделу власти, уз владавину права и загарантовану приватну својину, проглашавају основом слободног и отвореног друштва и круцијалним доказом да су један народ и његова држава ушли у круг цивилизованих нација. Након крупних идеолошких и политичких промена које су се догодиле на просторима бивше СФРЈ 1990. године, принцип поделе власти, после полувековног монистичког *intermezz*-а, постао је поново један од угаоних каменова српског уставног и политичког система. Иако као такав није био изричито формулисан, неупитна је чињеница да је на принципу поделе власти почивао Први демократски српски

* Доцент Правног факултета у Новом Саду

устав донет после Другог светског рата - Устав Републике Србије од 1990. године, да би две године касније Устав СР Југославије од 1992. године у члану 12. изреком прописао да је власт у СРЈ организована “на начелу поделе на законодавну, извршну и судску.” Готово истоветну одредбу садржи и актуелни Устав Републике Србије од 2006. године, који прописује да се уређење државне власти у Републици Србији заснива на подели власти на законодавну, извршну и судску (члан 4. став 2), а да се однос три гране власти заснива на равнотежи и међусобној контроли (члан 4. став 3).

У правно-техничком смислу, суштину начела поделе власти прегнантно је изразио Михаило Илић. По његовом мишљењу, начело поделе власти није ништа друго до “начело поделе рада примењено на организацију државе. Сваки посао захтева нарочите способности и нико не може бити способан за све послове. Кад је тако, онда је природно да и државне послове не ради један исти орган, него да за различите послове буду одређени различити органи.”¹ Готово истоветан став заступа и Слободан Јовановић. “Свака функција мора имати своје особене органе; не смеју се све сјединити у рукама истог човека или истог тела.”² Како у праву “нико не може бити ограничен својом вољом него туђом”, то се, сматра Слободан Јовановић, подела власти показује као сасвим солидан механизам да се обезбеди да воља законодавца буде правно јача од воље других државних органа.³ То што у савременој држави “првенство припада законодавној власти”, Михаило Илић оцењује као “сасвим природно”, будући да се ради о власти “која најнепосредније извире из народа” и која “прописује правила којих се обе друге власти имају држати при своме раду.”⁴ Када је реч о подели власти, ваља истаћи два главна аксиома, на која врло јасно указују М. Илић и С. Јовановић. Први аксиом састоји се у томе да поделити власт “не значи, разуме се, прекинути међу њима сваку везу. Напротив, односи међу разним властима су неопходни. Отуда оне не могу ни бити потпуно независне једна од других, иначе би и само државно јединство дошло у питање.”⁵ С друге, пак, стране, подела власти не значи њену деобу. Државна власт мора бити јединствена и недељива, у противном држава као друштвени феномен не би уопште могла да постоји. Не дели се, дакле, власт као таква, деле се њене различите функције⁶, при чему под појмом *државне функције* треба подразумевати све послове државне власти “за које вреде иста начела.”⁷

Учење о подели власти се врло често везује за име славног француског политичког филозофа из XVIII века Шарла Монтескјеа. Слободан Јовановић

¹ М. Илић: “Начело поделе власти и нова државна уређења”, Политички и правни чланци, Београд, 1938, стр. 44-45.

² С. Јовановић: Држава, Београд, 1990, стр. 249.

³ С. Јовановић: Држава, стр. 250.

⁴ М. Илић: “Начело поделе власти и нова државна уређења”, стр. 45.

⁵ М. Илић: “Начело поделе власти и нова државна уређења”, стр. 45.

⁶ С. Јовановић: Држава, стр. 251.

⁷ Р. Марковић: Извршна власт, Београд, 1980, стр. 10.

чак је изричит у тврдњи да је Монтескје аутор теорије о подели власти.⁸ Неки други правни писци нешто су уздржанији у погледу права на ауторство ове теорије и Монтескјеа не означавају као творца теорије о подели власти, већ као њеног “најпознатијег заступника”.⁹

Чини нам се да постоји обиље историјских доказа који обарају тезу о Монтескјеу као оцу теорије о подели власти. Како с правом истиче Коста Чавошки, идеја о тзв. мешовитој влади и унутрашњој равнотежи државне власти која треба да спречи задирање државе у сферу индивидуалне и друштвене слободе била је заступљена “још у античкој политичкој мисли Платона, Аристотела и Полибија.”¹⁰ Следећи своје грчке узоре и Полибија, родоначелника римске политичке филозофије, идеју мешовите владе и уравнотежене власти као кључног услова друштвене стабилности заступа и Марко Тулије Цицерон, истичући да је најбоље уређена она држава која је у правој мери састављена од три основна, међусобно измешана, облика: монархије, аристократије и демократије.¹¹ Много векова касније, а знатно пре Монтескјеа, Марсилије Падовански, један од најпознатијих средњовековних политичких филозофа, разликовао је законодавство од извршења закона. Законодавну власт, каже он, треба да врши сам народ, непосредно или преко својих представника, док би извршење закона требало ставити у надлежност “неколицине најјачих”, односно онима “који располажу монополом физичког насиља”, на челу са изборним монархом.¹² Најзад, и Џон Лок је, више од пола века пре појаве Монтескјеових правно-политичких списа, у својим *Расправама о влади* формулисао доктрину по којој у држави постоје следеће власти: законодавна власт, која ствара “правила на основу којих се одлучује о природним правима човека”; извршна власт, која извршава законе и примењује санкције; као и тзв. федеративна власт, која је постојала и у природном стању, а задатак јој је да се стара о одржавању “интереса заједнице као целине и њених припадника према другим заједницама и припадницима тих заједница.”¹³

Такође, не можемо се отети утиску да сви они који Монтескјеа проглашавају родоначелником *теорије* о подели власти губе из вида чињеницу да он није био, попут античких филозофа, спекулативни мислилац који се заноси идејама о савршеном политичком уређењу, већ вредни сакупљач и обрађивач историјских, политичких и културних факата, који их читаоцима саопштава таквима какви они јесу, без било каквих примеса политичке метафизике. Наиме, глава шеста једанаесте књиге његовог *Духа закона* (од 1748. године) носи наслов: *О енглеском уређењу*. Монтескје, дакле, очигледно није имао намеру да

⁸ С. Јовановић: Држава, стр. 250.

⁹ Р. Лукић: Увод у право, Београд, 1972, стр. 189.

¹⁰ К. Чавошки: Увод у право I - основни појмови и државни облици, Београд, 1996, стр. 221.

¹¹ С. Орловић: Начело поделе власти у уставном развоју Србије, Београд, 2008, стр. 26.

¹² Радомир Д. Лукић: Историја политичких и правних теорија, I књига, Од антике до почетка XVII века, Београд, 1964, стр. 217-218.

¹³ Р. Марковић: Извршна власт, стр. 13.

ствара било какву апстрактну, кабинетску и беживотну теорију о подели власти, већ је своје учење и своје политичке идеје уобличио на основу карактеристика енглеског политичког система какав се у овој земљи формирао у периоду после тзв. Славне револуције од 1688. године. Идентичан став заступа и Слободан Орловић, који сматра да је Француз “своју теорију добрим делом изградио на парламентарном режиму Енглеске његовог времена, у којем је монарх имао утицај на парламент (право законодавне иницијативе, санкције и др.), и обрнуто, парламент на монарха и чланове владе (буџет, одговорност министара и др.).”¹⁴ Сасвим супротно, Радомир Лукић је истицао да се Монтеѕкјеова политичка теорија заснива на представи једног идеалног устава, који није нужно био идентичан са политичким системом Енглеске из прве половине XVIII века.¹⁵ Став истоветан Лукићевом заступа и Ратко Марковић.¹⁶

Монтеѕкјеове идеје из *Духа закона* доживеле су у потоњим временима судбину сличну учењима оснивача великих светских религија: током XIX и XX века и све до данашњих дана настало је на десетине и стотине интерпретација Монтеѕкјеовог дела, од којих су неке до те мере противречне и међусобно супротстављене да се основано може поставити питање да ли се сва та силна различита тумачења односе на исто правно и политичко штиво.¹⁷ И аутор овог рада нашао се у сличној позицији као и Хекатеј из Милета (VI век пре наше ере), један од претеча европске историографије, који је рекао да он историјске догађаје описује онако како му се чини да је истинито, а да су предаје Грка о истим стварима из прошлости међусобно толико противречне да му се чине смешнима, односно као британски историчар Sidney Hook, који је морао да призна да ће “Mommsen гледати на једно раздобље различито од Gibbona; Taine ће устукнути с ужасом од политичких догађаја које ће Michelet хвалити.”¹⁸ На овом месту није нам намера да се бавимо свим аспектима Монтеѕкјеовог учења нити да утврђујемо “шта је писац (заиста) хтео да каже” о теми као што је подела власти. Уместо тога, покушаћемо да проблематизујемо врло честу теоријску поставку да се Монтеѕкјеове идеје могу тумачити тако као да је овај политички мислилац сматрао да државна власт врши само три функције: законодавну, извршну (управну) и судску, те да између извршне и управне државне функције не постоје било какве суштинске разлике.¹⁹

¹⁴ С. Орловић: нав. дело, стр. 31.

¹⁵ „Монтеѕкјеова политичка теорија”, *Архив за правне и друштвене науке*, 1-2/1955, стр. 128.

¹⁶ Р. Марковић: Извршна власт, стр. 34.

¹⁷ Минуциозан приказ бројних домаћих и страних правно-теоријских размишљања о суштини Монтеѕкјеовог учења дао је Ратко Марковић у својој знаменитој монографији *Извршна власт*, стр. 28-32.

¹⁸ S. Hook: *The Hero in History*, London, 1965, стр. 56.

¹⁹ Тако, М. Илић, позивајући се на Монтеѕкјеов *Дух закона*, истиче да држава “или доноси законе, или извршује законе и управља разним јавним службама, или најзад расправља и суди спорове. Другим речима, она се јавља или као законодавна власт, или као управна власт, или као судска власт.” (“Начело поделе власти и нова државна уређења”, стр. 44).

Као доказ горе наведене поставке, обично се узима следећа реченица из *Духа закона*: “Све би било изгубљено кад би исти човек или исто тело владаоца, племића или народа вршило све три власти: власт доношења закона, власт извршења државних аката и власт суђења злочина или спорова међу појединцима.”²⁰ Но, у *Духу закона* постоји и следећа мисао: “У свакој држави”, каже Монтескје, “има три власти: законодавна власт, извршна власт у стварима које спадају у међународно право и извршна власт у стварима које спадају у грађанско право.”²¹ Шта је суштина ове друге власти коју Монтескје још назива “извршном влашћу државе”, за разлику од последње коју назива и “судском влашћу”? Вршећи извршну власт, “владар или магистрат ... склапа мир или води рат, одашиље или прима посланства, успоставља безбедност, предупређује нападе.”²² “У теорији је већ одавно било примећено да је функција примењивања закона остала по страни Монтескијеове троеобе државне власти. Другим речима, мимо ове деобе остала је материја коју ће касније теорија назвати ‘управном функцијом’, одн. ‘управном влашћу’.”²³ О управи, дакле, као државној функцији која се састоји у ауторитативном иступању у појединачним ситуацијама, Монтескје, бар на овом месту, уопште није говорио.²⁴ Истини за вољу, он је у каснијим излагањима у извесној мери проширио појам извршне власти и одређеним управним елементима (говорећи нпр. о праву извршне власти да наплаћује порез од државних поданика), али далеко од тога да је у *Духу закона* формулисана целовита доктрина о управној функцији државне власти, а још мање да се Монтескјеове мисли могу тумачити као довољна теоријска подлога за став - коме су склони многи правни и политички теоретичари - да у држави постоје само “три власти”, односно да државна власт врши само три основне функције: законодавну, извршну (управну) и судску функцију. У том смислу, Иво Крбек је био потпуно у праву када је, помало духовито, приметио да је Монтескјеовом “врло скученом појму извршне власти (под којим он разумијева вањске послове, врховно заповједништво над оружаном силом и очување унутрашњег мира) касније једноставно подметнут велики и опсежни појам модерне управе.”²⁵

²⁰ Ову реченицу кључном сматрају нпр. Р. Лукић, Б. Кошутић, Д. Митровић: Увод у право, Београд, 2001, стр. 319.

²¹ Монтескје: О духу закона, том I, Београд, 1989, стр. 175.

²² Монтескје: нав. дело, стр. 176.

²³ Р. Марковић: Извршна власт, стр. 26.

²⁴ Истоветног је мишљења и Н. М. Бачанин: Појам управе - теоријски и позитивно-правни елементи, докторска дисертација, Крагујевац, 1987, стр. 30.

²⁵ Нав. према: Р. Марковић: Извршна власт, стр. 26.

**SPIRIT OF THE LAW OR: WHAT MONTESQUIEU ACTUALLY SAID
ABOUT THE FUNCTIONS OF GOVERNMENT?**

Summary

Separation of powers is one of the basic principles underlying the democratic state. Also, it is considered one of the key principles of the rule of law in the separation of powers. The idea of separation of powers normally associated with the famous French political philosopher Charles Montesquieu and his famous work The spirit of laws (since 1748), although the careful reader of this work certainly can not miss it if Montesquieu at no point did not use the phrase „separation of powers“. Author has tried to refute the widespread notion that the creator of the theory of Montesquieu separation of powers, and that its legal and political ideas can be interpreted so that the state performs only three functions of government: legislative, executive (administrative) and judicial functions.

ФЕДЕРАЛНИ СИСТЕМ РЕПУБЛИКЕ АУСТРИЈЕ – ИСКУСТВА И ПЕРСПЕКТИВЕ

Др Марко Станковић*

***Апстракт:** Република Аустрија, уз Швајцарску и Немачку, спада у класичне европске федерације. Њен важећи Устав донесен је 1920. године. Федерални систем установљен тим Уставом, уз извесне прекиде, функционише нешто краће од једног века. Због тога је логично што се већ двадесетак година поставља питање његове темељне ревизије, јер су се друштвене прилике за последњих девет деценија умногоме измениле, при чему посебан значај има чланство Аустрије у Европској унији. Рад у првом делу садржи анализу постојећег уставног система, а у другом се бави досадашњим покушајима реформи федералног аранжмана, који су почели још 1989. године.*

***Кључне речи:** – Аустрија. – Федерализам. – Федерални устав. – Ревизија устава. – Уставотворна скупштина.*

1. Република Аустрија, установљена је 1918. године, након Првог светског рата и пропасти Аустро-Угарске монархије, политичком вољом њених конститутивних земаља (*Länder*), а обновљена је 1945. године, по завршетку Другог светског рата, када је враћен на снагу чувени Келзенов устав, који је увео федерално државно уређење.¹ Због тога се ова федерација сврстава у групу „старих“ европских федерација, заједно са Швајцарском и Немачком. Но, иако без сумње спада у групу класичних федерација, Аустрија се, за разлику од већине држава из те групе, одликује великим степеном централизације, односно малим степеном примене федералног начела.² Штавише, има мишљења да

* Аутор је доцент Правног факултета Универзитета у Београду, stankovicm@ius.bg.ac.rs. Рад је настао у оквиру пројекта „Развој правног система Србије и хармонизација са правом Европске уније (правни, економски, политички и социолошки аспект)“ Правног факултета Универзитета у Београду.

¹ Опширније: Ronald Sturm, “Austria (Federal Republic of Austria)”, *Handbook of Federal Countries*, Montreal & Kingston – London – Ithaca 2005, 46-47.

² „Иако су оне (аустријске земље, М.С.) успеле да унесу извесне уставне промене које су ојачале њихов положај *vis-à-vis* федералне власти, Аустрија остаје држава „унитарног“ федерализма – тј. држава у којој је регионална власт јасно субординирана федералној власти.“ (R. Sturm, 47).

овај облик државног уређења у Аустрији уопште није неопходан³, јер је реч о држави са етнички хомогеним становништвом, релативно малом територијом и уједначеном економском развијеношћу. Сама подела надлежности између федералног центра и федералних јединица (земаља) извршена је на такав начин да, иако привидно даје земљама значајне законодавне и извршне надлежности (укључујући и претпоставку надлежности у њихову корист, као и самостални уставотворни капацитет), ипак оставља главне полуге власти у рукама централних федералних органа.⁴

Аустрија се, због своје етничке хомогености, сврстава у једнонационалне федерације.⁵ Шест мањих етничких група, насељених на југу и истоку земље, ужива извесна мањинска права, али њихово постојање нема никаквог утицаја на аустријски федерални систем.⁶ Границе између аустријских земаља, стога, нису постављене тако да раздвајају различите народе, већ имају углавном историјско порекло. Историјски идентитет аустријских земаља у највећем броју случајева своје корене има још у средњем веку.

Изузев у периоду аустро-фашизма (1934-1938) и немачке окупације (1938-1945), важећи Устав Републике Аустрије је на снази још од 1920. године. Реформа федералног устава је у Аустрији актуелна тема већ неколико деценија, али је добила посебан значај након приступања те државе Европској унији 1995. године. Проблем ревизије Устава је доживео кулминацију 2003. године, када је конституисана Уставотворна скупштина, која, нажалост, није успела да испуни циљ због којег је сазвана. Дискусија о реформи касније је враћена под окриље федералног парламента, због чега је формиран и посебан парламентарни одбор, али је питање да ли ће и тај најновији покушај ревизије бити успешан.

2. Централне федералне институције у Републици Аустрији су Федерални парламент, влада, председник Републике и Уставни суд.

Федерални парламент има дводомну структуру, а чине га Национални савет (*Nationalrat*) и Федерални савет (*Bundesrat*).⁷ Главна његова функција

³ Миодраг Јовичић, *Савремени федерализам – упоредноправна студија*, Београд 1973, 55-56.

⁴ Александар Авакумовић, „Данашњи аустријски устав“, *Архив за правне и друштвене науке*, III, 5-6/1921, 409. и даље. Уставноправна наука у Аустрији препознаје принципе на којима се темељи аустријски федерални уставни систем. То су демократија, федерализам, владавина права, подела власти, републикански облик владавине и људска права. Ова начела уживају посебну уставну заштиту, јер је за њихову промену предвиђен компликованији поступак него за промену осталих уставних одредаба.

⁵ Ronald Watts, *Comparing Federal Systems in the 1990s*, Kingston 1996, 23

⁶ О положају националних мањина у Аустрији погледати: Anna Gamper, “Austrian Federalism and the Protection of Minorities”, *Federalism, Subnational Constitutions and Minority Rights* (Ed. G Alan Tarr, Robert F. Williams, and Josef Marko), Westport – London 2004, 55-72.

⁷ У ретким Уставом предвиђеним случајевима, домови обављају одређене функције сједињени на заједничкој седници (*Bundesversammlung*).

је законодавна, подједнако је значајна и функција контроле над радом владе, док остале функције имају мањи значај. Неке од њих парламент никада у досадашњем раду није вршио – примери за то су функције проглашења рата и разрешења преседника Републике. Законодавном иницијативом располажу федерална влада, одређени број чланова доњег дома (пет) и горњег дома парламента (једна трећина од укупног броја), као и бирачи путем народне иницијативе. Правило је, што је потпуно природно у парламентарном систему власти, да законски предлози потичу од владе, јер она иза себе има парламентарну већину која омогућава несметано усвајање тих предлога. Од 1945. до 1966. год. као и од 1986. до 2000. године, у Аустрији су на власти биле тзв. „велике коалиције“ које су располагале довољном већином и за промену Устава (двотрећинском већином). Парцијалне уставне ревизије биле су честе током осамдесетих и деведесетих година прошлог века, због чега су влада и парламентарна већина биле критиковане од опште и стручне јавности.

Национални савет је општепредставнички дом парламента, у којем су представљени грађани, као јединствено бирачко тело. Њега сачињава 183 члана, који, према члану 26. Устава, морају бити изабрани на слободним и непосредним изборима, применом пропорционалног система расподеле мандата, са општим и једнаким правом гласа, личним и тајним гласањем.⁸ За потребе избора, државна територија је подељена на девет изборних јединица (које одговарају територијама аустријских земаља), које се затим деле на 43 изборна округа. Због тако сложене поделе може доћи до фактичке неједнакости приликом расподеле мандата, у ком случају би грађани неких федералних јединица били „надпредстављени“ у односу на грађане других. То, међутим, не би требало да има утицаја на функционисање овог дома, јер у њему сви посланици представљају све грађане, а не своје федералне јединице. Али би свакако било боље када би приликом избора Националног савета цела државна територија била једна изборна јединица, јер би на тај начин систем сразмерног представништва испољио свој прави смисао. Надлежност за одлучивање о изборним споровима припада Уставном суду. Национални савет може бити распуштен или од стране председника Републике (чл. 29. Устава) или сопственом одлуком (институт тзв. самораспуштања парламента).

Федерални савет је представништво аустријских земаља, „федерални дом“, који би требало да буде заштитник уставног положаја федералних јединица. Чланови овог дома нису бирани непосредно, већ у парламентима земаља. Они не морају бити изабрани из реда чланова земаљских парламената, али морају да испуњавају услове за избор у парламенте својих федералних јединица (тј. морају имати пасивно бирачко право). Након избора земаљских парламената (сваких пет или шест година, зависно од земље), представници у Федералном савету могу бити промењени, али се сматра да тај дом функциони-

⁸ Старосна граница за уживање активног бирачког права је 18, а пасивног бирачког права 19 година живота.

ше у континуитету, да има непрекидан мандат. Аустријски уставотворац није прихватио начело паритета у саставу Федералног савета, већ се приклонио начелу сразмерне представљености, учинивши број представника федералних јединица сразмерним броју становника сваке од њих. Устав (чл. 34) је предвидео да земља са најбројнијим становништвом има 12 представника, а да остале имају број представника који је у пропорцији са бројем становника.⁹ Данас највећи број представника има Доња Аустрија, док најмањи имају Воралберг и Бургенланд (свега по три).¹⁰ Разуме се, та сразмера не би требало да буде директна, јер је таквом случају федерални дом само „пресликан“ општепредставнички дом, што његово постојање чини готово излишним. Другим речима, питање је да ли овакав вид пропорционалног представљања не одражава сувише верно, као у огледалу, састав Националног савета, и да ли би федералном начелу више одговарало начело паритета или, евентуално, ублажено пропорционално начело. Управо је *ratio* постојања федералног дома представљање федералних јединица као равноправних конститутивних јединица сложене државе, а не њихово представљање у складу са бројем становника, територијалним пространством, привредном снагом и сл.

Федерални савет није равноправан у одлучивању са Националним саветом и по правилу располаже само правом суспензивног вета на законе. Након тога, ветирани закон може поново бити усвојен апсолутном већином у општепредставничком дому.¹¹ Изузетно, Федерални савет има апсолутни вето у неким ситуацијама. Такав је случај, рецимо, када се усваја закон који одузима надлежности земљама и додељује их федералном центру (чл. 44. Устава).¹² Федерални савет, међутим, у пракси никада није искористио своје право апсолутног вета, док је право суспензивног употребљавао веома ретко и рестриктивно. То је последица сличне заступљености политичких странака у оба дома парламента.¹³ Уставноправно посматрано, не постоји инструмент који може да натера Федерални савет да усвоји закон којим се проширују надлежности федерације на уштрб надлежности земаља, али, политички гледано, тешко је замислити да би се Федерални савет одважио да стави апсолутни вето на такав закон. С друге стране, постоје и случајеви када Федерални савет нема чак ни суспензивни вето на одлуке Националног савета (нпр. код усвајања федералног буџета).

⁹ Упоредити: R. Watts, 23.

¹⁰ Беч и Горња Аустрија имају по 11 представника, Штајерска 10, Тирол и Коруска по пет, а Салцбург четири.

¹¹ „Вето Федералног савета може само да одложи усвајање закона, а не и да га осујети. Ако први дом Парламента, Национални савет, још једанпут усвоји свој оригинални предлог на седници којој присуствује најмање половина његових чланова, он постаје закон.“ (R. Sturm, 50).

¹² Овај случај апсолутног вета уведен је уставном ревизијом од 1984. године.

¹³ Конзервативна партија је традиционално имала већину и највећем броју земаљских (покрајинских) парламената и, следствено, имала и релативну већину у Федералном савету. Конзервативци су били део владајућих коалиција и на федералном нивоу, па је било природно да њихови посланици у Федералном савету подржавају законске предлоге федералне владе.

Дакле, иако је замишљен као федерални дом, представништво федералних јединица чији је најважнији циљ одбрана њихових интереса, Федерални савет из политичких разлога, често не врши ту делатност. На тај начин је једна од основних полуга федералног система потпуно остављена без функције. Јавна дискусија о томе је била веома жустра током 2003. године, када је Федерални савет усвојио један „проблематичан“ закон, који је непосредно угрозио положај земаља. Он је жестоко критикован управо због тога што није извршио своју функцију заштитника интереса федералних јединица. Сличне критике су се могле чути и током рада Уставотворне скупштине исте године. Али, радикални предлози да се Федерални савет укине као непотребан дом су, ипак, далеко од реалних, јер би формално укидање федералног дома највероватније значило и укидање федералног државног уређења.

Федералну егzekутиву Републике Аустрије чине федерална влада и председник Републике. Изворна верзија Устава од 1920. успоставила је чист парламентарни систем, у којем је шефа државе бирао парламент. Такво решење је, међутим, измењено 1929. године, од када председника Републике бирају грађани на непосредним изборима, чиме је уведен мешовити систем власти, јер је повећана легитимност избора шефа државе праћена и адекватним повећањем његових извршних овлашћења.¹⁴ Мандат председника Републике траје шест година, а једна личност може бити изабрана на ту функцију највише два пута узастопно. Функција председника Републике може престати и пре истека временског периода на који је изабран, јер он може бити опозван од стране грађана (на предлог Федералног савета), а може бити и разрешен због повреде Устава, коју утврђује Уставни суд.

Председник Републике има релативно широка овлашћења, уобичајена за мешовити систем власти. Он је командант оружаних снага, представља државу у иностранству, именује и разрешава федералног канцелара и федералну владу, распушта Национални савет, доноси декрете у нередовним стањима, проглашава законе, именује одређене државне функционере, даје помиловања и одликовања. Неке од његових функција су, према мишљењу већине аустријских аутора, задржане као некадашњи монархови прерогативи. Међутим, многе значајне функције шефа државе ограничене су потребном сагласношћу других државних органа, као и могућношћу његовог разрешења.

Једино председничково овлашћење које има непосредне везе са федералним уређењем јесте његово право да распушта земаљске парламенте (чл. 100. Устава). Он то може учинити на предлог савезне владе уз накнадни пристанак Федералног савета, који на ову одлуку има право апсолутног вета, одакле прозилази да је улога шефа државе у целој процедури маргинална. Земаљски парламент може бити распуштен највише два пута из истог разлога. У досадашњој уставној пракси овај механизам ниједанпут није искоришћен.

¹⁴ Погледати: Оливера Вучић, *Аустријско уставно судство – чувар федерације и устава* (докторска дисертација), Правни факултет Универзитета у Београду, 1995.

Шеф државе именује федералног канцелара, а на предлог канцелара и министре и државне секретаре федералне владе.¹⁵ Председник Републике може да опозове федералног канцелара и владу у целини, док поједине министре може да смењује на предлог канцелара. Начело партиципације нема никаквог утицаја приликом одређивања састава федералне владе. Ово су, међутим, само формална права шефа државе, док је у пракси избор владе у потпуно зависан од резултата избора за Национални савет. Ниједан председник Републике у досадашњој уставној пракси није својевољно разрешио владу.

Судска власт је у искључивој надлежности федерације. Највиша редовна судска инстанца у кривичним и грађанским стварима је Врховни суд, а у управним стварима је Управни суд. Дакле, насупрот законодавним и извршним овлашћењима, аустријске федералне јединице немају сопствене судове. Након вишегодишњих жучних расправа о томе да ли би требало основати судство и на нивоу земаља, дошло се до закључка да би било најкорисније основати неку врсту управног судства, како би се растеретио федерални Управни суд. Важан корак у том правцу је начињен 1988. године, када су изменама федералног устава основана тзв. независна административна већа у аустријским земаљама.¹⁶ И Уставотворна скупштина је 2003. године предложила увођење земаљских управних судова, али они до данас нису установљени.

3. Уставно судство је организовано као посебна државна функција, независна од три класичне државне функције. Контрола уставности и законитости свих нормативних аката поверена је Уставном суду Аустрије, првој институцији те врсте у свету, творевини великана правне науке, Ханса Келзена. Несумњиво је да Уставни суд Аустрије, сачињен од председника, потпредседника, дванаест чланова (судија) и шест заменика чланова (помоћних судија),¹⁷ данас има широке и разноврне надлежности. Велики познавалац уставног судства у свету, Алан Бруер-Кариас, лепо примећује да Уставни суд Аустрије „комбинује своје функције судске контроле уставности са другим надлежностима везаним за политичке и органске предмете“¹⁸. Аустријски уставноправни теоретичари често дају прилично разуђене систематизације надлежности Уставног суда, док су, насупрот томе, систематизације аутора из других земаља обично врло штуре.¹⁹ Најбоље је, ипак, приклонити се „средњем решењу“ и надлежности

¹⁵ Упоредити: R. Watts, 23.

¹⁶ Формалноправно, не ради се о судовима, већ о агенцијама земаља, иако задовољавају све критеријуме постављене чл. 6. Европске конвенције о људским правима (ЕКЉП).

¹⁷ Занимљиво је да број судија и заменика није био утврђен Уставом од 1920. године, већ Законом о организацији и поступку Уставног суда од 1921. године.

¹⁸ Allan R. Brewer-Carias, *Judicial Review in Comparative Law*, Cambridge 1989, 197.

¹⁹ Тако рецимо чувени француски професор Фаворе (Favoreu) многобројне надлежности овога Суда дели у свега две групе – једну сачињава надлежност контроле уставности закона, а другу надлежности „различите од контроле уставности закона и међународних уговора“. (Louis Favoreu, *Les Cours constitutionnelles*, Paris 1986, 39).

аустријског уставног судства разврстати у пет група: 1) испитивање уставности нормативних аката (закона, међународних уговора и уредаба); 2) надлежности Уставног суда као чувара федерације; 3) непосредно уставно судовање о уставом зајемченим правима; 4) надлежност Уставног суда у односима високих државних органа и питањима одговорности функционера пред Уставним судом; и 5) надлежност Уставног суда у изборној материји.²⁰

Када је реч о функцији аустријског Уставног суда као „чувара федерације“, треба нагласити да је уставносудска функција у Аустрији и створена преваходно ради заштите федералног уређења, па је и „отац“ аустријског уставног судства, Келзен, веровао да је такав, неутралан и високо стручан судски орган, неопходан предуслов за остварење политичке идеје федералне државе. Стога су Уставном суду поверене значајне надлежности из сфере односа у федерацији, које се могу разврстати у четири подгрупе. Прво, Уставни суд је, према Уставу, овлашћен да решава сукобе надлежности између федерације и земаља, као и између земаља међусобно. Такође, он је надлежан да на захтев федералне или земаљске владе утврђује да ли неки законодавни или извршни акт спада у јурисдикцију федерације или земље (члан 138, став 2. Устава). Затим, Устав дефинише и улогу Уставног суда у погледу споразума које могу закључивати федерација и земље – он је надлежан да, на захтев земље, утврди да ли су обе стране извршиле обавезе предвиђене споразумом (члан 138а Устава). И четврто, Уставни суд је надлежан да решава и о имовинскоправним захтевима према федерацији, земљама или јединицама локалне самоуправе, уколико за њих нису надлежни редовни судови или органи управе (чланови 137-138а Устава).

У аустријској федерацији је положај земаља и у време када је установљен федерални систем био веома слаб, па је Уставни суд замишљен као институција која треба да очува прилично несигуран баланс између федерације и федералних јединица. Зато су наведена овлашћења Уставног суда у домену решавања сукоба надлежности нарочито долазила до изражаја у том периоду, па је Уставни суд Аустрије заиста постао чувар федерације вршећи те своје функције, али се мора нагласити да је он својим одлукама углавном подржавао јачање федералног центра. Ипак, када су се односи између аустријских земаља стабилизовали, а снага федералног центра повећала, ослабила је потреба за интервенцијама Уставног суда као независног арбитра који би одлучио која је од страна у сукобу прекршила Устав.

Временом, обим ангажовања Суда у сфери федералних односа бивао је све мањи, а „статистике показују да иако основан преваходно у функцији заштите успостављеног федеративног уређења у Аустрији, Уставни суд већ дуже нема већих интервенција у питањима функционисања федерације.“²¹ То је потпуно разумљиво, јер Аустрија спада у групу централизованих федерација, с об-

²⁰ О. Вучић, 194-227.

²¹ О. Вучић, 301.

зиром на то да је у њеном федералном уређењу федерално начело у малој мери примењено.²² Или, како проницљиво запажа Марковић: „када се има у виду садржина уставних одредби о подели надлежности у аустријској федерацији, не може се отети утиску да су поменута решења у вези са покретањем уставног спора, као и само аустријско уставно судство, средство за централизацију моћи савеза и тиме за слабљење федеративног начела у Аустрији.“²³ Стога не изненађује што Уставни суд за девет деценија постојања није изградио значајнију јуриспруденцију у области федералних односа, већ је његова главна преокупација заштита људских права и слобода.

4. Право федералних јединица на самоорганизовање је кључни елемент њихове аутономије у федерацији и једно од основних начела тог облика државног уређења. Земље имају сопствене законодавне и извршне, али не и судске органе. Одсуство сопствених судова аустријске земље приближава теоријском моделу јединица територијалне аутономије. Федерални устав је утврдио основна правила која регулишу избор, састав и улогу земаљских парламената (*Ländtage*) и препустио земаљским уставима да их детаљно разраде. Земље су искористиле аутономију у уређењу сопствених законодавних органа и различито уредиле њихов састав и организацију. Све аустријске земље имају једнодомне парламенте, јер им оснивање дводомних парламената није дозвољено. Савезни уставотворац је у великој мери ограничио право на самоорганизовање аустријских земаља, прописујући правила која уређују уставотворни и законодавни поступак у њима. Устав од 1920. је чак предвидео могућност непосредне интервенције федералне владе у земаљском законодавству, прописујући да у року од осам недеља она може да ветира закон који сматра опасним по интересе федерације (чл. 98. Устава). Земаљски парламент, међутим, може поново да изгласа закон апсолутном већином и тада он више не може бити оспорен од стране савезних извршних органа.

Председник Републике, за разлику од Владе, нема могућност да интервенише у области земаљског законодавства, али он, као што је речено, може да распусти земаљски парламент на предлог савезне владе и уз пристанак Федералног савета. Иначе, право централних власти да распуштају нецентралне органе обележје је унитарних држава са територијалном аутономијом и није карактеристично за федерације.

Федерални устав не говори изричито о примени института непосредне демократије у аустријским земљама, али оне имају могућност да их предвиде сопственим уставима (оне су углавном установиле референдум, народну

²² Јован Стефановић, *Ширење федерализма и његово упоредно слабљење по садржају*, Сарајево 1954, 50, 56.

²³ Ратко Марковић, *Покретање уставног спора о уставности нормативних аката*, Београд 1973, 50.

иницијативу, разне облике јавне расправе итд.). Уставни суд је, међутим, изнео став да коришћење института непосредне демократије не би смело да замени систем представничке демократије установљен савезним уставом. Он је утврдио да је ограничена могућност употребе тих института на федералном нивоу стандард који је имплицитно обавезујући и за земље и на тај начин онемогућио стварање развијеног система полунепосредне демократије.

Надзор федерације над федералним јединицама у Аустрији је, као што се види, много шири него у другим федералним државама, што доводи у питање адекватност примене начела аутономије федералних јединица у тој држави.

Структура извршне власти у земљама је такође у великој мери одређена федералним прописима. Према члану 101. Устава, земаљска влада се састоји од земаљског гувернера, његових заменика и осталих чланова, које бира земаљски парламент. Уставни суд је у својој одлуци 1993. године утврдио да би непосредан избор гувернера био неуставан²⁴, па је 1995. године у федерални Устав унесена изричита одредба о његовом избору у земаљском парламенту. Чланови земаљске владе не морају истовремено бити и чланови парламента, али морају испуњавати услове за избор у тај парламент (реч је, дакле, о тзв. мешовитој влади). Гувернер је председник земаљске владе, који приликом преузимања функције полаже заклетву пред председником Републике. Осим федералног устава, положај земаљске егзекутиве у великој мери уређује и федерални Уставни закон о начелима формирања и рада канцеларија влада земаља изузев Беча од 1925. године, чиме се уставима земаља оставља веома мала аутономија у регулисању положаја извршних органа. Осим тога, Уставни суд примењује веома ригорозне стандарде када су у питању земаљски извршни органи, јер се, приликом оцењивања уставности одредаба земаљских устава о извршним органима, поред изричитих уставних правила придржава и извесних „имплицитних стандарда“ који произилазе из уставних начела и такође су обавезујући за земље.

5. Док у већини федералних држава је увођење тзв. кооперативног федерализма представљало начин да се превазиђе чврст правни положај федералних јединица, стварањем неформалног, али ефикасног централизма, у Аустрији се десило супротно. У овој федерацији је кооперативни федерализам послужио сједињавању политичке моћи земаља циљем вођења заједничке политике ради смањивања власти федералног центра. Координисана политика земаља представља снажну политичку противтежу правној надмоћи аустријске федерације у односима са својим федералним јединицама.

Сарадња аустријских земаља има у неким случајевима уставни основ, али је веома често и неформална. Формална сарадња се одвија на основу уговора федерације и земаља, како приватноправних тако и јавноправних. Јавноправни

²⁴ Одлука VfSlg 13.500/1993.

споразуми се закључују на основу чл. 15а Устава Аустрије, који је у уставни текст унесен 1974. године и који се сматра једним од најзначајнијих инструмената аустријског кооперативног федерализма. Он омогућава закључивање уговора како између федерације и земаља, тако и између земаља међусобно. Ови уговори су се показали као веома подесни за регулисање значајних области као што су заштита животне средине, здравство и просторно планирање. У овим областима су надлежности подељене између федерације и земаља, па се проблеми могу решити једино договором два нивоа власти. Јавноправне споразуме потписује савезна влада или њен члан са гувернерима земаља, а уколико се споразум односи на питања из законодавне надлежности земаља потребна је и сагласност земаљских парламената.²⁵

Ради ефикасније сарадње, земаљски гувернери, чланови влада, високи парламентарни функционери и високи државни чиновници често одржавају састанке, којима могу присуствовати и представници федерације у својству посматрача. „Организациону подршку за ове састанке пружа заједничка земаљска канцеларија чије је седиште у Доњој Аустрији“.²⁶

6. Аустријски федерални систем који је успостављен Уставом од 1920. године није био потпун. Он је свој садашњи, модеран облик добио постепеном вишедеценијском еволуцијом, а чак ни данас се не може са сигурношћу утврдити у којем правцу ће се он даље развијати. Још пре више од деценије је изгледало као да ће тај систем доживети темељну реформу, али она није спроведена из политичких разлога, већ је делимично „заменењена“ усвајањем неколико мањих измена и допуна федералног Устава.

Константним ревизијама федералног устава постепено је ојачаван положај федералног центра. Крајем осамдесетих година прошлог века, међутим, земље су стекле бољу преговарачку позицију захваљујући планираном чланству Аустрије у Европској унији, а преговори су 1992. године резултирали споразумом федерације и земаља о реформи аустријског федерализма (*Perchtoldsdorfer Paktum*). Али, пошто су у преговорима занемарени парламенти како федерације тако и земаља, споразум није спроведен. Нови преговори два нивоа власти започети су након савезних избора 1994. године, али никакав споразум није постигнут. Наредне године спроведени су општи избори на којима је двотрећинску већину освојила тзв. „велика коалиција“, па је ревизија устава спроведена на уставом прописан начин, али она није обухватила реформу федералног система, која је одложена за касније. Та реформа на крају није ни спроведена, јер је „велика коалиција“ изгубила потребну већину након избора 1999. године. Због тога је аустријски федерални систем до данас остао

²⁵ Два споразума која су закључена у скорије време и који завређују да буду посебно поменути јесу Споразум о механизму консултовања и Споразум о аустријском пакту за стабилност.

²⁶ R. Sturm, 50.

чврсто централизован. Као успех земаља у овом суштински неуспешном процесу реформе федералног механизма може се навести то што су добиле право да учествују у поступку одлучивања о питањима везаним за Европску унију (члан 23. Устава), иако ни у том поступку немају могућност да блокирају одлуке федералних органа.

Јуна 2003. године конституисана је Уставотворна скупштина, сачињена од 70 чланова, са задатком да спроведе свеобухватну расправу о доношењу новог устава и реформи федералног система. Очекивало се да ће Уставотворна скупштина усвојити званичан нацрт новог устава до краја 2004. године, што се није догодило.²⁷ Након овог неуспешног покушаја, посао израде нацрта новог уставног текста поверен је посебном одбору аустријског Националног савета (*Besonderer Ausschuss zur Vorberating des Berichtes des Österreich-Konvents*), а федерална влада је 2006. године образовала и посебну Комисију експерата чији је задатак да предложи нова уставна решења. Нема сумње да је реформа аустријског федералног система неизбежна, остаје само да се види у ком облику ће она бити спроведена.

Постоји више решења која би требало уградити у аустријски федерални механизам, почев од реформе федералног савета, којом би били промењени његов састав и надлежности, чиме би тај дом савезног парламента постао истински заступник интереса земаља, преко замене система индиректне федералне администрације системом непосредне земаљске администрације, увођења управног судства на нивоу земаља, па све до прерасподеле функција између федерације и федералних јединица. Свака реформа мора узети у обзир и чланство Аустрије у Европској унији, која је „слепа“ кад је у питању облик државног уређења њених држава чланица.²⁸ Без обзира на то да ли је држава чланица Уније унитарно или федерално уређена, она је обавезна да на унутрашњем плану спроведе обавезе које је преузела, па се може појавити проблем у спровођењу европских прописа који се односе на питања у надлежности земаља.²⁹ Због тога постоји реална опасност од даљег слабљења положаја земаља у аустријском федералном систему и фактичког преношења њихових надлежности на централне органе. Све су то проблеми који ће бити решавани током предстојеће уставне реформе, па је јасно да пред аустријским уставотворцем не стоји нимало лак задатак.

²⁷ Информације о раду Уставотворне скупштине доступне су на њеној званичној интернет адреси: http://www.konvent.gv.at/K/EN/Welcome_Portal.shtml

²⁸ При том, прописи ЕУ у Аустрији имају већу правну снагу од унутрашњих прописа.

²⁹ „Чланство у Европској унији је редефинисало циљеве земаљских влада. Сада, осим што представљају супротност случајевима федерација попут Немачке и Белгије које су својим федералним јединицама дале много значајнију улогу у вођењу националне политике, већ морају и да се ухвате у коштац са економским изазовима регионалне конкуренције на јединственом европском тржишту.“ (R. Sturm, 53).

FEDERAL SYSTEM OF THE REPUBLIC OF AUSTRIA - EXPERIENCES AND PERSPECTIVES

Summary

Republic of Austria, besides Switzerland and Germany, is one of the “classic” European federations. Its current Constitution was adopted in 1920. The federal system established by this Constitution, with some interruptions, is in force for nearly a century. It is therefore logical that in the last twenty years have been raised the question of its revision, because the social circumstances for the past nine decades changed considerably. The most significant among them is Austria’s membership in the European Union. This article in its first part contains an analysis of the existing constitutional system, and the second part deals with the attempts to reform federal arrangement, which began in 1989.

Keywords: - Austria. - Federalism. - Federal Constitution. - Revision of the Constitution. - Constituent Assembly.

О УСТАВНОСУДСКОЈ И СУДСКОЈ ВЛАСТИ

Др Слободан П. Орловић

Апстракт: Овај рад настоји да баци више светла на сложен однос уставносудске и судске власти. Иако обе власти „суде“ и делају са позиција највише силе која стоји иза примене права, међу њима се повлачи разлика. Однос уставног и редовног судства посебно усложњавају различитост и истоветност уставносудског органа како у којој држави, уставна жалба као специфично правно средство, природа судског и уставносудског спора и друго.

Кључне речи: уставно судство, судство, уставни суд, врховни суд, уставна жалба, уставни и судски спор.

1. УВОД

Суђење и уставно суђење су државне делатности које се разликују. Линија разграничења између судства и уставног судства може се повући по различитим критеријумима. Почев од историјског погледа, суђење је постојало у свим државама, чак и у малим људским заједницама старе ере, организовано су решавани спорови међу припадницима племена, рода или других друштвених група. Уставносудство је пратилац нових, уставних политичких заједница и у два века постојања¹ постало је стуб не само опстанка, него и редовног, свакодневног функционисања држава.

Један основ разликовања уставносудске и судске власти је нарочит *орган* који је надлежан за посебну државну делатност, уставно суђење. Ово органско разликовање судства и уставног судства није универзално, јер у већем броју

¹ У САД је и пре првог спора о уставности закона (1803) покушано са контролом уставности путем тзв. „Цензората“. У Француској је формирању Сената чувара (фр. *Sénat conservateur*, 1799-1814) Уставом године VIII (1799), који је имао право оцене уставности, претходно покушај оснивања посебног органа за оцену уставности Уставног жирија (фр. *Jurie constitutionnaire*) 1795. године. Француска је после наставила са системом посебних, несудских органа оцене уставности. Вид. Јован Ђорђевић, *Контрола уставности закона и америчка демократија*, Београд, 1937, 28, Гашо Мијановић, *Судска контрола закона*, Српско Сарајево 2000, 51-52, Lucein Jaume, „Sieyes et le sens du jury constitutionnaire: une reinterprétation“, *Historia Constitucional*, n. 3, 2002, 174-178, <http://www.historiaconstitucional.com/index.php/historiaconstitucional/article/viewFile/175/156>, 10. август 2013. године.

држава не постоје уставни судови. У њима редовни судови суде и уставне спорове. Чистије одвајање уставног од обичног суђења, може се направити применом формалног критеријума - упоређивањем *надлежности* уставној судској и судској власти. Уставно судство враћа парламент и друге органе у границе устава, тако што поништава законе и ине правне акте (изворни уставни спор), одлучује о сукобу надлежности носилаца власти, решава спор државе и њених делова (федералних јединица и аутономија). У упоредном праву уставно судство има још надлежности које су изузете из поља рада обичних судова, на пример, забрана рада политичких странака, пресуђивање изборних спорова, одређена имовинска потраживања и др. Ни овакав критеријум не раздваја јасно и потпуно уставно суђење од суђења, јер су у данашњим државама надлежности измешане. Тако, изборне спорове негде решава суд посебне надлежности (Србија), а другде уставној судској органи (Француска). Одвојеност судства и уставној судства по мерилу посла који раде посебно је смањена правом уставној суда да решава о уставној жалби. Она је од посебног и крајњег правног средства заштите основних права и слобода прешла пут до реално постојећег правног лека. Уставна жалба, се сада често, готово уобичајено, подноси уставној суду чиме се практично наставља правоснажно завршен судски поступак, што је једна правна бесмислица (*nonsens*). Уставна жалба, тиме, као некаква правна копча, спаја уставној судској и судској надлежност и тако квари овај критеријум њиховог разликовања. Иста права и слободе појединца постала су удвојен предмет заштите пред судском и уставној судском влашћу, примарно и секундарно, иако је уставни суд базиран на заштити основних права и слобода, а не као последња судска инстанца која ће исправити неправду и елиминисати неправу из претходних судских поступака.

Разликовање судства и уставној судства почива и на материјалној, апстрактној основи коју чини однос права и моћи, а посебно зона *судара права и политике*. У делању уставној судској власти непрекидно се преплићу право и политика, надограђени са моћи коју уставној судској органи црпи из устава као правног акта најјаче снаге. Та моћ уставној судској власти расте са старошћу устава и прати све већу потребу његовог тумачења, реалног мењања и допуњавања. Суд се, напротив, држи граница права (закона) и његова јурисдикција је у основи примена материјалне законске норме на утврђено чињенично стање. Код суда нема места полемици да ли се тај орган, и у којој мери, одрекао бављења политиком и стварањем права, већ је полазиште и исходиште судског рада једино примена права.

2. ДВА СИСТЕМА УСТАВНОГ СУДСТВА

Ако изузмемо посебност француског Уставног савета (*Conseil Constitutionnel*), може се рећи да постоје два система уставног судства, амерички и европски.² Основна карактеристика првог, је, да је то „дифузан“ систем у коме су бројни судови надлежни да неки правни акт (обично његов део, члан) оцене неуставним. Европски систем је „централизован“ са посебним органом, уставним судом који одлучује о уставном спору, док остали судови могу тек покренути поступак оцене уставности.³ Амерички систем је накнадна оцена уставности (контрола *ex post*) у конкретном уставном спору, који покреће онај ко има лични и објективан интерес. Европски систем уставног судства има другачије особине: може бити накнадни и претходни (контрола *ex ante*), апстрактан и конкретан уставни спор који могу да покрену различити субјекти, од државних органа до појединаца.⁴ И поред разлика које постоје између типичних представника ова два система, рецимо Врховног суда САД (*Supreme Court of the United States*) и немачког Савезног уставног суда (*Bundesverfassungsgericht*), заједничко им је да уживају независност од политичког система при доношењу одлука. Али су уставносудски органи, у исто време, контролисани од политичких субјеката, јер се њихове судије бирају на бази договора у политичком поступку.⁵ У америчком систему, где исти орган суди уставне и судске спорове, не може се ни говорити о односу уставносудске и судске власти. Доказано другачији предмет уставног и судског спора не значи да је реч о две власти, већ о истој судској власти која има судску и уставносудску функцију. Тако се однос уставносудске и судске власти распознаје само као однос уставног суда и осталих судова, првенствено врховног суда.

Два система уставног судства која већ дуго паралелно трају наводе на питање који је од њих у пракси ефикаснији, речју бољи? Европски модел са уставним судом који има првенствени циљ да испитује уставност законодавства, на први поглед изгледа тако. Ипак, већа ефикасност уставног суда у одно-

² *Finer et al.* (1995); *Kitchin* (1992); *Ludwikowski* (1996); *Schwartz* (1993); *Stone* (1994); *Tate* (1995); *Utter & Lundsgaard* (1994), у: *Lee Epstein, Jack Knight, Olga Shvetsova*, „The Role of Constitutional Courts in the Establishment and Maintenance of Democratic Systems of Government“, *Law & Society Review*, Vol. 35, No. 1, 2001, 121.

³ Обични (редовни) судови немају право уставносудске контроле аката у земљама централизованог уставног судства. Они често имају право да неко уставно питање упуте посебном (уставном) суду и обавезу да примене одлуку на начин да помогну подизање „уставне свести“. Вид. *Mauro Cappelletti*, „Judicial Review in Comparative Perspective“, *California Law Review*, Vol. 58, Issue 5, 1970, 1050-1051.

⁴ *L. Epstein, J. Knight, O. Shvetsova*, 121.

⁵ *Ralf Rogowski, Thomas Gawron* „Constitutional Litigations as Dispute Processing: Comparing the U. S. Supreme Court and the German Federal Constitutional Court“, *Constitutional Courts in Comparison: The U.S. Supreme Court and the German Federal Constitutional Court*, New York 2002, 6.

су са врховни суд који има и уставној судској власти, није се показала правилом. Изузетно активан и ефикасан у оцени уставности закона је немачки Савезни уставни суд, али и врховни судови САД, Индије, Канаде.⁶ Обим рада уставној судској власти не зависи од органа који је врши, већ од особина устава и поштовања његове правне надмоћности при доношењу нижих правних аката, рекли бисмо - од правне културе доносиоца прописа.

Уставни суд у свом имену има реч суд, али га не сврставамо у судску грану власти. Другачији став је, онај, по коме је уставни суд једна страна судског система. Следствено томе, припадност уставног суда судској власти се доказује и тиме што одлучивањем по уставној жалби стаје на место суда последњег степена. Држава уводи уставни суд, јер жели активније решавање уставних спорова, али он није стриктно неопходан.⁷ Тачно је да се уставни спорови решавају и без уставног суда, а када је основан – он није друго до судска власт. Оваква аргументација неуклопива је у својство врховности уставног суда. По критеријуму највишег нивоа власти који представља, уставни суд би могао бити само на врху судског система. То би значило, да је уставни суд хијерархијски изнад свих других судов у држави па и врховног суда. Ово је тачно у једном делу – уставни суд је надређен свим судовима, као уосталом и свим другим органима, само када је у питању заштита устава. Ако није у питању уставни спор, већ је реч о кривичном, грађанском или неком другом судском спору, уставни суд стоји по страни у односу на судски систем где се предмет правоснажно завршава. Један од разлога „инвазије“ уставног суда на акте правосуђа и других органа власти је „конституционализација одређених правних области“. Уставно право излази из својих традиционалних тема и уређује питања других грана права као што су: правила кривичног поступка, разна питања имовинских права, породичног, пореског и социјалног права. Уставни суд тим питањима онда мора обезбедити статус норми вишег реда у односу на „обично“ законодавство и „обичне“ судске одлуке.⁸

Некада се у примени права не види линија која одваја уставни суд од осталих судов. То је првенствено заслуга карије која веже уставној судској и судској власти – уставне жалбе. У вези са судским спором, уставни суд треба да одлучује само када је потребно заштити саму уставну норму. Најчешће је ту реч о повреди или угрожавању људских права гарантованих уставом. На пример, парнична тужба за накнаду штете због неоснованог притвора (окривљени је

⁶ Arend Lijphard (*Lijphard*), *Modeli demokratije* (prev. A. Knežević, V. Golubin), Beograd, 2003, 229-230.

⁷ Victor Ferreres, „The Consequences of Centralizing Constitutional Review in a Special Court: Some Thoughts on Judicial Activism“, *SELA (Seminaro en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers*, Paper 39, 2004, 2, 9, 29-30, http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1038&context=yfs_sela, 10. август 2013. године.

⁸ Lech Garlicki, „Constitutional courts versus supreme courts“, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 5, Issue 1, 2007, 48.

правноснажно ослобођен у кривичном поступку) има правну везу са уставним правима и слободама: личном слободом и слободом кретања. Тако би странка незадовољна пресудом у парничном поступку могла да се обрати уставном суду путем уставне жалбе, јер су јој биле ускраћене слободе гарантоване уставом. По правилу, уставни суд тада поступа као касациони суд – може да укине ранију пресуду и врати предмет на поновно суђење, а дејство његове одлуке је само у том конкретном случају (*inter partes*). Али, има примера када уставни суд, позивајући се на неко право заштићено уставом, а које је предмет судског спора, чак и мериторно решава спор.⁹ Тамо где нема уставних судова не може бити ни уставне жалбе, јер судови поступају по тужбама и „обичним“ жалбама.

3. УСТАВНИ И ВРХОВНИ СУД

Уставни суд и врховни суд (или највиши суд у држави другачијег имена), су у односу два државна органа у истом нивоу власти. Њихова сличност је и у томе, што реч суд, коју имају у имену, казује да се ради о органима независног положаја. Независност уставног судства и судова је заједнички услов њиховог рада, који дозвољава везаност једино уставом и законом. Још један услов објективног рада уставног и обичног судства – самосталност, као организациона одвојеност од других, политичких органа власти, карактерише врховни суд и уставни суд. Оба органа имају посебну унутрашњу организацију (већа, службе, одсеке, сараднике, облике рада и др.) уређену законом и општим актима које сами доносе. Поступци ових двају органа, како је већ наглашено, имају сличности: претходну и главну фазу, чињенично стање се утврђује по начелу контрадикторности, странке износе доказе у своју корист у писаној форми и на јавној расправи (*ad hoc*), по потреби се саслушавају експерти (вештаци), коначне одлуке се доносе колегијално, јавно објављују и образлажу. Разлике међу овим органима су и опште (апстрактне) и посебне (деталне), и иду од положаја у систему власти, природе спора, надлежности до бројних посебности у организацији, начину рада, саставу, поступку и др.

Врховни суд је на челу судског система, и последња судска инстанца, која доноси коначну одлуку о спору. Испод врховног суда су сви судови опште и посебне надлежности који творе судску грану власти.¹⁰ У сложеним државама,

⁹ Уставни суд Босне и Херцеговине има надлежност апелационог суда, јер може да одлучује о питањима која произађу из пресуде било ког другог суда у Босни и Херцеговини. Уставни суд је (у предмету бр. АП. 775/08, Алијагићи против Републике Српске) укинуо пресуду Врховног суда Републике Српске и мериторно досудио накнаду штете, тако што је ставио на правну снагу ранију пресуду другостепеног суда (Окружног суда у Требињу, бр. Гж. 577/03) у делу који се односи само на накнаду штете. Вид. <http://www.ccbh.ba/bos/odluke/index.php?src=2#>, 10. август 2013. године.

¹⁰ У Немачкој, Аустрији, Белгији, Чешкој, посебан део судске власти је управно судство са управним судом.

федерацијама, могу да се образују врховни судови и у федералним јединицама (САД, Аустралија, Босна и Херцеговина, бивша Југославија). Али, на нивоу државе увек постоји само један суд, највишег и последњег степена. Судови су органи чисто правне природе и суде када постоји правни спор о неком питању, примењујући правне норме у конкретном случају. За разлику од врховног суда, уставни суд је посебан државни орган испод којег нема уставној судског система, у који би, аналогно судству, улазили уставни судови првог и другог степена. У неким федерацијама постоје уставни судови федералних јединица (Немачка, Русија, Босна и Херцеговина, бивша Југославија). Они штите уставе федералних јединица као ужих политичко-територијалних јединица, унутар државе, са којима нижи прописи федералних јединица морају бити сагласни. По самом предмету заштите - уставу федералне јединице, уставни судови федералних јединица су испод уставног суда државе, јер устав федералне јединице мора бити усклађен са федералним уставом. Осим, за неколико изузетака, где постоји више уставних судова, могло би се закључити да сам уставни суд представља једну грану државне власти.

Ипак, у уставним системима где постоји уставни суд, он није усамљен заштитник устава. Редовни судови му у неку руку помажу у том послу, јер и они примењујући закон посредно штите устав. Ако, реалност потврђује написано правило да закони морају бити у складу са уставом, онда је свака примена законске одредбе у судском поступку, уједно, и посредна примена устава. Разлика између норми устава и закона овде је само у степену општости – закон конкретизује део устава. Овом свакодневном применом устава, и када нема уставног спора, судови на посредан начин помажу уставном суду у заштити уставног поретка. Ту су судска и уставној судска власт на истој страни остварења устава и заштите уставности. Оне ће променити табор ако суд примењује одредбе закона које су несагласне уставу. То суд може све док се закон не прогласи неуставним и одстрани из позитивног права. Иако у оваквом „сукобу“ (примена неуставног закона) уставни суд изгледа јача страна, то може бити само привид, јер редовни судови имају чвршћу и интензивнију везу са законом. Судови у свом послу стално тумаче и примењују закон, док уставни суд то чини неупоредиво ређе, само у уставном спору. Уставни суд оживотворује устав, али за живот закона судови су најважнији, јер би без њих били само гомила пуких несанкционисаних правила. Објективно, уставни суд ни логистички није у стању да контролише исправност тумачења и примене закона од стране судова, изузев једног мањег броја, чија је уставност оспорена. Стога, уставни суд ако није у истом „тиму“ са судовима у области примене закона, биће у кудикамо слабијем положају, него судови.¹¹ Решење је једноставно, али у рукама политичких органа - не доносити неуставне законе.

Оно што сигурно разликује уставни суд од врховног суда је мешовита *правно-политичка природа уставног спора*, наспрам правног питања које се

¹¹ Вид. L. Garlicki, 66-68.

решава у судском спору. Заблуда је став да судски спор који доспе пред врховни суд увек има само (пуритански) чист правни значај, напротив, он може да произведе важне друштвене и последице, покрене јавно мњење, донесе политичке промене и сл. Ипак, спор пред врховним судом примарно има правну важност, производи правне последице – потврђује или укида ранију пресуду о неком правном питању, а евентуални политички ефекти су тек у даљем плану. Ово прворедно стварање правних последица, наравно не важи за врховне судове који носе и уставносудску власт. Ти судови, својим правом да прогласе део закона неуставним, стварају и политичке последице, али не за све (*erga omnes*), јер одлука о неуставности закона има дејство у конкретном предмету. На другој страни, одлука уставног суда којом решава нормативни или други уставни спор, увек има неку политичку тежину и ствара непосредне политичке ефекте. То је логично, јер се уставни спорови тичу политичких субјеката, на пример, разрешава се шеф државе, забрањује се рад политичке странке, укида се закон који доноси парламент као политичко представничко тело и др. Изузетак су одлуке по уставним жалбама, где је реч о правном питању остварења и заштите права гарантованог уставом.

Међусобни утицај врховног суда и уставног суда је, по правилу, једносмеран. Он иде од уставног ка врховном суду, а очитује се у могућности укидања судске пресуде и враћању предмета на поновно суђење. У неким државама постоји и формалан утицај врховног суда на уставни суд. То није у вези са самим суђењем уставних спорова, већ се ради о посредном утицају – врховни суд има право да бира или учествује у поступку избора једног броја уставних судија (Италија, Шпанија, Турска, Србија). Овај утицај се исцрпљује једном активношћу, избором уставних судија, тако да у самом раду уставног суда не постоји. Такође, никада врховни суд, или опште правосуђе, не бира све уставне судије, већ само део њих. Остале судије уставног суда бирају органи других грана власти, што је један вид равномерног остварења поделе власти. У једнакој мери начело поделе власти је остварено, ако органи све три власти – законодавне, извршне и судске бирају исти број судија уставног суда (Италија, Србија).

Кад су врховни суд и уставни суд органи највишег државног нивоа и иста хоризонтална раван власти, *који је онда основ права уставног суда да, у одређеним случајевима, попут надређеног органа укине пресуду врховног суда?* Тим пре, што је пресуда врховног суда правоснажан акт највишег органа судске власти. Ово није право уставног суда само према врховном суду, јер и други органи власти законодавне, извршне, управне, локалне, трпе ову супремацију уставног суда. Уставни суд може да укине или поништи законе у делу или у целости, уредбе владе, подзаконске акте органа управе и локалне самоуправе. Правни основ надређености уставног суда свим тим органима, не може бити ништа друго до сам устав. Правна снага устава већа је од свих општих и појединачних правних аката које доносе друге власти у држави, и од

аката врховног суда донетих у форми пресуда и решења. На основу тога, што је први заштитник устава, уставни суд може, ради примене норме највишег правног акта, бити надређен свим другим органима, укључујући и највиши суд. У државама где нема уставног суда, а има уставног судства, врховни суд и остали редовни судови су први заштитници устава. Они су тако органи који имају последњу реч у правном систему.

4. УСТАВНА ЖАЛБА НА РАЗМЕЂУ УСТАВНОГ СУДА И СУДОВА

Правни инструмент који спаја уставни суд са врховним судом и нижим судовима је *уставна жалба*. Поред тога, што их спаја, уставна жалба је и средство којим уставни суд намеће своју вољу судској власти. Она није карактеристична за све уставне судове, али тамо где постоји – прво у Шпанији, Немачкој, Аустрији, а потом и у земљама источне Европе, смањује разлику између уставног суда и судских органа.¹² Уставни суд, најчешће преко поднете му уставне жалбе, прелази границу судске гране власти и решава питања која су предмет судског спора. Уставном жалбом уставни суд може странци повратити неко право које је неуспешно тражила у судском поступку. Тиме се прави изузетак, од базног правила у правосуђу, да судску одлуку може преиспитивати само суд вишег степена (начело независности и двостепености). Ипак, контрола судске одлуке на основу уставне жалбе није исто што и контрола пресуде по поднетом правном леку. По поднетој уставној жалби решава се само дилема уставности која није повезана са другим правним питањима конкретног случаја.¹³ Уставна жалба је један специфичан правни инструмент, а не редован правни лек, за чије подношење треба да буду испуњени посебни услови, и, о којем решава само уставни суд.

Уставна жалба се може посматрати у широј, свеобухватнијој перспективи. Само постојање уставне жалбе указује на намеру уставотворца да под именом заштите уставних права истакне један државни орган, уставни суд. Ако је грађанину остављена могућност да покрене поступак пред уставним судом ради преиспитивања и мериторног одлучивања о правним акатима других јавних власти којима се повређују уставом зајемчена права, онда је јасно да су сви ти јавноправни субјекти под капом уставног суда. Уставна жалба се

¹² Узори данашњих уставних жалби су швајцарска државна жалба. (нем. *staatsrechtliche Beschwerde*) и шпанска жалба *D'Amparo* (постоји и у латиноамеричким државама). Уставна жалба је прво уведена у Немачкој (нем. *Verfassungsbeschwerde*). У последње две деценије уставни системи већег броја држава познају уставну жалбу (осамостаљене бивше југословенске републике, Чешка, Словачка и друге земље средње и источне Европе) и неку врсту уставне жалбе (Португалија, Белгија, вид. Марко Станковић, *Белгијски федерализам*, Београд 2009, 210). Вид. Gerhard Dannemann, „Constitutional Complaints: The European Perspective“, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 43, No. 1, 1994, 144-145.

¹³ *Ibid.*, 142.

може појмити и као алат уставног суда којим утиче на све власти, извршну, законодавну, судску, па чак и уставотворну.¹⁴ Тај утицај би морао бити позитиван, у служби поштовања уставног система. Уставна жалба је још једна потврда супериорне позиције уставног суда у политичком систему и „обезбеђује да се функционисање свих јавних власти, укључујући и судску, одвија у границама објективног права, тј. устава“.¹⁵

Није сасвим јасно, где у правном систему сврстати уставну жалбу. Она није редовно правно средство, а није ни обичан ванредни правни лек иако се може поднети против правоснажног правног акта. Она је правни инструмент чувања устава путем заштите појединог уставног права или слободе. Уставна жалба се подноси у одређеном року уз услов да су искоришћена сва претходна правна средства, ако су уопште прописана. Усмерена је, углавном, против појединачног правног акта (управног акта, судске одлуке и др.) који је донео субјекат који има јавна овлашћења. За подношење уставне жалбе неопходно је и да се испуни услов који је битно разликује од свих других правних лекова – њен предмет је акт којим се крше права или слободе зајемчене уставом. Ови услови нису заједнички свим државама које познају уставну жалбу. Тако је у неким правним системима, могуће поднети уставну жалбу и када није окончан поступак по претходно поднетом правном средству. Таква могућност негде постоји, чак и као правило (Шпанија), а другде су разлози изричито наведени: повреда права на суђење у разумном року, заштита општег интереса, настапак штете која се не би могла накнадити и др. (Немачка, Србија, Чешка). У супротном, да се у таквим случајевима мора сачекати завршетак претходних поступака, подношење уставне жалбе не би имало смисла, она не би ништа могла да промени.

Уставна жалба уноси нејасноћу у однос уставног суда и судске гране власти, јер разлог за њено подношење – повреда или ускраћивање људских права и слобода гарантованих уставом, нема прецизно значење. Чим изостаје услов јасне правне садржине, стоји могућност претеране употребе и злоупотребе. А, сама чињеница, да је уставна жалба установљена у корист грађана и ради заштите њихових уставних права, утицала је на њену популарност и масовно коришћење. Схватање, да је уставна жалба некакав крајњи правни лек генералне примене, може се бранити ставом да се у сваком правном акту власти, којим се одлучује о правима појединца, може пронаћи веза са неким уставним правом или слободом.¹⁶ Са основним људским правима као што су право на

¹⁴ *Ibid.*, 145. У Немачкој и Чешкој може да се оцењује и уставност уставних амандмана.

¹⁵ Дарко Симовић, „Уставна жалба – теоријскоправни оквир“, *Анали Правног факултета у Београду*, 1/2012, 204.

¹⁶ У Немачкој је могуће поднети жалбу против свих аката јавне власти (закона, општих и појединачних аката управе и др.), али када су у питању повреде уставних права онда само ако се ради о повреди „основног права“ (чл. 1-19 Основног закона од 1949) или „права изједначеног са основним правима“ (чл. 20(4), 33, 38, 101, 103, 104 Основног закона од 1949). Вид. Д. Симовић, 201 и 213.

живот, на достојанство, на личну слободу, може се повезати велики број других права и слобода, што онда значи да се основ за уставну жалбу готово увек може пронаћи. Следом таквог схватања, уставном суду би врата у зону рада судске власти била широм отворена. Више не би врховни суд био последња судска инстанца, већ би то постао уставни суд као судски орган коначног степена. Али, овако широка примена уставне жалбе би нарушила не само позицију врховног суда гурајући га за степен ниже, него и јединство судског система. Не би више било искључиве јурисдикције судова у судским споровима. Уставни суд који формално не припада, и хијерархијски се не може уклопити у систем судства, добио би последњу реч у судским предметима. Тиме би најстарије и најважније начело судства, а вероватно и свог уређења власти, начело независности, било поништено.

Уставна жалба је, у уставним системима где постоји, уведена са намером да буде правни пут којим би се изузетно ишло, само када је реч о обиљним кршењима људских права. Она је оправдана као нека мера више правде када је судски поступак правоснажно окончан, сва правна средства искоришћена, а и даље стоје последице повреде неког људског права из устава. Управо важност остваривања и заштите уставних права и слобода оправдава постојање оваквог модификованог правног инструмента.

Ипак, теоријски и нормативни концепт уставне жалбе која треба да исправи погрешно схватање људских права и слобода од стране јавног ауторитета, у пракси се није показао правно савршеним. Напротив, уставна жалба је донела и негативне последице које су утицале како на положај уставног суда, тако и на његов однос са другим органима власти. Унета у правни систем да би потврдила правну супериорност устава, а тиме и уставног суда, уставна жалба је у ствари одмогла оставарењу тог циља. Великим бројем поднетих уставних жалби практично је угрожен највиши положај уставног суда у организацији власти. Уставна жалба је у убедљивој већини случајева неплодотворно правно средство за подносиоца, јер се најчешће одбацује или одбија.¹⁷ Но, та њена неуспешност, као алата за заштиту људског права, није утицала на смањење броја. Сталан пораст уставних жалби, као последње правне шансе у домаћем правном систему, онемогућава уставни суд, схваћен као „државни сандучић за притужбе“,¹⁸ да се бави својом првом и најважнијом надлежношћу – оценом уставности закона.¹⁹ То утиче на однос уставног суда и политичких вла-

¹⁷ У Немачкој је од скоро 176.000 поднетих уставних жалби до краја 2009. године свега 2,4 посто било успешно. Jutta Limbach, *Savezni ustavni sud Njemačke*, Sarajevo, 2012, 35.

¹⁸ *Ibid.*, 35. У Немачкој од 1991. године годишњи прилив уставних жалби није мањи од 4.000 годишње. У Србији је само у првој половини 2012. године поднето 5.693 уставних жалби (које улазе у број од укупно чак 13.688 нерешених уставних жалби), http://www.politika.rs/rubrike/Hronika/Pred-sudijama-Ustavnog-suda-Srbije-13_688-neresenih-zalbi.lt.html, 15. август 2013. године.

¹⁹ По речима председника Уставног суда Србије, Драгише Слијепчевића, Уставни суд се не може бавити „свим и свачим. Он се мора бавити само питањима која су од значаја за правни поредак, владавину права и очување демократије, а то свакако неће чинити ако мора да износи на пленар-

сти, законодавства и егзекутиве, јер уставни суд физички тешко може да прати њихове нормативне активности. Ово је посебно наглашено у „транзиционим“ државама међу које спада и Србија, где је већ годинама енормна плодотворност законодавца, што подразумева доношење и мноштва подзаконских прописа. Претрпан уставним жалбама, уставни суд оставља, мада, рекло би се, невољно, слободан простор политичким властима да доносе правне акте какве желе и тако без последица, бар у прву руку, излазе ван граница устава.

У неким уставним системима, уставна жалба је послужила и као критеријум поделе уставних норми (Немачка). Прву групу чине уставне норме које уживају непосредну уставносудску заштиту по поднетој уставној жалби, а другу групу оне норме устава код којих такве заштите нема. Такво груписање одредби устава на првокласне и оне друге, логично води исходу да потоње морају бити у складу са првима. Даљом правном доследношћу дошло би се до тога да то мења сам правни положај уставног суда. Он би, по основу различите правне снаге норми самог устава, теоријски, могао да оцењује и уставност „обичних“ уставних норми у односу на „супер“ уставне норме – оне које се штите и уставном жалбом. То би значило да уставни суд више не би оценом уставности градио однос са другим органима власти, већ на неки начин и са самим собом, јер би ценио уставност једне уставне норме у односу на другу. Тиме би се, на концу, обесмислило положај уставног суда као заштитника устава - од самог устава.

И путем уставне жалбе може да се покрене најважнија надлежност уставног суда и оствари правни однос са другим органима власти. Тамо где се уставна жалба не може поднети непосредно против закона и других општих правних аката, постоји могућност (Србија) да уставна жалба ипак доведе до оцене уставности и законитости. Ако постоји „разумна сумња“, Уставни суд ће застати са поступком по уставној жалби и по службеној дужности покренути поступак оцене уставности и законитости прописа на основу кога је донет акт којим се крши уставно право грађанина.²⁰ На овај начин, уставни суд преко уставне жалбе остварује непосредан утицај на законодавну и извршну власт оценом неког њиховог акта неуставним. *Решавање сукоба надлежности између судова и других државних органа, такође је надлежност, путем које уставни суд утиче на судску власт, додуше у мањој мери. Уобичајено је да уставни суд решава чешће негативне и ређе позитивне сукобе надлежности различитих органа власти.*²¹ Када је у питању спор око стварне и месне надлежности судова, његово

ну седницу баш све што му се достави“, <http://www.ustavni.sud.rs/page/view/158-101451/izmene-zakona-na-jesen>, 15. август 2013. године.

²⁰ Ставови Уставног суда у поступку испитивања и одлучивања по уставној жалби, Су бр. 1–8/11/9 од 2. априла 2009, у: Д. Симовић, 211.

²¹ У Шпанији Уставни суд решава сукобе овлашћења органа законодавне, извршне и представника судске власти: Конгреса, Владе и Генералног савета судске власти. Вид. Gerardo Ruiz-Rico Ruiz, „Ustavno sudstvo u Španiji – Nadležnosti i uravnoteženje aktivnosti Ustavnog suda“, *Pravni život* 11/1997, том III, 935-936.

решавање остаје унутар судске власти. Непосредно виши суд, све до врховног суда, решава сукоб надлежности више судова. Надлежност уставног суда да решава сукоб надлежности суда и другог државног органа је кориговање правила да о спорној надлежности суда у конкретном случају одлучује судски орган. Овде формиран однос уставног суда и судске власти је рационалан, јер је уставни суд објективни пресудитељ спора о надлежности који је најмање неприхватљив за обе стране. У новијој уставној судској пракси у Србији сукоба надлежности спора да и нема²², што утицај уставној судској власти на судску власт, по овим предметима, чини реално занемарљивим.

5. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Однос уставног судства са судском граном власти теже је сагледати, него његов однос са другим државним властима, законодавством и егзекутивом. Упростило речено, законодавна власт доноси законе, а извршна власт их извршава и ствара подзаконске акте. Обављајући своје делатности ове две власти не решавају спорове о праву.²³ Уставној судској и судској власти управо то раде – прва, доноси одлуку у неком уставном спору, а друга, пресуду у судском спору. У државама где није успостављен уставни суд, уставној судској делатности обавља највиши суд судског система, обично врховни суд. Али, право оцене уставности правних аката имају и редовни судови нижег степена, тако да се ту и не може говорити о посебном уставној судском и судском односу. Чињеница, да је од првог уставног спора (када се још није тако звао) па све до појаве уставних судова, те спорове решавао суд опште надлежности, казује да је уставни спор произашао из судског спора. Уставни спор, суштински, и није друго, до посебан судски спор са додатком политике.

Уставни спорови се решавају по правилима судског поступка, уз неке процесне посебности. Поступак пред уставним судом је прилагођени судски поступак који почиње формалним испитивањем предлога, наставља се утврђивањем чињеница, а завршава применом материјалног права и изрицањем пресуде (одлуке). Тек читав век касније, почетком рада аустријског Уставног суда (1921), органски је раздвојен уставни од судског спора. Ипак, посебан орган власти, уставни суд не постоји у већем броју држава које, пак, имају уставно судство. Тиме овај „органски“ критеријум одвајања судске и уставној судској власти може бити само помоћни.

Уставна жалба је једно правно средство заштите људских права које се може поднети само уставном суду. Као таква, она повлачи разлику између суд-

²² Тек један закључак о одбацивању Уставног суда Србије (бр. III У-95/2009).

²³ Тамо где управни суд није део судске власти, решавање управног спора је надлежност извршне (управне) гране власти (Француска), а такође и парламент као законодавна власт понегде врши одређену судску функцију, тако што суди државним функционерима (*impeachment*, САД).

ства и уставног судства, али је њен недостатак у томе што није општеприхваћена. Штавише, тек мањи број уставних судова има надлежност решавања уставних жалби.

Као трајни критеријум разликовања судства и уставног судства, али не сасвим јасан и увек видљив, остаје једино различита природа два спора. Спор пред редовним судом је правно питање, а уставносудски спор, поред права, дубоко задире и у политику, како резонем и размишљањем уставних судија при доношењу одлуке, тако и последицама које та одлука ствара.

Dr. Slobodan P. Orlović,
Assistant Professor

CONSTITUTIONAL AND JUDICIAL AUTHORITY

Summary

This article attempts to shed more light on the complex relation between constitutional and judicial authorities. Although both authorities “judge” and act from the highest power position standing behind the application of law, a distinction can be drawn between the two. Relation between constitutional and ordinary courts is made more complex by the diversity and commonality of the constitutional court or other body in charge, from one state to another; by constitutional complaint as a specific remedy, by the nature of judicial and constitutional disputes and other facts.

Key words: *constitutional court, judiciary, constitutional court, supreme court, constitutional complaint, constitutional and judicial dispute.*

PERSONS' CASE – ПРИМЕР ТУМАЧЕЊА ПРАВА КОЈИ ЈЕ ПРОМЕНИО АНГЛОАМЕРИЧКУ ПРАВНУ ТЕОРИЈУ И ПРАКСУ

Доц. др Драгана Ћорић*

Тојнби: Вођење демократског подухвата, организације или институције деликатнији је и тежи задатак од харизматског, дикаторског вођства.....вођа своје грађане мора да придобије за сарадњу рационално их убеђујући да је политика коју предлаже исправна.

Икеда: Права вредност вође зависи од тога колико добро припрема оне који ће ићи његовим стопама. Он мора својим следбеницима предочити да имају на уму не идеју личне користи или испуњења личне похлепе, већ идеју благостања и будућности за цело човечанство.

Арнолд Тојнби, Даисаку Икеда: Дијалог - Изабери живот, Дерета, 2005, стр. 219-220.

Апстракт: *Да ли су жене особе у смислу права и привилегија, или су стално и вечито под мушком влашћу, те спречене да остварују било какве привилегије и права током свог живота – питање је које је деценијама заокупљало посебно англоамеричку правну теорију и праксу. Уврежено становиште је говорило против могућности жена за учешће у било којој активности, сем вођења домаћинства. Међутим привредни развој, па самим тим и развој друштва и настанак нових и другачијих друштвених односа, довели су до интензивирања говора о активном и пасивном бирачком праву жена, као и о њиховом учешћу у обављању јавних функција. Persons' Case јесте био један од многих случајева и поступака који су жене током 19. и почетком 20. века водиле да би оствариле своја већ негде раније загарантована права, али се сматра најзначајнијим, јер је екстензивно тумачење којем су прибегли судије највишег суда да би признали женама управо пасивно бирачко право и приступ највишим законодавним и извршним органима, довело до заокрета у поимању овог питања. Цитиран много пута од тада, не само у Канади, месту свог постанка, него на подручју осталих чланица англоамеричке породице права, чак*

* Правни факултет у Новом Саду

и у земљама европскоконтиненталне провенијенције, Persons' Case је потпуно оправдано предмет овог рада.

Кључне речи: *Persons' Case, активно и пасивно бирачко право за жене.*

УВОДНЕ НАПОМЕНЕ (О ТУМАЧЕЊУ)

Сложеност света око нас и односа у њему, било које врсте, доводи нас у свакодневну позицију – тумача, или оног коме се нешто тумачи, објашњава. Објашњавамо и тумачимо природне појаве, тражећи њихове узроке, проучавајући њихове последице, тражећи начина да неке од њих због својих разорних дејстава предупредимо или последице умањимо. Проучавамо друштвене појаве и понашање људи, објашњавамо их, опет због потребе предвиђања и установљавања образаца понашања у одређеним ситуацијама. Тумачимо политичке говоре, књижевна дела, нечије конклюдентне радње; тумачимо, објашњавамо људски говор, речи, гестове, правне одредбе. „Тумачењу претходи разумевање, јер нешто можемо протумачити тек пошто смо га разумели... тумачење је изведени моменат разумевања“¹. **Тумачење** јесте „...интелектуална делатност којом се одређују значења културних појава на начин да се оне стављају у однос са њиховим друштвеним и индивидуалним контекстима“². Стога херменеутика, иако њена стриктна правила више проучавамо у оквиру теорије права, али и психологије, филологије и других наука, јесте заправо саставни део наших живота у сваком смислу.

Тумачење настаје, бар кад је у питању тумачење права, истовремено и са првим правним текстовима. Хермес, Зевсов гласник, сходно миту, први је познати тумач порука свог оца обичним људима, посредник између „оног што је речено, замишљено“ и „оног што треба да се уради, како треба да се поступи“. Сложеност друштвених односа и честа статичност правних норми са друге стране јесу управо две стране у процесу тумачења, где тумачење, као посебна врста ваге, треба да изједначи тежину на сваком свом тасу. Успостављање једнакости између стварности, динамичне, слојевите и вишезначне, и посебно правног текста, који у својој формулацији неретко носи терет времена, традиције и друштвених односа времена у коме је настао, изузетно је тежак и захтеван посао. Овај задатак се чини још тежим када га извршавају недовољно стручна лица, или када га извршавају стручна лица, али на погрешан или намерно злонамеран начин. Опасности тумачења и доласка до правог смисла и значења неке поруке су многе, последице могу бити далекосежне (нпр. тумачење права у англосаксонским правним системима неретко доводи до стварања права³), и

¹ Гордана Вукадиновић, Теорија државе и права 2, Футура, Петроварадин, 2007, стр. 174.

² Никола Висковић, Тумачење у праву, Правни живот, Београд, 1988, бр 7-8, стр. 999.

³ Бранислав Ристивојевић, Тумачење у српској науци кривичног права, Центар за издавачку делатност Правног факултета у Новом Саду, 2010, стр. 31.

одвести до ограничавања или укидања неких раније гарантованих права. Стога, бављење тумачењем представља врхунац бављења правом.

Разликујемо две главне врсте тумачења, *према субјекту тумачења*: када овај задатак врше државни органи и када то чине недржавни органи. Тумачење аката које врши државни орган, ако је тај исти акт донео орган који га тумачи, обавезујуће је за орган и њему подређене државне органе, као и за остале субјекте на које се односе те норме. Законодавни орган изузетно приступа тумачењу аката које доноси; ако то и учини, исто тумачење се назива *аутентичним тумачењем или интерпретативним законом*, и чини органско јединство са актом који је био предмет тумачења. Судови, са друге стране, приступају тзв. *казуистичном тумачењу права*, јер то чине у циљу супсумирања једне конкретне ситуације поводом које морају донети одређену одлуку, под одређене опште правне норме. Вишестепеност суђења говори у прилог томе да се тумачења нижих судова могу понекад сматрати недовољно добрим, јасним или стручним, али да зато постоје „умније главе“ на вишим судским инстанцама које ће проверити правилност процеса тумачења извршеног од стране нижих судова.

На крају, и недржавни субјекти могу приступити тумачењу норми и аката, било оних које су они лично донели, или неких других. Међутим, резултати оваквих тумачења се ниско котирају на лествици поузданости.

Савремена правна наука познаје бројна средства тумачења правних норми. Тако разликујемо **језичко, логичко, систематско, историјско, и циљно тумачење**. Језичко тумачење је тумачење на основу језика, у циљу доласка до правог значења неке норме, путем елемената језика и његових правила.⁴ Оно је прво и основно тумачење којим започиње сваки процес тумачења права. У случају да норма није у потпуности јасна и након језичког тумачења, једна од могућности за утврђивање правог значења правне норме јесте употреба логичког тумачења. Логичко тумачење има своја два вида: један за проверу раније утврђеног значења путем неког другог тумачења, а други да изводи нова значења до којих се не може доћи другим средствима тумачења. У првој групи тумачења налазе се: *argumentum a contrario*⁵, *argumentum a simili ad simile*⁶ и *argumentum a fortiori*⁷. У другој групи тумачења налазе се дословно, прошире-

⁴ Гордана Вукадиновић, наведено дело, стр. 179.

⁵ Разлог супротности, до правог значења се долази провером тако што се утврђује и супротно од оног што је записано у норми. Гордана Вукадиновић, наведено дело, стр. 183.

⁶ Аналогија, или тити аргумент сличности. На један случај који није регулисан нормама, а сличан је по својим карактеристикама неком односу који је већ регулисан, има се применити норма која регулише тај сличан случај. Гордана Вукадиновић, наведено дело, стр. 184.

⁷ Аргумент којим се из једне изричите нормативне квалификације неког односа закључује да иста квалификација припада и неком другом односу зато што он има јачи, важнији разлог. Има своја два облика: закључивање од мањег ка већем (*argumentum a minori ad maius*) и закључивање од већег ка мањем (*argumentum a maiori ad minus*). Гордана Вукадиновић, наведено дело, стр. 185.

но и сужено тумачење. Ова средства се употребљавају када је значење одредбе адекватно (тумачи се онако како пише и никако другачије), или је пак то значење неадекватно у смислу да је прешироко или преуско.

Даље, системско тумачење је „поступак којим се откривају значења једне норме тако да се међусобно повезују и допуњују елементи те норме, који се налазе у различитим одредбама или тако да се та норма повезује и разјашњава помоћу других норми из правног система“.⁸ Дакле, понекад је могуће спознати суштину и значење правне норме само ако се она посматра у контексту целог система права.

Историјско тумачење представља средство тумачења права којим се установљава право значење норми сходно историјском контексту времена у коме је та норма настала. И на крају, циљно тумачење, често називано и „главним начином разумевања правних норми“,⁹ представља начин доласка до правог значења неке норме путем прецизирања разлога, циља постојања саме норме.

Случај који желимо представити у овом раду је током 20-их година 20. века био поприште борбе различитих средстава тумачења. Обе заинтересоване стране су у својим аргументима користиле чак и иста средства тумачења, али их циљано примењујући на одређене делове норме чије је тумачење тражено, а не на норму у целини. Тек је највиши суд, *Judicial Comitee of Privy Council*, **применом језичког и екстензивног тумачења, донео потпуно логички и технички исправну одлуку и установио право значење.**

Управо због изражене креаторске улоге англоамеричких судова приликом тумачења права и примене права на појединачне случајеве, те стварањем прецедената као посебног и неуобичајеног извора права, државе које припадају овој породици права су стварале акте посвећене тумачењу права.¹⁰ Међутим, чак је и примена прецизних аката недовољно јасно изграђена хијерархија аката, као и надлежност државних органа Канаде и матице Велике Британије, питање које је кулминирало пресудом 1929. године, “развлачило“ деценијама по судовима различитих инстанци, у истом или сличном облику. **Да ли су жене само ствари које говоре, подобне да буду једино кривци када почине штету или да буду због тога кажњене, и истовремено лишене свих права и привилегија,** питање је које је заокупљало англоамеричку правну и теорију и

⁸ Цитат из дела Николе Висковића, према: Гордана Вукадиновић, наведено дело, стр. 187.

⁹ Гордана Вукадиновић, наведено дело, стр. 190.

¹⁰ Бранислав Ристивојевић, наведено дело, стр. 20-22. Аутор наводи да common law систем настаје из жеље нове владајуће класе у Енглеској, након норманског освајања, да створи ново право, неспутано од старих обичаја, а да би ујединило на правном политичком и можда покушало и на духовном нивоу, да уједини све нове освојене просторе. Мањкавост претходно изграђеног система, његова недовољна логичка кохерентност, те самим тим и немогућност постојања позитивног узора, довели су до стварања прецедентног система каквим га и данас познајемо, са свим предностима и манама.

праксу од 60-их година 19. века. Чак су и два знаменита човека, отац и син, током ове расправе завршила на супротстављеним страна: Џејмс Стјуарт Мил је 1867. године сматрао да женама не треба дозволити да обављају ниједну јавну функцију, колико год способне биле, јер „нису мушкарци“, и то је главни разлог који им укида ту могућност, док је његов син Џон Стјуарт Мил у снажном и дирљивом говору 1871. Године подржао борбу за женска права, посебно за активно и пасивно бирачко право¹¹.

Persons' Case је започет 1927. године, а окончан одлуком највишег суда 18. октобра 1929. године, у корист пет тужила. Сама одлука, која је уврштена међу 25 најзначајнијих догађаја у канадској историји 20. века, формирала је и сада распрострањену доктрину екстензивног тумачења под називом *living tree doctrine*.

ДРУШТВЕНЕ, ЕКОНОМСКЕ И ДРУГЕ ОКОЛНОСТИ НАСТАНКА СЛУЧАЈА PERSONS' CASE

Алберта је статус провинције у Канади добила 1905. године, након дуге кампање за њену независност и аутономију. Велики део ове провинције је представљао француски и шпански део федералне државе Луизијане, која је делом продата САД-у 1803. године. До 1821. године је трајала битка за превласт над преосталим, непродатим делом ове државе. Тада је коначно британска Влада наредила престанак непријатељстава. До 1900. године и почетка новог века у Алберти, као месту сусрета многих култура, правних традиција досељеника, али и матичних становника, доминирају као основне привредне гране пољопривреда и трговина.¹² До 1921. године Алберта броји скоро 600.000 становника, а у периоду од 1921. до 1935. године на власти у Алберти се налази странка Уједињених фармера Алберте. Наравно, и она је имала своје многобројне фракције, укључујући и посебне покрете жена фармера, али и жена у другим професијама које су им биле тада дозвољене. Савремени историчари и конституционалисти истичу да је Алберта због свог географског положаја, јединствене топографије, али и привредних прилика које су у великом утицале и на политичке прилике, представљала праву раскрсницу различитих утицаја.¹³

Конституционални принципи су прихватани од Британаца, наводе ови аутори, али прилагођавани сопственим потребама, тачније, тумачени на начин да то одговара специфичностима овог поднебља. Историја, али и право Алберте

¹¹ Доступно на: http://womenshistory.about.com/library/etext/bl1911_womenq.htm

¹² Holt, Faye Reineberg (2009). *Alberta: A History in Photographs*. Heritage House; Lancaster: Gazelle,

¹³ Richard Conors, John M. Law, *Legal and Constitutional History of Alberta*, in *Forging Alberta's Constitutional Framework*, by Richard Conors and John M. Law editors, University of Alberta Press, 2005, pg i-xxix.

су „**исковани управо кроз процесе прилагођавања, преговоре и препознавање потребе да глас сваког човека треба да се чује**“.¹⁴ У том и таквом миљеу започиње и прича о пет жена које су освојиле, заправо већ постојеће, пасивно бирачко право у Канади и тиме женама отвориле пут до највиших законодавних и извршних инстанци у земљи.

Да ли су жене особе и самим тим подобне за вршење јавне функције у Канади, као и у Великој Британији и другим њеним колонијама, питање је које је пратило Емили Марфи и Елис Џејмисон од њиховог постављења на места судија у Алберти. Првог радног дана као судија, у октобру 1916. године, Емили Марфи је била суочена са оштрим нападом једног адвоката, који је покушао дискредитовати њен начин одлучивања, рекавши да она није „особа“ у правном смислу, те да не може да обавља посао судије. Свој аргумент је овај адвокат базирао на одлуци енглеског врховног суда из 1876. године, која је тада већ била застарела, али никада формално и није била стављена ван снаге. Према диспозитиву те пресуде, жене су особе само у смислу кривице за штету коју почине и казни које треба да буду примењене према њима, а нису особе у смислу права и привилегија. Будући да је судска позиција привилегија, тако Емили Марфи седи на свом судијском месту нелегално, те свака одлука коју донесе неће бити валидна. Врховни суд Алберте је ипак стао на страну судије Марфи, те је подржао њену пресуду, а самим тим и посредно њену способност да се бави јавним послом.

У поступку по жалби поводом првог случаја судије Марфи, познатог као *Rex v. Cyr*¹⁵, Лизи Сајр, која је била осуђена на 6 месеци тешког рада због скитње, тражила је поништај те одлуке, јер ју је донела судија жена. Ироничне су две околности и самим тим два основа на којима је била заснована ова жалба. Оптужена, будући да је жена, истицано је у жалби, не подлеже опису скитнице у кривичном закону Канаде; са друге стране, судија која ју је осудила је такође жена, те није била способна или подобна да то ради зато што је жена. Судија Скот, председник вишег суда који је решавао по овој жалби, није имао проблем око пресуђивања првог основа: ког год да је пола, скитница је, те самим тим подлеже казни прописаној законом. Са друге стране, истичући да Алберта ипак није везана историјским изузећем које постоји у *common law* систему, те да не постоји правна дисквалификација да се обавља јавна функција на основу пола, тиме се судији Марфи признаје право да се бави јавном функцијом и буде судија, те су и њене одлуке валидне и легалне.

Развој права у Алберти није имао пуно утицаја на развој права у другим провинцијама.¹⁶ Притисак за промене је, наравно, долазио са више страна, јер

¹⁴ Richard Conors, John M. Law, наведено дело.

¹⁵ Constance Backhouse, *Gender and Race in the construction of „Legal Professionalism“*, доступно на: http://www.lsuc.on.ca/media/constance_backhouse_gender_and_race.pdf, више о самом случају у: Donald Wetherell, Catherine Cavanaugh, Michael Payne, *Alberta Formed, Alberta Transformed*, University of Alberta Press, 2006.

¹⁶ <http://www.collectionscanada.gc.ca/women/030001-1111-e.html>

су у периоду између 1916. и 1925. године жене добиле право да буду чланице федералног Представничког дома и у свим провинцијским законодавним телима, изузев у Квебеку и Њу Брунsvику. Алберта је као прве жене чланице законодавног тела изабрао Луиз МекКинли и Роберту МекАдамс 1917. године, Ајрин Парлби 1921. године и Нили МекКлунг годину дана касније. У Британској Колумбији Мери Елен Смит је изабрана 1918, а 1919. године М.О. Рамсланд у Саскачевану. Мери Елен Смит је именована у кабинет (владу) Британске Колумбије 1921, а за њом и Ајрин Парлби, као министарка без портфеља у оквиру Уједињене Фармерске Владе у Алберти. Исте године, Агнес МекФејл је заузела место прве жене у Представничком дому.

Дуго и доследно одбијање приступа женама у Сенат је било провоцирано предрасудама, више него законским ограничењима, којих као што ће бити видљиво у самом тексту, и није било. Непријатељски тонови од стране министара су ишли дотле да су извор за своја противљења налазили чак и у латинском језику, говорећи „да латински језик не познаје реч за сенаторку, јер је то институција и назив преузет одатле“. То што неко није „особа“ у том смислу, значи забрањен приступ слободним професијама, укључујући право студирања, вршење јавне функције и сл.

На основу одељка 60 BNA Act-а, свако заинтересовано лице може директно од Владе захтевати тумачење било ког дела овог акта. Министарству правде је остављено да одлучи, да ли је ово питање од довољног значаја да би се о њему расправљало; тада би влада уложила значајан напор да се то питање реши и, веома значајно, трошкови поступка би могли бити преузети у потпуности од стране државе. Одлучено је: случај под службеним називом: *Henrietta Muir Edwards v. Attorney General of Canada* је покренут у октобру 1927. године, као још један у низу случајева који су се односили на тумачење речи „особа“.¹⁷

Савремени правни теоретичари посебно истичу случај *De Souza v. Cobden*, због своје изразите парадоксалности. Наиме, Џејн Кобден је у неким ситуацијама, сходно одлуци суда, могла бити сматрана „особом“ у смислу „особе подобне да врши јавну функцију“, само када је гласала у општинском већу Лондона. Међутим, није могла бити сматрана „особом“ у наведеном смислу, по основу свог пола који ју је дисквалификовао да уопште и буде изабрана на место чланице општинског већа¹⁸. У случају *Chorlton v. Lings*, разматрано је да ли

¹⁷ Лејди Ландхурст је 1889. године изабрана у Лондонско општинско веће, али је дисквалификована након судског поступка који је покренуо њен противник на изборима које је изгубио. Маргарет Хејг, виконтеса Ронда, је 1922. године тражила да уђе у Дом лордова, међутим, није успела. „Единбуршка седморка“ је назив за седам жена које су успеле да се упишу на медицински факултет универзитета у Единбургу почетком 20. века. Међутим, притисак јавности и самих професора, који су одбијали да држе предавања њиховој групи, довео је до преиначења одлуке самог факултета, те је њихово студирање обустављено. Наравно, ниједна жалба није уродила плодом. Више о овоме: Vivian Hughes, How the famous Five in Canada won personhood for Woman, London Journal of Canadian Studies, 2001/2002, vol. 17, pg 60- 73

¹⁸ Доступно на: <http://www.nonhumanrightsproject.org/2011/05/14/there-are-persons-an-then-again-there-are-%E2%80%9Cpersons-%E2%80%9D/>

се под термином „сваки човек“ подразумева и жена. Суд је стао на становиште да сходно и самом уобичајеном значењу те речи, а и према *Representation of the People Act* из 1867. године, где је наведено да „сваки човек може бити регистрован за бирача, али под условом да нема неких правних ограничења у погледу било ког дела своје способности“, жене морају бити искључене, тј. не могу имати ни активно ни пасивно бирачко право.¹⁹

ПОЧЕТАК СЛУЧАЈА

Судија Марфи је одлучила да покрене захтев пред одговарајућим судским инстанцама, да би добила тумачење једне одредбе уставног акта, под називом *British North America Act* (у даљем тексту: *BNA Act*) из 1876. године: **да ли жене могу бити кандидати за улазак у Сенат, било да буду само именоване по посебној процедури или да изађу на изборе?** Незауостављиве у својој потрази за реформом, судија Марфи и још 4 знамените жене: Ајрин Парлби (вођа покрета жена фармера и касније прва министарка у кабинету Канаде), Нили МекКлунг (суфражеткиња, борац за женска гласачка права), Луиз МекКинли (прва жена изабрана за посланицу у Сенату) и Хенријета Едвардс (заступник радница и оснивач Викторијанског реда медицинских сестара од 1897. године), обратили су се *Privy Council of England* (првостепеном судском већу). Претходна степеница је била обраћање *Governor general in Council* (премијеру):

„Будући да смо заинтересоване за учешће жена у Сенату, то вам прослеђујемо наредна питања са молбом да их проследите Врховном суду Канаде на разматрање и одлучивање о уставним питањима²⁰:

1. Ко има моћ да женама дозволи учешће у сенату, да ли Ви или Парламент Канаде?

2. Да ли је уставно могуће да Парламент Канаде на основу одредби *BNA Act-a* или на други начин, створи одредбу на основу које ће бити могуће кандидовање и улаз жена у Сенат?

Питања су постављена у складу са одељком 60 *Supreme Court Acta*, из 1906. године“.

Изостанак званичних реакција неколико месеци, али и погрешно тумачење постављених питања (у јавности се створио став да је постављено

¹⁹ Доступно на: <http://www.historyofwomen.org/suffragecuttings.html#section6>

²⁰ Petition of August 27, 1927, containing the five Alberta women's two questions. The petition was sent to the Department of Justice in September 1927 by the Privy Council Office of Canada. National Archives of Canada RG 13, vol. 2524, file C1044, доступно на: http://epe.lac-bac.gc.ca/100/206/301/lac-bac/famous_five-ef/www.lac-bac.gc.ca/famous5/05300301_e.html Пун текст овог писма наводимо због значаја саме расправе.

питање гласило²¹: „да ли се под речи ‘особа’ подразумевају и особе женског пола?“) додато је још једно, надале су се, појашњавајуће питање: **Ако иједан пропис може бити основ за квалификовање жена да буду чланице Сената, да ли би тај пропис требао донети Imperial Parliament, или та моћ припада парламенту или сенату саме Канаде?**

Иако су биле оштро супротстављене потпуно другачијем питању о коме ће суд разматрати, на крају су пристале да се ипак о томе на тај начин и расправља. У супротном, био би им онемогућен приступ овим инстанцама, по сличном основу, чак и ако буде другачије формулисано. Власт је сматрала да знак добре воље тужиља треба наградити: дозвољено им је да саме одаберу свог заступника пред судом, коме ће држава надокнадити трошкове поступка.²²

24. априла 1928. године, Врховни суд Канаде у саставу судија Френсис Александер Англин, председник суда, и судије: Даф, Мињол, Ламонт и Смит је донео кратку одлуку која гласи: **на питање које се тумачи као – да ли су жене подобне да буду чланови Сената канаде, одговор је негативан.**²³

Првостепени суд је починио материјалну грешку оцењујући и упоређујући термине „подобан“ и „квалификован“ са „особом“, што није и не може бити ни исто ни сродно за упоређивање. Иако незадовољне формулацијом сопственог питања које је било предмет разматрања првостепеног суда, приликом упућивања новог захтева још вишем суду у Лондону, тужиље су остале при тој, за њих спорној формулацији.²⁴

ОДЛУКА ВИШЕГ СУДА (JUDICIAL COMITEE OF PRIVY COUNCIL)

Приликом разматрања овог питања виши суд *Judicial Comitee of Privy Council* се децидно изјаснио да неће узимати у обзир „политичку позадину овог случаја“. Акт на основу кога се вршио избор сенатора је донет 1867. годи-

²¹ Letter from Emily Murphy to the Deputy Minister of Justice (November 9, 1927). She is surprised that the question he submitted to the Supreme Court did not reflect the meaning of the questions in the petition. National Archives of Canada RG 13, vol. 2524, file C1044

²² У изворима се наводи објашњење овакве тактике тадашњег министра правде. Наиме, наметање заступника женама које се боре за своја бирачка и права кандидовања лоше би одјекнуло у јавности. Са друге стране, могућност избора заступника је био компромис - тужиље би стекле утисак да су освојиле малу победу, али би заправо министарство, суд и све друге институције њих искључиле, уз њихову сагласност, из директних контаката са осталим институцијама.

²³ Supreme Court of Canada decision (April 24, 1928). “The question being understood to be ‘are women eligible for appointment to the Senate of Canada’ the question is answered in the negative.” National Archives of Canada RG 125, vol. 563, file 5426. Потпун текст пресуде: <http://www.chrc-ccdp.ca/en/browseSubjects/edwardsscc.asp>

²⁴ Appeal of the five Alberta women to the Judicial Committee of the Privy Council in London, presented to the Governor General (May 1928). National Archives of Canada RG 13, vol. 2524, file C1044, доступно на: http://epe.lac-bac.gc.ca/100/206/301/lac-bac/famous_five-ef/www.lac-bac.gc.ca/famous5/05300313_e.html

не и многе његове одредбе су и поред вишедеценијског протекла времена остале нетакнуте. Стога, суд је стао на становиште да ако се под „квалификованим“ сматрају жене то је, применом историјског и циљног тумачења, морало бити и тада у моменту када је акт донет.²⁵

Одељак 24 ВНА акта који су тужиле оспоравале у члановима 21-36 регулише избор сенатора и конституисање Сената. У чл. 24 се говори да ће се времена на време генерални гувернер у име Краљице, путем одређеног Инструмента власти и овлашћењем које му је дато као носиоца Печата, именовати неке особе и без избора, да буду сенатори. Број тих квалификованих особа, које ће тако „ући“ у сенат је 3 или 6, у зависности од тога која ће три дела Канаде представљати и у ком броју. Број сенатора не сме да прелази 78. Судија Марфи и њене сараднице су управо тај део хтеле да искористе, који се односи на именовање 3 или 6 сенатора, без директног избора.

Интересантно је напоменути да је овај суд сматрао да у случајевима, као што су *Stradling v. Morgan (1560)*²⁶, и *Hawkins v. Gathercole*²⁷ (1880), не треба гледати само пуке речи парламента, већ и намеру законодавца настанка неке норме, као и историјске и друге околности. Наводе да је једно од основних правила у стварању и тумачењу права када је могуће да норма има више од једног значења, да се мора узети оно значење које је уобичајено и најчешће. Сенатор је био и тада када је доношен закон - нова функција, што значи да **не постоји историјат ове функције, те стога и традиција и правила тим поводом, те да се приликом тумачења речи „сенатор“ мора узети оно значење које најбоље и најприближније описује савременост ове функције.**

Сматрано је, да, сходно common law праву, канонском праву, па чак и правилима римског права, немогуће је женама дати могућност да врше било коју јавну функцију, јер оне за то нису способне због својих менталних и физичких предиспозиција. Међутим, **у контексту савременог доба у коме се ово разматра, такво схватање се сматра лошим**, те је „недопустиво да жене и даље буду само декор, коме се не треба указивати никакво поштовање“. Лоше је, наводе даље судије овог суда, „неког искључити из живота на основу пола, као да је то учињено на основу интелекта или богатства или друге вредности, што је потпуно супротно једној од највећих традиција наше цивилизације, а то је част и поштовање према женама“. Судија Сенки, председник суда, у свом излагању тврди да то није његов усамљен став, већ да постоји у делима позна-

²⁵ Reference to Meaning of Word “Persons” in Section 24 of British North America Act, 1867. (Judicial Committee of The Privy Council), *Edwards v. A.G. of Canada* [1930] A.C. 124, доступно на: <http://www.chrc-ccdp.ca/en/browseSubjects/edwardspc.asp>

²⁶ Christopher Enright, *Legal Method*, Sinch, 2 009, доступно на: <http://www.simplifylaw.com/books/legalmethod/index166.html>

²⁷ Ged Martin: *Michael Augustus Gathercole, controversial Anglican Cleric*, доступно на: http://www.gedmartin.net/index.php?option=com_content&task=view&id=168&Itemid=3

тог правника из 17. века, Џона Селдена (Selden Works)²⁸, у оквиру дискусије о пореклу изузећа жена из судских и других јавних функција, где је аутор тврдио да је искључење настало по основу привилегија на основу пола. У многим правима је ово изузеће превагнуло, чак и у грађанском и канонском праву.

„Са друге стране, знамо да се о правима жена и мушкараца последњих година доста расправља, те се полако мења и мишљење да женама ипак требају дати нека права и привилегије. Да ли је баш јасно изречено да жене могу бити способне за обављање јавних функција или је можда јасно изречено да не могу. Оваква привилегија се не даје кришом, нити је могуће гарантовати исту на основу спорадичних случајно изабраних делова закона и вештог склапања речи које се налазе у законима“²⁹. **Због тога, наводе судије, нема сумње да када стоји самостално, реч „особа“ подразумева и особе женског пола. Међутим реч „квалификован“ сужава овај круг лица, те их оставља само на кругу „разумних“ лица.** Чланови овог одељка 23–26 посебно говоре о сенатору, где се имплицира да се говори само о мушкарцима, јер се говори о онима који су рођени на територији Канаде или натурализовани одлуком власти, а не спомињу се они држављани Канаде који то постају склапањем брака, што би имплицирало жене, али не све жене, већ само изванредан број њих.

Да би ово разјаснили, судије су приликом разматрања питања узели у обзир *Lord Brougham's Act*³⁰ - због одредбе о тумачењу, **да сви акти који спомињу мушки род подразумевају и женски род, било да су у једнини или множини, сем ако другачије није изричито означено или постоји другачија ознака пола или броја.** То значи да конотација „особа“ у овом смислу није ограничена додавањем придева „квалификован“, како је то тврдио првостепени суд. Као једна од квалификација (да би се неко сматрао „особом“) стављена је способност неког лица да самостално управља својим поседима и приходима, што се никако није могло односити на удате жене, а неударе су опет биле под очинском влашћу. Међутим, у комбинацији са другим актом, *Married Womens Property Act*, ова препрека је отклоњена, јер удата жена може поседовати и ову

²⁸ Нејасно нам је на које конкретно дело судије овде мисле, будући да је иза Џона Селдена остао импозантан опус правних књига. Стварао је почетком 17. века, а његова дела су доживела бројне репринте, оцењена као изразито „разумна и логична“. Но претпоставка је да се мисли на једну од две књига: **John Selden. Table-Talk: Being the Discourses of John Selden, Esq; or his Sence of Various Matters of Weight and High Consequence Relating Especially to Religion and State.** London: Jacob Tonson, and Awnsham and John Churchill, 1716. **Third** edition, или John Selden. *The Priviledges of the Baronage of England, When They Sit in Parliament.* London: Printed by T. Badger for Matthew Wallbanck, 1642. **First** Edition. Кратки прикази ових књига су доступни на: <http://tarlton.law.utexas.edu/exhibits/selden/baronage.html>

²⁹ Reference to Meaning of Word “Persons” in Section 24 of British North America Act, 1867. (Judicial Committee of The Privy Council), *Edwards v. A.G. of Canada* [1930] A.C. 124, доступно на: <http://www.chrc-ccdp.ca/en/browseSubjects/edwardspsc.asp>

³⁰ *Lord Brougham's Act and Bills from 1811 to the present Time (first collected and arranged with an analytical review by Sir John E. Eardley Wilmdt, Longman, Green and Roberts, London, 1857, str 762.*, доступно на <http://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=mdp.35112104248184;view=1up;seq=15>

квалификацију, ако се удала до 4. маја 1859. године или након тог датума, али да није закључила венчани уговор. Дакле, жена која испуњава било који од ова два услова је способна да самостално управља својим, као и породичним приходима, подобна је да се региструје за гласача, али и да добије пасивно бирачко право.

Имајући у виду све раније наведено, *Judicial Comitee of Privy Council* је одговорно позитивно, тј. да жене имају пасивно бирачко право, те да могу бити кандидати за улазак у сенат или именоване директним путем.

ПОСЛЕДИЦЕ ОВОГ СЛУЧАЈА

Иако критиковане као „посебна врста расиста“, од стране неких истраживача овог случаја, достојанствено понашање ових пет жена током дугог и мучног поступка говори у прилог томе да је у питању сличај који нуди „уједињени симбол женског бунтовништва и постугнућа“.³¹ Само стварање нове доктрине тумачења *living tree doctrine*³² је већ довољан позитиван предзнак испред самог случаја. Она представља такав вид тумачења устава и других са њиме повезаних норми, да се чита на шири и прогресивнији начин, онако како се мењају околности (*доктрина прогресивног тумачења*). Устав се и иначе не може тумачити као остали прописи, већ у контексту друштва да би били сигурни да је прихватио постојеће измене. Ако се тумачење врши само сходно законодавчевим намерама у моменту стварања, устав неће моћи да представља рефлексију друштва и као такав ће пасти у заборав. Речима судије Сенкија, који је и донео пресуду 1929. године, „...британска Северна Америка је засадила биљку у Канади, једно стално растуће дрво способно да се само развија у својим природним границама.“³³

Чланови овог највишег суда, ценио је судија Сенки, не могу да ускрате или смање овлашћења овог акта својим крутим и технички исправним конструкцијама, већ треба да дозволе широко и либерално тумачење. Сходно овој доктрини, изузеће жена из вршења јавних функција је сматрао „*реликтом оних времена где су људи просто били принуђени да нешто учине, а да се касније испостави да то апсолутно није било потребно*“³⁴. Ово долази од оних

³¹ Cathrine Cavanaugh, *Out of the West- History, memory and the “Persons Case” 1919/2000*, in *Forging Alberta’s Constitutional Framework*, by Richard Conors and John M. Law editors, University of Alberta Press, 2005, pg 147-163.

³² Vicki C. Jackson *Constitutions as “Living Trees”?*, *Comparative Constitutional Law and Interpretive Metaphors*, 75 *Fordham L. Rev.* 921-960 (2006)

³³ *Reference to Meaning of Word “Persons” in Section 24 of British North America Act, 1867. (Judicial Committee of The Privy Council), Edwards v. A.G. of Canada [1930] A.C. 124*, доступно на: <http://www.chrc-ccdp.ca/en/browseSubjects/edwardspsc.asp>

³⁴ *Reference to Meaning of Word “Persons” in Section 24 of British North America Act, 1867. (Judicial Committee of The Privy Council), Edwards v. A.G. of Canada [1930] A.C. 124*, доступно на: <http://www.chrc-ccdp.ca/en/browseSubjects/edwardspsc.asp>

племенских правила где су само мушкарци могли да носе оружје и самим тим једини били позвани да доносе одлуке о животу и смрти. Ипак, повремено су мудре жене могле бити саслушане, али и даље у јавности ниједна жена изузев регенткиње или краљице није могла да се бави оваквим јавним послом.³⁵

Педесет година касније, створена је Канадска повеља права и слобода, на истим основима и тумачењу утемељеном 1929. године. Створена је посебна организација која се бави правном едукацијом жена, посебно у области вршења јавних функција, те тестира родну сензитивност самих правних аката и понашања институција. Посебна награда за достигнућа у борби за остваривање права жена је установљена 1979. године и премијер Канаде је додељује сваке године изузетним појединцима управо на дан доношења другостепене пресуде - 18. октобра. Створена је и посебна фондација под називом „*Famous Five*”, која спроводи истраживања и такође награђује оне који су се истицали у свом раду и бавили родно-сензитивном тематиком.

До краја свог живота судија Марфи се бавила борбом против злоупотребе опојних средстава, и против расне дискриминације. И остале четири тужиле су своје професионалне животе усмериле на даљу борбу за признање права жена у јавном животу и за њихово веће учешће у друштвеном животу. Међутим, сама одлука судија вишег суда, која је и била повод за настанак овог чланка, а која је инспирисана радом управо судије Марфи и њених сарадница, довољно је вредан камен темељац у кули женских политичких права, који се широм света употребљавао као кључни доказ способности жена да се баве јавним функцијама, једнако успешно као и мушкарци.

PERSONS' CASE – LEGAL INTERPRETATION THAT CHANGED ANGLO-AMERICAN LEGAL THEORY AND PRACTICE

Summary

Are the women persons regarding privileges and rights, or only regarding pains and penalties? This question was for decades, and we can say, for centuries discussed in angloamerican legal theory and practice. Persons' case, from 1929. was the milestone for women's fight for their political rights in other areas of society.

Key words: *Persons' Case, political rights for women.*

³⁵ www.Chrc-cc.dp.ca/en/browsesubjects/edwardspc.asp.

ПРАВОБРАНИЛАШТВО И ПРАВОБРАНИЛАЧКА ФУНКЦИЈА

Мр Слободан Радуљ*

Љиљана Грбић**

УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

О улози правобранилаштва написани су бројни научни и монографски радови, нарочито у бившем систему у коме је оно било децентрализован орган са више одвојених правобранилаштава и дјелокруга, али и поред тога сматрамо да правна наука није посветила довољно пажње правобранилачкој функцији и правобранилаштву, имајући у виду значај ове институције.

Циљ овог рада је да представи Правобранилаштво Републике Српске, које своју функцију врши на основу закона и других прописа, и да појасни његову улогу у систему власти Републике Српске, са нарочитим освртом на Закон о Правобранилаштву Републике Српске¹ (у даљем тексту: ЗОПРС).

Као и други правни институти, и овај је подложен сталним промјенама и прилагођавању новим друштвеним садржајима, што ће нарочито доћи до изражаја у периоду који предстоји, а биће обиљежен активностима на приближавању Европској унији.

Стварање и ефикасно функционисање правног система претпоставља комплексан, изнад свега дуготрајан процес, који, осим времена, захтијева ангажовање праксе и теорије. Квалитет и ниво функционисања правног система је у великој мјери условљен укупним стањем у Босни и Херцеговини, односно њеним ентитетима, Републици Српској и Федерацији Босне и Херцеговине, као и Брчко Дистрикту Босне и Херцеговине, који су оптерећени низом специфичности државног уређења, као и утицајима међународне заједнице, а то све утиче на остваривање правног система, који се мора квалитетније и брже градити.

* Правобранилац Републике Српске.

** Замјеник правобраниоца Републике Српске.

¹ Закон о Правобранилаштву Републике Српске („Службени гласник Републике Српске“, број 16/05, 77/06, 119/08 и 78/11), у даљем тексту ЗОПРС.

Функционисање правног система, квалитет и интензитет његове изградње, зависи од карактера и квалитета нових прописа и да ли ће бити остварена њихова уставност и законитост.

У пракси се често стихијским доношењем закона и других прописа, по хитном поступку, као и честим и површним измјенама и допунама, дестабилизује правни систем, слабе законитост и уставност, чиме се отежава његова ефикасна заштита. На овакав начин се деградира, посредно, и ауторитет устава и закона, што доводи до правне несигурности физичких и правних лица и уједно слаби њихово повјерење у систем и ефикасност институција система.

2. ПОЈАМ И ПОЛОЖАЈ ПРАВОБРАНИЛАШТВА РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ У СИСТЕМУ ВЛАСТИ

Правобранилаштво Републике Српске је самосталан орган, који у поступку пред судовима и другим надлежним органима предузима правна средства ради заштите имовинских права и интереса Републике Српске, града, општине и њихових органа и организација, те других органа и организација који немају својство правног лица и нису уписани у судски регистар, а финансирају се из буџета Републике Српске.² Правобранилаштво врши и друге послове одређене законом. Правобранилаштво врши своју функцију на основу закона и других прописа.³

Функцију Правобранилаштва врши правобранилац, који има одређени број замјеника. Број замјеника на приједлог Министарства правде, утврђује Народна скупштина Републике Српске.⁴

Правобраниоца и замјеника правобраниоца бира Народна скупштина Републике Српске, на приједлог министра правде.⁵

Правобранилачка функција се састоји у остваривању и заштити имовинских права и интереса Републике Српске и нижих нивоа јавне власти, кроз правно заступање пред судовима и другим надлежним органима и савјетовање, односно давање правних мишљења приликом закључивања уговора који регулишу имовинско-правна питања и приликом закључивања привредних уговора.

Због специфичности дјелокруга послова који су у надлежности Правобранилаштва Републике Српске, и данас постоји дилема да ли је оно орган управе или правосудни орган.

² Чл. 1. ст. 1. ЗОПРС.

³ Чл. 2. ЗОПРС.

⁴ Чл. 15 ЗОПРС.

⁵ Чл. 28 ЗОПРС.

Подјела државне власти на законодавну, извршну (управну) и судску, која је извршена имајући у виду циљеве на које су те власти усмјерене, разликује се од подјеле државних органа према врсти њихове дјелатности.

Сматрамо да је потребно направити разлику између судске власти, као једне државне функције, и правосудних органа као врсте државних органа које међусобно повезује рад у правосуђу, без обзира да ли су они у правосуђу носиоци судске функције (судови), или су учесници у поступку у име државе као странке (правобранилаштва и тужилаштва).

2. ОРГАНИЗАЦИЈА ВРШЕЊА ПРАВОБРАНИЛАЧКЕ ФУНКЦИЈЕ

Улога правобранилаштва, као државног органа, састоји се у вршењу правобранилачке функције, уз напомену да је организација вршења правобранилачке функције у свијету веома шаролика.

У неким државама англосаксонског правног подручја, један исти орган, поред правобранилачке, врши и јавнотужилачку функцију и функцију државног органа управе надлежног за организацију правосуђа или још неке друге функције (слична ситуација је и у Републици Хрватској).

Државно правобранилаштво Републике Словеније је заступник Републике Словеније и других субјеката означених у Закону о државном правобранилаштву из 2007. године,⁶ пред домаћим, страним и међународним судовима, а, осим заступничке, врши и савјетодавну функцију.

У Црној Гори је 1993. године, Законом о државном тужилаштву, престала са радом институција Јавног правобранилаштва, а законско заступање Црне Горе је прешло у надлежност Државног тужилаштва. Овај начин заштите имовинских права и интереса Црне Горе трајао је све до 26. фебруара 2009. године, до доношења Закона о државној имовини којим је успостављен Заштитник имовинско-правних интереса, који, иако је самосталан орган, није позициониран као орган правосуђа у ширем смислу, иако му значај посла, сврха, и прописана надлежност, то мјесто одређују, а који положај су раније имали заступници државе, како Јавно правобранилаштво, тако и Државно тужилаштво Црне Горе.

Заштитника, како је прописано у Закону о државној имовини, именује и разрјешава Влада Црне Горе на приједлог министра финансија, као и замјенике Заштитника, на приједлог Заштитника.⁷

⁶ Закон о државном правобранилаштву Републике Словеније („ЗДПра - Урадни лист РС шт. 94/2007 ин 77/ 2009- ЗДПра –Ц).

⁷ Извјештај о раду Заштитника, од 30. априла 2010. године до 31.12.2012. године, интернет страница.

3. ПРАВОБРАНИЛАЧКА ФУНКЦИЈА У РЕПУБЛИЦИ СРПСКОЈ

Републичко јавно Правобранилаштво у Републици Српској је основано дана 22.09.1993. године, са сједиштем у Добоју, као самосталан орган који своју функцију врши на основу устава, закона, других прописа и општих аката („Службени гласник Републике Српске”, број 17/93, 14/94 и 32/94).⁸

Овим законом је прописано да у заступању Министарства одбране и јединица и установа Војске Републике Српске пред судовима и другим органима, Војно правобранилаштво има сва права и дужности које има Републичко јавно правобранилаштво.⁹

Даном ступања на снагу овог закона престао је да важи Закон о јавном правобранилаштву („Службени лист СР БиХ, број 2/89 и 33/89).¹⁰

Доношењем Закона о Правобранилаштву Републике Српске из 2005. године, престаје да важи Закон о јавном Правобранилаштву Републике Српске,¹¹ а Правобранилаштво Републике Српске, као самосталан орган, који у поступку пред судовима и другим надлежним органима предузима правна средства ради заштите имовинских права и интереса Републике Српске, града, општине и њихових органа и организација, те других органа и организација који немају својство правног лица и нису уписани у судски регистар, а финансирају се из буџета Републике Српске, организовано је по сједиштима замјеника: Бања Лука, Бијељина, Соколац, Добој, Приједор, Фоча и Требиње.

У Закону о измјенама и допунама Закона о Правобранилаштву Републике Српске из 2006. године, брисана је одредба члана 7. основног закона, којом је било прописано да правобранилац и његови замјеници не могу бити кривично гоњени или лишени слободе за исказано мишљење или одлуку донесену у увршењу функције.¹²

Измијењена је одредба члана 11, у смислу да Правобранилаштво прије покретања поступка пред судом или другим државним органом може предузети мјере ради покушаја закључења вансудске нагодбе и може учествовати у поступцима медијације.¹³

⁸ Закон о републичком о јавном правобранилаштву („Службени гласник РС“, број 17/93, 14/94, 32/94).

⁹ Чл. 28. Закона о републичком јавном правобранилаштву („Службени гласник РС“, број 17/93, 14/94, 32/94).

¹⁰ Чл. 35. Закона о републичком јавном правобранилаштву („Службени гласник РС“, број 17/93 и 14/94).

¹¹ Чл. 48. ЗОРПС („Службени гласник РС“, број 16/05).

¹² Чл. 1. Закона о измјенама и допунама ЗОПРС („Службени гласник Републике Српске“, број 77/06).

¹³ Чл. 2. Закона о измјенама и допунама ЗОПРС („Сл. гласник РС“, број 77/06).

У Закону о измјенама и допунама Закона о Правобранилаштву Републике Српске из 2008. године, прописано је да у поступцима ради наплате накнаде за услуге уређења и природне погодности и накнаде за трајно кориштење грађевинског земљишта, као и споровима из радних односа, послове заступања пред судовима и другим органима вршиће лице одређено законом или другим актом тих субјеката, а уколико то није утврђено законом или другим актом, овлаштени орган града, односно општине, посебном одлуком ће одредити лице које ће га заступати.¹⁴

Враћена је одредба на основу које правобранилац и његови замјеници не могу бити кривично гоњени или лишени слободе за исказано мишљење у увршењу функције.¹⁵

Уведена је новина да у поступку експропријације непокретности ради изградње објеката од јавног интереса правобранилац може дати овлаштења из става 1. ЗОПРС-а и лицу запосленом код корисника експропријације, односно инвеститора изградње објекта.¹⁶

У последњим измјенама и допунама Закона о Правобранилаштву Републике Српске из 2011. године,¹⁷ измијењен је члан 20. основног закона у правцу да изузетно од одредбе става 1. овог члана, уколико је једна од странака у поступку Република Српска, Правобранилаштво Републике Српске ће заступати Републику Српску, а уколико Правобранилаштво, у својству заступника или самостално на основу овлаштења утврђених законом, покрене поступак пред судом или другим органом против субјеката из члана 1. став 1. овог закона, тај субјекат је обавезан одредити лице које ће га заступати у поступку.¹⁸

Према одредбама важећег Закона о Правобранилаштву Републике Српске, исто је организовано по сједиштима замјеника:

1. Сједиште замјеника Бања Лука обухвата подручје мјесне надлежности основних судова у Бањој Луци, Градишци, Котор Варошу, Прњавору и Мркоњић Граду.

2. Сједиште замјеника Бијељина обухвата подручје мјесне надлежности основних судова у Бијељини и Зворнику.

3. Сједиште замјеника Добој обухвата подручје мјесне надлежности основних судова у Дервенти, Добоју, Модричи и Теслићу.

4. Сједиште замјеника Приједор обухвата подручје мјесне надлежности основних судова у Приједору и Новом Граду.

5. Сједиште замјеника Фоча обухвата подручје мјесне надлежности основних судова у Фочи и Вишеграду.

¹⁴ Чл. 1. Закона о измјенама и допунама ЗОПРС („Сл.гласник РС“, број 119/08).

¹⁵ Чл. 2. Закона о измјенама и допунама ЗОПРС („Сл.гласник РС“, број 119/08).

¹⁶ Чл. 3. Закона о измјенама и допунама ЗОПРС („Сл.гласник РС“, број 119/08).

¹⁷ Чл. 7. Закона о измјенама и допунама ЗОПРС („Сл.гласник РС“, број 119/08).

¹⁸ Чл. 6. Закона о измјенама и допунама ЗОПРС („Сл.гласник РС“, број 78/11).

6. Сједиште замјеника Требиње обухвата подручје мјесне надлежности основног суда у Требињу.

7. Сједиште замјеника Источно Сарајево обухвата подручје мјесне надлежности основног суда у Сокоцу.

8. Сједиште замјеника Власеница обухвата подручје мјесне надлежности основних судова у Власеници и Сребреници.

Правилником о измјенама и допунама Правилника о унутрашњој организацији и систематизацији радних мјеста у Правобранилаштву Републике Српске из 2008. године, на који је сагласност дала Влада Републике Српске, формирано је Одјељење за експропријацију.

4. НАДЛЕЖНОСТ ПРАВОБРАНИЛАШТВА РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ

Закон о Правобранилаштву Републике Српске прописује да Правобранилаштво Републике Српске врши своју функцију на основу закона и других прописа, са сједиштем у Бањој Луци.

Осим послова заступања по закону, субјеката из члана 1. ЗОПРС-а, Правобранилаштво Републике Српске је надлежно да:

– Даје мишљења, субјектима које по закону заступа, приликом закључивања уговора који регулишу имовинско-правна питања.¹⁹

– Даје мишљења на имовинско-правне уговоре са елементима иностраности које закључи Република Српска или правна лица – корисници средстава из члана 1. ЗОПРС, као и на уговоре којима се прибавља или отуђује непокретност наведених субјеката.²⁰

– Ако Правобранилаштво Републике Српске оцијени да је закључени уговор ништаван, поднијеће тужбу за утврђивање ништавости, а у случају да је уговор рушљив поднијеће тужбу за поништење.²¹

– Пред Уставним судом може приједлогом покренути поступак за оцјену уставности закона и законитости других прописа и општих аката, кад оцијени да су повријеђена имовинска права и интереси субјеката из члана 1. ЗОПРС.²²

– Прије покретања поступка пред надлежним судом или другим органом може предузети мјере ради покушаја закључења вансудске нагодбе, уз претходно прибављање писмене и овјерене сагласности странке коју заступа, на нагодбу таквог садржаја.²³

¹⁹ Чл. 22. ЗОПРС.

²⁰ Чл. 24. ЗОПРС.

²¹ Чл. 23. ст. 2. ЗОПРС.

²² Чл. 8. ЗОПРС.

²³ Чл. 2. ст. 1. Закона о измјенама и допунама ЗОПРС („Службени гл. РС“, број 77/06).

– Може учествовати у поступцима медијације, с тим да се и на нагодбе у медијацији примјењују услови који су прописани за вансудску нагодбу.²⁴

– Прати и проучава појаве и проблеме из области вршења својих функција које се односе на примјену закона, те обавјештава надлежне органе и предлаже мјере за спречавање друштвено штетних појава.²⁵

– Послове заступања органа и правних лица из члана 1. ЗОПРС врши у свим судским и управним поступцима, а у управним споровима може заступати органе који су тужени, ако му је за то дато овлашћење.²⁶

– Поступак за признавање права предвиђених Законом о остваривању права на накнаду материјалне и нематеријалне штете настале у периоду ратних дејстава од 20.05.1992. до 19.06.1996. године, у предметима који нису правоснажно окончани, спроводи се путем вансудског поравнања код Правобранилаштва Републике Српске.²⁷

– На основу Закона о приватизацији државних станова, правобранилац је дужан да поднесе тужбу надлежном суду ради поништења уговора који је закључен супротно одредбама Закона о приватизацији државних станова.²⁸

– На основу Закона о експропријацији, Правобранилаштво Републике Српске подноси приједлог за експропријацију, у име правних лица која по закону заступа.²⁹

– На основу Закона о општем управном поступку јавни тужилац, јавни правобранилац (ранији назив) и други државни органи могу изјавити жалбу против рјешења којим је повређен закон у корист појединца или правног лица, а на штету јавног интереса.³⁰

– Законом о управним споровима прописано је да управни спор може покренути надлежни јавни правобранилац (ранији назив), када је управним актом повређен закон на штету РС, града или општине коју он заступа по закону, као и у другим случајевима одређеним законом.³¹

– Законом о стварним правима прописана је обавеза надлежног правобранилаштва да у року од три године од дана ступања на снагу овог закона покрене поступке за упис неуписаних јавних и општих добара у јавну евиденцију о непокретностима и правима на њима.³²

²⁴ Чл. 2. ст. 4. ЗОРПС.

²⁵ Чл. 12 ЗОПРС.

²⁶ Чл. 18. ст. 3. ЗОПРС.

²⁷ Закон о измјенама и допунама Закона остваривању права на накнаду материјалне и нематеријалне штете настале у периоду ратних дејстава од 20.05.1992. до 19.06.1996. године („Службени гласник РС“, број 103/05, 1/09, 49/09 и 118/09).

²⁸ Закон о приватизацији државних станова („Службени гласник РС“, број 72/07, 59/08 и 71/10).

²⁹ Члан 23. став 3. Закона о експропријацији РС („Службени гласник РС“, број 112/06, 33/07, 66/08 и 110/08).

³⁰ Чл. 211. ст. 2. Закона о општем управном поступку („Службени гласник РС“, број 13/02, 87/07 и 50/10).

³¹ Чл. 2. ст. 3. Закона о управним споровима („Службени гласник РС“, број 109/05).

³² Чл. 346 ст. 2. Закона о стварним правима („Службени гл. РС“, број 124/08, 58/09 и 95/11).

– На основу Закона о измјенама Закона о пољопривредним задругама – надлежно правобранилаштво учествује у поступцима уписа непокретности уписаних у јавним евиденцијама као државна, односно друштвена својина, пред Републичком управом за геодетске и имовинско-правне послове.³³

- Законом о имовини и потраживањима којима управља Фонд за управљање некретнинама и потраживањима Републике Српске, прописано је да правна лица која су имовину из пасивног подбиланса продала, прикрила или приказала у активном билансу, или су наплатили потраживања, биће евидентирани и њихови предмети уступљени Правобранилаштву Републике Српске.³⁴

- Законом о кривичном поступку Републике Српске је прописано да, ако је усљед кривичног дјела оштећена имовина Републике Српске, орган овлашћен законом да се брине о заштити те имовине може у кривичном поступку учествовати у складу са овлашћењима која има на основу тог закона.³⁵

– Законом о ревизији приватизације капитала у предузећима и банкама, прописано је да захтјев за покретање поступка ревизије може поднијети Правобранилаштво Републике Српске.³⁶

– Пословником о раду Владе Републике Српске утврђено је да прије достављања на одборе, ради уврштавања на дневни ред сједнице, нацрта и приједлога закона, стратегија развоја, уредби, одлука, других прописа и општих аката, предлагач обавезно прибавља и мишљење Правобранилаштва Републике Српске - када је у питању заштита имовинских права и интереса Републике, односно када се актом стварају уговорне обавезе за Републику.³⁷

– Одлуком о усвајању Акционог плана за измирење општих обавеза по правоснажним и извршним судским одлукама број: 04/1-012-2-1846/09 од 01.10.2009. године („Службени гласник Републике Српске“, број 93/09), прописано је да Правобранилаштво Републике Српске даје сагласност на приједлоге споразума које склапа Министарство финансија Републике Српске.³⁸

У нашем правном систему Правобранилаштво обавља важну друштвену улогу, те његова перцепција као самосталног органа, и то независног од управне, судске и законодавне власти и његова улога, као неполитичког тијела, не смије бити еродирана.

³³ Чл. 48. Закона о измјенама Закона о пољопривредним задругама („Службени гласник РС“, број 106/09).

³⁴ Чл. 1. Закона о имовини и потраживањима којима управља Фонд за управљање некретнинама и потраживањима РС („Службени гласник РС“, број 29/10).

³⁵ Чл. 104. Закона о кривичном поступку Републике Српске („Службени гласник Републике Српске“, број 53/12).

³⁶ Чл. 10. став 1. алинеја Ђ. Закона о ревизији приватизације капитала у предузећима и банкама („Службени гласник Републике Српске“, број 33/06).

³⁷ Пословник о раду Владе РС („Службени гласник Републике Српске“, број 10/09).

³⁸ Одлука о усвајању Акционог плана за измирење општих обавеза по правоснажним и извршним судским одлукама број: 04/1-012-2-1846/09 од 01.10.2009. године („Службени гласник Републике Српске“, број 93/09).

Може се рећи да су основне надлежности Правобранилаштва у нашем систему: заступање јавног интереса пред судовима, управном и законодавном влашћу, склапање вансудских поравнања у поступку који се води пред Правобранилаштом Републике Српске у складу са одредбама Закона о остваривању права на накнаду материјалне и нематеријалне штете настале у периоду ратних дејстава од 20. маја 1992. године до 19. јуна 1996. године и савјетодавна функција путем давања правних мишљења.

Ове области су правно разнолике и свеобухватне, са тенденцијом ширења и повећања обима послова, јер су пред Правобранилаштом Републике Српске озбиљни изазови, између осталог, у поступку имплементације Закона о експропријацији Републике Српске, Закона о стварним правима, којим је прописана обавеза надлежног правобранилаштва да у року од три године од дана ступања на снагу овог закона покрене поступке за упис неуписаних јавних и општих добара у јавну евиденцију о непокретностима и правима на њима и др.

Правобранилаштво, има главну улогу у заштити јавног интереса, али не и монопол на његову заштиту.

Као заступник по закону субјеката које заступа, Правобранилаштво је оптерећено великим бројем предмета, а посебно се очекује већи број предмета експропријације ради изградње: путних комуникација, електро-енергетских постројења и пројекта гасовод Јужни ток.

4.1. Заступање у парницама пред судовима у БиХ по тужбама физичких лица – цивила, за накнаду нематеријалне штете коју су претрпјели усљед противзаконитог затварања и тортуром у логору и другим заточеничким објектима, и повреда које су задобили због гранатирања или рањавања, или за душевне болове усљед смрти блиског лица које је као цивил погинуло у ратним дејствима

У току протекле двије године, пред судовима у БиХ, поднесено је око 4.200 тужби, у којима је тужена Републике Српска, за накнаду нематеријалне штете (за претрпљене физичке болове, страх, душевне болове због умањења животне активности и наружености, права личности, повреде слободе и сл.), са укупно означеним тужбеним захтјевима од око 600.000.000,00 КМ.

Уочили смо појаву да је у међувремену повучено око 1.700 тужби, које су против Републике Српске поднијели логораши из Федерације БиХ пред надлежним судовима у Републици Српској, са циљем да се надлежност за рјешавање у овим предметима пребаци на судове у Федерацији БиХ, јер се према важећим прописима, повучена тужба сматра као да није била поднесена и може се поново поднијети.

Правобранилаштво Републике Српске је имало, на дан 03.12.2012. године, укупно у раду 2.248 тужби за накнаду ратне нематеријалне штете (логорашки и цивилне жртве рата из Федерације БиХ), у којима је тужена Република Српска, а исказана је вриједност тужбених захтјева од 351.206.454,85 КМ.³⁹

Приликом рјешавања по овим тужбама, појављује се више спорних питања, а разлог за то лежи у чињеници да на државном нити на ентитетском нивоу нема прописа који дефинише одговорност за штету која нема карактер ратне штете, а настала је у периоду ратних дешавања у БиХ. У овим парницама судови примјењују општа правила о одговорности за штету, садржана у одредбама Закона о облигационим односима⁴⁰, јер ни овај закон не садржи одредбе о посебним случајевима одговорности за штету насталу у току ратних дешавања.

У овим парницама јавља се спорно питање пасивне легитимације, односно да ли је одговорност за штету на страни БиХ, која према одредбама Устава БиХ наставља континуитет Републике БиХ или је одговорност на страни ентитета.⁴¹

Јавља се као спорно и питање примјене одредаба Закона о облигационим односима, које дефинишу застарјелост потраживања накнаде штете.

Током протекле двије године, Правобранилаштво Републике Српске је, у више наврата, детаљно информисало све релевантне институције у Републици Српској, са циљем да благовремено укаже на ову проблематику, имајући у виду штетне посљедице које могу наступити по Буџет Републике Српске и оправдано угрозити макроекономску стабилност Републике Српске.

У Извјештају о раду Правобранилаштва Републике Српске за 2012. годину, који је усвојила Народна скупштина Републике Српске на 27 сједници одржаној 30. маја 2013. године⁴², значајан дио се односи на проблеме са којима се сусреће Правобранилаштво Републике Српске, приликом заступања Републике Српске у овим парницама, и предложен је један од начина рјешавања ове проблематике.

Важно је указати на чињеницу да је БиХ држава уговорница Резолуције УН-а (А/РЕС/60/147) од 21.3.2006. године, по којој су државе чланице УН-а, у случајевима кршења међународног права, дужне обезбиједити реституцију, накнаду штете, рехабилитацију и основати фондове у корист жртава злочина у надлежности Међународног кривичног суда и за породице таквих жртава.

Имајући у виду број предмета у раду, неуједначену судску праксу поступајућих судова, те свеобухватне посљедице које могу наступити уколико се настави примјена општих правила о одговорности за штету, садржаних у

³⁹ Извјештај о раду Правобранилаштва РС за 2012. годину.

⁴⁰ Закон о облигационим односима („Сл. лист СФРЈ бр. 27/78 до 57/89 и „Сл. гласник РС“, бр. 17/93, 3/96 и 39/03).

⁴¹ Чл. I. тачка 1. Устава БиХ.

⁴² Закључак Народне скупштине РС број: 01-929/13 од 30. маја 2013. године.

ЗОО за све штете које су настале у ратном периоду, Правобранилаштво Републике Српске је указало на потребу да се испоштује Резолуција УН-а (А/РЕС/60/147) од 21.3.2006. године, према којој држава чланица треба да оснује Фонд у корист жртава злочина у надлежности МКС и за породице таквих жртава и да се донесе посебан закон у БиХ, који би ово питање јединствено ријешило за све жртве рата у БиХ.

По међународном праву ратна репарација се плаћала између држава, али се и тада водило рачуна да се та плаћања врше онда када државе, исцрпљене ратом, буду то у могућности. (Примјер: Њемачка је плаћање вршила након 50 година од окончања ратних дешавања).

У међувремену, Влада Републике Српске је именовала Радну групу за анализу судских спорова који се воде пред судовима у Федерацији БиХ против тужене Републике Српске.

Очекујемо да ће предстојеће активности резултирати усвајањем предложеног рјешења, које је садржано у Иницијативи за доношење закона, коју су Врховни суд Републике Српске, Врховни суд Федерације БиХ и Апелациони суд Брчко Дистрикта БиХ доставили надлежним министарствима правде.

Предложено је да се донесе Закон о измјенама и допунама Закона о облигационим односима, по хитном поступку, којим би било прописано да се прекидају сви поступци за накнаду материјалне и нематеријалне штете настале у ратном периоду, и да ће се прекинути поступци наставити након доношења посебног закона којим ће се уредити одговорност за штету проузроковану у ратном периоду, те рок у коме ће се тај посебан закон донијети.

4.2. Поступак вансудског поравнања пред Правобранилаштом РС - накнада материјалне и нематеријалне штете настале у периоду ратних дејстава од 20. маја 1992. до 19. јуна 1996. године

У новембру мјесецу 2005. године, Народна скупштина Републике Српске је донијела Закон о остваривању права на накнаду материјалне и нематеријалне штете настале у периоду ратних дејстава од 20.05.1992. године до 19.06.1996. године⁴³, који нормативно регулише ову област. Овим законом је уређен: поступак, услови, критеријуми и начин накнаде штете лицима којима је то право признато судским одлукама, као и одлучивања по захтјевима о којима надлежни судови нису правоснажно одлучили, а потом су надлежни судови Републике Српске све предмете доставили у рад овом органу.

⁴³ Закон о остваривању права на накнаду материјалне и нематеријалне штете настале у периоду ратних дејстава од 20.05.1992. године до 19.06.1996. године („Службени гласник РС“, број 103/05).

Услиједило је доношење Упутства за спровођење поступка поравнања у поступку остваривања права на накнаду материјалне и нематеријалне штете настале у периоду ратних дејстава од 20.05.1992. до 19.06.1996. године, од стране Министарства правде.⁴⁴

Народна скупштина Републике Српске је 15. децембра 2008. године усвојила Закон о измјенама и допунама Закона о остваривању права на накнаду материјалне и нематеријалне штете настале у периоду ратних дејстава од 20. маја 1992. до 19. јуна 1996. године⁴⁵, којим је осим усклађивања текста закона са Законом о измјенама и допунама Закона о утврђивању и начину измирења унутрашњег дуга Републике Српске, уређено и да физичка лица која су претрпјела душевни бол због нестанка блиског лица у периоду ратних дејстава, могу остварити своја права за накнаду нематеријалне штете склапањем поравнања пред Правобранилаштом Републике Српске.

Дана 23. децембра 2009. године усвојен је Закон о измјенама и допуни Закона о остваривању права на накнаду материјалне и нематеријалне штете настале у периоду ратних дејстава од 20. маја 1992. до 19. јуна 1996. године⁴⁶.

– Измјенама и допунама овог закона уређен је поступак склапања вансудских поравнања пред Правобранилаштом Републике Српске за физичка и правна лица по чијим захтјевима није правоснажно окончан судски поступак за надокнаду штете, као и онима који су поднијели захтјев за надокнаду штете Правобранилаштву Републике Српске.

– Лица по чијим захтјевима није правоснажно окончан судски поступак за накнаду штете, могу своја права остварити у складу са овим законом, тј. склапањем вансудског поравнања, а уколико то не желе, њихов предмет ће се уступити мјесно и стварно надлежном суду.

– Лица која су поднијела захтјев за накнаду штете Правобранилаштву Републике Српске, могу остварити своја права само пред Правобранилаштом Републике Српске.

Одредбама овог Закона је утврђен поступак вансудског поравнања пред Правобранилаштом Републике Српске, у коме надлежна сједишта замјеника, поступају као првостепени орган (позивање странке, саслушање, закључивање поравнања, обустављање поступка итд.) предузимајући процесне радње на основу Закона о општем управном поступку.

⁴⁴ Упутство за спровођење поступка поравнања у поступку остваривања права на накнаду материјалне и нематеријалне штете настале у периоду ратних дејстава од 20.05.1992. до 19.06.1996. године („Службени гласник РС“, број 09/06).

⁴⁵ Закон о измјенама и допунама Закона о остваривању права на накнаду материјалне и нематеријалне штете настале у периоду ратних дејстава од 20. маја 1992. до 19. јуна 1996. године („Службени гласник Републике Српске“, број 1/09, 49/09).

⁴⁶ Закон о измјенама и допуни Закона о остваривању права на накнаду материјалне и нематеријалне штете настале у периоду ратних дејстава од 20. маја 1992. до 19. јуна 1996. године („Службени гласник Републике Српске“, број 118/09).

У другом степену, по приговору странке, одлучује и одлуку доноси Министарство правде РС, која одлука је коначна, и против исте се може водити управни спор.

Предмети окончани вансудским поравнањем пред Правобранилаштвом РС сматрају се дефинитивно завршеним, у смислу важећих прописа, тако да не постоји могућност покретања нових поступака по истом штетном догађају.

Призната вансудска поравнања по основу материјалне и нематеријалне штете настале у периоду ратних дејстава од 20. маја 1992. до 19. јуна 1996. године, измирују се емисијом обвезница у складу са одредбама Закона о унутрашњем дугу Републике Српске.⁴⁷

4.3. Савјетодавна функција - правна мишљења

Правобранилаштво Републике Српске пружа стручну помоћ органима и организацијама у рјешавању имовинско-правних питања, путем консултација и савјета приликом израде нацрта разних уговора, а мишљења се односе на правну страну имовинско-правних питања везаних за уговор, тј. да ли исти садржи све потребне елементе, шта је најповољније за интересе странака у конкретном правном односу и др.

Приликом анализе привредних уговора и уговора имовинско-правне природе, за случај да се закључи да је уговор ништав, код надлежног суда ће се поднијети тужба за утврђење ништавости уговора, сходно одредбама Закона о облигационим односима, а у случају да је уговор рушљив, поднијеће се тужба за поништење.

4.4. Превентивно дјеловање

Законска обавеза Правобранилаштва Републике Српске је да прати и проучава појаве и проблеме из области вршења својих функција које се односе на примјену закона, те обавјештава надлежне органе и предлаже мјере за спречавање друштвено штетних појава.⁴⁸

Правобранилаштво Републике Српске је, у протеклој години, доставило надлежним предлагачима закона, образложене иницијативе за измјену и допумену појединих законских рјешења, и то: Закона о експропријацији, Закона о парничном поступку, Закона о општем управном поступку, Закона о остваривању права на накнаду материјалне и нематеријалне штете настале у периоду ратних дејстава од 20. маја 1992. године до 19. јуна 1996. године, као и иницијативу

⁴⁷ Закон о унутрашњем дугу РС („Службени гласник РС“, број 1/12, 28/13 и 59/13).

⁴⁸ Члан 12. ЗОПРС.

о неопходности усклађивања прописа који уређују имовинска права на непокретностима са Законом о стварним правима.

Превентивним дјеловањем се смањује број спорова код надлежних судова, а истовремено се обезбјеђује заштита имовине субјеката које заступа Правобранилаштво Републике Српске. Међутим, у неким случајевима Правобранилаштво Републике Српске није у могућности да благовремено дође до сазнања која се односе на оштећење имовине, имовинских права и интереса субјеката из члана 1. Закона о Правобранилаштву Републике Српске. Имајући то у виду сматрамо да субјекти које Правобранилаштво заступа по закону, морају у будућем раду показати већи ниво сарадње са овим органом.

Приликом предузимања правних радњи, у оквиру своје надлежности, сви органи и организације морају поступати у складу са важећим прописима са циљем да се избјегну спорови, а што има за посљедицу и друге видове одговорности. У циљу још ефикасније заштите државне имовине мора се остварити интензивнија сарадња свих органа и организација са Правобранилаштом Републике Српске.

До одређених потешкоћа долази у контактима са субјектима које заступа Правобранилаштво Републике Српске, а по питању благовременог достављања података везаних за подношење тужби, редовних и ванредних правних лијекова, као и доказа које треба извести на расправи код судова, што умањује квалитет рада, а одражава се на успјех у спору.

Већа ефикасност рада судова имаће за посљедицу убрзан процес рјешавања свих предмета, а што би довело и до умањења укупног броја предмета евидентираних у раду код Правобранилаштва Републике Српске.

5. ИЗБОР ПРАВОБРАНИОЦА, ЗАМЈЕНИКА ПРАВОБРАНИОЦА И ПРЕСТАНАК ФУНКЦИЈЕ

Правобранилац је за свој рад одговоран Народној скупштини Републике Српске.⁴⁹

Правобраниоца и замјеника правобраниоца бира Народна скупштина Републике Српске на приједлог министра правде, у складу са Законом о министарским, Владиним и другим именовањима Републике Српске⁵⁰. Правобранилац се бира на период од 4 (четири) године, уз могућност поновног избора.

Замјеник правобраниоца се бира на период од 4 (четири) године, уз могућност поновног избора, а након поновног избора функција замјеника је стална.⁵¹

⁴⁹ Чл. 5. ЗОПРС.

⁵⁰ Чл. 28. ЗОПРС.

⁵¹ Чл. 28. ст. 4-5 ЗОПРС.

Одлуком Народне скупштине Републике Српске број: 02-307/94 од 25.03.1994. године⁵², утврђено је да Републички јавни правобранилац има 12 замјеника.

За правобраниоца и замјеника може бити изабрано лице које, поред општих услова утврђених законом, испуњава и посебне услове: да је дипломирани правник са положеним правосудним испитом и искуством на правним пословима у правосудним органима, адвокатури или другим државним органима у трајању од 8 (осам) година за правобраниоца, 4 (четири) године за замјеника правобраниоца и 2 (двје) године за помоћника правобраниоца.⁵³

Правобраниоцу и замјенику правобраниоца престаје функција: на лични захтјев, кад наврше 67 година живота, разрјешењем и истеком мандата.⁵⁴

ЗАКЉУЧАК

Ако се могу дати перспективе и еволуција улоге Правобранилаштва Републике Српске, онда ће оне засигурно ићи у смјеру учесталије законодавне иницијативе, кроз редовно праћење појава и проблема везаних за примјену закона у пракси, а потом обавјештавање надлежних институција уз давање приједлоге за измјену појединих законских рјешења, у циљу да ове активности допринесу потпунијем остварењу уставности и законитости.

У периоду који предстоји, поред послова заступања пред надлежним судовима на подручју Републике Српске, Федерације БиХ, БиХ, Брчко Дистрикта БиХ, и послова заступања пред управним органима, посебан акценат у раду овог органа, биће усмјерен на покретање поступака за упис неуписаних јавних и општих добара у јавне евиденције о непокретностима и права на њима.

Правобранилаштво Републике Српске је неопходно материјално и кадровски јачати, системски ријешити питање едукације запослених, са циљем стварања органа који треба да заузме далеко значајнији положај у систему власти Републике Српске, због неспорно важне улоге у заштити имовинских права и интереса Републике Српске.

⁵² Одлука Народне скупштине РС број: 02-307/94 од 25.03.1994. године („Службени гласник РС“, број 5/94).

⁵³ Чл. 29 ЗОПРС.

⁵⁴ Чл. 31 ЗОПРС.

Ma Slobodan Radulj,
Attorney General of the Republic of Srpska

Ljiljana Grbic,
deputy Attorney General of the Republic of Srpska

OFFICE OF ATTORNEY GENERAL AND ITS FUNCTION

Summary

If it is possible to emphasize the perspectives and evolution of the Office of Attorney General of the Republic of Srpska, than they would certainly progress towards more frequent legislative action, with regular monitoring of problems and processes in accordance with the implementation of the law in effect. Than, informing of competent institutions by providing suggestions for amendment of the law resolutions, with the aim of gaining more complete constitutionality and legitimacy.

In the forthcoming period, besides procurations before competent courts in the Republic of Srpska, Federation of Bosnia and Herzegovina, Brcko District, as well as procurations before authorities, the emphasis of this apparatus will be focused on initiation for registration of unregistered public and common lands in official records on realty and the rights on them.

The Office of Attorney General of the Republic of Srpska has to be materially and personnel strengthened. It is important to systematically solve the matter of employee's education, with the aim of creating of apparatus which would take up the more important stance in the government of the Republic of Srpska, due to its important role in the protection of the property law and the interests of the Republic of Srpska.

Key words: *The Office of Attorney General of the Republic of Srpska, procuration, legislative action, public and common lands, material and personnel strengthening, education.*

УПРАВНОПРАВНА И
РАДНОПРАВНА ОБЛАСТ

ВРАЋАЊЕ У ПРЕЂАШЊЕ СТАЊЕ У УПРАВНОМ ПОСТУПКУ

Др Мирјана Рађеновић*

Апстракт: Преклузивни рокови у управном поступку су такви рокови чијим протеком странка губи право да касније предузме пропуштену процесну радњу. Ово правило постављено је како се текући поступак не би одуговлачио, већ одвијао без застоја. Странка, међутим, понекад без своје кривице, односно из објективних разлога није у могућности да изврши изосталу радњу. У циљу отклањања негативних посљедица које услед тога трпи и задовољења начела законитости, правичности и праведности, процесна права многих земаља посебним институтом, тзв. враћањем у пређашње стање предвиђају могућност кориговања овог, за њу, неповољног правног статуса. На тај начин, даје јој се право да накнадно предузме пропуштену радњу и исходи све оно што вршење радње повлачи, односно успостави стање као да до пропуштања није ни дошло.

У нашем Закону о општем управном поступку предвиђена су три случаја у којима странка може тражити враћање у пређашње стање. Први се тиче пропуштања обављања неке процесне радње уопште, док се друга два везују искључиво за неблаговремено подношење поднеска. У погледу услова који морају бити задовољени да би странка устала са својим приједлогом за враћање у пређашње стање, Законом су прецизирана три алтернативна услова, и то: да је из оправданих разлога пропустила да у року изврши неку процесну радњу; да је пропустила да у року преда поднесак, тако што га је из незнања или очигледном омашком благовремено послала поштом или непосредно предала ненадлежном органу па је он са задоцњењем стигао надлежном органу и најзад, да је поднесак примљен код надлежног органа, али је странка очигледном омашком прекорачила рок, и то не више од три дана. Закон не одређује који се разлози могу сматрати оправданим, нити дефинише блаже видове страначке непажње, односно објашњава шта се треба подразумевати под незнањем и очигледном омашком, већ то препушта оцјени водитеља поступка. Очито, да одсуство неког одређенијег критерија којим би се у сваком конкретном случају руководило службено лице има за посљедицу могућност слободног интерпретирања разлога пропуштања, што практично може до-

* Редовни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци.

вести до онога што се увођењем овог института жељело предуприједити – одуговлачења поступка и других злоупотреба.

Кључне ријечи: преклузивни рокови, пропуштање извршења процесне радње, враћање у пређашње стање, оправдани разлози пропуштања, кривица, незнање, очигледна омашка, објективна непредвидивост и неотклоњивост разлога пропуштања, виша сила.

Сврха сваког правом регулисаног поступка, па тако и управног, је да се он мериторно оконча на законит и правилан начин. Понекад се, међутим, дешава да странка у току поступка из оправданих разлога, у законом предвиђеном року, не предузме неку процесну радњу, што се неповољно одражава на њену правну ситуацију. Са аспекта правичности, али и праведности у том случају она не би требала бити лишена процесне могућности да изосталу радњу, ипак, накнадно обави. Отуда се пред законодавца, ставља захтјев да јој осигура право на поправку учињеног пропуста, односно спријечи да западне у правну преклузију.¹

Поред овога, познато је да је управни поступак, по својој конструкцији, по правилу једностраначка правна процедура. Због изузетне могућности појављивања и друге, противне странке у тој процедури, искључивање једне од странака од предузимања, из објективно оправданих разлога, пропуштене радње неминовно би се одразило и на правну ситуацију друге странке, у смислу добијања повољније правне позиције, чиме би се у крајњем случају довели у питање и основни принципи овог поступка, посебно принцип правне сигурности и остваривања тзв. административне правде.

Сагласно реченом, враћање у пређашње стање (*restitutio in integrum*) је специфичан процесни институт који се доводи у везу са пропуштањем странке да у року изврши неку радњу у поступку или преда одређени поднесак надлежном органу. Давање могућности странци да тражи да се управни поступак врати у фазу у којој се налазио прије пропуштања, има за циљ, да она накнадним извршењем конкретне радње коригује своје пропуштање, а самим тим и да се ставе ван снаге све штетне правне посљедице које трпи поводом свог нескривљеног непоступања у законом предвиђеном, строгом року. Иако, враћање у пређашње стање познају сва процесна права, истина у неједнаком обиму, оно се ипак највише упоређује са истоименим правним институтом парничног процесног права, прије свега, у смислу сагледавања појединих легислативних рјешења, али и доктринарних схватања која се, са аспекта права и правних интереса странке, али и права уопште, показују корисним, па стога и прихватљивим за будуће регулисање у оквиру опште управне процедуре.

¹ У погледу права странке, необична је норма мађарског Закона о општем управном поступку, „према којој се у случају сумње има увек сматрати као да је рок поштован“. Драган Милков, *Управно право II, Управна делатност*, Нови Сад, 2003, 134.

Закон о општем управном поступку Републике Српске² у означавању овог института користи крајње неприкладан, од више ријечи састављен, термин, тј. „*повраћај у пређашње стање*“ (члан 91). Идентичан назив овај институт има и у Закону о општем управном поступку Републике Србије (члан 93).³ Потпуно исти термин садржан је и у тексту важећег Закона о парничном поступку Републике Српске (члан 328).⁴ Ова процесноправна могућност описаног страначког интервенисања, међутим, у Закону о парничном поступку Републике Србије означава се као „*враћање у пређашње стање*“⁵, а у хрватском Закону о општем управном поступку⁶, као „*поврат у пријашње стање*“ (члан 82). С тим у вези, сматрамо исправним мишљење појединих домаћих и страних теоретичара управног процесног права, као и оних из области парничног процесног права, који се залажу да се и у позитивним процесним регулама у којима то није учињено измјени назив ове диспозитивне страначке радње.⁷ Сагласно томе, предлажемо да се у предстојећем иновирању правила домаћег ЗУП овај процесни институт у наведеном смислу преименује.

Према нашем ЗУП до враћања у пређашње стање (члан 91-96) може доћи само по приједлогу странке, и то у слjedeћим случајевима.

Најприје, уколико је странка из оправданих разлога пропустила да у року изврши неку процесну радњу па је усљед тога закаснила са вршењем исте у току поступка (члан 91 став 1).

Такође, када свој поднесак није предала у року, односно када га је из незнања или очигледном омашком благовремено послала поштом, односно предала ненадлежном органу па је он стигао надлежном органу по протеку рока (члан 91 став 2). Од свих поднесака (али и разлога) у пракси се најчешће као разлог за враћање у пређашње стање појављује пропуштање изјављивања жалбе. У вези са претходно наведеним правилом, ваља рећи да из смисла одредбе члана 218 став 3 ЗУП, према којој се, жалба предана или послана непосредно другостепеном органу у погледу рока сматра као да је предана првостепеном органу, произилази да се у овом случају као ненадлежни орган код кога је жалба, из незнања или очигледном омашком благовремено примљена, може, будући да се изузима орган који одлучује у другом степену, појавити само неки други орган.

И најзад, до враћања у пређашње стање може доћи и када је поднесак примљен код надлежног органа, али је очигледном омашком странка преко-

² „Службени гласник Републике Српске“, 13/02; 87/07; 50/10, у даљем тексту ЗУП РС.

³ „Службени лист Савезне Републике Југославије“, 33/97; 31/01.

⁴ „Службени гласник Републике Српске“, 58/03; 85/03; 74/05; 63/07; 49/09, у даљем тексту ЗПП РС.

⁵ „Службени гласник Републике Србије“, 72/11, у даљем тексту ЗПП Републике Србије.

⁶ „Народне новине“, 47/09.

⁷ Гордана Станковић, Светлана Лазић, „Предлог за враћање у пређашње стање“, „Правна ријеч“, 24/10, 377.

рачила рок, и то максимално три дана од дана истека рока за слање поднеска (члан 91 став 3).

У пракси се може појавити и случај да странка против одлуке органа управе пропусти да изјави правни лијек усљед погрешне поуке о правном лијеку или непостојања поуке, па се у вези са тим поставља питање да ли је она због тога пропустила рок за жалбу или није, односно да ли би и овај страначки пропуст требао да буде разлог за враћање у пређашње стање.⁸ У нашем Закону је, наиме, предвиђено да странка, уколико је у рјешењу дато погрешно упутство може поступити по прописима или по упутству и да уколико поступи по погрешном упутству, због тога не може сносити штетне посљедице (члан 198 став 4). Осим тога, предвиђено је и да она, ако у рјешењу није дато никакво упутство или је упутство непотпуно, може поступити по прописима или тражити од органа који је донио рјешење да у року од осам дана допуни рјешење. У овом последњем случају, рок за жалбу, односно тужбу, тече од дана достављања допуњеног рјешења (члан 198 став 5). Стога је сасвим јасно да је странка, уколико благовремено не изјави жалбу из разлога што је погрешном поуком органа управе поучена да против донесене одлуке нема право на правни лијек, без своје кривице пропустила рок за жалбу. Из саме законске норме – да због тога не може трпити штетне посљедице и да може тражити допуну рјешења – произилази да је за странку у овом случају предвиђена могућност отклањања наведених посљедица и да стога нема потребе да устаје са приједлогом за враћање у пређашње стање.

У упоредном праву, односно србијански и словеначки ЗУП прописују исте случајеве процесног страначког пропуштања, односно могућности за враћање у пређашње стање. Хрватски закон, међутим, више не предвиђа случај враћања у пређашње стање кад странка очигледном грешком неиспоштује рок за слање поднеска, с тим да поднесак ипак буде примљен код надлежног органа, али са закашњењем највише од три дана.⁹ Према аустријском Закону о општем управном поступку, враћање у пређашње стање (*Wiedereinsetzung in den vorigen Stand*) допуштено је само у два случаја. Први је кад странка пропусти рок, а други, кад она пропусти усмену расправу, и то само под условом да усљед свог пропуштања трпи штетну процесноправну посљедицу (§71 став 1).¹⁰

⁸ Аустријски Закон о општем управном поступку, напротив, предвиђа да је странка овлашћена предложити враћање у пређашње стање у случају када је пропустила уложити правни лијек и то зато што је погрешном поуком органа управе поучена да против донесене одлуке нема право на правни лијек (одредба § 71 став 1 и 2). Ово право јој се признаје због тога што законски рок за улагање правног лијека тече и онда кад је о свом праву на правни лијек, као и о року за његово изјављивање погрешно поучена, а без своје кривице. Robert Walter, Heinz Mayer, *Grundriss des österreichischen Verwaltungsverfahrenrechts*, Wein, 2003, 332; Robert Walter, Dieter Kolonovits, Gerhard Muzak, Karl Stöger, *Grundriss des österreichischen Verwaltungsverfahrenrechts*, Wein, 2011, 394.

⁹ Дарио Ђерђа, *Опћи управни поступак у Републици Хрватској*, Загреб, 2010, 192.

¹⁰ R. Walter, H. Mayer, (2003), 329; R. Walter, D. Kolonovits, G. Muzak, K. Stöger, (2011), 389.

Што се тиче услова за враћање у пређашње стање, према нашем ЗУП, да би приједлог био основан, поред осталог, предвиђена су три услова која не морају бити кумулативно испуњена, и то:

- да је до пропуштања странке да изврши одређену процесну радњу дошло из *оправданих разлога* и да је усљед фактичке спрјечености да обави ту радњу наступила њена *прекљудираност* у погледу вршења исте;¹¹

- да је свој поднесак *благовремено* упутила, али га је из *незнања или очигледном омашком* предала, односно послала *ненадлежном органу*, па је он надлежном органу стигао по протеку рока;

- да је свој поднесак упутила надлежном органу, али је *очигледном омашком* закаснила више од три дана, чиме је такође пренебрегнула прописани рок, будући да није искористила своје законско право на слање поднаска (члан 91).

Као што се може запазити, последња два услова тичу се само неправовременог страначког слања поднеска.

Иако за враћање у пређашње стање законодавац захтјева испуњење само једног од наведених, алтернативно постављених услова, треба имати на уму да страначко право на предлагање враћања у пређашње стање може бити искључено и посебним законом.

Иначе, процесне радње, с обзиром на форму свог вршења, могу се појавити у виду слања поднесака, као писане, односно радње које се предузимају углавном изван усмене расправе и као усмене, тј. радње које се по правилу врше у току саме расправе.

Кад је ријеч о пропуштању, потребно је напоменути да свако пропуштање извршења неке процесне радње у року¹² нема за посљедицу страначку преклузију, па су такве неактивности странке потпуно безначајне за институт враћања у пређашње стање. Свакако, не смије се узимати у обзир, ни то, да ли је странка пропуштену радњу могла учинити прије него што је наступио разлог због којег је извршење радње изостало, с обзиром на чињеницу да потпуно једнако правно дејство има извршење радње првог и последњег дана, односно било којег дана у оквиру законом предвиђеног строгог рока.¹³ Уз то треба водити рачуна и о томе да „ако нема искључења од вршења пропуштене процесне радње повраћај није ни потребан“, као ни у случају „да због искључења вршења пропуштене процесне радње није настала за странку неуклоњива правна штета, односно губитак права“.¹⁴

¹¹ „Околност да је странка у заблуди о томе колико дана има одређени мјесец, не представља оправдан разлог за продужење рока“ (СС, Уис-734/66 од 11. XI 1966). Перо Кријан, *Коментар Закона о управном поступку Федерације Босне и Херцеговине са судском праксом*, Сарајево, 2002, 174.

¹² У позитивном праву рок се одређује као период у којем се треба извршити одређена процесна радња, односно који мора протећи да би се радња уопште могла предузети.

¹³ Дарио Ђерђа, (2010), 191.

¹⁴ Мустафа Камарић, Ибрахим Фестић, *Управно право, Општи дио*, Сарајево, 2004, 343.

Кад је у питању пропуштање рокова, треба имати на уму да се ту ради о законским роковима, који су по правилу преклузивни и непродуживи, што значи да само изузетно немају такав карактер. Због пропуштања службених рокова не би се могло дозволити враћање у пређашње стање, осим ако странка није могла да тражи њихово продужење што се, у складу с природом ових рокова, само изузетно дешава.¹⁵

Но, без обзира на то о којем случају пропуштања је ријеч, битно је још истаћи да пропуштени рок због којег странка може тражити да накнадно изврши изосталу радњу, према становишту судске праксе, мора бити процесно-правног карактера. То, из разлога што пропуштање материјалноправног рока (нпр. рока застарјелости за неки материјалноправни захтјев) није од важности за институт враћања у пређашње стање.¹⁶ Овом треба додати и то да је у појединим случајевима одређивање да ли је неки рок по својој природи процесноправни или материјалноправни, скопчано с извјесним потешкоћама. Битно је још истаћи да релевантана становишта судске праксе упућују на закључак да су пропуштени процесноправни рокови, код враћања у пређашње стање, рокови који се тичу првостепеног и другостепеног управног поступка, а не и рокови који се односе на примјену ванредних правних средстава у том поступку.¹⁷

Када је ријеч о првом услову, да би дошло од враћања поступка у пређашње стање, према изричитој законској одредби, пропуштање странке мора имати за посљедицу немогућност накнадног предузимања изостале радње у току истог поступка. Важно је истаћи да закон не одређује који се разлози могу третирали као *оправдани*, већ је то у сфери процјене јавноправног субјекта пред којим се требала обавити радња, тако да од његовог тумачења зависи који ће смисао у сваком конкретном случају добити синтагма „*оправдани разлози*“ пропуштања.¹⁸ Сасвим је јасно да ће том приликом надлежни орган водити рачуна о личним особинама подносиоца приједлога за враћање у пређашње стање (нивоу образовања, култури, моралним својствима, психофизичким способностима и слично). С друге стране, очито је да разлози због којих странка може тражити враћање у пређашње стање могу бити како субјективног, тако и објективног карактера (нпр. здравствени проблеми, неки неминовни догађаји, смртни случај у породици, непредвидиве елементарне и друге непогоде), одно-

¹⁵ Драган Милков, *Управн право II, Управна делатност*, Нови Сад, 2010, 134.

¹⁶ „Повраћај у пређашње стање странка може тражити само уколико је у току управног поступка пропустила извршење неке радње везане за рок, али не и у случају пропуштања законом предвиђеног рока за подношење захтјева ради остваривања неког права о коме се одлучује у управном поступку“ (*ВСС, У 5091/79 од 19. IV 1980*), према Зорану Р. Томић, Вери Бачић, *Коментар Закона о општем управном поступку са судском праксом и регистром појмова*, Београд, 1995, 149.

¹⁷ Зоран Р. Томић, *Опште управно право*, Београд, 2009, 281.

¹⁸ *Упоредити* Славољуб Б. Поповић, Бранислав Марковић, Милан Петровић, *Управно право, Општи део*, Београд, 1995, 410.

сно разлози који су последица више силе, али и поједини правно недопустиви мотиви, као што је нпр. намјера одуговлачења поступка, и томе слично.¹⁹ Из наведеног, није тешко закључити да примјену овог процесног института странка може искористити и ради постизања неке друге сврхе, а не оне због које је правом установљен, односно да као разлог за враћање у пређашње стање може истаћи и неку околност која је од стране органа погрешно оцјењена као оправдана, а која *de facto* није представљала сметњу за предузимање изостале радње. Притом се не смије занемарити ни чињеница да и сам орган може незаконито, противправно дјеловати, односно код оцјене оправданости разлога испољити извјесну самовољу, у смислу доношења одлуке која по логици ствари не одговара природи конкретно истакнутог разлога, односно злоупотрејбити ову процесноправну могућност (нпр. неосновано одбити приједлог с циљем да се о управној ствари што прије донесе одговарајућа одлука). Из свега реченог, произилази да законом конципирани правни стандард „оправдани разлози“ омогућава, поред осталог, да се разлозима страначког пропуштања да и значење које заправо не одражава њихов стварни карактер и да се под плаштом таквих разлога у суштини крије противправно, недоследно па, у крајњем случају, и арбитрарно службено интерпретирање садржине истих. А све то, не треба заборавити, доводи до сувише широке и неуједначене примјене овог института у пракси.

Руводећи се управо тиме, наш законодавац је у материји парничног процесног права предвидио да до враћања у пређашње стање може доћи само уколико је странка неку процесну радњу пропустила предузети у року или на одређеном рочишту из *оправданих разлога* који се *нису могли предвидјети, нити избјећи* (члан 328). На тај начин је досадашњи правни стандард „*оправдани разлози*“ пропуштања у парничном поступку законодавно употпуњен прописивањем њихове „*непредвидивости и неотклоњивости*“. То значи, да разлог који је странку спријечио да на вријеме обави радњу, да би био оправдан, мора истовремено бити објективно непредвидив и неотклоњив. Из тог произилази да су, према важећем ЗПП, оправдани само они разлози пропуштања које је било немогуће предвидјети, па стога и спријечити.

У упоредној теорији парничног процесног права се сматра да је разлог пропуштања непредвидив уколико је пропуштање изазвано вишом силом или случајем који се догодио странци.²⁰

¹⁹ Правдољуб Бојацић, „*Поваћај у пређашње стање у парничном поступку*“, „Привредно правни приручник“, 5/67, 30. Када се странка позива на болест као оправдан разлог, судска пракса сматра „да није битна сама природа болести, већ околност да ли је та болест сама по себи била таква да је спречила странку да предузме конкретну процесну радњу на рочишту или у одређеном року“. Чак се у старијој пракси сматрало „да хронична болест странке која не онемогућава кретање не представља оправдан разлог за пропуштање“ (*Одлука ВС Војводине, Рев. 9/59*, наведена код Познић, Б., *Коментар Закона о парничном поступку*, Београд, 2009, стр. 271), према Гордани Станковић, Светлани Лазић, 380-381.

²⁰ Гордана Станковић, Светлана Лазић, 380.

Слично томе, поједини домаћи писци заступају став да је разлог пропуштања непредвидив, уколико је објективно такав, али и уколико је објективно предвидив, али странка за њега није сазнала, јер у датом тренутку то није могла, нити је била дужна сазнати.²¹ То значи, да се непредвидивост разлога пропуштања, узимањем у обзир свих битних околности, у сваком конкретном случају мора доказати.

У вези са разлозима пропуштања који, како је већ наглашено, морају бити непредвидиви и неотклоњиви, у науци парничног процесног права, спомиње се и питање учешћа субјективног критерија, односно кривице странке у настајању тих разлога, а у сврху њиховог правилног квалификовања, као оправданих или не. С тим у вези, по једном тумачењу србијанске науке парничног процесног права, из ранијег периода, пропуштање се сматра оправданим под условом да се не може приписати кривици странке, односно њеног законског заступника. Концепције новијег времена, међутим, непредвидивости и неотклоњивости разлога пропуштања, које су предвиђене одредбама важећег ЗПП, дају смисао више силе, будући да то значење у ствари и имају.²²

У аустријском управном процесном праву услови за враћање у пређашње стање (који потичу из одредаба Закона о парничном поступку)(§ 146)²³ су исти као и у нашем парничном процесном праву, али су за разлику од нашег права, постављени алтернативно. Закон о општем управном поступку Аустрије, наиме, прописује да су околности које су странку спријечиле да предузме процесну радњу у року или на рочишту оправдане само ако су *непредвидиве или неотклоњиве*. Овако нормирани услови и у аустријској управној теорији, али и у пракси често стварају велике потешкоће, будући да се значење поменутих правних стандарда може изводити из најразличитијих животних догађаја.²⁴ Стога се, с тим у вези, с правом поставља питање степена пажње који треба испољити странка у коришћењу својих овлашћења при вршењу појединих процесних радњи. Управна доктрина полази од тога да поменута законска одредба узима у обзир онај степен пажње који испољава човјек просјечних способности. У том контексту, заступа став да се под неотклоњивим разлогом може сматрати само такав разлог страначког пропуштања који просјечан човјек реално није могао избјећи, односно спријечити, док се под непредвидивим разлогом пропуштања подразумева таква чињеница или околност коју странка, и поред дужне пажње, није могла предвидјети, нити је на њено наступање, и поред разумне пажње, могла рачунати. Уз све ово, наводи да се нека околност или

²¹ (Куленовић, З., *et. al.*, *op. cit.*, стр. 569) према Стојани Копача, *Враћање у пређашње стање у процесном односу* (магистарски рад), Бања Лука, 2013, 56.

²² Чалија, Б. – Омановић, С., *Грађанско процесно право*, Сарајево, 2000, стр. 18; Према Николи Бодирога, „*Враћање у пређашње стање у парничном поступку*“, „Гласник Адвокатске коморе Војводине“, 10/08, 443.

²³ Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991, BGBl 1991/51. – AVG

²⁴ R. Walter, H. Mayer, (2003), 331; R. Walter, D. Kolonovits, G. Muzak, K. Stöger, (2011), 392.

догађај могу сматрати разлогом за враћање у пређашње стање само ако су у узрочној вези са насталим пропуштањем, односно таквог интензитета да је у конкретном случају њихово наступање довело до страначког пропуштања у поступку.²⁵

Овдје је још значајно споменути, и то, да ранија аустријска судска пракса није узимала у обзир субјективна, унутрашња, односно психичка стања и процесе странке, као што су нпр. заблуда, заборављање, погрешна процјена и слично, сматрајући их небитним за институт враћања у пређашње стање. Актуелна пракса, међутим, поменути психичким појавама придаје потребни значај, наравно, уколико су у конкретном случају постојале и имале већег утицаја на страначко пропуштање. У том смислу, а у сврху бољег разумијевања, ваља рећи, да се по виђењу судске праксе мањи степен непажње странке не би требао третирати као њена кривица за непредузимање неке радње, односно да због постојања мањег степена непажње она не би требала бити ускраћена за могућност предлагања враћања у пређашње стање.²⁶

Такође, за враћање у пређашње стање, по нашем праву, један од услова је да је поднесак из *незнања* или *очигледном омашком* правовремено стигао, али ненадлежном органу, па је усљед тога код надлежног органа примљен по протеку рока. Кад је овај услов у питању, може се констатовати да странка у овом случају у ствари и није прекорачила законом прецизирани рок за слање поднеска, већ је поднесак грешком, која се приписује самој личности странке и којој се даје смисао незнања, односно очигледне омашке, упутила ненадлежном органу. Свакако, не узима се у обзир случај кад је ненадлежни орган приликом непосредне предаје поднеска скренуо пажњу странци да није компетентан да о њему одлучује, будући да је тада странци стављено до знања који је орган надлежан да о поднеску одлучује. Важно је рећи да закон не објашњава шта се подразумева под незнањем и очигледном омашком, што значи да је на водитељу поступка да у сваком поједином случају процијени ове субјективне разлоге пропуштања. Како су незнање и очигледна омашка занемарљиво низак степен непажње, јасно је да се странци не може ставити на терет кривица за, из ових разлога, неблаговремено слање поднеска надлежном органу и да се, сагласно томе, њеном приједлогу треба удовољити.

Исто вриједи и у погледу трећег услова за враћање у пређашње стање, предвиђеног нашим ЗУП.

Сва, претходно приказана законска рјешења, наше и других земаља и расположива компаративна теоријска становишта, као и детаљна историјска, логичка и правна анализа одредаба ЗУП РС, посвећених овој проблематици, без сумње, указују на потребу неопходног садржинског кориговања овог институ-

²⁵ *Ibidem*, 331. и 393.

²⁶ Такво рјешење произилази из одредбе § 146 Закона о парничном поступку, која је измјењена новелом Закона о парничном поступку бр. 1983/135.

та, у првом реду, случајева, услова и поступка његове примјене, уз сагледавање правних посљедица које из тог слиједе. Уосталом, и начела управног поступка, основни постулати права и обавезујући међународни политичко-правни документи говоре да је то потребно учинити не само с гледишта права, него и респектовања права и обавеза главних актера управног поступка.

Што се тиче првог услова, односно одређивања садржине правног стандарда „оправдани разлози“ пропуштања сматрамо да би се та сувише „растегљива“ термилошка сложеница у садашњој законској регулативи, по угледу на домаћа правила парничног процесног права и процесно закондавство (управно и парнично) других земаља, требала везивати за одређеније, конкретније правне појмове, односно чињеницу истовремене објективне непредвидивости и неотклоњивости истих. Другим ријечима, за вишу силу.

Опредјељење, да је за наше управно процесно право прихватљиво да се непредвидивост и неотклоњивост разлога пропуштања поставе кумулативно темељи на чињеници да се у теорији парничног процесног права, још много раније увидјело, да „поред непредвидљивог догађаја ... алтернатива неотколоњивог догађаја нема неки велики значај, осим ако су се тиме жељели ... искључити догађаји које је странка намјерно проузроковала или није отклонила њихово наступање“.²⁷ Њиховим инкорпорирањем у важећу управнопроцесну легислативу примјена института враћања у пређашње стање више не би зависила од конкретног службеног тумачења законског услова „оправдани разлози“, већ би се заснивала на поузданијем правном стандарду, чиме би се у дјеловању управних органа и организација онемогућила досадашња изразито широка употреба овог процесноправног института, а у склопу ње, и злоупотреба истог.

У погледу остала два услова, којима је законодавац фактички проширио, али и ублажио могућност примјене овог института, без обзира на то што се ради о мањем интензитету страначке непажње и што се у савременој теорији и судској пракси потенцира да се код оцјене оправданости разлога пропуштања узима у обзир и психичко стање странке, као проблематично поставља се питање слободе службеног лица код одређивања тих услова. Начело процесне економије и ефикасности захтијевају да се управноправна заштита остварује на законит, брз и квалитетан начин. Сврха и циљ управног поступка, када је у питању овај институт, не би били остварени, ако би се измјеном, односно допуном садржине првог процесноправног услова, односно појма „оправдани разлози“ ограничила примјена враћања у пређашње стање, а истовременим задржавањем осталих алтернативних претпоставки оставила слобода службеног лица у погледу њиховог оцјењивања и тиме практично дала могућност да

²⁷ Г. Најман, *Коментар грађанског парничног поступка*, превео Саво Греговић, Београд, 1935, стр. 590; Према Ранки Рачић, „Редовни правни лијекови против пресуде због пропуштања“, „Правни савјетник“, 9/04, 39.

се враћање у пређашње стање и даље не само шире, него и волунтаристички користи. Поред тога, није сувишно још овдје рећи да непознавање прописа, судска пракса не третира као оправдан разлог пропуштања рока за извршење одређене процесне радње.²⁸

У вези са одређивањем правне природе приједлога за враћање у пређашње стање поједини правни писци различито се изјашњавају. Неки се теоретичари, пак, уопште не баве овим питањем. Уосталом, класификација приједлога за враћање у пређашње стање као правног лијека или правног средства није од значаја са аспекта интереса странке, већ је то питање више теоријског карактера. На једној страни су аутори који приједлог за враћање у пређашње стање сматрају ванредним правним лијеком,²⁹ а на другој писци по којима приједлог за враћање у пређашње стање не представља ни редовни ни ванредни правни лијек, већ правно средство, односно ванредну правну могућност на коју странка може да рачуна.³⁰

Поступак враћања у пређашње стање покреће се приједлогом странке на чијој је страни дошло до пропуштања. Ово из разлога, што једино странка која је пропустила предузети неку процесну радњу може одлучити да ли је жели поново предузети.³¹ Наравно, по природи ствари, приједлог за враћање у пређашње стање умјесто странке може да стави и њен пуномоћник.³² До враћања у пређашње стање, према томе, не може доћи по иницијативи самог органа, односно по службеној дужности. Ако би до тога евентуално дошло,

²⁸ Јозо Чизмић, „Поврат у пријашње стање“, „Правни живот“, 13/07, 559.

²⁹ Б. Мајсторовић, *Коментар Закона о општем управном поступку*, Београд, 1961, стр.147; Према Ратку Марковићу, *Управно право*, Београд, 1995, 283. У управној теорији вриједно је пажње и мишљење „да разлог због кога се овај институт користи не би смео одлучивати о његовом карактеру, него он зависи од дејства које примена института може да произведе.“ Како, повраћај може довести до уклањања акта којим је управна ствар ријешена, по овом мишљењу, треба га укључити у категорију ванредних правних средстава. Предраг Димитријевић, *Управно право, Општи део, Књига друга*, Ниш, 2008, 59; *Видјети*, Дарио Ђерђа, 191. Исто тако, у аустријској управноправној науци о приједлогу за враћање у пређашње стање говори се као искључиво ванредном правном лијеку зато што се он посматра углавном са аспекта пропуштања рока за улагање жалбе као редовног правног лијека, усљед чега одлука органа управе постаје правоснажна. Како се правоснажне одлуке могу побјигати само ванредним правним лијековима, то се и приједлог за враћање у пређашње стање третира као ванредни правни лијек, иако у стварности враћање у пређашње стање странка може предлагати и због пропуштања предузимања неке друге процесне радње, односно и прије наступања правоснажности одлуке.

³⁰ Зоран Р. Томић, (2009), 279.

³¹ „И кад странка свој предлог за повраћај у пређашње стање због пропуштања рока за жалбу погрешно назове жалбом, о том поднеску као предлогу за повраћај одлучује првостепени орган као орган код кога је требало извршити пропуштenu радњу“ (*BCC, У 8413/60 од 20.1.1961*), према Зорану Р. Томићу, Вери Бачић, (1995), 148.

³² „Није оправдан разлог за дозволу за враћање у претходно стање због пропуштеног рока за улагање жалбе, околност што заступник није на време уложио жалбу, будући да је према обиму пуномоћи био овлашћен и за предузимање такве радње“ (*VCX; Ус – 2950/78 од 10.1.1979*), према Зорану Р. Томићу, Вери Бачић, (1995), 151.

била би у питању процесноправна незаконитост, односно повреда правила управног поступка, која би се могла санирати путем жалбе.

Приједлог се, у писаној форми, подноси у субјективном року од осам дана од престанка околности која је проузроковала пропуштање, а ако је странка тек касније сазнала за пропуштање, од дана кад је то сазнала. Рок је преклузиван и није продужив. Након истека рока од три мјесеца од дана пропуштања, тј. објективног рока, повраћај у пређашње стање се више не може тражити.³³ Уколико се пропусти рок за тражење враћања у пређашње стање, „мада је и то процесна радња“, неће се дозволити враћање у пређашње стање (потврда начела *restitutio restitutionis non datur*) (члан 93), „без обзира на то да ли се ради о оправданим разлозима, јер би се на тај начин поступак могао одуговлачити унедоглед.“³⁴

Приједлог се по правилу саставља у облику поднеска. Странка у њему треба да наведе и образложи околности због којих је била спријечена да у року изврши пропуштену радњу и да предложи доказе којима ће учинити вјероватним своје наводе (члан 92 став 1). Као што се може примети, закон је предвидио да се оправданост разлога пропуштања мора доказати само до нивоа њихове вјероватности, највјероватније због тога што би њихово утврђивање до степена извјесности, представљало превелико оптерећење за водитеља поступка.³⁵

Ако се враћање у пређашње стање тражи због пропуштања рока за подношење неког поднеска, странка је дужна уз приједлог да приложи и тај поднесак (члан 92 став 3). Тиме, она истовремено, предаје и поднесак који је пропустила послати, што је у складу са начелом ефикасности, економичности и сврсисходности.³⁶ Процесна литература, у вези са овим, биљежи став да пропуштена процесна радња која се уз приједлог симултано предузима мора да буде предузета у истом року који важи за приједлог, јер би се у супротном одступало од основних процедуралних принципа. Постоји и другачије резонување, по коме би, у тој ситуацији, водитељ поступка био дужан да позове странку да накнадно предузме пропуштену процесну радњу.³⁷

Потребно је још истаћи да се приједлог за враћање у пређашње стање не може заснивати на некој околности коју је орган већ раније оцјенио као недовољну за продужење рока или одлагање расправе (члан 92 став 2).

³³ Хрватски ЗУП даје могућност тражења враћања у пријашње стање и након протека рока од три мјесеца уколико је подношење приједлога било немогуће због више силе (члан 82 став 2 и 3). Дарио Ђерђа, (2010), 193.

³⁴ Драгам Милков, *Управно право II, Управна делатност*, (2010), 141.

³⁵ С. Зуглиа, исто, стр. 280, према Николи Бодирога, 443.

³⁶ „Кад је у истом поднеску странке садржан њен предлог за повраћај у пређашње стање због пропуштеног рока за подношење жалбе и сама жалба, прво о предлогу има да одлучи првостепени орган, па ако он дозволи повраћај, жалба се узима у поступак“ (*BCC, У 7281/62 од 12. X 1962*), према Зорану Р. Томићу, Вери Бачић, (1995), 153.

³⁷ Гордана Станковић, Светлана Лазић, 378.

Приједлог за враћање у пређашње стање подноси се органу код кога је требало извршити пропуштenu радњу и који о том приједлогу и одлучује (члан 94 став 1). Остваривање циљева процесне економије, без сумње, је мотив који је био од утиција на опредјељење законодаваца за ремонстративну природу овог приједлога. Одлука којом надлежни орган одлучује о приједлогу доноси се у форми закључка (члан 94 став 2).

Када прими приједлог за враћање у пређашње стање надлежни орган најприје провјерава његову благовременост (да ли је прекорачен субјективни или објективни рок), дозвољеност (да ли се тражи враћење враћања у пређашње стање) и формалну исправност, односно уредност (садржи ли све законом прописане елементе да би се по њему могло поступати). Ако било која од наведене три процесне премисе не задовољава, орган ће приједлог одбацити (члан 94 став 3).

Иако, закон изричито не говори о судбини приједлога за враћање у пређашње стање уколико је упућен органу од стране неовлашћеног лица и уколико странка није учинила вјероватним разлоге пропуштања, може се закључити да ће приједлог због поменутих недостатака орган одбацити. Наиме, законским одредбама, посвећеним враћању у пређашње стање, се децидирано наводи да једино странка, која је пропустила да у року изврши неку радњу, може устати са приједлогом, па слиједом тога, у погледу легитимације за подношење овог поднеска и поступања органа по њему у случају неиспуњења овог услова не би требало бити недоумица. Код одговора на питање, како ће, по садашњем регулисању, орган поступати у случају кад странка не учини вјероватним разлоге пропуштања, прије свега, треба рећи да са изостајањем ове претпоставке он и нема потребе да се упушта у мериторно одлучивање о оправданости разлога, па би, сходно томе, приједлог за враћање у пређашње стање, требао закључком одбацити. То, уједно значи, да би тек након што стекне увјерење о постојању разлога пропуштања требао одлучивати да ли су они оправдани или не, и у складу са тим, приједлог закључком уважити или одбити.³⁸

Ако су чињенице на којима се приједлог за враћање у пређашње стање заснива општепознате, односно ноторне (нпр. поплава, хаварија, клизиште, штрајк и сл.), а у поступку учествује више странака са супротним интересима, орган о приједлогу може одлучити без изјашњавања противне странке (члан 94 став 4). У том случају, по виђењу појединих процесуалиста, ни предлагач враћања у пређашње стање не би требао да прилаже било какве доказе.³⁹

³⁸ Према хрватском ЗУП, ако разлози пропуштања нису учињени вјероватним приједлог за враћање у пређашње стање ће се рјешењем одбити. Дарио Ђерђа, 194. Занимљива су становишта и појединих аустријских аутора управног права. Док једни износе став да ће, уколико странка не докаже вјероватност постојања непредвидивих или неотклоњивих околности, то утицати на основаност приједлога за враћање у пређашње стање, па ће га орган одбити као неоснован, други (као што је *Hellbling, Kommentar zu den Verwaltungsgesetzen I*, 1953, str. 473) сматрају да ће то довести до његовог одбацавања. R. Walter, H. Mayer, (2003), 334; R. Walter, D. Kolonovits, G. Muzak, K. Stöger, (2011), 396.

³⁹ Гордана Станковић, Светлана Лазић, 381.

Против закључка којим се дозвољава враћање у пређашње стање није по правилу допуштена жалба, изузев ако је враћање дозвољено по неблаговременом или недопуштеном приједлогу, „што претпоставља да у поступку учествује више странака са супротним интересима, јер иначе не би имао ко да се жали против позитивног закључка“ (члан 95 став 1).⁴⁰ Подразумијева се да такав закључак обавезно мора бити образложен.⁴¹

Приједлог за враћање у пређашње стање орган ће одбити уколико се не заснива на оправданим разлозима. Против закључка којим је одбијен приједлог допуштена је посебна жалба, ако је закључак донио првостепени орган. Иначе, жалба је потпуно искључена када је поводом приједлога закључак донио другостепени орган, дакле независно од тога да ли је приједлог уважен или одбијен (члан 95 став 2 и 3). Интенција законодавца била је да овим правилом предуприједи дјеловање органа који би вршио контролу другостепеног закључка, донесеног у вези са овим приједлогом.

Када је ријеч о правном дејству приједлога за враћање у пређашње стање, треба рећи да он не зауставља даљи ток поступка, односно нема суспензивно дејство. То, из разлога, да се тражењем враћања не би одуговлачио поступак и вршиле разне злоупотребе. Но, међутим, уколико би одлука надлежног органа управе о приједлогу за враћање у пређашње стање била усвајајућа, то би значило да би се извршење главне одлуке привремено одгодило, па би се у том смислу приједлогу могло признати суспензивно дејство. Иначе, надлежни орган може одлучити да привремено прекине поступак док закључак о приједлогу не постане коначан (члан 96 став 1). Иако се Закон о томе експлицитно не изјашњава, разумљиво је да ће орган застати са поступком уколико му се приједлог за враћање у пређашње стање учини основаним.

Дозвољавање враћања у пређашње стање правно дјелује *ex tunc*, тј. уназад. Поступак се враћа у фазу у којој се налазио прије пропуштања. Ретроактивно дјеловање има за посљедицу да се стављају ван правне снаге, односно поништавају сви, нарочито правни акти (рјешења и закључци) које је орган донио након пропуштања (члан 96 став 2), без доношења посебне одлуке о томе. По мишљењу неких теоретичара, актом којим се усваја приједлог за враћање у пријашње стање требало би одредити у које се стање поступак враћа, шта се странци допушта да предузме, те која се рјешења и закључци поништавају.⁴²

⁴⁰ Драган Милков, *Управно право II, Управна делатност*, (2010), 141.

⁴¹ Никола Бодирога, 447.

⁴² Дарио Ђерђа, (2010), 194.

ЗАКЉУЧАК

Са аспекта заштите јавног интереса и права и правних интереса грађана и других странака, као и остваривања начела управног поступка, посебно начела ефикасности, правне сигурности и тзв. административне правде, потребно је у будућем иновирању одредаба важећег Закона о општем управном поступку Републике Српске, процесноправни институт враћања у пређашње стање подвргнути прецизној нормативној и компаративној анализи, и садржински прекомпоновати у смислу постављања одређенијих правних стандарда, на којима ће се заснивати приједлог за тражење враћања у пређашње стање. Ријеч је о стандардима о којима се још од раније полемисе у правној теорији, и који су већ нашли своје мјесто у нашем садашњем парничном процесном законодавству и иностраној управној и парничној процесној легислативи. Тиме ће се разлози за враћање у пређашње стање конкретније дефинисати, а уједно и сузити случајеви у којима ће се враћање моћи практиковати. То ће сигурно утицати на ревносније страначко придржавање преклузивних рокова и елиминисање свих оних штетних правних посљедица које примјена овог института, у вези са садашњим управнопроцесним режимом, коме је подвргнут, изазива.

RESTITUTIO IN INTEGRUM IN THE ADMINISTRATIVE PROCEEDINGS

Summary

Preclusive period in the administrative proceedings is the period upon whose expiration the party loses the right to non-administered procedural action. This rule has been set up to avoid the unnecessary drag out of the court process. The party, however, is sometimes prevented without its fault, i.e. due to some objective reasons, from executing the non-administered action. In order to remove the resulting negative effects and to comply with the principles of legality, justice and fairness, procedural law of many countries have envisaged through a special institute, the so-called restitutio in integrum, the possibility of adjusting the party's adverse legal status. Thus, the party is given the opportunity to additionally administer the omitted action and hence achieve everything envisaged by taking such an action, i.e. establish a position as if the non-administration has never occurred.

The General Administrative Proceedings Act of the Republic of Srpska provides for three situations when the party may request restitutio in integrum. The first situation refers to non-administration of some procedural action in general, while other two situations exclusively refer to undue filing of motions. In reference to

conditions that must be satisfied by the party to petition for restitution in integrum, the Act defines three alternative conditions, as follows: the party has missed the opportunity to file a motion due to objective reasons, such as, timely posting the motion or its direct delivery to non-competent entity, thus by the time the motion reached the competent body it was too late, and finally, the motion has been filed with the competent body, but the party has missed the deadline due to its obvious omission, but not longer than three days. The Act does not specify which reasons are considered objective nor does it define mitigating forms of party omission, i.e. it does not explain the meaning of the term ignorance and obvious omission, but leaves it to those who run the process. Obviously, absence of a more concrete criterium the authorised person should abide by in a concrete case, leave space for free interpretation of the reasons for non-administration, which can lead to the situation the newly-established institute wishes to avoid - the extension of proceedings and other abuses.

Key words: *preclusive period, non-administration of procedural action, restitutio in integrum, justified reasons for non-administration, fault, ignorance, obvious omission, objective unpredictability, and failure to remove the reasons for non-administration, vis major.*

ULOGA SAMOSTALNIH REGULATORNIH AGENCIJA U FUNKCIONISANJU SLUŽBI OD JAVNOG INTERESA

Prof. dr Petar Kunić*

***Apstrakt:** Zbog izuzetnog značaja javnih službi za razvoj i očuvanje vrijednosti neke zajednice, razlog je više da se ovom pitanju sistematski i organizovano posvećuje puna pažnja, prevashodno polazeći od realnih društvenih odnosa, odnosno dominantnih društvenih ciljeva.*

U ovom prilogu biće naznačeno nekoliko pitanja vezanih za funkcionisanje ovih službi u tržišnim okolnostima, s posebnim akcentom na nova samostalna regulatorna tijela koja treba da postanu ključni faktor u regulisanju i kontroli odnosa između preduzetnika i građana, kao korisnika usluga. Uz to, biće ukazano na disfunkcije koje prate oblikovanje i rad ovih institucija, a javljaju se kao posljedica nedovršenih i loših zakonodavnih rješenja, nedovoljnog znanja, nerazumijevanja javnog sektora, prevelikog političkog uticaja, te nedostatka kvalitetnih kadrova.

***Ključne riječi:** javne službe, liberalizacija, privatizacija, javne službe privrednog (komercijalnog) karaktera, javne službe neprivrednog (nekomercijalnog) karaktera, javna ovlaštenja, samostalna regulatorna tijela, agencije, izvršna vlast, politički uticaj, samostalnost.*

1. UVODNE NAPOMENE

Pojavom socijalne države, javne službe dobijaju posebno na značaju. Njihov eksponencijalni rast i širenje države, ponajprije u društvenim službama (javno obrazovanje, zdravstvo, kultura, socijalna zaštita i dr.), a zatim i u djelatnostima kao što su komunalne, informacijske, a zatim i tehničke (pošta, telefon, željezničke i druge vrste javnog saobraćaja, snabdijevanje električnom, toplotnom i drugim energijama), rezultat su razvoja novih tehnologija, rasta potreba stanovništva, te širenja socijalne funkcije države, koja se stara o dobrobiti svih građana i opštem društvenom, kulturnom i socijalnom blagostanju. U opštem smislu javne službe obavljaju poslove kojima se zadovoljava određeni javni interes, pa stoga javna vlast snosi krajnju odgovornost za njihovo obavljanje.

* Pravni fakultet Univerziteta u Banjoj Luci

Javne službe, odnosno službe od opšteg interesa, u posljednje tri decenije, bez sumnje, postale su tema ne samo u izgradnji institucija Evropske unije već i na nivou pojedinih država, posebno zemalja u tranziciji. Razloge za to treba tražiti u krizi finansiranja javnih službi, te dinamičnom tehnološkom razvoju, koji je doveo do reforme države i njenog povlačenja iz djelatnosti javnih službi. Sužavanjem i povlačenjem države iz ovih djelatnosti i njihovo prepuštanje tržišnim zakonitostima, država i njena javna uprava podvrgavaju se značajnim promjenama. Privatizacijom, kontrolisanom liberalizacijom i komercijalizacijom javnih službi¹ država prestaje biti vlasnikom velikog dijela javnih službi, jer se pokazalo da javne službe u njenoj režiji prave velike troškove, a da tržišna konkurencija u nekim djelatnostima ne samo da stvara manje troškove, već stvara mogućnost pružanja kvalitetnijih i bržih usluga. Komercijalnoj orijentaciji javnih službi poseban doprinos dao je menadžerski pokret, koji je unošenjem novih metoda rada dao novi polet u sadržaju javnih službi. Prevedivši, korištenjem metoda rada privatnog sektora uz smanjenje troškova i povećanje efikasnosti, odnosno povjeravanju vršenja određenih poslova privatnom sektoru i približavanje procesa odlučivanja korisnicima usluga javnog sektora. Ove službe, iako uslužnog karaktera, a ne proizvodnog, mogu se uspješno obavljati i u uslovima tržišnih zakonitosti. U kontekstu njihove privatizacije, javne službe se više u Evropskoj uniji ne označavaju pod tim nazivom, već pod nazivom službe od opšteg interesa. Kao primjer da obavljanje uslužnih djelatnosti može rezultirati dobrim profitom, spominju se telekomunikacijske usluge i dr. Isto tako, logičan slijed događaja, pa i početna iskustva, nameću pitanje da li se u nekim drugim djelatnostima, kao npr. u poštanskom saobraćaju i snabdijevanju električnom energijom mogu očekivati dobri rezultati u ostvarivanju profita, kada se zna da se u tim oblastima, usluge pružaju na veoma udaljenim i teško pristupačnim područjima, što zahtijeva znatne dodatne troškove. Međutim, isti tako, pokazalo se da država mora procjenjivati, a pritom i koristiti iskustva drugih, prilikom odlučivanja koje djelatnosti je moguće privatizovati, a da pritom, ne ugrozi javni interes i opšte dobro, jer je postalo upitno da li se neke službe mogu uspješno obavljati u uslovima motivisanja samo profitom, a da se ne naruše neka načela o kojima vodi brigu država, kao što su npr. jednakost, solidarnost i sigurnost građana, u što se svakako uvrstavaju i neka opšta načela koje razvija EU, kao što su kontinuitet, univerzalnost kvaliteta, prihvatljivost cijena, te zaštita potrošača. Stoga država u oblastima javnih službi ne može imati samo regulatornu aktivnost, već ona mora biti garant svih javnih usluga. U tu svrhu u javnoj

¹ Pod privatizacijom se označava kupoprodaja nekog javnog preduzeća u državnom vlasništvu od strane privatnog subjekta. Komercijalizacija predstavlja naplatu javne tržišne cijene za pružanje javnih usluga, čime u stvari korisnici postaju konzumenti, dok liberalizacija u stvari predstavlja takav vid stvaranja sektorskog tržišta putem kojeg se javne usluge osiguravaju na osnovu tržišnog natjecanja. Ovaj proces koristi i druge ideje, kao što u deregulacija i supsidijarnost. Deregulacija označava smanjenje klasične pravne regulacije sektorskih tržišta od strane države, u cilju da se smanji njen politički uticaj na ekonomsku djelatnost, dok pak supsidijarnost označava važnu ulogu lokalnih zajednica, civilnog sektora i građana u osiguravanju usluga koje je u novijoj fazi pružala država (šire o tome: Ivan Koprić i dr. Evropski upravni prostor, Institut za javnu upravu, Zagreb, 2012).

upravi stvorene su nove institucije čiji je glavni zadatak da regulišu i kontrolišu nove sektore tržišta, te odlučuju o pravima i obavezama fizičkih i pravnih lica (preduzetnika i potrošača), a označavaju se kao regulatorne agencije.² Preciznije, njihova je uloga da uspostave balans između interesa profita i interesa građana kao korisnika usluga, posebno vodeći računa da građanima službe budu dostupne u kontinuitetu i u onim oblastima gdje je slabiji profit, naravno uz određen kvalitet i prihvatljive cijene. Njihov zadatak nije da stvaraju slobodno tržište koje vodi u monopole već regulisano tržište, koje je izraz interesne ravnoteže između preduzetnika i građana, kao korisnika javnih usluga. U protivnom, dolazi do narušavanja odnosa između davaoca i korisnika usluga, ne samo u stvaranju monopola u pojedinim oblastima, nego i narušavanja kvalitete usluga, dizanju cijene usluga, nejednakosti korisnika i drugih vidova njihovog oštećenja.

Prema konceptu Evropske unije, javne službe mogu se definisati na javne službe privrednog (komercijalnog) karaktera i javne službe neprivrednog (nekomercijalnog) karaktera. Prve se, većim dijelom mogu podvrgnuti tržišnim odnosima, jer sadrže komercijalne elemente, što ne znači da se njima ne zadovoljavaju javni interesi i da država nije odgovorna za njihovo funkcionisanje. Odgovornost države manifestuje se u njenoj obavezi da normativno reguliše ove službe, kako u pogledu subjekata koji obavljaju službe privrednog karaktera, tako i u pogledu standarda koji se postavljaju njihovom obavljanju, te adekvatne vidove njihove kontrole, sve u cilju osiguranja zaštite javnog interesa. Javni interes se izražava kroz obaveze javne službe, a to su: univerzalnost, kontinuitet, kvalitet, prihvatljivost cijena, te zaštite potrošača. Tu svakako ne treba ispustiti iz vida sektorsku regulaciju, čija je aktivnost usmjerena na tehnički aspekt pojedinih službi. U službe privrednog karaktera uvrštavaju se tzv. mrežne industrije, kao što su snabdijevanje energentima (električna energija, plin) telekomunikacije (fiksna i mobilna telefonija, internet), službe javnog prometa (željeznice, aviosaobraćaj, lokalni i javni promet, poštanska služba, snabdijevanje vodom, upravljanje otpadom i dr. Ove službe su od opšteg ekonomskog interesa, a obavljaju se putem velikih sistema oslanjajući se na mrežnu infrastrukturu. Njihovi institucionalni vidovi pojavljaju se putem ekonomskih organizacija (trgovačka društva i drugi privatnopravni oblici) utemeljenih na pravilima privatnog prava, a u pravilu, obavljaju ih privatnopravni subjekti.

U javne službe neprivrednog (nekomercijalnog) karaktera uvrštavaju se: obrazovanje, zdravstvo, socijalna zaštita, kultura i dr. Ove službe se u pravilu ne obavljaju na komercijalnoj osnovi, iako je to stav svake zemlje ponaosob.³ Javne službe

² Regulatorne agencije na prostoru Evrope razvile su se po ugledu na nezavisne regulatorne agencije i komisije u SAD koje su nastale pod snažnim uticajem ultraliberalnih koncepcija, tj. privatizacije i deregulacije javnih službi i usluga. Vidi o tome: Neven Šimac, *Evropski principi javne uprave*, Zagreb, 2002, str. 78 i 79.

³ Službe od opšteg interesa, kako se zovu u dokumentima EU nisu našle svoje mjesto u ugovorima EZ, već je taj pojam počeo da se koristi tokom 90-ih godina prošlog vijeka. Nakon toga, održano je puno rasprava čiji rezultat je ustanovljenje šireg pojma "službi od opšteg interesa" i užeg pojma "službe od opšteg privrednog interesa", a u okviru toga izdiferencirane su "socijalne službe od opšteg interesa"

neprivrednog karaktera (posebno socijalne i zdravstvene) u EU podvrgnute su načelima evropske stečevine, kao što je nediskriminacija i druga opšta načela – *aquis*. Ove službe mogu obavljati javnopravni i privatnopravni davaoci usluga. Najčešće su to neprofitne organizacije koje se pojavljuju u vidu javnih ustanova, već zavisno od pravnih režima pojedinih zemalja.

Bogata sudska praksa sudova EU, stvorena odlučivanjem u mnogobrojnim predmetima vezanim za javne službe, takođe je uticala na konceptualno uobličavanje javnih službi, posebno u pogledu otvaranja prostora za širenje tržišne inicijative u sektoru socijalnih službi, kao što su obrazovanje, zdravstvo, penzioni sistem i dr.⁴ Ranije dominirajući kriterijumi, poput društvene solidarnosti i neprofitni karakter obavljanja ovih djelatnosti stavljeni su u podređen položaj u odnosu na tržišne i komercijalne principe. Tradicionalne javne službe (finansiranje sportskih aktivnosti i objekata sportske infrastrukture, prometa, zdravstva, kulture, obrazovanja i dr.), sve više se otvaraju za privatnu inicijativu. Javno-privatno partnerstvo postaje sve prisutnije u obavljanju javnih službi, iako je i ovaj model opterećen sa nizom neizvjesnosti i neriješenih pitanja. Posebno se ističe njegova složenost koja može dovesti do niza negativnih posljedica kao što su raspodjela rizika na štetu javnih ustanova, dugo trajanje ugovora (u pravilu između 25 i 30 godina), što dovodi u pitanje samu legitimnost odluka koje obavezuju buduće generacije.⁵

Poseban značaj za javne službe u okviru EU predstavlja Zelena knjiga o službama od opšteg interesa (2003)⁶, koju je sačinila Evropska komisija.

U Zelenoj knjizi se posebno ističe da su službe dio sistema vrijednosti na kojima se temelji Evropski model društva koje imaju važnu ulogu za kvalitet života građana EU, jačanju konkurentnosti privrede, teritorijalnu i društvenu povezanost i dr. Značajno je pomenuti da ovaj dokumenat ne koristi izraz javne službe, već službe od opšteg interesa kako bi se opravdala njihova privatizacija. Zelena knjiga vrši klasifikaciju službi od opšteg interesa na privredne (komercijalne) i neprivredne (nekomercijalne), iako veću pažnju posvećuje službama privrednog karaktera. Međutim, mora se istaknuti da u EU još uvijek ne postoji jedinstveno stanovište, niti čvrsto definisani pravni standardi javnih službi. Pravni standardi su u fazi stvaranja i profilisanja, tako da još uvijek suštinska pitanja vezana za sistem službi od opšteg interesa, nisu razriješena.

kao i kategorija „zdravstvenih službi od opšteg interesa”. Ovdje treba pomenuti i tzv. Bolkensteinovu direktivu (nazvanu po bivšem članu Evropske Komisije Frederiku Bolkensteinu) kojom se isključuje primjena ove direktive na zdravstvene i socijalne službe, čime se željelo ukazati na poseban značaj ovih službi i ograničeno djelovanje tržišnih principa u njihovom obavljanju.

⁴ Šire o tome: Vedran Đulabić, Socijalne službe u konceptu službi od općeg interesa, Revija za socijalnu politiku, Zagreb, 2007, str. 137-162.

⁵ Perko Šeparović, Inge: Izazovi javnog menadžmenta – dileme javne rasprave, Zagreb, 2006.

⁶ Na značaj i poimanje Službi od opšteg interesa Evropska komisija je ukazala kroz niz dokumenata. Pored Zelene knjige (2003) tu je i Bijela knjiga (2004) te više Saopštenja (1996, 2001, 2006 i 2007) i drugih stručnih dokumenata.

2. PRAVNI STATUS I OVLAŠTENJA SAMOSTALNIH REGULATORNIH TIJELA

Regulatorne agencije predstavljaju institucije nezavisne od izvršne vlasti i državne uprave, čiji je glavni zadatak regulisanje i kontrola tržišta koje nastaje na području javnih službi.

Regulatorne agencije treba da osiguraju poseban pravni režim i adekvatna institucionalna rješenja za mnoga pitanja vezana za funkcionisanje javnih službi. Po red regulatornih, regulatorne agencije imaju kako nadzorna ovlaštenja, tako i ovlaštenja odlučivanja u konkretnim slučajevima.⁷

Ne ulaze u strukturalni okvir državne uprave, ali svakako predstavljaju dio javne uprave. Obavljaju poslove kako na centralnom državnom nivou, tako i na nivou federalnih jedinica (ukoliko se radi o federalnoj državi), pa i na regionalnom nivou. Obavljaju javne poslove (prema pravilima javnog prava) koje vrše lica koje u pravilu imaju status državnog službenika, a finansiraju se iz budžeta. Ova regulatorna tijela imaju zavidan stepen autonomije i u pravilu pravnu spsobnost, a odgovorna su osnivaču.

Njihov status zahtijeva organizacionu, funkcionalnu, personalnu, finansijsku i personalnu nezavisnost.⁸ Rukovodioci regulatornih agencija ne biraju se iz reda politike i nemaju političku podlogu. Imaju visok stepen stručnosti i *lex artis* predstavlja ključnu komponentu u njihovom funkcionisanju. Iako svoju izvorišnu osnovu ne nalaze u kontinentalnoevropskoj tradiciji, već se razvijaju po uzoru na nezavisne regulatorne agencije i Komisije u SAD, broj takvih tijela raste, kako na nivou EU, tako i na nivou država članica i država koje se nalaze u procesu tranzicije. Takva tijela imaju sopstvenu organizaciju koja se u pravilu formalno naziva agencijom, iako mogu imati i drugi naziv kao što su: komisija, vijeće, ured, centar i dr. Uvijek se mora raditi o nezavisnim regulatorima, budući da u mnogim slučajevima agencije vrše obične upravne zadatke. Ključna aktivnost regulatornih nezavisnih tijela je svakako donošenje opštih pravila, odnosno pravnih propisa koja se vrlo često smatra glavnim, odnosno jedinim oblikom regulacije. Prema Colemanu postoje "dva oblika regulacije: 1) donošenje pravila koja su hijerarhijski niža od onih koje donosi zakonodavno tijelo (koje postavlja temelje i granice svakoj regulaciji) – regulacijsko tijelo ima ovlasti utvrđivanja pravila unutar te granice i 2) tzv. adjudikacija – primjena pravila na specifične slučajeve; ta je funkcija često podvrgnuta sudskoj kontroli (za razliku od prve koju sudovi ne mogu nadzirati)."⁹ Christensen i Lagreid u regula-

⁷ Pirant Rajko, Liberalizacija gospodarskih javnih službi, Zbornik X dneva javnoga prava Portorož; Institut za javno pravo, 2004; Prema: Ivan Koprić i dr., Evropski standardi regulacije službi od općeg interesa: (kvazi) nezavisna regulacijska tijela u izgradnji modernog kapitalizma i Hrvatska javna uprava, Zagreb, 2008, str. 661 i 662.

⁸ Isto, Koprić i dr. str. 661.

⁹ Coleman Robert, Regulatory Agencies and the European Union. Queen's University Belfast Working Paper QU/GOV/7/2004, Novembar 2004, Prema: Ivan Koprić i dr., str. 662.

torne aktivnosti uvrštavaju: ”1. formulacija ciljeva, donošenje pravila i postavljanje standarda, 2. nadgledanje, prikupljanje informacija, kontrolu, inspekciju, evaluaciju, 3. primjenu pravila, uticanje na ponašanje, primjenu nagrada i kazni.”¹⁰

Pored ovih aktivnosti, nezavisna regulatorna tijela imaju ovlaštenja da nadziru i obezbjeđuju slobodu ravnopravnost tržišne utakmice da daju licence novim tržišnim akterima, donose presude u sporovima između davaoca usluga od opšteg interesa i u sporovima između davaoca usluga i potrošača, da zaštite prava potrošača usluga od opšteg interesa, donose odluke o cijenama i drugim ekonomskim uslovima obavljanja službi, utvrđuju standarde za pojedine oblasti, vrše nadzor te donose odluke o drugim važnim pitanjima.

3. OSNIVANJE I RAZVOJ NEZAVISNIH REGULATORNIH TIJELA U REPUBLICI SRPSKOJ I INSTITUCIJAMA BOSNE I HERCEGOVINE

Osnivanje nezavisnih regulatornih tijela u Republici Srpskoj i Bosni i Hercegovini otpočelo je paralelno sa sprovođenjem sveobuhvatnih političkih i ekonomskih reformi, u čijem okviru posebno mjesto zauzima, javna uprava. Kao nedvojbeni dio javne uprave i javnog sektora, nezavisna regulatorna tijela nastala su kao izraz potrebe za stvaranjem novih organizacionih oblika radi izvršavanja novih poslova vezanih za zaštitu opšteg (javnog) interesa, a posebno zaštite korisnika i potrošača u pojedinom segmentu tržišta, koje takvo tijelo reguliše i nadzire.

Na entitetskom i državnom nivou, uprava je prošla i još uvijek prolazi kroz intenzivne reforme uglavnom zbog potrebe adaptacije evropskim uticajima, ali i zbog percepcije neefikasnosti uprave i nezadovoljstva građana njenim uslugama.

Značajan dio reforme odnosi se na formiranje agencija, čiji broj je u posljednjih nekoliko godina znatno narastao. Međutim, mora se primjetiti, da su regulatorna tijela i u Republici Srpskoj i Bosni i Hercegovini dio sistema državne uprave, odnosno izvršne vlasti što nije na tragu evropskih iskustava.

Razloge treba tražiti u nepoznavanju njihove prirode, pravne i faktične uloge i sistemu javne uprave, a i okolnosti da su se ova regulatorna tijela pojavila u novije vrijeme. Većina članica Evropske unije razvija drugačiju praksu, razvijajući tzv. ne-državne subjekte uprave koji ulaze u okvir javne uprave, ali ne i državne uprave. U tom kontekstu, pravno gledajući, nezavisna regulatorna tijela mogla bi se uvrstiti u kategoriju tijela sa javnim ovlaštenjima, čime se otvara mogućnost da se na regulatorne i druge agencije delegiraju određeni poslovi organa državne uprave (za koje se smatra da ih ovi subjekti mogu brže i bolje obavljati), a istovremeno stvaraju uslovi za nezavisno regulisanje i upravljanje u određenoj oblasti, bez uticaja organa državne uprave i vlade, odnosno bez političke kontrole.

¹⁰ Christensen, Tom, Per Laaegreid (2007) Regulatory Agencies – The Challenges of Balancing Agency Autonomy and POLITICAL Control, Governance 20:3, 499-520, Prema: Ivan Koprić i dr., str. 662.

Kao razlozi delegiranja (povjeravanja) ovlaštenja pravne regulacije regulatornim tijelima, u literaturi se ističe da su oni tehničkog, političkog i demokratskog karaktera.¹¹

Tehnički razlozi polaze od pretpostavke da agencija raspolaže sa većom kadrovskom stručnošću, a time i većim servisnim kapacitetom čime olakšava rad svojim klijentima.

U svom radu primjenjuju jednostavnije procedure i veće slobode u radu u odnosu na složene upravne procedure, što pridonosi ekonomičnosti i većim slobodama menadžerskih struktura. Politički razlozi mogu imati različite motive, od prebacivanja odgovornosti za slučaj neuspjeha, do želje da se stvori kontinuitet određene politike i istekom mandata određene političke strukture, odnosno da se aktivnosti koje obavljaju agencije u određenoj oblasti izvuku od dnevno-političkog uticaja. U demokratske razloge uvrštavaju se ocjene da nezavisna regulatorna tijela djeluju efikasnije, ekonomičnije, sa manje političkog uticaja, čime se povećava povjerenje građana u javni sektor. Njihov rad smatra se transparentnijim, što stvara pretpostavke za veće uključivanje civilnog sektora i javnosti, što predstavlja podlogu za jačanje demokratskog legitimiteta ovih institucija.

Nezavisna regulatorna tijela nisu predviđena Ustavom Bosne i Hercegovine, niti Ustavom Republike Srpske. Istina, Ustav Republike Srpske (čl. 97 i 111) predviđa mogućnost povjeravanja javnih, odnosno upravnih ovlaštenja preduzećima i drugim organizacijama, odnosno organima. Međutim, Ustav ta ovlaštenja ograničava na rješavanje o pojedinačnim stvarima, o pravima i obavezama građana ili primjenjuju mjere prinude i ograničenja, samo u zakonom propisanom postupku. Iz ovog proizilazi da Ustav ne predviđa mogućnost povjeravanja regulatornih aktivnosti putem podzakonskih akata spomenutim subjektima, što govori da osnivanje samostalnih regulatornih tijela, nema ustavni osnov ni sa stanovišta Ustava Republike Srpske, a ni Ustava Bosne i Hercegovine.

Sistemski zakoni kojima se reguliše oblast uprave (Zakon o republičkoj upravi Republike Srpske i Zakon o upravi Bosne i Hercegovine)¹², na nivou Republike i državnih institucija predstavljaju prilično ograničavajući okvir u smislu mogućnosti djelovanja, kada su u pitanju performanse potrebne regulatornim nezavisnim tijelima.

¹¹ OECD SIGMA (2007), Sigma paper no. 43: Organizing the Central State, Administration – Policies and Instruments, Paris: OECD (Prema: Ivan Koprić i dr., str. 665); Levi Faur, David, Jacint Jordana (2004) The politics of regulation in the age of governance. In: Jacint Jordana and David Levi – Faur (eds.) The Politics of Regulation. Institutions and Regulatory Reforms for the Age of Governance. Edward Elgar Publishing (Prema: Ivan Koprić i dr. str. 665); Thacer, Mark (2002) Analysing regulatory reform in Europe. Journal of European Public Policy, 9:6, str. 859-872 (Prema: : Ivan Koprić i dr., str. 665).

¹² Službeni glasnik Republike Srpske br. 118/08, 11/09, 74/10 i 56/10 i Službeni glasnik Bosne i Hercegovine broj 32/2 i 102/09.

Prema jednom i drugom zakonu, sa manje ili više preciznosti, pravni osnov za osnivanje ovih tijela može se naći u odredbama koje se odnose na povjeravanje javnih ovlaštenja određenim subjektima. Prema Republičkom zakonu (čl. 6 i čl. 12 stav 3 i 9), "pojedini poslovi uprave zakonom se mogu povjeriti jedinicama lokalne samouprave, javnim preduzećima, javnim ustanovama i drugim organizacijama".

Zakon spominje agencije, ali u sastavu ministarstava. Prema odredbama zakona "agencije su organi uprave koji vrše stručne i sa njima povezane poslove, koji se vrše uz primjenu tržišnih principa, odnosno pružanje usluga i obezbjeđuju unapređenje i razvoj." Iz ovog proizilazi da je Republički zakon označio agencije kao organe uprave i vezao ih za ministarstva, što nije na tragu evropskih iskustava gdje nezavisna regulatorna tijela – nisu organi uprave, djeluju autonomno i ne potpadaju pod subordinaciju vlade niti državne uprave. Slična rješenja sadrži i Zakon o upravi BiH (čl. 2. stav.1 i 2).

I jedan i drugi zakon ograničavaju poslove koje mogu obavljati subjekti sa javnim ovlaštenjima, tako da u okviru promjene nadležnosti institucije sa javnim ovlaštenjima odlučuju o pojedinačnim stvarima, određenim pravima i obavezama građana, preduzeća, ustanova i drugih pravnih lica, što govori da u okviru ove nadležnosti, subjekti kojima se povjeravaju javna ovlaštenja nemaju određene regulatorne nadležnosti, čime se ograničava mogućnost djelovanja koje su potrebne regulatornim tijelima i agencijama.

U oblikovanju regulatornih institucija u Republici Srpskoj i Bosni i Hercegovini treba koristiti iskustva drugih, posebno zemalja Evropske unije. Dosadašnja iskustva govore da samostalna regulatorna tijela predstavljaju nedovoljno razvijen organizacioni i statusno-pravni oblik i da sa tog stanovišta imaju mnogobrojne probleme, što je upravo posljedica neprecizno utvrđenog statusa i usporenog procesa njihovog konačnog profilisanja.

Dosadašnja iskustva govore da se u Republici Srpskoj i Bosni i Hercegovini razvijaju dva tipa agencija, koji se međusobno razlikuju po samostalnosti. Jedno su agencije kao nezavisna regulatorna tijela, a drugo su agencije koje su mnogostruko povezane sa matičnim ministarstvima. Prve imaju veći stepen samostalnosti gledajući sa organizacijskog, finansijskog i funkcionalnog stanovišta, dok su druge vezane za upravu i obavljaju poslove pod okriljem njene kontrole. Vrijedan primjer samostalnog regulatornog tijela u Republici Srpskoj je Agencija za bankarstvo, osnovana Zakonom o Agenciji za bankarstvo (Službeni glasnik Republike Srpske broj 59/13). Ovo regulatorno tijelo ima organizacionu, funkcionalnu i finansijsku samostalnost. Organizaciona se ispoljava kroz poseban zakon kojim je osnovana, funkcionalnost je utvrđena ovim zakonom kojim su Agenciji data javna ovlaštenja da u okviru njih vrši regulatorne aktivnosti donošenjem opštih podzakonskih akata, zatim donošenjem pojedinačnih akata kojima agencija odlučuje o pravima i obavezama potrošača, odnosno fizičkih lica korisnika finansijskih usluga, daje i oduzima dozvole za rad banaka, vrši nadzor i preduzima potrebne radnje u vezi sa sprečavanjem pranja novca,

te obavlja i druge poslove predviđene zakonom. Finansijska samostalnost Agencije za bankarstvo manifestuje se kroz finansiranje iz vlastitog budžeta. Stepennjene samostalnosti uvećava se činjenicom da je učinjen značajan otklon kontrole izvršnih struktura nad njenim radom koji se manifestuje kroz imenovanje rukovodećih i upravljačkih struktura. Upravni odbor agencije i direktora imenuje Narodna skupština na temelju provedene procedure javne konkurencije, koja pored toga vrši nadzor nad njenim radom, čime je uvećana nezavisnost i javna odgovornost ovog tijela.

Slično Agenciji za bankarstvo Republike Srpske, Zakonom o komunikacijama na nivou BiH osnovana je Regulatorna agencija za komunikacije na nivou BiH ("Službeni glasnik BiH" broj 91/03, 76/06, 32/10), kao samostalna, odnosno nezavisna organizacija koja vrši javna ovlaštenja, u skladu sa zakonom i propisima donesenim na osnovu zakona. Agencija je samostalni pravni subjekt, a funkcionalno, organizacijski i finansijski je nezavisna od bilo kog državnog organa i od ostalih organizacija i lica koja obavljaju poslove u telekomunikacionim mrežama. U okviru svoje nadležnosti ova agencija obavlja poslove u skladu sa zakonom, kao što su donošenje opštih akata (pravila) za koje se traži posebna tehnička stručnost, zatim pojedinačnih akata koji su obavezni za treće osobe u prvom i drugom stepenu, izdavanje i oduzimanje dozvola emiterima i operatorima telekomunikacija, vršenje inspekcijskog nadzora i dr. U rješavanju o upravnim stvarima primjenjuju pravila opšteg upravnog postupka. Prilikom imenovanja rukovodećih i upravljačkih struktura, Agencija je oslobođena bilo kakvog političkog uticaja. Članove Savjeta agencije imenuje Parlamentarna skupština, bez mogućnosti većeg uticaja Savjeta i nadležnog ministarstva prilikom finalizacije predlaganja članova Savjeta agencije. Članovi Savjeta predstavljaju društvo u cjelini uz punu transparentnost njihovog imenovanja. Direktora na osnovu javne konkurencije imenuje takođe Parlamentarna skupština.

Primjena nezavisnih regulatornih agencija, i na nivou Republike, i na nivou države može se naći još, a uopšteno posmatrano u tu kategoriju na nivou Republike mogli bismo uvrstiti Republičku revizorsku kuću, Agenciju za sertifikaciju, akreditaciju i unapređenje kvaliteta zdravstvene zaštite, Agenciju za akreditaciju visokoškolskih ustanova, Komisiju za hartije od vrijednosti i dr.

Na nivou Bosne i Hercegovine u ovu kategoriju mogu se uvrstiti: Državna revizorska institucija, Državna regulatorna Komisija za električnu energiju, Državna regulatorna agencija za radijaciju i nuklearnu bezbjednost, Agencija za nadzor nad tržištem Bosne i Hercegovine, Agencija za poštanski saobraćaj i dr.

Bez obzira na činjenicu da je na nivou Republike, a posebno na nivou države osnovan velik broj agencija, nije uvijek riječ o nezavisnim regulatornim tijelima, budući da više agencija na nivou Republike, a i na nivou države ima obične upravne zadatke.

Jedan dio agencija kao što su npr. Agencija za akreditaciju visokoškolskih ustanova Republike i Agencija za razvoj visokog obrazovanja i osiguranja kvaliteta BiH i dr., mogu se uvrstiti u nezavisna regulatorna tijela, ali sa nizom manjkavosti.

Iako su, funkcionalno i organizacijski relativno samostalna, daleko su od potrebnih kvalifikativa za nezavisne regulatorne institucije. Iako imaju svoje organe i utvrđene nadležnosti koje samostalno obavljaju, kao npr. donošenje opštih akata, rješavanje o pravima i obavezama u pojedinačnim slučajevima, ovi subjekti su i suviše pod uticajem vladinih institucija, što je posebno karakteristično za Republiku Srpsku, gdje ove institucije osniva vlada i imenuje upravni odbor, direktora i zamjenika direktora na osnovu javnog konkursa, dok to na nivou Bosne i Hercegovine vrši Parlamentarna skupština. Konceptualni okvir agencija u oblasti obrazovanja gdje je javni interes posebno izražen, ne daje adekvatna rješenja, jer u cjelini ne sagledava položaj i ulogu ovog tijela u sistemu obrazovanja. Loša pravna regulacija u Republici Srpskoj, posebno u oblasti visokog obrazovanja može biti posljedica nedovoljnog znanja, ali i vid dubljih, skrivenih interesa na relaciji tvoraca propisa, (Zakona o visokom obrazovanju i drugih podzakonskih akata) i novokomponovanih "preduzetnika" u ovoj oblasti. Nedostatak kvalitetnih kadrova i znanja, nerazumijevanje javnog sektora (nedovoljno uvažavanje javnog interesa), nerad i opstrukcija kontrolnih tijela, doveli su do niza negativnih pojava u visokom obrazovanju. Liberalizacija u ovoj oblasti pokazala se štetnom na dugoročnoj osnovi, jer nastale štetne posljedice nije moguće popraviti. Liberalizaciju i uvođenje privatnog sektora u oblast visokog obrazovanja nije bilo moguće uvoditi bez unaprijed utvrđenih pravila igre i utvrđenih standarda i kriterijuma, čiji je glavni akter u zaštiti javnog interesa trebala biti upravo Agencija za visoko obrazovanje, koja je osnovana post festum. Zbog regulatorne i institucionalne nedovršenosti i nedovoljne promišljenosti i opravdanosti, mogućnosti neselektivnog uvođenja privatnog sektora u sve oblasti visokog obrazovanja, otvorena su široka vrata za novokomponovane "preduzetnike", čiji je glavni cilj ostvarivanje ekstraprofita, prevashodno na uštrb kvaliteta. Iako većina privatnih univerziteta prilikom osnivanja nije ispunjavala uslove predviđene Zakonom o visokom obrazovanju, nadležno Ministarstvo im je dalo dozvolu za rad, što je krajnje neodgovoran i nezakonit čin. Uostalom, postavlja se pitanje da li je moralno i opravdano podvrgnuti obrazovanje, koje upravo zbog svog značaja i za pojedince i za društvo u cjelini, tržišnom mehanizmu, a da pritom ni jedno državno tijelo u toj sferi ne vodi računa o javnom interesu.

ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Stiče se utisak da je liberalizacija i privatizacija javnih službi kod nas izvršena stihijski, bez jasno određene strategije i bez sagledavanja uloge i značaja tih službi na društveni razvoj i očuvanje društvenih vrijednosti. U zajednici, opterećenoj lošim tranzicijskim iskustvima, čini se da su problemi koji prate ovaj proces, još veći. Opravdano se postavilo pitanje da li javne službe mogu uspješno vršiti svoju misiju u uslovima isključivo motivisanim profitom, a da se pritom ne naruše neka načela o kojima brigu vodi država, kao što su npr. jednakost, solidarnost i sigurnost građana.

Umjesto države potražena su nova institucionalna rješenja u vidu nezavisnih regulatornih tijela, koja preuzimaju njenu ulogu na drugačijim osnovama. Njihov glavni zadatak je da stvaraju regulisano tržište koje će biti izraz interesne ravnoteže između preduzetnika i građana kao korisnika usluga. Iskustvo govori, da stvaranje regulatornih tijela na prostoru Republike Srpske i Bosne i Hercegovine ima niz teškoća koje proizilaze iz činjenice da je njihov status parcijalno i neprecizno uređen, tako da je njihova pravna pozicija dosta nejasna. De lege ferenda treba stvoriti jedinstven pravni okvir na nivou republike i na nivou države u skladu sa ustavnom podjelom nadležnosti, kojim bi se uredila osnova za osnivanje, djelovanje i nadzorne aktivnosti nezavisnih regulatornih tijela. U tom okviru potrebno je posebno ustanoviti mehanizme kojim će se osigurati što veći stepen samostalnosti ovih regulatornih tijela.

POJAM STRANKE U SRPSKOM UPRAVNOM PRAVU

Prof. dr Zoran R. Tomić*

***Apstrakt:** U ovom članku se ponajviše razmatraju razlike između stranke u čistom upravnom procesu i stranke, odnosno stranaka u upravno-sudskom postupku. Sve to u ovdašnjem srpskom pravu - pravu Republike Srbije i pravu Republike Srpske. Pisac nastoji da ukaže na ključne probleme u ovoj materiji, i u nauci i u upravnoj, kao i sudskoj praksi. Poglavitno što se tiče određivanja stranačke legitimacije u upravnom postupku, posebno kruga trećih lica kao stranaka, kao i određivanja pozicije zainteresovanog lica u upravnom sporu. Istaknuti su preobražaji pravnih položaja pojedinih kategorija subjekata u upravno-procesnom toku.*

***Ključne reči:** stranka, srpsko pravo; upravni postupak, stranačka legitimacija; zainteresovano lice; tužba; upravni spor.*

UVOD

1. U jednom pravnom odnosu postoje strane između kojih se uspostavljaju relevantna prava (ovlašćenja) i obaveze (dužnosti). A u jednom pravnom postupku uvek sudeluje stranka, jedna ili više njih o čijim pravima i obavezama, odnosno pravnim interesima je reč u konkretnom slučaju. Između nje, odnosno njih (kada je reč o više stranaka) i drugih učesnika istog postupka formiraju se određene procesne relacije. Njihova glavna svrha je da dovedu do zasnivanja - recimo upravnim aktom (primerice, poreskim rešenjem) - pravnog odnosa u sadržinskom, materijalnom smislu (recimo do obaveze plaćanja u postupku utvrđenog poreskog duga), ako su za to ispunjeni predviđeni zakonski uslovi.¹ *Upravni odnosi* su koherentna grupacija društvenih odnosa različitih oblika (lični i imovinski, sa više modaliteta), ali sa srodnom pravnom sadržinom.

* **Правни факултет Универзитета у Београду**

¹ Tako u tekstu *Zakona o poreskom postupku i poreskoj administraciji* Srbije ("Službeni glasnik RS", br. 80/02, 84/02, 23/03, 70/03, 55/04, 61/05, 85/05, 62/06, 61/07, 20/09; ZPPPA) kod načela "postupanja u dobroj veri" (član 8. stav 1), ispravno je govoriti o stranama u poreskom odnosu, a ne o stranama u poreskom postupku (kako sada piše). S obzirom na rečeno, naslov glave III prvog dela ZZZP je pogrešan: nije reč o "strankama" u poreskom postupku, već o stranama u poreskom (i procesnom, i materijalnom) odnosu. O poreskoj upravi i stranci u poreskom postupku (pravnom ili fizičkom licu). To je vidljivo i iz sadržine pripadajućih članova (čl. 10. i sl.).

2. Upravni odnosi su rezultat upravne delatnosti, supstancijalno osobenog upravnog rada. *Upravni rad uspostavlja upravne odnose, ili ih bar konkretno faktički/materijalno dograđuje i oblikuje.* Upravni odnos podrazumeva dve strane: (1) *subjekte upravnog rada* - nosioce javne (upravne) vlasti, vršioce upravnog rada; (2) *pravne subjekte prema kojima je taj rad neposredno usmeren u konkretnom slučaju.* No, među učesnike jednog upravnog odnosa mogu se, u pojedinim situacijama, ubrojiti i lica prema kojima upravni rad nije neposredno usmeren - ne radi se o njihovim pravima i obavezama - ali čiji pravno zaštićeni interes "ulazi u polje" datog odnosa. Tim, tzv. zainteresovanim licima (član 39. ZUP-a), pravni sistem priznaje ovlašćenje na određenu procesnu intervenciju radi zaštite svoje individualne situacije (takav pravni položaj ima sused lica koje je podnelo zahtev za izdavanje građevinske dozvole na određenom zemljištu).²

3. Predmet ovoga članka je razmatranje *pojma (i položaja) stranke u srpskom upravnom pravu* - u važećem pravu Republike Srbije i pravu Republike Srpske. A razlike između merodavnih tamošnjih pravnih regula po ovom pitanju su nebitne. Pri tome, proučava se kako stranka u upravnom postupku - u tzv. čistoj upravnoj proceduri, tako i stranke u upravno-sudskom postupku - u proceduri pred upravnim sud(stv)om, u upravnom sporu.

I

1. Glavni subjekti *u upravnom postupku su: nadležni organ – koji vodi postupak i donosi odluku u upravnoj stvari, i stranka – lice* o čijim pravima, obavezama ili pravnim interesima treba da bude odlučeno u datom slučaju.³ U tom postupku, kao stranka, ima pravo da učestvuje i svako „treće“ lice, radi zaštite svojih prava i pravnih interesa; to je tzv. zainteresovano lice.⁴ Ne samo da se u upravnom postupku rešava o pravima, obavezama ili/i pravnim interesima stranke, nego ona - u savremenom, demokratskom upravnom postupku - ima priznatu procesnu poziciju: zagarantovana ovlašćenja i dužnosti radi donošenja zakonite upravne odluke i zaštite njenog pravnog integriteta i identiteta. Građanin je vremenom prešao put od podanika do stranke, tako da ima rastuću pravnu mogućnost - ne samo da efektivno i aktivno učestvuje u postupku - nego i da odgovarajućim pravnim sredstvima traži preispitivanje upravnih odluka koje se odnose na njega pred višim organom. Ukratko, dominantni smisao javnoj upravi primerenih evropskih standarda jeste da se upravni postupak skрати, pojednostavi, odmereno (delimično) deformalizuje, koncentriše, racionalizuje i ubrza (*efficient*), ali ne na štetu delotvornosti (*effective*) pravne sigurnosti, zakonitosti i načela istine. S tim u vezi, važan je *unapređeni položaj stranke u tran-*

² V. i Ivančević, *op. cit.*, str. 172-173.

³ Pogledati kod R. Walter - H. Mayer, *Grundriß des österreichischen Verwaltungsverfahrenrechts*, Wien, 1987, str. 42-50.

⁴ V. Z. R. Tomić, *Komentar Zakona o opštem upravnom postupku, sa sudskom praksom i registrom pojmova*, deveto izdanje, Beograd, 2012, str. 140-169.

sparentno postavljеном управном поступку, као својеврсног процесног сарадника органа у примени права и пуњању јавних услуга: 1) њена непрекидна информисаност, учествовање у свим процесним радњама које је се тићу, укључујући приступ и доступност свих релевантних докумената; 2) право на саслушање; 3) пуњање сваковрсне помоћи странци у поступку (како од органа, не реметећи тиме његову главну улогу у поступку, тако и од стручних лица које странка сама изабере или јој по закону следеју); 4) управна образложења свих донетих аката; 5) право да се о њеној правној ситуацији одлучи у разумном року; 6) признато право на правни лек, како против активног деланја управе којим странка није задовољна, тако и против пасивног (ћутанје, одуговлаћење) понашања органа.⁵

*Stranka u upravnom postupku*⁶ је правни субјект о ћијим се правима и обавезама решава, као и лице које ради заштите својих права или правних интереса има право да учествује у поступку (тако ћлан 39. *Zakona o општем управном поступку Србије*⁷, ZUP).⁸ За те правне субјекте заједничко је то да имају странаћку (стварну) легитимацију за учествовање у управном поступку. То је нарочит однос једног лица према предмету поступка, из којег произилази да је рећ о одлучивању о неком његовом праву или обавези, или, посредно, о његовом правном интересу у конкретном случају.⁹ Поред странаћке способности (ћлан 40) и процесне способности (ћлан 43), *stranaћka legitimacija* је трећи обавезни услов да један правни субјект у потпуности учествује у управном поступку.¹⁰

Поступак покренут *povodom zahteva stranke* води се по правилу да би јој се признало одрећено право, одобрило извесно понашање, односно да би се странка ослободила или да би јој се уманјила нека постојећа обавеза. ZUP уопшћено вели (ћлан 115. став 2) да, ако орган поводом стављеног заhteva stranke нађе да нема услова за покретање поступка, одбија његово покретање и доноси закључак којим се заhtev за покретање поступка *odbacuje*. А да би један заhtev неког лица заиста довео до покретања управног поступка, потребно је да буду кумулативно испуњени следећи услови: а) да подносилац заhteva има *stranaћku sposobnost*; б) да је активно *legitimisan u тој ствари*; в) да се ради о *upravnoj ствари*¹¹; д) да та управна ствар *није већ правноснажно стваралаћки решена*; е) да је заhtev поднет *nadleжном органу*; ф) да је *podnet u року* (ако је његово подношење било вremensки оmeћено). Закључак

⁵ Prema Z. R. Tomić, *Komentar Zakona o upravnim sporovima sa sudskom praksom*, друго, допуњено издање, Beograd, 2012, str. 63.

⁶ V. опширно и studioзно код: I. Krbek, *Stranaka u upravnom postupku*, Zagreb, 1928.

⁷ „Službeni list SRJ, br. 33/97, 31/01; “Službeni glasnik RS”, broj 30/10.

⁸ Sa zanemarivim razlikama na ovom planu je *Zakon o општем управном поступку Republike Srpske*, „Službeni glasnik Republike Srpske”, broj 13/02.

⁹ Radi uporedjivanja v. B. Grafenauer - J. Breznik, *Upravno pravo, procesni del, Upravni postopek i upravni spor*, Ljubljana, 2009, str. 263. i sl.

¹⁰ V. i M. Rađenović, *Pravo општег управног поступка*, Banja Luka, 2004, nar. str. 68-84.

¹¹ „Bitne процесне претпоставке за покретање и вођење управног поступка по заhtevу странке су, између осталог, и странаћка легитимација у односу на предмет заhteva, као и да се о предмету заhteva моће решавати у управном поступку” (VSV, P. br. U. 316/77 од 9.VI 1977).

o kojem je reč se može pobijati posebnom žalbom, a protiv rešenja donesenog po žalbi, može se voditi upravni spor.¹²

2. U upravnom postupku razlikuju se *dve osnovne kategorije stranaka* – direktna (glavna) i indirektna (uzgredna stranka, intervenijent, tj. zainteresovano lice). *Direktna stranka* je lice čija je upravna stvar predmet postupka (ono zbog čega je postupak i pokrenut). *Indirektna stranka* je lice čija se pravna situacija dodiruje (ili čak prepliće) sa predmetom upravnog postupka, sa upravnom stvari direktne stranke.

Prema merilu davanja inicijative za pokretanje postupka, direktna stranka može da bude *aktivna* ili *pasivna*. Lice po čijem zahtevu je pokrenut postupak jeste *aktivna stranka*. Ona daje povod za vođenje postupka – zahtevom da joj se prizna neko pravo, odnosno da joj se ukine (ili bar smanji) izvesna obaveza. *Pasivna stranka* je lice „protiv koga se vodi postupak“ (član 124. ZUP-a). To je lice o čijim se pravima i obavezama odlučuje u upravnom postupku pokrenutom po službenoj dužnosti. *Upravna stvar je vansporna pojedinačna životna situacija u kojoj je neposredno angažovan javni interes*. Ona iziskuje autoritativnu javnu pravnu akciju, po službenoj dužnosti ili povodom zahteva stranke, u smislu operativnog ili korektivnog uređivanja. Sam upravni postupak može da bude predstavljen odnosom organ (vršilac upravnog rada) – stranka (lice o čijoj je upravnoj stvari u konkretnom slučaju reč). Međutim, postoji model upravnog postupka sa više lica kao stranaka. Tako, prema broju i usmerenosti interesa stranaka u postupku, postoje jednostranačke i dvostranačke, odnosno višestranakačke upravne stvari. *Jednostranačke stvari* imaju dva oblika. Prvi – kada se u upravnom postupku naspram organa nalazi jedno lice kao stranka. Drugi – kada se kao stranke *pojaviju dva ili više lica koja zajednički učestvuju u postupku*. Njihovi interesi, njihove pozicije se međusobno ne suprotstavljaju. Ta lica, naspram organa, predstavljaju procesnu zajednicu. Tada je predmet postupka sastavljen od nekoliko istovrsnih upravnih stvari svakog od tih lica. One se rešavaju istovremeno i na isti način prema svima. Tako je kod eksproprijacije zgrade u susvojini više lica. *Dvostranačke i višestranakačke upravne stvari – kontradiktorni upravni predmeti*, su one kada u svojstvu stranaka učestvuju dva ili više pravnih subjekata čiji se interesi u postupku suprotstavljaju. Njihovi interesi se međusobno sudaraju, kolidiraju – oni su *protivne, kolidirajuće* stranke u upravnom postupku.

¹² Prema Prednascrtu novog ZUP-a (*Тренутак покретања поступка*, члан 104), “сматра се да је поступак покренут било којом процесном радњом коју је предузео орган, у случају поступка који је покренут по службеној дужности или подношењем захтева, у случају поступка покренутог захтевом странке”. Такође (*Одбацивање захтева*, члан 105), “ако орган поводом поднетог захтева странке нађе да нема услова за даље вођење поступка донеће решење о одбацивању захтева странке” (став 1). “Сматра се да нема услова за даље вођење поступка: 1) ако предмет поступка није управна ствар; 2) ако орган коме је захтев поднет није надлежан за решавање у управној ствари, а не може да одреди који је орган надлежан; 3) ако подносилац захтева очигледно није носилац права или правног интереса о којем треба да се решава; 4) ако захтев који је везан за рок није предат у року; 5) ако је у истој управној ствари већ било правоснажно одлучено решењем којим је странци било признато право или одређена нека обавеза; 6) ако у случају из става бз. став 4. овог закона странка не отклони недостатке у остављеном року” (став 2). “Орган може у току целог поступка да одбаци захтев странке ако утврди постојање разлога из става 2. овог члана.”

Takav je slučaj sa rešavanjem zahteva nekog lica za dobijanje građevinske dozvole, pri čemu se vlasnik susednog zemljišta, tokom postupka, tome protivi.

Kontradiktorne upravne stvari se suštinski razlikuju od *parnično-sudskih stvari*. Kod parnično-sudskih stvari postoji klasična sporna situacija sa *kontrernim strankama*. Pre stupanja u postupak one se nalaze – ili bar jedna od njih to tvrdi – u *materijalno-pravnom odnosu koji iznose pred sud*, kako bi takav njihov sporni odnos bio raspravljen u parnici. Naprotiv, kod kontradiktornih upravnih stvari *između kolidirajućih stranaka* ne postoji bilo kakav materijalno-pravni odnos koji bi se preneo i u upravni postupak: svaka od njih je tu jedino u procesnom odnosu prema nadležnom organu javne uprave. Interesi takvih stranaka se sudaraju, odnosno suprotstavljaju *tek u samom postupku* – u odnosu na upravnu stvar koja je predmet postupka i koja, sama po sebi, nije sporna pravna situacija. Zbog toga u kontradiktornim upravnim stvarima stranke nisu međusobno kontrerne već samo *kolidirajuće* – čak i kada imaju istovrsne zahteve u postupku.¹³

Upravne stvari sa kontrernim strankama su izuzetak. Redak primer je *upravni postupak po zahtevu za iseljenje određenog lica*¹⁴, gde je međusobna suprotstavljenost vlasnika stana i lica za koje on tvrdi – a to lice osporava tu tvrdnju – da njegov stan bespravno koristi, očita i prethodeća samom postupku; *tu organ uprave rešava njihov sporni odnos oko samog pitanja postojanja pravnog osnova za useljenje*.¹⁵

¹³ Primer je kada dve grupe meštana istog sela iz različitih zaselaka traže, svaka za sebe, vodoprivrednu saglasnost – priključenje na seoski vodovod. No, zbog kapaciteta izvora, saglasnost ne može da bude data obema stranama (koje inače nisu ni u kakvom sporu). Ona će biti prioriteto data onoj strani za koju organ oceni, imajuću u vidu javni interes (pored ostalog, brojnost stanovništva, mogućnost alternativnog snabdevanja vodom i sl.), da joj je neophodnija, preča. Kolidirajuće stranke su i lica u upravnom postupku koji se okončava službenim imenovanjem, odnosno izborom od strane ministra na određenu javnu funkciju jednog ili više lica (recimo, javnih beležnika) sa spiska kandidata prijavljenih na raspisani javni konkurs. Kolidirajuće stranke u upravnom postupku su i prijavljeni kandidati na raspisani javni konkurs za određeno univerzitetsko saradničko, odnosno nastavničko zvanje i radno mesto na određenom fakultetu.

¹⁴ Pravni osnov za korišćenje stana (član 5. stav 1. *Zakona o stanovanju*, “Službeni glasnik RS”, br. 50/92, 76/92, 84/92, 33/93, 53/93, 67/93, 46/94, 47/94, 48/94, 44/95, 49/95, 16/97, 46/98 i 26/01) - predaja ključeva od strane predsednika stambene komisije ne predstavlja valjan pravni osnov za useljenje u stan koji ima u vidu odredba čl. 5. *Zakona o stanovanju*. (Presuda US Srbije, 9 Y 15687/10(2009) od 12.05.2011).

¹⁵ Takva je situacija u postupku pred opštinskim organom uprave u pogledu spornog pitanja postojanja pravnog osnova korišćenja stana, odnosno zajedničkih prostorija u stambenoj zgradi (u smislu člana 5. *Zakona o stanovanju* – tj. pitanja bespravnog useljenja). Tada se pred organom uprave, kao svojevrsnim arbitrom, nalaze: (1) predlagač iseljenja (vlasnik stana ili drugo lice koje ima odgovarajući pravni interes) određenog lica za koje tvrdi da mu je otpao (poništen je, ili iz drugog uzroka prestao da postoji) pravni osnov za korišćenje stana ili zajedničkih prostorija stambene zgrade (ugovor o vlasništvu ili ugovor o zakupu), odnosno da takav pravni osnov nikada nije ni postojao i (2) protivnik predlagača, lice koje tu tvrdnju pobija. Dakle, tu nije sporno pitanje punovažnosti eventualno postojećeg ugovora o zakupu stana (što bi bila parnična stvar, u nadležnosti suda) već se u upravnom postupku rešava pitanje da li ga uopšte ima. Inače, poseban upravni postupak o kojem je reč jeste *hitan*, a žalba na rešenje o iseljenju lica koje se uselilo u stan ili zajedničke prostorije bez pravnog osnova *ne zadržava njegovo izvršenje*.

3. *Stranačka legitimacija* je respektabilna veza (direktna ili indirektna) pravne situacije jednog lica sa predmetom upravnom postupka u konkretnom slučaju. Stranačku legitimaciju poseduju i direktna i indirektna stranka. To je *opšta* stranačka legitimacija. No, postoji i *posebna* stranačka legitimacija. Ona se priznaje *dvema naročitim kategorijama subjekata*: ad 1 - sindikalnoj organizaciji, ako se upravni postupak “odnosi na neko pravo ili pravni interes člana te organizacije” (član 41. ZUP-a); ad 2 - javnom tužiocu, javnom pravobraniocu (i drugim državnim organima, “kad su zakonom ovlašćeni da u postupku nastupaju javni interes”, član 42) - koji stiču *položaj stranke* (procesna prava i dužnosti stranke) po osnovu posebnih propisa i u granicama svojih ovlašćenja. U svakom slučaju, stranačka legitimacija je *conditio sine qua non* za punovažno učestvovanje jednog lica u određenom, konkretnom upravnom postupku. Rečju, procesna pretpostavka. Suštinski, s druge strane, posredi je pravni institut materijalnopravne, sadržinske prirode. Problem je što se njeno (ne) postojanje ne retko utvrđuje, odnosno ustanovi tek u samom postupku. Ili se za lice sa stranačkom legitimacijom u određenom postupku sazna tek kad on bude završen. U vezi s tim, ako licu koje je trebalo da učestvuje u svojstvu stranke *nije bila data mogućnost da učestvuje u upravnom postupku*, predstavlja zakonski razlog za njegovo ponavljanje, kao vanžalbeni (raspoloživ posle nastupanja konačnosti upravne odluke) upravnopravni put zaštite (član 239. tačka 9. ZUP-a).

4. U kontekstu pojma stranke, jedna posebna ilustracija iz oblasti *zaštite konkurencije*. Ona je u Srbiji uređena *Zakonom o zaštiti konkurencije*¹⁶ (ZZK). Njime je osnovana *Komisija za zaštitu konkurencije (Komisija)* kao samostalna i nezavisna organizacija koja vrši javna ovlašćenja. *Komisija pokreće postupak ispitivanja povrede konkurencije po službenoj dužnosti kada na osnovu dostavljenih inicijativa, informacija i drugih raspoloživih podataka osnovano pretpostavi postojanje povrede konkurencije. ZZK određuje da je Komisija dužna da svakog podnosioca inicijative za ispitivanje povrede konkurencije obavesti o ishodu njegove inicijative u roku od 15 dana od dana prijema. Nisu predviđene bilo kakve pravne posledice neispunjavanja ove zakonske obaveze, pa ni pravna zaštita podnosioca inicijative od posledica tog obaveštenja, a ni od njegovog izostanka tj. ćutanja Komisije. Inicijator je po pravilu “treće”, zainteresovano lice u toj pravnoj stvari, obično i sam učesnik na istom tržištu. Primerice, domaći distributer istovrsnih proizvoda ili strani investitor u određeni posao izvan sprovedene koncentracije, ili banka-kreditor određenih preduzetničkih aktivnosti koje bivaju ugrožene određenom koncentracijom na tržištu, itd. Protiveći joj se, inicijator tom prilikom ukazuje na povredu konkurencije - recimo na sklapanje zabranjenih sporazuma kojima se ograničava i kontroliše proizvodnja ili pak utvrđuju kupovne ili prodajne cene.*

Postupak po prijavi koncentracije pokreće se i vodi po zahtevu stranke. ZZK precizira (član 33) da je stranka u postupku pred Komisijom “učesnik na tržištu koji je podneo prijavu koncentracije ili zahtev za pojedinačno izuzeće, odnosno učesnik

¹⁶ „Službeni glasnik RS”, broj 51/09.

na tržištu protiv koga je pokrenut ispitni postupak” (stav 1). Nasuprot, “svojstvo stranke u smislu ovog zakona nemaju podnosioci inicijative za ispitivanje povrede konkurencije...” (stav 2). Drastična neravnopravnost podnosioca prijave koncentracije i inicijatora ispitivanja eventualne povrede konkurencije je još očitija ako se ima u vidu zakonska odredba prema kojoj, ako Komisija ne donese rešenje po prijavi koncentracije u roku od mesec dana od dana podnošenja prijave - “smatra se da je koncentracija odobrena” (član 65. stav 2). Podnosilac inicijative za ispitivanje povrede konkurencije ne može da napada ćutanje Komisije sa zakonskim značenjem odobravanja koncentracije, jer po slovu zakona nije stranka u dotičnom postupku.¹⁷

Nasuprot prikazanom, smatram da je logično je i razumno da je stranka u upravnom postupku pred Komisijom: prvo - lice o čijim se pravima i interesima neposredno odlučuje, po službenoj dužnosti ili po njegovom zahtevu; drugo - *svaki onaj pravni subjekt kojeg se i pravno i faktički tiče odlučivanje pred Komisijom u datom slučaju; svako “treće lice” čija prava i pravni interesi neposredno ili posredno zavise od rezultata postupka zaštite konkurencije.* Komisija mora da vrlo oprezno i pažljivo ceni koji konkretno pravni subjekti imaju svojstvo stranke u određenom postupku zaštite konkurencije, uzimajući u obzir sve činjenice i okolnosti. Ispoljena inicijativa za ispitivanje povrede konkurencije ne daje samim tim nekom licu svojstvo stranke. Ali, sadržinska veza njegovih prava i interesa i onoga o čemu se konkretno odlučuje od strane Komisije - zbog čega je i posegao za opisanom inicijativom! - pruža mu punopravnu procesnu stranačku legitimaciju. Što znači da može punovažno da štiti svoja prava i pravne interese pred Komisijom a i posle toga, pred sudom. Da bude zvanično saslušano, da u postupku iznosi sopstvene tvrdnje, da brani svoje stavove, da ulaže prigovore, izrazi neslaganje sa iskazima drugih učesnika u postupku; da pobija dato obaveštenje ili pak “ćutanje” Komisije povodom neprihvatanja njene inicijative za ispitivanje povrede konkurencije. Najzad, da podnese tužbu Upravnom sudu protiv rešenja Komisije kojim je koncentracija učesnika na tržištu odobrena, ukazujući na kršenje zakona čime se povređuju njegovi interesi, itd. Rečju, ne sme da bude bilo kakve diskriminacije pojedinih učesnika na tržištu - ni u merodavnim zakonskim testovima, ni u radu nadležnih javnih tela, naročito u delanju državnih organa uprave, nezavisnih javnih agencija i sudova.

Iz svih predstavljenih razloga, sugerišem zakonodavcu da narečenu odredbu (člana 33. stav 2. ZZK) promeni u smeru uspostavljanja jednakopravnosti - u rang

¹⁷ Stoga, može se postaviti pitanje ustavnosti citiranog zakonskog pravila o apsolutnom i a priornom odricanju svojstva stranke podnosiocu inicijative za ispitivanje povrede konkurencije. Zašto ga zakonodavac otvoreno nipodaštava? I to spram načela *Prava na pravično suđenje* (član 32) i *Prava na jednaku zaštitu prava i na pravno sredstvo* (član 36) Ustava Srbije. Ista zakonska norma je protivna i priznatim evropskim standardima: *Pravu na pravično suđenje* (iz člana 6) i *Pravu na delotvorni pravni lek* (član 13) iz Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda. Ona može da stvori ogromne nedoumice i štete u praksi. Da bude otvoreni kanal za brojne i raznovrsne manipulacije, pa i korupciju, za pravnu nesigurnost učesnika u postupku pred Komisijom i posebno na samom tržištu, što je još opasnije. Nedorečene i sumnjive zakonske regule su i alibi za moguću diskrecionarnost i arbitrnost u radu Komisije.

stranke u postupku - podnosioca prijave koncentracije i inicijatora ispitivanja povrede konkurencije čija su prava u istom kontekstu redovno takođe “u igri”.¹⁸

5. U *postupku izvršenja* upravnog akta obavezno učestvuje organ koji sprovodi izvršenje (član 267. ZUP-a). To organ uprave, kod izvršenja upravnim putem, odnosno nadležni sud, kod sudskog izvršenja. Obavezni učesnik je i *izvršenik*, nosilac obaveze iz akta koji se izvršuje (član 264. stav 1). On je obavezna stranka u postupku izvršenja. Prinudno izvršenje se sprovodi ili po službenoj dužnosti, u javnom interesu, ili po predlogu stranke. Kada se izvršenje obavlja po predlogu i u interesu protivne stranke, u postupku učestvuje i taj treći subjekt, *tražilac izvršenja* (član 264. stav 3). On je fakultativna stranka u upravnom izvršnom postupku.

6. Napominjem, uzgred, da su kod *upravnog ugovora* organ i stranka dve strane ugovornice. Naime, upravni ugovor je dvostrani akt u kome jedna strana organ i kojim se uspostavlja, menja ili ukida konkretan pravni odnos u upravnoj stvari.¹⁹

II

1. Upravni spor je sudski spor o zakonitosti tužbom osporenog upravnog akta (i drugog s njim izjednačenog pojedinačnog akta – član 3. u vezi s članom 14. *Zakona o upravnim sporovima*²⁰ Srbije, ZUS), odnosno o zakonitosti neizdavanja jednog pojedinačnog pravnog akta (čutanje uprave – čl. 15. i 19). Upravni spor se uvek pokreće tužbom. Tako se pred sudom, u upravno-sudskom postupku, obavezno nalaze dve suprotstavljene strane oko jednog u tužbi postavljenog pravnog pitanja: *tužilačka – tužilac* (član 11) i *tužena – tuženi* (član 12).²¹ Oni su, pored suda kao nezavisnog arbitra, obavezni učesnici u upravnom sporu. Pored njih, ZUS svojstvo stranke priznaje i zainteresovanom licu (član 13).²² Ono može, ali ne mora, da postoji

¹⁸ U međuvremenu, svaki inicijator ispitivanja povrede konkurencije mogao bi da zapodene upravni spor o zakonitosti rešenja ili “čutanja” Komisije nepovoljnog po njega, navodeći u tužbi da mu je ponašanjem Komisije u pojedinačnom slučaju povredeno pravo ili zakonom zasnovan interes. Tada bi Upravni sud najpre cenio aktivnu pravnu legitimaciju podnosioca te i takve tužbe. Utvrđivao bi da li uopšte ima pravne kopče između njegovih prava i na zakonu zasnovanih interesa i predmetne koncentracije, odnosno eventualne povrede konkurencije. Pri negativnom odgovoru, tužbu odbacuje. Pri potvrdnom, Upravni sud započinje da ispituje osporeni akt ili Komisijino “čutanje” u granicama tužbenog zahteva, i na kraju izriče presudu o njegovoj zakonitosti. Šta više, kada se pred Upravnim sudom postavi pitanje saglasnosti jednog zakona sa Ustavom, Upravni sud ima ovlašćenje da zastane sa svojim postupkom i da sam pokrene spor o ustavnosti te regule pred Ustavnim sudom. Ta pravna mogućnost naziva se prigovor neustavnosti (član 63. Zakona o Ustavnom sudu, “Službeni glasnik RS”, br. 109/07, 99/11).

¹⁹ V. čl. 30-35. Prednacrta ZUP-a Srbije iz februara, 2013. godine.

²⁰ Službeni glasnik RS”, broj 111/09.

²¹ Upućujem radi ilustracije na B. Grafenauer - J. Breznik, *op. cit.*, str. 674-676.

²² Za stranke u parnici upućujem na: S. Zuglia, *Građanski parnični postupak FNRJ*, Zagreb, 1957, str. 225. i sl.; B. Poznić, *op. cit.*, str. 174. i sl.; za stranke u krivičnom sudskom postupku v. M. Škulić, *Komentar Zakona o krivičnom postupku*, Beograd, 2011, str. 235. i sl. 247. i sl.

u svakom upravnom sporu.²³ Takav pravni subjekt ima pravnu legitimaciju u upravnom sporu ako je neka njegova (u)pravna stvar neposredno povezana sa predmetom konkretnog spora.²⁴ Naime, on je – kao stranka u okončanom upravnom postupku – direktno zainteresovan za ishod konkretnog spora, i to tako da mu nije u interesu da tužilac uspe sa svojim zahtevom. Jer, za njega je – u pogledu određene njegove (u)pravne stvari – prethodeći redovni upravni postupak okončan povoljno.²⁵

2. *Načelno pitanje ovlašćenja za pokretanje upravnog spora*, odnosno uslova pod kojima razne kategorije pravnih subjekata mogu pokrenuti upravni spor - jeste pitanje kruga lica koja imaju svojstvo tužioca u upravnom sporu. Podvlačim da *prvostepeni organ – donosilac prvostepenog (u)pravnog akta, po prirodi svoje pozicije ne može da bude aktivno legitimisan u upravnom sporu protiv drugostepenog (konačnog) pojedinačnog pravnog akta, tj. protiv onog donetog po izjavljenoj žalbi na njegovo rešenje*. Tu se uopšte i ne radi o nekom njegovom pravu, obavezi ili na zakonu zasnovanom interesu – već o subjektivnoj pravnoj situaciji, (u)pravnoj stvari stranke.²⁶

ZUS-om je (član 11) regulisano pravo fizičkog, pravnog i „drugog“ lica na pokretanje upravnog spora. Svi ti subjekti mogu da pokrenu upravni spor ako smatraju da im je upravnim aktom povređeno kakvo pravo ili na zakonu zasnovani interes. *Tužbena* (tužilačka, aktivna) *legitimacija* u upravnom sporu je pravo da se bude stranka u njemu, u svojstvu tužioca, imajući u vidu njegovu pravno respektabilnu vezu sa onim o čemu se odlučuje. *Pitanje aktivne legitimacije u sporu ne treba mešati sa pitanjem osnovanosti postavljenog tužbenog zahteva*. Aktivna legitimacija je samo *procesna pretpostavka sudelovanja u sporu* („ulaznica“ za upravno-sudski postupak), koja ne garantuje krajnji uspeh tužioca. Njegov tužbeni zahtev može da bude ocenjen kao neosnovan – sledi odbijanje tužbe, ili kao osnovan – sledi uvažavanje tužbe i poništavanje osporenog akta (u celini ili delimično). U prisustvu *tužbe aktivno nelegitimisanog lica* pitanje osnovanosti tužbenog zahteva ostaje izvan optike sudskog ispitivanja, osim kada je sud – utvrđujući legitimaciju podnosioca tužbe (i ostale prethodne procesne uslove) – naišao na grešku ništavosti u osporenom aktu.

²³ V. R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, Paris, 1982, str. 170-184, 298-308.

²⁴ O istovrsnoj regulativi *Zakona o upravnim sporovima Republike Srpske* (“Službeni glasnik Republike Srpske”, br. 109/05 i 63/11) videti kod M. Rađenović, *Pravo upravnog spora*, Banja Luka, 2011, str. 78-80.

²⁵ Prema Z. R. Tomić, *Komentar Zakona o upravnim sporovima*, str. 356-388.

²⁶ Inspektor Ministarstva zdravlja kao prvostepeni organ nije ovlašćen za podnošenje tužbe u upravnom sporu protiv rešenja Ministarstva zdravlja donetog u drugom stepenu. (Rešenje VSS-a, U.2983/2006 od 14. 9. 2006).

Opštinska uprava nije ovlašćena za podnošenje tužbe u upravnom sporu protiv rešenja kojim je odlučivano po žalbi majke deteta u predmetu upisa činjenice rođenja deteta. (Rešenje VSS-a, U.2749/2005 od 10. 3. 2006).

Prvostepeni upravni organ nema legitimaciju za podnošenje tužbe u upravnom sporu radi poništaja rešenja drugostepenog organa. (Okružni sud u Kragujevcu, U-79/81 od 18. 11. 1981).

Sve u svemu, aktivna legitimacija u upravnom sporu, kao procesno-pravni uslov, jeste poglavito u tome da je osporenim upravnim aktom *rešavano* o pravu, obavezi ili pravnom interesu pravnog subjekta koji podnosi tužbu. Time se i sudovi rukovode kada u praksi ocenjuju postojanje aktivne legitimacije. Tako, još prema presudi bivšeg Sav.Vrh. Suda br. UŽ-604/57 (*Zbirka sudskih odluka*, knj. II/1): „Aktivno je legitimisano u upravnom sporu svako lice o čijem je pravu rešavano u upravnom postupku.“ Prema rešenju istog suda UŽ. br. 6882/56 od 19. 1. 1957. godine: „U upravnom sporu rešava se o zakonitosti osporenog rešenja, pa u slučaju da je isto doneto po žalbi određenog lica ili ustanove, onda je to lice svakako legitimisano da pokrene upravni spor jer je osporenim rešenjem rešavano o njegovom pravu ili interesu.“ A „interes za zaključenje ugovora u postupku javne nabavke ima lice koje je ostvarilo pravo na učestvovanje u postupku javne nabavke ispunjenem propisanih uslova za učestvovanje u tom postupku“, pri čemu je stav Upravnog suda da naručilac javne nabavke nema aktivnu legitimaciju za podnošenje tužbe (Upravni sud Srbije, US, III-2, U. 13360/10 od 2. 7. 2010).²⁷

ZUS određuje se i pod kojim uslovima mogu upravni spor da pokreću *pravni subjekti koji nemaju svojstvo pravnog lica*, kao što su: državni organ, organizacija, organ autonomne pokrajine i lokalne samouprave, deo privrednog društva sa ovlašćenjima u pravnom prometu, naselje, grupa lica i dr. Oni su ovlašćeni na pokretanje upravnog spora ako mogu biti nosioci prava i obaveza o kojima se rešavalo u upravnom postupku. To je uslov pod kojim se ti subjekti mogu uopšte pojaviti kao tužioc, odnosno koristiti svoje ovlašćenje na pokretanje upravnog spora. Ako taj uslov nije ispunjen, njihova tužba se mora odbaciti. Razume se, i ovi pravni subjekti će, kad inače ispunjavaju navedeni uslov, pokrenuti upravni spor samo ako smatraju da im je upravnim aktom povređeno kakvo pravo ili na zakonu zasnovani interes.²⁸

Cilj upravnog spora je, pored zaštite prava građana i drugih pravnih subjekata (pojedinačnih prava i pravnih interesa), i obezbeđenje zakonitosti. ZUS je dao ovlašćenje fizičkom licu, pravnom licu i drugim pomenutim pravnim subjektima na pokretanje upravnog spora u prvom redu radi zaštite njihovih prava i pravnih interesa: oni pokreću upravni spor kada smatraju da je upravnim aktom povređeno njihovo pravo ili pravni interes. Time se, istovremeno, ostvaruje i drugi, objektivni cilj upravnog spora – obezbeđenje zakonitosti – jer se stvara pravna šansa za uklanjanje nezakonitog pojedinačnog akta. Nadalje, regulisano je i *pravo javnog tužioca*, kao ovlašćenog državnog organa, na pokretanje upravnog spora (stav 3. člana 11). On je *ovlašćen da pokrene upravni spor ako je upravnim aktom povređen zakon na štetu*

²⁷ V. opširnije D. Marjanović, *Aktivna legitimacija podnosioca zahteva za zaštitu prava u postupku javnih nabavki*, “Bilten Vrhovnog kasacionog suda”, broj.3, str. 406-418.

²⁸ Na primer, naselje može da pokrene upravni spor ako uopšte može biti nosilac prava i obaveza o kojima je u upravnom postupku rešavano; ako se radi o pravima i obavezama čiji titular naselje uopšte ne može biti, ono ne može ni pokrenuti upravni spor i njegova tužba bi već i iz ovog razloga bila odbačena. Međutim, ako ta legitimacija postoji, naselje će imati svojstvo tužioca u upravnom sporu samo ako se osporeni upravni akt odnosi baš na to naselje a ne na neki drugi subjekt, odnosno ako je osporenim upravnim aktom rešavano o pravu, obavezi ili pravnom interesu baš tog naselja.

javnog interesa. Pravo javnog pravobranioca na pokretanje upravnog spora jeste njegovo samostalno pravo kao državnog organa.²⁹ To njegovo pravo na tužbu ZUS sadržinski vezuje za *povrede imovinskih prava i interesa države*, autonomne pokrajine ili jedinice lokalne samouprave koje javni pravobranilac po zakonu zastupa.

3. *Tužena strana u upravnom sporu* je organ čiji se akt ili ćutanje osporava (ćl. 14. i 15). On je pasivno legitimisan u upravno-sudskom postupku. Kako se upravni spor vodi protiv konaćnog akta, odnosno „ćutanja“, tužena strana je: ad 1 – izdavalac prvostepenog akta na koji upravna žalba bila unapred isključena, ili ad 2 – izdavalac drugostepenog akta, donetog po žalbi. Saobraćeno вреди i kod „ćutanja uprave“. U upravnom sporu koji se vodi zbog nedonošnja upravnog akta, tužena strana je organ koji je bio dužan da donese konaćni upravni akt. Dakle, tuženi u upravnom sporu je svakad neki pravni subjekt iz kruga nadležnih organa.

U najvećem broju slućajeva tužena strana je organ koji je rešavao i doneo osporeni upravni akt. Međutim, moguće je da o jednoj upravnoj stvari, kada je to propisom predvićeno, rešavaju dva ili više organa. Prema pravilima upravnog postupka,³⁰ u takvom slućaju oni će se sporazumeti koji će od njih izdati rešenje. U rešenju (po pravilu, u uvodnom delu) mora biti naveden akt drugog organa. Ako se tužbom osporava takav upravni akt, tuženi organ je onaj koji je izdao upravni akt. Kada je propisom predvićeno da se upravni akt donosi uz prethodnu ili naknadnu saglasnost/odobrenje drugog organa, ili po pribavljenom mišljenju drugog organa³¹ – tužena strana je uvek organ koji je doneo upravni akt.

4. Tužilac i tuženi organ su obavezni ućesnici upravnog spora; bez njih nema upravnog spora. U pojedinim upravnim stvarima, pored ova dva neophodna ućesnika, mođe se pojaviti i treći ućesnik – treće lice kome bi poništaj osporenog upravnog akta neposredno bio na štetu. U ZUS-u to lice se naziva zainteresovanim licem i priznaje mu se u sporu svojstvo i poloćaj stranke. *Zainteresovano lice* se, po prirodi stvari, stavlja na stranu tuženog organa u upravnom sporu. U *dvostranaćkim i višestranaćkim stvarima*, mođe se oćekivati da se na prvostepeno rešenje žali jedino stranka koja je njime nezadovoljna. Pri pretpostavci da je drugostepenim aktom udo-

²⁹ Po stavu 5. ćlana 2 (sada stav 4. ćlana 11 – prim. aut.) ZUS-a, javni pravobranilac ima pravo podnošnja tužbe protiv upravnih akata u kojima je neposredno ili posredno angažovan imovinski interes društveno-pravnih subjekata ćiji je on zakonski zastupnik.

Pod pojmom „zastupanja po zakonu“ u smislu stava 5. ćlana 2 (sada stav 4. ćlana 11 – prim. aut.) ZUS-a treba razumeti samo slućajeve u kojima javni pravobranilac ima ovlašćenja zakonskog zastupnika.

Tužba podneta po stavu 5. ćlana 2 (sada stav 4. ćlana 11 – prim. aut.) ZUS-a uredna je ako je kao tužilac oznaćen nadlećni javni pravobranilac koji tužbu i potpisuje.

U upravnim stvarima u kojima se javni pravobranilac javlja samo kao punomoćnik društveno-politićke zajednice i drugog društveno-pravnog subjekta, na ćije je zastupanje ovlašćen, u tužbi se kao tužilac mora oznaćiti društveno-politićka zajednica, odnosno društveno-pravni subjekt, a javni pravobranilac kao njegov punomoćnik u tom svojstvu tužbu potpisuje. (Zaključak sednice Odeljenja za upravne spore VSS od 16. 10. 1989).

³⁰ Ćlan 193. ZUP-a.

³¹ Ćlan 194. ZUP-a.

voljeno stranci-žaliocu, konačno rešenje pogoršava situaciju protivne stranke, koja se nije žalila jer je bila zadovoljna prvostepenim aktom. Stoga ona ima pravo da vodi upravni spor protiv drugostepene odluke. *Zainteresovano lice u upravnom sporu je bilo stranka u dvostranačkom, odnosno višestranačkom upravnom postupku.* Upravni postupak je za njega povoljno završen. To je razlog što ono nema interesa da vodi upravni spor u toj upravnoj stvari u svojstvu tužioca. Ali, neposredno je zainteresovano za ishod upravnog spora koji je pokrenula njemu protivna stranka iz upravnog postupka, nezadovoljna konačnim upravnim aktom. Tako se iz opisanih okolnosti izvodi stranačka legitimacija zainteresovanog lica u upravnom sporu – i priznaje mu se položaj stranke u upravno-sudskom postupku. Njemu bi poništaj osporenog upravnog akta bio *neposredno na štetu*.³² Dakle, lice koje se meša na strani tužioca u upravnom sporu ima procesni položaj tužioca, a ne zainteresovanog lica koje se u postupku uvek pojavljuje na strani tuženog organa. S prethodnim u vezi, ako zainteresovanom licu nije omogućeno da učestvuje u upravnom sporu, to predstavlja pravni osnov tužbe za ponavljanje sudskog postupka, kao vanrednog pravnog leka u upravnom sporu (član 51. stav 1. tačka 6. ZUS-a).

5. Sudija pojedinac rešenjem će odbaciti tužbu (član 26. stav 1. tačka 4) ako utvrdi...”da se upravnim aktom koji se tužbom osporava ne dira očigledno u pravo tužioca ili u njegov na zakonu zasnovani interes”. Znači, pravni osnov za odbacivanje tužbe je *nedostatak aktivne legitimacije tužioca*. O ovome postoji bogata sudska praksa.³³

³² „Poništaj akta mora neposredno da šteti trećem licu, pa stoga ne stoji uslov iz člana 15. ZUS-a (sada član 16) ako poništaj niti šteti niti koristi trećem licu, ili mu eventualno samo posredno šteti“ (SVS, Už-955/59, od 21. 11. 1959). „Lice koje ima interesa da se upravni akt poništi može biti samo tužilac u upravnom sporu. Takvo lice, međutim, nema status zainteresovanog lica u sporu koji treće lice kao tužilac vodi protiv tog akta“ (SVS, Už-2934/56, od 25. 5. 1956, *Zbirka sudskih odluka*, 1/2, odluka br. 560).

³³ Kada upravnim aktom nije povređeno kakvo pravo ili neposredni lični interes zasnovan na zakonu, već se tužba podnosi zato što se smatra da je upravnim aktom povređen zakon u korist pojedinca, onda se takva tužba, na osnovu člana 30 (sada član 26 – prim. aut.) stav 1. tačka 3 (4) ZUS-a ima odbaciti kao tužba podneta od neovlašćenog lica. (VSS, U-2722/78).

Osobe čije nekretnine nisu obuhvaćene rješenjem o utvrđivanju općeg interesa ne mogu biti tužitelji u upravnom sporu, jer tim rješenjem nije povređeno nikakvo njihovo pravo ili neposredni osobni interes utemeljen na zakonu. (USH, Us-5275/82 od 19. 1. 1983).

Lice koje je bilo stranka u upravnom postupku aktivno je legitimisano za tužbu protiv upravnog akta donetog u tom postupku. I u slučaju kada je njegov zahtev u upravnom postupku uvažen, ono je legitimisano za pokretanje upravnog spora, pa nema mesta odbacivanju njegove tužbe primenom člana 27 (26) tačka 3 (4) ZUS-a. (SVS, Už-3634/55 od 23. 12. 1955).

Kupac nepokretnosti koji nije izjavljivao žalbu na rešenje o zaduženju prodavca porezom na prenos apsolutnih prava, nije ovlašćen za podnošenje tužbe u upravnom sporu. (Rešenje VSS-a, U.4805/2006 od 12. 4. 2007).

Stranka u upravnom sporu ima pravni interes da učestvuje u postupku izdavanja odobrenja za izgradnju i na podnošenje tužbe u upravnom sporu protiv rešenja kojim se dozvoljava gradnja na pretvaranju tavanskog prostora, koji je predmet ugovora, u stan, bez obzira što u roku označenom u urbanističkoj dozvoli nije podnela zahtev za izdavanje odobrenja za izgradnju, dok je na snazi ugovor zaključen sa Skupštinom stanara stambene zgrade. (Presuda OSB-a u Beogradu U. br. 127/04 od 30. 4. 2004. i presuda VSS-a Uvp. 206/04 od 25. 11. 2004).

ZAKLJUČAK

Neprekidno unapređenje položaja stranke u upravnom postupku je demokratska tekovina savremenog upravnog prava, i prethodnog i ovog stoleća. Iako, po prirodi stvari, neravnopravna organu, ona dobija - i pre donošenja upravne odluke, a naročito posle - delotvorna ovlašćenja pariranja autoritativnim prerogativama nadležnog nosioca vlasti. I to, kako radi zaštite njene subjektivne pravne situacije, tako i zaštite objektivne zakonitosti. Arhitektonika upravnog i upravno-sudskog postupka su bitno različite. U jednom je glavni odnos organa i stranke (jedne ili više njih) o čijoj mje upravnoj stvari reč, uz eventualno učešće trećeg lica takođe sa stranačkim svojstvom. A u upravno-sudskom postupku, pred sudom, pravno se sučeljavaju dve načelno ravnopravne stranke - tužilac i tuženi, donosilac osporenog konačnog upravnog akta. Njihov izbalansirani procesni položaj valja brižljivo usavršavati. Moguće je u istom miljeu i sudelovanje zainteresovanog lica, onog koji je zadovoljan ishodom okončanog upravnog postupka i koji brani svoju, tamo uspostavljenu pravnu situaciju. Probleme određivanja stranačke legitimacije u upravnom postupku, naročito kruga pravno zainteresovanih lica, kao i tužilačke legitimacije u upravnom sporu - pozvana je u prvome redu, na temelju jasnih zakonskih odrednica, da rešava sudska praksa. Razume se, uz oslonac na stavove pravne nauke.

Summary

Continuously improve the position of the parties in administrative procedure is democratic achievement of modern administrative law, the previous as well as the present century. Although, by their nature, in unequal position in relation on the organ, it gets – even before the administrative decision, and especially after – effective authorities of parring to authoritative prepogatives of the competent holder of authorities. And that, in order to protect its legal subjective situation, as well as to protect objective legality. Architectonics of administrative procedure and administrative dispute are supstancially different. One is the relashionship between the organ and the parties (one or more), of whose administrative matter is question about, with possible involment of third party in the capacity of party. And in administrative dispute before the court the two equal parties are confronted – the plaintiff and defendent, the bringer of challenged final administrative act. Their balanced process position should be carefully improved. In the same background it is possible

Kada organ obustavi postupak koji se može pokrenuti samo po službenoj dužnosti, stranka nema pravni interes da protiv takvog zaključka vodi upravni spor s obzirom da je tuženi organ obustavio postupak kontrole pokrenut po službenoj dužnosti i nije rešavao ni o kakvom pravu ili obavezi tužioca (čl. 121. st. 4. ZUP-a i čl. 28. st. 3 /sada član 26. stav 1. tačka 4 – prim. aut./) Zakona o upravnim sporovima. (VSS U.3895/07 od 17. 4. 2008).

the participation of the interested party, the one who is satisfied with the outcome of the finished administrative proceeding and defending its vested position. Problem of determination of legitimacy of party in the administrative proceeding, especially relating the interested parties, as well as the legitimacy of the plaintiff in the administrative dispute, was invited, in the first place, on the basis of clear legal guidelines, to deal with the judicial practice. Of course, relying on the views of legal doctrine.

PRIJAVA RESTRIKTIVNOG SPORAZUMA: KONKURENTSKOPRAVNI I UPRAVNOPRAVNI ASPEKT

Prof. dr Sanja Danković Stepanović*

Prof. dr Dobrosav Milovanović**

1. OTPOČINJANJE POSTUPKA PO PRIJAVI O ZAKLJUČENOM RESTRIKTIVNOM SPORAZUMU

Ovaj rad ima za predmet analizu, pravne situacije koja nastaje ukoliko je nedozvoljeni restriktivni sporazum zaključen, a onda i prijavljen za vreme važenja prethodnog propisa, dok se u ambijentu pozitivne legislative u sferi zaštite konkurencije nastavlja vođenje upravnog postupka. Konsekventno, to kao bitna činjenica otvara i pitanja položaja subjekta koji kao učesnik restriktivnog dogovora, isti prijavljuje, opredeljenja trenutka pokretanja postupka, vremenskog važenja zakona i odnosa pravila posebnog postupka prema opštim upravno-pravnim rešenjima. Kao ključna, za razrešenje ove pravne dileme, javiće se analiza argumentacione mape, po kolonama *za* i *protiv*, koja je po svojoj prirodi bipolarna, jer podrazumeva (ukršteni) pogled sa obala prava zaštite konkurencije i upravnog postupka.

Restriktivni sporazumi čine najtežu povredu principa slobodne tržišne konkurencije – pretpostavljeno je postojanje namere, zabranjeni su *per se*, a posledica je ništavost. Bilo da su zaključeni u vidu ugovora ili njegovih pojedinih odredaba, da su izričiti ili prećutni, u vidu usaglašene prakse ili odluka udruženja tržišnih učesnika, restriktivni sporazumi imaju značajnu povredu konkurencije za cilj ili posledicu.¹ Zbog različitih formi koje mogu da poprime, a pisana će u praksi biti pre izuzetak, nego pravilo, dok upravo suprotno važi za prisustvo džentlmenskih sporazuma u domenu kartelnog dogovaranja - otkrivanje i dokazivanje restriktivnog sporazumeva-

* Odeljenje za međunarodne studije Fakulteta političkih nauka Univerziteta u Beogradu. Savet Komisije za zaštitu konkurencije RS.

** Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu

¹ Čl. 10, st. 1 Zakona o zaštiti konkurencije (Službeni glasnik Republike Srbije br. 51/09), u daljem tekstu: Zakon. Prethodno važeći Zakon o zaštiti konkurencije (Službeni glasnik RS br. 79/05), u daljem tekstu: Prethodni zakon, protivpravnost restriktivnog sporazumevanja postavljao je šire, u smislu, da su zabranjeni akti koji imaju, ili mogu imati, za cilj ili posledicu povredu konkurencije u vidu njenog sprečavanja, organizovanja ili narušavanja; vidi čl. 7, st. 1.

nja, kao najozbiljnijeg vida narušavanja, ograničavanja ili sprečavanja konkurencije, postavlja se kao veoma složen zadatak. Stoga, iz američkog prava² u komunitarno³, a iz njega onda u domaće pravo konkurencije uvodi se institut oslobađanja od odgovornosti učesnika restriktivnog sporazuma koji njegovo postojanje prijavi, odnosno dostavi adekvatne dokaze, organu koji ostvaruje primarnu zaštitu konkurencije.

Izuzimanje od sankcionisanja restriktivnog sporazumevanja tržišnih učesnika (*Leniency*) predstavlja institut, proistekao iz primene pravila rezona, pragmatičnosti i efikasnosti u domenu istraživanja kartelnog dogovaranja, kao najsloženijeg i najeklatantnijeg vida narušavanja efektivne konkurencije. Kako bi se postupak ispitivanja povrede konkurencije okončao sa što višim stepenom uspeha, polazeći od specifičnih vidova restriktivnog sporazumevanja, koje je neretko (posebno u slučajevima prećutnih dogovora i usaglašene prakse) teško utvrditi i sagledati, javni interes je stavljen ispred celishodnosti kažnjavanja jednog učesnika, kome se daje imunitet ili umanjuje kazna, u zamenu za dobijanje informacija i dokaza o kartelnom poslu, pre, ili tokom postupka. Tri su bitna kriterijuma koja opredeljuju uspešno sprovođenje programa imuniteta u domenu kartelnih sporazuma: jasna i jednostavna regulatorna pravila, sigurnost i izvesnost u pogledu koristi koje tržišni učesnik dobija i pravo prioriteta, u smislu, da punu korist prijave ostvaruje samo prvopostupajući.

Kako je pozitivno pravo uvek u pokretu, ono je ograničeno i nestalno, pre svega, usled prostorno-vremenske promenljivosti.⁴ Prelaznim i završnim odredbama Zakona predviđeno je da se na postupke koji su otpočeti do dana početka njegovog pravnog dejstvovanja primenjuju propisi po kojima su započeti. U situaciji kada je prijava restriktivnog sporazuma učinjena u vreme prethodnog zakona, a zaključak o pokretanju postupka je donet kada pravno dejstvo ima važeći Zakon, postavlja se pitanje koja se pravna pravila imaju primeniti? Moguća su tri scenarija.

Prvo, jezičkim tumačenjem izraza “započet postupak” iz člana 74. Zakona, a u vezi sa odredbom stava 3. člana 56. prethodnog Zakona, polazi se sa stanovišta da otpočinjanje postupka ispitivanja (eventualne) povrede konkurencije, korespondira donošenju zaključka od strane predsednika Komisije o pokretanju postupka po službenoj dužnosti,⁵ pa ukoliko je zaključak donet u vreme važenja pozitivnih propisa o konkurenciji, bez obzira što je prijava restriktivnog sporazuma od strane potpisnika učinjena u trenutku kada je pravno dejstvo imao prethodni zakon – postupak se smatra započetim u vreme važenja Zakona i njegove odredbe se primenjuju, u procesnom i materijalnom smislu. Problem u vezi sa ovim shvatanjem je zanemarivanje stava 1. člana 56. prethodnog Zakona prema kome Komisija pokreće postupak po

² Vidi: *Sullivan T, Hovenkamp H: Antitrust Law, Policy and Procedure: Cases, Materials, Problems, Charlottesville, 2003, p. 156.*

³ Treća generacija pravila stupila je na snagu krajem 2006. godine; vidi: *Commission Notice on Immunity from Fines and Reduction of Fines in Cartel Cases (2006) OJ C298/17.*

⁴ Perović, S.: *Prirodno pravo i sud*, Beograd, 1996, str. 93.

⁵ Shodno čl. 35, st. 1 i 2 Zakona o zaštiti konkurencije, i čl. 115, st. 1 Zakona o opštem upravnom postupku (Službeni list SRJ br. 33/97 i 31/01 i Službeni glasnik RS br. 30/10).

službenoj dužnosti i daje nalog Službi da postupak sprovede, kada dođe do saznanja koje osnovano ukazuje da je izvršena radnja kojom se vrši povreda odredaba ovog zakona. Iz tih razloga sam čin donošenja zaključka ne bi se mogao smatrati opredeljujućim sa aspekta momenta pokretanja postupka, a time i određivanja zakona čije su odredbe relevantne za okončavanje započetih postupka.

Drugo stanovište u prvom delu, kao pretpostavku, takođe uzima, da se trenutak otpočinjanja postupka vezuje za donošenje zaključka o pokretanju postupka po službenoj dužnosti. Međutim, istovremeno se okolnost podnošenja prijave postojanja restriktivnog sporazuma uzima kao bitna i konstitutivna, pa se ona osvetljava sa aspekta tada - znači ranije, važećih propisa. Njome se na određeni način vrši rezervacija prava, odnosno prijava, koja predstavlja meru obezbeđenja zakonske privilegije za podnosioca u slučaju sprovođenja postupka. Pri tome, ona ima karakter "svršenog fakta", s obzirom da je svoje zaokruženo dejstvo proizvela u režimu prethodno važećih propisa. Smisao ovakvog pristupa opravdava se činjenicom da do pokretanja postupka inače ne bi ni došlo bez radnje podnosioca prijave, jer Komisija nije imala saznanje o postojanju restriktivnog sporazuma. Takođe, izgleda da nema dovoljno opravdanja tumačenje, da prijava podneta neposredno pre otpočinjanja primene važećeg Zakona (naročito npr. par dana pre tog momenta) predstavlja izvesnu zloupotrebu prava. Najpre, zakonodavac se o tome nije izričito izjasnio i sprečio nastupanje navedene situacije, npr. predviđanjem prelazne i završne odredbe prema kojoj bi se na slučajeve prijavljivanja restriktivnog sporazuma, u periodu od dana stupanja na snagu do dana otpočinjanja primene propisa, primenjivao novi Zakon. Ovakva eventualna "greška" zakonodavca, ne bi se mogla tumačiti na štetu podnosioca prijave, čak i da je reč o licu koje je imalo "nečasne" namere. S druge strane, princip pravne sigurnosti i smisao samog instituta izuzimanja od sankcionisanja upravo i zahtevaju da se zaštite, odnosno stimulišu lica koja prijavljuju restriktivne sporazume.

Treći pristup polazi od stava o jedinstvenosti pravnog postupanja i sagledavanja pojedinačnog slučaja prijavljenog restriktivnog sporazumevanja, konsekventno, čemu se na njega imaju primeniti istovetna pravna pravila jednog propisa, sve dok njihova primena eventualno ne bude objektivno iscrpljena, odnosno preusmerena na druga, moguća, odnosno važeća pravila. Postupak ispitivanja eventualnog postojanja povrede konkurencije otpočinje donošenjem zaključka (od strane predsednika Komisije) i vodi se po službenoj dužnosti. Međutim, ukoliko je vođenje postupka ispitivanja povrede konkurencije inicirano podnošenjem prijave o postojanju restriktivnog sporazuma, ova okolnost se mora tretirati kao bitna, a postupak kao jedinstven, shodno čemu se on suštinski smatra otpočetim, odnosno "otvorenim", preduzimanjem te prve radnje davanja obaveštenja o postojanju sporazuma. To jeste trenutak, i jeste radnja, otpočinjanja komunikacije između Komisije i potpisnika sporazuma. Shodno tome, ukoliko je prijava podneta u vreme važenja prethodnog propisa, a zaključak je donet kada pravno dejstvo ima Zakon, s obzirom na njegovu odredbu da se na postupke započete za vreme važenja prethodnih propisa oni i primenjuju – relevante su norme prethodno važećeg zakona.

2. CONFIRMATIO/CONFUTATIO

Ukoliko ustanovimo, za polazno pravilo, da postupak utvrđivanja povrede konkurencije, koji se vodi po službenoj dužnosti, otpočinje donošenjem zaključka, osim u slučaju da je njegovo sprovođenje inicirano podnošenjem prijave (odnosno dostavljanjem dokaza) o postojanju restriktivnog sporazuma, kada se uzima da je postupak tom pravnom radnjom i započet – sledi afirmativna argumentaciona mapa, kako dalje sledi.

Pravne situacije koje su stvorene pod režimom prethodnog zakona, pod njegovom svetlom se tumače i razrešavaju, a važeći propisi u to polje ne bi trebalo da zalaze.⁶ Podnošenjem prijave restriktivnog sporazuma, pravna situacija je nastala, u smislu svršenog fakta, i sve što će uslediti, biće dalji tok jedinstvenog postupka.

Utvrdivanja povrede konkurencije nakon podnete prijave o postojanju restriktivnog sporazuma, strukturno čine dva segmenta: faza prijave, kao prethodi postupak, i faza ispitivanja povrede, kao glavni postupak. U procesnom smislu, nesporna je analogija sa prvim stepenom notifikacije i drugim stepenom ispitivanja po podnetoj prijavi u sferi koncentracija. Sličnost postupka ispitivanja povrede konkurencije sa postupkom ocene dopuštenosti koncentracije, zasnovana je na dve bitne okolnosti: oba postupka za prvu pravnu radnju imaju podnošenje akta - prijave Komisiji kao nadležnom organu, od strane učesnika pravnog posla. Drugo, oba postupka imaju izražena dva segmenta, od kojih prvi pretpostavlja podnošenje akta, a drugi ispitivanje i davanje ocene od strane Komisije. Rezultantno tim dvema tačkama preklapanja, na istoj liniji kao treća javlja se trenutak otpočinjanja postupka, a on je vezan za vreme preduzimanja prve relevantne radnje učesnika posla prema Komisiji kao postupajućem organu, a to je podnošenje prijave. Takođe, terminološki posmatrano, izraz “prijava” koristi se u oba slučaja⁷, i bitna razlika između njenog pravnog značenja u komparaciji dva navedena postupka ne postoji.

Okolnost postojanja dve odvojene, zaokružene podceline, od kojih se prva odnosi na podnošenje prijave, a druga na sprovođenje postupka ispitivanja i ocenjivanja od strane Komisije, dalje otvara pitanje da li je reč o jedinstvenim postupcima, na koje se onda primenjuje jedan i jedinstven korpus pravila – što je osnovano i lako braniti, ili to nije slučaj: u smislu da nema jedinstvenog pravnog odnosa i postupka u pogledu određenog restriktivnog sporazuma, ili da, iako je odgovoran potvrđan - pravila iz vremenski odvojenih propisa se primenjuju na njegove podsegmente, što značajno inklinira pravnoj nesigurnosti.

⁶ Perović, S.: *Retroaktivnost zakona i drugih opštih akata, teorija sukoba zakona u vremenu*, Beograd, 1987, str.160.

⁷ U sferi koncentracija prethodnim zakonom bio je u upotrebi izraz - zahtev za izdavanje odobrenja za sprovođenje koncentracije, dok Zakon koristi termin “prijava”, u smislu notifikacije koncentracije.

Odnosna pravna situacija predstavlja *Facta pendentia*, odnosno situaciju u toku, s obzirom da je nastala za vreme važenja Prethodnog zakona, ali se svojim kontinuiranim dejstvom prostire i na vreme sadašnjeg Zakona (s obzirom da postupak nije okončan, a eventualna sankcija izrečena).⁸ Razlikuju se dve potkategorije "situacija u toku": kada je o jednom pitanju odluka doneta kao konačna – tada se primenjuje ranije važeći zakon, ili kada je reč o (ne)postupanju koje se više puta procenjuje i o kome se, eksplicitno ili implicitno, iznova odlučuje – u kom slučaju primenu mogu imati sada ili prethodno važeći propisi, zavisno od vremena nastupanja odnosno bitne okolnosti, odnosno činjenice.

Međutim, u situaciji složenih postupaka, kada je jedna od sadržinskih celina već ostvarena u polju vremenskog važenja prethodnog zakona, kao potkategorija „svršenog fakta“, shodno atomističkoj teoriji Rubijea i uz značajan uticaj teorije društvenog interesa - izražena atomistička struktura pravne situacije zaštite konkurencije dozvoljava da se na prvi segment primenjuje prethodno važeći propis, za vreme koga je radnja i učinjena, a na drugi deo pravne priče, koji podrazumeva okončanje upravnog postupka, primenjuje se važeći propis, uz primenu konstitutivnog uslova „blaži za počinioca“.

Ustavni princip⁹ iz člana 197, stav 3 dopušta retroaktivno dejstvo za počinioca povoljnijeg zakonskog rešenja u oblasti krivičnog prava, ali ne propisuje i obaveznost izbora blažeg propisa. Mere zaštite konkurencije, bez obzira da li su upravno-pravne ili prekršajno-pravne prirode, s obzirom da predstavljaju sankciju za učinjenu i pravosnažno utvrđenu povredu konkurencije izjednačene su sa krivičnim sankcijama, a shodno članu 6(1) Evropske konvencije za ljudska prava¹⁰, da postupci zaštite konkurencije imaju krivično-pravnu prirodu¹¹. Stanovište da se odredbe člana 6(1) imaju tumačiti ekstenzivno i da se primenjuju kako na krivične, tako analogno i na upravne postupke (zajednički imenilac podrazumeva da za predmet imaju izricanje sankcije)¹² - zauzeto je prevashodno s obzirom na prirodu povrede konkurencije i ozbiljnost predviđene kazne.

Ipak, kao ključan moment za određivanje skupa pravila koja će se primeniti u postupcima iz sfere zaštite konkurencije javlja se njegovo otpočinjanje, koje se vezuje za dve različite radnje, zavisno od toga da li je reč o postupcima koji se vode po službenoj dužnosti ili o onima koji su inicirani zahtevom, odnosno prijavom stranke.¹³

⁸ Vidi: Perović, S.: Retroaktivnost zakona i drugih opštih akata – teorija sukoba zakona u vremenu, Beograd, 1987, str. 161.

⁹ Ustav RS (Službeni glasnik RS br. 37/06).

¹⁰ Konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda doneta je u Rimu 1950. godine.

¹¹ Navedeno tumačenje člana 6 (1) zauzeto je od strane Evropskog suda za ljudska prava presudom u predmetu Menarini Diagnostics S.R.L v.The Italian Republic, No 43509/09, od 27.9.2011. godine.

¹² Analogija je učinjena i u pogledu pravnog položaja Komisije, kao samostalnog i nezavisnog organa, prema sudovima.

¹³ Po opštim pravilima, prvostepeni upravni postupak nadležni organ pokreće po službenoj dužnosti ili povodom zahteva stranke; vidi čl. 113 Zakona o opštem upravnom postupku.

Postupci koji se vode po službenoj dužnosti pokreću se donošenjem zaključka od strane predsednika Komisije (protiv koga ne može biti izjavljena žalba¹⁴) i odnose se na slučajeve ispitivanja povrede konkurencije. Izuzetno, postupak se vodi po službenoj dužnosti i u situaciji ispitivanja sprovedene koncentracije, za koju se utvrdi da prevazilazi vrednost od 40% zajedničkog tržišnog udela učesnika na relevantnom geografskom tržištu, odnosno da ne ispunjava zakonom propisane uslove dopuštenosti¹⁵, konsekvnto čemu bi došlo do značajnog ograničavanja, narušavanja ili sprečavanja konkurencije (a naročito konsekvntno dominantnom položaju).

Slučajevi koji za predmet imaju koncentraciju tržišnih učesnika otpočinju podnošenjem prijave. Po opštem pravilu o pokretanju upravnog postupka, postupak se smatra započetim vršenjem ma koje radnje usmerene na vođenje postupka od strane nadležnog organa¹⁶. Ekstenzivno tumačenje bi u ovom slučaju moglo da znači da i prijem prijave o postojanju restriktivnog sporazuma predstavlja radnju u tom smislu. Sa druge strane, određena rešenja Zakona o otpočinjanju postupka radnjom stranke, predstavljaju *lex specialis* u pogledu trenutka otpočinjanja postupka, u odnosu na navedeno opšte pravilo. I dalje, takav stav govori u prilog tezi o upravnom postupku kao istinski ravnopravnom odnosu strana, bez obzira na njihov različit, javno-pravni i privatno-pravni karakter. Najzad, značio bi i potvrdu načela dobre uprave (*Good administration*), zasnovanom na savesnom, razumnom i proporcionalnom odnosu prema strankama.

Postupci koji se vode po zahtevu stranke otpočinju podnošenjem prijave, u slučaju koncentracije, ili zahteva, u slučaju pojedinačnog izuzeća sporazuma od opšteg režima zabrane¹⁷. Komisija donosi odluku u vidu rešenja u roku od 60 dana od dana podnošenja zahteva za pojedinačno izuzeće, odnosno u roku od 30 dana od dana podnošenja prijave u slučaju koncentracije, osim u slučaju da je konstatovana potreba sprovođenja ispitivanja koncentracije, kada se donosi zaključak o sprovođenju ispitnog postupka.¹⁸

Dakle, kao što u kategoriji postupaka koji se pokreću po službenoj dužnosti donošenjem zaključka i odnose se primarno na slučajeve ispitivanja povrede konkurencije postoji izuzetak u vidu ispitivanja slučaja koncentracije – koja je rezultirala tržišnim udelom učesnika većim od 40%, tako i u kategoriji postupaka koji se pokreću po zahtevu stranke, a odnose se na slučajeve prijave koncentracije i zahteva za pojedinačno izuzeće restriktivnog sporazuma od zabrane – kao logičan izuzetak

¹⁴ Za razliku od ove kategorije zaključka o pokretanju postupka po službenoj dužnosti, opšte je pravilo da je žalba protiv zaključka dopuštena, i to u smislu da o žalbi na zaključak koji je donet od strane službenog lica odlučuje predsednik Komisije, a o žalbi na zaključak donet od strane predsednika Komisije odlučuje Savet (čl.38, st. 8 i 9 Zakona).

¹⁵ Vidi čl. 19, st. 2 Zakona.

¹⁶ Čl. 115, st. 1 Zakona o opštem upravnom postupku.

¹⁷ Vidi čl. 36 Zakona.

¹⁸ Zaključak donosi predsednik Komisije i postupak se nastavlja po službenoj dužnosti, s tim da se rešenje donosi u roku od tri meseca od dana pokretanja postupka po službenoj dužnosti; vidi čl. 62, u vezi sa čl. 65, st.1 Zakona.

nameće se slučaj ispitivanja povrede konkurencije otpočet podnošenjem prijave o postojanju restriktivnog sporazuma.

Dalje, postoji potpuno preklapanje između rešenja o otpočinjanju postupka u slučaju koncentracije podnošenjem prijave, nakon koje Komisija u roku od mesec dana donosi zaključak o sprovođenju ispitnog postupka po službenoj dužnosti (ukoliko osnovano pretpostavi narušavanje konkurencije, kao posledicu sprovođenja koncentracije) i rešenja o otpočinjanju postupka podnošenjem prijave restriktivnog sporazuma, nakon čega Komisija (pretpostavka je i u kraćem roku od mesec dana – odmah nakon što je stekla saznanje koje osnovano ukazuje na učinjenu povredu konkurencije¹⁹), donosi zaključak o pokretanju postupka ispitivanja povrede konkurencije po službenoj dužnosti. Dakle, reč je o jedinstvenim postupcima koji su po strukturi dvofazni: prvi stepen je notifikacija, drugi se odnosi na ispitivanje, ocenu i odlučivanje, a pokreću se prijavom stranke.

Bitno je napomenuti da odvojenost navedene dve kategorije postupaka: koji se vode po službenoj dužnosti i onih koji se pokreću po zahtevu stranke - nije nepremostiva, s obzirom da karakter postupka može biti izmenjen, kao što je slučaj sa prijavom koncentracije za koju se oceni da je potrebno detaljnije je ispitati, pa postupak otpočet po zahtevu stranke prerasta u postupak koji se nastavlja po službenoj dužnosti²⁰. Jasna je analogija sa postupkom koji otpočinje podnošenjem prijave o postojanju restriktivnog sporazuma, a nastavlja se donošenjem zaključka o ispitivanju povrede konkurencije u postupku koji se vodi po službenoj dužnosti.

Kao argument za navedenu tezu o otpočinjanju postupka po prijavi restriktivnog sporazuma, dalje stoji i okolnost, da ne postoji neizvesnost u pogledu postupanja Komisije po podnetoj prijavi – ono će svakako uslediti, u pravcu ispitivanja okolnosti tog slučaja sa aspekta povrede konkurencije. Prvo: Komisija je stekla saznanje o postojanju restriktivnog sporazuma, drugo: restriktivni sporazumi su *per se* zabranjeni i njihova pravna posledica je ništavost, i treće: Komisija ima zakonsku obavezu da pokrene postupak ispitivanja povrede konkurencije, po službenoj dužnosti, u slučaju da osnovano pretpostavi postojanje povrede²¹ – a u slučaju restriktivnih sporazuma nije reč o osnovanoj pretpostavci, nego izvesnom saznanju. Shodno tome, dalje sledi da, ako je: prvo, nesporno da će postupak biti vođen, u tom određenom činjeničnom sklopu, i drugo, da prva radnja učinjena u tom predmetu jeste podnošenje prijave – onda se dolazi do zaključka da je odnosni postupak otpočet podnošenjem prijave, analogno režimu koji se primenjuje za pokretanje postupka po zahtevu stranke. Dakle, u slučaju podnošenja prijave o postojanju restriktivnog sporazuma ne postoji neizvesnost u pogledu njegove pravne prirode i postojanja povrede – ona je po osnovu zakonske kvalifikacije o opštoj zabrani i ništavosti kao posledici restriktivnih sporazuma – nesporna, pa shodno tome nema razloga za vezivanje otpočinjanja

¹⁹ Vidi čl. 56, st. 1 Zakona.

²⁰ Vidi čl. 62, st. 2 Zakona.

²¹ Član 35, st. 1 Zakona.

postupka za kasniji moment donošenja zaključka o pokretanju postupka, ispitivanja povrede konkurencije, kada prijava predstavlja prvi relevantan pravni momentat i kada donošenje zaključka o pokretanju postupka po službenoj dužnosti predstavlja samo njegov nužan nastavak, odnosno međukorak ka donošenju konačne odluke.

Kauzalna veza između trenutka saznanja o postojanju povrede konkurencije, u smislu osnovane sumnje, odnosno pretpostavke i pokretanja postupka ispitivanja povrede konkurencije predviđena je kako važećim propisima o zaštiti konkurencije²², tako i prethodnim zakonom, koji je pokretanje postupka po službenoj dužnosti vezivao za trenutak saznanja Komisije o učinjenoj radnji za koju se osnovano može pretpostaviti da označava povredu konkurencije. Takođe, prethodno važeći zakon davao je mogućnost Komisiji da postupak po službenoj dužnosti pokrene ukoliko stranka u postupku učini verovatnim da je izvršena radnja kojom se sprečava, ograničava ili narušava konkurencija, što u suštini predstavlja situaciju koja je obuhvaćena i prethodnim opštim pravilom, kao i slučaj kada stranka iz objektivnih razloga nije u mogućnosti da pokrene postupak, ili je to potrebno iz razloga njene zaštite.²³ I dalje: s obzirom da je pokretanje postupka zaključkom vezano za formiranje osnovane pretpostavke o mogućoj povredi konkurencije²⁴, u slučaju prijave restriktivnog sporazuma, to znači da je pretpostavka konstituisana samim podnošenjem prijave - jer je jasno da je reč o apsolutno zabranjenom ponašanju, a to dalje znači da je postupak tim činom i otpočet.

Materijalno-pravni aspekt zaključka, kao akta kojim se pokreće postupak po službenoj dužnosti, predstavlja dalji argument u prilog polaznoj tezi o otpočinjanju postupka podnošenjem prijave o postojanju restriktivnog sporazuma. Naime, obavezne elemente zaključka predstavljaju, sa jedne strane, opis radnje ili akata koji mogu da označavaju povredu konkurencije, i pravni osnov i razlozi za otpočinjanje postupka, sa druge strane.²⁵ Postupak, dakle, počinje da se vodi kada se dosegne nivo konstituisanja osnovane pretpostavke o postojanju povrede konkurencije. Sledstveno tome, a u skladu sa pravilom “ko može više, može i manje”, postupak počinje da se vodi u trenutku kada postoji izvesnost o postojanju sporazuma koji jedna od strana učesnica potpisnica prijavljuje.²⁶

Važan argument, u materijalno-pravnom smislu, odnosi se na zakonsko rešenje koje pokretanje postupka po zahtevu stranke predviđa za još jedan slučaj iz domena restriktivnog sporazumevanja - podnošenje zahteva za pojedinačno izuzeće, nesporno restriktivnog sporazuma, od opšteg režima zabrane. U oba slučaja zaključeni su restriktivni sporazumi, zabranjeni *per se*, ali Zakon u oba slučaja dopušta, iz

²² *Ibid.*

²³ Vidi čl.56, st. 2 prethodno važećeg Zakona o zaštiti konkurencije (Službeni glasnik RS br. 78/05).

²⁴ Čl. 35, st. 1 Zakona.

²⁵ Čl. 35, st. 2 Zakona.

²⁶ Zaključak, u sferi zaštite konkurencije, donosi se o pitanjima koja se odnose na upravljanje postupkom, zatim izvođenje dokaza i izricanje privremenih mera. Žalba na zaključak ne odlaže njegovo izvršenje; vidi čl. 210 i čl. 212, st. 1 i 4 Zakona o opštem upravnom postupku.

različitih razloga, odstupanje od opšteg pravnog principa, u pravcu izuzimanja od zabrane ili oslobađanja od sankcija. Dakle, ukoliko je predviđeno da postupak za pojedinačno izuzeće od zabrane restriktivnog sporazumevanja otpočinje po podnetom zahtevu stranke²⁷, koji za posledicu može dovesti do radikalne posledice izuzimanja sporazuma od opšteg režima zabrane, osnovano je zaključiti da i postupak prijave restriktivnog sporazuma, koji će rezultirati daljim ispitivanjem slučaja povrede konkurencije i eventualnim oslobađanjem od obaveze, iz mere zaštite konkurencije, samo jednog od potpisnika, započinje radnjom podnošenja prijave. U vezi sa pitanjem retroaktivnog dejstva zakona, odredbom člana 78. Zakona propisano je da danom početka primene ovog zakona prestaje da važi Zakon o zaštiti konkurencije iz 2005. godine. Pored toga, odredbom člana 81. Zakona propisano je da navedeni zakon stupa na snagu osmog dana od dana objavljivanja u „Službenom glasniku Republike Srbije“, a da će se primenjivati od 1. novembra 2009. godine.

3. UMESTO ZAKLJUČKA

Od posebnog značaja za određivanje zakona o zaštiti konkurencije, koji je merodavan za utvrđivanje ispunjenosti uslova za izricanje i visinu mere zaštite konkurencije, je činjenica da zakonodavac u prelaznim i završnim odredbama nije propisao retroaktivno dejstvo bilo koje od odredaba novog Zakona o zaštiti konkurencije. Pored toga, nije predredviđeno, niti da će bilo koja pojedinačna odredba početi da se primenjuje u periodu od stupanja na snagu ovog zakona do otpočinjanja njegove primene.

Imajući u vidu odredbe člana 196. Ustava Republike Srbije o objavljivanju i stupanju na snagu zakona i drugih opštih akata i odredbe člana 197. Ustava o zabrani povratnog dejstva, kao i navedene odredbe članova 78. i 81. Zakona o zaštiti konkurencije, može se zaključiti da se na slučajeve kod kojih su prijave restriktivnih sporazuma podnete nakon stupanja na snagu, ali pre otpočinjanja primene ovog zakona imaju primeniti odredbe Zakona iz 2005. godine.

Konačno, u prilog tezi o podnošenju prijave postojanja restriktivnog sporazuma kao relevantnom momentu otpočinjanja postupka govori rešenje komunitarnog prava konkurencije po kome je utvrđivanje povrede konkurencije moguće i *ex officio* i po podnošenju zahteva lica sa pravnim interesom.²⁸ U domaćem pravu, mogućnost podnošenja zahteva predviđena je za tržišne učesnike koji podnose zahtev za pojedinačno izuzeće restriktivnog sporazuma od režima zabrane, zatim u slučaju da je pokrenut ispitni postupak u smislu člana 33, stav 1. Zakona, kao i u situacijama podnošenja prijave koncentracije. Međutim, treća lica se ne smatraju strankama u

²⁷ Član 36, Zakona.

²⁸ Postupak za utvrđivanje povrede može biti pokrenut *ex officio* ili po zahtevu, shodno članu 7. Uredbe Saveta (EC) o sprovođenju propisa o konkurenciji propisanih u članu 81. i članu 82. Ugovora, br. 1/2003, OJ 2003 No. L 1, str. 1.

postupku, već se samo ustanovljava obaveza informisanja podnosioca inicijative za ispitivanje povrede konkurencije o toku postupka²⁹, koja se odnosi i na treća lica ukoliko učine verovatnim svoj pravni interes za odnosni proces. Dakle, u domaćem pravu usaglašenost sa komunitarnim pravilima u navedenom segmentu ne postoji, pa je racionalno razmišljati o nadogradnji i daljem sistemskom uobličavanju zakonskog teksta i u tom smislu.

Model rešavanja pravne situacije, koja je predmet ovoga rada, kao i predložene promene Zakona o zaštiti konkurencije, oslanjaju se i na ciljeve i načela predviđene Rezolucijom Narodne skupštine RS o zakonodavnoj politici (2013)³⁰. Tu poseban značaj imaju ciljevi koji se odnose na: jačanje vladavine prava, obezbeđivanje potpune pravne sigurnosti, usklađenosti i ravnoteže javnih politika, kao i njihovog doslednog sprovođenja, a naročito obezbeđivanje stabilnosti i predvidljivosti regulatornih zahteva i usvajanje propisa koji ispunjavaju sve uslove međunarodno priznatih standard kvaliteta, usklađenih sa pravnim tekovinama Evropske unije.

Navedeni ciljevi projektovani su na temeljima osnovnih načela Rezolucije. Najpre, načelo delotvornosti u segmentu koji podrazumeva da: se propisom rešavaju uočeni problemi; propis jasno definiše ovlašćenja nadležnih državnih i nedržavnih subjekata kao nosilaca javnih ovlašćenja; su subjekti na koje se propis odnosi u mogućnosti da ga poštuju i po njemu postupaju. Zatim, načelo ekonomičnosti prvenstveno u smislu da propis na nivou društva ima za posledicu veću korist, nego troškove. Poseban značaj uživa načelo odgovornosti koje podrazumeva da nadležni organi postupaju shodno profesionalnom kodeksu ponašanja kada preuzmu političku odgovornost za valjanost usvojenih politika i ostvarivanje postavljenih ciljeva, uz poštovanje hijerarhije normi, pravnog sistema i nomotehnike. Konačno, neophodno je imati u vidu i načelo određenosti, koje se odnosi na obavezu ovlašćenog predlagača da pripremi jasne i opšte razumljive odredbe kojima se obezbeđuju pravna izvesnost, jednakost pred zakonom, te predupređuju različita tumačenja ili implementacije u praksi.

Uz postupak eventualnih izmena i dopuna Zakona o zaštiti konkurencije u navedenom smislu, potrebno je takođe kontinuirano pratiti primenu propisa, uz analizu efekata na osnovu prethodno utvrđenih kriterijuma i obavestavati javnost o postignutim rezultatima. Praćenje stanja trebalo bi da doprinese otkrivanju i otklanjanju razloga, koji nisu isključivo, niti prevashodno pravne prirode, zbog kojih se naša zemlja našla na samom začelju globalne liste država po stepenu konkurentnosti, i da rezultira predlaganjem i preduzimanjem sinhronizovanih mera za prevazilaženje tog stanja, gde efikasan i utilitaran model prijavljivanja restriktivnih sporazuma ima značajnu ulogu.

Oslobađanje od mere zaštite konkurencije učesnika restriktivnog sporazuma koji je isti prijavio je jedna od onih situacija kada pravni oportunitet stoji naspram

²⁹ Čl. 33, st. 1, čl. 35, st. 4 i čl. 43, st. 3 Zakona.

³⁰ Rezolucija je usvojena na sednici održanoj 25. juna 2013. godine.

načela ravnopravnosti (postupanja). Primat dobija racionalni utilitarizam, davanjem prednosti opštoj u odnosu na pojedinačnu pravnu vrednost. Činjenica da je učesnik u poslu prijavio postojanje restriktivnog sporazuma o kome Komisija nije imala saznanje, i procesuiranje takvog slučaja u smislu zaštite principa efektivne konkurentnosti ima veću specifičnu težinu, društvenu i pravnu, u odnosu na gubitak koji se ogleda u oslobađanju od obaveze plaćanja novčanog iznosa mere zaštite konkurencije jednog učesnika posla, onog, koji je odnosnu prijavu prvi podneo, uz istovremeno vođenje postupka izricanja mere za drugu, odnosno druge ugovorne strane.

KONCEPT NOVE ELEKTRONSKE, MOBILNE I INTELIGENTNE JAVNE UPRAVE

Prof. dr Mladen Radivojević*

mr Nada Mirjanić-Gluvić**

mr Miloš Ljubojević***

***Apstrakt:** U radu se prvi put posmatra jedinstveni pogled na primjenu novih tehnologija u poslovanju javne uprave. Ističe se neophodnost jedinstvenog pristupa u primjeni i implementaciji elektronskog, mobilnog i inteligentnog poslovanja u usluživanju javne uprave. Uvode se novi jedinstveni pojmovi kao što je e-m-i-Uprava i e-m-Usluga. Do sada se uvijek govorilo odvojeno o e-Upravi, m-Upravi, i-Upravi te e-Usluzi i m-Usluzi. Sada su prevashodno u razvijenim zemljama svijeta sazreli uslovi da se više ne govori odvojeno o ovim pojmovima. Neophodno je prilikom implementacije bilo kog segmenta razmišljati strateški, da se ovi segmenti više ne odvajaju i proučavaju kao posebni dijelovi (cjeline). Ovdje izlažemo jedan novi i drugačiji pogled na primjenu novih tehnologija u radu javne uprave, te traženju i davanju usluga.*

***Ključne riječi:** javna uprava, e-m-i-Uprava, e-m-Usluga.*

1. UVOD

Priča o jedinstvenoj novoj elektronskoj, mobilnoj i inteligentnoj upravi (*e-m-i-Upravi*) bi sada mogla biti i kao priča o grupi slijepih od koji svaki pipa jedan dio konja i pokušava da opiše cijelu životinju. Ubrzo nastaje svađa kako stvarno izgleda konj, dok ne nađe čovjek koji vidi i opiše ga cijelog. Iako je svako od slijepih bio djelimično u pravu, ni jedan, naravno, nije pogodio kako cijela životinja izgleda. U našem slučaju čovjek koji je vidi još nije naišao, odnosno, niko u svijetu još nije ostvario projekt njenog potpunog uvođenja. Mi je za sada samo naslućujemo kroz pokušaj sinteze pogleda različitih zainteresovanih strana i kroz iskustva onih

* Влада Републике Српске, Министарство управе и локалне самоуправе.

** Општина Градишка.

*** ЈУ Академска рачунарска мрежа Републике Српске.

koji su dalje od nas odmakli u njenoj izgradnji. Ono što je sasvim sigurno je da je nova e-m-i-Uprava daleko više od zbira pojedinačnih programa digitalizacije rada državne i lokalne uprave. Cjelinu e-m-i-Uprave danas naslućujemo kroz njena tri aspekta:

1. e-m-i-Uprava je novi pogled i sistem za pristup uslugama, podacima, informacijama i znanjima od strane svih građana, pravnih i privrednih subjekata, raznih udruženja i institucija te profesionalaca (novinara, istoričara, sociologa, antropologa, itd.). Ovdje će biti sadržane usluge i informacije koje javna uprava želi sama da plasira, ali i one koje bi vlada morala da učini dostupnim, čak i ako joj to nije u trenutnom političkom interesu.

2. Nova e-m-i-Uprava je mehanizam za odlučivanje; Šta javna uprava, državna ili lokalna treba da radi? Uticaj na odluke se proširuje na mnogo više subjekata, proces usluživanja postaje vidljiviji i javniji, manje podložan uskim stranačkim interesima.

3. Ona obezbjeđuje poboljšanje pružanja usluga klijentima (građanima i poslovnim subjektima) te izgradnje neophodne infrastrukture za obavljanje ovih poslova.

2. ŠTA MOŽE OBEZBIJEDITI NOVA e-m-i-UPRAVA

- **Bolji izvor informacija,**
- **Proširenje polja djelovanja demokratije,**
- **Poboljšanje pružanja usluga.**

Zadatak e-m-i-Uprave nije samo davanje bolje usluge ili prosto prikupljanje i obrada podataka, već i stvaranje i distribucija neophodnih informacija i elemenata znanja. Ona treba da omogući:

- jednokratno i tačno prikupljanje svih relevantnih podataka, informacija i znanja na mjestu njihova nastanka;
- adekvatno čuvanje svih prikupljenih podataka, informacija i znanja do trenutka njihove upotrebe;
- odgovarajuću cirkulaciju podataka, informacija i znanja koja omogućava da se prava informacija i pravo znanje u pravo vrijeme nađe na pravom mjestu;
- ažurnu obradu, podataka, informacija i znanja;
- donošenje optimalnih odluka na osnovu odgovarajućih znanja;
- korištenje podataka, informacija i znanja po unaprijed određenim procedurama i pravima pristupa.

2. 1. Kako doći do novih rješenja

Do e-m-i-Uprave ne može se doći bez jasne vizije, te dobro koncipiranog plana i programa razvoja. Kompletna strategija razvoja jednog ovako složenog i komplikovanog projekta mora se provodi etapno i u fazama. E-m-i-Uprava podrazumijeva korišćenje informacija i znanja, primjenu informacione, komunikacione i mobilne tehnologije. Nova uprava treba da poboljša: efikasnost, produktivnost, transparentnost i odgovornost. Sva poboljšanja usmjerena su prema građanima, privredi, svim vladinim i nevladinim organizacijama i institucijama te vlastitim službenicima.

U svim zemljama, pa i kod nas, radilo se ili se radi na uvođenju e-Uprave. Sada je vrijeme da se napravi iskorak, jer su nove tehnologije, baze i skladišta podataka toliko razvijeni da se mora suštinski drugačije pristupiti radu te poboljšanju usluživanja korisnika.¹

Mora se istovremeno raditi na elektronskom, mobilnom i inteligentnom poslovanju i usluživanju. To upravo u ovom radu i promovišemo.

Potrebni preduslovi. *Postojanje automatizovanih, informacionih i mobilnih sistema je preduslov za uvođenje e-m-i-Uprave. Pošto je veoma malo takvih sistema posvetićemo određenu pažnju i onome što će biti osnova za budući kvalitetniji rad. Da bi sistem javne uprave mogao kvalitetno funkcionisati svi učesnici (bez izuzetka) moraju dosljedno postupati po istoj metodologiji rada i pravovremeno razmjenjivati podatke, informacije i znanja neophodne za vlastite poslove i poslove ostalih učesnika u procesu usluživanja i donošenja odluka.² Ako se posjeduje odgovarajuća infrastruktura, ako građani imaju povjerenje u informacione, komunikacione i mobilne tehnologije (vjeruju u privatnost i zaštitu svojih podataka), ako postoje definisani odnosi između zainteresovanih partnera (javne uprave, vlada, biznisa, građana) onda možemo sagraditi stabilnu građevinu e-m-i-Uprave. Osnovni elementi ovakve "građevine" bili bi zasnovani na informacionim, komunikacionim i mobilnim tehnologijama, povjerenju, privatnosti i zaštiti.*

3. NEKI OD REZULTATA PRIMJENE NOVOG RJEŠENJA

Poboljšan pristup. Primjenom e-m-i-Uprave te e-m-Usluga građanima će se omogućiti poboljšan pristup podacima, informacijama i znanjima te bolja usluga. Direktnim pristupom službenicima svih službi obezbjeđuje se efikasniji kontakt i stvaranje povjerenja između građana, privrede i javne uprave (svih korisnika i davaoca usluga). Kod zaposlenih će porasti moral i efikasnost, a rukovodnom kadru će

¹ Poslovna inteligencija i njen uticaj na rad javne uprave, ADU, Časopis za upravno-pravnu teoriju i praksu br. 5 i 6, (strana 149–159), Banja Luka, mart, 2013, ISSN 1840-2283.

² Bernard Liautaud, e-Poslovna inteligencija, Prudes cosilium d.o.o. TIVA Tiskara Varaždin, 2006.

biti omogućeno jednostavnije upravljanje kadrovima. Administrativnim službama će se obezbijediti poboljšan pristup podacima, informacijama i znanjima te efikasniji rad i usluživanje. Povećaće se interna efikasnost nabavnih službi. Konsolidacija podataka dovešće do povećane kvalitete izveštaja i elektronske razmjene dokumenata i informacija. Smanjiće se troškovi poslovanja, a poboljšati upravljanje zalihama. Eliminisaće se izolovana ostrva komunikacija unutar javne uprave i korisnika usluga, privredi će se obezbijediti povećan pristup informacijama i uslugama, a smanjiće se troškovi međusobnih komunikacija.

Bolji kontakti. Danas se e-Uprava najčešće u svijetu pominje u kontekstu lokalnih ili gradskih vlada pa se dosta često može pronaći da se e-Uprava definiše kao "mogućnost za lokalnu upravu da stavi na raspolaganje informacije i servise putem Web-a, preko "touch screen" kioska ili na osnovu interaktivnog prepoznavanja glasa. Ove usluge i servisi se stavljaju na raspolaganje građanima i poslovnim partnerima, a raspoloživi su 24 časa dnevno 365 dana godišnje.³ Da bi se smanjili troškovi usluživanja građana mora se omogućiti elektronski pristup informacijama, a da bi se ostvarilo potpunije razumjevanje odnosa građana, privrede i javne uprave mora se izvršiti integracija informacija.

Iskoristiva infrastruktura: Sačinjavaju ju kombinacija hardvera (serveri i računari korisnika, mobilni uređaji), mreže koje povezuju pomenute hardverske komponente i softverske aplikacije za pružanje usluga svim korisnicima.

Elektronsko poslovanje. Upotrebom Interneta administracija čini svoje poslovanje bliže građanima, preduzećima te ostalim organizacijama i institucijama. E-m-i-Uprava može da pruži veliki doprinos ubrzanju tranzicije ka ekonomiji zasnovanoj na znanju. Prelazak na elektronsko, mobilno i inteligentno poslovanje podrazumijeva i krupne promjene unutrašnjih procedura rada javne uprave, koje mogu biti veoma komplikovane za sprovođenje. Izazov je za javnu upravu da se prilagodi i uvede inovativan način rada, uključujući korektan i stabilan odnos sa građanima, privrednim subjektima te ostalim organizacijama i institucijama.

3.1. Cilj uspostavljanja e-m-i-Uprave

Cilj uspostavljanja nove uprave zasnovane na novim konceptima i novim rješenjima je da se organizacionim procedurama, uz korištenje savremenih informatičkih resursa i najnovijih tehnologija, omogući efikasan sistem prikupljanja, obrade i korištenja podataka od strane svakog učesnika (županije, grada, opštine). Mora se obezbijediti isti nivo efikasnosti u međusobnom koordiniranju svih učesnika, kako bi se ostvarili bar sljedeći ciljevi:

³ Radivojević, M.: Jedinstveni dokument, menadžment sistem javne uprave kao korak prema "javnoj upravi koja uči", 8 europska konferencija o poslovnim procesima, Zagreb, 2010, Zbornik radova - strana 22, (rad po pozivu).

- unapređenje rada svih javnih uprava,
- unapređenje tehničko-tehnološke osnove,
- obezbjeđivanje kvalitetnog izvršavanja usluga i zadataka,
- ažurno i kvalitetno izvršavanje zakonom definisanih obaveza,
- povećanja stepena informisanosti svih učesnika, a posebno izvršioca.⁴

Automatizacija postojećeg stanja – ne. Uvođenjem e-m-Uprave nebi se smjelo ograničiti na to da se automatizuje postojeće stanje i postojeći način obavljanja poslovnih procesa, već da se ponudi novo rješenje zasnovano na stvarnim potrebama čije ispunjavanje će osigurati savremena tehnološka dostignuća.

Jedinstven sistem e-m-i-Uprave će sve te zadatke moći ispuniti samo onda ako je koncipiran i realizovan kao jedinstveni sistem. Dodatni zahtjevi na rješenja, koja bi trebao da ponudi idejni projekt (koji obavezno treba uraditi) je da sistem bude:

- racionalan, funkcionalan i usklađen sa okolinom,
- da je razvijen na realnom pristupu (etapno, modularno),
- da koristi najsavremenije tehnologije,
- da omogući integraciju informacionih i ekspertnih sistema te baza znanja,
- da omogući prilagođenje računarske tehnologije uslovima rada.

3.2. Kome je potrebna e-m-i-Uprava?

To su prije svega građani, biznis, državni aparat, zaposleni.

Državnom aparatu - da se rastereti pritisak na šaltere i da pojeftini svoje usluge. Građani uglavnom imaju loša iskustva u poslovanju sa administracijom i svaka promjena koja utiče na stvaranje dobrog odnosa sa građanima daje sliku da se nešto događa u korist građana. Sa stanovišta državnog aparata korist je dvostruka: velika ušteda i zadovoljni građani (birači).

Građanima - korisnicima usluga koji sada mogu brzo i bez čekanja da obave svoje poslove elektronskim ili mobilnim uređajima, a da pri tome ne stoje u dugim redovima, da dobiju pravovremenu i tačnu informaciju ili da obave posao za koji je ponekad potrebno višednevno obilaženje različitih šaltera. Potrebno je naglasiti da se na ovaj način uprava približava građaninu, a on sam postaje učesnik u usluživanju i upravljanju lokalnim i državnim strukturama.

Zaposlenim u upravi - omogućava se jednostavniji rad i bolja komunikacija sa drugim zaposlenim u istoj ili drugoj upravi, brže i kvalitetnije obavljanje poslova

⁴ Radivojević, M.: Od elektronskog poslovanja do poslovne inteligencije u javnoj upravi. JU Službeni glasnik Republike Srpske, Banja Luka, 2012, str.584, ISBN 978-99938-22-28-8, COBISS.BH-ID 2411288.

uz upravljanje elektronskim i mobilnim dokumentima i/ili njihovom pripremom za mobilno ili *Web* korišćenje.

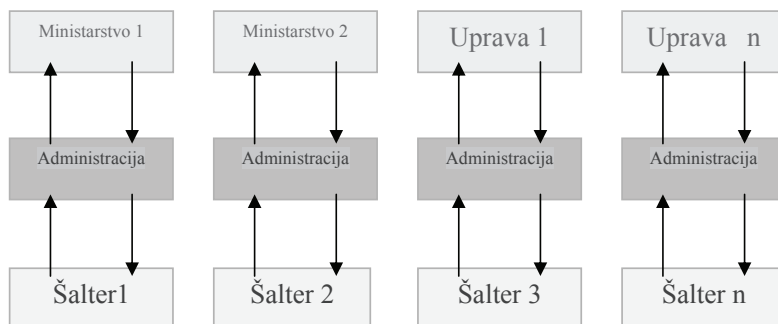
Treba razmjenjivati iskustva i provjeravati svoju strategiju na iskustvima drugih.⁵ Posebno treba obratiti pažnju da se radi po jedinstvenim standardima jer će veoma brzo biti potrebno sve javne uprave povezati u jedinstvenu cjelinu i da će biti problema sa različitim formatom podataka i različitim platformama koje se sada koriste ili će se koristiti u budućnosti.

4. REFORMSKI CILJEVI

Opredjeljenje i podrška. Uvođenje e-m-i-Uprave, e-m-Usluga izuzetno je težak zadatak koji će zahtijevati duboke promjene u načinu organizovanja, rada i razmišljanja na svim nivoima. **Snažno političko opredjeljenje i jasno definisane vizije** neophodni su da se upotpunosti iskoriste potencijali koje pruža automatizacija rada administracije. Bez snažne, neprekidne i glasne političke podrške nemoguće je modernizirati rad javne uprave (državne i lokalne administracije), odnosno uvođenje elektronske, mobilne i inteligentne javne uprave.

Promjena modela rada u administraciji. Uporedo sa uvođenjem modernizacije i automatizacije rada u administraciji mora se pristupiti i suštinskoj promjeni modela rada. Ako bi se samo automatizovali postojeći procesi učvrstili bi se postojeći model rada i produžio njen način neefikasnog djelovanja. Cilj uvođenja e-m-i-Uprave je da se izmjeni suština rada administracije tj. da se ona učini jednostavnom, otvorenom, rezultirajućom, zasnovanoj na znanju, okrenutu korisniku.

Kako javna uprava (administracija) sada obavlja svoje poslove? Poslovi u administraciji sada se obavljaju izolovano, tako da svaka administracija odrađuje svoj dio posla bez ikakve međusobne povezanosti i zainteresovanosti za bržu i kvalitetnu uslugu okrenutu krajnjem korisniku. Korisnik usluga ide od jedne do druge nepovezane uprave (od jednog do drugog šaltera) i obavlja potrebne mu poslove.



⁵ Specht, P. H., The Impact of IT on Organizational Performance in the Public Sector. In Handbook of Public Information. Marcel Dekker Inc, NY, 2003.

Automatizacija šalterskih službi. Automatizacijom poslova (šalterskih službi) u ovakvom načinu rada, administracija će ubrzati svoj rad, ali će korisnik usluga i dalje ići od jednog do drugog šaltera da bi mogao ostvariti svoje potrebe u radu sa javnom upravom. Korisnik usluga moći će obaviti potrebni posao sa javnom upravom dosta brže, ali sve poslove neće moći obaviti na jednom šalteru. Upotrebom novih rješenja poboljšava se veza između građana i javne uprave. Kompjuterizacijom šalterske službe skraćuje se vrijeme obrade zahtjeva od nekoliko dana na nekoliko sati.⁶ Postiže se veća transparentnost, smanjuje korumpiranost, eliminiše se ručno popunjavanje različitih obrazaca uz smanjenje mogućih grešaka, smanjuje se papirologija uz puno bolje i preglednije čuvanje dokumentacije.

4. 1. Kako i odakle početi u promjenama

Preduslovi za uspješan start. Za uspješan start razvoja e-m-Uprave i implementacije poslovne inteligencije potrebno je:

- obučiti sve učesnike koji će na bilo koji način učestvovati i raditi na tim poslovima,

- upoznati ih sa budućim poslovima i
- objasniti im perspektive daljeg razvoja.

Treba prevashodno uraditi politiku i strategiju razvoja e-m-i-Uprave, te predložiti odgovarajući broj projekata i idejnih rješenja.

Obim posla. U idejnom rješenju treba ponuditi odmah sve aplikacije (maksimalan broj) kako bi se odmah sagledala veličina posla i promjene poslovanja koji treba da se ostvari u periodu razvoja i eksploatacije novog sistema zasnovanog na znanju. Takođe treba posebno naglasiti kolike i kakve uštede su moguće u perspektivi kada se posao dovede do kraja. Sve poslove treba razvijati u saradnji sa opštinskom, gradskom i državnim upravom kao i drugim zemljama, naročito iz bližeg okruženja, koji takođe rade iste ili slične projekte. Treba razmjenjivati svoja iskustva sa svima i provjeravati svoju strategiju na iskustvima drugih.

Povezivanje. Posebno treba obratiti pažnju na to, da će jednoga dana biti potrebno da se uprave iz BiH povezuju u jedinstvenu celinu (kako unutar BiH tako i sa ostalim zemljama svijeta) i da će biti problema sa raznovrsnim podacima i platformama na kojima su razvijane i vođene dosadašnje obrade podataka.

Identifikovanje prioriteta

- Nemoguće je sve raditi odjednom,
- Potrebno je definisati prioritetne poslove i prioritetne akcije,
- Pošto su početne investicije u tehničku infrastrukturu velike potrebno je identifikovati najznačajnije servise kako bi se oni prioritetno radili i stavili na raspolaganje korisnicima.

⁶ G. Klepac, L. Mršić: „Poslovna inteligencija kroz poslovne slučajeve, „Lider press & TIM press“, Zagreb, 2006.

- Definisati prioritete uključujući i vrjednovanje ciljeva koji najviše obećavaju.

- Jasno definisani prioriteti omogućavaju da se njima dodjele resursi i optimizuju pune organizacione mogućnosti.

- Izdvojiti najvažniji usluge koje je moguće realizovati pomoću mobilnih ili elektronskih servisa.⁷

Raditi tako da se prvo razvijaju servisi koji će omogućiti da građani budu zadovoljni i da odnos vremena razvoja i cijene bude prihvatljive. Efikasno postavljanje prioriteta doprinosi: bržem razvoju, zadovoljstvu korisnika usluga i zaposlenih, većim efektima i transparentnijem radu.

Već u početku se mora znati kako mjeriti uspjeh, kako pratiti napredovanje u razvoju, te koji su kritični procesi i kako ih rješavati.

4. 2. Šta je neophodno uraditi da bi implementacija uspjela

Uraditi procjenu izvodljivosti :

- da li su korisnici usluga javne uprave zahtijevali baš taj servis,
- da li su predviđena odjeljenja (sektori) spremna po tehnologiji i kapacitetima da podrže projekt,
- da li je cijena koštanja projekta i reforme prihvatljiva,

Izvršiti procjenu kritičnosti:

- da li je predloženi servis pogodan za prelazak na elektronsko ili mobilno usluživanje,
- da li kreiranje servisa pomaže boljem i pozitivnijem imidžu vlade kod građana,
- da li uvođenje novog servisa upotrebom novih tehnologija donosi uštede pri radu,
- da li novi servis zahtijeva dodatna financijska ulaganja.⁸

Izbjegavati pogreške. Sve ovo su pitanja na koja treba odgovoriti prije nego što se započne sa radom na implementaciji poslovne inteligencije u e-uslužna rješenja. Ona mogu imati kasnije značajne posljedice ako se na bilo koje od njih zaboravi ili ako se ono zanemari. Pažljivo odabrana inicijativa u razvoju i implementaciji donosi znatne prednosti, a što je najvažnije izbjegavaju se greške koje nisu nikom potrebne, a najčešće koštaju mnogo. Takođe treba uraditi listu prioriteta na

⁷ Radivojević, M. Od elektronskog poslovanja do poslovne inteligencije u javnoj upravi. JU Službeni glasnik Republike Srpske, Banja Luka, 2012, str. 584, ISBN 978-99938-22-28-8, COBISS.BH-ID 2411288.

⁸ Radivojević, M. Poslovnom inteligencijom do vrhunskih ostvarenja u javnoj upravi, Aktualnosti, Časopis za društvena pitanja, broj 14, BLC, Banja Luka, 2011. god., UDK 005.1:004.7/9, (str. 7–40).

kraju analize iz koje treba kreirati terminski plan za razvoj aplikacija za e-m-i-Uprave, na bazi standarda poslovne inteligencije.

Mjeriti rezultate. Ocenjivanje uspješnosti ili neuspješnosti moguće je samo ako se na početku odmah definišu kriterijumi za mjerenje rezultata. Da bi se pokazalo koliko vrijedi poslovanje uz upotrebu novih tehnologija, potrebno je napraviti kriterijume i mjere prema kojima će se procjenjivati parametri kao što su zadovoljstvo posetioca Web ili mobilne stranica, kvalitet usluga, ušteda, vrijeme odziva, sistem i sl. Ovo je potrebno provesti zbog toga što se na taj način dobija saglasnost za nastavak rada, za poboljšanje kvaliteta aplikacija i razvoj novih.

Imati u vidu promašaje i posljedice. Potrebno je dati stimulanse korisnicima koji usluge traže i dobijaju upotrebom računarskih ili mobilnih uređaja. Sve to treba uraditi veoma pažljivo, jer promašaji koji se naprave u početku mogu imati dalekosežne posljedice za kompletan daljnji razvoj. Posebno treba naglasiti poslove koji su kritični po bilo kom resursu ili po bilo kojim drugim parametrima kako bi se akcenat prebacio na njihovo rješavanje ili razvoj. Velika pažnja se mora posvetiti zaštiti podataka, mreža i aplikacija. Ako bi se desilo da se u ranoj fazi implementacije izgube podaci, padnu mreže ili aplikacije to će sigurno dovesti do velikog razočarenja kako zaposlenih u javnoj upravi tako i korisnika njihovih usluga.

Zaštita u sistemima e-m-i-Uprave i e-m-Usluge. Prilikom razvoja novih rješenja i implementacije poslovne inteligencije treba prevashodno voditi računa o zaštiti podataka, mreža i aplikacija pa tek onda o dizajnu, sadržaju i brzini odziva. Kod implementacije novih sajtova o ovome se mora voditi računa od samog početka izrade jer je izloženost ovih sistema raznim opasnostima daleko iznad uobičajenog nivoa. Zaštita ima dosta specifičnosti jer prije svega podaci, informacije i znanja sa kojima su povezani ovi sajtovi su ili povjerljive ili lične prirode i njihovo iznošenje u javnost može imati negativne posljedice.

4. 3. Koji su trendovi koji pokreću implementaciju e-m-i-Uprave

Korisnici usluga veoma brzo mijenjaju svoju naviku traženja usluga, posebno upotrebom novih tehnologija. Sada se usluge sve više traže pomoću računara ili mobilnih uređaja (e-m-Usluga). Prepoznavanje trenda nije samo nova mogućnost e-m-i-poslovanja javne uprave (republički organi uprave, administrativne službe te organizacije koje vrše javna ovlaštenja), već i prepoznavanje drugačijih usluga i poslovnih ideja. Preusmjeravanje javne uprave na novi smjer, može da traje i više godina.⁹

Ovdje predlažemo 20 glavnih trendova koji bi javnu upravu trebali dovesti do implementacije poslovne inteligencije u e-m-Upravu i e-m-Uslugu. Sposobnost da se sagledaju ti trendovi daje bolje šanse za bolje razumijevanje mogućnosti koje stoje pred javnom upravom.

⁹ Radivojević, M. Poslovna inteligencija, Besjeda - BLC, Banja Luka, 2011, str. 344, ISBN 978-99938-1-148-0, COBISS.BH – ID 1976344.

Kategorija trenda		Trend
Korisnik Usluge	1.	Brži servisi
	2.	Samousluživanje
	3.	Veći izbor usluga
	4.	Integrirana rješenja
e-samousluživanje	5.	Integrirani servisi
	6.	Glatka podrška
	7.	Fleksibilno ispunjavanje zahtjeva
	8.	Povećana preglednost procesa
Organizacija	9.	Izmještanje poslova u vanjsko okruženje
	10.	Usluga po ugovoru
	11.	Virtualna distribucija
Zaposleni	12.	Tražiti najbolje i najpametnije
	13.	Zadržavanje talentovanih kadrova
Tehnologija za poslovanje	14.	Integrirane aplikacije
	15.	Integracija većeg broja kanala
Opšte tehnologije	16.	Posredničke aplikacije između starog i novog softvera i opreme
	17.	Mobilne <i>Web</i> aplikacije
	18.	Mobilni uređaji za obradu i razmjenu informacija
	19.	Konvergencija infrastrukture
	20.	Poslovna inteligencija

Trendovi koji upravljaju e-Upravom

Korisnici cijene usluge koje su brze, a ne vole odgađanje usluga ili čekanje u redu. Kašnjenje u bilo kom koraku tog procesa je neprihvatljivo, a ono najčešće nastaje zbog loše dizajniranih procesa koji u sebi sadrže puno nepotrebnog.

5. POSTATI DIGITALAN I MOBILAN

E-m-i-Uprava je veoma kompleksan i skup način poslovanja. Prvi korak u identifikovanju predvodnika implementacije **poslovne inteligencije (PI)** u e-m-Upravu je traženje uprave ili upravne organizacije koja sebi postavlja inovativna pitanja i koja preoblikuje pravila davanja usluga. Kad javna uprava odgovori na strateška pitanja koja sebi treba da postavi, za rezultat će dobiti revoluciju u poslovanju. Mijenjajući pitanja inovatori mijenjaju pravila igra za sve učesnike. Inovativni organi uprave nastoje preoblikovati smjer kretanja dosadašnjeg usluživanja uključujući korisnika u proces usluživanja, koristeći se prednostima novih tehnoloških mogućnosti.

Dobro zamišljena i provedena digitalizacija poslovnih procesa može promijeniti odnos između davaoca i korisnika usluga (javne uprave, građana i poslovnih sistema). Postavljanje novih pitanja ne samo da proizvodi nove odgovore, već ponovo oblikuje kompletan lanac usluga. Pitanje „postati inteligentnim“ nije luksuz nego

nasušna potreba. To nije način osiguranja finog pomaka granice uslužnog djelovanja, nego učenje kako postati inteligentnim, a istovremeno osigurati visok nivo kvalitete.

Prvi korak u preoblikovanju je analiza okruženja, sagledavanje stanja ispod površine njene aktivnosti, te traženje nadolazećih obrazaca e-m-Usluge, modela i rješenja na kojima će javna uprava biti građena. Sljedeća tabela pokazuje razliku između obrazaca e-m-i-Uprave, njenih modela i poslovnih rješenja. Ta tri obrasca postavljaju pravila igre.

<p>Obrasci implementacije PI u e-Usluge Strukturirani temelji postavljaju nova pravila</p>	<p>Koje su nove mogućnosti za usluživanje s obzirom na trendove u pogledu korisnika i usluge? Šta sve upravlja takvim promjenama? Koje će digitalne, mobilne i inteligentne tehnologije postati dominantne u javnoj upravi?</p>
<p>Modeli implementacije PI u e-Usluge Strateški okvir omogućava uprvi najbolji izbor</p>	<p>Koji modeli se bolje prilagođavaju novim poslovnim mogućnostima? Koji se poslovni procesi moraju mijenjati? Kako od sadašnjeg modela prijeći na model e-m-i-Uprave s obzirom na njihovu spremnost? Sa kojim izazovima se treba susresti pri uvođenju novog modela poslovanja?</p>
<p>Dizajn e-Uprave i poslovne inteligencije Specifične strategije za ono što želiti postići na polju davanja usluga</p>	<p>Ko su ciljni korisnici? Šta inteligentnu ponudu čini vrijednom? Kakvo je finansiranje? Da li se usluga direktno naplaćuje? Kako zadržavate kvalitetni kadar?</p>

Digitalizacija poslovanja

5.1. Neophodne tehnologije za poboljšanje e-m-Usluge

Utvrđiti koje tehnologije se mogu iskoristiti za efikasnije usluživanje. Visoke tehnologije kreću se od istinski korisnih (pretraživači i Web), preko potencijalno dobrih kao što su bežični Web, digitalne usluge i poslovna inteligencija, do svjetlosnih odbljesaka visokih tehnologija.

Potrebno je, prije svega:

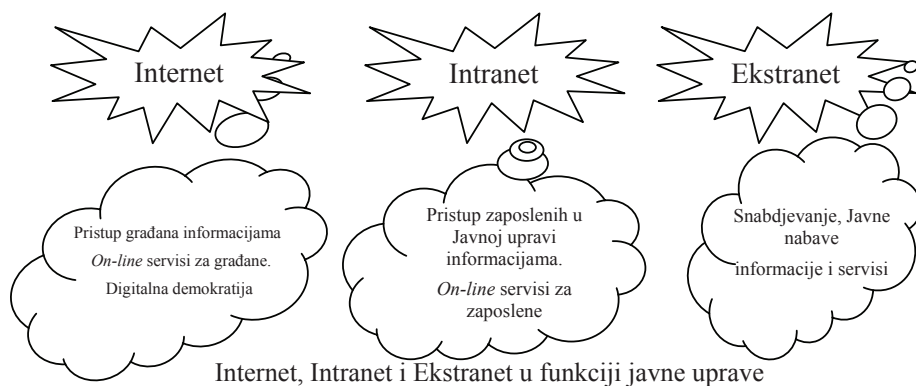
- identifikovati obrasce,
- utvrditi koje tehnologije izazivaju probleme,
- utvrditi manjkavosti postojećih modela.

Jednom kad je obrazac shvaćen, vrijeme je da se “ide dalje”. Model implementacije poslovne inteligencije u e-m-Uprave određuje kako dostići krajnji cilj. On

pomaže da se fokusira na korisnika usluge, interne dobavljače i akcije koje osiguravaju kvalitetno, a jeftino usluživanje.

Ako se posjeduje odgovarajuća infrastruktura, ako građani imaju povjerenje u informacione, komunikacione i mobilne tehnologije (vjeruju u privatnost i zaštitu svojih podataka), ako postoje definisani odnosi između zainteresovanih partnera (lokalne samouprave, vlade, privrede, građana) onda možemo sagraditi stabilnu građevinu e-m-i-Uprave.

Osnovni elementi ovakve "građevine" bili bi zasnovani na novim tehnologijama od kojih su najznačajniji koncepti Interneta, Intraneta i Ekstraneta.



Nekoliko faktora određuju informacione tehnologije koje se mogu upotrijebiti radi pružanja komunikacione podrške određenim poslovnim sistemima ili grupama korisnika od strane javne управе. Glavni su sljedeći:¹⁰

Učesnici - Broj ljudi koji šalju ili primaju informacije kreće se od 2 do nekoliko hiljada.

Vrste izvora i destinacije - Izvori i odredište informacija mogu uključivati ljude, datoteke, senzore i tako dalje.

Lokacija - Pošiljalac i primalac mogu biti u istoj sobi, u različitim sobama na istoj lokaciji, ili na različitim lokacijama.

Vrijeme - Poruke se mogu slati u određeno vrijeme i primati skoro istovremeno. U takvom slučaju kažemo da je komunikacija sinhrona. Telefoni, telekonferencije, sastanci licem-u-lice su primjeri sinhronne komunikacije (u realnom vremenu). Asinhrona komunikacija, sa druge strane, odnosi se na komunikaciju kada primalac prima poruku malo kasnije nego je poslana.

Mediji - Komunikacija može da uključi jedan ili više medija. Današnji računari mogu da obrađuju nekoliko vrsta medija poput teksta, glasa, grafike, slike i ani-

¹⁰ Radivojević, M. Od elektronskog poslovanja do poslovne inteligencije u javnoj upravi, JU Službeni glasnik Republike Srpske, Banja Luka, 2012, str. 584, ISBN 978-99938-22-28-8, COBISS.BH-ID 2411288.

macije. Kada se koriste različiti mediji za komunikaciju, može se povećati efikasnost poruke, ubrza učenje, uvećaju mogućnosti rješavanja problema. Međutim, rad sa višestrukim medijima može smanjiti efikasnost i produktivnost sistema i može znatno povećati troškove. Pošto se može predvidjeti da će svijet Intranet-a progresivno rasti vjerovatno će i svakodnevna poslovna komunikacija između korisnika početi da dobija znatno drugačije i raznovrsnije oblike.

5. 2. Neophodni preduslovi

Infrastruktura - moderna i liberalizovana digitalna telekomunikaciona infrastruktura omogućava građanima, privrednim subjektima i organima uprave brz i jeftin pristup digitalnim javnim uslugama i predstavlja komunikacionu osnovu za e-m-i-Upravu. Primjena ove infrastrukture je, prema tome, važna za ciljeve e-m-i-Uprave, posebno u udaljenim i nerazvijenim oblastima.

E-m--plaćanje - elektronske i mobilne javne usluge zahtijevaju elektronske i mobilne modele plaćanja. Ovakvi modeli plaćanja moraju se bolje definisati i više unaprijediti, a u prelaznom periodu treba zadržati i tradicionalni metod plaćanja da bi se omogućila postepena tranzicija i spriječila digitalna podjela među građanima.

Bezbjednost - bezbjednost transakcija, te zaštita informacija i znanja imaju značajnu ulogu u uspješnoj realizaciji e-m-usluge. Postoji nekoliko aspekata bezbjednosti, ali je posebno značajno uspostaviti uzajamno povjerenje da bi se podržalo široko korišćenje elektronskih interakcija, kako između korisnika i uprave tako i unutar same uprave, tako što će se koristiti zajednička rješenja za uspostavljanje „identiteta“ učesnika u digitalnim transakcijama.

Standardi - su izuzetno važni za uspješan razvoj i integraciju javnih usluga i informacija. Standardi imaju dvostruku namjenu:¹¹

- da obezbijede zajedničko funkcionisanje između heterogenih elektronskih i mobilnih rješenja primjenjenih u različitim oblastima e-m-i-Uprave i
- da omoguće koordinaciju razvoja svih aktivnosti.

Zakonska infrastruktura - e-m-i-Uprava zahtijeva novi zakonski okvir koji bi adekvatno regulisao široko korišćenje elektronskih i mobilnih tehnologija u javnoj upravi i u odnosima uprave sa stanovništvom i privrednim subjektima. Prvi koraci prema definisanju zakonskih okvira su napravljeni usvajanjem Zakona o elektronskom potpisu i sl., ali se zakonski okvir mora razviti mnogo šire da bi obuhvatio sve aspekte e-m-i-Uprave.

Institucionalna infrastruktura - uspješan razvoj e-m-Uprave i implementacije poslovne inteligencije zahtijeva efikasnu upravljačku strukturu koja će planirati, koordinirati, izvršavati i vrednovati novu strategiju e-m-usluge.

¹¹ Radivojević, M. Standardizacija u razvoju informacionih sistema državnih organa u Republici Srpskoj, V balkanska konferencija iz operacionih istraživanja, Banja Luka, 2000. god.

5.3. Samousluživanje – osnaženi korisnici

Sve veći broj korisnika usluga sada više ne uzima ključeve od automobila da bi otišli po uslugu, nego sve više uzimaju tastaturu da bi to ostvarili. Korisnici traže rješenja koja im može ponuditi samousluživanje, koje im neće uštediti samo vrijeme, nego im dati i određena ovlaštenja. Ako traže informaciju ili uslugu bez pomoći administrativnog osoblja, njih zanimaju rješenja na bazi samousluživanja koja su dostupna 24 sata, 7 dana u nedelji i svih 365 dana.

Ovakav trend se širi. Korisnici žele dobijati uslugu u svako vrijeme i na svakom mjestu, a to mogu i dobiti ako javna uprava ima razvijene takve servise i ako korisnik ima bilo kakav način pristupa informacionom sistemu javne uprave.¹²

Lekcija koju su reformske javne uprave razvijenog svijeta naučile, a koje su omogućile samousluživanje svojim korisnicima su: **e-m-Usluga se mora usredsrediti na korisnika a ne na tehnologiju**. Da bi fokusiralo svoju pažnju na potrebu korisnika, rukovodstvo mora obratiti pažnju na „cjelokupne aktivnosti“. To se može ostvariti ako se:

- da naglasak na jednostavnost, pridružujući svakom zahtijevu samo jedan cilj uz uklanjanje ometajućih faktora,
- uklone Web stranice koje se sporo učitavaju,
- uklone poruke o greškama tokom procesa dobijanja usluge.

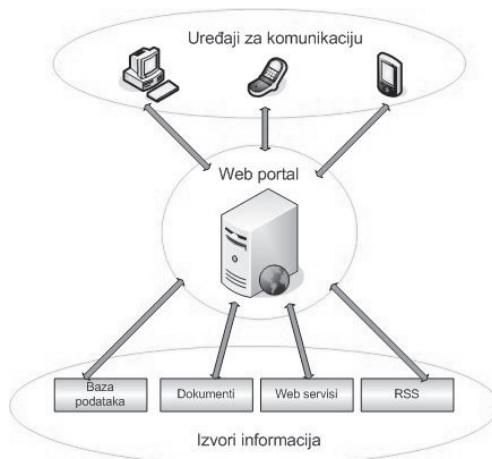
Ostvariti trend samousluživanja znači ostvariti strategiju e-m-Usluge. Efekti kod zemalja koje su to usvojile (Kanada, Singapur, SAD, Estonija,...) su provjereno dobri. Da bi se ovo moglo ostvariti javna uprava mora izgraditi novu infrastrukturu i dizajnirati nove protokole koji će modernizovati proces samousluživanja. Integracija poslovnih procesa na nivou organa uprave je presudna za kvalitetno usluživanje korisnika. Pojava smousluživanja kao ključnog zahtjeva korisnika znači da javna uprava, da bi to omogućila, mora brzo raditi da bi **integrisala postojeće aplikacije, procese i opremu**. Mora se ipak naglasiti da je to veoma složen i težak zadatak.

5. 4. Veći izbor usluga – veća personalizacija

Javna uprava mora da poveća broj usluga koje će nuditi *on-line* i mora ih prilagoditi potrebama korisnika. *On-line* davaoci usluga odnose pobjedu nad klasičnom upravom posebno u segmentu izbora usluga. Korisnici usluga vole mjesta na kojima im se sve nudi pod jednim krovom. To garantuje rješenja koja nude velike mogućnosti izbora usluga na jednostavan način. Najuspješniji *on-line* portali prikupljaju veliki broj podataka i informacija o uslugama i čine ih dostupnim korisnicima kad

¹² Radivojević, M. Business intelligence as a force of better business competitiveness in Bosnia and Herzegovina, International Journal of Innovations in Business, London, (str. 493-523), IJIB Vol. 1. No 6. december, 2012, ISSN (Online): 2050-6228, ISSN (Print): 2050-621X241

god im one zatrebaju. Kad širokopojasni pristup Internetu bude svugdje dovoljno raširen, video sadržaji će postati dostupni za veći broj usluga, vizuelno će se širiti trend što bolje informisanosti u trenutku dobijanja usluge.



Nasuprot tradicionalnoj upravi, uprava koja bude poslovala po načelu e-m-Usluge i implementirala poslovnu inteligenciju u nju, na kraju će doći u poziciju da personalizuje aktivnosti davanja usluga svakom pojedinom korisniku. Podstičući korisnike da ostavljaju informacije o svom profilu, praćenjem traga njihovog klikanja po *web* stranicama i segmentiranjem njihovih interesovanja, *on-line* uprava će dobijati pristup znatno većem broju podataka u odnosu na tradicionalne davaoce usluga.¹³ Ti podaci se mogu iskoristiti za personalizaciju aktivnosti svakog korisnika usluga, poput slanja upozorenja putem e-pošte o novim uslugama koje bi ga mogle zanimati, ili posebno kreiranim portalima usluga po ukusu i želji pojedinačnog korisnika.

Integrirana rješenja → da – usitnjene usluge → ne

Ovo je vrijeme pomaka prema integriranim rješenjima. Korisnici usluga se veoma brzo okreću od pojedinačnih rješenja prema integriranim rješenjima. Oni sve više zahtijevaju rješenja na jednom mjestu i „pod jednim krovom“. Uprave razvijenih zemalja u ovakvom modelu imaju veći broj usluga po transakciji, ugodniju i jeftiniju uslugu. Da bi riješili problem „izbora“, korisnici traže integrirana rješenja jer im proces traženja i dobijanja usluga čine lakšim.¹⁴

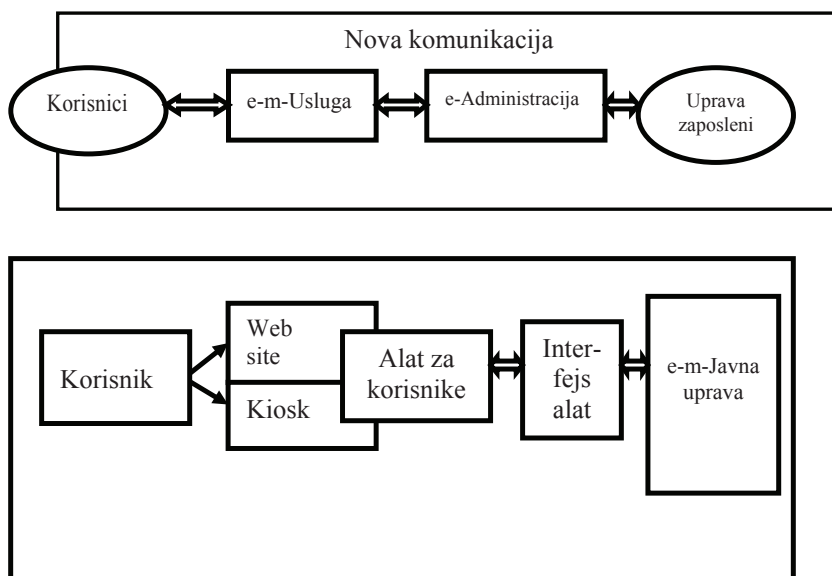
¹³ Radivojević, M. HOW TO REACH e-GOVERNMENT BY RADICAL CHANGES IN ADMINISTRATION, INFORMATIKA, E-economy and necessary IT skills and university programs, Fakultete informatičkih nauka, Zbornik, (str. 177-187), Mostar, 2003.

¹⁴ Radivojević, M. METODOLOGIJA ZA IMPLEMENTACIJU KONCEPTA E-GOVERNMENT-a U REFORMI JAVNE UPRAVE, XLVII konferencija ETRAN, Herceg Novi 8–13. 6. 2003. (Zbornik radova str. 81-84).

5. 5. Kako do e-m-Usluge

Novi modeli, nova komunikacija, novi servisi, drugačija administracija te nova usluga.

Svrha implementacije novih tehnologija je zadovoljstvo korisnika i pojeftinjenje usluga. Pored novih tehnologija potrebno je razviti i nove organizacione modele koji će dodatno suziti provaliju između davaoca i korisnika usluge. U budućem vremenu usluga mora prethoditi uslužnom procesu i mora biti dio svake interakcije između stvarnih i potencijalnih korisnika i javne uprave.



Provođenje procesa pružanja usluga korisnicima mora se učiniti lakim i orijentisanim na rješavanje problema, a to je ujedno i najvažniji trend u današnjem poslovanju. Pružanje usluga u današnje vrijeme nije samo stvar odnosa jednog korisnika prema jednoj upravi. Zbog izmještanja pojedinih funkcija poslovanja u vanjsko okruženje, mnogi pozivni servisi zahtijevaju koordinirano djelovanje dva ili više organa uprave. Da bi osigurala servise koji će garantovati zadovoljstvo korisnika javna uprava mora bolje koordinirati svoje uslužne partnere. U stvari ih **sve treba smatrati jednom proširenom upravom**, zbog kvalitetnijeg pružanja usluga. To će pomoći i u prikupljanju većeg broja informacija i podataka o korisnicima, što će biti od vitalnog značaja za izbor nove strategije rada.

Implementacija integrisanih aplikacija i praksa poslovanja koje one podržavaju, biće u sve većoj mjeri presudne za osiguranje kvalitetnih procesa. To se ne može ostvarivati samo u domenu same javne uprave, već i u domenu njenih odnosa i sa

ostalim poslovnim partnerima i korisnicima. Rezultat bi trebao biti integracija javne uprave sa svim neophodnim okruženjem.

Summary

E-m-i-Administration will be able to fulfill only when its conceived and implemented as an unique system which should be:

- *Rational, functional and compatible with the environment,*
- *That it was developed on a realistic approach (phased, modular),*
- *That it uses the latest technologies,*
- *To facilitate the integration of information and expert systems, and knowledge base,*
- *To allow Suiting to computer technologies in operating conditions.*

Development of e-m-i-Administration means not only the introduction and use of new technologies, but also the transformation of existing procedural and organizational models within the public administration.

To be fully realized the concept of e-m-i-Administration and e-m-Services should be initiated in two ways: increasing computer literacy of citizens and construction of appropriate information infrastructure. These two activities are linked with one another, but it is essentially necessary to create the conditions that would lead to an increase in the number of Internet users by increasing the number of access points and the number of clients on a global network. In parallel, it is necessary to work on ensuring the infrastructure and security mechanisms enabling secure access to e-m-i-Services and leading to the establishment of interoperability, both in the domestic scene as well as at the international level.

О НАЦРТУ ЗАКОНА О ОПШТЕМ УПРАВНОМ ПОСТУПКУ

Доц. др Зоран Лончар*

Апстракт: *Без обзира на то што је последњих година промењено неколико државноправних статуса, у Републици Србији се у погледу управног поступка још увек примењује Закон о општем управном поступку Савезне Републике Југославије из 1997. године. Нацрт недавно израђеног новог Закона садржи битне новине које уводећи многе европске правне стандарде у поступак рада органа управе, воде суштинском дисконтинуитету у односу на важећи Закон, а предмет разматрања су неке од најважнијих новина чија анализа у овој фази законодавног процеса представља прилику за бољи изглед будућег Закона.*

Кључне речи: *државна управа, управни поступак, реформа управе, европски стандарди.*

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Правила управног поступка представљају, једнако баш као и материјална правила, вид правног ограничавања управе у њеним односима са грађанима. Без адекватно уређеног управног поступка постоји могућност арбитрарног поступања управе, која временом може да доведе и до њене потпуне самовоље.¹ Стога је правно регулисање поступка рада управе, као део начела законитости управе, једно од основних тековина савремене правне и демократске државе. Први кодификовани прописи о управном поступку јавили су се пре скоро једног века. Након Аустрије, која је прва 1925. године извршила кодификацију управног поступка, Краљевина Југославија је, у оквиру које се тада налазила

* Правни факултет Универзитета у Новом Саду

¹ Видети: И. Крбек, „Законитост управе“, Мјесечник, број 1, 1936, стр. 36; И. Крбек, Дискрециона оцена, Загреб, 1937; Ј.М. Костић, Административно право Краљевине Југославије, Београд, 1936, књига I, стр. 11-20, књига II, стр. 117-121; Ђ. Тасић, „О начелу једнакости грађана пред законом“, Архив за правне и друштвене науке, број 5, 1930, стр. 333-346; С. Јовановић, О држави, Београд, 1990, стр. 250; И. Борковић, „Примена начела законитости на рад органа управе“, Зборник радова Правног факултета у Сплиту, број 6, 1968, стр. 66; Д. Милков, Управно право, I, Нови Сад, 2012, стр. 21-26; Управно право, II, Нови Сад, 2012, стр. 67-68; З. Лончар, „Законитост управе“, Зборник Матице српске за друштвене науке, број 96, 1994, стр. 185-208.

и данашња Република Србија, још 1930. године донела свој први Закон о општем управном поступку.² Први југословенски Закон је у потпуности израђен по узору на познати аустријски закон. Концепт тог закона је задржан и у првом послератном Закону о општем управном поступку Федеративне Народне Републике Југославије из 1956. године,³ као и Закону о општем управном поступку Савезне Републике Југославије из 1997. године, који се и данас примењује у Републици Србији.⁴ Упркос променама државно-правних облика кроз које је пролазила претходних година, Република Србија, као самостална држава, још увек није донела свој нови Закон о општем управном поступку. За важећи Закон о општем управном поступку се може рећи да представља један од најквалитетнијих правних прописа и да је са успехом издржао пробу времена, за разлику од многих других правних прописа који су претходних година доношени и по правилу веома брзо мењани, услед бројних мањкавости које су се показале у примени.⁵ Међутим, без обзира на то што се ради о једном од наших најбољих правних прописа, захтеви времена су ипак наметнули потребу преиспитивања појединих одавно превазиђених одредби, и то пре свега у правцу додатног поједностављивања и убрзавања рада органа управе, као и заштите правног положаја странака, на шта домаћа стручна јавност већ годинама указује.⁶ Такође, и процес европских интеграција у којима се налази Република Србија наметнуо је обавезу усклађивања управног поступка са одређеним европским правним стандардима који су временом установљени у овој области.

² Видети: З. Томић, Опште управно право, Београд, 2011, стр. 248-249; Д. Милков, Управно право, II, Нови Сад, 2012, стр. 71-74; П. Димитријевић, Управно право, II, Правни факултет у Нишу, 2008, стр. 5-7; П. Кунић, Управно право, Бања Лука, 2010, стр. 376-378.

³ Закон о општем управном поступку, „Службени лист ФНРЈ“, број 52 од 19. децембра 1956. године.

⁴ Закон о општем управном поступку, „Службени лист СРЈ“, број 33 од 11. јула 1997. године.

⁵ Д. Милков, „Реформа управно-процесног законодавства у Србији“, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, број 4, 2012, стр. 33-43.

⁶ Видети: Д. Милков, „Положај странке у управном поступку“, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, број 3, 2005, стр. 241-253; Д. Милков, „Модерна државна управа у Србији“, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, број 2, 2004, стр. 241-253; Д. Милков, „Правна средства у управном поступку“, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, број 2, 2006, стр. 125-154; З. Лончар, „Пледоаје за нови Закон о општем управном поступку“, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, број 3/2009, стр. 181-193; З. Лончар, „Модернизација управног поступка“, Зборник радова са научног скупа „Актуелна питања савременог законодавства“, Будва, 7-11. јуни 2010. године, стр. 351-362; П. Димитријевић, „Е-потпис и управни поступак“, Правни живот, број 10, 2008, стр. 571-583; П. Димитријевић, „Реформисање ванредних правних лекова у управном поступку“, Зборник радова Правног факултета у Нишу, број 44, 2004, стр. 145-171; П. Димитријевић, „У сусрет новом закону о општем управном поступку у Републици Србији“, *Facta universitatis - series: Law and Politics*, број 1, 2010, стр. 33-42; Д. Миловановић, Д. Васиљевић, „У сусрет новим законским решењима у управном поступку Републике Србије“, Зборник радова са међународног научног скупа „Развојне тенденције у управном законодавству“, Охрид, 24-26. јуни 2011. године, Зборник на Правниот факултет „Јустинијан прави“ во Скопје, стр. 69-80; М. Рађеновић, „Нови Закон о општем управном поступку“, Правна ријеч, Бања Лука, број 31, 2012, стр. 403-422.

Почев од 2003. године, од када је Република Србија ступањем на снагу Уставне повеље Државне заједнице Србија и Црна Гора, стекла правну могућност, да по први пут, самостално уреди свој управни поступак, забележено је више покушаја израде новог закона. Последњи такав случај је везан за Нацрт Закона о општем управном поступку из маја 2013. године, који је израдила радна група Министарства правде и државне управе.⁷ Као основни разлози за неопходност усвајања новог Закона, у образложењу су наведени, потреба усаглашавања са новом Уставом из 2006. године, провереним актуелним упоредноправним решењима и међународним стандардима, посебно са начелима и правилима Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода. С обзиром на ширину примене овог прописа, свакако да добру праксу Министарства представља широко организована јавна расправа, у четири највећа града у Републици Србији, током које је заинтересована стручна јавност добила прилику да изнесе своја опажања, што до сада углавном није био случај са тако важним правним прописима.

Како споменути Нацрт закона садржи битне новине које воде суштинском дисконтинуитету у односу на садашњи Закон који је у примени фактички више од осам деценија, а неке од њих су већ биле предмет озбиљне научне и стручне критике,⁸ а посебно узимајући у обзир традиционалну заинтересованост правничке јавности у Републици Српској за правни систем Републике Србије, предмет нашег разматрања ће бити најважније новине предвиђене Нацртом овог Закона. При томе, предмет пажње ће бити само део новина које сматрамо да заслужују највећу стручну пажњу у овој фази припреме будућег Закона о општем управном поступку, када коначни текст још увек није уобличен од стране овлашћеног предлагача и када свако јавно указивање на недостатке представља прилику за бољи изглед будућег Закона. Свакако да ширина намеравних промена у управном поступку у Републици Србији заслужује детаљнију правну анализу, али ће она уследити касније, након што буде био познат коначан текст Закона.

2. НАЈЗНАЧАЈНИЈЕ НОВИНЕ У НАЦРТУ ЗАКОНА О ОПШТЕМ УПРАВНОМ ПОСТУПКУ

У европском законодавству постоје значајне разлике међу државама у погледу правног уређивања управног поступка, при чему постоје и државе ЕУ које уопште не познају кодификован управни поступак, попут Француске, Ве-

⁷ Радна верзија Закона о општем управном поступку, <http://www.mpravde.gov.rs/sekcija/53/radne-verzije-propisa.php>.

⁸ Видети: Д. Милков, „Поводом Нацрта Закона о општем управном поступку – корак напред или десет у страну“, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, број 1, 2013, стр. 85-99; Примедбе на Нацрт Закона о општем управном поступку Катедре за јавно право Правног факултета у Новом Саду, <http://www.pf.uns.ac.rs/pocetna/info-tabla/431-2013-06-26-12-27-51&Itemid=82>.

лике Вританије, Грчке, Белгије, Исланда.⁹ Иако последњих година кроз постепено ревизију законодавства све већи значај добијају поједина решења скандинавског модела управног поступка, и даље доминира германски концепт, захваљујући утицају Аустријског закона из 1925. године. У готово свим бившим југословенским републикама, без обзира на то што су све формално донеле нове законе о општем управном поступку, постоји суштински континуитет у односу на стари југословенски закон, заснован на аустријском моделу управног поступка. При томе су неке од њих већ постале и пуноправне чланице ЕУ, попут Словеније, а неки имају формални статус кандидата за чланство, попут Македоније и Црне Горе, какав статус данас има и Република Србија.¹⁰ Једино је у Хрватској доношењем Закона о општем управном поступку из 2009. године, учињен суштински дисконтинуитет у односу на стари југословенски закон, односно аустријски модел управног поступка. Највећи део нових решења у Нацрту Закона о општем управном поступку Републике Србије из 2013. године почива управо на решењима из новог хрватског Закона.¹¹

Без обзира на то што Република Србија данас није чланица ЕУ и што је стога њени правни акти још увек формално не обавезују, свакако, да је при изради Нацрта Закона требало водити рачуна о Директиви ЕУ о службама у унутрашњем тржишту (Directive 2006/123/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on services in the internal market), због које је велики број држава ЕУ претходних година новелирао своје законе о управним поступцима.¹² Несумњиво да су од значаја требали да буду и други важни

⁹ J. Ziller, *Administrations Comparées: Les systèmes politico administratifs de l'Europe des douze*, Paris, Montchrestien, 1993, p. 297; W. Rusch, *Administrative Procedures in EU Member States*, in: Conference on Public Administration Reform and European Integration, SIGMA, Budva, 26-27 march 2009, p 8.

¹⁰ Иако је Словенија постала држава чланица ЕУ, у Закону о општем управном поступку из 1999. године у основи је задржала концепт старог југословенског закона, а мењала га је чак пет пута од тада, али углавном у правцу поједностављења и убрзања управне процедуре, и то највише везано за остваривање могућности електронског пословања управе. Видети: П. Ковач, „*Analiza razvoja regulacije općeg upravnog postupka u Sloveniji*“, Hrvatska javna uprava, број 2, 2008, стр. 421-441; П. Ковач, G. Virant, *Razvoj slovenske javne uprave 1991-2011*, Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana, 2011; П. Ковач, I. Rakar, M. Remic, *Upravno-procesne dileme o rabi ZUP*, Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana, 2012.

¹¹ Захваљујући понајвише значају и утицају који у области државне управе остварује СИГМА над државама које пролазе кроз процес европских интеграција, у стручној јавности се последњих година појавила идеја да би се хрватски модел новог Закона о општем правном поступку, могао користити и код осталих држава западног балкана. Видети: I. Koprić, *Administrative Procedures on the Territory of Former Yugoslavia*, Regional Workshop on Public Administration Reform and EU Integration, OECD SIGMA, Budva, 4-5. december 2005, p. 5-6; И. Копрић, „*Закон о општем управном поступку и технолошко унапређење управе*“, Зборник радова Правног факултета у Нишу, број 57, 2011, стр. 43-75.

¹² Најважнији стандарди из Директиве који се тичу управног поступка су: поједностављивање управне процедуре (члан 5); прописивање јединственог места за контакте са управом (члан 6-7), остваривање електронске комуникације (члан 8), правне последице ћутања управе (члан 13).

документи ЕУ, попут Повеље о основним правима ЕУ из Нице 2000. године (Charter of Fundamental Rights of the European Union), а посебно члан 41 који се тиче права на добру управу; Европски кодекс доброг управног поступања Европског омбудсмана из 2005. године (The European Code of Good Administrative Behaviour, Luxemburg, European Communities, The European Ombudsman); као и одређене препоруке Савета Европе, попут Препоруке REC (1977) 31 о заштити појединаца у односу према актима управних тела; Препоруке REC (2003) 16 о извршавању управних и судских одлука; Препоруке REC (2004) 6 о побољшању домаћих правних лекова; Препоруке REC (2007) 7 о добром управљању; Препоруке REC (2010) 3 о ефективним правним лековима у случају поступака који предуго трају итд. Несумњиво да је на законописце од значајног утицаја била и листа питања СИГМЕ, на која би требало одговорити приликом припреме Закона о општем управном поступку (*Checklist for a General Law on Administrative Procedure*, Sigma, 2005).¹³

Међу бројним новинама Нацрта Закона о општем управном поступку могу се у основи разликовати новине које су формално-техничке и садржинске природе.

2.1. Техничке новине у Нацрту Закона о општем управном поступку

Међу најважнијим техничким новинама Нацрт доноси битно *другачију структуру* и значајно *скраћивање текста*.

За нову структуру Закона се нажалост не може рећи да доприноси подизању његовог квалитета, пошто битно одступа од уобичајених стандарда израде процесних правних прописа. Наиме, делови Нацрта Закона нису урађени према логичном реду по коме се одвијају поједине фазе управног поступка, као што су: покретање поступка, претходни поступак, одлучивање, правна средства и извршење. Тако се на самом почетку Нацрта, најпре уређује главна одлука која се доноси у управном поступку, а тек онда питања самог покретања и тока управног поступка у коме се она доноси и извршава. Интересантно да је нови хрватски закон, који је послужио као узор за израду Нацрта, у потпуности задржао структуру старог хрватског закона из 1991. године, која почива на

¹³ Овим документом СИГМА је фактички успоставила десет стандарда везаних за управни поступак који се тичу: јасног одређења надлежности управних тела; законодавног уређивања основних процесних фаза; законодавног обезбеђивања пропорционалности управних одлука и акција; правоснажности управних одлука и акција, тј. деловање у прописаним роковима; навођења чињеничних и правних разлога за доношење одлуке у образложењу управних аката; омогућавање увида странке у поступак и сву релевантну документацију у списима предмета; право на изјашњавање странке пре доношења управног акта; право на обавештавање о процесним одлукама против којих је осигуран правни лек пре завршетка управног поступка; обавеза уношења упутства о правном средству у управни акт и јасно уређивање разлога за укидање и поништавање управног акта.

бившем југословенском Закону о општем управном поступку из 1956. године, а да поједини хрватски аутори управо ту чињеницу истичу као једну од његових добрих страна, из разлога што се њоме „службеницима и грађанима олакшало сналажење.“¹⁴ Стога није јасно због чега се у Србији жели потпуно изменити структура закона, за коју поједини аутори чак смарају да више подсећа на уџбеник, него на правни пропис,¹⁵ и дали она одговара стандарду СИГМЕ о јасном законодавном уређивању основних процесних фаза управног поступка.

У Нацрту је извршено и значајно скраћивање текста закона. Наспрам 293 члана колико садржи важећи закон, Нацрт садржи свега 167 чланова. Скраћивање закона би требало да представља остваривање захтева за поједностављивање управне процедуре из члана 5. Директиве ЕУ о службама у унутрашњем тржишту, под чијим утицајем се у једном делу новије управне теорије заговара поједностављивање управног поступка као вида модернизације, између осталог и кроз скраћивање законског текста којим се он уређује.¹⁶ Међутим, краћи текст закона не мора да значи и квалитетнији закон, што би требало да буде основни циљ сваке законодавне ревизије. Важећи Закон о општем управном поступку Републике Србије заиста представља један од најобимнијих законских текстова. Велики број држава данас има неупоредиво краће Законе о управном поступку,¹⁷ али исто тако постоје и државе које познају дуже законске текстове.¹⁸ Значајним смањивањем одредби у Нацрту, за

¹⁴ И. Копрић, „Закон о општем управном поступку и технолошко унапређење управе“, Зборник радова Правног факултета у Нишу, LVII, 2011, стр. 58.

¹⁵ „Закон не сме да изгледа као теоријски чланак неких аутора, препун новокомпонованих дефиниција непотврђених од стране управно-правне теорије и праксе. Закон треба да има нормативну садржину и да буде написан у складу са правилима номотехнике. Поједини делови закона треба да буду написани по логичном редоследу који се поштује у свим процесним прописима: покретање, претходни поступак, одлучивање, правна средства, извршење. У нацрту је главна одлука смештена на почетак закона, међу теоријске дефиниције, уместо тамо где јој је место!“ Д. Милков, „Поводом Нацрта Закона о општем управном поступку – корак напред или десет у страну“, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, број 1, 2013, стр. 89.

¹⁶ Видети: O. Fliedner, *General Legislation on Administrative Procedures: Wat is the Rationale?*, SIGMA, 2005; p. 2-3; W. Rusch, *Administrative Procedures in EU Member States*, in: Conference on Public Administration Reform and European Integration, SIGMA, Budva, 26-27 march 2009, p 9; И. Копрић, „Закон о општем управном поступку и технолошко унапређење управе“, Зборник радова Правног факултета у Нишу, XLII, 2011, стр. 58; В. Булабић, „Модернизација опшег управног поступка у Хрватској 2009. године“, у Модернизација опшег управног поступка и јавне управе у Хрватској, Загреб, Институт за јавну управу и Друштвено велеучилиште у Загребу, 2009, стр. 214-215.

¹⁷ Примера ради, Закон о општем управном поступку Шведске из 1986. године има свега 33 члана; Закон Исланда из 1993. године има 34 члана; Закон Норвешке из 1957. године има 53 члана; Закон Финске из 2003. године има 71 члан; Закон Немачке из 1976. године има 111 чланова; Закон Португала из 1991. године има 189 чланова, Закон Хрватске 2010 има 171 члан итд.

¹⁸ Тако на пример, Закон Словеније из 1999. године има 325 чланова и није скраћиван, већ је допуњаван чак пет пута од када је Словенија 2004. године постала чланица ЕУ. Нови Закон Македоније из 2005. године има 302 члана, Закон Црне Горе из 2003. године има 297 чланова; а Закон Литваније из 2004. године има чак 385 чланова.

скоро половину, ствара се само привид поједностављивања управног поступка, који се ни на који начин не може подвести под процес његове модернизације која би за резултат имала подизање квалитета рада управе, пошто скраћивање законског текста није резултат пажљивог и системског приступа. Наима, у Нацрту се са једне стране скраћује законски текст потпуним изостављањем неких одредби које су битне за вођење управног поступка и које садржи свако упоредно законодавство, као што је случај на пример, са одредбама о доказним средствима, о скраћеном управном поступку, о одржавању реда у поступку, о позивању, итд., а са друге стране се уносе поједине одредбе о организацији управе и канцеларијском пословању, којима уопште није место у пропису процесне природе, већ у посебним прописима. Исто тако, непотребно се уносе поједине одредбе о питањима која су већ уређена другим одредбама закона, као што је случај на пример, са посебном одредбом о извршењу усменог решења која је унета у део о извршењу решења (члан 160), иако је то питање фактички претходно већ уређено у оквиру одредбе о усменом решењу као посебној форми управног акта (члан 28).

2.2. Садржинске новине у Нацрту Закона о општем управном поступку

- Проширивање и преформулисање основних начела општег управног поступка. Иако је текст знатно скраћен, у Нацрту су не само задржана основна начела, већ су незнатно и проширена.¹⁹ Поред свих постојећих начела управног поступка, од којих су нека само преформулисана, попут: делотворности и економичности поступка (члан 8), саслушања странке (члан 11); права странке на правно средство (члан 13), уводе се и три потпуно нова начела - заштите легитимних очекивања странака (члан 5); сразмерности (члан 6) и приступа информацијама и заштите података (члан 15). Назначене новине у погледу основних начела представљају покушај усаглашавања управног поступка са неким од стандарда предвиђених појединим међународним документима. Тако, сасвим је очигледно да је начело легитимних очекивања, доследности и обавештења јавности из члана 10 Европског кодекса доброг управног поступања Европског омбудсмана утицало на формулисање новог начела заштите легитимних очекивања странака из члана 5 Нацрта, као и начела приступа информацијама и заштите података из члана 15 Нацрта. Такође, вероватан

¹⁹ Интересантно да најважнији остали нови процесни прописи, попут Закона о парничном поступку („Службени гласник Републике Србије“, број 72 од 28. септембра 2011. године) и Закона о кривичном поступку („Службени гласник Републике Србије“, број 72 од 28. септембра 2011. године), више не садрже основна начела, због чега је разумљиво указивање домаће правне теорије да би их требало изоставити и из закона којим се уређује управни поступак, а у који су унета првим послератним Законом из 1952. године. Видети: Д. Милков, „Поводом Нацрта Закона о општем управном поступку – корак напред или десет у страну“, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, број 1, 2013, стр. 93; Д. Милков, „Реформа управно-процесног законодавства у Србији“, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, број 4, 2012, стр. 33-43.

разлог због чега је од права приступа информацијама и заштите података о личности направљено посебно начело управног поступка, иако се ради само о праву грађана које је већ установљено и разрађено посебним законима,²⁰ за чије спровођење је образована чак и посебна државна институција (Повереник за информације од јавног значаја и заштиту података о личности), налази се у жељи да се посебно нагласе транспарентност, отвореност и јавност у раду управе, који представљају основ права на добру управу из члана 41 Повеље о основним правима ЕУ из Нице 2000. године.

Основни недостатак законског текста у погледу начела управног поступка огледа се пре свега у чињеници што, уместо да представљају основне принципе на којима почива читав закон, многа од њих и даље представљају само обичне декларације, без конкретне разраде и санкције.²¹ Без конкретне санкције за повреду, као обичне декларације и даље су остављена начела: заштите легитимних очекивања странака (члан 5); сразмерности (члан 6); права странака и заштите јавног интереса (члан 7); делотворности и економичности поступка (члан 8); а од тога би чак три начела требало да представљају значајне новине у управном поступку. Битан недостатак у Нацрту представља и одређена недоследност. Наиме, док се са једне стране уводе нова начела у управни поступак, са друге стране се изостављају поједине одредбе из текста важећег закона које би могле да представљају њихову конкретизацију у управном поступку, па стога она остају „празна“, без праве законске садржине. Тако на пример, у Нацрту се као битна новина прокламује начело сразмерности (члан 6), а у одредби о поступању другостепеног органа по жалби (члан 131) се изоставља овлашћење другостепеног органа да поводом изјављене жалбе измени првостепено решење због несразмерности (члан 233. став 2.). Свакако да одређени недостатак Нацрта представља и непотребно дуплирање појединих начела за рад управе, која већ постоје у нашем правном систему. Тако се, као ново начело управног поступка, уводи начело сразмерности (члан 6), иако оно већ постоји као једно од основних начела за деловање органа управе у Закону о државној управи из 2005. године,²² а садржински посматрано је и сада саставни елемент постојећег начела заштите права грађана и заштите јавног интереса (члан 6. став 3). Уношење овог начела као посебног начела у управни поступак

²⁰ Закон о слободном приступу информацијама од јавног значаја „Службени гласник Републике Србије“, број 120/04, 54/07, 104/09 и 36/10 и Закон о заштити података о личности, „Службени гласник Републике Србије“, број 97/08 и 104/09.

²¹ „Тежња ка модернијем ЗУП-у подразумевала би изостављање „основних начела, посебно садржински празних, а не измишљање нових, без икакве потребе и смисла“. (...) „Ако, се пак, и унесе у закон, основна начела би онда бар требало да представљају полазне принципе на којима пропис почива, који су у даљем тексту закона разрађени и загарантовани санкцијом. Скуп лепих жеља, без икакве санкције није примерен процесном пропусу“. Д. Милков, „Поводом Нацрта Закона о општем управном поступку – корак напред или десет у страну“, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, број 1, 2013, стр. 93.

²² „Службени гласник Републике Србије“, број 79 од 16. септембра 2005. године.

вероватно је последица жеље да се угледа на начело сразмерности из члана 6. Кодекса доброг управног поступања Европског омбудсмана и тиме формално задовољи један од прописаних стандарда СИГМЕ на које би требало одговорити приликом припреме закона о општем управном поступку (законодавно обезбеђивање пропорционалности управних одлука и активности). Слична је ситуација и са новим начелом делотворности и економичности (члан 8), пошто начело делотворности већ постоји у Закону о државној управи (члан 8), а начело економичности је једно од постојећих начела општег управног поступка (члан 14).

Након свега изнетог, са пуно основа се може рећи да је при прописивању појединих нових начела општег управног поступка више вођено рачуна да се што лакше може констатовати да је са формално-правног аспекта будући Закон о општем управном поступку Републике Србије усаглашен са свим основним европским правним стандардима, него што је вођено рачуна да се ти стандарди касније и у пракси органа управа заиста остварују. Очигледно да је при изради Нацрта занемарена чињеница да је за оцену усклађености неког правног института са европским правним стандардом, много важнија оцена како се он у пракси остварује, него да ли је приликом правног нормирања он само формално предвиђен.²³

- **Увођење нових послова државне управе.** Нацртом се уређује вршење појединих послова државне управе који до сада нису постојали у нашем правном систему, попут: управних уговора (члан 29-35), пружања јавних услуга (39), гарантног управног акта (члан 21) итд. Међутим, основни смисао доношења Закона о општем управном поступку би требало да буде уређивање поступка вршења задатака и послова управе који су претходно одређени у Закону о државној управи, као основним организационим прописом којим су на основу Устава утврђене основне групе задатака и послова органа управе.²⁴ Ако

²³ Овакав однос умногоме подсећа на Закон о управним споровима из 2009. године („Службени гласник Републике Србије“, број 111 од 30. децембра 2009. године.), приликом чије израде је понајвише вођено рачуна да се може рећи како су основни стандарди у овој области судске контроле управе формално прописани, па данас пракса управног судства у Републици Србији у значајној мери одступа од неких најважнијих европских правних стандарда, попут утврђивања чињеничног стања на усменој и јавној расправи, могућности остваривања права на делотворни правни лек, одлагања извршења оспорених управних аката, итд. Видети: З. Лончар, „Примена европских стандарда у управном спору у Србији“, Тематски зборник „Хармонизација српског и мађарског права са правом Европске уније“, Правни факултет, Нови Саду, 2013, стр. 541-560; З. Лончар, „Управно судство у Републици Србији“, Правна ријеч, Бања Лука, број 31, 2012, стр. 497-514; З. Лончар, „Усмена расправа у управном спору“, Правни живот, број 10, 2011, стр. 265-277; З. Лончар, „Одлагање извршења управног акта у управном спору“, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, број 2, 2012, стр. 239-259.

²⁴ Изворни носилац идеје о увођењу управних уговора кроз процесни пропис у стручној јавности се може сматрати хрватски аутор Иван Копрић. Видети: I. Копрић, Administrative Procedures on the Territory of Former Yugoslavia, Regional Workshop on Public Administration Reform and EU Integration, OECD SIGMA, Budva, 4-5 december 2005, p. 4.

се већ жели у постојећи правни систем увести неки нови задатак или посао органа управе, онда то треба уредити кроз измене постојећег Закона о државној управи, за који се иначе наша правна теорија изјаснила да почива на савременим правним основама.²⁵ Овако, уместо реда уноси се правни несклад у систем државне управе.

Не разматрајући овом приликом потребу и оправданост увођења управног уговора, као новог правног института у наш правни систем, на који домаћа правна теорија одавно указује,²⁶ јер би оно захтевало посебну и детаљну пажњу, овом приликом би ипак требало указати на чињеницу да ће њиховим прописивањем, будућим Законом о општем управном поступку, доћи до примене битно другачијег правног режима на сваки уговор који закључе орган и странка у области јавно-приватног партнерства, концесија, јавних служи и других области предвиђених посебних прописима. Уместо грађанско-правног режима на њих ће се примењивати управно-правни режим. Промена правног режима може да доведе и до различитих правних последица, између осталог и до значајног снижавања степена правне заштите странака. Наиме, у случају спора између уговорних страна виши степен заштите странака данас постоји у парничном поступку, него у управном спору, где формално уопште не постоји средство редовне правне заштите странака, док је могућност употребе ванредних правних средстава изузетно сужена, па је њихов значај у пракси готово занемарљив.²⁷

²⁵ Видети: С. Лилић, „Послови државне управе у законодавству и новом Уставу Србије“, у Развој правног система Србије и хармонизација са правом ЕУ – прилози пројекту 2006 (приредио проф. др Светислав Табароши), Центар за публикације и документацију, Правни факултет, Београд, 2007, стр. 40-50; С. Лилић, „Модернизација српске државне управе“, Зборник радова „Реформа политичке воље и административни капацитет“, Београд, 2011, стр. 7-23; Д. Милков, „Модерна државна управа у Србији“, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, број 2, 2004, стр. 241-253.

²⁶ Видети: С. Јовановић, О држави, Београд, 1990, стр. 239-241; Л.М. Костић, Административно право Краљевине Југославије, II, Београд, 1936, стр. 35-49; Љ. Радовановић, „Управни уговор“, Архив за правне и друштвене науке, Београд, 1926, број 4, стр. 281; Д. Денковић, „Управни уговори и облигациони односи радних организација које врше јавна овлашћења“, Анали Правног факултета у Београду, број 1-2, 1070, стр. 63; Д. Милков, „О управном уговору“, Гласник Адвокатске коморе Војводине, број 1-2, 1994, стр. 23-33; С. Лилић, „Административни уговори и јавне службе“, Правни живот, број 11-12, 1993, стр. 2141-2152.; З. Томић, „Правна природа управних уговора“, Правни живот, број 11-12, 1993, стр. 2129-2140; Д. Миловановић, „Развој управних уговора у праву Србије и Југославије“, Правни живот, 11-12, 1993, стр. 2153-2162; П. Димитријевић, „Извршење управних уговора“, Правни живот, број 11-12, 1993, стр. 2237-2252; В. Водиначић, „Управни уговор – између прихватања и одбијања“, Правни живот, број 11-12, 1993, стр. 2113-2128; Д. Кавран, „Управни уговори – обележја, врсте и развој“, Правни живот, број 11-12, стр. 2103-2112; С. Поповић, „О потреби увођења института управних уговора у наше право“, Архив за правне и друштвене науке, број 1-3, 1996, стр. 525-537; Н. Бачанин, „Делатност управе, управна делатност и управни уговори у српском праву“, Зборник радова са Међународне конференције „Равојне тенденције у управном законодавству“, Скопље, 2011, стр. 81-96.

²⁷ Интересантно је приметити да новим хрватским Законом управни уговори заправо и нису уведени у хрватски правни систем, већ је њим само створена могућност закључења управног

Пружање јавних услуга, као активности јавних служби које имају утицаја на права, обавезе и правне интересе физичких и правних лица, а не представљају други облик управних активности, представља такође нову активност управе која би требало да се врши према правилима будућег Закона о општем управном поступку (члан 39). Међутим, недовољно јасна садржина јавних услуга, као и законска неодређеност јавних служби као субјеката који су обавезни на примену овог закона (члан 2. став 3), захтева пажљиво прецизирање ове врсте активности управе, како би будући закон на њих заиста могао и да се примењује, бар као што је то учињено у новом хрватском закону, у коме је нагласак на заштити грађана од „пружатеља јавних услуга које имају учинак на права, обавезе или правне интересе физичких и правних особа” (члан 157. став 1), а не на самом чину пружања јавних услуга према правилима Закона о општем управном поступку.²⁸

Могућност доношења гарантног управног акта, као акта којим се странци гарантује стицање неког права када је то прописано неким посебним законом, представља такође једну од нових активности органа управе предвиђене Нацртом (члан 21), која је у потпуности креирана по узору на институт јемства стицања права из новог хрватског Закона (члан 103). Прописивање ове нове врсте управног акта представља последицу увођења у управни поступак начела легитимних очекивања из члана 5 Нацрта, а директно је мотивисано применом начела легитимних очекивања, доследности и обавештења јавности из члана 10 Европског кодекса доброг управног поступања Европског омбудсмана.

- **Уређивање нових појмова већ постојећих правних института.** У Нацрту су уређени одређени основни појмови, попут управне ствари (члан 3), управног акта (члан 5), управне радње (члан 36) итд., на начин супротан постојећим прописима, као да је у питању највиши правни акт на коме морају

уговора у поступку извршења управног акта, у случају када је то прописано посебним законом (члан 150. став 1), због чега поједини хрватски аутори данас сматрају да тај закон није ни требало да садржи одредбе о управном уговору. Видети: И. Копрић, „Закон о опћем управном поступку и технолошко унапређење управе“, Зборник радова Правног факултета у Нишу, XLII, 2011, стр. 65, В. Ђулабић, „Нови хрватски закон о опћем управном поступку као полуа модернизације јавне управе“, Хрватска јавна управа, број 2, 2009, стр. 313-315, Б. Љубановић, „Нови Закон о опћем управном поступку и посебни управни поступци“, Хрватска јавна управа, број 2, 2010, стр. 319-329.

²⁸ „У питању је још један од непостојећих појмова у нашем правном систему чија је садржина потпуно нејасна и који може да доведе до проблема у пракси. Скрећемо пажњу на то да су и комуналне услуге јавне услуге, тако да би се по правилима управног поступка морале вршити и све комуналне услуге, као што су одржавање чистоће, градско зеленило, водовод, канализација итд. И јавне службе могу да врше одређене послове државне управе, као поверене послове (на пример могу да доносе управне акте, издају јавне исправе), али је то онда већ обухваћено одредбама управног поступка и нема потребе да се уводи нови, нејасан појам. Аутори не праве разлику између управних аката које доносе јавне службе и услуга које пружају, те зато проширују правила управног поступка и на само вршење услуга“. Примедбе на Нацрт Закона о општем управном поступку Катедре за јавно право Правног факултета у Новом Саду, члан 39, стр. 17.

да почивају сви прописи у области државне управе, а не процесни пропис, који треба да уреди само поступак рада органа управе. При изради Нацрта се заборавило да би Закон о општем управном поступку морао бити део система прописа, као и да је Министарство правде и државне управе које је образовало радну групу за израду овог прописа, надлежно (одговорно) за читав систем државне управе.²⁹ Тако се у Нацрту управна ствар одређује као „појединачна неспорна ситуација од јавног интереса у којој надлежни орган, непосредном применом прописа из одговарајуће управне области, правно или фактички утиче на положај странке. Управна ствар је и свака друга правна ситуација која је законом одређена као управна ствар“ (члан 3). У Закону о управним споровима управна ствар је одређена као „појединачна неспорна ситуација од јавног интереса у којој непосредно из правних прописа призилази потреба да се будуће понашање странке ауторитативно правно одреди“ (члан 5). Управни акт се у Нацрту одређује као „појединачни правни акт којим надлежни орган, непосредном применом прописа из одговарајуће управне области, решава о одређеном праву, обавези или интересу странке, као и о процесним питањима“ (члан 18), док Закон о управним споровима управни акт одређује као „појединачни правни акт којим надлежни орган, непосредном применом прописа, решава о одређеном праву или обавези физичког или правног лица, односно друге странке у управној ствари“ (члан 4). Последице овакве неусаглашености би могле бити многобројне, па чак и да се контрола пред Управним судом може остваривати само у односу на акте који одговарају појму управног акта из Закона о управним споровима, док би у погледу свих осталих аката и радњи из управног поступка грађани били ускраћени за овај вид судске контроле рада управе.³⁰ Слична је ситуација и са појмом управне радње, под којом се у Закону о државној управи, као основном организационом пропису којим се уређују послови државне управе, подразумевају искључиво радње принуде према појединцима (члан 14. став 3), док се у Нацрту подразумевају и различите радње управе без непосредног правног дејства, као што су вођење евиденција и издавање уверења, вођење записника, пружање информација, примање изјава (члан 36).³¹

²⁹ Закон о министарствима, „Службени гласник Републике Србије“, број 27 од 26. јула 2012. године, члан 10.

³⁰ Иако је Законом о управним споровима предмет управног спора проширен, поред управних аката и на све коначне појединачне правне акте у погледу којих законом није предвиђена другачија судска заштита (члан 3. став 2), основни проблем представља чињеница што је данас Управни суд, због изузетног великог прилива предмета и малог броја судија, у пракси предмет управног спора свео фактички само на управне акте. Видети: З. Лончар, „Примена европских стандарда у управном спору у Србији“, Тематски зборник „Хармонизација српског и мађарског права са правом Европске уније“, Правни факултет, Нови Саду, 2013, стр. 546-548.

³¹ „У Закону о државној управи (члан 14, став 1) се јасно наводи да органи државне управе извршавају законе, друге прописе и опште акте Народне Скупштине и Владе тако што доносе прописе, решавају у управним стварима, воде евиденције, издају јавне исправе и предузимају управне радње. Јасно је да се издавање јавних исправа не може подвести под појам управних

- **Изостављање појединих одредби важних за вођење управног поступка.** У циљу скраћивања законског текста у Нацрту су изостављене и поједине одредбе о веома важним процесним радњама, као што су доказивање, достављање, позивање, одржавање реда у поступку, а посебно о скраћеном поступку као најважнијој форми управног поступка. Колико год се скраћивање законског текста покушало приказати као вид модернизације управног поступка, изостављање одредби о тако важним процесним радњама никако се не може оценити као квалитативни допринос будућем управном поступку. Наиме, уместо одредби о доказивању које су од суштинског значаја за утврђивање чињеничног стања на основу кога органи управе доносе одлуке у управном поступку, у Нацрту се само позива на супсидијарну примену Закона о парничном поступку (члан 117), без обзира на то што се ради, према правној природи, о два потпуно различита правна поступка. Док у парничном поступку суд решава о спору између две равноправне странке, па су сходно томе и правила доказног поступка и сама доказна средства прилагођена таквој врсти поступка, у управном поступку орган управе увек ауторитативно иступа и то најчешће само наспрам једне странке, решавајући о њеном праву или утврђујући јој неку обавезу.³² Исто такав је случај и са изостављањем одредби о скраћеном управном поступку (члан 131), који данас представља најчешћу форму управног поступка и чини суштину његове ефикасности и економичности у односу на друге врсте правних поступака. Изостављањем одредби о скраћеном поступку вођење управног поступка ће се свакако продужити, независно од тога што се међу основним начелима општег управног поступка и даље афирмише његова ефикасност и економичност у оквиру новоформулисаног начела делотворности и ефикасности (члан 8). Слична ситуација је и са изостављањем одредбе о позивању (члан 60-63) и о одржавању реда у поступку (члан 99-102), које такође неће допринети постизању веће процесне дисциплине, а која је неопходна за ефикасно вођење управног поступка. Посебан проблем представља

радњи, већ су у питању два различита облика ауторитативног иступања органа државне управе. Овако како је појам управне радње одређен у Нацрту, може да буде одређен само један збирни појам *радњи управе*, у оквиру којих управне радње представљају само једну специфичну врсту радњи управе без непосредног правног дејства. Такође, у Закону о државној управи (члан 14, став 3) наводи се да за предузимање управних радњи којима се посеже у личну слободу и безбедност, физички и психички интегритет, имовину и остала људска права и слободе органи државне управе морају имати непосредни основ у закону. Из тога произлази да се под управним радњама могу подразумевати само радње принуде, а не и остале радње управе. Исто произилази и из низа посебних прописа који садрже одредбе о управним радњама. (...) У Нацрту се чак наводи да и вођење записника спада у управне радње! Када би се то прихватило, онда би странка могла да изјави жалбу против записника и да води управни спор против записника, јер се у Нацрту управне радње сврставају у управне активности, а жалба је предвиђена против свих управних активности". Примедбе на Нацрт Закона о општем управном поступку Катедре за јавно право Правног факултета у Новом Саду, члан 36, стр. 16-17.

³² Без обзира на то што је и нови хрватски Закон знатно скраћен и што садржи свега 171 члан, дакле свега 4 члана више него Нацрт, у њему је и даље задржана посебна глава III која је посвећена доказивању, са чак 13 чланова (члан 58-70) или 7,6% читавог законског текста.

изостављање детаљних одредби о достављању (члан 71-88) и претварање ове процесне радње, због које данас у пракси најчешће долази до поништавања управних аката, у радњу „обавештавања“, која у Нацрту није до краја јасно и прецизно уређена, па се не зна да ли се ради о истој, или различитим процесним радњама.³³ У делу нових одредби о обавештавању својеврстан куриозитет представља чињеница да је посредно достављање одређено као посебна врста достављања, која се врши у случају када лично достављање није обавезно, уз испуњење одређених законских услова (члан 88), а да је при том пропуштено да се у одредбама о личном достављању (члан 87) одреде и случајеви када је лично достављање обавезно, па испада да оно никада није обавезно.

- **Увођење нових правила у управни поступак.** Као вид модернизације управног поступка, а посебно жеље за применом неких од европских стандарда, Нацртом се у управни поступак уводи низ нових правила, која су везана пре свега за: пружање услуга на једном месту (члан 50),³⁴ остваривање електронске комуникације органа и странака (члан 62),³⁵ право странке на изјашњавање о резултатима поступка (члан 120–122),³⁶ одлучивање у управном поступку овлашћеног службеног лица које води поступак, уместо садашњег правила о одлучивању функционера органа управе (члан 45), итд. Без обзира на то што се ради о жељи да се неки од европских правних стандарда уведу у домаћи правни систем, већини ових одредби заправо није место у Нацрту, јер се ради о питањима која су, пре свега, организационе природе. Треба узети у обзир и чињеницу да њихово уношење у овој пропис, захтева измену многих других правних прописа. Тако на пример, измена правила о начину одлучивања у управном поступку захтева суштинске промене које морају задирати не само у питања организације управе, већ и у статус државних службеника (одговорности, сукоба интереса, оцењивања...), па чак и политичког система заснованог на принципу народног представништва.

³³ У новом хрватском Закону такође постоји обавештавање као посебна процесна радња, али она представља само посебну врсту достављања (члан 83).

³⁴ Ова новина у Нацрту, чији је смисао да се образује посебна служба за пружање услуга на једном месту у случају када је за поступање у управној ствари потребно спровести већи број активности, као што је случај на пример, са поступком издавања грађевинске дозволе, највећим је делом преузета из хрватског Закона (члан 22), а основ јој је у члану 6-7 Директиве ЕУ о службама у унутрашњем тржишту.

³⁵ Уношење ове новине представља значајан допринос модернизацији управног поступка која ће заиста допринети његовој већој ефикасности, а уз то представља и усаглашавање домаћег управног поступка са чланом 8 Директиве ЕУ о службама у унутрашњем тржишту.

³⁶ Основни смисао уношење ових одредби је да се може позитивно одговорити на један од стандарда са СИГМИНЕ листе питања, али захваљујући недовољно прецизним формулицијама остаје нејасно да ли се ради о праву странке да се изјасни о свим релевантним чињеницама и околностима током вођења поступка, које и данас постоји у Закону (члан 9, члан 133), или о новом праву на изјашњавање након завршетка поступка, а пре доношења решења, на шта би требало да се односи овај стандард.

- **Измене правних средстава у управном поступку.** Међу најважнијим новинама у погледу правних средстава које би требало у Нацрту посебно истаћи су: увођење приговора као новог правног средства (члан 135-138),³⁷ значајна редукација одредби о жалбеном поступку (члан 125-134),³⁸ као и смањивање броја ванредних правних средстава и преформулисање појединих разлога за њихову употребу. Поред приговора и жалбе, предвиђено је пет ванредних правних средстава: понављање поступка (члан 139-143), мењање и поништавање решења у вези за управним спором (члан 144); поништавање и укидање по основу службеног надзора (члан 145); оглашавање решења ништавим (члан 146) и укидање законитог решења (члан 147), које би требало да представља замену за ванредно укидање решења (члан 256), док је потпуно изостављено укидање и мењање правноснажног решења уз пристанак или по захтеву странке (члан 255).³⁹

Основни недостатак који би требало отклонити да би се одговорило захтеву СИГМЕ за јасним уређивањем разлога за укидање и поништавање управног акта при законском уређивању управног поступка је чињеница да се

³⁷ Основна идеја увођења приговора је да се омогући посебно средство правне заштите странака против свих нових активности управе које су подведене под управну ствар, о којима ће се моћи одлучивати у управном поступку (управни уговор, закључено поравнање, управне радње, пружање јавних услуга, као и због непредузимања управних активности које је орган по закону дужан да предузме, ако те активности немају карактер управних аката, а подносилац приговора сматра да су тиме повређена његова права или правни интереси) (члан 135). Међутим, увођењем овог правног средства уноси се одређена нелогичност у систем правне заштите странака у управном поступку. Наиме, пошто је Нацртом предвиђено да се против решења донетог поводом изјављеног приговора, може изјавити жалба и/или покренути управни спор (члан 138), странке би против ових активности управе уживале тростепену правну заштиту (приговор, жалба и управни спор), за разлику од управних аката као основне одлуке у управном поступку, где би и даље постојала само двостепена заштита (жалба и управни спор).

³⁸ У настојању да се скрати законски текст, у Нацрту је задржано свега десет чланова о жалбеном поступку, наспрам садашњих чак 25 чланова (члан 213-238). Изостављањем бројних одредби о овом, најчешће коришћеном правном средству, изостављене су, међутим, и неке одредбе које су веома значајне за правилно поступање органа управе и које представљају основ правне сигурности странака. Видети: Примедбе на Нацрт Закона о општем управном поступку Катедре за јавно право Правног факултета у Новом Саду, чланови 125-134, стр. 29-33.

³⁹ Изостављање овог ванредног правног средства не чини нам се потпуно смислено при оваквом стању, још увек до краја неререформисане државне управе, а посебно једностепености управног спора, у коме се данас јављају значајна одступања од најважнијих европских правних стандарда у овој области судске контроле управе, чиме је озбиљно доведена у питање могућност ефикасне правне заштите грађана од незаконитих активности органа управе. Иако се данас веома ретко користи, ово ванредно правно средство ипак представља одређени сигурносни вентил који пружа могућност да се на основу пристанака или по захтеву странке отклоне незаконитости које су остале у управним актима, упркос чињеници да су, прошаваши целокупну контролу законитости, стекли својство правноснажности. Постојање овог ванредног правног средства, па макар се често не користило, представља битан вид додатне правне сигурности грађана. Такође, оно омогућава да се уваже и неке од препорука Заштитника грађана, коме се грађани обично обраћају тек након што су исцрпили сва средства правне заштите, а пре него што заштиту потраже пред Судом за људска права у Стразбуру.

у Нацрту на више места (члан 14, 131, 146...) меша ништавост, као својство управног акта и поништавање, као начин уклањања управног акта из правног поретка.⁴⁰

- **Остале новине.** Поред наведених постоје и друге бројне нове одредбе Нацрта које би морале бити предмет посебне пажње пре усвајања коначне верзије закона, међу којима треба споменути: начин одређивања месне надлежности органа у управном поступку (члан 41-42), поднеске (члан 64-66), рачунање рокова (члан 94), трошкове поступка (члан 100-104), одложно дејство жалбе (члан 129), управно извршење (члан 150-162), пошто је у стручној јавности на њих указано са веома озбиљним аргументима,⁴¹ (**Фуснота:**), а на које се овог приликом не можемо упуштати због органиченог простора.

3. ЗАВРШНЕ НАПОМЕНЕ

Након приказа неких од најважнијих новина у Нацрту Закона о општем управном поступку из маја 2013. године, са пуно основа се може констатовати да ипак не постоји већина од разлога за доношење потпуно новог закона, који су наведени у његовом образложењу. Наиме, ниједна од нових одредби не може се подвести под потребу усаглашавања управног поступка са новим Уставом из 2006. године, што је разумљиво, пошто је оно већ извршено изменама закона из 2010. године,⁴² јер је то била једна од уставних обавеза из Уставног закона за спровођење Устава (члан 15), која је истекла још 31. децембра 2008. године. Такође, ни дословно преузимање бројних одредби из новог хрватског Закона о општем управном поступку из 2009. године се не би могло прихватити као усклађивање са провереним актуелним упоредноправним решењима, пошто таква решења јесу актуелна, али не и проверена, јер су у примени свега три године, током којих је и сама хрватска стручна јавност указала на њихове

⁴⁰ „Ништавост је својство акта који садржи најтежу повреду законитости, за разлику од рушљивости, која се односи на лакше повреде закона, оне које се протеком рока више не могу оспоравати (конвалидација). Поништавање је активност уклањања акта из правног поретка, при чему се могу поништавати и ништави и рушљиви акти, а укидати се могу само рушљиви. Оглашавањем решења ништавим је констатација да решење садржи најтежу повреду закона, али након тога такво решење мора да се уклони из правног поретка! Како? Тако што ће бити поништено. И ништав управни акт се уклања из правног поретка поништавањем, тако да је погрешно уз поништавање укидање и мењање додавати и оглашавањем ништавим“. Примедбе на Нацрт Закона о општем управном поступку Катедре за јавно право Правног факултета у Новом Саду, члан 14, стр. 11-12, члан 131, стр. 32.

⁴¹ Видети: Д. Милков, „Поводом Нацрта Закона о општем управном поступку – корак напред или десет у страну“, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, број 1, 2013, стр. 85-99; Примедбе на Нацрт Закона о општем управном поступку Катедре за јавно право Правног факултета у Новом Саду, стр. 1-39.

⁴² Закон о изменама и допунама Закона о општем управном поступку, „Службени гласник Републике Србије“, број 30 од 7. маја 2010. године.

многе мањкавости.⁴³ Једино се са пуно основа може рећи да се ради о видном настојању да се у управни поступак у Републици Србији уведу многи од европских правних стандарда, што је сасвим разумљиво за државу која данас има статус кандидата за чланство у ЕУ. У том погледу Нацрт представља видан напредак у односу на важећи закон, а поготово у делу одредби које би требале да омогуће електронску комуникацију органа и странака, јер се зиста ради о значајној модернизацији управног поступка, која ће несумњиво допринети његовој већој ефикасности, па и економичности, као основи новог основног начела делотворности и економичности поступка.

Међутим, колико год европеизација домаћег управног поступка била пожељна и разумљива, тај циљ у Нацрту ипак није остварен до краја, пошто су многе одредбе које би требале да представљају европске стандарде, остављене на нивоу принципа, без конкретне законске разраде, а вема често и санкције. С друге стране, ради формалног задовољавања појединих новоформулисаних европских стандарда, попут поједностављивања и убрзавања управне процедуре, значајно је скраћен законски текст, без довољно пажљивог системског приступа, тако да су изостављене многе одредбе битне за вођење управног поступка, које представљају основ његове ефикасности и економичности, али и правне сигурности грађана, попут: доказивања и доказних средстава, позивања, достављања, одржавања реда у поступку, па чак и скраћеног управног поступка. Такође, под изговором европеизације и модернизације управног поступка, израда Нацрта је послужила да се покуша изменити концепт управе на коме данас почива читав правни систем, увођењем нових послова органа управе, попут: закључивањ управних уговора, пружања јавних услуга и сл., које би требало, ако се већ жели, уредити другим прописима, као и уређивањем неких од основних појмова управног система, попут управне ствари, управног акта, управне радње и сл., на битно другачији начин, него што су сада уређени другим правним прописима.

При осмишљавању концепта општег управног поступка, основно питање не би требало да буде избор између управне традиције и модернизације, које је често присутно код аутора у овој области, већ стварних потреба државе за

⁴³ Видети посебно: *Novi Zakon o opštem upravnom postupku - praktična pitanja i problemi primjene*, Institut za javnu upravu i Narodne novine, Zagreb, 2009; *Modernizacija općeg upravnoг postupka i javne управe u Hrvatskoj*, Institut za javnu upravu i Društveno veleučilište u Zagrebu, Biblioteka Suvremena javna uprava, Zagreb, 2009, I. Koprić, *Upoznavanje sa novim Zakonom o općem upravnom postupku*, Udruga općina u Republici Hrvatskoj, Zagreb, 2010; D. Medvedović, „*Bitne razlike novog Zakona o općem upravnom postupku prema prijašnjem zakonu o općem upravnom postupku*“, u *Primjena Zakona o općem upravnom postupku*, Novi informator, Zagreb, 2010, str. 19-65; I. Koprić, V. Đulabić, „*Europeizacija hrvatskog upravnoг postupovnog prava*“, u *Novi Zakon o općem upravnom postupku*, Novi informator, Zagreb, 2009, str. 75-98; D. Đerđa, „*Otvorena pitanja upravnoг postupka u Hrvatskoj*“, Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci, broj 1, 2007, str. 407-439; B. Ljubanović, B. Bakota, „*Aktuelna pitanja uređenja novog hrvatskoг općeg upravnoг postupka*“, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, broj 1, 2008, str. 67-74.

новим законским решењима, којима би се повећала ефикасност рада управе, и могућностима саме управе да квалитетно одговори свим захтевима које подразумева примена таквих решења, без смањивања правне сигурности грађана. Европски правни стандарди и позитивна проверена искуства развијенијих држава од Србије јесу добродошла, али их треба прилагодити стању домаће државне управе, како би била окосница њеног развоја, а не препрека и кочница. Пошто у правном систему увек мора да постоји ред, закон којим се уређује управни поступак мора да буде део система прописа и да на њима почива, а не да његово усвајање захтева измену готово свих најважнијих правних прописа који су донети током досадашње реформе државне управе, почев од Закона о државној управи, Закона о државним службеницима, Закона о управним споровима и већине пратећих подзаконских правних акта, као да је у питању врховни правни пропис у области управе, коме треба да се прилагођавају сви остали правни прописи.

У сваком случају, независно од тога да ли ће се измене у управном поступку вршити кроз потпуно нови законски текст или кроз измене постојећег, стандардизација и модернизација управног поступка заснована на европским стандардима требала би да буде претходно пажљиво осмишљена, како не би дошло до разградње свега што се већ деценијама показало задовољавајуће, поготово у односу на државе које пре Републике Србије нису имале, или још увек немају кодификован управни поступак, а одавно су чланице ЕУ.

Zoran Lončar, Pf. D., Assistant Professor
Faculty of Law, University of Novi Sad
Republic of Serbia

THE DRAFT LAW ON ADMINISTRATIVE PROCEDURE

Summary

Despite the change of state and legal forms through which the Republic of Serbia passed in previous years, still it is not adopted new Law on general administrative procedures, so it is applying the Law of general administrative procedures of the Federal Republic of Yugoslavia since 1997th. Through this new draft a fundamental changes involves, and also strives to implement many European legal standards into the work of administrative authorities in the Republic of Serbia. In this regard, the draft is a quite improvement to the current law, especially in the area of the electronic communication with the parties, since significant modernization of administrative procedure will undoubtedly contribute to its greater efficiency and economy. However, as long as the Europeanization of domestic administrative pro-

cedure is necessary, the aim of the draft is not realized until the end, because many provisions which represent European standard, has left on the level of principles, without specific legal development, and often without sanctions. On the other hand, in order to formally meet certain European standards, such as simplifying and speeding up administrative procedures, it is significantly shortened the legal text, without enough careful systematic approach, so it have been left out many of the provisions relevant to the conduct of the administrative procedure, which is the basis of its efficiency and cost-effectiveness as well as legal certainty, such as proving and means of evidence, inviting, delivering, maintenance of order in the process, and even reduced administrative proceeding.

ДИСКРЕЦИОНИ УПРАВНИ АКТИ: ДА ЛИ РАЗЛОЗИ МОРАЈУ БИТИ САСТАВНИ ДИО ОБРАЗЛОЖЕЊА?

Доц. др Невенко Врањеш*

Апстракт: Дискрециони управни акти су производ слободне (дискреционе) оцјене управе. Дискреционим управним актима најдиректније се задире у људска права и слободе, те с тог аспекта њихово доношење и правна егзистенција имају посебну тежину у правном систему. Проблематика се додатно усложњава ако се узме у обзир да, према одредбама Закона о општем управном поступку, образложење ових аката не мора садржавати разлоге којима се орган руководио у доношењу рјешења, те да у поступку судске контроле управе, судови не улазе у контролу дискреционог одлучивања органа управе. Препуштеност контроле опортунитета другостепеним органима управе затвара круг контроле унутар саме управе, што може представљати озбиљан проблем у заштити људских права. Предмет рада је дискрециона оцјена с теоријског и позитивноправног становишта, те акти који се доносе по слободној (дискреционој) оцјени.

Кључне ријечи: управа, управни акт, слободна (дискрециона) оцјена и дискрециони управни акти.

1. ПОЈАМ И ПОДЈЕЛА УПРАВНИХ АКТА

Управни акт је акт управе којим она најчешће општи са странкама (грађанима, физичким и правним лицима). Као такав, управни акт представља израз, облик и модалитет дјеловања управе односно инструмент или средство помоћу којег управа најчешће обавља своју дјелатност. Стога се, с правом констатује, да оно што за суд представља пресуда, то за управу представља управни акт.

Управни акт јесте акт управе, а акти управе су сви акти (општи и појединачни) и радње које управа доноси односно врши у остваривању своје функције.¹

* Факултет политичких наука Универзитета у Бањој Луци

¹ Кунић, П.: *Управно право*, Правни факултет у Бањалуци и Висока школа унутрашњих послова у Бањалуци, Бањалука, 2010, стр. 319.

Полазећи од параметра конкретности ситуације коју регулишу правни акти управе се дијеле на опште акте управе и појединачне акте управе. Појединачни акти управе се надаље дијеле на управне акте и управне уговоре. Слиједом наведеног, констатујемо битну одредницу управног акта, а то је, да је он појединачни правни акт.

Појединачност представља битно својство управног акта. За појединачност управног акта је довољна конкретност ситуације. Тиме се он разликује од општег иначе апстрактног и безличног правног акта који се односи на неодређен број лица и ситуација. Стога, појединачност управног акта не треба нужно везати за конкретно лице, тј. субјекта било једног или више њих (што се често чини), већ се појединачност веже за одређену и конкретну управну ситуацију. Битно је да појединачна ситуација на коју се односи управни акт није трајна и поновљива, тј. да се права и обавезе исцрпљују једнократном употребом.²

У теорији и позитивном праву различите су одреднице управног акта.

Управни акти су основна врста појединачних правних аката које у вршењу управне дјелатности доноси управа. Управни акти као појединачни правни акти су акти којима се прописује неко појединачно и конкретно правило за одређени случај и за одређено лице.³

С теоријског аспекта могуће је рећи како управни акт представља ауторитативну одлуку којом се, посебно у области управног дјеловања, једнострано одлучује о субјективним правима, о обавезама или правним интересима појединих субјеката у конкретној управној ствари. Као такав, управни акт чини инструмент за извршавање оног дијела управне функције која се састоји од одлучивања у управним стварима.⁴

Према Закону о управним споровима, управни акт је акт којим надлежни орган (републички органи управе и републичке управне организације, органи јединице локалне самоуправе, предузећа, установе и друга правна лица) рјешава о извјесном праву или обавези, односно непосредном личном интересу физичких и правних лица или других странака у каквој управној ствари.⁵ Сличну позитивноправну дефиницију даје и Закон о управним споровима који се примјењује у Републици Србији, прописујући да је управни акт појединачни правни акт којим надлежни орган, непосредном примјеном прописа, рјешава о одређеном праву или обавези физичког или правног лица, односно друге странке у управној ствари.⁶

² Милков, Д.: *Управно право II, управна дјелатност*, Универзитет у Новом Саду–Правни факултет, ЦИД, Нови Сад, 2010, стр. 17.

³ Лиљић, С.: *Управно право и управно процесно право, треће измењено и скраћено издање*, Правни факултет Универзитета у Београду и ЈП Службени гласник, Београд, 2009, стр. 171.

⁴ Борковић, И.: *Управно право, VII измијењено и допуњено издање*, Народне новине, Загреб, 2002, стр. 360.

⁵ Чл. 7 Закона о управним споровима, Службени гласник Републике Српске, бр. 109/2005 и 63/11.

⁶ Чл. 4 Закона о управним споровима, Службени гласник Републике Србије, бр. 111/2009.

Сублимирајући наведене тоеријске и позитивноправне дефиниције можемо закључити, да је управни акт појединачни или конкретни правни акт којим органи државне управе, субјекти са јавним овлаштењима и органи једница локалне самоуправе у законом прописаном поступку рјешавају о правима и обавезама као и правним интересима физичких и правних лица у каквој управној ствари. Из наведене детерминације можемо уочити и основна обиљежја управног акта као што су: конкретност, ауторитативност, правно дејство, заснованост на закону, извршност и доношење у управним стварима. Са оваквим обиљежјима се мање или више слаже већина аутора наше правне теорије.⁷

У погледу подјеле управних аката наилазимо на одређене дивергенције у приступу аутора. Вођени мишљењем већине, истичемо сљедећу класификацију управних аката: (1) позитивни и негативни управни акти; (2) конститутивни и декларативни управни акти; (3) индивидуални (појединачни) и генерални (општи) управни акти; (4) прости (једноставни) и сложени (збирни) управни акти; (5) правно везани и слободни (дискрециони) управни акти; (6) формални и неформални управни акти; (7) управни акти који се доносе на захтјев странке и управни акти који се доносе по службеној дужности; (8) управни акти у форми рјешења и управни акти у форми закључка.⁸

Позитивни управни акти су они управни акти којима се производе неке промјене у правном поретку, на начин да се стварају нове правне ситуације те мијењају или укидају постојеће правне ситуације. Позитивни управни акти се могу доносити по службеној дужности (када се странкама намећу неке обавезе) и на захтјев странке (када се странкама признају нека права). С друге стране, негативни управни акти су такви управни акти којима се одбија било каква промјена у правном поретку. Могу бити изричито негативни (ситуација у којима је странка затражила неко право, а надлежни орган се огласио актом којим се то право одбија) и прећутно негативни (ситуација када орган којем се странка обратила користећи институт “ћутања управе” не донесе никакв управни акт, када се у највећем броју случајева узима, да је захтјев странке одбијен, тј. да је донесен негативан управни акт).⁹

⁷ Шире видјети: Рађеновић, М.: *Појам и обиљежја управног акта као кључног инструмента управног рада*, Модерна управа – часопис за управноправну теорију и праксу, Агенција за државну управу Републике Српске, Бања Лука, 2009, стр. 55-63.

⁸ Додатне категоризације налазимо код појединих аутора. Тако, постоји подјела на: управне акте са трајним и управне акте са ограниченим дејством. Видјети: Димитријевић Предраг: *Управно право, општи део, књига прва*, Центар за публикације Правног факултета у Нишу, Ниш, 2008, стр. 277; Лилић. С. *op. cit.*, стр. 203. Поменуто подјелу истиче и Томић, З. *Опште управно право, пето, скраћено и осавременењено издање*, Правни факултет Универзитета у Београду и ЈП „Службени гласник“, Београд, 2010, стр. 203.

⁹ Постоје и ситуације гдје “ћутање управе” значи и “одобравање”. Тако, чл. 26 Закона о политичким странкама, (Службени гласник Републике Србије, бр. 36/2009) у ставу 4 прописује, да уколико Министарство управе у року од 30 дана од дана предаје уредне пријаве за упис, не донесе рјешење о упису политичке странке у регистар, односно не одбаци пријаву, сматра се да је политичка странка уписана у регистар, наредног дана од дана истека рока.

Конститутивни управни акти су они акти којима се ствара, мијења или укида нека правна ситуација, док се декларативним управним актима не стварају нове правне ситуације већ се само констатује (утврђује) испуњење законских услова да је настала нека нова правна ситуација. Према посљедицама које изазивају у правом поретку разликујемо конститутивне управне акте који стварају и конститутивне управне акте који мијењају односно укидају неку правну ситуацију. С аспекта странке, разликујемо фаворабилне (овлашћујуће) конститутивне управне акте, тј. акте којима се странкама признаје неко право и онерозне (обавезујуће) конститутивне управне акте, тј. акте којима се странкама намеће нека обавеза. Према садржини конститутивни управни акти се дијеле на: наређења, дозволе и одобрења. Као параметар подјеле декларативних управних аката узима се њихова садржина, па према том критеријуму разликујемо: декларативне управне акте којима се утврђују чињенице које имају правне посљедице и декларативне управне акте којима се утврђују правни односи.

Између позитивних и негативних управних аката, с једне стране и конститутивних и декларативних аката, с друге стране, постоји одређен конексitet који се огледа у следећем: (1) позитивни управни акти могу бити истовремено и конститутивни и декларативни; (2) негативни управни акти су увијек декларативни и (3) само позитивни управни акти могу стећи својство правоснажности, док негативни не могу.

Индивидуални управни акти су такви акти код којих су адресати тачно одређени и поименично наведени (један или више њих), док код генералних управних аката адресати нису наведени поименично али се на основу конкретне ситуације која је третирана управним актом јасно може одредити о којим лицима се ради.

С обзиром на број овлаштених субјеката који учествују у доношењу управног акта, разликујемо просте (једноставне) и сложене (збирне) управне акте. Код простих управних аката као доносиоц се јавља један овлаштени субјекат, док у доношењу сложених управних аката учествује два или више овлаштених доносиоца, с тим што је увијек један од њих формални доносиоц управног акта. У том смислу, код сложених управних аката постоје различити модалитети ангажовања овлаштених субјеката, па се тако сложени управни акт доноси уз претходну или накнадну сагласност, мишљење или одобрење другог субјекта иако се као издаваоц јавља један субјект.

Правно везани управни акти су акти код којих је законом или актом заснованом на закону одређено када се имају донијети и каква мора бити њихова садржина. С друге стране, слободни (дискрециони) управни акти су управни акти код којих је доносилац законом овлаштен да по својој дискреционој оцјени одреди да ли ће уопште донијети управни акт и уколико га донесе каква ће бити његова садржина. С обзиром да су ови акти централно питање овог рада, о њима ће бити више ријечи у наставку.

Формални управни акти с они акти који се доносе у прописаној форми. Формални елементи управног акта су прописани законом. Конкретније, Закон о општем управном поступку у члановима од 194 до 198 детаљно описује облик и саставне дијелове рјешења.¹⁰ У том смислу, саставни дијелови рјешења су: увод, изрека (диспозитив), образложење и поука о правном средству. Аналогно наведеном, уколико управни акт не садржи наведене елементе, те уколико није донесен у писаном облику и у законом прописаном поступку (управном поступку) ради се о неформалном управном акту. У категорију неформалних управних аката спадају усмена рјешења (донесена у хитним ситуацијама) и рјешења која имају само изреку, а која се доносе у виду забиљешке на спису.

Управни акти који се доносе на захтјев странке су акти којима се, у правилу, странци признаје неко право. С друге стране, акти који се доносе по службеној дужности су акти којим се странкама утврђује некаква обавеза и њих овлаштени орган мора донијети зато што је то законом одређено и зато што је то у јавном интересу.

Најзад, разликујемо управне акте у форми рјешења и управне акте у форми закључка. Рјешењем се одлучује о управној (главној) ствари, о самом предмету поступка (појединачној ванспорној животној ситуацији од јавног интереса), тј. о признавању конкретног права или утврђивања конкретне обавезе одређеног субјекта. У правилу, жалба против рјешења има суспензивно дејство односно одлаже његово извршење док се о њој не одлучи. Закључак је управни акт којим се одлучује о питањима везаним за поступак доношења управног акта.¹¹ Закључком се одлучује и о свим другим питањима о којима се не одлучује рјешењем, а која имају споредан значај везан за поступак.¹² Правило је, за разлику од рјешења, да жалба против закључка нема суспензивно дејство, тј. не одлаже извршење закључка док се о њој не одлучи.

2. ПОЈАМ СЛОБОДНЕ (ДИСКРЕЦИОНЕ) ОЦЈЕНЕ

Етимолошки посматрано, слободна (дискрециона) оцјена је теоријски појам који је настао из њемачког израза *das freie Ermessen* (слободна оцјена) и француског израза *pouvoir discrétionnaire* (дискреционо овлаштење). У енглеској говорној терминологији преовладава одредница *discretionary power* што најближе одговра нашем термину дискрециона власт.¹³

¹⁰ Закон о општем управном поступку, Службени гласник Републике Српске, бр. 13/02, 87/07 и 50/10.

¹¹ Димитријевић Предраг.: *Op. cit.*, стр. 278.

¹² Кунџ, П.: *Op. cit.*, стр. 341.

¹³ Шире: Крилетић, М.: *Слободна оцјена у порезним стварима*, Зборник Правног факултета Свеучилишта у Риједи, в. 33, бр. 1, Ријека, 1991, стр. 253. О неким упоредноправним искуствима третирања дискреционе оцјене, видјети: Осречак, Ј.: *Слободна (дискрецијска) оцјена у хрватском и еуропском праву: контрола и накнада штете*, Хрватска јавна управа, бр.1, Институт за јавну управу, Загреб, 2010, стр. 181-201.

Питање дискреционе оцјене налази се у самом средишту управног права, јер се ради о најзначајнијем одступању од првобитног виђења правне државе, према којем је управа требало да постане потпуно везана законом.¹⁴

Упркос њеном легалитету остаје и даље нејасно зашто је у правни поредак, поготово у законодавство уведен институт дискреционе оцјене. Као разлози њеног постојања наводе се они техничке природе као што су номотехничка немогућност законодавца да унапријед јасно и прецизно предвиди и уреди све односе у којима се управа може наћи. Поред наведеног, разлози могу бити и политичке природе када законодавац управну власт снадбијева већим степеном од уобичајених овлаштења. Најзад, мотив законодавца за додјелјивање дискреционог овлаштења може да лежи и у чињеници, да се управи омогући флексибилно дјеловање како би она могла одговорити на различите околности конкретне управне ствари у ситуацијама када би дискреционо поступање изазвало мању неправду него круто законско везивање (*summum ius summa injuria*). Чињеница је, да се орган приликом избора варијанте у дискреционом одлучивању руководи неким од политичких, економских, социјалних или других разлога.

Дискрециона оцјена своје постојање заснива на дисјункционој правној норми која за разлику од категоричне правне норме предвиђа неколико алтернатива за одређену правну ситуацију. При томе, избор између више алтернатива остаје на примјењивачу правне норме у том смислу што се он слободно одлучује, оцјењујући која од предложених алтернатива најбоље одговара потребама конкретног случаја. При том одређивању орган управе као примјењивач треба да се руководи општим интересом али не занемарујући ни потребу случаја који је у питању.¹⁵

Слободна (дискрециона) оцјена је овлаштење дато доносиоцу управног акта да у рјешавању конкретне управне ствари изабере једну од више предложених могућности које пружа правна норма, а које су све правно једнако вриједне. Међутим, сам избор између више прописом датих могућности није потпуно слободан. Из самог појма државног тијела као вршиоца дискреционе оцјене произилази немогућност потпуно арбитражног одлучивања. Зато се дискрециона оцјена не смије поистовијетити са самовољом.¹⁶

Иако наизглед чврсто везана законима, у одређеним управним стварима, управа има овлаштења да поступа по слободној, тј. дискреционој оцјени. Свакако, то не значи да управа може доносити слободне управне акте већ само под одређеним околностима акте који садрже слободну оцјену.

¹⁴ Милосављевић, Б.: *Управно право*, Службени гласник и Правни факултет Универзитета Унион, Београд, 2007, стр. 71.

¹⁵ Борковић, И.: *Управно право, VII измијењено и допуњено издање*, Народне новине, Загреб, 2002, стр. 82.

¹⁶ Крбек, И.: *Дискрециона оцјена*, Југословенска академија знаности и умјетности, Загреб, 1937, стр. 233.

Дискрециона оцјена је слободно индивидуално оцјењивање најподеснијег пута за пуно достизање правно ангажованог јавног интереса у конкретном случају.¹⁷

Често се рјешавање од стране управних органа схвата на начин да је одлучивање по слободној оцјени принцип у раду државних органа, при чему та оцјена није ничим ограничена. Оваквом схватању одлучивања је допринијела сама администрација својим дугогодишњим односом према грађанима, од сатиричног схватања административних шалтера који се праве тако да се грађани на њима увијек сагињу у комуникацији са службеницима те изреке, да је «најгоре у животу када од човјека постанете странка», па до «најсавременијих» облика корупције у јавној управи који увелико нарушавају комуникацију управе и адресата.¹⁸

Иако вршење дискреционе оцјене увијек значи субјективно дјеловање, свако субјективно дјеловање не значи дискрециону оцјену. Ма колика ова субјективност била, докле год се таквим дјеловањем тежи да се утврди воља закона, односно нечија друга објективна воља, ту нема дискреционе оцјене. Она почиње тек кад њен носилац таквим субјективним дјеловањем, на основу законског овлаштења спроводи сопствене судове о томе шта је опортуно, корисно, у општем интересу. Само ако се случај може ријешити по индивидуалном нахођењу органа који примјењује норму, ако му је препуштено да према свом нахођењу бира између двије или више алтернатива, може се говорити о дискреционој оцјени. Гдје се, напротив, има ићи за вољом закона, односно објективном вољом неког другог чиниоца, не може бити говора о дискреционој оцјени.¹⁹

У троуглу легалности, опортуности и арбитражности, може се рећи да је код легалности одлучна воља закона, код арбитражности воља односног лица, а код опортуности односна конкретна ситуација. Вршилац дискреционе оцјене има изабрати ону алтернативу која највише одговара потребама конкретног случаја. Дискрециона оцјена значи, према томе, више владу самих ствари него личну владу. Не владају ни правне норме ни људи, већ само стјецај ствари. Ако је код легалности значајна легислатива, код арбитражности субјективност, онда је код дискреционе оцјене значајна конкретност случаја.²⁰

Према начелу законитости, у управним стварима у којима је орган, односно институција која има јавна овлаштења, законом или на закону заснованом пропису, овлаштен да рјешава по слободној оцјени, рјешење мора бити доне-

¹⁷ Томић, З.: *Дискрециона оцена у управном праву*, Правни живот, вол. 55, бр. 10, Београд, 2006, стр.1.

¹⁸ Пљакић, Љ.: *Решавање по слободној оцјени – израз начела законитости*, Правни информатор, 11/2003, Београд.

¹⁹ Марковић, Р.: *Управно право општи део*, друго поправљено и проширено издање, Београд, 2002, стр. 105.

²⁰ Крбек, И.: *Op. cit.*, стр. 234.

сено у границама овлаштења и у складу са циљем у с којим је овлаштење дато. Такође, правила поступка утврђена Законом о општем управном поступку, важе и за случајеве у којима је институција, која има јавна овлаштења, овлаштена да у управним стварима рјешава по слободној оцјени.²¹

Најинтезивније присуство слободне (дискреционе) воље сусрећемо у области унутрашњих послова, спољних послова, одбране и безбједности.

3. ДИСКРЕЦИОНИ УПРАВНИ АКТИ

Као што је већ у подјели управних аката наведено, у зависности од иницијативе за доношење управних аката и слободе у одређивању његове садржине разликујемо: правно везане и слободне (дискреционе) управне акте.

Иницијатива за доношење управног акта може бити прописана законом или остављена на слободно просуђивање доносиоцу али је увијек заснована на закону.

Такође, садржина управног акта може бити прописана законом или се може оставити доносиоцу да сам одреди садржину према својој оцјени јавног интереса.²²

Правно везани управни акти су такви управни акти којима је у правним прописима унапријед одређена садржина, тако да доносилац треба само да утврди да ли су испуњени одређени услови за које закон везује наступање одређених посљедица. Наведено значи да доносилац управног акта не ужива никакву слободу избора приликом одлучивања у конкретном случају.²³ Код ових аката доносилац напросто мора донијети акт (рјешење) уколико су испуњени законом прописани услови и то по принципу једна солуција за одређену правну ситуацију (нпр. ако су испуњени законом предвиђени услови за дозволу за отварање занатске радње, надлежни орган је мора издати, односно, ако нису, мора одбити захтјев).

За разлику од правно везаних управних аката, дискрециони управни акти немају унапријед правним прописом одређен садржај, већ доносилац управног акта има могућност избора између двије или више правно једнаких могућности. У том случају доносилац бира ону могућност која највише погодује конкретном случају и која у највећој мјери задовољава јавни интерес.²⁴ Код ових управних

²¹ Чл. 4, ст. 2 и 3. Закона о општем управном поступку, Службени гласник Републике Српске, бр. 13/02, 87/07 и 50/10.

²² Димитријевић Предраг.: *Op. cit.*, стр. 270.

²³ Милков, Д.: *Op. cit.*, стр. 29.

²⁴ У нашој правној теорији иако фреквантан појам, појам јавног интереса је неодређен. Закон о општем управном поступку не даје дефиницију јавног интереса већ само истиче потребу његове заштите и задовољења обавезујући на то орган који води управни поступак. Поред јавног интереса који очигледно има приоритет, орган управе дужан је и да штити интересе странака (физич-

аката, правним прописом је предвиђено више различитих садржина за један исти случај, односно управни акт. Надлежни орган одлучује на основу слободне (дискреционе) оцјене коју ће садржину одабрати (нпр. о дозволи за држање и ношење оружја надлежни орган одлучује на основу дискреционе оцјене, тако да захтјев може одбити или прихватити).

Према схватањима неких правних теоретичара (првенствено Драгана Милкова и Ратка Марковића), у нашем правном систему не можемо говорити о дискреционим управним актима већ само о управним актима који се доносе по основу слободне (дискреционе) оцјене јер управа не може донијети потпуно дискрециони акт будући да управни акти који се доносе по основу слободне (дискреционе) оцјене садрже обавезне правно везане дијелове. Сами начело законитости у раду управе онемогућава постојање потпуно дискреционих управних аката тј. таквих управних аката који би у свим својим дијеловима били правно невезани. Такви акти би били потпуно изван домаћаја контроле легалитета, а њихово доношење било би супротно начелу законитости рада управе и одвело би управу на терен арбитрарности што није одлика демократских система владавине.

Као правно везани дијелови слободног управног акта јављају се: надлежност за доношење, поступак доношења, границе овлаштења, циљ због кога је овлаштење дато, форма акта и утврђивање чињеница.

Надлежност за доношење управног акта проистиче из овлаштења које се законом прописује. Надлежност органа се огледа како кроз овлаштење тако и кроз и дужност доношења управног акта. Такође, у погледу процесне надлежности (стварне, мјесне и функционалне) нема простора дискреционом поступању у смислу проглашења органа надлежним или ненадлежним будући да је надлежност прописана *ius cogens* нормама.

Граница овлаштења подразумева да је орган који доноси дискрециони управни акт строго везан датим прописом и не може се кретати изван задатих оквира. У противном, то би била арбитрарност и самовоља.²⁵

Циљ због кога је овлаштење дато је првенствено остварење, заштита и афирмација јавног интереса. У том смислу орган којем је дато овлаштење треба да солуцију рјешења усмјери ка том циљу.

У погледу форме, управни акти који се доносе на основу слободне (дискреционе) оцјене морају садржавати прописану форму као и правно везани управни акти, што подразумева постојање: увода акта, изреке (диспозитива), образложења и поуке о правном средству.

ких и правних лица, органа и организација и других субјеката који представљају «другу страну» у управном поступку). Међутим, при вршењу слободне оцјене орган се не може изједначавати са појединцем, јер појединац дјелује, по правилу, у свом приватном интересу, док орган који врши слободну оцјену дјелује у друштвеном (јавном) интересу. Шире: Поповић, С., Петровић, М.: *Управно право, општи део, ново измењено издање*, Свен, Ниш, 2010, стр. 182–184.

²⁵ Кунџић, П.: *Op. cit.*, стр. 335.

Најзад, утврђивање чињеничног стања је неопходан услов који мора пратити и дискреционе управне акте јер дискрециона оцјена може бити примјењена само на објективно утврђено чињенично стање.

Дискрециони управни акт посједује једну специфичност која није иманентна другим врстама управних аката. Наиме, док правно везани управни акти могу бити само незаконити, дискрециони управни кати могу бити и незаконити и нецјелисходни. Тако, уколико дискрециони управни акт садржи грешке у правно везаним дијеловима онда је он незаконит, а уколико садржи грешке у слободној (дискреционој) оцјени онда се ради о нецјелисходном управном акту. Постоји и могућност да дискрециони управни акт садржи грешке и у правно везаним дијеловима и у дијелу који се односи на дискреционо одлучивање када се истовремено ради и о незаконитом и нецјелисходном управном акту.

Дакле, под нецјелисходним (неправилним) управним актима подразумевају се управни акти којима се изричито не вријеђа закон или други правни пропис заснован на закону, већ се њима вријеђа општи друштвени интерес или неки посебни друштвени интерес заштићен правним поретком.²⁶

Сама оцјена цјелисходности управног акта није предмет судске контроле управе.²⁷ Суд у управном спору испитује законитост управног акта па и онда када су у питању дискрециони управни акти када суд сагледава правно везане дијелове управног акта. Провјера цјелисходности (опортунитета) управног акта остаје у надлежности другостепеног органа управе, у поступку по жалби и ту се и завршава. Да би дискрециони акт могао да се напада жалбом, веома је важно да се види којим разлозима се орган управе руководио приликом његовог доношења. Имајући у виду да се цјелисходност може контролисати само у управном поступку, важно је, да дискрециони управни акт има образложење које ће садржавати тражене разлоге. Закон о општем управном поступку као и поједини (углавном *lex specialis* закони) дају органу управе могућност да у образложењу дискреционог акта не наводи разлоге којима се руководио при

²⁶ Дефиниција јавног поретка у позитивноправном смислу не постоји. У теоријском смислу, прецизније дефиниције, такође нема. Пажњу нам је привукло дефинисање јавног поретка из угла међународног приватног права. У том смислу, постоје вриједности домаћег поретка које се не могу жртвовати, од којих се не може одступати чак и када наша правила међународног приватног права прихватају компетентност страног права, односно сматрају адекватним процесне услове под којима је донијета страна одлука. Те вриједности, таква основна начела, представљају *јавни поредак*. Видјети: Варади, Т.: *Међународно приватно право, треће измењено и допуњено издање*, Форум, Нови Сад, 1990, стр. 79. Слиједом наведеног, можемо констатовати, да јавни поредак представља основне норме домаћег права, које се у сваком случају морају заштитити. У уставноправном смислу, јавни поредак представља основу друштвеног уређења.

²⁷ У том смислу, проф. Томић, сматра, да суд у спору пуне јурисдикције може вршити дискрециону оцјену у управним стварима али не може поништавати акт у управном спору због нецјелисходности. Метафорично срочено, суд може – начелно – да снесе дискреционо „јаје“, (ако природа ствари то дозвољава), али не може непосредно да утврђује шта је дискрециони „мућак“. Шире видјети: Томић, З.: *Дискрециона оцена у управном праву*, Правни живот, вол. 55, бр. 10, Београд, 2006, стр. 6.

доношењу рјешења јер је то у јавном интересу законом изричито предвиђено. Иако се ради о изузетцима, такве изузетке можда није лако у свему помирити са идејом владавине права и правном државом.

Слиједом наведеног, као што упоредноправна искуства показују, поставља се питање, да ли у чл. 197, Закона о општем управном поступку,²⁸ ст. 3 треба укинути у дијелу који се односи на одредницу, да разлози којима се орган руководи у доношењу рјешења по слободној оцјени не морају бити објашњени у образложењу рјешења уколико је то у јавном интересу законом или другим прописом предвиђено.

Поред наведеног, јавља се и питање да ли изложена одредба Закона о општем управном поступку има извјесног значаја за поједине акте владе, тј. акте којима влада одлучује по основу дискреционе оцјене али, по неким ауторима изван управног поступка, док по другима, па чак и по судској пракси, у појединим земљама такви акти ипак представљају специфичне појединачне акте. У том случају, дилема је, да ли су извршна и управна функција владе идентичне или међу њима постоје одређене разлике. У зависности од одговора на ово питање, правне теорије које се баве овим проблемом детерминишу се као тријалистичке или квадријалистичке. Према тријалистичким теоријама, акти којима се један појединачан случај рјешава на бази широке политичке слободe којом располаже доносилац акта представља само једну врсту управних аката (управни акти који се доносе на основу дискреционе оцјене). Присталице квадријалистичке теорије, сматрају да овдје није ријеч о управним актима, већ о тзв. актима владе, односно политичким актима, који се доносе у стварима политичког, а не управног карактера.²⁹

У погледу области управног дјеловања у којој егзистирају дискрециони управни акти, аналагно законом прописаним областима егзистенције слободне (дискреционе) оцјене, закључујемо, да дискрециони управни акти долазе до изражаја у области спољних послова, држављанства, азила, унутрашњих послова, послова државне безбједности и сл.³⁰

²⁸ Чл. 197, ст. 3 Закона о општем управном поступку, Службени гласник Републике Српске, бр. 13/02, 87/07 и 50/10.

²⁹ Мартиновић, А.: *Правна заснованост аката владе и аката располагања у систему јавног права Републике Србије*, Зборник матице српске за друштвене науке, бр. 138, Нови Сад, 2012, стр. 47. Такође, шире видјети: Петровић, М.: *Такозвани "акти владе" и правни појам политике*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, бр. LVIII, Ниш, 2011, стр. 71-84; Марковић, Р. *Извршина власт*, Савремена администрација, Београд, 1980, стр. 99-111.

³⁰ Упоредити: Вучетић, Д.: *Типични случајеви манљивост форме управних аката у српској управно-процесној пракси*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, бр. LI, Ниш, 2008, стр. 186-187.

4. СУДСКА ПРАКСА

У поступку оцјењивања законитости првостепеног рјешења, другостепени орган дужан је цијенити правилностведеног поступка који је претходно доносио тог рјешења и правилност примјене материјалног прописа на основу кога се рјешава управна ствар (ВСЈ, Уж-12785/64 од 22.03.1965).

Орган управе рјешава по слободној (дискреционој) оцјени само у случајевима када му је изричито прописом дато право да одлучује по слободној оцјени, или када такво овлаштење на несумљив начин произилази из прописа (ВСХ, У-3460/56 од 11. 04. 1956).

За одлучивање по слободној (дискреционој) оцјени карактеристично је да је органу препуштено да по свом нахођењу бира између више могућих алтернатива (СВС, Уж-274/53 од 10.04.1953).

Под оцјеном законитости рјешења донесених по слободној оцјени спада утврђивање да ли је орган при рјешавању по слободној оцјени остао у границама датог овлаштења и да ли га је искористио сходно циљу због којег му је овлаштење дато (ВСС, У-12030/65 од 08.04.1966).

Управни акти који се донесу по слободној оцјени подлијежу оцјени законитости и у погледу њихове формалне стране (СВС, У-602/53 од 20.10.1953).

Када рјешава по слободној оцјени надлежно тијело дужно је у образложењу рјешења изложити разлоге којима се руководило при доношењу рјешења (Уставни суд РХ, У-III-1862/00 од 10.10.2001).

И када рјешава по слободној оцјени надлежни орган је дужан утврдити право стање ствари, тј. све чињенице које могу бити од утицаја на рјешавање, па и онда када је изричито прописом ослобођен да у образложењу рјешења наведе разлоге којима се руководио при доношењу рјешења (ВСС, У-5226/80 од 21.01.1981).

У двојби, да ли се у појединим случајевима ради о правно везаном или дискреционом управном акту, треба узети да се ради о везаном управном акту (СВС, уж. бр. 835/53).

Рјешење владе о именовању судије општинског органа за прекршаје представља управни акт донијет по слободној оцјени чија се цијелисходност не може испитивати у спору о законитости управног акта (ВСС, У-3930/2006).

Супротно одредби члана 196. став 3. и члана 199. став 1. Закона о општем управном поступку (даље: ЗУП), оспорено рјешење не садржи образложење, а у случају дискреционог права, на које се тужени позива у одговору на тужбу, има се примењити одредба члана 199. став 3. ЗУП, односно имају се навести у образложењу прописи и кратки разлози за такву одлуку. С обзи-

ром да оспорено решење не садржи било какво образложење, то је приликом доношења оспореног рјешења дошло до повреде цитираних прописа (ВСС, У. 1431/2004 од 24.11.2004. године).

(...) Уставни суд, такође, није надлежан да оцјењује цјелисходност нормативних рјешења, нити да одлучује о захтјевима за измјене закона, па је, с обзиром на природу покренутих питања, оцјењено да нема услова за заснивање надлежности овог Суда.³¹

Одлуком Уставног суда Републике Хрватске, донијетом у предмету У-І-248/1994 од 13.11.1996. године, укинута су у чл. 209 ЗУП одредбе става 3 друга реченица и одредбе става 4, којима је било дато овлаштење надлежним тијелима да у рјешавању ствари по слободној оцјени не морају навести разлоге којима су се при доношењу рјешења руководила када је то у јавном интересу законом или уредбом изричито предвиђено, односно да ће у том случају навести податке из чл. 2 и чл. 209 ЗУП, пропис којим је тијело овлаштено ријешити ствар по слободној оцјени и пропис којим је овлаштено да не мора навести разлоге којима се при доношењу рјешења руководило. Укинута одредбе ЗУП престале су да важе даном објаве у Народним новинама, бр. 103/96, дана: 06.12.1996. године.³²

5. ЗАКЉУЧАК

Дискрециона оцјена је начин дјеловања управе у одређеним управним ситуацијама. Као таква, она се јавља и у материјалноправном и у процесноправном законодавству како код управне тако и код судске дјелатности. Њоме се на углавном законит начин ограничавају субјективна права странака. Међутим, постоје законска рјешења (првенствено у области унутрашњих послова и безбједности) у којима се под окриљем заштите јавног поретка оставља органу управе извјестан маневарски простор, да ослобођен образложења одлуке може злоупотребити дискрециону оцјену.

Дискрециони управни акти представљају исход законом прописане дискреционе (слободне) оцјене. Иако садрже правно везане дијелове те подлијежу провјери законитости, а у другостепеном поступку провјери и цјелисходности, ови управни акти неријетко представљају израз латентног самовољног поступања управе о чему свједочи и судска пракса врховних и уставних судова.

Слиједом наведеног, сматрамо, да дискрециону оцјену у законским рјешењима треба избјегавати и свести на минимум те експлицитно прецизирати јасним и недвосмисленим одредницама чиме би она била препознатљива како органима управе, тако и странкама па и судовима. Такође, њену примјену треба

³¹ <http://www.ustavnisud.org/Doc.aspx?cat=12&subcat=27&lang=cir&id=38>, приступљено: 30.06.2013.

³² Из Одлуке Уставног суда Републике Хрватске У-III/496/1999.

ограничити на посебне управне ситуације и то у унутрашњим, спољним и пословима безбједности.

Дискрециони управни акти морају садржати образложење у сваком случају. Због тога, треба размотрити могућност укидања одредбе чл. 197 Закона о општем управном поступку у дијелу који прописује да разлози којима се орган руководио у доношењу рјешења по слободној оцјени не морају бити објашњени у образложењу рјешења уколико је то у јавном интересу законом или другим прописом предвиђено.

Dr Nevenko Vranješ, Associate Professor

DISCRETIONARY ADMINISTRATIVE ACTS: WHETHER THEIR REASONS MUST BE AN INTEGRAL PART OF EXPLANATION?

Summary

Discretionary decision is the way of administrative action in certain administrative cases. As such, it also occurs in the substantive law and the procedural law both in the administration and in judicial activities. It is the most legitimate way to limit the individual rights of the people. However, there are legal options (primarily in the areas of police and security) where under the protection of public order, administrative body has some room for maneuver for free explanations of decisions that might abuse the discretionary decision.

Discretionary administrative acts are the outcome of law prescribed discretionary (free) decision. Although they contain legally related parts and are subject to verification of legality, and in the second instance checking of expediency, these administrative acts are often an expression of latent arbitrary treatment administration as evidenced by the case law of the Supreme and Constitutional Courts.

Consequently, we believe that a discretionary decision in legislative solutions should be avoided and minimized and explicitly specify clear and unequivocal guidelines which make it recognizable to administrative bodies and to people and even the courts. Also, its application should be limited to specific administrative situations in the internal, external and security affairs.

Discretionary administrative acts must contain an explanation anyway. Therefore, should be considered the removal of the provisions of Art. 197 of the Law on Administrative Procedure, in part that prescribes that reasons which led authority in making decisions with discretion need not be explained in the explanation of the decision if it is in public interest law or regulation provided.

Key words: *administration, administrative act, discretionary decision and discretionary administrative acts.*

ЕЛЕКТРОНСКА УПРАВА У РЕПУБЛИЦИ СРПСКОЈ – СТАЊЕ И ПЕРСПЕКТИВЕ

Доц. др Милица Тепшић*

Проф. др Илија Шушић**

Бојан Деспотовић, дипл. правник***

Апстракт: Информационе технологије постају све важније средство у трансформацији јавне управе, јер се остварује боља повезаност органа управе, унапређује пружање информација и услуга, потиче се учешће грађана у процесу доношења одлука, те управа постаје одговорнија, транспарентнија и ефикаснија. Е-управа представља само један елемент слагалице на путу ка много вишим циљевима друштва, уклапа се у шири контекст е-управе или чак е-друштва, гдје и представља Информацију или још боље Интелигенцију. Рад укратко описује и искуства неких европских и балканских земаља, а посебно стање и перспективе развоја е-управе у Републици Српској.

Кључне ријечи: јавна управа, електронска управа, информационо-комуникационе технологије.

1. УВОД

Електронска управа је феномен који је у фази развоја, феномен који непрекидно добија нове елементе, и који веома брзо проширује поље своје примјене. Уопштено посматрано е-управа је потпуно обављање послова управе електронским путем без употребе папира. Данас се нове технологије сматрају темељем развоја управе, економије друштва знања¹, а могућност приступа информационим технологијама и њиховог коришћења сматра се кључним за лични и друштвени напредак. Посебна улога у друштвеном развоју у том смис-

* Министарство управе и локалне самоуправе Бања Лука.

** Универзитет за пословне студије Бања Лука.

*** Министарство управе и локалне самоуправе Бања Лука.

¹ Савјет Европе је 2000. године, за своје чланице као и за земље кандидате за пуноправно чланство, усвојио документ под називом “Лисабонска стратегија”, а који успоставља стратегију креирања друштва знања, те омогућује окружење за креирање информационог друштва.

лу припада е-управи која подразумеива употребу информационе технологије у јавној управи са сврхом побољшања ефикасности, ефективности, транспарентности и одговорности. Сврха је е-управе осигурати грађанима приступ информацијама и услугама од јавног значаја на угодан начин и са што већом уштедом времена и средстава.²

Улажу се велики напори у формирање глобалног информационог друштва као што су нпр. е-Европа³, е-Југоисточна Европа⁴ итд., а један од основних критеријума развоја таквог друштва је квалитет и ниво имплементације информационо-комуникационих технологија (у даљем тексту: ИКТ). Е-управа укључује и промјену прописа, организације, поступака и начина рада органа власти како би се јавне услуге ефикасније пружале лицима којима су потребне. Увођењем е-управе омогућава се свим корисницима (физичким и правним лицима) да послове пред органима управе завршавају једноставније, брже и јефтиније. Грађанима је омогућено да све јавне услуге за које је то погодно користе посредством Интернета и свог личног рачунара, другог кућног или мобилног уређаја или на класичан начин, али без потребе да обилазе више шалтера, са ефикасном реализацијом услуге, као и са пуним, јасним и на Интернету лако доступним информацијама о услузи. Правним субјектима је омогућено да јавне услуге користе посредством Интернета, са могућношћу електронске размјене података између својих информационих система и органа управе. Примјеном нових метода управљања и увођењем модерних технологија у управу све више слаби њена контролна, а јача услужна функција. Заједничка особина која постоји у иницијативама за увођење е-управе широм свијета јесте да се инсистира на томе да управа буде више орјентисана ка грађанима и да њен рад буде лакше доступан „оку“ јавности.

Увођење е-управе не подразумеива само техничко-технолошке захвате, подржане информационим технологијама, већ је њен суштински циљ реформа која захтијева културолошко-социјални напредак у начину размишљања и дјеловања службеника запослених у јавној управи. Мора се промијенити став сваког појединца према сопственој улози у јавној управи као и односу према другим органима управе (*G2G*), приватном сектору (*G2B*) и грађанима (*G2C*). То захтијева стартешки приступ и аналитичан осврт на досадашња искуства развијених земаља при имплементацији е-управе.

² Према неколико студија ЕУ из 2005. године, услуге е-управе заиста пружају конкретне користи грађанима, приватном сектору и самој управи ЕУ, посебно у смислу уштеде времена и повећане флексибилности. Процјењује се да само *online* пријаве пореза на приходе доносе европским грађанима уштеду од 7 милиона сати годишње, док би потенцијална општа доступност и кориштење е-услуга уштедиле грађанима ЕУ преко 100 милиона сати годишње.

³ *eEurope Action Plan*, план за информатизацију земаља кандидата за учлањење у Европску унију.

⁴ План *eEurope+* за превазилажење дигиталне подјеле између земаља Југоисточне Европе (*SEE*).

2. ПОЈМОВИ *GOVERNMENT*, *GOVERNANCE* И Е-УПРАВА

Појам „*Government*“ нема јединствену дефиницију и његово значење има различита тумачења у различитим културама. У САД-у, под овим се појмом подразумејева укупна власт, што укључује све стубове и нивое власти. У Великој Британији, као и у Француској („*Government*“) и Њемачкој („*Regierung*“), под овим се појмом подразумејева извршна власт, док се у САД-у за овај појам употребљава термин „*administration*“ или администрација. Овдје се овај појам користи као „јавна управа“, односно „електронска управа“, мислећи првенствено, но не искључиво, на извршну власт, јер је она традиционално била кључно мјесто у пружању јавних услуга.⁵

Консензус око дефиниције не постоји иако сви полазе од тога да је ријеч о нечему што има сложену историјску, политичку и социо-културолошку подлогу, те да самим тим захтијева интердисциплинарни приступ. Најужа дефиниција гласи: *Governance* је наука о понашању владе/државе и успјешности њеног дјеловања.⁶ Свјетска банка, која је прва дала велику улогу *Governanceu*,⁷ описује га као начин на који се власт користи у управљању економским и друштвеним ресурсима за развој неке земље⁸. Могуће га је окарактерисати и као способност формалног и неформалног институционалног окружења (у којем међусобно дјелују појединци, друштвене групе, удружења грађана и државни функционери и службеници) да примијени и проведе одређену државну политику и побољша координацију у приватном сектору.⁹ Дакле, кључне су ријечи институције и држава, а главна су питања како и колико добро. Из тих реченица може се видјети да превод тог појма ријечју управљање, која се све чешће користи у домаћим публикацијама, није потпуно адекватан.¹⁰ Све се наведене дефиниције темеље на истој емпиријској чињеници: сличне реформске мјере које предузима држава у различитим земљама имају поприлично другачије резултате.

⁵ Тепшић, М.: Електронска управа, Удружење информатичара Републике Српске, Бања Лука, 2009.

⁶ Dethier, J. J. 1999. „*Governance and Economic Performance: A Survey*“. Center for Development Research Bonn: Discussion Paper on Development Policy No. 5.

⁷ Иако је Свјетска банка прва покренула лавину истраживања о теми *Governancea*, не може се рећи да се тиме нико прије није бавио. Питање јавног управљања и владања заокупљало је бројне политичке филозофе.

⁸ World Bank, 1992. *Governance and Development*. Washington D. C.: The World Bank.

⁹ Ahrens, J. 2002. *Governance and Economic Development*. Cheltenham: Edward Elgar.

¹⁰ Можда би ријеч владање била прикладнија, у комбинацији с јавним управљањем. Према Jones, C. I. 2002. *Introduction to Economic Growth*. New York: W.W. Norton & Company - умјесто термина *Governance* у сличном контексту користи израз друштвена инфраструктура, тј. *social infrastructure*.

У литератури се налази и на различите дефиниције е-управе, а једна од свеобухватнијих је:¹¹ Е-управа је начин организовања јавног менаџмента у циљу повећања ефикасности, транспарентности, лакоће приступа и могућности одговора на захтјеве грађана, интензивним и стратешким коришћењем ИКТ у унутрашњем менаџменту јавног сектора (односи унутар и између појединих управа), као и у свакодневним односима са грађанима и другим корисницима јавних услуга. Неке од дефиниција су и ове: Е-управа је капацитет и воља јавног сектора да развије употребу ИКТ у циљу унапређења пружања услуга грађанима.¹² Е-управа има за циљ да омогући лакшу, јефтинију, транспарентнију интеракцију између владе и грађана (*G2C*), владе и привредних субјеката (*G2B*), самих владиних агенција (*G2G*).¹³ Е-управа је употреба *ICT*, а нарочито употреба Интернета као инструмента за постизање боље управе.¹⁴

3. ЗАКОНСКИ ОКВИР ЗА УВОЂЕЊЕ Е-УПРАВЕ У БИХ И РЕПУБЛИЦИ СРПСКОЈ

Комплексност разматрања развоја е-управе у Босни и Херцеговини у великој мјери произилази из комплексног административног и политичког уређења земље. Босна и Херцеговина се састоји од два ентитета – Федерације БиХ и Републике Српске, те Брчко Дистрикта као засебне административне јединице локалне самоуправе. Федерација БиХ додатно броји 80 јединица локалне самоуправе (78 општина и два града), а Република Српска 63 (57 општина и шест градова).¹⁵ За provedбу главних начела е-управе потребно је постојање одређеног низа закона којим би се регулисала ова област. С обзиром на то да се правни оквир у Босни и Херцеговини формирао на четири основна начина: преузимањем прописа бивше СФРЈ, легислативном дјелатношћу ентитета, кантоналним законодавством унутар ФБиХ и доношењем прописа БиХ, преузети прописи, због времена настанка, нису били креирани према потребама и капацитетима ИКТ-а. Ипак, Босна и Херцеговина је направила и неке значајне кораке ка успостављању ефикасне е-управе, попут унапређења процеса издавања личних докумената и издавања пасоша¹⁶, пријаве пореза за правна

¹¹ Ivet Tooy, *Electronic Government: Cross-sectoral Development of Information Tehnology in Central Government Administration*, Boston, 2002.

¹² Дефиниција УН-а.

¹³ Дефиниција Свјетске банке.

¹⁴ Дефиниција Европске уније.

¹⁵ Источно Сарајево и Сарајево су као градови специфични јер се на њиховој територији налази више општина (у Источном Сарајеву шест – Соколац, Пале, Источна Илица, Источно Ново Сарајево, Трново и Источни Стари Град, док су у Сарајеву четири општине – Центар, Нови Град, Ново Сарајево и Стари Град).

¹⁶ <http://www.iddeea.gov.ba/> – Агенција за идентификационе документе, евиденцију и размјену података

лица путем Интернета.¹⁷ Уз то, приватни је сектор формирао кључна удружења и активно дјелује на сарадњи и промоцији информационог друштва, те нуди различита ИТ рјешења релевантна за развој е-управе. Донаторска заједница посљедњих пет година активно ради на развоју е-управе на различитим нивоима, укључујући и локалну самоуправу.¹⁸ Међутим, неки од индикатора које користе глобалне студије сугеришу да динамика позитивних промјена у Босни и Херцеговини не прати развојне трендове у свијету, те да Босна и Херцеговина заостаје у развоју електронске спремности међу земљама у региону. На легислативном нивоу у Босни и Херцеговини је остварен само дио формалних предуслова за развој е-управе, те су усвојени сљедећи прописи: Закон о електронском потпису¹⁹ (2006), Закон о комуникацијама²⁰ (2002), Закон о заштити личних података²¹ (2006) и Закон о електронском правном и пословном промету²² (2007).

Федерација БиХ није усвојила Стратегију нити је донијела своје прописе из ове области, па примјењује регулативу БиХ.

Република Српска је учинила значајне помаке у сегменту легислативног дјеловања значајног за е-управу. Поред Стратегије развоја електронске Владе РС за период 2009–2012, донијела је властите прописе из области е-регулативе, и то: Закон о електронском потпису Републике Српске²³, Закон о електронском пословању Републике Српске²⁴ и Закон о електронском документу Републике Српске²⁵. Осим тога у складу са Конвенцијом о кибернетичком криминалу²⁶ (2006), извршене измјене и допуне Кривичног закона Републике Српске (2010), које предвиђају и дјела везана за област високотехнолошког криминала²⁷.

Законом о електронском потпису Републике Српске уређује се право физичких и правних лица на употребу електронског потписа у управним, судским

¹⁷ <http://www.puih.ba/epp.php> – Пореска управа Федерације БиХ – електронско подношење пријава.

¹⁸ <http://www.undp.ba/index.aspx?PID=25&RID=27> – UNDP БиХ је кроз програм Демократско управљање један од већих имплементатора е-управе у Босни и Херцеговини, заједно с пројектом USAID-a: <http://www.bihgap.ba/bs/index.asp>

¹⁹ Закон о електронском потпису („Службени гласник БиХ”, број: 91/06).

²⁰ Закон о комуникацијама („Службени гласник БиХ”, број: 33/02).

²¹ Закон о заштити личних података („Службени гласник БиХ”, број: 49/06). Усвајање овог Закона било је предвиђено Акционим планом за развој информационог друштва из 2004. године. Такође је, како је планирано, усвојен и Закон о централној евиденцији и размјени података, али не и Закон о државним регистрима (цивилним, сигурносним и привредним) нити Уредба за јавне набавке (према УНДП-овом извјештају о е-спремности).

²² Закон о електронском правном и пословном промету („Службени гласник БиХ”, број: 88/07).

²³ Закон о електронском потпису Републике Српске („Службени гласник РС”, број: 59/08).

²⁴ Закон о електронском пословању Републике Српске („Службени гласник РС”, број: 59/09).

²⁵ Закон о електронском документу Републике Српске („Службени гласник РС”, број: 110/08).

²⁶ БиХ је ратификовала Конвенцију о кибернетичком криминалу 2006. године.

²⁷ Ђурчић, Ф., Силајдић, В., Јусић, М., Хоџић, С.: Развој локалне е-управе у Босни и Херцеговини, Медицентар, Сарајево, 2011.

и другим поступцима, пословним и другим радњама, те права, обавезе и одговорности физичких и правних лица у вези са давањем услуга сертификације електронског потписа у Републици Српској. Електронски потпис отвара могућност преласка са традиционалне папирне на електронску администрацију, а омогућава и развој напредних електронских сервиса. Као најзначајнија поља примјене електронског потписа наводе се: електронско пословање (*e-Business*), електронска трговина (*e-Commerce*), електронско банкарство (*e-Banking*), електронска управа (*e-Government*), електронско здравство (*e-Healthcare*) и електронско образовање (*e-Learning*).

Законом о електронском пословању се регулише употреба података, докумената и порука у електронском облику. Електронско пословање у основи значи аутоматизацију пословних процеса примјеном информационих и комуникационих технологија тј. обављање свих активности које предузимају правна и физичка лица ради размјене добара и услуга, користећи при том рачунаре и савремене комуникационе технологије.

Законом о електронском документу уређује се начин употребе електронског документа у правном промету, управним, судским и другим поступцима, као и права, обавезе и одговорност правних и физичких лица, као и других надлежних органа и организација који врше јавна овлашћења у вези са електронским документом. Употребом електронског документа који се правно изједначава и има исту правну ваљаност као и класични документ на папиру, жели се омогућити брз и несметан технолошки развој електронског пословања као и напредак у међународном положају и дјеловању. Нарочито треба истаћи одредбе члана 7. Закона, које уређују да електронски документ има правну ваљаност као и документ на папиру ако је израђен, послан, примљен, чуван и архивиран примјеном расположиве информационе технологије и ако испуњава услове из овог закона. Такође, треба истаћи и рјешење члана 11, који уређује да се у поступцима који се воде пред надлежним органима у управном поступку и арбитражама као доказ могу користити и електронски документи. Приликом оцјене исправности електронског документа морају се узети у обзир појединости о његовој изради, преносу, чувању, вјеродостојности и непромјењивости. Овај закон представља још један предуслов за успјешну имплементацију е-управе будући да се њим легално уводи употреба електронског документа и поспјешује комуникација органа управе с корисницима њихових услуга – грађанима и пословним субјектима.

Веома значајан дио е-управе је и безбједност информација којима јавна управа располаже, па је Република Српска донијела прописе и из области информационе безбједности. Законом о информационој безбједности²⁸ се дефинише информациона безбједност која се обезбјеђује примјеном мјера и стандарда информационе безбједности, као и основни постулати информационе

²⁸ Закон о информационој безбједности („Службени гласник Републике Српске“, бр. 70/11).

безбједности, односно заштита и правоваљаност података у електронском облику. Детаљније се утврђују мјере и стандарди информационе безбједности, заштита података у Влади Републике Српске као и надлежна тијела за доношење, провођење и надзор мјера и стандарда информационе безбједности. Доношење овог закона је наставак активности на стварању услова за коришћење и одржавање информација у сигурном окружењу. У току је доношење мјера и стандарда информационе безбједности, као и формирање посебног одјељења за информациону безбједност – ЦЕРТ у оквиру Агенције за информационо друштво Републике Српске, тј. одјељења које ће се бавити координацијом превенције и заштите од рачунарских безбједносних инцидената на Интернету и других ризика безбједности информационих система. Уредбом о мјерама информационе безбједности²⁹, утврђују се мјере информационе безбједности којима се обезбјеђује основна заштита података на физичком, техничком и организационом нивоу. Агенција за информационо друштво Републике Српске предложила је и Правилник о информационој безбједности који доноси министар науке и културе Републике Српске, а правилником се утврђују минимални стандарди информационе безбједности којима се обезбјеђује основна заштита података на физичком, техничком и организационом нивоу који се односе на републичке органе управе, органе јединица локалне самоуправе, правна лица која врше јавна овлашћења и друга правна и физичка лица која остварују приступ или поступају са подацима у електронском облику републичких органа, органа јединица локалне самоуправе и правних лица која врше јавна овлашћења.

4. СЕРВИСИ Е-УПРАВЕ

Е-управа је *WEB* базирана технологија, коју користи јавна управа као комуникациони канал који је понуђен посјетиоцима, грађанима, пословним партнерима, јединицама локалне самоуправе, владиним и невладиним организацијама и запосленима у јавној управи. Ако се посједује одговарајућа инфраструктура, ако грађани имају повјерење у ИКТ (вјерују у приватност и заштиту својих података), ако постоје дефинисани односи између заинтересованих партнера (јединица локалне самоуправе, владе, пословних субјеката, грађана) онда можемо саградити стабилну „грађевину” е-управе. Е-управа користи ИКТ са циљем радикалних измјена у пружању услуга грађанима и јавности (*G2C*), пословним субјектима и другим правним лицима (*G2B*), запосленима у управи (*G2E*) и другим нивоима управљања (*G2G*).

Основни модалитети е-управе изражавају се кроз однос управе са четири различите групе субјеката (корисника) – грађанима, пословним субјектима, остатком управе и запосленима у управи.

²⁹ Уредба о мјерама информационе безбједности („Службени гласник РС“, број 91/12).

Однос Управа – Грађани (*Government to Citizens, G2C*) - у овом, најтипичнијем односу, управа обавља своју основну улогу „сервиса грађана”. Обухвата све од издавања личне карте до учешћа грађана у доношењу одлука у области јавне политике. Оно што разликује е-управу од „обичне управе” у овом односу јесте чињеница да грађани могу да приступе информацијама и добију услугу брзо, користећи широк дијапазон механизма, било када и са било ког мјеста.

Однос Управа – Пословни субјекти (*Government to Business, G2B*) - сервиси укључују сервисе за провођење јавних тендера и набавки путем Интернета, сервисе за пословање управе са банкама електронским путем, сервисе за добијање упутстава, информација и законских процедура за које су пословни субјекти заинтересовани итд. Односи управе и пословних субјеката, тј. правних лица су вишеструки. Правна лица су за управу добављачи, њени партнери у неким заједничким пословима, корисници њених услуга, а понекад и конкуренти. Комуникација управе са правним лицима представља потенцијално највећу могућност за повећање ефикасности економије. Веома су значајни системи који омогућују размјену електронских докумената различитих намјена и посебно могућности ефикасног руковања финансијским документима. На тај начин постиже се скраћење времена извршења сложених трансакција и стварају се добре подлоге за квалитетно одлучивање. Неки од водећих свјетских произвођача у области ИКТ веома су озбиљно схватили своју улогу. Тако је, нпр. *IBM* основао Институт за е-управу, са циљем да помогне доносиоцима одлука да разумију и употребе моћ информационих технологија у трансформацији управе ка дигиталном друштву.³⁰

Однос Управа – Управа (*Government to Government, G2G*) – сервиси се имплементирају за повезивање аутоматизованих процеса између различитих нивоа управе. Успостављање комплетног система електронске управе, са становишта корисника подразумева повезивање читавог система управе у једну цјелину, тако да се приступањем „јединственом шалтеру” могу добити све информације и све услуге. Да би то било могуће, неопходно је да постоји размјена података, ресурса и људи између органа управе. Другим ријечима, корисника занима рјешење, а не онај (орган) који га посједује. Неповезаност различитих дијелова управе се често показује као основни проблем традиционалне управе и представља најчешћи извор незадовољству грађана и других корисника услуга управе.

Однос Управа – Запослени у управи (*Government to Employees, G2E*) – представља коришћење ИКТ за бољу сарадњу и координацију запослених у органима управе и то: међусобну комуникацију међу запосленима, благовремено обавјештавање и проток информација, потребе е-образовања у органима управе и јединицама локалне самоуправе, те управљање знањем. Већина влада

³⁰ (<http://www-1.ibm.com/industries/government/ieg/index.html>)

и управа почиње са пружањем електронских информација, намијењених различитим циљним групама. Временом притисак јавности и жеља за повећањем интерне ефикасности захтијевају дистрибуцију комплекснијих услуга. Овај процес се одвија у фазама у којима различите услуге постају постепено доступне. Избор услуга које влада/управа одлучи да понуди електронским путем зависи од два фактора: један је потражња јавности за одређеним услугама, а други је смањење интерних трошкова.

Пут од „папирне“ до електронске управе је дуготрајан и подразумијева много корака. Постоје многе студије о развоју е-управе, од којих су карактеристичне:

- *Gartner* студија - модел 4 фазе е-управе (2000)³¹
- *UN/ASPA* - модел 5 степени развоја е-управе (2001)³²
- *Layne & Lee* студија - модел 4 степена е-управе (2001)³³
- Студија Свјетске банке – модел 3 фазе е-управе (2002)³⁴
- *IBM* студија – модел 4 фазе е-Управе (2003)³⁵

Најтипичнији стадијуми у развоју електронске управе и нивои услуга, односно, начини интеракције између циљних група се представљају у следеће четири фазе:

- Присуство – представљање информација на Интернету.
- Интеракција – учешће циљних група у различитим процесима и доступност одређених услуга.
- Трансакција – двосмјерна размјена информација и обављање различитих услуга.
- Трансформација – потпуна интеграција процеса и трансформациона промјена.

У првој фази е-управа означава присуство владе/управе на Интернету која обезбјеђује јавности, у првом реду грађанима и пословном сектору (*G2C* и *G2B*), релевантне информације. Овај формат интернет презентација владе/управе је сличан памфлету или брошури. Вриједност коју јавност има од овога је јавна доступност: процеси су објашњени и транспарентнији су, што доприноси демократизацији, али и ефикаснијем обављању услуга. У односу *G2G* различите јавне институције могу кроз електронски медиј другим институцијама дистрибуирати своје статичке информације.

У другој фази интеракција између владе/управе и јавности (*G2C* и *G2B*) се стимулише кроз различите апликације. Људи могу постављати питања пу-

³¹ *Gartner Research (2003). Traditional ROI Measures Will Fail in Government; ID Number: AV-20-3454*; Доступно на сајту: http://www.gartner.com/resources/116100/116131/traditional_roi.pdf;

³² *UN/ASPA* студија „*Benchmarking E-government: A Global Perspective, Assessing the Progress of the UN Member States*“ (*UN/ASPA*, 2001).

³³ „*Developing fully functional E-government: A four stage model*“ (*Layne, K., & Lee, J., 2001*).

³⁴ „*E-Government Handbook*“ (*World Bank, 2002*).

³⁵ „*Component business models*“ (*IBM, 2003*).

тем *e-mail*-а, претраживати базе података, читавати и снимати обрасце и документе, што им значајно штеди вријеме у односу на обављање ових активности традиционалним путем. Све информације су доступне 24 сата дневно, док би се на шалтеру могле добити само током радног времена. Ова фаза за интеракцију G2G означава употребу локалних мрежа, те размјену података путем *e-mail*-а или интернет апликација.

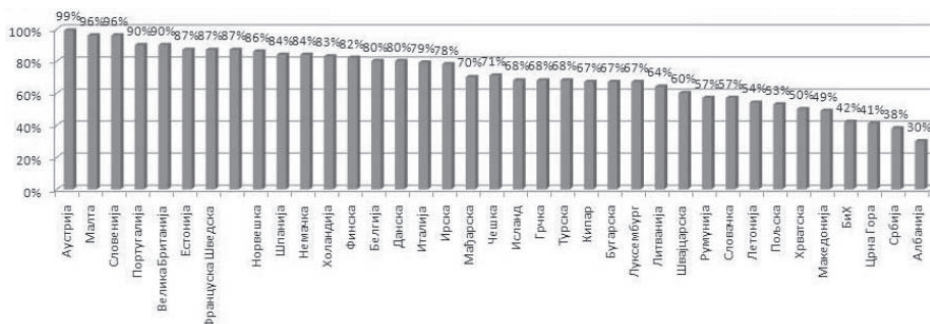
У трећој фази повећава се комплексност технологије; она претпоставља да се све трансакције могу обавити без напуштања канцеларије. У овој фази владе/управе доступнима чине услуге као што су пореске пријаве, продужење дозвола, предавање различитих захтјева или електронско гласање. Трећа фаза је технолошки најзахтјевнија, а подразумијева и остваривање законских и других предуслова да би се могла имплементирати. С обзиром на степен на којем се врши интеракција јавности са владом/управом потребно је имплементирати електронски потпис, те предузети све мјере заштите приватности и осигурати заштиту података, али и обезбједити законски оквир за легалан трансфер ових услуга. С пословног аспекта, владе/управе у овој фази почињу са електронским апликацијама за јавне набавке и друге конкурсе.

До четврте фазе се долази када се интегришу сви информациони системи и јавност (*G2C, G2B*) може добити све услуге на једном виртуелном шалтеру. У овој фази смањење трошкова, повећање ефикасности, и задовољство корисника достижу највиши ниво. Јединствено полазиште за све услуге је ултимативни циљ свих иницијатива е-управе. Највећи фактор ризика у достизању овог циља је на страни саме владе/управе јер подразумијева драстичну промјену културе, процеса и одговорности. Овај циљ је немогуће остварити без промјене рада и навика службеника, као и без увођења нових модела сарадње међу њима. Студије сервиса е-управе раде се по методологији коју су развиле Европска комисија и *Karpetini*.³⁶ *Европска комисија је дефинисала листу индикатора 2000. године, и од 2001. године прати развој е-управе у свим земљама чланицама (плус Норвешка, Исланд и Швајцарска).*³⁷ *У студији за 2007. за земље ЕУ, разматрани су следећи индикатори: софистицираност сервиса, потпуна доступност сервиса, оријентисаност ка кориснику, развој националног портала за е-управу. Узимајући у обзир чињеницу да ниједан сервис у Босни и Херцеговини није у потпуности доступан online софистицираност сервиса је оцијењена на основу процјене развијености двадесет сервиса које је Европска комисија оцијенила као базичне и модела за одређивање софистицираности сервиса. На основу овог модела установљава се ниво софистицираности сервиса који иде од основног нивоа - доступности информација, па до највишег нивоа - персонализације. У складу са овим моделом процијењен је ниво развијености*

³⁶ Француска компанија, једна од највећих у свијету у области информационих технологија, менаџмента и консталтинг услуга.

³⁷ За десет нових земаља чланица, развијеност е-управе прати се од 2004, а за Бугарску, Румунију и Турску од 2007.

20 сервиса: 12 за грађане и 8 за правна лица. За сваки од сервиса Европска комисија и *Capgemini* одредили су максимални ниво софистицираности, тј. оцјену коју одређени сервиси могу да достигну.



Дијаграм - Нивои софистицираности е-управе по земљама³⁸



Најсофистицираније сервисе има Аустрија (99%), а од земаља чланица ЕУ најмањи укупни ниво софистицираности сервиса, 53%, има Пољска. Нивои *online* софистицираности сервиса е-управе у свим државама *WBC*, гдје су до сада истраживања извршена, међусобно су упоредиви, нпр.: „Албанија 33%, Србија 43%, Црна Гора 45%, БиХ 45%, Македонија 50%, Хрватска 51%,

а већина од њих, заостајући 5-7 година иза нивоа ЕУ, треба се развијати под сличним околностима и суочити са скоро сличним препрекама“ (WBN (2008):³⁹), а што је приказано на мапи *online* нивоа софистицираности држава *WBC* и околних држава ЕУ (2007).

У земљама чланицама ЕУ просјечна укупна доступност сервиса износи 58%, што значи да је више од половине сервиса у потпуности доступно *online*. Доступност информација и докумената чак и у Бугарској и Румунији,

³⁸ Извор: Управа за дигиталну агенду (<http://www.digitalnaagenda.gov.rs/?current=115>).

³⁹ Мапа *online* нивоа софистицираности *WBC* и околних држава ЕУ (2007) - Извор: *Data on the EU-members by Capgemini (2007): The User Challenge Benchmarking The Supply Of Online Public Services (7th Measurement, September 2007); European Commission Directorate General for Information Society and Media*; Доступно на сајту: http://ec.europa.eu/information_society/europe/i2010/docs/benchmarking/egov_benchmark_2007.pdf;

најмлађих чланица Европске уније, прелазе 50% у свим оцјењиваним сегментима. Најбоље земље у Европи у погледу развијености е-управе су Аустрија са готово 100%, што практично значи да грађани и правна лица могу скоро све административне послове да обаве и добију сва потребна документа преко Интернета, затим слиједе Малта, Португал и Словенија.

5. СТАЊЕ Е-УПРАВЕ У РЕПУБЛИЦИ СРПСКОЈ

Очекивања грађана у вези сервиса е-управе расту, што је дјелимично последица њихових упознавања са праксом свијета који функционише по принципу „24 сата дневно, 7 дана у седмици“. Усвајањем позитивних пракси е-*Governmenta*, грађанима се омогућава бољи приступ сервисима, када и гдје су им они потребни. Употреба широког спектра канала испоруке – Интернета, јавних библиотека и канцеларија, позивних центара, нових медија као што су интерактивна дигитална ТВ, мобилни уређаји – не само да повећава распон опција за грађане већ и подстиче бављење питањима која се јављају употребом е-*Governmenta*. Стога је неопходно да и Република Српска континуирано развија сервисе е-управе.

Оснивањем Агенције за информационо друштво Републике Српске направљен је значајан корак у институционалном оквиру за развој е-управе. Агенција има надлежности за развој и координацију развоја информационог друштва у Републици Српској, а у том контексту и надлежности за управљање и контролу provedбе Стратегије развоја електронске Владе РС. Уз то, дјелатности Агенције обухватају, између осталог, предлагање и провођење мјера изградње информационих система органа локалне самоуправе уз осигурање комуникације с републичким органима и примјену унифицираних програмских рјешења у што већој мјери, као и координацију на формирању јединствене базе података републичких органа и органа јединица локалне самоуправе у Републици Српској. Стратегију развоја електронске Владе РС за период 2009–2012, усвојила је Влада Републике Српске у децембру 2008. године. Стратешки приступ иницијативи е-владе/управе темељи се на изградњи информационо-комуникационе инфраструктуре и реализацији пројеката е-управе. Стратегија укључује пројекте портала и е-сервиса, али и промјене пословних процеса, који су идентификовани као кључан проблем у имплементацији е-услуга према корисницима.

Наводимо само неке задатке из Стратегије које су реализовали Агенција за информационо друштво, Сектор за ИТ Владе РС и ресорна министарства:

Web-портал Владе Републике Српске (www.vladars.net) који омогућава брзо и опширно информисање грађана о пројектима владе, њеним активностима и достигнућима. Настао је као резултат настојања Владе РС да постигне

виши технолошки ниво комуникације са грађанима и другим институцијама примјерен данашњим временима. Портал је организован у четири цјелине: грађани, пословање, Влада РС и Република Српска.

Web-портал јавне управе Републике Српске – еСрпска (www.esrpska.org), који збирно обухвата све сервисе и информације, како органа управе на републичком и локалном нивоу, тако и медија, јавних предузећа, здравства и школства у једну јединствену *Web*.

- *Adresu eBoard* – систем за управљање сједницама Владе РС је централно корисничко мјесто за комуникацију, преглед информација и управљање документима који омогућава: објављивање и приступ информацијама; ефикасно коришћење постојећих информација; једноставно проналажење информација; брзо креирање информативних портала радних група и тимова; коришћење већ познатих алата - *Microsoft Windows Explorer-a*, *Office-a*, и *Web* претраживача у стварању, управљању и дијелењу садржаја. Апликација има улогу централизованог мјеста за објављивање и приступ свим документима важним за припрему и одвијање сједница на нивоу Владе и /или појединих органа републичке управе. Овдје се могу смјестити нови, као и већ постојећи документи. Претраживање, праћење верзија и доступност постојећих докумената је лака, брза и побољшана. Рјешење *eBoard* административне апликације заснива се на приступу дистрибуираних информација и докумената унутар система управљања документима, а који настају у различитим изворима информација (докумената), односно разним органима републичке управе. Систем омогућава комуникацију учесника сједнице Владе у току самог одржавања сједнице (нпр. *chat* и размјена докумената).

- Интерни портал Владе РС намијењен службеницима који раде у јавној управи, преко кога се директно приступа порталима: електронске мапе РС, еСрпска, еОбразовање, и е-земљишне књиге Републике Српске, а још садржи и заједничке документе, електронску пошту, интерни телефонски именик запослених у републичким органима управе, енглеско-српски и српско-енглески ријечник, вијести, актуелности, временску прогнозу, курсну листу, лекције за актуелне обуке, те понуду с цјеновником Угоститељског сервиса Владе РС.

- У складу са Стратегијом еВладе 2009-2012. године Влада Републике Српске је усвојила законе и подзаконске акте којима су створени предуслови за имплементацију сервиса е-управе и информационе безбједности.

- Агенција за информационо друштво РС је 2008. године објавила документ „Примјена ИТ-а у органима локалне управе РС – Полазна разматрања”, којим се дефинишу планови за унапређење ИТ-а прикупљањем података, унапређењем *Web*-презентација општина, обуком службеника, развојем стратешких и оперативних рјешења.

- Од 2008. године у саставу Министарства управе и локалне самоуправе функционише централни систем електронског канцеларијског пословања за републичке органе управе, у чијем саставу је 26 републичких органа управе и служ-

би са око 750 корисника система. Овако савремено организовано канцеларијско пословање омогућава стални увид у кретање предмета, те обезбјеђује сигурну размјену електронских докумената и архивирање предмета, а информације о предметима доступне су у сваком тренутку. Могуће је праћење предмета у свим фазама рјешавања, различите врсте извјештавања, као и могућност праћења ефикасности републичких органа управе. Поједностављено је прикупљање, претраживање и систематизовање података неопходних за успјешно вођење поступака, те обезбјеђено ефикасно и уредно пословање републичких органа управе и олакшан инспекцијски надзор.

- Министарство управе и локалне самоуправе 2011. године је имплементирало пројекат „Централни систем за електронску обраду података и чување другог примјерка матичних књига” који је омогућио да се матичне евиденције пренесу у електронски облик на једном (централном мјесту), а изводи и увјерења из матичних књига издају у било којој општини за подручје Републике Српске.

- Република Српска је 2009. године усвојила опсежну Стратегију развоја локалне самоуправе за период 2009–2015. године, која предвиђа и јачање е-управе. Стратегија препоручује развој е-управе и прихватање концепта „канцеларије без папира”, односно да се „јединице локалне самоуправе наметну као истински кориснички сервис за своје грађане, уједно повећавајући брзину пружања услуга уз смањење трошкова”⁴⁰. Што се тиче е-управе и е-учешћа, стратегија има сљедеће циљеве: у контексту стратешког циља осигуравања доступности и квалитета јавних услуга за све грађане - увођење е-управе у свим јединицама локалне самоуправе, с јединственим информационим системом локалне управе у РС (2014),⁴¹ јачање непосредног учешћа грађана у пословима локалне самоуправе, развој платформе е-учешћа грађана у процесима одлучивања (2011)⁴², оспособљавање управе и грађана за коришћење механизма е-учешћа (2013)⁴³, те унапређење капацитета и утицаја локалних медија у развоју локалне демократије (2013). Стратегија развоја локалне самоуправе у РС-у настоји увести е-управу на уједначен начин на локалном нивоу и ојачати е-учешће.

⁴⁰ Стратегија развоја локалне самоуправе РС, поглавље 2.6.

⁴¹ У оквирном акционом плану, у односу на овај циљ, наводи се да је 1) „неопходно припремити и усвојити Закон о е-управи” (2010–2012); 2) „модернизовати информационо-комуникациону инфраструктуру и програмску подршку за е-управу у свим општинама, са пратећим обукама” (2010–2014); 3) „припремити програме и организовати одговарајуће обуке управе и грађана за е-услуге” (2010–2014).

⁴² Стратегија у оквирном акционом плану предвиђа да би требало 1) „анализирати стање и перспективе е-учешћа грађана” (2010), за што би требали бити задужени Министарство управе и локалне самоуправе и специјализоване агенције; односно 2) „креирати и усвојити акциони план за јачање е-учешћа” (2011), за што би требао бити задужен интерресорни тим.

⁴³ Стратегија у оквирном акционом плану предвиђа да би требало „припремити и реализовати програме оспособљавања грађана и управе за е-учешће” (2012–2013), за што би требали бити задужени Министарство управе и локалне самоуправе, Савез општина и градова, односно невладине организације.

- Министарство просвјете и културе кроз портал из области образовања (eobrazovanje.esrpska.com) даје многобројне информације везане за основно, средње и високо образовање. Овај портал је намијењен ученицима, студентима, наставницима, родитељима и директорима.

- Министарство просвјете и културе је у неколико школа имплементирало пројекат електронски дневник (ednevnik.esrpska.com), који омогућава предавачима евиденцију оцјена ученика и њихових изостанака са часова, а родитељима омогућава провјеру оцјена и изостанака њихове дјеце. Такође је могућа и међусобна комуникација предавача и родитеља путем Интернета.

- Министарство здравља и социјалне заштите је развило web портал намијењен здравству (www.ezdravlje.org). Ово је портал интересантног садржаја са пуно корисних информација. Министарство планира и имплементацију електронског здравственог система (пројекта е-здравство) којим ће грађанима бити доступне и е-услуге овог министарства.

- Министарство правде је имплементирало Електронске земљишне књиге (ezkrs.esrpska.com), гдје се може извршити увид у базу дигитализованих земљишно-књижних података о непокретностима у Републици Српској.

- Агенција за државну службу континуирано проводи обуке за службенике о употреби персоналних рачунара (*ECDL – European Computer Driving Licence*).

- Електронска мапа Републике Српске (mapa.vladars.net) је интерактивна дигитална мапа на којој се налазе објекти од јавног значаја у Републици Српској са свим релевантним подацима о истим.

Поред републичких органа управе, низ је примјера добре праксе у градовима и општинама диљем Републике Српске.

Иако не можемо бити задовољни, али све ово упућује на закључак да су предузети значајни напори за развој електронске управе у Републици Српској.

6. ПЕРСПЕКТИВЕ РАЗВОЈА Е-УПРАВЕ

Нове технологије су у потпуности преобликовале лице и наличје Планете уводећи „човјечанство“ у Ново доба, које апологета Николас Негропонт⁴⁴ назива информатичким добом. Омогућиле су готово тренутачан, безвремен, (*timeless time*), пренос информација креирајући на тај начин и потпуно нову (не)стварност у којој је, иако не материјална, информација постала основно стратешко добро и најскупља „роба“. Појавом Интернета, као мреже свих мрежа, чини се да је превазиђен императив еволутивног развоја човјека који је вјековима настојао да надмаши своје физичке способности и ограничености, савлађујући наизглед непремостиве препреке простора и времена са којима

⁴⁴ Видјети: Негропонт, Н.: *Бити дигиталан*, СЛЮ, Београд, 1998.

се суочавао. То просторно-временско згушњавање у нове димензије, у којима, како мисли Пол Вирилио⁴⁵ нема кашњења, нити просторног растојања како каже Томас Ериксен⁴⁶.

Према неким истраживањима, цјелокупно људско знање акумулирано до XX вијека удвостручило се у његовој првој половини. До сљедећег удвостручивања је дошло већ након десет година, а претпоставља се да се у данашње вријеме то дешава сваких пет година.⁴⁷ Мјера количине знања може бити количина информација, а без нових научних приступа, нових метода и нових технологија није могуће овладати том количином информација.

Електронске, информационе магистрале, растућих брзина и капацитета премрежени Свијет претвориле су у Маклуаново глобално село.⁴⁸ Експлозиван раст Интернета, као главног дистрибуционог канала за робу, услуге и за управне и стручне послове, и што је посебно важно, за дистрибуцију знања, из корјена ће промјенити чак и оно за шта још увијек вјерујемо да је непромјенљиво. Научно и техничко знање цвјета унутар електронског глобалног села, са информацијама о најновијим збивањима у специфичним областима науке, које слободно теку брзо и једноставно широм свијета, до свих заинтересованих, од хобиста до врхунских истраживача.⁴⁹

ИКТ су дошле до нивоа на којем технолошки захтјеви вишене представљају ограничење у развоју. Остварење крајњег циља значи трансформацију управе и према нечему што Европска унија назива *t-government*.⁵⁰ Тај је појам изникао из Лисабонске стратегије, а означава степен информатизације у којем ИКТ представља саставни дио у планирању и остваривању пословних процеса унутар јавне управе, од најранијег почетка њиховог осмишљавања, анализе и оптимизације.

Декларација о е-управи⁵¹, потписана 18. новембра 2009. у Малмо-у од стране министара ЕУ приказује заједничку визију е-управе и дефинише при-

⁴⁵ Видјети: Вирилио, П.: *Информатичка бомба*, Светови, Нови Сад, 2000.

⁴⁶ Видјети: Ериксен, Т.: *Тиранаја тренутка*, Библиотека XX век, Београд, 2003.

⁴⁷ На овом мјесту треба споменути тзв. „Муров“ закон. Према овом закону број транзистора који се могу смјестити на интегрисани чип удвостручава се сваких 18 мјесеци. Са друге стране, технологија силицијумских полупроводника ће достићи физичку границу у наредних 10 до 20 година. Будућност, у том смислу, већ је почела. Због тога око 2020. године Муров закон ће престати да важи јер ће величине електронских кола достићи димензије атома и молекула. Ова технологија је у основи тзв. квантних рачунара који се посљедњих година већ развијају. Квантни рачунар користи смјер атомског спина за представљање нула и јединица – кубита – за разлику од електричних пуњења који се користе у силицијумским рачунарима.

⁴⁸ Термин глобално село везује се за канадског социолога културе Маршала Маклуана (1911-1980). Маклуанове студије односе се на ефекте масовних медија на квалитет друштвене комуникације.

⁴⁹ Б. Родић: (*Зборник радова „Информациона безбедност 2009“*, Београд, 2009).

⁵⁰ Трансформациона фаза која се сматра највишим нивоом зрелости е-управе, створена под утицајем Web 2.0 технологије која има огроман потенцијал.

⁵¹ Malmö Ministerial Declaration, <http://www.epractice.eu/files/Malmo%20Ministerial%20Declaration%202009.pdf>

оритете које треба достићи до 2015. године. Нови Акциони план за е-управу⁵² који прати Малмо декларацију, потписан је 15. децембра 2010. у Бриселу, током конференције под називом “*Lift-Off Towards Open Government*”. Акционим планом предвиђено је да се у периоду од 2011-2015 остваре кључни циљеви дати Малмо декларацијом. Планом је предвиђено повећање броја корисника електронских сервиса, као и креирање прекограничних електронских сервиса. Предвиђа се да ће примјеном акционог плана доћи до пораста коришћења електронских сервиса, и то за 50% за грађане и за 80% за правна лица, до краја 2015. године. Европска Комисија има у плану да оптимизује услове за развој прекограничних сервиса е-управе који ће моћи да се користе од стране свих грађана и правних лица без обзира на земљу поријекла. Спровођењем Акционог плана е-управе 2011-2015, предвиђа се стварање е-управе нове генерације која ће пружати отворене, флексибилне и колаборативне сервисе е-управе на регионалном, националном и нивоу ЕУ.

Босна и Херцеговина и Република Српска морају „убрзаним корацима“ развијати електронску управу како би достигле те циљеве. Крајњи циљ је реализација концепта интелигентне е-управе која ће моћи проактивно препознати што грађанину, и у којем тренутку, треба. То значи да га информатички упозори и да му понуди оно што му је потребно. Дакле, грађанима је потребно осигурати услуге потребне у свакодневном животу на мјесту и у вријеме када им то одговара.

7. ЗАКЉУЧАК

Електронска управа је дугорочни пројекат. Она, нужно, мора да пролази кроз фазе, односно стадијуме развоја, постепеним повећавањем нивоа сервиса у односу на ниво технологије. И поред великог напретка Република Српска, као и све земље у транзицији, још увијек заостаје у развоју е-управе.

У Републици Српској, сва министарстава су доступна на Интернету и пружају доста информација о својој функцији. На порталу Владе РС дио везан за министарства је посебно наглашен и одвојен. Портал е-Српска садржи неопходне информације за грађане и привредне субјекте, а интерни портал „Мој портал“ неопходне информације за државне службенике и намјештенике. Ово је показатељ да је е-управа у Републици Српској углавном у стадијуму појачаног присуства, са тенденцијом преласка у стадијум интеракције. Веома је мало примјера трансакционог стадијума. Да би се он достигао, потребно је унапредити информатичку и телекомуникациону инфраструктуру, увести или примјенити стандарде неопходне за интеракцију органа управе (законске, документационе, комуникационе, безбједносне, стандарде електронског плаћања)

⁵² e-Government Action Plan 2011-2015, http://ec.europa.eu/information_society/activities/egovernment/action_plan_2011_2015/docs/action_plan_en_act_part1_v2.pdf

и тиме чвршће повезати све органе управе (републичке и органе јединица локалне самоуправе) по хоризонталном и вертикалном нивоу.

Електронска управа у Републици Српској је тек започет пројекат који ће своју експанзију тек доживјети са увођењем електронског потписа у пракси.

Ако има ишта добро за развој е-управе у земљама у развоју то је чињеница да оне могу да уче на грешкама и успјесима развијених земаља.

Summary

E-government is a long term project that needs to go through phases and stages of development, gradually increasing the level of service in relation to the level of technology. Despite great progress, like other countries in transition, Republic of Srpska still lags behind in the development of e-government.

In the Republic of Srpska, all ministries are available online and provide a lot of information about its function. Every ministry is separated and highlighted at the portal of the Government of the RS. Portal e-Srpska contain the necessary information for citizens and businesses, and internal portal “My Site” contain information necessary for civil services. This shows that e-government in the Republic of Srpska is mainly in stage presence increased, with a tendency to move to the stage of interaction. There are very few examples of transactional stage. To achieve this, we need to improve the information and telecommunications infrastructure, introduce or implement the standards required for the interaction of administrative bodies (legal, documentation, communication, security, standards, electronic payment) and thus more firmly connect all the organs of government (national and local government bodies) at horizontal and vertical levels.

E-government in the Republic of Srpska is just a starting project that will expand with the introduction of electronic signatures in practice.

If there is anything good for the development of e-government in developing countries is the fact that they can learn from the mistakes and successes of the developed countries.

КАНЦЕЛАРИЈСКО ПОСЛОВАЊЕ И Е-УПРАВА СА НАГЛАСКОМ НА БЕЗБЈЕДНОСТ И ЗАШТИТУ ПОДАТАКА

Доц. др Боро Бован*

***Апстракт:** У Републици Српској и у БиХ јавна управа је још увијек у процесу реформи. У њеном раду су присутне одређене слабости које захтијевају њену интензивну доградњу и напуштање традиционалних начина рада, а једна од таквих области је и област канцеларијског пословања. Органи и службена лица су обавезни да документују и евидентирају сваку радњу у поступку, те да податке чувају према прописима који регулишу област канцеларијског и архивског пословања. Прописи који регулишу ову област не прате кретања у савременој јавној управи, а вођење основних евиденција у систему канцеларијског пословања има доста недостатака. Разлози за овакво стање се сигурно налазе и у недовољно развијеној свијести о значају уређеног система канцеларијског пословања, недостатак савремене информатичке опреме за ову област, као и недостатак стручног особља.*

У овом раду аутор се бави питањем улоге канцеларијског пословања у поступку увођења и прихватања нове модерне и савремене е-управе, са нагласком на заштиту података садржаних у систему.

***Кључне ријечи:** Канцеларијско пословање, управно рјешавање, странка, писарница, архива, овлаштено службено лице, безбједност и заштита података.*

1. УВОД У СИСТЕМ КАНЦЕЛАРИЈСКОГ ПОСЛОВАЊА

Област канцеларијског пословања је увијек представљала једно од најважнијих пратећих дјелатности управе. Без ове дјелатности јавна управа се не би могла ни замислити. Као што послови јавне управе обухватају веома широко подручје дјеловања, тако је и канцеларијско пословање морало пратити све активности и дјелатности јавне управе. Дјелатност јавне управе можемо схватити и као систем који је Уставом, законом и другим прописима уређен као систем дјеловања, па сходно томе видјећемо да постоје оправдани

* Управни инспектор при Министарству управе и локалне самоуправе

разлози и да начин уређивања ове области слободно можемо назвати системом канцеларијског пословања.

Када погледамо колико прописа регулише материју канцеларијског пословања тада засигурно можемо говорити о систему канцеларијског пословања. Ови прописи обухватају три врсте прописа који се могу класификовати на међународне, архивске и неархивске. Конвенције као међународни прописи уређују област заштите архивске грађе као дијела културне баштине. За групу архивских прописа можемо рећи да им је заједничко то што се њима уређује поступање са актима које се односи на њихово архивирање и чување, као што су Закон о културним добрима¹, Закон о архивској дјелатности², прописи донесени на основу закона о архивској дјелатности³, и прописи које на основу закона и проведбених прописа доноси Архив Републике Српске.⁴

За поступање у појединачним управним стварима за службенике јавне управе посебну важност имају такозвани неархивски прописи, који обухватају ону групу прописа који се односе на законе, уредбе и упутства која регулишу обавезе и начине поступања код провођења управног поступка и провођења појединих управних радњи. С обзиром да канцеларијско пословање у најужем смислу обухвата обавезе, правила и процедуре којих се морају придржавати службена лица у напријед наведеним поступцима и радњама, од самог покретања поступка, па до његовог завршетка и враћања предмета писарници ради развођења и архивирања.

Најважнији неархивски прописи у Републици Српској су:

1. Закон о републичкој управи у којем је канцеларијском пословању посвећена Глава XIII, којом је дефинисан појам и садржај канцеларијског пословања, те одређено да ће Влада Републике Српске посебном уредбом уредити канцеларијско пословање,⁵

¹ Види, Закон о културним добрима („Службени гласник Републике Српске“ број 11/95 и 103/08).

² Види, Закон о архивској дјелатности („Службени гласник Републике Српске“ број 118/09).

³ Види, Правилник о условима чувања документарне грађе („Службени гласник Републике Српске“ број 37/10), Правилник о условима и начину примопредаје јавне архивске грађе између имаоца и Архива Републике Српске („Службени гласник Републике Српске“ број 29/10), Правилник о поступку одабирања архивске грађе, критеријумима и начину њиховог вредновања („Службени гласник Републике Српске“ број 43/10) и Правилник о вођењу регистра ималаца и стваралаца јавне архивске грађе („Службени гласник Републике Српске“ број 43/10).

⁴ Види, Правилник о евиденцијама које води Архив Републике Српске, („Службени гласник Републике Српске“ број 14/02).

⁵ Види, Одредбу члана 136. став 2. Закона о републичкој управи, којом је прописано да Влада својом уредбом уређује канцеларијско пословање, („Службени гласник Републике Српске“ број 118/08, 11/09, 74/10, 86/10, 24/12 и 121/12).

Одредбом члана 137. овог закона, прописано је да се одредбе овог закона о канцеларијском пословању примјењују и на службе Народне скупштине, Вијећа народа, предсједника Републике и Владе. Одредбе овог закона о начелима дјеловања органа управе, јавности рада и односи-ма са грађанима, условима за обављање послова државног службеника, као и канцеларијском пословању примјењују се и на све носиоце јавних овлаштења.

2. Закон о општем управном поступку, који садржи једно посебно поглавље IV које регулише област општења органа и странака, и поглавље V које регулише достављање писмена у управном поступку, начину достављања, врстама достављања, посебним случајевима достављања, те о доставници и грешкама у достављању.⁶ Овај процесни закон садржи још читав низ одредби које се односе на канцеларијско пословање,

3. Закон о печатима⁷, којим се прописује облик и изглед печата са амблемом Републике Српске, његова израда, чување и употреба, као и вођење евиденција о печатима, те давање овлаштења лицима за чување и употребу службених печата,

4. Закон о амблему Републике Српске,⁸

5. Закон о овјеравању потписа, рукописа и преписа⁹, којим су прописана овлаштења и обавезе лица код вршења овјера потписа, преписа и рукописа у управним радњама за које су надлежне јединице локалне самоуправе, и начин вођења евиденција о извршеним овјерама,

6. Закон о административним таксама¹⁰, којим се прописује, уређује наплата накнаде и наплате административне таксе у списима и радњама у управним и другим стварима у поступку код министарстава, других републичких органа управе, органа локалне самоуправе, те других државних органа, предузећа, фондова и удружења грађана, којим је законом повјерено да рјешавају у управним стварима о одређеним правима и обавезама,

7. Уредба о канцеларијском пословању републичких органа управе¹¹,

8. Упутство о спровођењу канцеларијског пословања републичких органа управе¹², које се примјењује и код јединица локалне самоуправе, као и на предузећа, установе, и друге организације, када врше јавна овлаштења,

⁶ Види, одредбе члана 69. до 86. Закона о општем управном поступку („Службени гласник Републике Српске“ број 13/02, 87/07 и 50/10).

⁷ Види, Закон о печатима („Службени гласник Републике Српске“ број 17/92, и 63/01), те Упутство о вођењу евиденције о печатима („Службени гласник Републике Српске“ број 12/92).

⁸ Види, Закон о амблему Републике Српске („Службени гласник Републике Српске“ број 49/07), и Уредбу о изгледу и начину употребе амблема Републике Српске („Службени гласник Републике Српске“ број 49/07).

⁹ Види, Закон о овјеравању потписа, рукописа и преписа („Службени гласник Републике Српске“ број 106/09 и) и Упутство о извршавању закона о овјеравању потписа, рукописа и преписа („Службени гласник Републике Српске“ број 76/10 и 97/10).

¹⁰ Види, Закон о административним таксама („Службени гласник Републике Српске“ број 100/11).

¹¹ Види, Уредба о канцеларијском пословању републичких органа управе („Службени гласник Републике Српске“ број 1/04 и 13/07).

¹² Види, Упутство о спровођењу канцеларијског пословања републичких органа управе („Службени гласник Републике Српске“ број 31/05, 5/06, 10/06, 10/07, 31/09, 43/09, 74/09, 99/09, 98/10, 111/10, 25/11 и 117/11).

9. Закон о електронском потпису,¹³
10. Закон о електронском документу,¹⁴
11. Закон о информационој безбједности,¹⁵ и
12. Уредба о мјерама информационе безбједности.¹⁶

Ипак можемо рећи да се канцеларијско пословање у Републици Српској води углавном на класичан начин, по систему картотеке и у материјализованом облику, а у посљедњих неколико година и у појединим јединицама локалне самоуправе и у електронском облику. У 2009. години у оквиру провођења пројекта е-Владе, почело се са устројавањем и вођењем евиденција о кретању предмета у електронском облику. Како год да будемо уређивали систем канцеларијског пословања, законом се морају прописати основна начела-принципи од којих се не може одступати. Посебно се не смије дозволити несагласност прописа истог правног ранга, као што је случај са појединим одредбама Закона о републичкој управи¹⁷ и Закона о архивској дјелатности.¹⁸

2. КАНЦЕЛАРИЈСКО ПОСЛОВАЊЕ У МАТЕРИЈАЛИЗОВАНОМ ОБЛИКУ

Канцеларијско пословање обухвата и прати читав ток активности који се обављају у органима и организацијама у смислу обављања његових основних функција, о чему су напријед наведеним прописима уређене обавезе и овлаштења службених лица у поступању са списима и радњама у управном поступању. Старјешина органа управе, старјешина организационе јединице у чијем саставу се налази писарница и шеф писарнице су дужни да обезбједе примјену упутства о спровођењу канцеларијског пословања. Сигурно је да орган представља лице које је одређено самим законом, па тако Законом о републичкој управи прописано је да министарство представља и њиме руководи министар,¹⁹ да управу представља и њоме руководи директор управе.²⁰

¹³ Види, Закон о електронском потпису („Службени гласник Републике Српске“ број 59/08).

¹⁴ Види, Закон о електронском документу („Службени гласник Републике Српске“ број 110/08).

¹⁵ Види, Закон о информационој безбједности („Службени гласник Републике Српске“ број 70/11).

¹⁶ Види, Уредбу о мјерама информационе безбједности („Службени гласник Републике Српске“ број 92/12).

¹⁷ Види, одредбу члана 136. став 2. Закона о републичкој управи (“Службени гласник Републике Српске” број 118/08, 11/09,32/10, 74/10, 24/12 и 121/12) којим је прописано да канцеларијско пословање прописује Влада својом уредбом.

¹⁸ Види, одредбу Члана 8. став 1. тачка в) Закона о архивској дјелатности („Службени гласник Републике Српске“ број 118/09) којом је прописано, да су имаоци и ствараоци јавне документарне и архивске грађе дужни да донесу опши акт о систему свог канцеларијског и архивског пословања (правилник или упутство).

¹⁹ Види, одредбу члана 82. Закона о републичкој управи (“Службени гласник Републике Српске” број 118/08, 11/09,32/10, 74/10, 24/12 и 121/12).

²⁰ Види, одредбу члана 86. и 89. Закона о републичкој управи (“Службени гласник Републике

Законом о локалној самоуправи прописано је да јединицу локалне самоуправе представља, и врши извршну власт у истој, начелник општине, односно градоначелник града.

Како су овлаштења службених лица за поступање у појединачним управним стварима уређена Законом о општем управном поступку и другим законима којим се утврђују стварне надлежности, тако су и овлаштења за подузимање појединих радњи у канцеларијском пословању уређена законима, уредбама и упутствима у складу са законом. Наиме, одредбом члана 5. и 14. Закона о печатима²¹ прописано је да ће се посебним рјешењем одредити лице које је у органу задужено за чување и употребу службених печата. Одредбом члана 3. Закона о овјеравању потписа, рукописа и преписа²² прописано је да ове управне радње врши овлашћено службено лице јединице локалне самоуправе. Одредбом члана 6. Уредбе о канцеларијском пословању републичких органа управе прописано је да старјешина органа управе посебним рјешењем овлашћује радника писарнице који је непосредно одговорно за вођење канцеларијског пословања и руковање архивском грађом и регистратурским материјалом.

На основу члана 20. став 2. ове уредбе министар управе и локалне самоуправе донио је Упутство о спровођењу канцеларијског пословања републичких органа управе, које се примјењује и на канцеларијско пословање стручних служби Народне скупштине, предсједника Републике, Владе, органе општина и градова, као и на привредна друштва, установе и друге организације, када врше јавна овлаштења. Овим упутством је прописан начин на који органи управе и носиоци јавних овлаштења извршавају поједине одредбе закона и наведених прописа, па су у том смислу утврђене обавезе руководиоца органа управе и других субјеката на које се односе наведени прописи из ове области да посебним рјешењима овласте одређена лица да могу обављати одређене послове и радње из ове области, као што су нпр. овлаштења за отварање поште (обичне, пов., стр. пов.) новчана писма и друге вриједносне пошиљке. Овлаштења за вођење управног поступка, и овлашћење за рјешавање у појединачним управним стварима нису предмет овог рада, али је веома важно указати на овлаштења службених лица у вршењу управних радњи које се односе на издавање увјерења и извода из јавних евиденција, и других исправа о чињеницама о којима органи воде јавну евиденцију и о поступку вршења овјера пред органом јединица ло-

Српске” број 118/08, 11/09,32/10, 74/10, 24/12 и 121/12).

²¹ Види, Закон о печатима (“Службени гласник Републике Српске” број 17/92, 63/01 и 49/07), и Закон о амблему Републике Српске, (“Службени гласник Републике Српске” број 49/07), и Уредбу о изгледу и начину употребе амблема Републике Српске (“Службени гласник Републике Српске” број 50/07), те Упутство о вођењу евиденција о печатима (“Службени гласник Републике Српске” број 12/92).

²² Види, одредбе Закона о овјеравању потписа, рукописа и преписа (“Службени гласник Републике Српске” број 106/09), и Упутство о извршавању закона о овјеравању потписа, рукописа и преписа које је донесено на основу овога закона („Службени гласник Републике Српске“ број 76/10 и 97/10).

калне самоуправе које се све више врше при централним писарницама, односно при центрима за пружање услуга грађанима.

За грађане као крајње кориснике услуга које пружа јавна управа је најважније да они своја права могу остваривати брзо, једноставно (без компликованих процедура) и на једном мјесту, а то су све врше центри за пружање услуга грађанима у којим је смјештена централна писарница у којој се заводе захтјеви странака, гдје се врше разне овјере, издају увјерења и изводи из матичних књига, те врше друга евидентирања, документовања, фотокопирања, умножавања и примања поднесака.

Обавеза органа управе је да у складу са прописима документују све службене и пословне радње, као и да утврде облик и садржај докумената који у вези с тим настају. Органи управе су дужни да организују и примјењују систем канцеларијског пословања који ће задовољити њихове специфичне потребе, као и правила, нормативе и стандарде утврђене уредбом о канцеларијском пословању републичких органа управе и прописима које донесу надлежни органи. Органи управе дужни су да у складу са прописима формирају главну писарницу у којој се прима, прегледа и отпрема пошта, и воде основне и помоћне евиденције о предметима.

Сам пријем поште упућене органу управе врши се, по правилу, на одређеном мјесту у саставу писарнице. Пријем поште у физичком облику прима овлашћени службеник писарнице, а отвара је службеник писарнице, односно лице које има посебно овлаштење. Пошту која је пристигла у електронском облику отвара службеник који има овлаштење за приступ и кориштење електронске адресе органа управе, и који је овлашћен за приступ дијелу компјутерског система за пријем поште. Ово посебно овлаштење треба да представља неопходан предуслов за добијање шифре (passworda) за приступ електронској бази централне писарнице. Лице које прима пошту непосредно од странке, и при томе утврди да поднесак није довољно таксиран или није уопште таксиран, дужно је да упозори странку на обавезу таксирања у складу са законом, или одлуком о административним таксама јединице локалне самоуправе одмах приликом предаје поднеска, јер таксена обавеза по закону настаје у моменту подношења самог захтјева странке за остваривање неког њеног права или правног интереса. Након отварања и прегледања поште приступа се њеном разврставању и распоређивању према организационим јединицама, а потом се заводе у основне евиденције по систему картотеке и јединствених класификационих ознака. Овдје је важно указати и на пропуст приликом доношења упутства о спровођењу канцеларијског пословања, јер исто не садржи одредбе о одређивању јединствених троцифрених класификационих ознака предмета а које су се у пракси наставиле користити на начин како је то некада регулисало раније Упутство о спровођењу канцеларијског пословања из 1995. године.²³ На

²³ Види, одредбу тачке 159. Упутства о спровођењу канцеларијског пословања („Службени гласник Републике Српске“ број 2/95).

сваки акт којим се покреће управни поступак, или се допуњава управни поступак (као што су жалбе, одлуке других учесника у поступку, одлуке судова и сл.) ставља се отисак пријемног штембиља, док се на прилоге који се прилажу самом акту којим се покреће управни поступак, не ставља отисак пријемног штембиља. Послије тога се предмети заводе у основне евиденције- картотеку предмета, или у базу података гдје се евидентирају сви предмети, и по хронолошком реду, без обзира да ли се ради о улазним или излазним предметима (који изворно потичу од самог органа), у материјализованом облику, или у електронском облику. Картотека се састоји из картица штампаних на јединственим обрасцима у пет боја (бијеле, зелене, жуте, црвене и плаве), од којих плаве картице служе за завођење првостепених и другостепених управних предмета у којима су уложена ванредна правна средства.²⁴

Ванредна правна средства пружају могућност странкама, да у законом предвиђеним случајевима, могу тражити поновно расправљање о завршеном предмету у управном поступку, па је и логично је да се у смислу вођења евиденција из области канцеларијског пословања не треба отварати нови предмет, већ узети у рад стари предмет, у коме се преиспитивање донесене одлуке и тражи (тј. најчешће затражити предмет из архиве и узети га у рад). Ово наводи на закључак, да је у одредби тачке 50. Упутства о канцеларијском пословању погрешно уведена „плава картица“ која служи за завођење првостепених и другостепених управних предмета у којим су уложена ванредна правна средства. Ово је примјер дуплирања предмета у управном поступку.

Са аспекта промјене прописа који се односе на област канцеларијског пословања посебно је важна и одредба члана 206. Закона о општем управном поступку којом су прописани рокови за рјешавање управних ствари. Ови рокови износе, мјесец дана у једноставним управним стварима, односно два мјесеца у сложеним управним стварима, у којима је потребно проводити посебни испитни поступак. Наведени рокови за рјешавање појединачних управних ствари почињу тећи даном предаје самог захтјева странке. Надаље, одредбом тачке 21. Упутстава о спровођењу канцеларијског пословања, прописана је обавеза писарнице, да код пријема поднеска по ком се рјешава у управном поступку, странку писмено обавијесте о законском року у којем ће се по његовом захтјеву одлучити и доставити рјешење или закључак органа надлежног за рјешавање у конкретној управној ствари. Писмено обавјештење о року рјешавања управне ствари, поред обавезних саставних дијелова службеног акта органа управе, садржи и податке о датуму и времену пријема поднеска, евиденционом броју акта, имену и презимену, односно називу подносиоца и року у којем ће бити донесен и достављен управни акт. У колико се управни акт не може донијети и доставити странци до одређеног рока, службено лице је дужно да странку

²⁴ Види, одредбу тачке 50. Упутства о спровођењу канцеларијског пословања („Службени гласник Републике Српске“ број 31/05, 5/06, 10/06, 10/07, 31/09, 43/09, 74/09, 99/09, 98/10, 111/10, 25/11 и 117/11).

о томе писмено обавијести, при чему се износе разлози и одређује нови рок за доношење одлуке органа. Овом одредбом се прецизира напријед наведена одредба члана 206. Закона о општем управном поступку.

Свјесни смо тога, да ће и поред увођења савремених информационих технологија у рад органа јавне управе, још извјесно вријеме задржати облик вођења евиденција у раду органа и у папирном, односно материјализованом облику. Чак ће, упоредо вођење евиденција и у материјализованом и у електронском облику, учинити да се боље схвати и боље разумије улога и значај вођења евиденција у области канцеларијског пословања у електронском облику.

3. КАНЦЕЛАРИЈСКО ПОСЛОВАЊЕ У ЕЛЕКТРОНСКОМ ОБЛИКУ

У Републици Српској канцеларијско пословање се води углавном на класичан начин. Тек од прије неколико година се почело са увођењем електронске обраде аката и предмета при централним писарницама органа управе у електронском облику и вођењу канцеларијског пословања у електронском облику. Ово је засигурно први корак за успостављање е-управе.

Савјет Министара Босне и Херцеговине је у јуну 2004. године усвојио Стратегију развоја информационог друштва Босне и Херцеговине која је основни документ на основу којег ће се доносити закони и други прописи у Босни и Херцеговини, о акционим плановима и приоритетима развоја. Један од основних принципа и одређења стратегије је електронска управа, која ће омогућити свим физичким и правним лицима сталан и једноставан приступ службама, прописима и документима, те квалитетније, јефтиније и брже пружање административних услуга путем интегрисаних мрежа као и већу ефикасност рада службеника.

Један од кључних сегмената процеса изградње савременог информационог друштва јесте и трансформација јавне управе у правцу интензивне и широке примјене информационо-комуникационих технологија, које воде ка електронској управи. Оваквом трансформацијом управа би омогућила гарђанима и свим субјектима који користе услуге јавне управе сталан приступ својим сервисима, те једноставно и ефикасно обављање својих услуга. Пружање услуга на овакав начин значајно би допринијело повећању ефикасности система и смањењу трошкова пословања.

Влада Републике Српске је донијела Стратегију развоја е-Владе за период 2009-2012. год. Стратегија је заснована на девет основних принципа, односно начела, као што су доступност, једноставност, сигурност, транспарентност, заштита, сарадња, одрживост, интероперабилност и неутралност. Као посебне факторе успјеха стратегија истиче вођење самог поступка модернизације

владе као главним изазовом управљања промјенама. Спроведећи наведену стратегију, Република Српска је већ донијела одређене прописе из ове области, као што су: Закон о електронском потпису Републике Српске,²⁵ Закон о електронском пословању Републике Српске,²⁶ Закон о електронском документу,²⁷ Закон о информационој безбједности,²⁸ те Уредбу о носиоцу послова електронске сертификације у републичким органима управе²⁹ и Уредбу о мјерама информационе безбједности.³⁰

Законом о електронском потпису уређена су права физичких и правних лица на употребу електронског потписа у управним, судским и другим поступцима те њихова права, обавезе и одговорности у вези са давањем услуга сертификације електронског потписа на територији Републике Српске. Електронски потпис представља скуп података који служе за идентификацију у електронском облику потписника и потврду аутентичности потписаног електронског записа. Законом о електронском документу Републике Српске уређује се право републичких органа управе, органа локалне самоуправе, привредних друштава, установа и других правних и физичких лица на употребу електронског документа у свим пословним радњама и дјелатностима, те у поступцима које воде пред надлежним органима у управном поступку у којима се електронска опрема и програми могу примјењивати у изради, преносу, похрањивању и чувању информација у електронском облику, употребу и промет електронског документа као и његову правну ваљаност. Законом о информационој безбједности дефинисана је информационе безбједност и заштита података у

електронском облику, утврђене су мјере и стандарди информационе безбједности, заштита података у Влади Републике Српске, утврђена су надлежна тијела за доношење, провођење и надзор над мјерама и стандардима информационе безбједности.

Уредбом о мјерама информационе безбједности утврђују се мјере информационе безбједности којим се обезбјеђује основна заштита података у физичком, техничком и организационом нивоу. За примјену ових прописа органи управе требају претходно испунити технолошке, организационе и кадровске услове потребне за дјеловање система управљања електронским документима. Све ово је јако важно и за сам систем вођења предмета и аката канцеларијског пословања у електронском облику, јер ће се досљедном примјеном напријед на-

²⁵ Види, Закон о електронском потпису (“Службени гласник Републике Српске” број 59/08).

²⁶ Види, Закон о електронском пословању (“Службени гласник Републике Српске” број 59/09).

²⁷ Види, Закон о електронском документу (“Службени гласник Републике Српске” број 110/08).

²⁸ Види, Закон о информационој безбједности (“Службени гласник Републике Српске” број 70/11).

²⁹ Види, Уредбу о носиоцу послова електронске сертификације у републичким органима управе (“Службени гласник Републике Српске” број 114/08 и 73/09).

³⁰ Види, Уредбу о мјерама информационе безбједности (“Службени гласник Републике Српске” број 91/12).

ведених прописа и усклађивања осталих прописа са њиховим одредбама, ускоро појавити и електронски потпис, електронски печат, и електронски пријемни штембил, као саставни дијелови електронског документа.

У колико орган управе има компјутерски информациони систем у којем се зазимају или настају јединице документације, тај се систем пројектује на начин којим се обезбјеђује обављање радњи у вези са јединицама документације, у складу са уредбом, овим упутством и другим прописима, нормативима и стандардима које доносе надлежни органи. Наведени информациони систем у овом случају има статус главне писарнице. Органи управе који су формирали и устројили електронску писарницу дужни су именовати администратора система који управља информационим системом и врши надзор над документацијом садржаном у том систему.³¹ Овдје је важно напоменути, да се у дијелу информационог система намијењеног пријему електронске поште обезбјеђује њен непрекидан пријем, а пријем електронске поште потврђује се повратном електронском поруком која садржи навод о примљеној пошти или њеном садржају, датум и вријеме пријема и квалификовани електронски потпис лица овлашћеног за пријем електронске поште.

Послије завођења предмета и њиховог достављања у рад, даљу бригу и рад на самим предметима у појединачним управним стварима воде службена лица овлаштена за рјешавање самих управних ствари, све до њиховог враћања централној писарници ради развођења и архивирања. Предајом завршених предмета архиву надлежног органа на чување исти престају бити предмет канцеларијског пословања. Архивски компјутерски систем је дио информационог система органа управе у којем се похрањују и чувају јединице електронске документације и обезбјеђује управљање документацијом и њено коришћење, и пројектује се на начин којим се обезбјеђује систематско преузимање документације и обављање послова архиве утврђених уредбом, овим упутством и прописима о заштити архивске грађе и регистратурског материјала ван архива. Сам архивски компјутерски систем мора бити урађен на начин да се њиме онемогућава било каква измјена или брисање похрањених докумената.

На нивоу БиХ, ентитета и кантоналног нивоу, у оквиру истаживања, а у области напретка на укључивању информатизације у свој свакодневни рад дошло се до података, да се у 2008. години ситуација знатно побољшала у односу на истраживања која су проведена у 2005. години. Тако је од 9.018 укључених у анализи, 8.634 запослене особе наводе да користе рачунаре у свакодневним пословима и задацима, што износи 95,74% – чиме се дефинитивно ствара критична маса.³²

³¹ Види, тачке 9. Упутства о спровођењу канцеларијског пословања републичких органа управе („Службени гласник Републике Српске“ број 31/05, 5/06, 10/06, 10/07, 31/09, 43/09, 74/09, 99/09, 98/10, 111/10, 25/11 и 117/11).

³² Види, е-Спремност, Извјештај о електронској спремности Босанскохерцеговачког друштва за 2009. годину, UNDP, Сарајево, 2010, страна 15.

За увођење електронске обраде канцеларијског пословања потребно је прије свега анализирати постојеће стање, обезбиједити јединствен софтвер за реализацију електронске писаранице, било развојем намјенског софтвера за електронску писарницу ангажовањем унутрашњих потенцијала. Доследно вођење евиденција из области канцеларијског пословања у електронском облику, које ће пратити примјену прописа који се односе на рад и поступање органа јавне управе учиниће јавну управу много одговорнијом, јер ће сам систем оваквог начина вођења евиденција о раду имати улогу одређене врсте контролора његовог рада.

Надаље, извјештаји о стању управног рјешавања из поглавља XIX Закона о општем управном поступку бивше СФРЈ³³ су били подаци од посебног интереса за државу. Ови извјештаји су били једни од најважнијих података за праћење стања у јавној управи и управљање промјенама у истој. Закон о општем управном поступку³⁴ не садржи поглавље о спровођењу закона, нити одредбе о извјештавању о стању управног рјешавања у органима јавне управе. Ради потпунијег и свеобухватнијег праћења стања у органима јавне управе, неопходно је да се приступи доношењу измјена и допуна Закона о општем управном поступку и прописа из области канцеларијског пословања, а у смислу прописивања обавеза органа управе о изради периодичних и годишњих извјештаја о стању управног рјешавања. Ове извјештаје органа обавезно морају пратити и подаци централних писарница органа из система кроз који се води евиденција о предметима управног рјешавања.

4. БЕЗБЈЕДНОСТ И ЗАШТИТА ПОДАТАКА

Криминалне активности које су почињене уз помоћ компјутера се популарно називају сајбер (cyber) криминалом. Кривични закон Републике Српске је у свом ранијем тексту садржавао само три кривична дјела из ове области, као кривично дјело “Неовлашћено коришћење личних података” из члана 176, “Неовлашћено улажење у заштићену компјутерску базу података из члана 238. и “Упад у компјутерски систем” из члана 271. Кривичног закона Републике Српске.³⁵ Измјенама и допунама кривичног закона из 2010. године, послје двадесетчетврте главе додата је нова глава двадесетчетири а) којима су прописана “Кривична дјела против безбједности рачунарских података” са посебном групом кривичних дјела која обухватају: Оштећење рачунарских података и програма, рачунарску саботажу, израду и уношење рачунарских вируса, рачу-

³³ Види, одредбе члана 298. Закона о општем управном поступку („Службени лист“ СФРЈ број 47/86).

³⁴ Види, Закон о општем управном поступку („Службени гласник Републике Српске“ број 13/02, 87/07 и 50/10).

³⁵ Види, наведене одредбе Кривичног закона Републике Српске („Службени гласник Републике Српске“ број 49/03, 108/04 и 70/06).

нарску превару, неовлашћени приступ заштићеном рачунару, рачунарској мрежи, телекомуникацијској мрежи и електронској обради података, спречавању и ограничавању приступа јавној рачунарској мрежи и неовлашћено коришћење рачунара или рачунарске мреже.³⁶ Овим се Кривични закон Републике Српске усклађује са одредбама Конвенције о кибернетичком криминалитету којим је инкриминисан сајбер криминал који је управљен на саме рачунаре и базе података.

Према извјештају из Стратегије информационог друштва у БиХ, е-управи у БиХ, се заштити информација у јавном сектору није углавном приступало на организован и систематичан начин. Незнатан број људи се уопште бави овом проблематиком, у управи углавном нема група којима је додјељен задатак сталног бављења проблематиком безбједности. Тек је у оквиру пројекта “ЦИПС” указано на значај и свеобухватност безбједност и заштите података, који су њихов значај иницирали на пројекту “EGIPT (E-government information projection techniques). Овај пројекат има за циљ да дефинише стандарде заштите осјетљивих информација које користе комерцијалне и државне организације.³⁷

У поглављу 1. овог рада, наведени су и прописи који регулишу област информационе безбједности, мјера заштите података на физичком, техничком и организационом нивоу, као и прописи који регулишу мјере заштите електронског потписа и квалификованог електронског потписа. У смислу потпуног регулисања материје из области примјене прописа о вођењу евиденција при централним писарницама органа јавне управе у електронском облику, појавиће се и електронски печат, и електронски потпис и електронски пријемни штембил. Већ је било ријечи о обавези органа управе да своје радње документују и чувају у систему у коме воде евиденције о канцеларијском пословању, без обзира да ли се ове евиденције воде у материјализованом или у електронском облику. У колико се акти и предмети обрађују у електронском облику, њихово евидентирање се врши у бази података, на начин којим се обезбјеђује посебно означавање аката и предмета. У овом случају је орган управе обавезан да јединице документације које се задржавају или настају код органа, евидентирају у компјутерском информационом систему, који према упутству о канцеларијском пословању има статус главне писарнице.³⁸

С обзиром да се основна евиденција о предметима у раду органа води по систему картотеке, тада се сви акти заводе у картотеку предмета, у материјализованом или у електронском облику, изузев аката чијим би се евидентирањем у картотеци предмета повриједила њихова тајност. Такви акти

³⁶ Види одредбу члана 56. измјена и допуна Кривичног закона Републике Српске („Службени гласник Републике Српске број 73/10) и одредбе члана 292а до 292е овог закона.

³⁷ Види, Стратегија ИД у БиХ, е-управа у БиХ, стр. 98.

³⁸ Види, одредбу тачке 9. Упутства о спровођењу канцеларијског пословања („Службени гласник Републике Српске“ број 31/05, 5/06, 10/06, 10/07, 31/09, 43/09, 74/09, 99/09, 98/10, 111/10, 25/11 и 117/11).

и документи се евидентирају у књизи тајних докумената. Старјешина органа је дужан да општим актом одреди ове акте, утврди начин поступања са истим, те посебним рјешењем именује лице које се овлашћује за руковање овим актима.³⁹ Електронска документација се чува у компјутерском информационом систему који се користи за управљање електронском документацијом, на начин који обезбјеђује доступност података у електронском облику лицима који су овлаштени за приступ електронској бази и кориштењу података из електронске базе, а у складу са законом који регулише електронско пословање и другим прописима и стандардима из ове области. У случајевима када су похрањени подаци криптовани, тада се ови подаци чувају одвојено од информационог система. Приступ тим подацима и средствима за декрипцију одобрава се само оним лицима који имају право увида у криптоване податке.⁴⁰

Оно што је важно нагласити је да е-управа мора имати добар правни оквир за сигуран рад са информацијама, како би се минимизирала могућност губитка информација и њиховог неовлаштеног кориштња и мијењања. Већ је наглашено да важећа уредба и упутство о спровођењу канцеларијског пословања у Републици Српској садрже тридесетак одредби које регулишу питање вођења евиденција о предметима у раду у електронском облику. С обзиром да је Република Српска поред Закона о електронском пословању Републике Српске који је донесен 2009. године, донесен је 2011. године читав низ прописа који регулишу област информационе безбједности. Законом о информационој безбједности регулисана је информациона безбједност, као и мјере и стандарди којима се иста обезбјеђује, док су Уредбом о мјерама информационе безбједности прописане мјере којима се обезбјеђује заштита података на физичком, техничком и организационом нивоу. Мјере информационе безбједности се утврђују у складу са врстом података, ризицима за њихову безбједност и врстом заштите информационог система, док стручни надзор над спровођењем и примјеном прописа из ових области врши Агенција за информационо друштво Републике Српске⁴¹, и посебан стручни орган при Одјељењу за информациону безбједност (ОИБ), који функционише при овој агенцији.⁴²

У смислу потпуне примјене напријед наведених прописа који регулишу област увођења савремених информационих технологија у рад јавне управе, и прописа који регулишу област информационе безбједности, мишљења сам да је

³⁹ Види, одредбу тачке 62. Упутства о спровођењу канцеларијског пословања („Службени гласник Републике Српске“ број 31/05, 5/06, 10/06, 10/07, 31/09, 43/09, 74/09, 99/09, 98/10, 111/10, 25/11 и 117/11).

⁴⁰ Види, одредбу тачке 65. Упутства о спровођењу канцеларијског пословања („Службени гласник Републике Српске“ број 31/05, 5/06, 10/06, 10/07, 31/09, 43/09, 74/09, 99/09, 98/10, 111/10, 25/11 и 117/11).

⁴¹ Види, одредбе члана 13. Закона о информационој безбједности („Службени гласник Републике Српске“ број 70/11).

⁴² Види, одредбу члана 36. и 37. Уредбе о мјерама информационе безбједности („Службени гласник Републике Српске“ број 92/12).

неопходно приступити доношењу уредбе и упутства којима ће се на јединствен и систематичан начин уредити област вођења евиденција при органима јавне управе у електронском облику.

ЗАКЉУЧАК

У реформи јавне управе неопходно је обезбиједити да њено укупно напредовање прате сви њени сегменти и области рада. Реформа је трајни задатак који у суштини представља усвајање и провођење у пракси нових достигнућа у савременој јавној управи. Од посебне је важности и увођење савремених информационих технологија у области канцеларијског пословања, јер је немогуће замислити функционисање учесника у поступку код органа управе без употребе рачунара и савремених информационих технологија.

Органи управе су дужни да сваку радњу документују, да обезбиједе њено чување у складу са важећим прописима, па је сходно томе и основна улога базног система (по прописима Републике Српске, у картотеци предмета) да осигура улогу претраживача, како би се на што једноставнији и бржи начин дошло до тражених података. Модерна управа подразумијева успостављање е-управе, а увођење електронске писарнице је сигурно први и основни корак за њено успостављање.

Развој савремених информационих технологија је прије свега омогућио бржу и ефикаснију комуникацију између органа и странака као крајњих корисника њених услуга, обезбиједио је и међуоперативност података и проток информација кроз цијели систем, а што је један од кључних фактора за реализацију е-управе. Зато је од велике важности водити рачуна о сигурности података приликом размјене истих. Позитивним прописима се мора утврдити елиминациона процедура, да евиденцијама и базама података могу приступити само овлаштена лица, односно само лица са посебним овлаштењима. Ово ће омогућити, да не могу добити податке она лица која немају овлаштење за кориштење или приступ истим, а што би искључило и могућност промјене података у систему. Зато се у информационим системима е-управе морају предузимати неопходне мјере ради заштите и губитка информација, или њиховог неовлаштеног кориштења или мијењања.

Да би се отклонили недостаци који су наведени у овом раду, и да би се унаприједила област коју обухвата систем канцеларијског пословања, непоходно је:

- увести систем обавезног извјештавања о стању управног рјешавања, броју и структури неријешених предмета, и броју и структури службеника који раде на управном рјешавању,

- приступити доношењу прописа о вођењу евиденција из области канцеларијског пословања у електронском облику, и

- проводити обавезне едукације и функционално оспособљавање запослених у јавној управи из области управног рјешавања и области канцеларијског и архивског пословања.

Summary

The public administration reform is necessary to ensure that its overall progress in following all its segments and divisions of labor. Reform is an ongoing task that essentially is the adoption and implementation in practice of new developments in contemporary public administration. Particular importance is the introduction of modern information technologies in the field of office management, because it is impossible to imagine the functioning of the participants in the process and public administration without the use of computers and modern information technology.

The administrative authorities are bound to document any action, to assure its preservation in accordance with applicable regulations, and consequently, the fundamental role of the base system (according to the regulations of the Republic of Srpska, in the files subject) to ensure the role of search engines in order to easier and faster way to come to the requested data. Modern administration requires the establishment of e-government, and the introduction of electronic registries is certainly the first and basic step for its establishment.

The development of modern information technology is the primary enabled faster and more efficient communication between the authorities and parties as well as the end users of its services, provided the interoperability of data and information flow throughout the system, which is one of the key factors for the implementation of e-government. Therefore it is of great importance to take care of data security when we exchange them. Applicable regulations must be determined by elimination procedure records and databases can be accessed only by authorized persons, and only people with special powers. This will allow, that those persons who have not authority to use or access to them can not get the information, which would exclude the possibility of changes of the data in the system. Therefore, the information systems of e-government must take necessary measures to protect the loss of information, or their unauthorized use or modification.

In order to eliminate the shortcomings mentioned in this paper, and to enhance the area, which includes office management system, it is necessary to:

- Introduce a system of mandatory reporting on the state administrative proceedings, the number and structure of pending cases, and the number and structure of the personnel working on the administrative decision,

- Join the adoption of regulations on record keeping in the field of the office operations in electronic form, and

- Implement mandatory training and functional training of employees in the public administration in the field of administrative proceedings and field office and archive operations.

СЛОБОДА ПРИСТУПА ИНФОРМАЦИЈАМА - ЗАШТО ЈЕ ПОТРЕБНА РЕФОРМА ПРАВНОГ ОКВИРА У РЕПУБЛИЦИ СРПСКОЈ?

Бојан Влашки*

***Апстракт:** Предмет рада је право на слободан приступ информацијама, као *conditio sine qua non* одговорне и ефикасне управе, те испитивање потребе реформисања његовог правног оквира у Републици Српској. У том контексту, разматрају се његов настанак, значај и основна обиљежја, као и стандарди права на слободан приступ информацијама који су прихваћени у европским оквирима. Анализом позитивноправних рјешења у области слободе приступа информацијама у Републици Српској, настоји се утврдити достигнути ниво остварења права на слободан приступ информацијама у пракси, уз указивање на одређене недостатке и потребе за усклађивањем са стандардима прихваћеним у релевантним документима Савјета Европе. С тим у вези, износе се разлози који треба да укажу на потребу реформе правног оквира слободе приступа информацијама у Републици Српској.*

***Кључне ријечи:** Право на слободан приступ информацијама. – Приступ службеним документима. – Слобода приступа информацијама у Републици Српској.*

1. УВОД

Савремено друштво карактеришу бројне промјене у технолошкој сфери људског дјеловања. За разлику од протекла два вијека, када је друштвени развој био подстакнут индустријализацијом, XXI вијек је обиљежен нарастајућим значајем информационих технологија. Умјесто индустријских постројења, кључни друштвени ресурс постају информације. Стога се за означавање савременог друштва често користи назив „информационо друштво“.¹ Имајући у виду улогу коју управа има у регулисању и усмјеравању друштвених токова,

* Мастер права, асистент Правног факултета Универзитета у Бањој Луци.

¹ Поред овог појма, у литератури се може наћи и појам „постиндустријско друштво“. Alen Rajko, „Информацијски аспект управног права“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. 55, br. 5, Zagreb, 2005, 1272.

може се тврдити да су информације неизоставан сегмент у раду модерне јавне управе и предмет су интересовања управног права.

Постоји много дефиниција информације, које су настале на изворима различитих научних дисциплина.² С обзиром да је предмет овог рада слобода приступа информацијама у Републици Српској, послужићемо се дефиницијом информације коју даје Закон о слободи приступа информацијама Републике Српске.³ Према члану 3. став 1. овог закона, „информација“ је сваки материјал којим се преносе чињенице, мишљења, подаци или било који други садржај, укључујући сваку копију или њен део, без обзира на облик или карактеристике, као и на то када је сачињена и како је класификована.

Информације су предмет проучавања више научних дисциплина и имају низ додирних тачака са различитим гранама права, као што су уставно право (уставне норме о информационим правима и слободама), медијско право, кривично право (нпр. код противправне повреде тајности информације), грађанско право (накнада штете у вези са незаконитим и неправилним радом државних органа у информационој области), одговарајућим гранама европског права и управном науком. Ипак, правно уређење питања информација је у највећој мјери предмет управног права.⁴ С тим у вези, у литератури се може наћи одређење информацијског управног права, које у ширем смислу представља „скуп правних правила која уређују управљање информацијама од стране или уз судјеловање јавне управе“.⁵ У ужем смислу „информацијско управно право је скуп правних правила која уређују приступ информацијама јавног сектора, заштиту особних података, заштиту тајних података, управљање записима, те екстерно и интерно комуницирање јавне управе, ако није ријеч о нормама које изричито припадају другим правним гранама или другим управноправним подручјима.“⁶

Полазећи од предмета овог рада, у наредним редовима ћемо се посветити одређивању права на слободан приступ информацијама, као препознатљивог дијела тзв. информацијског управног права. Затим ће бити приказани стандарди права на слободан приступ информацијама садржани у документима Савјета Европе. На крају ћемо изложити основне елементе правног режима слободе приступа информацијама у Републици Српској, те изнијети одређене приједлоге за његово осавремењавање.

² *Ibid.*, 1273; Marija Boban, „Pravo na privatnost i pravo na pristup informacijama u suvremenom informacijskom društvu“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, vol. 49, br. 3, Split, 2012, 579.

³ Закон о слободи приступа информацијама, „Службени гласник Републике Српске“, број 20/01.

⁴ Више о додирним тачкама информација и управног права видјети: А. Rajko, 1277-1302.

⁵ Alen Rajko, „Antinomije u hrvatskom zakonodavstvu: informacijsko upravno pravo“, *Sveske za javno pravo*, 2. godište, br. 6, Sarajevo, 2011, 6.

⁶ *Ibid.*, 5-6.

2. ПОЈАМ ПРАВА НА СЛОБОДАН ПРИСТУП ИНФОРМАЦИЈАМА

Право на слободан приступ информацијама настало је из принципа јавности рада државних органа, који захтјева да грађани буду упознати са активностима које предузимају ови органи. При том се информације које посједују ти органи сматрају општим добром, које има бити доступно свим грађанима.⁷ Укратко, право на слободан приступ информацијама омогућава свакоме (физичком или правном лицу, без обзира на држављанство или сједиште) да тражи и добије информације које су у посједу субјеката који врше јавна овлашћења, осим у законом изричито прописаним случајевима.

У савременим условима може се тврдити да је право на слободан приступ информацијама постало основно људско право, а поједини аутори га изводе из слободе изражавања.⁸ Приступ грађана информацијама од јавног значаја омогућава потпуније остваривање демократских принципа у друштву и доприноси ефикаснијем раду јавне управе. Грађани који посједују релевантне информације о активностима јавне управе стичу могућност да учествују у креирању јавних политика. На тај начин, јавна управа се приближава грађанима и њиховим потребама и способнија је да утврди садржину јавних интереса које треба да штити. Осим тога, појачава се одговорност рада јавне управе, а грађани добијају ефикасно оруђе за контролу носилаца јавне власти. Пружајући грађанима могућност увида у информације које посједује, јавна власт прибавља легитимитет своје дјеловању.⁹

Ваља истаћи да државе које се задрже на нормативном уређивању права на слободан приступ информацијама, а не обавијесте грађане о његовим могућностима, нити обезбиједи ефикасан модел његове заштите, не могу очекивати достизање високог степена демократије и одговорности у раду јавне управе.¹⁰

Настанак и развој права на слободан приступ информацијама може се пратити још од XVIII вијека. Сматра се да је ово право настало у Шведској,

⁷ Dejan Milenković, Vojin Rakić, *Slobodan pristup informacijama i javna uprava*, Комитет правника за људска права, Београд, 2005, 7-8.

⁸ *Ibid.*, 13; Јелена Вучковић, „Право на слободан приступ информацијама од јавног значаја“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, LIV/2009, Ниш, 2009, 183; Polona Tepina, Matija Žgur, „Information Commissioner of the Republic of Slovenia“, *Slovenian law review*, Vol. IV, No. 1-2, Ljubljana, 2007, 310.

⁹ D. Milenković, V. Rakić, 11-13; Ljubodrag Pljakić, „Slobodan pristup informacijama od javnog značaja“, *Pravni život*, vol. 55, br. 3-4, Београд, 2006, 47-48.

¹⁰ M. Boban, 584, 591; J. Вучковић, 183; На том трагу, указујемо на став који се искристалисао у пракси Европског суда за људска права, према којем „судска контрола пружа најбоље гаранције независности, непристрасности и правилног поступка.“ Наведено према: Ruža Urošević, „Dostupnost informacija od javnog značaja prema praksi Evropskog suda za ljudska prava“, *Pravni život*, vol. 55, br. 12, Београд, 2006, 491.

гдје је законом из 1766. године грађанима признато право доступности докумената јавне власти.¹¹ Поред тога, једна одредба Декларације о правима човјека и грађанина из 1789. године може се сматрати претечом права на слободан приступ информацијама од јавног значаја.¹²

До замаха у признавању и правном уређивању права на слободан приступ информацијама долази у другој половини XX вијека. Услови за то су створени усвајањем низа међународних докумената који су на посредан начин дотицали ово питање. Тако је Универзалном декларацијом о људским правима из 1948. године у оквиру слободе мишљења и изражавања (члан 19) обухваћено „право свакога да тражи, прима и шири обавјештења и идеје (...)“.¹³ На сличан начин ово питање је уређено чланом 19. Међународног пакта о грађанским и политичким правима из 1966. године, те чланом 13. Америчке конвенције о људским правима из 1969. године. У периоду који је уследио након тога, право на слободан приступ информацијама је уграђено у правне системе већег броја држава. Међу првима су то учиниле Сједињене Америчке Државе, усвајањем закона из 1966. године. Након тога, око 30 држава је уградило право на приступ информацијама у своје уставе, док је у око 50 земаља свијета ово право законски регулисано. Овакав тренд је прихваћен и од стране одређених међународних и међудржавних организација, међу којима ћемо посебну пажњу посветити Савјету Европе и у краћим цртама Европској унији.¹³

Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода (у даљем тексту: ЕКЉП), није утврдила право на приступ информацијама као посебно људско право. С друге стране, Европски суд за људска права је својим одлукама установио обавезу држава потписница ЕКЉП да обезбједе „djелотворне и доступне процедуре“ у погледу права на приступ информацијама. Ипак, у највећем броју тих одлука овај суд у одредбама ЕКЉП није нашао утемељење за право на приступ информацијама.¹⁴ У таквим околностима, узимајући у обзир значај права на приступ информацијама за владавину права и функционисање демократског друштва, Савјет Европе је усвојио неколико докумената који постављају стандарде којима би се требале руководити државе чланице те организације. Међу овим документима издвајамо Препоруку Комитета министара Р 2002 (2) о приступу службеним документима (у даљем тексту: Препору-

¹¹ Ради се о Tryckfrihetsförordning. Овај закон је донесен на иницијативу финског свештеника Андерса Хидениуса, који се често назива „оцем слободе информисања“ и који је подстакао демократске реформе у Финској и Шведској у циљу отворености и транспарентности јавних власти. Инспирација за овај законски приједлог су му били древни кинески списи, према којима свако ко то захтјева, треба да има приступ подацима који су у посједу власти. Наведено према: D. Milenković, V. Rakić, 9; P. Tepina, M. Žgur, 313.

¹² У члану 15. Декларације о правима човјека и грађанина из 1789. године стоји да „друштво има право од сваког јавног службеника тражити извјештај о његовом пословању.“

¹³ D. Milenković, V. Rakić, 8-9; J. Вучковић, 182-183.

¹⁴ R. Urošević, 489-496.

рука), од 21. фебруара 2002. године¹⁵ и Конвенцију Савјета Европе о приступу службеним документима (у даљем тексту: Конвенција), усвојену 18. јуна 2009. године у норвешком граду Тромсу.¹⁶

Препорука садржи низ стандарда у вези са слободом приступа информацијама. Синтезом рјешења садржаних у Препоруци могуће је утврдити одређене опште принципе права на слободан приступ информацијама, као што су: *принцип начелне доступности информација садржаних у службеним документима*¹⁷, *принцип заштите најважнијих јавних интереса и заштите приватности грађана*¹⁸, *принцип ублажене формализованости поступка приступа информацијама*¹⁹ и *принцип заштите права подносилаца захтјева на приступ информацијама*²⁰.

Конвенција представља први правно обавезујући документ међународног карактера, који регулише материју права на слободан приступ информацијама. Из текста Конвенције је видљиво да су готово у потпуности преузети основни принципи права на слободан приступ информацијама садржани у Препоруци.²¹ Као гаранција спровођења стандарда из Конвенције, предвиђено

¹⁵ Поред наведене Препоруке, указујемо на Препоруку Р 81 (19) о приступу информацијама у посједу јавних органа и Препоруку Р 2000 (13) о европској политици приступа архивама.

¹⁶ До јула 2013. године Конвенција није ступила на снагу, за шта је потребно да буде ратификована од стране најмање 10 држава чланица Савјета Европе. Босна и Херцеговина је ратификовала Конвенцију 31. јануара 2012. године.

¹⁷ Право сваког лица да на захтјев приступи службеним документима у посједу јавних власти без дискриминације по било којем основу – члан 3. Препоруке; Предвиђање рокова чијим истеком престају ограничења приступа информацијама и прописивање изузетака од ових ограничења када постоји преовлађујући други јавни интерес – члан 4. ст. 3. и 2. Препоруке; Комплементарне мјере које треба да олакшају остваривање права на приступ информацијама, као што су информисање јавности, обука јавних службеника, те осигурање остваривања права подносилаца захтјева – члан 10. Препоруке; Самоиницијативно објављивање информација од стране јавних власти – члан 11. Препоруке. Текст Препоруке Р (2002) 2 о приступу службеним документима је доступан на интернет страници: http://www.access-info.org/documents/Access_Docs/Thinking/Principles/CofE_Rec_20022_access_to_docs.pdf, посјећено 20. априла 2013. године.

¹⁸ Ограничења права на приступ службеним документима прописана у складу са законом, неопходна у демократском друштву и сразмјерна циљу који штите – члан 4. ст. 1. и 2. Препоруке.

¹⁹ Непостојање обавезе подносиоца захтјева за приступ информацијама да наведе разлоге на којима темељи захтјев, те минимум услова у погледу форме захтјева – члан 5. Препоруке; Необавезност органа јавне власти да поступа по захтјеву за приступ службеном документу који се не може идентификовати, те по очигледно неразумном захтјеву – члан 6. ст. 5. и 6. Препоруке; Вишеструкост начина приступа информацијама и могућност подносиоца захтјева да се определи јели за један од њих – члан 7. Препоруке; Начелна ослобођеност подносиоца захтјева од обавезе сношења трошкова приступа информацијама – члан 8. Препоруке.

²⁰ Обавеза навођења разлога за одбијање захтјева од стране јавних власти – члан 6. ст. 7. Препоруке; Право подносилаца захтјева на експедитивну и јефтину правну заштиту, укључујући поновно разматрање захтјева од стране надлежног органа, те поступак пред судом или другим независним и непристрасним тијелом – члан 9. Препоруке; Хитност поступања по захтјеву за приступ информацијама – члан 6. ст. 3. Препоруке;

²¹ Неке од ријетких новина које Конвенција уводи у односу на Препоруку су могућност ограничења права на приступ службеним документима у дисциплинским поступцима, начелно

је успостављање Групе стручњака из области права на слободан приступ информацијама и Савјета страна уговорница Конвенције, који имају задатак да врше надзор над њеним спровођењем и предлажу предузимање мјера за њену ефикаснију примјену (чланови 11. и 12. Конвенције). Осим тога, Конвенцијом је остављена могућност њених измјена и допуна путем амандмана, чиме је омогућено да се *de lege ferenda* у њен текст уграде рјешења која би била резултат утицаја друштвених и технолошких промјена на област приступа службеним документима (члан 19. Конвенције).

У складу са тежњом за демократизацијом Европске уније, право на слободан приступ информацијама је нашло своје мјесто и у комунитарном правном поретку. Развој регулативе у овој материји текао је од засебних докумената Савјета, Парламента и Комисије, утврђивања права на приступ документима у Уговору из Амстердама и Повељи о основним правима, до доношења посебне Регулative о јавном приступу документима из 2001. године и коначно, укључивања овог права у Уговор из Лисабона.²² Поред тога, право на приступ документима представља важан елемент права на добру управу из члана 41. Повеље о основним правима Европске уније.²³

Имајући у виду да је Босна и Херцеговина члан Савјета Европе, а Република Српска један од два ентитета у БиХ, одредбе Препоруке и Конвенције представљају оквир и основу на којој се заснива регулисање слободе приступа информацијама у БиХ и Републици Српској. У том смислу посебно подвлачи-мо да је Босна и Херцеговина већ ратификовала Конвенцију, те је тиме прихватила обавезу обезбјеђења примјене минималних стандарда права на слободан приступ информацијама садржаних у њој. Узимајући у обзир да су Препорука и Конвенција усвојене након ступања на снагу Закона о слободи приступа информацијама Републике Српске, те да овај закон до данас није мијењан нити допуњаван, било би више него корисно приступити његовој анализи и усклађивању са одредбама релевантних докумената Савјета Европе.

прихватање могућности анонимног подношења захтјева за приступ службеним документима, те обавеза држава потписница Конвенције да објаве износе трошкова умножавања службених докумената. Видјети текст Конвенције о приступу службеним документима: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1377737&Site=CM>, посјећено 20. маја 2013. године.

²² Регулative из 2001. године се односи на Савјет, Парламент и Комисију, док је ступањем на снагу Лисабонског уговора право на приступ документима постало основно људско право, а обавеза његовог поштовања је проширена на „институције, тијела, канцеларије и агенције“ Европске уније. Опширније видјети: Бошко Трипковић, „Право на приступ информацијама од јавног значаја у Европској унији“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, вол. 41, бр. 3, Нови Сад, 2007, 415-437.

²³ А. Рајко, 1290-1291. Видјети: Члан 41. став 2. тачка б) Повеље о основним правима Европске уније.

3. СЛОБОДА ПРИСТУПА ИНФОРМАЦИЈАМА ПРЕМА ПОЗИТИВНОМ ПРАВУ РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ

Усвајање Закона о слободи приступа информацијама у Босни и Херцеговини и њеним ентитетима, Републици Српској и Федерацији Босне и Херцеговине, резултат је иницијативе Канцеларије Високог представника међународне заједнице, који је својом одлуком од 30. јула 1999. године позвао на доношење ових закона те, у сарадњи са мисијом Организације за европску безбједност и сарадњу (ОЕБС) у БиХ, формирао Савјетодавну групу за припремање законодавства о клевети и слободи приступа информацијама. Као резултат ових активности, октобра 2000. године усвојен је Закон о слободи приступа информацијама Босне и Херцеговине, а јуна 2001. Закон о слободи приступа информацијама Федерације Босне и Херцеговине. Народна скупштина Републике Српске усвојила је Закон о слободи приступа информацијама 2. маја 2001. године (у даљем тексту: Закон), а Закон је ступио на снагу 25. маја 2001. године.²⁴

С обзиром да Устав Републике Српске не садржи посебну одредбу о праву на слободан приступ информацијама, основни извор овог права у Републици Српској јесте Закон. Законом су утврђени сљедећи циљеви: 1) да се установи да су информације под контролом јавних органа „јавно добро од вриједности“,²⁵ те да се промовише већа транспарентност и одговорност јавних органа на основу приступа информацијама под контролом тих органа, што треба да допринесе одвијању демократских процеса; 2) да се установи право сваког лица на приступ информацијама у највећој могућој мјери у складу са јавним интересом, уз обавезу јавних органа да објаве те информације и 3) да се омогући физичким лицима да траже измјену и дају коментар на личне информације о себи које су под контролом јавног органа²⁶ (члан 1. Закона).

Јавни орган, као субјекат који посједује информације од јавног значаја је Законом широко дефинисан. То је сваки републички орган, градски орган,

²⁴ Валерија Шаула, „Слобода приступа информацијама – један од основних принципа уједињене Европе (перспективе Босне и Херцеговине)“, *Архив за правне и друштвене науке*, вол. 87, бр. 4, Београд, 2001, 568.

²⁵ Сматрамо да је ову законску формулацију (али и још неке) потребно прилагодити правној терминологији Републике Српске, те да је уместо термина „јавно добро од вриједности“ пожељно употребити термин „опште добро од јавног значаја“. У овом примјеру, може се примјетити да је текст Закона преведен са енглеског језика, на којем га је сачинила Савјетодавна група у име Канцеларије Високог представника међународне заједнице. Поједини термини коришћени у преводу на српски језик, а који су постали дио позитивног права, често проузрокују проблеме у тумачењу и примјени Закона.

²⁶ Одредба члана 1. став 1. тачка ц) Закона по својој садржини и циљу одговара материји Заштите података о личности, те би је требало изоставити из текста Закона. Наиме, питање права на захтјев за измјену и коментар на личну информацију је регулисано чланом 27. Закона о заштити личних података БиХ, „Службени гласник БиХ“, број 49/06 и 76/11.

општински орган или било који орган у Републици Српској (члан 3. став 2. Закона).

У складу са законским циљевима, право приступа информацијама је постављено као правило. Свако физичко или правно лице има право приступа информацијама које су под контролом јавног органа, а сваки јавни орган има одговарајућу обавезу да објави такве информације (члан 4. Закона). Ипак, Закон предвиђа да право приступа информацијама подлијеже двијема врстама ограничења (члан 5. Закона). С једне стране, то су формална ограничења која се односе на поступак остваривања права на приступ информацијама. Наиме, подношење захтјева за приступ информацијама и поступање по захтјеву су регулисани одговарајућим правилима поступка, те се право на приступ информацијама има остварити у складу са тим правилима. С друге стране, Законом су прецизно утврђени изузеци од права на приступ информацијама, који представљају ограничења овог права. Ови изузеци се класификују као: 1) изузеци код функција јавног органа (члан 6. Закона); 2) изузетак код повјерљивих комерцијалних информација (члан 7. Закона) и 3) изузетак код заштите приватности (члан 8. Закона). У циљу што потпунијег остварења права на приступ информацијама Законом је предвиђена могућност одступања од претходно наведених изузетака, ако постоји преовлађујући јавни интерес да информација буде доступна. Надлежни јавни орган је у том смислу, у случају да утврди постојање законског изузетка од права на приступ информацијама дужан провести „тест јавног интереса“ и утврдити да ли постоји основ за одступање од конкретног законског изузетка (члан 9. Закона).

Изузеци од права на слободан приступ информацијама, те изузеци од ових изузетака представљају најсложеније питање у области слободног приступа информацијама. Наиме, овдје је ријеч о колизији два или више различитих интереса. При томе се од службеника који поступају по захтјевима за слободан приступ информацијама захтјева да пажљиво оцијене сваки од тих интереса, те пруже правну заштиту оном који је у конкретном случају најпретежнији. Све то подразумјева примјену одговарајућег правно утемељеног поступка, како би се оцјењивање и одлучивање о захтјеву за приступ информацијама спровело законито и објективно, те успоставила одговарајућа равнотежа супротстављених интереса. У недостатку изграђене управне и судске праксе о овом питању у Републици Српској,²⁷ ослањајући се на међународна и законска рјешења, те

²⁷ С тим у вези, извршили смо испитивање степена примјене управно-судске контроле у области слободе приступа информацијама у Републици Српској. Окружним судовима у Републици Српској и Врховном суду Републике Српске смо упутили захтјеве за приступ информацијама, захтјевајући да одговоре да ли су у досадашњем раду поступали по правним лијековима у области слободе приступа информацијама. Окружни судови у Добоју, Бијељини, Источно Сарајеву и Требињу су у одговорима навели да нису имали предмете из ове области, а исто важи и за Врховни суд Републике Српске. Окружни суд у Бањој Луци је одговорио на захтјев након истека законом прописаног рока и у складу са захтјевом омогућио дјелимичан приступ једној (вјероватно и јединој) пресуди из предметне области.

доступну упоредноправну праксу,²⁸ предлагемо да се одлучивање о захтјеву за слободан приступ информацијама код којег постоји основ за примјену изузетака врши у одређеним оквирима. Ти оквири су: 1) изузеци од права на слободан приступ информацијама морају бити прописани законом;²⁹ 2) изузеци од права на слободан приступ информацијама морају бити неопходни у демократском друштву;³⁰ 3) изузеци од права на слободан приступ информацијама морају бити сразмјерни сврси ради које су предвиђени;³¹ 4) примјена изузетака од права на слободан приступ информацијама долази у обзир само када се откривањем информације основано може очекивати изазивање значајне штете по законом утврђене јавне интересе, односно када би из објављивања информације простекла штета за повјерљиве комерцијалне интересе треће стране, као и када тражене информације укључују личне интересе који се односе не приватност трећег лица;³² 5) када надлежни јавни орган утврди постојање изузетка, обавезан је спровести тзв. тест јавног интереса.³³ Мишљења смо да је горе наведени

²⁸ Видјети праксу Повереника за информације од јавног значаја и заштиту података о личности Републике Србије објављену у публикацији „Слободан приступ информацијама: извод из праксе Повереника“:

<http://www.poverenik.rs/sr/publikacije/prirucnici/1393-slobodan-pristup-informacijama-izvod-iz-prakse-poverenika.html>, посјећено 19. маја 2013. године.

²⁹ Овај услов је предвиђен како у члану 4. Препоруке и члану 3. Конвенције, тако и у члану 5. Закона.

³⁰ Ријеч је о правном стандарду који је утврђен у члану 4. Препоруке, односно члану 3. Конвенције, а подразумјева да се изузеци од права на слободан приступ информацијама примјењују само уколико демократско друштво не посједује механизме којима ће се у мањој мјери ограничити ово право и заштитити одговарајући интереси.

³¹ Када утврди да постоје услови за примјену изузетка од права на слободан приступ информацијама, надлежни јавни орган је дужан да то учини сразмјерно циљу ради којег је тај изузетак установљен, те да омогући уживање права на слободан приступ информацијама у мјери у којој је то законом могуће и дозвољено. На том трагу указујемо на члан 10. Закона, према којем је информација у правилу доступна у цјелини, а у случају да се у односу на њен дио има примјенити неко од законских ограничења она ће бити доступна дјелимично.

³² Могућност наступања штете по законом утврђене интересе мора бити утврђена у сваком конкретном случају. С тим у вези, нарочито је значајно да се у образложењу рјешења којим се одбија захтјев за приступ информацијама наведу разлози за доношење таквог рјешења, уз што прецизније навођење значајних штетних посљедица које се у конкретном случају могу очекивати. Само позивање на законски изузетак, без навођења разлога због којих је тај изузетак примјењен у конкретном случају, не указује да је примјена изузетка основана.

³³ Сврха „теста јавног интереса“ се састоји у свођењу могућности за злоупотребе изузетака од права на слободан приступ информацијама на најмању могућу мјеру. Након што утврди да је на конкретан случај потребно примјенити одговарајући изузетак, јавни орган је у складу са чланом 9. став 2. Закона обавезан размотрити околности као што су (али нису ограничене на), свако непоштовање законске обавезе, постојање било каквог преступа, судску погрешку, злоупотребу власти или немар у обављању службене дужности, неовлашћено коришћење јавних фондова, или опасност по здравље или безбједност појединца, јавности или околине. Надлежни орган ће објавити захтјевану информацију, уколико је то према горе наведеним околностима у јавном интересу, узимајући у обзир сваку корист или сваку штету која из тога може наступити. С обзиром да се овдје ради о тзв. изузетима од изузетака, они се морају крајње рестриктивно тумачити.

поступак неопходно регулисати путем посебног Упутства, како би се олакшало његово провођење у пракси.³⁴

Поступак приступа информацијама се покреће пред органом за којег подносилац захтјева за приступ информацијама сматра да је надлежан, односно да посједује тражене информације, при чему јавни орган не може испитивати, нити захтјевати изношење разлога за подношење захтјева. Формални услови за ваљаност захтјева су минимални,³⁵ а подношење захтјева је могуће и путем законског заступника и пуномоћника (члан 11. Закона). Иако су оваква законска рјешења у великој мјери у складу са Препоруком и Конвенцијом, могуће је додатно умањити формалне услове за подношење захтјева, тако што би се омогућило усмено подношење захтјева на записник код надлежног јавног органа. Пожељно је, у складу са Препоруком и Конвенцијом, Законом омогућити подносиоцу захтјева за приступ информацијама да већ у захтјеву наведе начин на који жели да му информација буде доступна. При томе, подносиоцу захтјева треба оставити широку могућност избора, укључујући непосредан увид, достављање фотокопије документа, односно достављање информација електронским путем.

Уколико захтјев садржи формалне недостатке, надлежни јавни орган ће што је прије могуће, а најкасније у року од 8 дана, дописом обавјестити подносиоца захтјева да захтјев не може бити обрађен из тог разлога. Истим дописом ће подносилац бити обавјештен о могућности подношења жалбе на допис и обраћања институцији Омбудсмана Републике Српске, те да ће се преиначени захтјев третирати као нови захтјев (члан 12. Закона).

Имајући у виду да поступак приступа информацијама представља посебни управни поступак, претходну одредбу би требало ускладити са Законом о општем управном поступку³⁶ (у даљем тексту: ЗУП). Усклађивање треба учинити тако што би у случају постојања формалних недостатака захтјева, надлежни јавни орган позвао подносиоца да уреди захтјев у одговарајућем року. Уколико подносилац захтјева не поступи у складу са тим позивом, орган би закључком одбацио захтјев, уз навођење поуке о правном лијеку. На сличан начин, ненадлежни јавни орган би умјесто дописом, у року од 15 дана закључком обавијестио подносиоца захтјева да је прослиједио захтјев надлежном јавном

³⁴ Министарство правде Републике Српске је чланом 24. став 2. Закона, између осталог, овлашћено на доношење упутства, ради обезбјеђења његовог прописаног и ефикасног провођења. До јула 2013. године, Министарство је усвојило једино Упутство о трошковима умножавања материјала, „Службени гласник Републике Српске“, број 64/01, на шта је изричито било обавезано Законом.

³⁵ Захтјев мора бити поднесен у писаној форми, написан на једном од службених језика у БиХ. Поред тога, захтјев мора садржавати довољно података у вези са природом и/или садржајем информација, како би се омогућило да јавни орган спроведе редовне активности у циљу проналажења захтјеваних информација. На крају, захтјев мора укључити име подносиоца захтјева, као и податке за контакте са подносиоцем захтјева.

³⁶ Закон о општем управном поступку, „Службени гласник Републике Српске“, број 13/02, 87/07 и 50/10.

органу, односно да због ненадлежности не може поступати по захтјеву, а да се не може утврдити сједиште надлежног јавног органа (члан 13. Закона).

До мериторног окончања поступка приступа информацијама долази на два начина. Правило је да када јавни орган утврди да су испуњени услови за приступ информацијама, дописом обавјештава подносиоца захтјева да је приступ информацијама одобрен, предочавајући му могуће начине приступа информацијама. Супротно томе, када надлежни јавни орган утврди постојање једног од Законом предвиђених изузетака, дописом ће обавјестити подносиоца да је захтјев за приступ информацијама одбијен, у цјелини или дјелимично, навести разлоге одбијања, те упутити подносиоца захтјева на могућност подношења жалбе и обраћања институцији Омбудсмана Републике Српске. Општи законски рок за поступање по захтјеву за приступ информацијама је 15 дана од дана подношења захтјева (члан 14. Закона).

Анализом члана 14. Закона уочава се да су мериторне одлуке јавних органа у поступку приступа информацијама, као и њихове немериторне одлуке (члан 12. и 13. Закона), Законом дефинисане као „допис“. Стога је потребно да се и у овом дијелу изврши усклађивање Закона са ЗУП-ом, а мериторне одлуке именују као „рјешења“. С тим у вези, ове одлуке би морале да садрже све елементе рјешења у управном поступку, а у случају одбијања захтјева у образложењу рјешења би се морали навести сви разлози којима се јавни орган руководи приликом одлучивања у конкретном случају, уз обавезно навођење поуке о правном лијеку.

Поред наведеног, потребно је изричито Законом прописати да се на поступак слободног приступа информацијама супсидијарно примјењује ЗУП, нарочито ако се има у виду да је један од основних проблема у примјени Закона одуговлачење првостепеног и другостепеног поступка, а одлуке надлежног јавног органа често немају образложење и поуку о правном лијеку.³⁷ Тиме би се подносиоцима захтјева за приступ информацијама омогућила правна заштита у управном поступку, али и судска заштита у управном спору. Судска заштита права на приступ информацијама је, уосталом, један од модалитета предвиђен Препоруком и Конвенцијом, те би је требало Законом изричито предвидјети.³⁸

³⁷ Видјети Годишњи извјештај о резултатима активности институције Омбудсмана за људска права Босне и Херцеговине за 2012. годину, 34. http://www.ombudsmen.gov.ba/documents/ombudsmen_doc2013040401341524ser.pdf, посјећено 4. априла 2013. године. Илустративни примјери нерјешавања јавних органа у поступку приступа информацијама у Републици Српској могу се наћи у пракси институције Омбудсмана за људска права БиХ. Видјети: Препоруку у предмету број: Ж-БЛ-05-167/12 и Препоруку П-32/13.

³⁸ Једно од могућих и корисних рјешења у циљу осигурања заштите права на слободан приступ информацијама било би установљење Повјереника за слободан приступ информацијама. Писуство овакве институције у правном систему Републике Српске би несумњиво допринијело уједначавању управне праксе у предметној области, о чему свједоче корисна искуства из других држава (нпр. Републике Србије и Републике Словеније). Ипак, мишљења смо да је у овом тренутку приоритетно осигурати судску заштиту права на слободан приступ информацијама, а

Измјенама Закона у овом правцу би се уједначио систем заштите права на приступ информацијама у Босни и Херцеговини, имајући у виду да су Закони о слободи приступа информацијама БиХ³⁹ и Федерације БиХ⁴⁰ већ измијењени у овом правцу.

Када је ријеч о језику на којем су информације доступне, правило је да то буде на једном од званичних језика Босне и Херцеговине, али је Законом остављена могућност да то буде и на другом језику, уколико је захтјев написан тим језиком и ако је то могуће учинити (члан 15. Закона). Поред тога, прописано је да јавни орган не наплаћује накнаде или таксе за подношење захтјева или за дописе у смислу Закона. Накнаде се наплаћују само за стварни трошак умножавања докумената, а копирање првих 10 страна документа се не наплаћује (члан 16. Закона). Оваква законска рјешења су у складу са принципом ублажене формализованости поступка приступа информацијама.

У члану 17. Закона утврђено је право на измјену или давање коментара на личне информације. У вези са тим, ваља напоменути да је 2006. године усвојен Закон о заштити личних података БиХ,⁴¹ који се примјењује на територији Републике Српске, те да се чланом 27. тог закона уређује питање приступа личним информацијама. Имајући то у виду, сматрамо да би одредбу из члана 17. требало изоставити из текста Закона.

Један од кључних предуслова за примјену Закона јесте испуњеност кадровских услова и постизање високог степена одговорности јавних органа. У том циљу утврђена је обавеза јавних органа да именују службеника за информисање, који обрађује захтјеве сачињене у складу са Законом (члан 19. Закона). Ради олакшања приступа информацијама, утврђена је обавеза јавних органа да израде водиче којима ће олакшати приступ информацијама и грађанима приближити одредбе Закона, те сачине индексе регистра у којима ће бити наведене врсте информација које су под контролом јавног органа. Осим тога, Закон је установио обавезу достављања статистичких података Народној скупштини и Омбудсману РС и годишњих извјештаја Народној скупштини (члан 20. Закона). Према подацима наведеним у Годишњем извјештају о резултатима активности институције Омбудсмана за људска права Босне и Херцеговине за 2012. годину, свега 5 јавних органа из Републике Српске је институцији Омбудсмана БиХ доставило податке о службенику за информисање, водичу и индекс регистру, док статистичке податке из члана 20. Закона доставља 18 јавних органа.⁴² Ови подаци указују да је неопходно појачати одговорност

институцију Повјереника формирати тек пошто се створе услови (нормативни, материјални и кадровски) неопходни за њен ефикасан рад.

³⁹ Закон о слободи приступа информацијама, „Службени гласник БиХ“, број 20/00, 45/06, 102/09 и 62/11.

⁴⁰ Закон о слободи приступа информацијама, „Службене новине ФБиХ“, број 32/01 и 48/11.

⁴¹ Закон о заштити личних података, „Службени гласник БиХ“, број 49/06 и 76/11.

⁴² Видјети Годишњи извјештај о резултатима активности институције Омбудсмана за људска

јавних органа у Републици Српској у циљу примјене Закона, између осталог и кроз прописивање казних одредби које ће се односити на одговорна лица у јавним органима. Такође је потребно подстаћи јавне органе да, у складу са Препоруком и Конвенцијом, самоиницијативно објављују информације од јавног значаја, при чему је нарочито потребно искористити могућности које пружа интернет. Коначно, један од важних сегмената одговорности јавних органа би било уређење заштите тзв. узбуњивача,⁴³ уграђивањем посебних одредби о томе у текст Закона или доношењем посебног закона. Ова лица морају бити ослобођена законских и других санкција, ако је откривање информација до којих су дошли у свом раду у интересу јавности. У вези са тим, потребно је регулисати и одговорност лица која прекрше одредбе о заштити узбуњивача.

Закон је у члановима 21. и 22. посебно регулисао улогу и активности Омбудсмана Републике Српске у циљу његове примјене. Имајући у виду да је Омбудсман Републике Српске престао са радом, те да су његове надлежности пренесене на институцију Омбудсмана Босне и Херцеговине и ове промјене би требало уврстити у предстојеће измјене Закона. Посебну пажњу треба посветити надзорним активностима које институција Омбудсмана БиХ треба да спроводи у циљу осигурања потпуне примјене Закона и заживљења права на слободан приступ информацијама у пракси.⁴⁴

права Босне и Херцеговине за 2012. годину, 33.

http://www.ombudsmen.gov.ba/documents/obmudsmen_doc2013040401341524ser.pdf, посјећено 4. априла 2013. године.

⁴³ Узбуњивачи или звиждачи (енг. Whistleblowers) су јавни службеници који открију информације о незаконитостима и неправилностима у раду јавног органа, које су сазнали у вршењу службе. Значај заштите узбуњивача у циљу осигурања транспарентности и законитости у раду јавне управе потврђују и актуелна дешавања у вези са објелодањивањем информација о програмима надзора интернета од стране америчке Националне агенције за безбједност (НСА), објављених у британском листу Гардијан јуна 2013. године. Кршења права на приватност корисника интернета широм свијета, која су резултирала реализацијом тих програма, изазвала су значајну пажњу јавности. Едварда Сноудена, узбуњивача у овом случају и бившег упосленика НСА, Федерално тужилаштво Сједињених Америчких Држава је 14. јуна 2013. године оптужило за шпијунажу и крађу владине имовине, а 23. јуна 2013. године је лишен држављанства САД. Сноуден од 23. јуна 2013. борави у транзитној зони московског аеродрома Шереметјево, гдје чека одговор на захтјеве за азил које је упутио у више од 20 држава. При томе је изложен страховитом притиску администрације САД, а исти притисак трпе и државе које су примиле захтјеве за азил. Иако дешавања у вези са овим случајем јасно указују да свијет у којем живимо има обиљежја Орвелове 1984, надамо се да ће Сноуденов акт утицати на буђење свијести (нарочито међу јавним службеницима) о неопходности транспарентности и заштите основних људских права у раду јавне управе. Више него корисно би било покретање јавне дебате о потреби балансирања интереса јавности да зна са интересима националне безбједности и правом на приватност. У том смислу, сматрамо да је правно регулисање заштите узбуњивача и њено дјелотворно спровођење у пракси насушна потреба сваког друштва које претендује да буде отворено и демократско. Наведено према: http://en.wikipedia.org/wiki/Edward_Snowden, посјећено 11. јула 2013. године.

⁴⁴ Као једно од важних надзорних овлашћења Омбудсмана БиХ истичемо могућност покретања прекршајних и других правних поступака, прописану чланом 4. Закона о Омбудсману за људска права Босне и Херцеговине, „Службени гласник БиХ“, број 19/02, 35/04, 32/06 и 38/06.

4. ЗАКЉУЧАК

Проведеним истраживањем је идентификовано неколико разлога у прилог тези да правни оквир слободе приступа информацијама у Републици Српској треба реформисати.

Прво, поједини појмови кориштени у Закону доводе до потешкоћа у примјени Закона у пракси. Илустративан примјер јесте појам „допис“, којим се означавају како немериторне, тако и мериторне одлуке јавног органа у поступку приступа информацијама. С обзиром да тај поступак представља посебни управни поступак, у којем се супсидијарно примјењују одредбе ЗУП-а, потребно је појам „допис“ замијенити појмом „рјешење“, када је ријеч о мериторним одлукама у поступку, а појмом „закључак“ када је ријеч о немериторним одлукама у поступку. Тиме би се јасније нагласила повезаност Закона са ЗУП-ом и побољшала правна заштита странака у управном поступку.

Друго, систем правне заштите подносилаца захтјева за приступ информацијама није прецизно уређен Законом. Измјенема Закона требало би изричито прописати право на правну заштиту у другостепеном управном поступку и судску заштиту у управном спору. Судска заштита права на приступ информацијама је један од модалитета предвиђен Препоруком и Конвенцијом, што је један од аргумената овом приједлогу. Поред тога, у пракси Европског суда за људска права је, у вези са чланом 6. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, заузет став да судска контрола пружа најбоље гаранције независности, непристрасности и правилног поступка.

Треће, потребно је детаљније уредити поступак одлучивања о захтјеву за приступ информацијама у случајевима постојања основа за примјену изузетака од права на приступ. У недостатку изграђене управне и судске праксе о овом питању у Републици Српској, предлажемо примјену одговарајућих међународних критеријума, уз релевантна законска рјешења и обавезно провођење тзв. теста јавног интереса у сваком конкретном поступку ове врсте.

Четврто, имајући у виду да је 2006. године ступио на снагу Закон о заштити личних података БиХ, те да су тим законом регулисана питања која су предмет Закона, неопходно је ускладити ова два законска прописа.

Из анализе статистичких података институције Омбудсмана БиХ видљиво је да је низак степен примјене Закона један од основних проблема у пракси. Стога је важно да јавни органи испуне организационе и кадровске услове за примјену Закона, те да се постигне висок степен одговорности јавних органа. На том трагу, Законом треба прописати казнене одредбе. Даље, неопходно је прописати посебне одредбе о надзору над примјеном Закона, при чему би главну улогу требала да има институција Омбудсмана за људска права Босне и Хер-

цеговине, с обзиром да је институција Омбудсмана Републике Српске престала са радом. Најзад, потребно је правно уредити обавезу јавних органа да, у складу са Препоруком и Конвенцијом, самоиницијативно објављују информације од јавног значаја, те предвидјети одредбе о заштити тзв. узбуњивача.

Bojan Vlaški, LL.M

Assistant lecturer

University of Banja Luka, Faculty of Law

FREEDOM OF ACCESS TO INFORMATION – WHY IS IT NECESSARY TO REFORM THE LEGAL FRAMEWORK IN THE REPUBLIC OF SRPSKA?

Summary

The subject of this paper is the right of free access to information as a condition sine qua non of responsible and efficient administration, as well as assessment of the need to reform its legal framework in the Republic of Srpska. In this context, it discusses origin, significance and main characteristics of the right of free access to information, as well as the standards of this right in the European framework. The analysis of positive legal solutions in the field of freedom of access to information in the Republic of Srpska, seeks to determine the achieved level of exercising the right of free access to information in practice, highlighting, in particular, the deficiencies and the need to apply the standards accepted by the relevant Council of Europe documents. In this regard, the paper attempts to answer the question of why we need to reform the legal framework of freedom of information in the Republic of Srpska.

Key words: *The right of free access to information. - Access to official documents. - Freedom of access to information in the Republic of Srpska.*

PРАВНА ПРИРОДА АКТА У ПОСТУПКУ АКРЕДИТАЦИЈЕ ВИСОКОШКОЛСКИХ УСТАНОВА

Jelena Starčević, mr*

***Apstrakt:** Akreditacija je postupak obezbjeđenja kvaliteta visokoškolske ustanove ili studijskog programa, zasnovan na samovrednovanju visokoškolske ustanove i ocjeni nezavisnih stručnjaka, s ciljem prepoznavanja i unapređenja kvaliteta visokog obrazovanja u okviru Evropskog prostora visokog obrazovanja. U postupku akreditacije nadležni organi i tijela donose niz akata čija je priroda, sadržina i posljedice koje proizvode u postupku akreditacije različita. Generalno, ovi akti se mogu podijeliti na upravne akte i na ostale akte (pismo očekivanja, izvještaj komisije, preporuka Agencije). Međutim, nedovoljno jasne odredbe važećih propisa o ulozi koju u postupku akreditacije imaju neki od njih izaziva različite, a ponekad i oprečne stavove o pravnoj prirodi ovih akata.*

***Ključne riječi:** akreditacija, rješenje, dozvola za rad, licenca, visokoškolske ustanove.*

1. UVOD

Akreditacija u najširem smislu riječi znači potvrdu, odnosno procjenu da određeni subjekt, procedura ili proizvod ispunjava propisane standarde. U smislu visokog obrazovanja, pod akreditacijom se podrazumijeva potvrda standarda kvaliteta na određenoj visokoškolskoj ustanovi ili konkretnog studijskog programa. Akreditacija se takođe, u široj javnosti upotrebljava kao sinonim za upravni akt koji se, po okončanju postupka akreditacije, izdaje od strane nadležnog organa, kao dokaz o utvrđenom standardu kvaliteta.

Kvalitet je pojam koji nema zajedničku definiciju koja bi se mogla primijeniti u svim područjima, za svaki fenomen ili subjekt. Kod složenijih ili apstraktnijih objekata, „mjerjenje“ kvaliteta je teže, pa je teže doći do zadovoljavajuće definicije. Razlog, zašto nije moguće naći jedinstvenu definiciju za kvalitet visokog obrazovanja u literaturi leži u činjenici da je obrazovanje upravo jedan od tih složenih i apstraktnih objekata.¹

* Секретар Комисије за информисање и признавање докумената из области високог образовања у Министарству просвете и културе Републике Српске.

¹ В.Ћурковић, „Status Agencije za razvoj visokog obrazovanja i osiguranje kvalitete i proces akreditacije visokoškolskih ustanova u Bosni i Hercegovini sa posebnim osvrtom na Federaciju Bosne i Hercegovine“.

Osiguranje kvaliteta je primarni cilj iz bolonjskog procesa, utvrđen kao jedan od šest ciljeva u samoj Bolonjskoj deklaraciji.² U Bosni i Hercegovini i Republici Srpskoj je, kao i u većini drugih zemalja potpisnica ove deklaracije, akreditacija propisana kao instrument za eksterno, tj. spoljašnje osiguranje kvaliteta.³ Najbolji model, tj. sistem akreditacije zahtijeva proceduru od četiri koraka koji se sprovode od strane akredicionog tijela i to na način koji obezbjeđuje nezavisnost i nepristrasnost u odnosu na političku vlast i visokoškolske ustanove. Ta četiri koraka su: izvještaj o samovrednovanju, posjeta nezavisnih stručnjaka (komisije) visokoškolskoj ustanovi, objavu spoljnog izvještaja stručnjaka o kvalitetu i naknadne aktivnosti.

Akreditacija u Bosni i Hercegovini i Republici Srpskoj regulisana je odredbama Zakona o visokom obrazovanju,⁴ koji je *lex specialis* u odnosu na Zakon o opštem upravnom postupku.⁵ Postupak akreditacije sprovodi Agencija za akreditaciju visokoškolskih ustanova Republike Srpske uz pomoć Agencije za razvoj visokog obrazovanja i osiguranje kvaliteta Bosne i Hercegovine. Obje institucije su osnovane zakonima kao upravne organizacije, radi obavljanja poslova u oblasti akreditacije i osiguranja kvaliteta u visokom obrazovanju. Imajući u vidu da su zakonima osnovane posebne institucije radi provođenja postupka akreditacije i osiguranja kvaliteta, te da pravila postupka akreditacije odstupaju od opštih pravila upravnog postupka, nesumnjivo je da akreditacija predstavlja poseban upravni postupak.

2. POSTUPAK POČETNE AKREDITACIJE

Postupak početne akreditacije, tj. licenciranja, u ovom radu će se obraditi u mjeri koja je dovoljna da bi se predstavila razlika između akata koji se donose u ovom postupku i akata koji se donose u postupku akreditacije. U postupku licenciranja utvrđuje se da li visokoškolska ustanova ispunjava uslove za početak rada i obavljanje djelatnosti visokog obrazovanja te se, ukoliko je izvještaj komisije za licenciranje pozitivan, donosi rješenje kojim se utvrđuje ispunjenost uslova za početak rada i obavljanje djelatnosti.⁶ Na osnovu ovog rješenja, ministar prosvjete i kulture izdaje dozvolu za rad visokoškolskoj ustanovi, nakon čega visokoškolska ustanova podnosi zahtjev za upis u Registar visokoškolskih ustanova i Registar nastavnika i saradnika.⁷

govine“, Zbornik radova sa međunarodnih okruglih stolova o implementaciji Bolonjskog procesa u Federaciji Bosne i Hercegovine, Federalno ministarstvo obrazovanja i nauke, ISSN 2303-4408, str. 101.

² Joint declaration of the European Ministers of Education, Bologna, 1999, <http://www.bologna-bergen2005.no>, UK Bologna Web Site, 07.05.2013.

³ Za razliku od spoljašnjeg, postoji i interno, tj. unutrašnje osiguranje kvaliteta ili samovrednovanje koje sprovode same visokoškolske ustanove. U Bosni i Hercegovini, samovrednovanje je u pozitivnopravnim propisima predviđeno kao prvi stadijum, tj. korak u postupku akreditacije.

⁴ Okvirni zakon o visokom obrazovanju („Službeni glasnik BiH“ br. 59/07 i 59/09) i Zakon o visokom obrazovanju („Službeni glasnik Republike Srpske“ br. 73/10,104/11 i 84/12).

⁵ „Službeni glasnik Republike Srpske“ br. 13/02, 87/07 i 50/10.

⁶ Član 19 i 20 Zakona o visokom obrazovanju Republike Srpske.

⁷ Član 21 cit. zakona.

Po sadržini i izgledu, dozvola za rad nema sve elemente upravnog akta, već po svojoj svečanoj formi podsjeća na certifikat o kvalitetu, te se stoga postavlja pitanje njene pravne prirode, odnosa sa rješenjem o ispunjenosti uslova za početak rada i obavljanje djelatnosti i uopšte opravdanosti njenog propisivanja. Čini se da bi efikasnije bilo da se, umjesto rješenja o ispunjenosti uslova za početak rada i obavljanje djelatnosti, na osnovu izvještaja komisije za licenciranje izda dozvola za rad koja u tom slučaju, može imati formu i sadržinu upravnog akta, odnosno pozitivnog rješenja kojim se usvaja zahtjev visokoškolske ustanove za licenciranje.

U slučaju da se u postupku licenciranja utvrdi da visokoškolska ustanova ne ispunjava zakonom i drugim propisima utvrđene uslove za početak rada i obavljanje djelatnosti, odnosno ukoliko ista u ostavljenom roku ne otkloni uočene nedostatke na koje je upozorila komisija za licenciranje, ministar donosi rješenje kojim se odbija zahtjev visokoškolske ustanove. U pitanju je, dakle, negativni upravni akt koji, po pravilu, ne može steći svojstvo formalne pravnosnažnosti, a koji je konačan u upravnom postupku, te protiv njega nije dozvoljena žalba, već se može pokrenuti upravni spor pred nadležnim sudom u roku od 30 dana od dana njegovog rješenja.

3. POSTUPAK AKREDITACIJE

Postupak akreditacije započinje podnošenjem zahtjeva od strane visokoškolske ustanove Agenciji za akreditaciju visokoškolskih ustanova Republike Srpske (u daljem tekstu: Agencija RS).⁸ Podnošenju zahtjeva prethodi postupak samovrednovanja i ocjene kvaliteta, koji visokoškolska ustanova sprovodi u skladu sa odredbama Zakona o visokom obrazovanju Republike Srpske. Informacija o postupku i rezultatima samovrednovanja predstavlja preduslov za podnošenje zahtjeva za akreditaciju.⁹ U tom smislu, proces samoevaluacije u skladu sa propisanim standardima i smjernicama¹⁰ predstavlja najbitniju fazu u postupku akreditacije jer bez nje nema ni eksternog vrednovanja, odnosno evaluacije.

Kada je riječ o procesu samovrednovanja, značajnu ulogu u njegovoj realizaciji igra svijest svih aktera na visokoškolskim ustanovama (rukovodstva, administrativnog osoblja, nastavnika, saradnika, studenata) o njihovoj ulozi u postizanju konačnog rezultata. Kultura kvaliteta nije toliko zasnovana na pravilima i procedu-

⁸ Agencija za akreditaciju visokoškolskih ustanova Republike Srpske, <http://www.hears.com/>, 09.05.2013. godine.

⁹ U skladu sa odredbom člana 25, stav 1 Zakona o visokom obrazovanju, samovrednovanje se obavlja kontinuirano po pravilu na kraju akademske godine, a najviše u intervalima od tri godine; ovo implicira da visokoškolska ustanova može podnijeti zahtjev za akreditaciju tek po proteku prve godine izvođenja studija, osim ukoliko nije u pitanju početna akreditacija, tj. licenciranje koje se sprovodi za novoosnovane visokoškolske ustanove i studijske programe.

¹⁰ Standardi i smjernice za osiguranje kvaliteta (ESG) usvojeni su u Bergenu 2005. godine, European University Association (EUA), <http://www.eua.be/eua-work-and-policy-area/quality-assurance.aspx> 09.05.2013.

rama (koje imaju važeću ulogu kada su u pitanju pojedinačne aktivnosti), već na principima, koji kao cilj, imaju izgradnju i očuvanje povjerenja svih aktera i podržavanje njihovog učešća u nastojanjima univerziteta da primjenjuje kvalitet. Među ovim principima su:

... Osnaživanje internih kapaciteta u svrhu razvijanja ciljeva, inicijativa i mjera vezanih za kvalitet: ako osobe koje nisu dio uprave – čak i simbolički – budu oslobođene odgovornosti za kvalitet svog rada, oni će biti demotivirani i odolijevat će procedurama (mjerenja) koje im se nameću, dok će uprava univerziteta uskoro biti preopterećena nastojanjem da sama osigura potrebni kvalitet. Tako je značajno ohrabriti sve interesne grupe uključene u nastavni proces i omogućiti im da sami naprave svoje ciljeve, inicijative i mjere za kvalitet, unutar cjelokupnog okvira koji definira opća politika za osiguranje kvaliteta na univerzitetu, te produktivno iskoristiti sposobnosti samoorganiziranja svake od tih grupa. Na ovaj način, sve članice univerziteta odgovorne su za napredak u organizaciji.¹¹

Prije podnošenja zahtjeva, visokoškolske ustanove imaju pravo konsultacija sa Agencijom RS o formi i sadržaju obrasca za aplikaciju, kako bi se upoznali sa trajanjem i procedurom akreditacije.¹²

Nakon što Agencija zaprimi zahtjev za akreditaciju, direktor Agencije rješenjem imenuje koordinatora procesa eksterne evaluacije iz reda zaposlenih u Agenciji RS ili iz reda spoljnih saradnika Agencije RS koji su osposobljeni za koordinaciju procesa eksterne evaluacije. Na osnovu informacija iz obrasca za aplikaciju koji zainteresovane visokoškolske ustanove mogu preuzeti sa njene web stranice, Agencija RS provjerava upotpunjenost aplikacije i provjerava legitimnost putem pribavljanja informacija kod nadležnih organa.¹³ Ukoliko isti nisu ispunjeni, visokoškolskoj ustanovi se ostavlja rok za otklanjanje utvrđenih nedostataka.¹⁴ Nakon provjere elemenata ugovora od strane visokoškolske ustanove, Agencija RS organizuje zvanično potpisivanje ugovora sa visokoškolskom ustanovom, dok koordinador predlaže direktoru sastav Komisije stručnjaka u koju obavezno treba da bude uključen jedan student i najmanje jedan strani ekspert. Direktor Agencije RS prosljeđuje prijedlog Komisije stručnjaka Agenciji za razvoj visokog obrazovanja i osiguranje kvaliteta

¹¹ D.Mujkić, „Osiguranje kvaliteta u visokom obrazovanju, Interno osiguranje kvaliteta i trendovi u Jugoistočnoj Evropi“, Zbornik radova sa međunarodnih okruglih stolova o implementaciji Bolonjskog procesa u Federaciji Bosne i Hercegovine, Federalno ministarstvo obrazovanja i nauke, ISSN 2303-4408, str. 92 i 93.

¹² Procedura za akreditaciju visokoškolskih ustanova, Agencija za akreditaciju visokoškolskih ustanova Republike Srpske, http://www.heaars.com/dokumenti/Procedura_za_akreditaciju.pdf, 09.05.2013.

¹³ Agencija RS kontaktira Ministarstvo prosvjete i kulture Republike Srpske sa upitom o tome da li konkretna visokoškolska ustanova koja je podnijela zahtjev ima početnu akreditaciju, tj. licencu i da li je upisana u Registar visokoškolskih ustanova koje vodi ovo ministarstvo (isto važi i za studentske programe koji su navedeni u zahtjevu za akreditaciju).

¹⁴ U stvari, riječ je o pozivu na otklanjanje nedostataka i paricionom roku koji, u skladu sa odredbom člana Agencija određuje, a čija se dužina utvrđuje u zavisnosti od vrste i složenosti nedostataka koji visokoškolska ustanova treba otkloniti.

Bosne i Hercegovine koja, u roku od 7 dana, imenuje Komisiju stručnjaka. Ukoliko Agencija za razvoj visokog obrazovanja i osiguranje kvaliteta Bosne i Hercegovine (u daljem tekstu: Agencija BiH) u ovom roku ne imenuje Komisiju, smatra se da je izvršeno imenovanje u predloženom sastavu, nakon čega Agencija RS zaključuje ugovore o angažovanju sa članovima Komisije.¹⁵

Imenovana Komisija stručnjaka vrednuje kvalitet visokoškolske ustanove i studijskog programa tako što prvo pregleda aplikaciju (zahtjev) i drugu dokumentaciju visokoškolske ustanove, uključujući i izvještaj o samovrednovanju, a potom neposrednim uvidom, tj. posjetom visokoškolskoj ustanovi utvrđuje uslove rada i obavljanja djelatnosti i upoređuje iste sa propisanim standardima i kriterijumima.¹⁶ Nakon obavljene posjete, Komisija sačinjava prijedlog izvještaja kojeg, posredstvom koordinatora, prosljeđuje visokoškolskoj ustanovi na razmatranje. Ukoliko visokoškolska ustanova utvrdi postojanje materijalnih propusta u radu Komisije koji mogu uticati na davanje mišljenja o akreditaciji o tome obavještava Agenciju RS u roku od 15 dana. Agencija RS upoznaje Komisiju s prigovorom koja, nakon razmatranja njegove opravdanosti, u roku od 15 dana sačinjava konačan izvještaj o eksternoj evaluaciji sa mišljenjem za izdavanje rješenja o akreditaciji. U svom izvještaju, Komisija može dati sljedeća mišljenja:

a) mišljenje o tome da Agencija RS treba donijeti rješenje o akreditaciji visokoškolske ustanove sa rokom važenja od pet godina;

b) mišljenje o tome da Agencija RS treba donijeti pismo očekivanja u kome se navode utvrđene neusaglašenosti i rokovi za njihovo otklanjanje koji ne mogu biti duži od 12 mjeseci, kao uslovi za sticanje akreditacije;

c) mišljenje o tome da Agencija RS ne treba donijeti rješenje zbog toga što ne postoji mogućnost otklanjanja utvrđenih neusaglašenosti u roku od 12 mjeseci.

4. UPRAVNI AKTI U POSTUPKU AKREDITACIJE

Nakon što zaprimi izvještaj Komisije stručnjaka, direktor Agencije prosljeđuje isti Agenciji BiH radi davanja preporuke. Na osnovu izvještaja i ocjene Komisije i uzimajući u obzir preporuku Agencije, direktor agencije može donijeti sljedeće odluke:

- a) rješenje o akreditaciji,
- b) pismo očekivanja, ili
- c) rješenje kojim se odbija zahtjev za akreditaciju.

¹⁵ Navedena odredba Procedura za akreditaciju visokoškolskih ustanova je suprotna odredbi člana 49 stav 1 alineja 4 Okvirnog zakona o visokom obrazovanju BiH kojom je propisano da je Agencija za razvoj visokog obrazovanja i osiguranje kvaliteta nadležna za imenovanje komisije stručnjaka na osnovu prijedloga nadležnih obrazovnih vlasti u pogledu izbora stručnjaka s utvrđene liste stručnjaka.

¹⁶ Iako postoji domaći propis pod nazivom Kriterijumi za akreditaciju visokoškolskih ustanova u BiH („Službeni glasnik BiH“ br. 75/10), Agencija za akreditaciju visokoškolskih ustanova Republike Srpske prioritet daje Standardima i smjernicama za osiguranje kvaliteta iz Bergena (2005), dok navedene Kriterijume kao izvor prava stavlja tek na drugo mjesto.

Određivanje pojma upravnog akta spada u jedno od najtežih pitanja pravne teorije. Za upravni akt se vežu tri svojstva: konkretnost, autoritativnost i pravno djelovanje. Upravni akt se tako, najčešće definiše kao „pravni akt uprave kojim se na autoritativan način rješava jedan konkretan slučaj“.¹⁷ S obzirom na predmet upravnog akta, treba razlikovati odlučivanje o glavnoj stvari (predmetu) od odlučivanja o pitanjima koja se tiču samog postupka, odnosno pitanjima koja se kao sporedna pojave u vezi sa provođenjem postupka. Naš ZUP govori u prvom slučaju o rješenju, a u drugom o zaključku.¹⁸ Imajući u vidu navedena obilježja i definicije rješenja kao upravnog akta, nesporno je da rješenje o akreditaciji predstavlja upravni akt. Međutim, postavlja se pitanje da li je riječ o konstitutivnom ili deklarativnom upravnom aktu?

Konstitutivni upravni akti su takvi akti kojima se neki pravni odnos ili pravna situacija stvara, mijenja ili ukida, dok se deklarativnim utvrđuje već postojeći pravni odnos, odnosno pravna situacija.¹⁹ Kada rješenje o akreditaciji posmatramo kao akt kojim se potvrđuje činjenica da visokoškolska ustanova ili studijski program ispunjavaju propisani standard kvaliteta, možemo reći da je ovo rješenje deklarativan upravni akt. Drugim riječima, ovim rješenjem se samo potvrđuje da je visokoškolska ustanova i prije njegovog donošenja ispunjavala određene kriterijume i uslove za rad i obavljanje djelatnosti visokog obrazovanja. Takođe, da je riječ o deklarativnom upravnom aktu potvrđuje i to što se akreditacijom visokoškolskoj ustanovi ne dodjeljuje nikakvo pravo niti ovlašćenje, već se samo potvrđuje postojeće činjenično stanje.

S druge strane, kada taj isti upravni akt posmatramo u postupku početne akreditacije, tj. licenciranja primijetićemo da ovim aktom visokoškolska ustanova stiče određena prava koja ranije nije imala, a koja se vežu za posjedovanje akreditacije. U ovom slučaju možemo reći da je rješenje o akreditaciji konstitutivan upravni akt. Ovo naročito važi za početnu akreditaciju ili tzv. licencu, čijim se izdavanjem novoosnovanoj visokoškolskoj ustanovi odobrava obavljanje djelatnosti visokog obrazovanja.

Upravo zbog specifičnosti postupka akreditacije nadležni organi u Republici Srpskoj su, prilikom pravnog regulisanja postupka akreditacije, imali dilemu da li ovu proceduru uopšte pravno regulisati kao poseban upravni postupak ili kao neku vrstu provjere kvaliteta pri kojoj se ne donose pravno obavezujući akti već svojevrsan certifikat o kvalitetu. Međutim, prvenstveno zbog činjenice da je riječ o djelatnosti od opšteg društvenog interesa,²⁰ odnosno da je u opštem interesu da visokoškolske ustanove zadovoljavaju određeni standard kvaliteta, zakonodavac je odlučio da akreditaciju pravno reguliše kao poseban upravni postupak, ali onaj koji se pokreće po zahtjevu stranke, a ne po službenoj dužnosti.

¹⁷ M.Kamarić, I. Festić, *Upravno pravo*, Sarajevo, 2004, str. 154.

¹⁸ *Nav. djelo*, str. 163.

¹⁹ P. Kunić, *Upravno pravo*, 2010, str. 330.

²⁰ Član 2, stav 1 Zakona o visokom obrazovanju.

Takođe, neophodno je podvući da se kod rješenja o akreditaciji radi o složenom upravnom aktu koji se donosi na osnovu izvještaja Komisije i *uzimajući u obzir* preporuku Agencije BiH. Drugim riječima, Agencija RS je obavezna zatražiti preporuku Agencije BiH i *uzeti je u obzir*, ali je nije obavezna ispoštovati u smislu njene sadržine, dok je izvještaj Komisije za akreditaciju obavezna ispoštovati, tj. donijeti rješenje koje je u saglasnosti sa prijedlogom iz izvještaja Komisije.

Druga mogućnost direktora Agencije jeste da donese pismo očekivanja. Ovaj akt je novina u zakonodavstvu Republike Srpske, a prvi put je pomenut Zakonom o visokom obrazovanju 2010. godine.

Zakon o visokom obrazovanju Republike Srpske propisuje da je pismo očekivanja akt kojim se ukazuje na nedostatke u pogledu ispunjenosti standarda kvaliteta studijskog programa, odnosno visokoškolske ustanove i izražava očekivanje da će navedeni nedostaci biti otklonjeni u datom roku.²¹ Zakon dalje propisuje da će direktor Agencije donijeti rješenje kojim odbija zahtjev za akreditaciju, između ostalog, ukoliko visokoškolska ustanova u roku iz stava 4 ovog člana ne otkloni utvrđene nedostatke.²²

S obzirom na navedeno, može se zaključiti da se pismom očekivanja ne odbija zahtjev visokoškolske ustanove, te u tom smislu nije riječ o negativnom, tj. odbijajućem upravnom aktu.

Iz citirane odredbe zakona takođe, može se zaključiti da zakonodavac nije želio, iako je mogao, da pismom očekivanja usvoji zahtjev visokoškolske ustanove, uz uslov da u datom roku visokoškolska ustanova otkloni uočene nedostatke. U ovom slučaju, pismo očekivanja bi imalo karakter upravnog akta sa odložnim uslovom prema kojem će ovlaštenja stranke moći biti realizovana nakon što nastupi budući neizvjestan događaj.²³

Uslov predstavlja takav dodatak upravnom aktu kojim se čini zavisnim njegovu djelovanje o nekoj budućnoj okolnosti, čiji je nastup neizvjestan. Uslovi se dijele na odložne (suspenzivne) i raskidne (devolutivne). Kada je u upravnom aktu sadržan suspenzivni uslov, akt ne proizvodi dejstvo dok ne nastupi određeni događaj odnosno okolnost koja je postavljena kao uslov.²⁴ No, u pismu očekivanja koje donosi direktor Agencije RS, ukazuje se na nedostatke i izražava očekivanje da će dati nedostaci biti otklonjeni u ostavljenom roku, ali se istovremeno ne uslovljava niti garantuje usvajanje zahtjeva visokoškolske ustanove.

U pozitivnopravnim propisima i praksi, odložni uslov pretpostavlja postojanje konstitutivnog upravnog akta da bi, nakon ispunjenja uslova, organ uprave donio novi upravni akt u kojem konstatuje da su uslovi zadovoljeni i da je time zahtjev stranke usvojen. Međutim, argumenti navedeni u prethodnom pasusu ne nude

²¹ Član 31 st.4 cit.zakona.

²² Član 31 st.5 cit. zakona.

²³ P. Kunić, *nav.djelo*, str. 352.

²⁴ M. Kamarić, I. Festić, *nav.djelo*, str. 165.

dovoljno osnova da se pismo očekivanja prihvati kao konstitutivni upravni akt. U praksi još uvijek nisu poznati slučajevi donošenja pisma očekivanja od strane Agencije RS, te se ne može sa sigurnošću reći na koji način će Agencija RS postupiti u slučajevima kada visokoškolska ustanova u datom roku otkloni nedostatke, odnosno da li će donijeti još jedno rješenje kojim potvrđuje da su nedostaci otklonjeni i da je ustanova akreditovana.

Možda se odgovor na pitanje o pravnoj prirodi pisma očekivanja može potražiti u njegovoj usporedbi sa aktom iz člana 20, stav 6 i 7 Zakona o visokom obrazovanju kojim komisija za licenciranje, nakon što utvrdi da visokoškolska ustanova ne ispunjava neki od uslova iz člana 15 ovog zakona i Uredbe o uslovima za osnivanje i početak rada visokoškolskih ustanova i o postupku za utvrđivanje ispunjenosti uslova,²⁵ određuje rok u kojem je visokoškolska ustanova dužna da otkloni utvrđene nedostatke. Ukoliko visokoškolska ustanova u ostavljenom roku ne otkloni utvrđene nedostatke, ministar donosi rješenje kojim se odbija zahtjev visokoškolske ustanove. Iako se u navedenim odredbama ne spominje akt kojim komisija nalaže otklanjanje utvrđenih nedostataka, može se zaključiti da je riječ o **pozivu na otklanjanje nedostataka** kojim organ uprave, u ovom slučaju Ministarstvo prosvjete i kulture Republike Srpske, obavještava stranku o nedostacima u zahtjevu za pokretanje upravnog postupka i poziva je da u ostavljenom roku iste otkloni; u suprotnom će njen zahtjev biti odbačen kao neuredan.²⁶ Na isti način, pismom očekivanja direktor Agencije obavještava visokoškolsku ustanovu o utvrđenim nedostacima i poziva je da u ostavljenom roku otkloni nedostatke. Ukoliko ona to ne učini, on će, u skladu sa odredbom člana 31 stav 5 Zakona o visokom obrazovanju, donijeti rješenje kojim se odbija njen zahtjev za akreditaciju.

Jedina razlika između rješenja o odbijanju zahtjeva visokoškolske ustanove za licenciranje i rješenja o odbijanju zahtjeva visokoškolske ustanove za akreditaciju iz člana 31 stav 5 ovog zakona je u tome što ovo posljednje, po svojoj prirodi, može biti djelimično. Drugim riječima, direktor Agencije može donijeti djelimično rješenje kojim se zahtjev stranke usvaja samo u određenom dijelu, tj. samo se za određene studijske programe potvrđuje traženi standard kvaliteta dok se zahtjev za akreditaciju drugih studijskih programa odbija.

Rješenje kojim se odbija zahtjev za akreditaciju jeste negativan upravni akt, odnosno akt kojim se odbija zahtjev stranke. Protiv ovog rješenja nije dozvoljena žalba, ali se može pokrenuti upravni spor pred nadležnim sudom u roku od 30 dana od dana prijema rješenja.²⁷

Kao posebno problematično, javlja se pitanje izvršenja presuda kojima sud usvaja tužbe visokoškolskih ustanova protiv rješenja o odbijanju zahtjeva za licenciranje, tj. za početnu akreditaciju. Bez obzira da li je riječ o sporu pune jurisdikcije

²⁵ "Službeni glasnik Republike Srpske" broj 51/11.

²⁶ Član 56 stav 2 Zakona o opštem upravnom postupku Republike Srpske.

²⁷ Član 31 stav 6 Zakona o visokom obrazovanju.

(što je rijetkost) ili ograničene jurisdikcije u kojem sud vraća predmet organu uprave na ponovni postupak, takvu presudu je nemoguće sprovesti, tj. izvršiti, jer se ona, po pravilu, donosi nakon proteka upisnih rokova u školskoj godini za koju je visokoškolska ustanova zahtijevala licencu.²⁸ Nekoliko takvih slučajeva je već bilo u praksi i u takvim slučajevima, visokoškolske ustanove se najčešće odlučuju na ulaganje novog tužbenog zahtjeva, ali sada za naknadu štete zbog propuštene dobiti.

5. UPOREDNOPRAVNI PREGLED

4.1. Brčko distrikt Bosne i Hercegovine

Zanimljiv je primjer akta o akreditaciji čije je donošenje propisano Zakonom o visokom obrazovanju Brčko distrikta BiH. Ovim zakonom je, naime, propisano da Odjeljenje za obrazovanje Vlade Brčko distrikta BiH u postupku akreditacije može: a) izdati *uvjerenje* o akreditaciji, b) utvrditi nedostatke u pogledu ispunjavanja uslova, kvaliteta rada visokoškolske ustanove, odnosno studijskog programa i odrediti rok za otklanjanje navedenih nedostataka, s tim što po isteku roka odlučuje o zahtjevu i c) donijeti rješenje kojim se zahtjev odbija.²⁹ Imajući u vidu da je postupak akreditacije i ovim zakonom propisan kao poseban upravni postupak, opravdano se može postaviti pitanje zašto je zakonodavac predvidio donošenje *uvjerenja* umjesto *rješenja* o akreditaciji, dok je istovremeno, kada se zahtjev stranke, tj. visokoškolske ustanove odbija, propisao donošenje rješenja o odbijanju zahtjeva? Primjera radi, u postupku izdavanja dozvole za nošenje oružja za ličnu bezbjednost nadležni organ unutrašnjih poslova, na osnovu zahtjeva stranke koja posjeduje odobrenje za nabavku oružja i oružni list, izdaje rješenje kojim se odobrava nošenje oružja³⁰. Isti je slučaj i sa postupkom priznavanja patenta u kojem nadležni organ, po okončanoj proceduri prijave i priznanja patenta, donosi rješenje kojim se podnosiocu zahtjeva priznaje pravo na patent.³¹ Dakle, u svim ovim slučajevima i brojnim drugim posebnim upravnim postupcima, po okončanju postupka se izdaje konstitutivni upravni akt u formi rješenja, a nikako uvjerenje.

Dozvola za rad, tj. licenca koju nadležni organ izdaje na osnovu rješenja o ispunjenosti uslova za osnivanje i početak rada vremenski je ograničena, tj. ima rok važenja od dvije godine u kojem periodu je visokoškolska ustanova obavezna obno-

²⁸ U skladu sa odredbom člana 22, stav 1 Zakona o visokom obrazovanju, visokoškolska ustanova može podnijeti zahtjev za licenciranje novog studijskog programa najkasnije do 31.12. tekuće godine za narednu akademsku godinu; s obzirom da sam postupak početne akreditacije, tj. licenciranja traje nekoliko mjeseci, neizbježno je da visokoškolska ustanova, čak i ukoliko uspije sa tužbom, neće imati mogućnost da upiše studente u akademsku godinu za koju je podnijela zahtjev za početnu akreditaciju, a retroaktivni upis nije moguć.

²⁹ Član 35 stav 2 Zakona o visokom obrazovanju („Službeni glasnik Brčko distrikta BiH“ br. 30/09).

³⁰ Zakon o oružju i municiji („Službeni glasnik Republike Srpske“ br. 70/07, 24/09 i 118/09).

³¹ Zakon o patentima („Službeni glasnik Bosne i Hercegovine“ br. 53/10).

viti prvu akreditaciju,³² dok svaka naredna akreditacija važi najduže četiri godine.³³

Imajući u vidu da je istim zakonom propisano da se, u postupku početne akreditacije, tj. licenciranja, donosi rješenje o ispunjavanju uslova za osnivanje i početak rada na osnovu kojeg se potom izdaje dozvola za rad tj. licenca, možda odgovor na gore postavljeno pitanje leži u razlici između prve, tj. početne akreditacije i kasnijih akreditacija u kojima očigledno zakonodavac nije htio ponovo izdavati rješenje vodeći se činjenicom da je visokoškolska ustanova već jednom dobila (početnu) akreditaciju i da je upisana u Registar visokoškolskih ustanova pa je prema tome, o činjenici potvrde kvaliteta dovoljno izdati uvjerenje.

4.2. Republika Srbija

Zakon o visokom obrazovanju Republike Srbije³⁴ na vrlo sličan način kao Zakon o visokom obrazovanju Brčko distrikta BiH reguliše pitanje pravnih akata koji se izdaju u postupku akreditacije. Tako na primjer, ovaj zakon propisuje da je visokoškolska ustanova kojoj je izdata dozvola za rad dužna da, u roku od godinu dana od početka školske godine u kojoj je otpočelo prvo izvođenje studijskog programa, podnese zahtjev za akreditaciju visokoškolske ustanove i studijskog programa. Vremenska ograničenost pravnog važenja akta o početnoj akreditaciji postoji i u Zakonu o visokom obrazovanju Brčko distrikta BiH³⁵, s tim što je rok za obnovu početne akreditacije nešto duži i iznosi dvije godine od dana dobijanja, dok Zakon o visokom obrazovanju Republike Srpske nije vremenski ograničio važenje ovog upravnog akta. Takođe, jedna od razlika između Zakon o visokom obrazovanju Republike Srbije i zakona u Republici Srpskoj i Brčko distriktu BiH jeste i to što srbijski zakon ne poznaje termin „licenca“ kao sinonim za dozvolu za rad.

4.3. Crna Gora

Zakon o visokom obrazovanju Crne Gore,³⁶ kao i gore pomenuti zakoni Srbije i Bosne i Hercegovine, razlikuje početnu akreditaciju i akreditaciju. Licenca se izdaje visokoškolskoj ustanovi koja posjeduje sertifikat o početnoj akreditaciji izdat od strane nadležnog organa. Licenca predstavlja uslov za upis studenata, a njome se utvrđuje vrsta ustanove, akreditovani studijski programi, maksimalan broj studenata koji se mogu upisati na pojedine studijske programe, kao i stepeni i diplome koji se mogu dodjeljivati. Prethodni akt, tj. sertifikat o početnoj akreditaciji izdaje se po

³² Član 29.

³³ Član 35 stav 3.

³⁴ „Službeni glasnik Republike Srbije“ br. 76/2005, 100/2007-autentično tumačenje, 97/2008, 44/2010.

³⁵ Vidi tačku 4.1. drugi pasus.

³⁶ Zakon o visokom obrazovanju Republike Crne Gore (“Službeni list RCG” br. 60/03, 45/10 i 47/11).

okončanju postupka početne akreditacije, nakon ocjene kvaliteta studijskih programa i njihove usklađenosti sa profesionalnim potrebama i usvojenim standardima od strane Savjeta za kvalitet i vremenski je ograničen na najduže tri godine. Zakon ne govori ništa o svojstvima certifikata o akreditaciji, već to ostavlja Savjetu za kvalitet da on to uredi posebnim aktom. Tako ostaje nejasno da li je zakonodavac, u namjeri da izbjegne propisivanje akreditacije u formi posebnog upravnog postupka namjerno propustio da reguliše pitanja pravne prirode certifikata o akreditaciji, pravnih sredstava protiv ovog akta i njegovih svojstava (izvršnosti, konačnosti i pravosnažnosti) ili su u pitanju nedovoljno jasne i precizne odredbe. Jedino određenje može se naći kod regulisanja postupka reakreditacije u kojem se kaže da je akt o oduzimanju licence konačan, te da se donosi ukoliko visokoškolska ustanova u roku od pet godina od postupka prethodne akreditacije ne dobije reakreditaciju, a ni u dodatnom roku od godinu dana u okviru kojih ne može upisivati studente.

6. ZAKLJUČAK

Uzevši u obzir prethodno izneseno, za rješenje o akreditaciji kao najvažniji akt koji se donosi u postupku akreditacije može se reći da je u pitanju pravno vezani, konstitutivni, individualni, složeni upravni akt koji se donosi u postupku pokrenutom po zahtjevu stranke. Za razliku od njega, o pravnoj prirodi dozvole za rad, tj. licence moglo bi se još mnogo raspravljati, jer njena svrha i odnos sa rješenjem o akreditaciji nisu precizirani zakonskim odredbama. Bilo bi takođe, opravdano razmišljati u pravcu izmjene odredbi zakona, odnosno o brisanju odredbi o rješenju o ispunjenosti uslova za rad i obavljanje djelatnosti, jer je svrha donošenja i suština rješenja i dozvole za rad identična.

Na kraju, razmatrajući odredbe pozitivnih propisa o upravnim aktima koji se donose u postupku akreditacije i upoređujući ih sa odredbama važećih propisa u zemljama okruženja, može se izvesti zaključak da ključni akteri u procesu donošenja propisa u oblasti visokog obrazovanja (visokoškolske ustanove, studenti, Vlada Republike Srpske, Ministarstvo prosvjete i kulture Republike Srpske, te stručna tijela kao što je Savjet za razvoj visokog obrazovanja i osiguranje kvaliteta) i zakonodavac trebaju uložiti dodatni napor kako bi se postupak akreditacije pojednostavio i istovremeno učinio transparentnijim, pravičnim i ekonomičnim, a upravni akti koji se donose u ovom postupku preciznijim, sa jasno utvrđenom svrhom, dejstvom i odnosom sa drugim aktima.

Jelena Starčević, mr
Secretary of Commission for Information
and Recognition of Foreign Diplomas
Ministry of Education and Culture

Summary

Regarding the mentioned above, the conclusion is that the accreditation decision is legally bounded, constitutional, individual, complex administration act issued upon higher education institution's request. On opposite, the term „licence“ should be considered on further academic discussions because it's purpose and relation to the accreditation decision is not clearly defined by law. Therefore, possibility to change the law in a way to delete regulations on previously-issued decision on fulfillment of the requirements should be reconsidered, because the purpose and the essence of both acts is identical.

Finally, considering the regulations of the current legislation on administrative acts that are made in the accreditation process and also comparing them with the applicable regulations of the neighboring countries it can be deduced that the key actors in the process of legislation in higher education (HEI, students, Government of Republic of Srpska, Ministry of Education and Culture of Republic of Srpska) and legislator should make an extra efforts to simplify the accreditation process and, at the same time made it more transparent, equitable and cost-effective and administrative acts issued in this case more precise, with a clearly defined purpose, effects, and the relationship with the other acts.

Key words: *accreditation, decision, permission to work, licence, higher education institution.*

СОЦИЈАЛНО ПРАВО И СОЛИДАРНОСТ¹

Проф. др Бранко А. Лубарда*

Апстракт: У раду се разматра солидарност као вредност и начело у социјалном праву. Солидарност, која извире из човекољубља, добротинства, људскости, прожима у већој или мањој мери радно и социјално право. Анализира се настанак и развој социјалног права са становишта солидарности. Начело солидарности се испољава и у систему професионалног и универзалног социјалног осигурања, односно социјалне сигурности, а прожима и систем социјалне заштите. Своје место солидарност потврђује и у другим сегментима социјалног права, у оквиру онога што би се могло назвати *variae* социјалног права.

Кључне речи: солидарност, социјално право, социјална сигурност, социјална заштита.

І. Солидарност – вредност и начело у социјалном праву

*Начело солидарности*² (дистрибутивна правда) је коректив начела узајамности (комутативна правда). Мада се врлина солидарности испољавала током историје знатно пре настанка социјалног права у виду милосрђа/добротинства (световног и верског), начело солидарности, које извире из врлине човекољубља (*Caritas Deus est*), је иманентно социјалном праву, које припада области јавног права (тако да се од индивидуалне врлине – хуманих појединаца, претвара у колективну врлину засновано на снази закона, као израза опште воље за хуманим друштвом). Начело солидарности се испољава у различитим облицима. Јавља се као међугенерациска солидарност, која омогућује стицање права осигураних лица (по правилу издржаваних чланова породице осигура-

* Проф. др Бранко А. Лубарда, Правни факултет Универзитета у Београду

¹ Чланак је настао као резултат рада на пројекту Правног факултета Универзитета у Београду „Развој правног система Србије и хармонизација са правом ЕУ (правни, економски, политички и социолошки аспекти)“.

² Реч солидарност потиче од латинске речи *solidaritas* - заједничка обавеза; узајамна одговорност; свест о потреби узајамне одговорности; М. Вујаклија, *Лексикон страних речи и израза*, Просвета, Београд, 1988, стр. 857.

ника) по основу уплата доприноса осигураника. Солидарност се испољава у виду унутаргенерацијске или хоризонталне солидарности (између здравих и болесних; запослених и незапослених) и међугенерацијске или вертикалне солидарности.³ Међугенерацијска солидарност долази до изражаја нарочито код нефундираних фондова обавезног пензијског и инвалидског осигурања, пошто се из доприноса осигураника (радноактивног становништва: запослених; самозапослених/предузетника; пољопривредника) врши исплата социјалних престајања корисницима права по основу социјалног (пензијског и инвалидског) осигурања. Солидарност претпоставља да ће млађе генерације радноактивног становништва бити вољне да наставе са уплатама доприноса у нефундиране фондове пензијског осигурања – *pay us as you go* („систем текућег финансирања“), како би се и садашњој генерацији запослених из доприноса наредних генерација обезбедила средства за исплату пензија, с тим да садашње генерације неће постављати захтеве који би представљали несразмеран трошак за будуће генерације радноактивног становништва.⁴ У последњих пар деценија, штавише, долази до подизања животне доби за стицање права на старосну пензију, што је у функцији финансијске одрживости (I стуба) пензијског система, који је у низу држава угрожен услед старења становништва, (релативно) високе стопе незапослености, односно неповољног односа радноактивног становништва и пензионера, неодговарајуће заштите здравља и безбедности на раду и повећања броја инвалидских пензионера, као и могућих злоупотреба при додељивању инвалидских пензија.

Солидарност долази до изражаја и у обавези послодаваца да из сопствених средстава у еквивалентном износу доприноса осигураника уплаћују за своје запослене доприносе за обавезно социјално осигурање. Солидарност се изражава и у обавези послодавца да из сопствених средстава исплаћује социјална давања (накнаду зараде) за случај привремене спречености за рад у

³ D. Pieters, *Social Security: an Introduction to the Basic Principles*, second edition-revised, Kluwer Law International, 2006, стр. 29. У циљу праведније расподеле укупно расположивог посла, ублажавања међугенерацијске тензије (потребе младих за запошљавањем), закључују се и „уговори генерације“ (фр. *contrat de génération*) – у Француској је 2012. закључен Национални међугенерацијски уговор од стране репрезентативних социјалних партнера. Уговором генерације, уз финансијску помоћ-субвенције послодавцу (4000 евра годишње), охрабрује се запошљавање (на неодређено време и са пуним радним временом) млађих од 26 година и уз очување запослења старијих од 57, уз међугенерацијско преношења знања и овлашћења. Услов за добијање трогодишње субвенције је то да послодавац није прибегао колективном отпуштању у последњих шест месеци и да неће прибећи отпуштању (из економских разлога) запосленог старијег од 57 година током примања субвенције. Реализација помоћи је условљена закључивањем колективног уговора (или акционог плана), уз сагласност савета запослених, са роком важења од три године; *Service-Public.fr. Le site officiel de l'administration française*

⁴ D. Pieters, *op. cit.*, стр. 29. Насупрот систему нефундираних фондова, јавља се систем фондираних фондова, односно „капитализованог пензијског система“ (*fully funded pensions; capitalized pension system*), у коме се пензија обрачунава на основу уплаћених доприноса током радног века увећана за добит коју је остварио фонд.

одређеном периоду (првих 30 дана у домаћем; првих 60 дана у црногорском праву). Солидарност обезбеђује да независно од неуплате доприноса, у случају наступања осигураног случаја, осигурани лица, по основу одређене правне везаности са осигураницима (по правилу издржавани чланови породице) стичу права из социјалног осигурања – потребе осигураних лица, а доприноси осигураника изражавају начело солидарности. Солидарност се нарочито испољава у области здравственог осигурања, у погледу права на здравствену заштиту, где је најшири круг осигураних лица која остварују право на здравствену заштиту. Поред тога, начело солидарности се изражава у погледу права на инвалидску пензију, и то више у погледу услова за стицање права на инвалидску пензију услед повреде на раду или професионалне болести (независно од стажа осигурања), него услед повреде ван рада или болести (где се поставља додатни услов у погледу минимума стажа осигурања у зависности од година живота осигураника). Солидарност долази до изражаја нарочито код остваривања права на породичну пензију, где у случају смрти издржаваоца (осигураника или корисника старосне/инвалидске пензије), издржавана лица стичу право на породичну пензију до одређеног животног узраста (деца), односно после навршења одређених година живота осигураних лица (удовица/удовац, чланови шире породице). На солидарности је засновано право на новчану накнаду за случај телесног оштећења по основу повреде на раду и професионалне болести, као и право на помоћ и негу другог лица.

Солидарност, као коректив узајамности, подразумева извесно „преливање“ средстава између осигураника различитог имовног стања, што се огледа, поред осталог, у прописивању најниже пензије (чиме се одступа од класичних начела социјалног осигурања и укључује *ratio* социјалне заштите/помоћи).⁵ Начело солидарности долази до изражаја и при одређивању општег бода, јер се висина старосне/инвалидске пензије добија множењем личног бода и општег бода. Вредност општег бода уведена је из разлога солидарности, као компензација за ширење обрачунског периода са 10 (најповољнијих, узастопних) година на укупни период осигурања.⁶

II. Настанак и развој социјалног права из угла солидарности

A) Недиференцирани методи заштите од социјалних ризика

Приватна и јавна помоћ. Добročинство – верско (милосрђе) и световно.
Пре настанка социјалног права, које се везује за прве облике интервенционизма

⁵ А. Ravnić, *Osnove radnog prava – domaћeg, usporednog i међunarodnog*, Zagreb, 2004, стр. 232. У домаћем праву солидарност долази до изражаја на начин да се из буџета Србије обезбеђују средства за најниже пензије.

⁶ П. Јовановић, *Радно право*, Нови Сад, 2012, стр. 461.

државе/јавне власти у виду јавне/социјалне помоћи (сиромашког права – *poor law*), а знатно пре настанка права социјалног осигурања, одређена заштита немоћним лицима се пружала током историје захваљујући човекољубљу појединаца, владара, цркве. Током Средњег века помоћ се пружала, захваљујући алтруистичким моралним побудама, добротворству приватном или јавном – од стране цркве, краља, племића, у окриљу професионалних корпорација.⁷ Данас, такође, следећи моралну идеју великодушности и добротворства, делују добротворне организације, које пружају материјалну и моралну подршку лицима у стању социјалне потребе, односно код којих наступи социјални ризик. Ту су и савремени послодавци филантропи (гр. *philanthropia* - човекољубље), који баштине традицију од послодавца филантропа и социјалиста утописта: Р. Овена, Ш. Фуријеа, Сен-Симона. Врлина добротворства, која извире из љубави према човеку, је са настанком социјалног права постала темељ „природне солидарности“, успостављене јавноправним нормама, као „обавезна“ солидарност коју су грађани изабрали дајући легитимитет на демократским изборима политичким станкама које се залажу за успостављање система обавезног социјалног осигурања/сигурности. То посебно долази до изражаја у уставима савремених правних и социјалних држава, где се субјективна права на социјалну сигурност и право на социјалну помоћ јемче као основна социјална људска права. Тек крајем XIX века установа јавне помоћи као мера социјалне политике државе задобија легитимитет. После Другог светског рата установа јавне помоћи – инспирисана вредношћу добротворства, бива замењена установом социјалне помоћи – заснована на националној или „природној“ солидарности. Али, на дугом путу достизања до установа јавне и социјалне помоћи испречио се либерализам XIX века.

Либерализам XIX века – економски либерализам (Смита, Рикарда, Малтуса, Мила) спречио је законодавца да интервенише до пред крај XIX века (како би пружила сигурност најпре жртвама професионалних ризика – несрећа на раду). Додуше, већ после француске грађанске револуције, у (Монтањарској) Декларацији о правима човека од 1793. је било прокламовано право на опстајање (*droit de subsistance*), следећи идеју о јавној помоћи као природном праву сваког човека и светом дугу државе да сиромашним грађанима обезбеди егзистенцију, али је ова идеја имала вилински век. Наиме, током класичног либерализма, држава није интервенисала да успостави систем социјалне помоћи

⁷ Р. Морван, *Droit de la protection sociale*, Litec, Paris, 2009, стр. 2. Верска дужност помагања лица у стању потребе постојала је и у античкој Грчкој и старом Риму. Од XIV века као носиоци (узајамне) помоћи све више се јављају професионална удружења (занатлија, трговаца), која обезбеђују помоћ за случај болести, смрти и незапослености. Најзад, средњовековни градови пружају помоћ подстицањем оснивања задужбина (фондација), али још увек се однос државе према сиромашнима заснивао прописивањем окупних казни за скитнице и просјаци. Ближе: М. Ступар, *Социјална политика*, Рад, Београд, 1963, стр. 31-34; Р. Пешић, *Развој социјалног осигурања са нарочитим освртом на социјално осигурање у ФНРЈ и његове развојне тенденције*, Београд, 1954, стр. 5-6.

за изнемогла лица, јер „нико не може рачунати на предохрану коју није у стању да сам себи прибави“, уз изузетак за случај „озбиљне потребе“ (енг. *dare need principle*).⁸ Слобода предузетаништва и немилосрдна тржишна конкуренција либералног капитализма не познају солидарност и хуманост као друштвену вредност – солидарност и хуманост остају као могуће врлине ретких појединца (послодавца филантропа, попут Р. Овена), али нису вредности на којима почива друштво/систем.

Грађанскоправна одговорност као правна техника накнаде штете због одређених ризика (објективна одговорност по основу опасне ствари или опасне делатности као последица индустријализације током XIX века), има своје лимите ефикасности, пошто претпоставља *солвентност* штетника, мада гаранцијски фондови (у случају стечаја, карактеристични за другу половину XX века и право ЕУ) доприносе ублажавању ризика инсолвентности дужника. Грађанскоправна одговорност је неадекватна техника кад су у питању ризици који не настају услед радњи трећих лица - нпр. болест или старост.⁹

Штедња и осигурање. Штедња је техника индивидуалног обезбеђења од социјалног ризика, чије појединци добровољно преузимају одговорност за сопствену економску и социјалну сигурност. Системска слабост ове технике је у томе што штедњу не може себи да приушти знатан број радника са нижим примањима, односно радника који издржавају више чланова породице. *Узајамна помоћ и узајамно осигурање.* - *Осигурање* (фр. *assurance*) и *друштва за узајамну помоћ* (фр. *mutualité*) су технике накнаде за случај социјалног ризика, засноване на начелу добровољности/факултативности и професионалне солидарности. Притом, (премијско) осигурање карактерише то да осигуравајуће друштво има за циљ профит (добит – осигуравач у замену за премије осигурања/доприносе осигураника гарантује исплату накнаде за ризик који наступи), док код мутуализма (организама/друштава за узајамну помоћ – фр. *les sociétés de secours mutuel*; енгл. *friendly societies*¹⁰) циљ није профит, пошто организам/друштво за узајамност само управља фондом за рачун својих чланова, односно јавља се само као посредник између осигураника - чланова друштва за узајамну помоћ.¹¹ Мутуализам је био посебно развијен у XIX веку међу рад-

⁸ P. Morvan, op. cit., str. 3; C. Bec, Assistance et égalité dans le système français de protection sociale in MiRe, *Comparer les systèmes de protection sociale en Europe du Nord et en France. Rencontres de Copenhagen*, Vol. 4, 1999, стр. 140.

⁹ J-P. Chauchard, *Droit de la sécurité sociale*, L.G.D.J, Paris, 2010, стр. 5-6. У француском праву је почетком XX века законодавац предвидео режим објективне одговорности за случај несрећа на раду, уз прописивање паушалне накнаде штете; P. Morvan, op. cit., стр. 3.

¹⁰ До оснивања друштава за узајамну помоћ, којима се потврђује вредност братства, долази у последњим деценијама XVIII века у Енглеској (*friendly societies*) а у Француској (*société de secours mutuels*) и другим европским државама у првој половини XIX века.

¹¹ J-P. Chauchard, op. cit., стр. 6; P. Morvan, op. cit., стр. 2; Т. Поповић, *Радно право*, Београд, 1980, стр. 284-285; П. Јовановић, *Радно право*, Београд, 1993, стр. 334.

Својеврсни ембриони мутуализма, јављају се у Европи већ од XIII века. Тако, Кутенбершка

ницима који обављају ризичне послове (нпр. рудари или радници на железници), тако да у случају несреће/болести, члан друштва за узајамну помоћ стиче право на помоћ из фонда друштва. Друштва за узајамну помоћ или братства су одиграла значајну улогу у настанку обавезног социјалног осигурања као претеча државног социјалног осигурања. Либерални капитализам је био заснован на начелу слободе – *liberté*, док је начело братства – *fraternité* своје почетне облике испољавања у заштити од социјалних ризика имало у облику мутуализма (у оквиру друштава за узајамно осигурање или у оквиру радничких синдиката – благајне узајамне помоћи).

Б. *Диференцирани методи заштите од социјалних ризика: социјално осигурање – професионално и универзално.* Систем социјалног осигурања настаје поткрај XIX века и карактерише га обавезност осигурања (законско осигурање), јавноправна природа, нелукративни циљ, везаност за рад/професионалну активност – Бизмарков модел професионалног осигурања, заснован на доприносима запослених и послодаваца (и њиховом учешћу у управљању осигурањем – самоуправљање), успостављеног у периоду између 1883. и 1889. године за случајеве болести радника, несрећа на раду, инвалидности и старости. Током Другог светског рата, суочени са изазовима борбе против пет „гигантских зала“ (немаштине, болести, незнања, прљавштине и беспослице), у Великој Британији се успоставља модел социјалне сигурности за целокупно становништво, независно од професионалне активности и доприноса (начело универзалности), односно универзалног социјалног осигурања – Беверицев модел националног/универзалног социјалног осигурања за све у стању потребе, са униформним социјалним престаџама независно од висине зараде/прихода којима се покривају сви основни социјални ризици (начело општости), конципиран у Великој Британији 1942¹², заснован на паушалним доприносима или порезима. Беверицев систем социјалне сигурности, концепцијски унапређенији у односу на Бизмарков модел, како у погледу проширења заштите

(наводи Макса Ледера; према, И. Перић, *Југословенско социјално законодавство*, Београд, 1931, стр. 149). У домаћој литератури се указује на могућу претечу братимских каса узајамне помоћи у средњовековној Србији у области рударства (Саси су били први рудари и постоји вероватноћа да су собом донели и идеју о касама узајамне помоћи), у контексту Закона о рудницима деспота Стефана Лазаревића од 1412, пошто су рудари имали одређене облике самопомагања. Мада, за ову тезу нема поузданих података/извора (М. Миленковић, Т. Миленковић, *Запошљавање у Србији од зачетка до ослобођења земље 1944*, књига I, Београд, 2002, стр. 14). Оснивање еснафских удружења за узајамну помоћ се јавља у средњем веку и на подручју Белгије за случај болести, старости, инвалидности или превремене смрти храниоца породице, а у Енглеској у XV веку, како би се на начелу солидарности обезбедила давања у случају болести и смрти, као и накнада за превоз незапослених лица који запослење потраже у другом месту; V. Langendonck, *Belgium – International Encyclopedia of Laws, Social Security Law*, Vol. 1, Kluwer Law International, 2008, стр. 16; S. Honeyball, *Employment Law*, Oxford University Press, 2011, стр. 1.

¹² Британски парламент је 1942. усвојио документ *Social Insurance and Allied Services*, који почива на начелу да „свако треба да буде ослобођен од стања потребе“, односно да му се гарантује задовољење основних животних потреба из „општег буџета“, уз начела универзалности, униформности и централизованости.

на сва лица, тако и у погледу увођења елемента превенције у систем социјалне сигурности, укључује: а) универзално социјално осигурање; б) социјалну помоћ; в) мере превенције ризика болести и незапослености. Немачки и француски систем социјалне сигурности се сврстава у категорију професионалних режима са више фондова/каса социјалног осигурања, док је британски систем, прихваћен и у скандинавским земљама, универзални режим са јединственом касом социјалног осигурања. Поред ова два основна модела – Бизмарков и Беверицев, јављају се и мешовити модели, који комбинују елементе оба основна модела у појединим гранама социјалног осигурања, што је условило да се у класификацији модела у оквиру државе благостања, поред либералног и корпоративно-континенталног, јави и нордијски или скандинавски тип, а своје специфичности имају и јужноевропске државе благостања. Другим речима, системи социјалне сигурности могу бити засновани на комутативној или дистрибутивној правди: а) комутативна правда је уткана у модел професионалног социјалног осигурања – статус запосленог/радноактивног лица као обвезника уплате доприноса, уз послодавца (*do ut des* Бизмарковог модела); док је дистрибутивна правда темељна вредност модела универзалног система социјалне сигурности – статус грађанина (Беверицев модел – заснован на идеји водиљи да „човека треба ослободити од стања потреба“¹³, прихваћен у Великој Британији, Данској, Ирској, Канади, Аустралији). Отуда, ове моделе карактеришу социјалне престације по основу доприноса или независно од доприноса, као и на комбинованом моделу (*contributory, non-contributory and combined allowences*) у вези са ризицима. Упоредноправна изучавања показују да се јавља мноштво варијетета ових основних модела-система у циљу достизања *securitatis socialis universalis*.¹⁴

Семашков модел – совјетски систем социјалне сигурности се развијао у бившем СССР-у од 20-их година XX века (са којим значајну сличност посебно у здравственој заштити има каснији Беверицев модел социјалне сигурности, такође финансиран из пореза) и послужио као инспирација за друге соција-

¹³ Антрополошка потреба за социјалном сигурности налаже, у име националне солидарности, да држава/друштво осигура да ова потреба буде задовољена – тзв. дуг издржавања (фр. *la dette alimentaire*), чак „свети дуг“ (*la dette sacré*), коју је Устав Француске од 1848. назвао „братском помоћи“ лицима која су неспособна за рад); J-P. Chauchard, *op. cit.*, str. 542; J.-J. Dureux, *Droit de la sécurité sociale*, Dalloz, Paris, 1977, стр. 131. Такав дуг издржавања држава, међутим, нема у нео-либералном моделу, пошто овај модел почива на вредности индивидуализма (а не солидарности), односно на начелу примарне одговорности појединца за заштиту од социјалних ризика, с тим да држава пореским олакшицама стимулише појединце да се укључе у режиме добровољног приватног (здравственог и пензијског) осигурања.

¹⁴ Тако, јавља се и нордијски/скандинавски или социјалдемократски модел државе благостања, где се социјална права заснивају на статусу грађанина, а не у тој мери на доприносима из радног односа као у континенталном систему; G. Esping-Andersen, *Les trois mondes de l'Etat-providence*, PUF, Paris, 2009; D. Pieters, *The Social Security Systems of the Member States of the European Union*, Intersentia, 2002, стр. 132-133; Б. Лубарда, *Радно право – Расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, Београд, 2012, стр. 266-267.

листичке државе после Другог светског рата. Успостављен је био целовит систем осигурања од социјалних ризика за све раднике (у државном/друштвеном сектору, док су све до 1960-их година ван система остали занатлије, сељаци колхозници и помоћно кућно особље), утемељен на универзално схваћеним потребама, уз обавезу државе и послодаваца да финансирају систем (порезима на зараде које су уплаћивали послодавци, а не и запослени), и уз поверавање функције управљања синдикатима радника (мада је од 1937. управљање пензијским фондовима поверено министарствима за питања социјалне сигурности на нивоу федералних јединица). Имајући у виду концепт административног запошљавања и опште дужности рада, политику пуне запослености, овај систем социјалне сигурности је из каталога социјалних ризика искључивао ризик незапослености, а доследно овим (идеолошким – у социјализму је негирано постојање беде и сиромаштва) постулатима сматрало се да је непотребно организовање система социјалне помоћи.

Златни период развоја система социјалне сигурности у европским оквирима је забележен током три деценије после Другог светског рата. У овом периоду дошло је до проширења концепта социјалне сигурности у правцу хоризонталног – уношење нових елемената у садржину појма социјалне сигурности што је имало за последицу да се појам социјалне сигурности прошири на све активности државе благостања¹⁵) и вертикалног ширења – са области заштите од социјалних ризика и на област превенције социјалних ризика (посебно у погледу ризика болести и незапослености). Друга тенденција је превазилажење разлика између Бизмарковог и Беверицевог модела, тако да се у многим државама успоставља мешовити модел социјалне сигурности. Афирмација права на социјалну сигурност као основног субјективног људског права водила је извесном напуштању комутативне концепције социјалне сигурности (Бизмарковог модела), у правцу утврђивања „објективног и минималног садржаја права на социјалну сигурност“, тј. садржине права на социјалну сигурност која је загарантована сваком лицу независно од доприноса корисника престација.¹⁶ Другим речима, преовладава редукционистички концепт програмског карактера социјалних права у корист концепта недељивости и узајамној условљености и међузависности основних људских права, тако да се право на социјалну сигурност и право на (новчану) социјалну помоћ сматрају (утуживим) субјективним социјалним правима¹⁷, што потврђује и пракса међународних надзорних тела (нпр. Практика Европског комитета за социјална права у погледу РЕСП-а, чл. 12 и 13); пракса Европског суда за људска права (у ширем контексту права на уживање имовине).

¹⁵ J.-J. Dupuyroux, *op. cit.*, стр. 14.

¹⁶ *Ibidem.*

¹⁷ A. Ravnić, *op. cit.*, стр. 229-232.

III. Тенденције и савремени изазови социјалног права/ социјалне сигурности

Основни изазови система социјалне сигурности су у вези са економским процесима – посебно у условима глобализације; изменама у организацији рада – флексибилизација радног односа и масовна и дуготрајна незапосленост; демографским променама – старење становништва, односно криза наталитета и продужење животног века захваљујући квалитету живота и услова рада, као и условљено променама у структури породице – раст самохраних породица. Демографске промене, старење становништва и растући број самохраних породица, су водили расту значаја социјалних престација за издржавање породице (ширу здравствену заштиту и дечије додатке). Озбиљан удар и на одрживост система социјалне сигурности/осигурања представљала је финансијска криза, повећањем стопе незапослености, повећањем трошкова услед старења становништва.¹⁸ Долази до преиспитивања модела система социјалне сигурности, Како би се очувала финансијска одрживост система (редуковао буџетски дефицит), што се постиже смањењем броја социјалних престација, поштравања услова за стицање права по основу социјалног осигурања/сигурности (нпр. продужењем стажа осигурања и подизањем старосне доби за стицање права на старосну пензију; обрачун висине пензије с обзиром на укупан стаж осигурања, односно уплаћене доприносе, а не на бази (10) најповољнијих година стажа за осигурањика). Све то је праћено „реинкарнацијом“ концепције *laisser-faire* на крају прошлог и почетком овог века (која је препоручивана земљама транзиције након пада Берлинског зида), односно позивања на примарну одговорност појединца за сопствену економску и социјалну сигурност, односно враћање на технике узајамног и премијског осигурања, како би се системи социјалне сигурности учинили „конкурентнијим“, што је у европским оквирима (ширења ЕУ) водило афирмацији правила конкуренције и у области пружања здравствених услуга (фр. *démentèlement social*). Питање је да ли Европа може да очува свој социјални модел у условима глобализације, уколико се не подигну стандарди социјалне сигурности у светским оквирима.

IV. Право социјалне заштите и солидарност

*Право социјалне заштите*¹⁹ је синтагма која се најчешће користи за скуп правних норми којима се успоставља систем социјалне заштите, односно

¹⁸ Р. Morvan, op. cit., str. 5-6.

¹⁹ Доношењем Закона о социјалној заштити („Сл. гласник РС“, бр. 24/2011) је престао да важи Закон о социјалној заштити и обезбеђењу социјалне сигурности грађана („Сл. гласник РС“, бр. 36/1991, 79/1991, 33/1993, 53/1993, 67/1993, 46/1994, 52/1996, 29/2001, 84/2004, 101/2005, 115/2005).

уређује социјалноправни однос који се успоставља између установе социјалне заштите и лица/породице у стању социјалне потребе (недостатка основних средстава за достојанствен живот) у циљу обезбеђивања минималне материјалне сигурности – достојанственог живота и социјалне укључености, очувања и унапређења породичних односа. У садржај социјалног права улази само део социјалне заштите, пошто су одређени делови социјалне заштите предмет радног права (нпр. одсуство са рада ради неге детета), пореског права (нпр. пореске олакшице), породичног права (нпр. издржавање детета) и стамбеног права (субвенције за изградњу станова).²⁰ Солидарност се испољава и у погледу услуга социјалне заштите и новчане социјалне помоћи. Од права социјалне заштите треба разликовати право на социјалну заштиту, као субјективно право физичког лица у стању социјалне потребе/корисника, које се испољава као право на услуге социјалне заштите и право на материјалну подршку (првенствено право на новчану социјалну помоћ).²¹

V. *Variae* социјалног права и солидарност

По свом предмету и садржају јављају се разнородни сегменти социјалног права, који измичу стандардној подели социјалног права на социјалну сигурност/осигурање и социјалну заштиту, пошто се ради о разнородним основима стицања социјалних права, за које је тешко наћи заједнички именоватељ – *ex variis causarum figuris* социјалног права. Стога су као *variae* социјалног права у којима долази до изражаја начело солидарности укључују питања социјалног становања, посебне заштите деце и породице, као социјалног обештећења, односно права бораца, ратних, војних и цивилних инвалида и жртава рата. У новијем упоредном праву се у предмет социјалног права постепено укључује посебна заштита жртава кршења основних људских права, жртава насилног злочина, као и посебна заштита жртава обавезне вакцинације.

Под *социјалним становањем* подразумева становање одговарајућег стандарда за домаћинства која из економских и других разлога не могу да обезбеде стан по тржишним условима, уз подршку државе/територијалне аутономије/локалне самоуправе.²² У питању је становање које нема финансијску мотивацију као примарну, односно становање социјалне природе, које се омогућава лицима која нису у стању да постану власници стана/куће, лицима којима је потребно посебно прилагођавање услова становања (нпр. лицима са инвалидитетом), који су остали без одговарајућих средстава и др. лица којима је по-

²⁰ А. Ravnić, *op. cit.*, стр. 228.

²¹ ЗСЗ, чл. 3 и 4.

²² Закон о становању („Сл. гласник РС“, бр. 72/2009).

требна помоћ (нпр. бескућници), социјално становање.²³ Право на решавање стамбених потреба у оквиру социјалног становања у домаћем праву имају лица која испуњавају два услова: да су без стана (одговарајућег стандарда) и да својим приходима не могу да обезбеде стан по тржишним условима. Као основна мерила за утврђивање реда првенства јављају се: стамбени статус, висина примања, здравствено стање, инвалидност, број чланова домаћинства, имовно стање. У одређивању реда првенства по основним мерилима, предност за решавање стамбених потреба имају лица која припадају рањивим друштвеним групама: а) деца без родитељског старања; б) самохрани родитељи, породице са више деце, самачка домаћинства; в) млади и лица старија од 65 година, г) лица са инвалидитетом; лични војни инвалиди, породични војни инвалиди, цивилни инвалиди рата; д) избеглице и интерно расељена лица; њ) Роми и припадници других друштвено рањивих група.²⁴

Појам *социјално обештење* обухвата мере заштите засноване на националној солидарности коју обезбеђује држава лицима која су претрпела штету као последица рата као атипичног ризика, који се по свом обиму и последицама не могу упоредити са другим ризицима. На тај начин се изражава посебно признање жртви рата и обезбеђује им се економска и социјална сигурност. Нико не треба да прекомерно трпи, чак и у јавном интересу (одбрана земље), а национална солидарност се базира на концепцији о једнакости грађана у сношењу терета (Ћ. Тасић), која доводи до давања одштете лицима која су поднели несразмерно већу, нарочиту жртву за добробит (слободу) других чланова друштва.²⁵ *Србија до уједињења*. Пре законског интервенционизма државе у овој области, брига о ратним инвалидима је била препуштена породици, пружала се у верским установама и од стране војсковођа који су бринули о ветеранима који су постали инвалиди.²⁶ У домаћем праву је до признавања накнада

²³ D. Hughes, S. Lowe, *Social Housing and Policy*, Butterworkhs, London, Dublin & Edinburgh, 1995, стр. vi. У далекој прошлости, својеврсни облици социјалног становања јављају се у периоду феудализма у оквиру прихватиштва при црквама (Душанов законик од 1349) или у оквиру караван-сераја у којима је коначиште за путнике било бесплатно. Енглеска је прва држава која је успоставила владину одговорност за благостање народа, а на основу *Poor Relief Act* од 1601. било је предвиђено и то да се оснују прихватиштва (*almshouses*) за бескућнике (што је претеча савременог концепта социјалног становања) – М. С. Jasper, Esq., *Social Security Law*, Oceana's Publishings, Inc., N.Y., 1999, стр. 1. Један од посебно важних разлога развоја социјалног становања била је потреба за обезбеђивањем војних и цивилних жртава рата, што је на системски начин законски регулисано посебно после Првог светског рата, укључујући и Србију, односно Краљевину СХС/Југославију. После Другог светског рата се, са растућом кризом традиционалне породице, повећањем броја породица које се распадају, јавила потреба за социјалним становањем деце без родитељског старања, самохраних родитеља, породица са више деце; D. Hughes, S. Lowe, *op. cit.*, стр. 22.

²⁴ ЗСС, чл. 10.

²⁵ М. Ступар, *op. cit.*, стр. 338. и 340.

²⁶ Н. Мрвић-Петровић, Љ. Ковачевић, П. Вукасовић, приредили, *Правна заштита војних инвалида и породица погинулих ратника са збирком прописа*, Београд, 2003, стр. 19.

за жртве рата дошло још у другој половини XIX века, како би се охрабрили српски војници у борби за независност. Инспирисан француским законодавством (творац првог нацрта је био Француз Иполит Монден), је донет Закон о установљењу инвалидског фонда за изнемогле и у служби осакаћене војнике (1863).²⁷ Године 1878. усваја се Закон о потпори војних инвалида и породица погинулих, умрлих и несталих, који прави поделу на потпуне инвалиде и полуинвалиде (за које се предвиђа првенство у запошљавању на послужитељским местима при министарствима, као и на пословима/звања која су могли обављати у грађанској државној служби). *Краљевина СХС/Југославија*. После Првог светског рата, када је остало око 500 000 ратних инвалида, у Краљевини СХС се збрињавање војних инвалида и цивилних жртава рата вршило по затеченим прописима, да би се донео модерно конципиран Инвалидски закон 1925. год. Због недостатка средстава, знатно рестриктивнији, Инвалидски закон се доноси 1929.²⁸ *Социјалистичка Југославија - ДФЈ/ФНРЈ/СФРЈ*. После Другог светског рата борцима и жртвама рата је пружана правна заштита на високом нивоу (међу најбољима у упоредном праву²⁹). Закон о ратним војним инвалидима и Закон о мирнодопским војним инвалидима од 1946 су предвидели дванаест видова државне помоћи за војне инвалиде и осам мера у корист чланова њихових породица, а војни инвалиди су имали и приоритет у запошљавању (предузећа су била у обавези да запосле најмање 10% ратних инвалида).³⁰ *Позитивно право Србије*. Закон о основним правима бораца, војних инвалида и породица палих бораца од 1998.³¹ није предвиђао право на приоритетно запошљавање војних ветерана, као што је то случај са домаћим правом у периоду социјализма. Домаћи Закон о основним правима бораца, војних инвалида и чланова њихових породица (1989)³² и Закон о правима цивилних инвалида рата (1996)³³ предвиђају: а) *право на борацки додатак*; б) *права војних и мирнодопских инвалида*; в) *права породица палих бораца и војних инвалида*; г) *права породица цивилних инвалида рата*.³⁴

²⁷ Творац првог нацрта закона је био Француз Иполит Монден, прво министар војни у Кнежевини Србији

²⁸ Н. Мрвић-Петровић, П. Вукасовић, Љ. Ковачевић, *op. cit.*, стр. 42-55.

²⁹ Ипак, овим законима није пружена заштита припадницима Војске Краљевине Југославије у рату од 6. до 17. априла 1941. или у саставу савезничких армија, што је историјска неправда која је исправљена тек са доношењем Закона о основним правима бораца, војних инвалида и породица палих бораца 1998. године.

³⁰ Н. Мрвић-Петровић, П. Вукасовић, Љ. Ковачевић, *op. cit.*, стр. 58-74.

³¹ „Сл. лист СРЈ“, бр. 24/1998, 29/1998, 25/2000. и „Сл. гласник РС“, бр. 101/2005.

³² „Сл. гласник РС“, бр. 54/1989.

³³ „Сл. гласник РС“, бр. 52/1996.

³⁴ С. Јашаревић, *Социјално право*, Нови Сад, 2010, стр. 338-356.

Циљ радног и социјалног права је и *подршка породици и посебна заштита деце*. Како „дечје питање није искључиво породично питање и брига родитеља, него и питање друштва, целине, државе, јер су деца на крају крајева будућа држава“³⁵, део социјалног права (и социјалне политике) је посебна заштита деце и породице, односно друштвена брига о деци и породици. Нарочито после Другог светског рата ова област социјалног права доживљава експанзију, како на међународном плану, тако и у упоредном законодавству. На међународном плану, у оквиру УН, се одговарајуће одредбе садрже у Општој декларацији (заштита брака и породице; право мајке и детета на старање и помоћ³⁶ – чиме је започет процес интернационализације права на социјалну сигурност), Међународном пакту о грађанским и политичким правима; Међународном пакту о економским, социјалним и културним правима, у Конвенцији о заштити материнства од 1952, као и Конвенцији о правима детета од 1989. Конвенција о правима детета гарантује право детета на социјалну сигурност. У циљу заштите деце и породице дошло је до успостављања УНИЦЕФ-а (Међународног фонда за помоћ деци), а МОП је донео низ конвенција и препорука: две конвенције (138 и 182) су сврстане у Декларацији о основним начелима МОП-а, о којима се редовно периодично сачињава глобални извештај и прати примена, а од значаја је низ конвенција о заштити материнства, међу којима је и најновија Конвенција бр. 183 о заштити материнства. Концепт посебне заштите породице и деце у упоредном праву³⁷ се у основи заснива на подстицању наталитета и пружању накнада за подизање деце. То се постиже: а) мерама посебне заштите деце и подршке породици по основу рада/радног односа³⁸; б) мерама социјалне заштите-помоћи (материјално и социјално угроженим породицама или породицама које се суочавају са поремећајима у функционисању); в) општим мерама финансијске и сличне подршке породици и деци (у оквиру пореских олакшица и ослобођења - нпр. при плаћању пореза на имовину, доходак). С обзиром на карактер/врсту помагања, разликују се три вида подршке породици и деци: финансијски видови помоћи; натурална давања (смештај, храна, огрев и сл.) и услуге (социјални рад, предшколско образовање, саветовање родитеља и др.). Породичне престације/бенефиције могу да буду засноване на концепту једнаких давања или условљена одређеним мерилима (приходима, бројем деце,

³⁵ С. Видаковић, *Наши социјални проблеми*, Београд, 1932, стр. 33; преузето из: Б. Шундерић, *Социјално право*, Београд, 2009, стр. 128.

³⁶ „Мајке и деца имају право на нарочито старање и помоћ. Сва деца, рођена у браку или ван њега уживају исту социјалну заштиту“; Универзална декларација, чл. 25, ст. 2.

³⁷ Прве државе које су признале право на дечији додаток су биле Белгија (1930) и Француска (1932), прописујући обавезу за послодавце да тако доприносе издржавању деце својих запослених; Б. Тимотић, Х. Анђелски, *Здравствено законодавство*, Београд, 2004, стр. 16.

³⁸ У циљу помирења професионалног и породичног живота, тежи се развоју „политике пријатељског односа према породици“; К. Christopher, *Family-Friendly Europe*, *The American Prospect Magazine*, April 8, 2002; према С. Јашаревић, *op. cit.*, стр. 316.

узрасом, похађањем школе, здравственим стањем детета или родитеља).³⁹

*Друштвена брига о деци и породици у Србији.*⁴⁰ Мада је у Србији традиционално изражена солидарност према сиромашним породицама и посебно ратној сирочади, што потврђују уредбе и закони доношени током XIX и XX века, ова област социјалног права није имала одговарајући правни оквир ни између два светска рата.⁴¹ После Другог светског рата, у периоду социјализма ова област социјалног права се уређује на високом нивоу, тако да је био развијен обухватан и квалитетан систем заштите деце и породице. Током транзиционог периода долази до снижавања нивоа заштите, односно рестриктивности права и услова за њихово, умањења износа новчаних социјалних престација, кашњења у исплати престација. Нови систем се успоставља Законом о друштвеној бризи о деци (1992).⁴² *Позитивно право.* Закон о финансијској подршци породици са децом⁴³ има за један од најважнијих циљева сузбијање „беле куге“, односно подстицање наталитета. Финансијском подршком породици са децом се тежи подстицању рађања деце, побољшању услова за задовољење основних потреба деце, као и подршци материјално угроженим породицама са децом, децом са сметњама у развоју и деци без родитељског старања.

Prof. Branko Lubarda, PhD.
Faculty of Law
University of Belgrade

SOCIAL LAW AND SOLIDARITY

Summary

The paper deals with solidarity as value and principle of social law. The analysis includes key elements of social security systems, both professional and universal systems, and development of comparative and domestic social law. Professional social insurance and social assistance, as well as various of social law are treated from the point of view of (professional and national) solidarity.

Key words: *solidarity, social law, social security, social assistance*

³⁹ С. Јашаревић, *op. cit.*, стр. 315-316.

⁴⁰ Прва сиротишта за напуштену децу се у нашој средњовековној прошлости успостављају у XIV и XV веку; Р. Катић, *Српска медицина од IX до XIX века*, САНУ, Београд, 1967, стр. 104.

⁴¹ Д. Вуковић, *Социјална сигурност и социјална права*, Београд, 2005, стр. 333.

⁴² „Сл. гласник РС“, бр. 49/1992, 29/1993, 53/1993, ..., 29/2001, 16/2002.

⁴³ „Сл. гласник РС“, бр. 16/2002, 115/2005 и 107/2009.

PRAVNI SADRŽAJ OPŠTE ZAŠTITE ZAPOSLENIH U RADNOJ SREDINI ¹

Prof. dr Predrag Jovanović*

***Apstrakt:** Radnu sredinu čini skup društvenih i pravnih odnosa u sferi vršenja rada, kao egzistencijalne potrebe ljudi. Među pravnim odnosima koji se uspostavljaju povodom vršenja rada, centralno mesto zauzimaju radni odnosi. Zaposleni u radnom odnosu uživaju odgovarajuću zaštitu, a koja se tiče njihovog telesnog i moralnog integriteta. Do sada se zaštita zaposlenih uglavnom odnosila na telesni integritet zaposlenih. U ovom tekstu skrećemo pažnju na značaj i potrebu zaštite i moralnog integriteta zaposlenih, ali i njihovih poslodavaca, jer subjekte radnog odnosa ne možemo pravno tretirati samo kao vlasnike sredstava za rad (poslodavci), odnosno radne snage (zaposleni), već i kao ljudska bića sa određenim moralnim i etičkim vrednostima koja, takođe, zahtevaju svoju zaštitu.*

***Ključne reči:** zaposleni, poslodavci, radni odnosi, radna sredina, zaštita na radu, telesni i moralni integritet.*

I. Ljudski rad i radna sredina

Životna sredina je relevantno okruženje čoveka u kome se ispoljava njegova generička suština (čovek kao biološko biće, socijalno i kulturno biće, političko biće, te kao proizvodni faktor – radna snaga). Kao proizvodni faktor svoju ulogu čovek ostvaruje u posebnom okruženju koje se naziva – radna sredina. Radna sredina je deo životne sredine, ali u radnoj sredini čovek ne učestvuje samo kao radna snaga (neodvojivost radne snage od ličnosti čoveka), već sa svojom ukupnošću kao biološko, socijalno, kulturno i političko biće. Time se otkriva i potreba za zaštitom radnika ne samo od štetnog dejstva uslova rada (zaštita fizičkog integriteta - povrede na radu, profesionalne bolesti), već i za zaštitom onih vrednosti koje su svojstvene radniku kao humanom biću – zaštita njegovog moralnog integriteta.

* Проф. др Предраг Јовановић, професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду
¹ Ovaj rad je deo istraživanja na projektu "Biomedicina, zaštita životne sredine i pravo", br. 179079, koji finansira Ministarstvo prosvete i nauke Republike Srbije.

Radna sredina je splet ljudskih odnosa na radu i povodom rada. Ljudski rad je društveni odnos. Baveći se radom i povodom rada ljudi se nužno međusobno udružuju uspostavljajući odgovarajuće društvene odnose, a koje opet regulišu odgovarajućim pravom i pretvaraju u pravne odnose. Čak i kada se radom čovek bavi kao pojedinac (samostalna delatnost), posredno ili neposredno on biva uključen u doređene društvene i pravne odnose povodom društvene verifikacije i tržišne realizacije rezultata njegovog rada (razmena, kupoprodaja itd.), da bi obezbedio sredstva za život.

Udruživanje ljudskog rada je uzrokovano, pre svega, potrebom efiksnosti rada i uvećanja društveno korisnih dobara (roba i usluga) potrebnih za svakodnevni život. Sa tim u vezu, treba dovesti i podelu ljudskog rada kao civilizacijsku pojavu uzrokovanu, takođe, potrebom efiksnosti rada. Tačnije rečeno, udruživanje ljudskog rada vrši se u okviru i preko određenih organizacionih oblika, koje nazivamo radnim organizacijama (institucionalizacija udruživanja ljudskog rada). Dakle, radne organizacije su institucionalna posledica nužnosti podele i udruživanja ljudskog rada. Podela i udruživanje (integracija) ljudskog rada nisu divergentni već kompatibilni procesi po svojoj društvenoj svrsi.

Preciznije rečeno, od Platona pa nadalje centralno mesto u socijalnoj i ekonomskoj misli pripada pitanjima podele i integracije rada i kontraverzama u vezi sa oblicima te podele i integracije, njenim uzrocima i posledicama. Platonova podela rada bazirala je na prirodnim svojstvima ljudi (podela na gospodare, sluge i robove). Prema klasičnoj školi političke ekonomije (Adam Smit, David Rikardo) podela rada je uzrokovana potrebom uvećanja efikasnosti ljudskog rada (podela unutar zanata i struka). Marksizam (Karl Marks i Fridrih Engels) ističe klasnu pripadnost kao kriterijum podele ljudskog rada (rad eksploatisanih i rad eksploatatora), a sa potrebom da se obezbedi platforma za razlikovanje izvršilačkog rada (radnici) od upravljačkog rada (poslodavci – vlasnici kapitala). Međutim, svim ovim pristupima podeli rada, zajednička je misao o istovremenoj potrebi integracije podeljenog rada. Kohezioni faktori te integracije mogu biti različiti, zavisno od potreba koje time treba zadovoljiti (religija, ideologija, kultura), ali dominantna potreba izvire iz same prirode rada – kao svrsishodne ljudske delatnosti. Svrshodnost se ogleda u produktivnosti rada, a ona se može materijalizovati i efikasno ostvariti upravo u okviru i preko odgovarajućih (datim uslovim) organizacionih oblika – radnih organizacija. Zato za radnu organizaciju možemo reći da je institucionalni okvir radne sredine na mikro nivou. Našu temu iz naslova ovog rada mi ćemo posmatrati na tom nivou.

II. **Zaštita zaposlenih u radnoj sredini u Srbiji**

1. *Uvodne napomene*

Zaštita radnika javlja se kao predmet mnogih naučnih disciplina u okviru sistema nauka o radu i filozofije rada (sociologija rada, tehnologija rada, biologija, odnosno medicina rada, estetika i etika rada i dr.). Radno pravo se, takođe, može smatrati delom sistema nauka o radu, te kao takvo u izučavanju i regulisanju problema zaštite radnika ono se mora oslanjati na druge delove tog sistema. Na primer, ako pođemo od toga da zaštita radnika znači zaštitu na radu od štetnog dejstva uslova rada, onda, pošto sve napetosti koje su u vezi sa radom nastaju na radnom mestu i u momentu radnikovog delovanja, moramo najpre upoznati retrogradno delovanje rada na telo radnika, tj. na njegovo zdravlje i telesnu posobnost za rad, a zatim pokušati pomoći.

Drugim rečima, saznanja do kojih se dolazi u medicini rada (fiziologija, higijena, patologija rada) koristi i zakonodavstvo u pravnom uobličavanju zaštite radnika na radu (higijensko-tehničke, organizacione i druge mere, kao i prava, obaveze i odgovornosti preduzeća i radnika u vezi sa tim).

U okviru radnog prava i radnog zakonodavstva razlikovalo se uvek, a i danas se razlikuju (*explicite* ili *implicite*) dva vida zaštite: **opšta zaštita** svih zaposlenih i **posebna zaštita** pojedinih kategorija zaposlenih (omladine, žena, invalida i zaposlenih sa narušenim zdravstvenim stanjem). Unutar ovih vidova predviđene su odgovarajuće *mere i normativi* zaštite.

Mere zaštite vezane su za određena tehnička sredstva (odela, oprema i druga sredstva lične zaštite), higijenska (sanitarni uređaji i sredstva, provetravanje), zdravstvena (lekarski pregledi i pružanje prve pomoći), te sredstva kontrole izvora opasnosti po zdravlje. U vezi sa tim merama predviđena su odgovarajuća recipročna prava i obaveze zaposlenih i poslodavca.

Normativi zaštite su propisani standardi u pogledu bezbednih uslova rada, a koji se moraju obezbediti (dostići) primenom određenih mera zaštite. Zato su normativi obično povezani sa određenim merama i rezultat su primene tih mera. Ako normativ izostane onda to znači da određena mera nije preduzeta, nije primenjena, ili je treba dopuniti odnosno menjati. Sledstveno tome predviđene su odgovarajuće odgovornosti poslodavaca i zaposlenih.

2. Општа заштита запослених

Општа заштита (svih) zaposlenih ima dva vida: (1) zaštita fizičkog (telesnog) integriteta od štetnog dejstva uslova rada; i (2) zaštita moralnog integriteta zaposlenih.

2.1. Zашtita fizičkog (telesnog) integriteta zaposlenih od štetnog dejstva uslova rada

Ova zaštita obuhvata sve zaposlene i ima dugu pravnu istoriju u svetu. Prve državne intervencije (početkom XIX veka u Engleskoj i Francuskoj) u oblasti radnih odnosa bile su vezane upravo za ovo pitanje, tj. za zaštitu od preteranog iscrpljivanja na radu, dugog radnog vremena i noćnog rada, zaštite od štetnog dejstva uslova rada i sredstava za rad.

Zaštita na radu je predviđena kako u univerzalnim međunarodnim pravnim izvorima (izvori OUN)², tako i u izvorima specijalizovanih međunarodnih organizacija (posebno MOR-a)³ i regionalnih organizacija (SE i EU).⁴

² Srbiju, kao zemlju članicu OUN, u ovoj oblasti obavezuju Opšta deklaracija o pravima čoveka iz 1948. godine, (čl.24); Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima iz 1966. godine (čl.7), "Službeni list SFRJ", br.7/1971.

³ Srbiju obavezuju sledeće ratifikovane konvencije MOR-a u ovoj oblasti: Konvencija o upotrebi olovnog belila pri bojenju (br.13), "Službene novine KSHS", br.95-XXII; Konvencija o lekarskom pregledu mladih osoba kod zapošljavanja u pomorstvu (br.16), "Službene novine KSHS", br.95-XXII; Konvencija o označavanju težine za pakete transportovane brodovima (br.27), "Službene novine KJ", br.297-CXI; Konvencija o zaštiti zaposlenih (dokera) od nesreće na poslu pri utovaru i istovaru brodova (br.32), "Službeni list SFRJ", br.35/1975; Konvencija o radu žena pod zemljom (br.45), Službeni list FNRJ", br.12/1952; Konvencija o lekarskim pregledima pomoraca (br.73), "Službeni list SFRJ", br.3/1967; Konvencija o inspekciji rada (br.81), "Službeni list FNRJ", br.5/1956; Konvencija o smeštaju posade na brodovima (br.92), "Službeni list SFRJ", br.3/1967; Konvencija o lekarskom pregledu ribara (br.113), "Službeni list FNRJ", br.9/1961; Konvencija o čuvanju mašina (br.119), "Službeni list SFRJ", br.54/1970; Konvencija o benzolu (br.136), "Službeni list SFRJ", br.16/1976; Konvencija o raku izazvanom bavljenjem određenim zanimanjima (br.139), "Službeni list SFR", br.3/1977; Konvencija o radnoj sredini, zagađenju vazduha, buci i vibracijama (br.148), "Službeni list SFRJ", br.14/1982; Konvenciju o profesionalnoj bezbednosti i zdravlju (br.155), "Službeni list SFRJ", br.7/1987; Konvenciju o službi medicine rada (br.161), "Službeni list SFRJ", br.14/1989; Konvenciju o azbestu (br.162), "Službeni list SFRJ", br.14/1989.

⁴ Od evropskih dokumenata, u ovoj oblasti, Srbiju kao zemlju članicu SE, obavezuje Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava iz 1950. godine, "Službeni list SCG", br.6/2003 ; Evropska socijalna povelja iz 1961. godine (izmenjena), čl. 2, 3, "Sl. gl.RS", br.42/2009. Dokumenti EU Srbiju ne obavezuju, ali kao zemlja koja pretenduje u članjenju u EU, u procesu harmonizacije svog prava i prava EU, po pitanju bezbednosti i zaštite zdravlja na radu, uvaženi su standardi (*osnovni principi*) okvirne Direktive br. 89/391 o uvođenju mera za podsticanje poboljšanja bezbednosti i zdravlja radnika na radu, Official Journal L 183, 29/06/1989. *Osnovni principi* su: **(a)** prevencija profesionalnih rizika; **(b)** zaštita bezbednosti i zdravlja; **(c)** neutralisanje faktora rizika i nezgoda; **(d)** informisanje, konsultovanje i primerena participacija, saglasno nacionalnom zakonodavstvu; **(e)** obuka radnika i njihovih predstavnika.

U Srbiji se posvećuje velika pažnja pitanju bezbednosti na radu i zaštiti zdravlja zaposlenih. Polazeći od značaja tog pitanja, kao i od potrebe dalje harmonizacije našeg prava sa međunarodnim i evropskim pravom, u Srbiji je, u ovoj oblasti, 2003. godine utvrđena posebna nacionalna politika. Formiran je Nacionalni savet za zaštitu na radu pri Ministarstvu za rad, zapošljavanje i socijalnu politiku. *Nacionalna politika* o bezbednosti i zaštiti zdravlja na radu je utvrđena na *tripartitnoj* osnovi, tj. preko Nacionalnog saveta učešće su imali i predstavnici reprezentativnih udruženja zaposlenih i poslodavaca. Princip *tripartizma* pri utvrđivanju i ostvarivanju nacionalne politike i zakonodavstva u oblasti zaštite na radu, primenjen je i u okviru socijalno-ekonomskih saveta u Srbiji. Prema Zakonu o socijalno-ekonomskom savetu,⁵ socijalno-ekonomske savete (Socijalno-ekonomski savet Republike Srbije i saveti za teritoriju autonomne pokrajine i jedinice lokalne samouprave (opštine i gradove), čine predstavnici države, predstavnici reprezentativnih udruženja poslodavaca i zaposlenih. Ovi saveti, između ostalog, razmatraju pitanja i zauzimaju stavove o zaštiti radne i životne sredine (uz saglasnost svih članova). Svoje stavove dostavljaju Vladi i drugim nadležnim državnim organima.

Sem rečenog, u Srbiji je oblast bezbednosti na radu i zaštite zdravlja zaposlenih predmet *naučno-istraživačkog i vaspitno-obrazovnog rada* na najvišem nivou. Postoje tri specijalizovana instituta za zaštitu na radu - u Beogradu, Novom Sadu i Nišu. U Nišu, već nekoliko decenija, postoji i Fakultet zaštite na radu, na kome se stiče visoko stručno obrazovanje u zvanju inženjera zaštite na radu.

Prema Ustavu Srbije, zaposleni imaju pravo na bezbedne i zdrave uslove rada. U duhu ovog ustavnog prava i na platformi svih napred pomenutih pravnih izvora i utvrđene nacionalne politike u ovoj oblasti, u Srbiji je materija bezbednosti i zaštite života i zdravlja na radu regulisana Zakonom o radu i Zakonom o bezbednosti i zdravlju na radu.⁶

Zakonom o radu ("Sl. gl. RS", br24/200;/61/05;54/09;32/13) je predviđeno da sva zaposlena lica imaju pravo na bezbednost i zaštitu života i zdravlja na radu, u skladu sa zakonom. Ova norma ustanovljava pravo zaposlenih na zaštitu i upućuje na Zakon o bezbednosti i zdravlju na radu, kojim je utvrđen sistem zaštite u celini.

Zakonom o bezbednosti i zdravlju na radu sistem zaštite je definisan u okviru i preko sledećih **tematskih celina**: (1) cilj zaštite; (2) preventivne mere (3) nosioci prava na bezbednost i zdravlje na radu; (4) obaveze i odgovornosti poslodavca; (5) obaveze i prava zaposlenih; (6) organizovanje poslova u oblasti zaštite; (7) organi zaštite.

Pominjemo samo ovu Direktivu, jer ona je od posebnog značaja u pogledu podizanja nivoa bezbednosti i zaštite zdravlja na radu ne samo u zemljama članicama EU, već i u drugim zemljama koje pretenduju da postanu članice. Inače, oblast bezbednosti na radu i zaštite zdravlja zaposlenih je jedna od najrazvijenijih oblasti u radnom pravu EU.

⁵ Zakon o socijalno-ekonomskom savetu, "Službeni glasnik Republike Srbije", br. 125/2004.

⁶ Zakon o bezbednosti i zdravlju na radu, "Službeni glasnik Republike Srbije", br. 101/2005.

(1) *Cilj zaštite*, jeste da se putem obezbeđivanja takvih uslova na radu u najvećoj mogućoj meri smanjuju povrede na radu, profesionalna oboljenja i oboljenja u vezi sa radom, te da se tako stvaraju pretpostavke za puno fizičko, psihičko i socijalno blagostanje zaposlenih.

(2) *Preventivne mere* jesu sve mere koje se preduzimaju ili čije se preduzimanje planira na svim nivoima rada kod poslodavca, radi sprečavanja povređivanja ili oštećenja zdravlja zaposlenih. Ove mere poslodavac je dužan da preduzme u određenim *postupcima* i po određenim *principima*, vodeći računa o savremenim tehničkim, ergonomskim, zdravstvenim, obrazovnim, socijalnim, organizacionim i drugim merama i sredstvima za otklanjanje rizika od povređivanja i oštećenja zdravlja zaposlenih i/ili njihovog svođenja na najmanju moguću meru. Preventivne mere se primenjuju u *postupcima*: 1) projektovanja, izgradnje, korišćenja i održavanja objekata namenjenih za radne i pomoćne prostorije; 2) projektovanja, izgradnje, korišćenja i održavanja tehnoloških procesa rada i opreme za rad; 3) proizvodnje, pakovanja, prevoza, skladištenja, upotrebe i uništavanja opasnih materija; 4) projektovanja, proizvodnje i korišćenja sredstava i opreme za ličnu zaštitu na radu; 5) obrazovanja, vaspitanja i osposobljavanja u oblasti bezbednosti i zdravlja na radu.

Preventivne mere poslodavac obezbeđuje po *principima*: 1) izbegavanje rizika; 2) procena rizika koji se ne mogu izbeći; 3) otklanjanje rizika na njihovom izvoru; 4) prilagođavanje rada i radnog mesta zaposlenom; 5) zamena opasnih tehnoloških procesa ili metoda rada bezopasnim ili manje opasnim; 6) osposobljavanje zaposlenih za bezbedan rad.

(3) *Nosioci prava* na bezbednost i zdravlje na radu jesu: 1) zaposleni; 2) učenici i studenti kada se nalaze na profesionalnoj praksi ili praktičnoj nastavi, proizvodnom radu itd.; 3) lica koja se nalaze na stručnom osposobljavanju, prekvalifikaciji ili dokvalifikaciji; 4) lica koja se nalaze na profesionalnoj rehabilitaciji; 5) lica koja se nalaze na izdržavanju kazne zatvora dok rade u privrednoj jedinici zavoda za izvršenje kazne (radionice, gradilišta i sl.); 6) lica na dobrovoljnim i javnim radovima organizovanim u opštem interesu, 7) lica koja se zateknu u radnoj okolini radi obavljanja određenih poslova, ako je o njihovom prisustvu upoznat poslodavac.

(4) *Obaveze i odgovornosti poslodavca*, u smislu obezbeđivanja bezbednih uslova za rad, istovremeno predstavljaju prava zaposlenih. Razlikuju se *opšte i posebne* obaveze poslodavca.

Opšte obaveze poslodavca ogledaju se u sledećem: 1) da obezbedi zaposlenom rad na radnom mestu i u radnoj okolini u kojima su sprovedene mere bezbednosti i zdravlja na radu; 2) da obezbedi da radni proces bude prilagođen telesnim i psihičkim mogućnostima zaposlenog; 3) da sprovođenje mera bezbednosti i zaštite zdravlja ne prouzrokuje finansijske obaveze za zaposlenog; 4) da donese akt o proceni rizika, u pismenoj formi, za sva radna mesta u radnoj okolini i da utvrdi način i mere za njihovo otklanjanje, kao i da utvrdi posebne zdravstvene uslove koje moraju ispunjavati zaposleni za rad na pojedinim radnim mestima (radna mesta sa

povećanim rizikom); 5) da opštim aktom i ugovorom o radu utvrdi prava, obaveze i odgovornosti u oblasti bezbednosti i zdravlja na radu, kao i da organizuje poslove bezbednosti i zdravlja na radu;

6) obaveštava zaposlene i njihovog predstavnika o uvođenju novih tehnologija i sredstava za rad, kao i o opasnostima od povreda i oštećenja zdravlja do kojih dolazi njihovim uvođenjem; 7) da obezbedi propisane lekarske preglede zaposlenih, saglasno aktu o proceni rizika, a posebno onih koji rade na radnim mestima sa povećanim rizikom i to kako pre početka rada, tako i periodične preglede u toku rada;⁷ 8) zaustavi svaku vrstu rada koji predstavlja neposrednu opasnost za život i zdravlje zaposlenih; 9) da obezbedi pružanje prve pomoći.

Posebne obaveze poslodavca ogledaju se u sledećem: 1) da izradi propisan elaborat, o uređenju gradilišta, pre izgradnje ili rekonstrukcije građevinskog objekta ili kad vrši promenu tehnološkog procesa, kao i da elaborat i izveštaj o početku radova dostavi nadležnoj inspekciji rada; 2) da, najmanje osam dana pre početka rada, izvesti nadležnu inspekciju rada o početku svog rada, o radu odvojene jedinice, o svakoj promeni tehnološkog postupka, ukoliko se tim promenama menjaju uslovi rada; 3) da zaposlenim omogući upotrebu sredstava i opreme lične zaštite na radu, sa odgovarajućim uputstvom za njihovu primenu; 4) da spreči pristup u krug objekta ili u područje gradilišta licima i sredstvima saobraćaja koja nemaju osnova da se nalaze u njima; (5) da saraduje, u vezi sa zaštitom na radu, sa drugim poslodavcem, ili poslodavcima, ukoliko zajedno obavljaju posao i dele radni prostor.

(5) *Obaveze i prava zaposlenih* su recipročna strana obaveza i odgovornosti poslodavca u vezi sa bezbednošću i zaštitom zdravlja na radu. Zaposleni moraju imati aktivni odnos prema pitanjima zaštite na radu. Taj aktivni odnos je definisan određenim pravima i obavezama.

Osnovne obaveze zaposlenog su: (1) da se pre početka rada upozna sa merama bezbednosti i zdravlja na radu i da se osposobljava za njihovo sprovođenje (to je ujedno i njegovo pravo); (2) da obavi lekarski pregled, na koji ga upućuje poslodavac, ukoliko radi na radnom mestu sa povećanim rizikom (to je ujedno i njegovo pravo); (3) da se pridržava propisanih mera za bezbedan i zdrav rad, da namenski koristi sredstva za rad i opremu za ličnu zaštitu na radu i da sa njima pažljivo rukuje; (4) da obaveštava poslodavca, shodno svojim znanjima, o svim nepravilnostima, štetnostima, opasnostima i drugim pojavama koje bi mogle da ugroze njegovu bezbednost i zdravlje ili bezbednost i zdravlje drugih zaposlenih.

Osnovna prava zaposlenog u vezi sa zaštitom na radu (sem pomenutih koja ujedno predstavljaju i obavezu), su: (1) da poslodavcu daje predloge, primedbe i obaveštenja o pitanjima bezbednosti i zdravlja na radu; (2) da kontroliše svoje zdrav-

⁷ Prema Zakonu o radu (čl. 82) na poslovima na kojima postoji povećana opasnost od povređivanja, profesionalnih i drugih oboljenja može da radi samo zaposleni koji, pored posebnih uslova utvrđenih pravilnikom o sistematizaciji poslova, ispunjava i uslove za rad u pogledu zdravstvenog stanja, psihofizičkih sposobnosti i doba života, u skladu sa zakonom.

lje, u skladu sa propisima o zdravstvenoj zaštiti; (3) da odbije da radi ako mu preti neposredna opasnost po život i zdravlje zbog toga što nisu sprovedene propisane mere zaštite na radu, sve dok se te mere ne obezbede; (4) da preduzme sam odgovarajuće mere zaštite, u skladu sa svojim znanjem i tehničkim sredstvima koja mu stoje na raspolaganju i da napusti radno mesto, ukoliko mu preti neposredna opasnost po život ili zdravlje (bez odgovornosti za štetu koju na taj način može prouzrokovati poslodavcu); (5) da se obrati inspekciji rada ukoliko poslodavac, na zahtev radnika, ne preduzme potrebne mere zaštite;

(6) *Organizovanje poslova* u oblasti bezbednosti i zdravlja na radu, kako je već rečeno, jeste obaveza poslodavca. Poslodavac, po pravilu, ne može sam da obavlja poslove u vezi bezbednosti i zdravlja na radu, već te poslove obavlja lice koje ima položen stručni ispit i licencu.⁸ Stručni ispit se polaže pred odgovarajućom komisijom koju obrazuje (i po programu koji propisuje) ministar nadležan za rad, a nakon kojeg ministar rešenjem izdaje licencu.

Za obavljanje poslova bezbednosti i zdravlja na radu poslodavac može da odredi jednog ili više od svojih zaposlenih, ili da angažuje pravno lice, odnosno preduzetnika, koji imaju licencu i koji se profesionalno tim poslovima bave. Bez obzira ko obavlja poslove bezbednosti i zdravlja na radu, tom licu poslodavac je dužan da omogući nezavisno i samostalno obavljanje poslova, a za svoj rad lice je neposredno odgovorno poslodavcu.

Zaduženo, odnosno angažovano lice za bezbednost i zdravlje na radu ima široka ovlašćenja u ovoj oblasti: učestvuje u opremanju i uređivanju radnih mesta; svakodnevno prati i kontroliše primenu mera zaštite na radu; priprema i sprovodi osposobljavanje zaposlenih za bezbedan rad; učestvuje u pripremi akta o proceni rizika; daje savete poslodavcu u planiranju, izboru i korišćenju sredstava za rad i sredstava za ličnu zaštitu kao i o njihovom održavanju; saraduje i koordinira rad sa službom medicine rada u ovoj oblasti; vodi odgovarajuće evidencije u oblasti bezbednosti i zdravlja na radu kod poslodavca; itd.

(7) *Organi zaštite* u oblasti bezbednosti i zdravlja na radu su: (1) predstavnik zaposlenih; (2) odbor za bezbednost i zdravlje na radu; i (3) uprava za bezbednost i zdravlje na radu.

1) *Predstavnika* za bezbednost i zdravlje na radu biraju zaposleni kod poslodavca.

2) *Odbor* za bezbednost i zdravlje na radu čine najmanje tri izabrana predstavnika zaposlenih. Poslodavac koji ima 50 ili više zaposlenih dužan je u Odbor imenuje najmanje jednog svog predstavnika. Broj predstavnika zaposlenih u Odboru mora biti veći za najmanje jedan od broja predstavnika poslodavca.

⁸ Izuzetno, poslove bezbednosti i zdravlja na radu poslodavac može da obavlja sam u delatnostima trgovine, ugostiteljstva, turizma, zanatskih i ličnih usluga itd., ako ima do deset zaposlenih i u tom slučaju nije dužan da ima položen stručni ispit.

Poslodavac je dužan da predstavnika zaposlenih, odnosno Odbor: 1) informiše o svim podacima koji se odnose na bezbednost i zdravlje na radu; 2) omogućiti uvid u sve akte koji se odnose na bezbednost i zdravlje na radu; 3) omogućiti da učestvuju u razmatranju svih pitanja koja se odnose na sprovođenje bezbednosti i zdravlja na radu; 4) upozna sa izveštajima o povredama na radu, profesionalnim oboljenjima i oboljenjima u vezi sa radom i o preduzetim merama za bezbednost i zdravlje na radu; 5) upozna o preduzetim merama za sprečavanje neposredne opasnosti po život i zdravlje.

Predstavnik zaposlenih, odnosno Odbor imaju pravo: 1) da poslodavcu daju predloge o svim pitanjima koja se odnose na bezbednost i zdravlje na radu; 2) da zahtevaju od poslodavca da preduzme odgovarajuće mere za otklanjanje ili smanjenje rizika koji ugrožava bezbednost i zdravlje zaposlenih; 3) da zahtevaju vršenje nadzora od strane inspekcije rada, ako smatraju da poslodavac nije sproveo odgovarajuće mere za bezbednost i zdravlje na radu, kao i da prisustvuju inspeksijskom nadzoru. Naspram ovog prava predstavnika zaposlenih, odnosno Odbora postoji dužnost poslodavca da ih, po sprovedenom nadzoru, upozna sa nalazima i predlozima ili preduzetim merama inspekcije rada.

Poslodavac, predstavnik zaposlenih, odnosno Odbor i sindikat, dužni su da međusobno saraduju o pitanjima bezbednosti i zdravlja na radu, kao i da njihov odnos u ovoj oblasti uključe u predmet kolektivnog pregovaranja.

3) *Uprava za bezbednost i zdravlje na radu* je organ državne uprave, u sastavu ministarstva nadležnog za rad, koji se stara o unapređivanju i razvoju bezbednosti i zdravlja na radu, odnosno o smanjivanju povreda na radu, profesionalnih bolesti i oboljenja u vezi sa radom. Preciznije rečeno, Uprava prati i ocenjuje stanje bezbednosti i zdravlja na radu, proučava uzroke i pojave koji za posledicu imaju povrede na radu i profesionalne bolesti, priprema propise u oblasti bezbednosti i zdravlja na radu, organizuje polaganje stručnih ispita za izdavanje licenci u ovoj oblasti, organizuje različite vidove edukacije zaposlenih, poslodavaca, lica angažovanih na poslovima bezbednosti i zdravlja na radu, inspektora i drugih, te obavlja i druge poslove u skladu sa zakonom.

2.2. *Zaštita moralnog integriteta zaposlenih*

(1) Uvodne napomene

U radnom odnosu nije samo radna snaga čoveka, kao njegova psiho-fizička komponenta, već i njegova ukupna ličnost sa svim moralnim, etičkim i drugim svojstvima. To čini legitimnom potrebu zaštite moralnog integriteta zaposlenih.

Moral i pravo su dva skupa društvenih normi koji stoje u određenoj vezi, ali se i bitno razlikuju. Bitno se razlikuju po tome što je pravo, kao skup normi, državna

tvorevina snabdevena prinudom, a moral je tvorevina određene zajednice ljudi iza koje stoji “unutrašnja sankcija” - griža savesti. Moral i pravo se delimično poklapaju, jer je moral po svom izvoru autonoman i vezan za pojedina društva, delove društva, slojeve u društvu i pojedince, a pravo kao heteronomna tvorevina obavezuje sve. U jednom društvu po pravilu postoji više morala koji su interesno obojeni i međusobno se razlikuju. Na primer, razlikuju se moral zaposlenih i moral poslodavaca. Težnja zakonodavca je da u pravo ugradi što više moralnih vrednosti, jer će tako obezbediti potpuniju primenu prava.

Moralni integritet je *individualni fenomen*, lično svojstvo čoveka u koje su utkane društvene norme koje govore o tome šta se smatra dobrim i društveno dopuštenim, a šta se smatra zlim i društveno nedopuštenim. Šta je za datu ljudsku zajednicu dobro, a šta zlo – to je objektivno procenjivo ako je utvrđena jedna osnovna, najviša moralna vrednost, iz koje se lako izvode niže vrednosti. Takva vrednost obično se shvata kao čovečnost, čoveštvo, očovečavanje čoveka u sve većoj meri.⁹

Moralni integritet zaposlenog, kao lično svojstvo, može imati *pozitivnu i negativnu* stranu. Pozitivna strana se ispoljava u društveno prihvatljivom odnosu zaposlenog prema: **(1)** samom radu; **(2)** prema drugim zaposlenima i poslodavcu; i **(3)** opštim moralnim vrednostima i njihovoj primeni na radnom mestu i pod radnim uslovima. Pozitivna strana zahteva odgovarajuću radnopravnu zaštitu (zabrana diskriminacije, zlostavljanja na radu itd.). Negativna strana se ispoljava u društveno neprihvatljivom odnosu zaposlenog u navedenom smislu. Ova strana zahteva osudu i odgovarajuće pravno sankcionisanje.

Pitanje moralnog integriteta zaposlenih je posebno izraženo u delatnostima od šireg interesa (državna služba, prosveta itd.), kao i kod tzv. licencnih zanimanja (u oblasti zdravstva). Ovo zbog toga, jer u ovim delatnostima zaposleni obavljaju poslove koji tangiraju interese ne samo poslodavca već šireg kruga lica ili čitave društvene zajednice. Otuda, moralni integritet zaposlenih u ovim delatnostima ima i svoj posebni pravni okvir koji je definisan kodeksima profesionalne etike. Etika kao viši stepen svesti, indukovana je društvenim ugledom profesije kojom se zaposleni bavi i predpostavlja poštovanje objektivnosti u radu, morala i ljudskog dostojanstva. U tom smislu, kodeksi profesionalnog i etičkog ponašanja predstavljaju svojevrsnu sintezu prava i morala.

Kao što se vidi, pitanje moralnog integriteta zaposlenih je izuzetno kompleksno i višedimenzionalno i zato je pravno interesantno i značajno. Interesantno je i značajno, jer nameće se pitanje koje strane moralnog integriteta obuhvatiti i pravom zaštititi, a koje sankcionisati, ali tako da se pritom bitno ne naruši, pre svega, interesna ravnoteža subjekata radnog odnosa (zaposlenog i poslodavca). Za sada, radnopravni okvir moralnog integriteta zaposlenog ogleda se prevashodno u sledećem: *zabrana diskriminacije; zabrana zlostavljanja na radu; zaštita ličnih podataka zaposlenog; zaštita od zloupotrebe prava; i kodeksi profesionalnog i etičkog ponašanja.*

⁹ Pravna enciklopedija, Beograd, 1985, str. 832.

(2) Zabрана diskriminacije

Načelo zabrane diskriminacije (ili nediskriminacije), tj. pružanja jednakih šansi i jednakog postupanja prema ljudima, jeste izraz pravde i jednakosti među ljudima. Kao takvo, ovo načelo je deo prirodnog prava koji je najneposrednije povezan sa moralnim integritetom čoveka. U filozofiji prirodnog prava ideja nediskriminacije, odnosno jednakosti i pravde je uvek zauzimala centralno mesto.

Načelo nediskriminacije u sticanju i ostvarivanju prava i sloboda svoje pravno utemeljenje nalazi gotovo u svim važnim međunarodnim aktima koji govore o ljudskim pravima. U pravu Srbije zabrana diskriminacije ima ustavnu i zakonsku utemeljenost. Prema Ustavu Srbije ("Sl. gl. RS", br. 98/2006) građani su jednaki u slobodama, pravima i dužnostima i imaju jednaku zaštitu pred državnim i drugim organima, bez obzira na rasu, pol, jezik, veru, političko ili drugo uverenje, obrazovanje, socijalno poreklo, imovno stanje i drugo lično svojstvo (čl.21). Zabranjena je svaka diskriminacija, neposredna ili posredna, po bilo kom osnovu, a naročito po osnovu rase, pola, nacionalne pripadnosti, društvenog porekla, rođenja, veroispovesti, političkog ili drugog uverenja, imovnog stanja, kulture, jezika, starosti, i psihičkog ili fizičkog invaliditeta (čl.21. st.2. Ustava); Zakonom o radu (čl. 18) predviđen je princip zabrane diskriminacije na kome se temelji čitav sistem prava, obaveza i odgovornosti u individualnom radnom pravu. U širem kontekstu, o zabrani diskriminacije govori se i u drugim propisima (Zakon o zabrani diskriminacije,¹⁰ Zakon o ravnopravnosti polova¹¹, kao i propisi o zaštiti lica sa invaliditetom i drugi).

Preciznije rečeno, u užem - radnopravnom smislu, zabrana diskriminacije odnosi se na: (1) uslove za zapošljavanje i izbor kandidata za obavljanje određenog posla; (2) uslove rada i sva prava iz radnog odnosa; (3) obrazovanje, usavršavanje i osposobljavanje; (4) napredovanje na poslu; (5) otkaz ugovora o radu.

Zakonom o radu su definisani pojmovi: *neposredna, posredna diskriminacija* i *uznemiravanje*, uključujući i *seksualno uznemiravanje* u sferi rada.

Neposredna diskriminacija, jeste svako postupanje uzrokovano nekim od osnova diskriminacije koji se smatraju nedopuštenim (pol, jezik, rasa, vera, boja kože itd.), a kojim se lice koje traži zaposlenje, kao i zaposleni, stavlja u nepovoljniji položaj u odnosu na druga lica u istoj ili sličnoj situaciji.

Posredna diskriminacija postoji kada određena naizgled neutralna odredba, kriterijum ili praksa stavlja ili bi stavila u nepovoljniji položaj u odnosu na druga lica – lice koje traži zaposlenje, kao i zaposlenog, zbog određenog svojstva, statusa, opredeljenja ili uverenja.

¹⁰ "Sl. gl. RS", br.104/2009.

¹¹ "Sl. gl. RS", br.104/2009.

Ne smatra se diskriminacijom sledeće: **(a)** pravljenje razlike, isključenje ili davanje prvenstva u odnosu na određeni posao kada je priroda posla takva ili se posao obavlja u takvim uslovima da karakteristike povezane sa nekim od osnovi po kojima je zabranjena diskriminacija (pol, jezik, vera itd.), zapravo predstavljaju stvarni i odlučujući uslov obavljanja posla, te da je svrha koja se time želi postići opravdana; **(b)** kada pojedine odredbe predviđaju posebnu zaštitu i pomoć određenim kategorijama zaposlenih – zaštita invalida, žena za vreme trudnoće i tokom porodiljskog odsustva i odsustva radi posebne nege deteta i slično.

U slučajevima diskriminacije, lice koje traži zaposlenje, kao i zaposleni, može da pokrene pred nadležnim sudom postupak za naknadu štete. *Opseg štete*: (a) povreda prava zaposlenog; (b) narušavanje zdravlja zaposlenog; (c) materijalna šteta – izgubljena primanja; (d) nematerijalna šteta – *strah, bol, poremećaj psihičke i emocionalne ravnoteže posebno ako je posledica zlostavljanja (mobinga)*

Uznemiravanje može biti opšte i seksualno. Opšte uznemiravanje jeste svako neželjeno ponašanje uzrokovano nekim od nedopuštenih osnovi za duiskriminaciju, a koje ima za cilj ili predstavlja povredu dostojanstva lica koje traži zaposlenje, kao i zaposlenog, te koje izaziva strah ili stvara neprijateljsko, ponižavajuće ili uvredljivo okruženje.

Seksualno uznemiravanje jeste svako verbalno, neverbalno ili fizičko ponašanje koje ima za cilj ili predstavlja povredu dostojanstva lica koje traži zaposlenje, kao i zaposlenog u sferi polnog života, te koje izaziva strah ili stvara neprijateljsko, ponižavajuće ili uvredljivo okruženje.

Definišući pojam uznemiravanja (opšteg i seksualnog) Zakon o radu se približava pojmu zlostavljanja na radu (mobinga), jer i za uznemiravanje i za mobing karakteristično je neprijateljsko, ponižavajuće i uvredljivo okruženje. O mobingu ćemo posebno govoriti.

(3) Zabrana zlostavljanja na radu

Ustavnopravni okvir tretiranja pitanja u vezi sa zabranom zlostavljanja na radu (mobinga) tiče se ljudskih prava. Mobingom se često ugrožavaju *osnovna ljudska prava i slobode*. Ta prava i slobode predviđena su Ustavom Srbije.¹²¹¹ Svrha navedenih ljudskih prava, kao i drugih, jeste očuvanje ljudskog dostojanstva i ostvarenje

¹² *Dostojanstvo i slobodan razvoj ličnosti* - Ljudsko dostojanstvo je neprikosnoveno i svi su dužni da ga poštuju i štite (čl. 23. st. 1. Ustava); *Nepovredivost fizičkog i psihičkog integriteta* - Niko ne može biti izložen mučenju, nečovečnom ili ponižavajućem postupanju ili kažnjavanju..... (čl. 25. st. 2. Ustava); *Sloboda, savesti i uverenja* - Jamči se sloboda misli, savesti i uverenja, kao i pravo da se ostane pri svom uverenju ili da se ono promeni prema sopstvenom izboru (čl.43. st.1. Ustava); *Sloboda mišljenja i izražavanja* - Jamči se sloboda mišljenja i izražavanja, kao i sloboda da se govorom, pisanjem, slikom ili na drugi način traže, primaju i šire obaveštenja i ideje (čl. 46. st. 1. Ustava); *Pravo na poštovanje dostojanstva* - Svako ima pravo na poštovanje dostojanstva svoje ličnosti na radu..... (čl. 60. st. 4. Ustava).

pune slobode i jednakosti svakog pojedinca (čl. 19. Ustava). U tom smislu, Srbija u oblasti obrazovanja, kulture i informisanja podstiče duh tolerancije i međukulturnog dijaloga i preduzima efikasne mere za unapređenje uzajamnog poštovanja, razumevanja i saradnje među svim ljudima koji žive na njenoj teritoriji (čl. 81. Ustava). U temelje Srbije, kao pravne države, utkana su i osnovna ljudska prava i slobode (čl. 1. Ustava).

Zaštita *ljudskih prava* predviđena je i posebnim zakonom – *Zakonom o odgovornosti za kršenje ljudskih prava*.¹³ Reč je o zaštiti ljudskih prava predviđenih Međunarodnim paktom o građanskim i političkim pravima, koji je potpisala i ratifikovala SFRJ. Kršenje ljudskih prava, u smislu ovog Zakona, jeste svaka radnja *lica određenog ovim zakonom* preduzeta u vršenju dužnosti, a koja ima za cilj da se neko lice liši prava koje mu po zakonu pripada, ili da mu se oteža ostvarivanje takvog prava (čl. 5. Zakona). *Lica podložna odgovornosti* za kršenje ljudskih prava po ovom Zakonu su izabrana, imenovana ili postavljena lica u vršenju neke javne funkcije. Međutim, prema čl. 10. Zakona, tu spadaju i direktori državnih preduzeća koji vrše i poslodavačke poslove: direktori javnih preduzeća čiji je osnivač Republika; direktori javnih ustanova čiji je osnivač Republika; dekani fakulteta; direktori organizacija obaveznog socijalnog osiguranja; direktori banaka sa većinskim državnim kapitalom itd.

Radno-pravni okvir tretiranja pitanja u vezi sa mobingom sadržan je u Zakonu o radu, Zakonu o bezbednosti i zdravlju na radu i Zakonu o sprečavanju zlostavljanja na radu.¹⁴

Zakon o radu sadrži načelne odredbe koje se mogu dovesti u vezu sa stanjima i odnosima uzrokovanim mobingom - (1) *Pravo zaposlenog na zaštitu ličnog integriteta*: Zaposlena lica imaju pravo na zaštitu kako telesnog tako i moralnog integriteta (čl. 12. st.1. Zakona); (2) *Zabrana diskriminacije*: Zabranjena je *neposredna i posredna* diskriminacija zaposlenih i onih koji traže zaposlenje, te *ništave su* sve odredbe ugovora o radu kojima se utvrđuje diskriminacija po nekom od nedozvoljenih osnova (čl. 18. i čl. 20. st.2. Zakona); (3) *Zabrana uznemiravanja i seksualnog uznemiravanja* (čl. 21. st. 2. Zakona). Ono što je zajedničko i za opšte i za seksualno uznemiravanje jeste da izazivaju strah ili stvaraju neprijateljsko okruženje, što su karakteristična obeležja i mobinga. Ono što ih razlikuje jeste motiv - kod opšteg uznemiravanja motiv je diskriminacija; kod seksualnog uznemiravanja to nije slučaj.

Zakon o bezbednosti i zdravlju na radu, kao što smo videli, predviđa niz prava i obaveza zaposlenog i poslodavca čija je osnovna svrha u obezbeđivanju fizičke i psihičke sigurnosti na radu. Poslodavac je obavezan da radno mesto, radni proces i radnu okolinu organizuje i adaptira tako da odgovara fizičkim i mentalnim mogućnostima zaposlenih, odnosno da obezbedi takve uslove rada koji će pretežno stvoriti pretpostavke za *puno fizičko, psihičko i socijalno blagostanje* (čl. 80. Zakona).

¹³ "Službeni glasnik RS", br. 58/2003.

¹⁴ "Sl. gl. RS", br. 36/2010. Ovaj Zakon prati i Pravilnik o pravilima ponašanja poslodavaca i zaposlenih u vezi sa prevencijom i zaštitom od zlostavljanja na radu, "Sl. gl. RS", br. 62/2010.

Prema *Zakon o sprečavanju zlostavljanja* na radu, *prvo*, zlostavljanje, jeste svako aktivno i pasivno ponašanje prema zaposlenom ili grupi zaposlenih kod poslodavca koje se ponavlja, a koje za cilj ima ili predstavlja povredu dostojanstva, ugleda, ličnog i profesionalnog integriteta, zdravlja, položaja zaposlenog i koje izaziva strah ili stvara neprijateljsko, ponižavajuće ili uvredljivo okruženje, pogoršava uslove rada ili dovodi do toga da se zaposleni izoluje ili navede da na sopstvenu inicijativu raskine radni odnos ili otkáže ugovor o radu ili drugi ugovor. *Drugo*, zlostavljanjem se smatra i podsticanje ili navođenje drugih na ponašanje koje predstavlja zlostavljanje. *Treće*, u širem kontekstu, i slučajevi seksualnog uznemiravanja ulaze u predmet zaštite Zakona o sprečavanju zlostavljanja na radu, jer njegove odredbe se primenjuju i na te slučajeve.

Šta se ne smatra zlostavljanjem na radu? Zlostavljanjem na radu ne smatraju se: pojedinačni akti poslodavca kojima je rešavano o pravima, obavezama i odgovornostima zaposlenog iz radnog odnosa (protiv takvih akata zaposleni ima pravo na sudsku zaštitu – u skladu sa posebnim propisima); pozivanje na odgovornost zbog povrede radne discipline; aktivnosti u vezi sa ostvarivanjem bezbednosti i zaštite zdravlja na radu; kršenje principa nediskriminacije, jer zaštita sa tim u vezi je predviđena posebnim propisima (Zakonom o radu, Zakonom o zabrani diskriminacije); uskraćivanje ili onemogućavanje korišćenja prava predviđenih zakonom, opštim aktom i ugovorom o radu (neisplaćivanje zarade, uskraćivanje prava na odmor, određivanje prekovremenog rada i slično), jer zaštita u vezi sa ovim obezbeđuje se u drugim postupcima kod poslodavca ili pred nadležnim državnim organom (inspekcija rada, sud); razlike u mišljenjima ili povremeni konflikti i problemi u vezi sa radom koji nemaju napred navedena obeležja mobinga.

Izvršilac zlostavljanja (mober) može biti poslodavac kao fizičko lice ili odgovorno lice kod poslodavca sa svojstvom pravnog lica (direktor). Izvršilac može biti i zaposleni ili grupa zaposlenih kod poslodavca. Žrtva zlostavljanja je lice prema kome je zlostavljanje usmereno (zaposleni ili poslodavac).

Poslodavac je dužan da zaposlenog zaštititi od zlostavljanja. *Prvo*, dužan je da zaposlenog, pre stupanja na rad, pismenim putem obavesti o zabrani vršenja zlostavljanja i pravima, obavezama i odgovornostima zaposlenog i poslodavca u vezi sa tom zabranom. *Drugo*, dužan je da, u cilju prepoznavanja, prevencije i sprečavanja zlostavljanja, sprovodi mere obaveštavanja i osposobljavanja zaposlenih i njihovih predstavnika da prepoznaju uzroke, oblike i posledice vršenja zlostavljanja. *Treće*, poslodavac odgovara za štetu koju odgovorno lice ili zaposleni vršeći zlostavljanje prouzrokuje drugom zaposlenom kod istog poslodavca (uz odgovarajuće pravo regresu).

Koja su prava i obaveze zaposlenog u vezi sa zlostavljanjem? Prava zaposlenog su: *prvo*, da pismenim putem bude upoznat sa zabranom vršenja zlostavljanja i pravima, obavezama i odgovornostima zaposlenog i poslodavca u vezi sa zabranom zlostavljanja; *drugo*, ima pravo da kod poslodavca ostvari zaštitu od ponašanja koje

predstavlja zlostavljanje, odnosno zaposleni koji sazna za ponašanje za koje opravdano veruje da predstavlja zlostavljanje ima pravo da inicira pokretanje postupka za zaštitu od zlostavljanja obaveštavanjem lica ovlašćenog za podnošenje zahteva za pokretanje tog postupka; *treće*, zaposleni, kome prema mišljenju službe medicine rada preti neposredna opasnost po zdravlje ili život, ima pravo da odbije da radi ako poslodavac ne preduzme mere za sprečavanje zlostavljanja do okončanja postupka za utvrđivanje odgovornosti mobera i da o tome obavesti poslodavca i inspekciju rada.¹⁵

Dužnosti i odgovornosti zaposlenog su: *prvo*, da se uzdrži od ponašanja koje predstavlja zlostavljanje i ponašanja koje predstavlja zloupotrebu prava na zaštitu od zlostavljanja;¹⁶ *drugo*, zaposleni koji vrši zlostavljanje, na pomenute načine, odgovoran je za nepoštovanje radne discipline, odnosno povredu radne dužnosti.

Koji su mehanizmi zaštite od zlostavljanja na radu? Zaštita od zlostavljanja na radu predviđena je kroz tri faze.¹⁷

Prva faza zaštite, ogleda se u prevenciji zlostavljanja na radu. Poštujući gore navedena međusobna prava i obaveze zaposleni i poslodavac obezbeđuju, zapravo, prevenciju zlostavljanja na radu. Postoje i posebna pravila ponašanja poslodavca i zaposlenih u vezi sa prevencijom koja su predviđena pomenutim *Pravilnikom o pravilima ponašanja poslodavaca i zaposlenih u vezi sa prevencijom i zaštitom od zlostavljanja na radu*.

Druga faza zaštite, obezbeđuje se u odgovarajućim postupcima kod poslodavca. Postoje dve vrste postupka. *Prvo*, postupak radi pružanja saveta i podrške (postupak *podrške*). Naime, poslodavac može da odredi lice za podršku kome zaposleni koji sumnja da je izložen zlostavljanju može da se obrati radi pružanja saveta i podrške. Dakle, to je postupak koji služi za prepoznavanje zlostavljanja na radu. U tom smislu, lice za podršku treba da sasluša zaposlenog, da mu da savet, da ga uputi, informiše i pruži podršku s ciljem prevazilaženja sporne situacije. *Drugo*, pokretanje postupka *posredovanja*. Ako se ne može prevazići sporna situacija u postupku podrške, posredstvom lica za podršku, tada zaposleni koji smatra da je izložen zlostavljanju može pokrenuti postupak posredovanja. Postupak se pokreće zahtevom, uz odgovarajuće obrazloženje. Zahtev se podnosi poslodavcu (direktoru u pravnom licu,

¹⁵ U navedenom slučaju, poslodavac je dužan da moberu izrekne jednu od sledećih mera: 1) premeštaj u drugu radnu okolinu – na iste ili druge poslove, odnosno radno mesto; 2) udaljenje sa rada uz naknadu zarade.

¹⁶ Zloupotreba prava na zaštitu od zlostavljanja postoji onda kada je zaposleni svestan ili je moprao biti svestan da ne postoje osnovani razlozi za pokretanje postupka za zaštitu od zlostavljanja, a ipak pokrene ili inicira pokretanje tog postupka sa ciljem da za sebe ili drugog pribavi materijalnu ili nematerijalnu korist ili da nanese štetu drugom licu.

¹⁷ Pokretanje postupka za zaštitu od zlostavljanja, kao i učešće u tom postupku, ne može da bude osnov za: stavljanje zaposlenog u nepovoljniji položaj u pogledu ostvarivanja prava i obaveza po osnovu rada, pokretanje postupka za utvrđivanje disciplinske, materijalne i druge odgovornosti, otkaz ugovora o radu, odnosno prestanak radnog odnosa, proglašavanje zaposlenog viškom zaposlenih. Ovu zaštitu ne uživa zaposleni koji je zloupotrebio pravo na zaštitu od zlostavljanja.

odnosno poslodavcu kao fizičkom licu) u svakom slučaju zlostavljanja (i kada je u ulozi mobera drugi zaposleni kod poslodavca i kada je u ulozi mobera sam poslodavac).¹⁸ Rok za podnošenje zahteva iznosi šest meseci od dana kada je zlostavljanje učinjeno, tj. kada je poslednji put izvršeno ponašanje koje predstavlja zlostavljanje.¹⁹

Poslodavac je dužan da po prijemu zahteva, u roku od tri dana, predloži posredovanje. Po prijemu predloga poslodavca, u roku od tri dana, strane u spornom odnosu sporazumno određuju lice za vođenje postupka posredovanja.²⁰ Posrednik je nepristrasno lice, koje uživa poverenje strana u sporu i koje im pomaže da postignu sporazum (može da daje predlog mogućih rešenja, ali ne može stranama u sporu da nameće rešenje). Postupak posredovanja je hitan i zatvoren za javnost, a vodi se po pravilima koje strane u sporu sporazumno odrede ili ako to same ne učine – na način koji posrednik smatra odgovarajućim.

Postupak posredovanja okončava se u roku od osam radnih dana od dana izbora posrednika (iz opravdanih razloga može se produžiti na maksimalno 30 dana). Okončava se: zaključivanjem pismenog sporazuma strana u sporu; odlukom posrednika, posle konsultacije sa stranama, da postupak obustavlja, jer dalji postupak nije opravdan; izjavom strana u sporu da odustaju od daljeg postupka. Sporazumom o okončanju spora treba naročito predvideti mere koje su usmerene na prestanak ponašanja koje predstavlja zlostavljanje, odnosno isključenje mogućnosti nastavljanja takvog ponašanja, kao i preporuke poslodavcu u pogledu otklanjanja mogućnosti nastavljanja zlostavljanja (premeštaj zaposlenog koji trpi zlostavljanje ili mobera u drugu radnu sredinu i slično).

Smatra se da postupak posredovanja nije uspeo u sledećim slučajevima: ako strane u sporu ne odrede, odnosno ne izaberu posrednika; ako se obustavi odlukom posrednika; ako strane u sporu izjave da odustaju od daljeg postupka ili ako jedna od strana odustane. U tim slučajevima poslodavac ima *dve obaveze*: prvo, da zaposlenom dostavi obaveštenje o tome da postupak posredovanja nije uspeo, drugo, ukoliko postoji osnovana sumnja da je izvršeno zlostavljanje, pokrene postupak za utvrđivanje odgovornosti mobera za nepoštovanje radne discipline, odnosno povredu radne obaveze, u skladu sa zakonom koji predviđa odgovarajuću odgovornost iz disciplinskih razloga (disciplinski ili otkazni postupak). Međutim, u navedenim slučajevima, pored sankcija koje proizilaze iz disciplinskog ili otkaznog postupka, poslodavac ima na raspolaganju još i sledeće mere koje se mogu preduzeti prema moberu: opomena; udaljenje sa rada od četiri do 30 dana bez naknade zarade; trajni

¹⁸ Ipak, kada je u ulozi mobera sam poslodavac, zaposleni koji je izložen zlostavljanju može, do isteka roka zastarelosti za pokretanje postupka za zaštitu od zlostavljanja, i bez pokretanja postupka posredovanja pokrenuti postupak pred nadležnim sudom.

¹⁹ Za vreme trajanja roka i za vreme vođenja postupka posredovanja ne teku rokovi zastarelosti propisani zakonom za utvrđivanje odgovornosti zaposlenog za nepoštovanje radne discipline, odnosno povredu radne dužnosti.

²⁰ Posrednik se može izabrati sa spiska posrednika koji se vodi kod poslodavca (u skladu sa kolektivnim ugovorom), kod socijalno-ekonomskog saveta, odnosno kod drugog organa, organizacije ili ustanove za posredovanje.

premeštaj u drugu radnu okolinu – na iste ili druge poslove odnosno radno mesto.²¹ Ako nakon izricanja ovih mera, u roku od šest meseci, mober ponovo izvrši zlostavljanje, poslodavac može da mu otkáže ugovor o radu, odnosno izrekne meru prestanka radnog odnosa.

Treća faza zaštite od zlostavljanja na radu obezbeđuje se *sudskim putem*. Postupak pred nadležnim sudom (radni spor) može se pokrenuti u dva slučaja: (a) kada prema zaposlenom zlostavljanje vrši sam poslodavac (poslodavac kao fizičko lice, ili odgovorno lice kod poslodavca kao pravnog lica - direktor); i (b) kada zaposleni nije zadovoljan ishodom postupka zaštite od zlostavljanja kod poslodavca (ishodom postupka podrške i posredovanja).

Postupak se pokreće u roku od 15 dana od dana dostavljanja obaveštenja da postupak posredovanja nije uspeo, odnosno od dana dostavljanja obaveštenja o tome koje je mere poslodavac preduzeo prema moberu u svom disciplinskom ili otkaznom postupku.

Za ovaj postupak u pogledu nadležnosti suda, procesnih načela i ostalih pitanja važe pravila kao i kod ostalih radnih sporova. Ipak, treba podvući nekoliko specifičnosti.

Prvo, zaposleni koji smatra da je izložen zlostavljanju, kao tužilac, može da zahteva: (a) utvrđenje da je pretrpeo zlostavljanje; (b) zabranu vršenja ponašanja koje predstavlja zlostavljanje, zabranu daljeg vršenja zlostavljanja, odnosno ponavljanja zlostavljanja; (c) izvršenje radnje radi uklanjanja posledica zlostavljanja; (d) naknadu materijalne i nematerijalne štete; (e) objavljivanje presude kojom su prihvaćeni navedeni tužbeni zahtevi.

Drugo, ako je u toku postupka tužilac učinio verovatnim da je izvršeno zlostavljanje, teret dokazivanja da nije bilo ponašanja koje predstavlja zlostavljanje je na poslodavcu.

Treće, hitnost postupka je naglašena i rokom u kome sud treba da dostavi tužbu tuženom na odgovor (15 dana od dana prijema tužbe);

Četvrto, sud može po službenoj dužnosti ili na predlog stranke da odredi privremene mere radi sprečavanja nasilnog postupanja ili radi otklanjanja štete (zabrana približavanja, zabrana pristupa u prostor oko mesta rada zaposlenog koji učini verovatnim da je izložen zlostavljanju).²²

(4) *Zaštita ličnih podataka zaposlenog*

Zaštita ličnih podataka zaposlenih tiče se zapravo zaštite njihovog moralnog integriteta. Ustav Srbije (čl.42) garantuje zaštitu podataka o ličnosti i sudsku zaštitu zbog zloupotrebe tih podataka. Prema Zakonu o radu (čl. 83), lični podaci koji se

²¹ Iste mere mogu biti izrečene i zaposlenom koji je zloupotrebi pravo na zaštitu od zlostavljanja.

²² Protiv rešenja o određivanju privremene mere nije dozvoljena posebna žalba.

odnose na zaposlenog ne mogu da budu dostupni trećem licu, osim u slučajevima i pod uslovima utvrđenim zakonom, ili ako je to potrebno radi dokazivanja prava i obaveza iz radnog odnosa, ili u vezi sa radom.

Lične podatke zaposlenih može da prikuplja, obrađuje, koristi i dostavlja trećim licima samo direktor, odnosno poslodavac – preduzetnik ili zaposleno lice kod poslodavca koje je ovlašćeno od strane direktora. U svakom slučaju reč je o podacima koji su od neposrednog značaja za poslove koje zaposleni obavljaju.

Svaki zaposleni ima pravo: (a) uvida u dokumente koji sadrže lične podatke o njemu, a koji se čuvaju kod poslodavca; (b) pravo da zahteva brisanje podataka koji nisu od neposrednog značaja za poslove koje obavlja; i (c) pravo da zahteva ispravljanje netačnih podataka. I ova prava, kao i druga prava iz radnog odnosa, uživaju sudsku zaštitu, tj. zaposleni se može obratiti nadležnom sudu u potrebi njihove zaštite.

Dakle, zaposleni ima pravo uvida u dokumenta koja sadrže lične podatke o njemu samom, ne i o drugim zaposlenima. Kao što je rečeno, podaci se tiču onih ličnih svojstava zaposlenog (stručna sprema, radno iskustvo, veštine itd.), koja su od značaja za njegov posao. Ako podaci nisu tačni, ili ako nisu od značaja za njegov posao (npr. bračno stanje, seksualna orijentacija, itd.) zaposleni ima pravo da traži njihovu ispravku odnosno brisanje.

(5) Zашtita od zloupotrebe prava

Zaštita od zloupotrebe prava tiče se i zaposlenog i poslodavca. Zaposleni se štiti od zloupotrebe prava od strane poslodavca, a poslodavac se štiti od zloupotrebe prava od strane zaposlenog. Svaka zloupotreba prava od strane subjekata radnog odnosa narušava interesnu ravnotežu u radnom odnosu definisanu odgovarajućim recipročnim pravima i obavezama zaposlenog i njegovog poslodavca. Takav odnos subjekata radnog odnosa prema radu je nemoralan i društveno neprihvatljiv (negativna strana moralnog integriteta).

Svako pravo iz radnog odnosa podleže zloupotrebi, tj. može se koristiti na način koji nije u duhu njegove svrhe. Zloupotreba ima interne i eksterne reperkusije. Ako se izigrava svrha nekog prava, onda gubi svoj legitimitet i obaveza koja stoji naspram tog prava, što predstavlja internu posledicu recipročnosti prava i obaveza zaposlenog i poslodavca (zaposleni i poslodavac mogu odbiti da izvrše obavezu koja stoji naspram zloupotrebjenog prava). Sa druge strane, zloupotreba prava je sankcionisana radnopravnim, građanskopravnim, prekršajnim, krivičnopravnim i drugim odredbama, što predstavlja eksternu posledicu činjenice da je zloupotreba prava nemoralna i društveno neprihvatljiva.

U slučajevima kada zloupotrebu prava vrši poslodavac, unutar pojedinih radnopravnih instituta (od zasnivanja do prestanka radnog odnosa), radnim i drugim

zakonodavstvom predviđena je odgovarajuća zaštita zaposlenog (npr. kod posredne ili skrivene diskriminacije, kod nelegitimnog raspoređivanja na drugo radno mesto, neka krivična dela protiv prava iz radnog odnosa itd.). U slučajevima kada zloupotrebu prava vrši zaposleni (npr. u vezi sa odsustvima sa rada, u vezi sa pravom na zaštitu od zlostavljanja na radu itd.), poslodavac u tim slučajevima može zaposlenog pozvati na odgovornost zbog povrede radne obaveze, odnosno nepoštovanja radne discipline, može mu dati i otkaz ugovora o radu. Na ovaj način pokušava se uticati na moralni integritet zaposlenog u smislu njegovog poboljšanja, tj. radi se o zaštiti (jačanju) pozitivne strane tog integriteta.

Klasičan i upečatljiv primer negativne strane moralnog integriteta zaposlenog, odnosno zloupotrebe prava od strane zaposlenog, jeste zloupotreba prava na odsustvo sa rada zbog privremene nesposobnosti ili sprečenosti za rad usled bolesti (zloupotreba prava na bolovanje). Ovo je klasičan primer zbog toga što se u radnom zakonodavstvu već tradicionalno posebno izdvaja kao razlog disciplinskog kažnjavanja, davanja otkaza ugovora o radu ili odgovornosti za štetu, a upečatljiv je zbog toga što se ovde radi o zloupotrebi prava koje ima izrazito moralnu i humanu dimenziju (tiče se zaštite zdravlja). Ova zloupotreba otvara pitanje dvostruke odgovornosti zaposlenog: odgovornost kao osiguranika iz oblasti zdravstvenog osiguranja; i odgovornost kao zaposlenog iz radnog odnosa. Zloupotrebom prava na bolovanje zaposleni nanosi i dvostruku štetu poslodavcu: stvarnu štetu i izgubljenu korist. Stvarna šteta se ogleda u isplati naknade zarade za vreme privremene sprečenosti za rad u prvih 30 dana sprečenosti, a od 31. dana naknada se obezbeđuje na teret Republičkog fonda za zdravstveno osiguranje. Izgubljena korist ogleda se u propuštenom prihodu koji bi zaposleni ostvario da je radio. Iz tih razloga, prema Zakonu o radu, zloupotreba prava na odsustvo zbog privremene sprečenosti za rad predstavlja opravdani razlog, vezan za ponašanje zaposlenog, za davanje otkaza ugovora o radu od strane poslodavca.

Zaštita od zloupotrebe prava na bolovanje ogleda se u sledećem. *Prvo, obaveštavanje* o privremenoj sprečenosti za rad je vid zaštite od zloupotrebe odsustvovanja sa rada zbog bolesti (odsustvovanja u smislu propisa o zdravstvenom osiguranja). U slučaju privremene sprečenosti za rad zbog bolesti, zaposleni je dužan da odmah o tome obavesti poslodavca, a najkasnije u roku od tri dana od dana nastupanja te sprečenosti. Zapravo, zaposleni je dužan da poslodavcu dostavi potvrdu lekara koja sadrži i vreme očekivane sprečenosti za rad. Lekar je dužan da izda potvrdu.²³

Neizvršavanje dužnosti zaposlenog, u vezi dostavljanja potvrde lekara, može biti definisano aktom poslodavca kao nepoštovanje radne discipline, te u tom smislu tretirano kao razlog za otkaz ugovora o radu od strane poslodavca (Vidi čl. 179. stav. 1. tačka 3. Zakona o radu).

²³ Potvrda se izdaje u skladu sa Pravilnikom o načinu izdavanja i sadržaju potvrde o nastupanju privremene sprečenosti za rad zaposlenog u smislu propisa o zdravstvenom osiguranju, "Službeni glasnik Republike Srbije", br. 1/2002.

U slučaju teže bolesti, umesto zaposlenog, potvrdu lekara o sprečenosti za rad poslodavcu dostavljaju članovi uže porodice ili druga lica sa kojima zaposleni živi u porodičnom domaćinstvu. Ako zaposleni živi sam, potvrdu je dužan da dostavi u roku od tri dana od dana prestanka razloga zbog kojih nije mogao da dostavi potvrdu.

Drugo, ako poslodavac *posumnja* u opravdanost razloga za odsustvovanje sa rada u smislu propisa o zdravstvenom osiguranju, može da podnese zahtev nadležnom zdravstvenom organu radi utvrđivanja zdravstvene sposobnosti zaposlenog. Ovo ponovno razmatranje sprečenosti zaposlenog za rad, vrši se u skladu sa propisima o zdravstvenom osiguranju. Ukoliko se utvrdi da je zaposleni zloupotrebio pravo na odsustvo sa rada zbog privremene sprečenosti za rad, onda to predstavlja razlog za otkaz ugovora o radu od strane poslodavca (vidi čl. 179. stav 1. tačka 6. Zakona o radu).

Takođe, prema Zakonu o državnim službenicima (“Sl. gl. RS”, br.79/2005;81/05;64/07;67/07;116/08;104/09), kao teža povreda dužnosti iz radnog odnosa uzima se i zloupotreba prava iz radnog odnosa, a zbog koje se može izreći disciplinska kazna prestanak radnog odnosa, zabrana napredovanja od dve do četiri godine i novčana kazna. Pored toga, u vezi sa korišćenjem prava na odsustvo sa posla, kao lakša povreda dužnosti iz radnog odnosa, tretira se i neopravdano neobaveštavanje neposredno pretpostavljenog o razlozima sprečenosti za dolazak na rad u roku od 24 časa od nastanka razloga itd.

(6) Kodeksi profesionalnog i etičkog ponašanja

Kodeksi profesionalnog i etičkog ponašanja predstavljaju pravni okvir za jačanje i zaštitu (pozitivne strane) moralnog integriteta zaposlenih.

Kodeksi profesionalnog i etičkog ponašanja mogu se posmatrati u širem užem smislu. U *širem kontekstu* posmatrano, kodeksi profesionalnog i etičkog ponašanja su integralni deo međunarodnih, evropskih i nacionalnih radnopravnih standarda i pripadaju sferi tzv. mekog prava (*Soft law*). Tu spadaju unilaterala ili ugovorena pravila o ponašanju i zaposlenih i poslodavaca na tržištu rada i kapitala.

Na regionalnom i međunarodnom planu, ovi kodeksi dolaze do izražaja naročito u procesima regionalnih (evropskih) integracija i svetske globalizacije. Pravila se tiču rada i poslovanja kompanija evropskih dimenzija i multinacionalnih kompanija. Primenjuju se u sferi zaključivanja evropskih kompanijskih kolektivnih ugovora o radu i međunarodnih okvirnih kolektivnih ugovora (*International Framework Agreements – IFA* – koje zaključuju multinacionalne kompanije sa nekom od svetskih federacija sindikata). Na taj način multinacionalne kompanije obezbeđuju međunarodni legitimitet svom poslovanju (što rezultira i odgovarajućom efikasnošću poslovanja). Konačno, kodekse podrazumeva i sam tzv. evropski *socijalni model*, jer on bazira na etici rada, tj. etičkoj povezanosti rada, upravljanja radom i valorizacije

rada (prisvajanja rezultata rada). U smislu rečenog, poseban značaj imaju kodeksi korporativnog upravljanja, čiji je cilj da afirmišu socijalno odgovorno upravljanje (uvažavanje socijalnog dijaloga – konsultovanje ili pregovaranje sa predstavnicima zaposlenih; standardi stručnog i profesionalnog rada uprave; etičnost u radu članova uprave).

Na nacionalnom planu, kodeksi profesionalnog i etičkog ponašanja doprinose “moralizaciji radnih odnosa”, jačanju etičkih osnova društva u celini naročito u tranzicionim uslovima (suzbijanje korupcije, sukoba interesa itd.).

U *užem smislu*, kodeksi profesionalnog i etičkog ponašanja mogu se tretirati kao deo radnopravnog okvira moralnog integriteta zaposlenih i drugih lica koja žive od svog rada. Razlikuju se kodeksi ponašanja za: (a) zaposlene u javnom i privatnom sektoru; (b) za državne službenike i javne funkcionere, (c) i za slobodne profesije - advokati, profesionalni sportisti, treneri, sportske sudije. Kodeksi predstavljaju skup pravila u vezi ponašanja zaposlenih na radu i u vezi sa radom, definisanih zakonom ili drugim opštim aktima na osnovu zakona, odnosno definisanih autonomnim putem, a kojima se želi postići: etičnost rada; očuvanje ugleda profesije; dostojanstvo na radu; savesnost i poštenje na radu; profesionalna i moralna odgovornost; poštovanje profesionalnih običaja itd. Ovi kodeksi su od naročitog značaja za tzv. licencna zanimanja (licenca kao javna isprava – dozvola za rad u oblasti zdravstva, notari, stečajni upravnici itd.), kao i kod drugih zanimanja koja karakterišu visoki etički standardi (državna služba, prosveta, sudstvo). Kod pojedinih zaposlenih (državni službenici) povreda pravila iz kodeksa profesionalnog i etičkog ponašanja predstavlja ujedno i povredu radne dužnosti zbog koje se može izreći odgovarajuća disciplinska mera, ili pak može predstavljati razlog oduzimanja licence za rad (lekari).

Prema Zakonu o državnim službenicima, pravila koja čine osnovu kodeksa profesionalne etike sadržana su u načelima delovanja državnih službenika. Ta načela odnose se na sledeće: (1) zakonitost, nepristrasnost i političku neutralnost u radu državnog službenika; (2) odgovornost za zakonitost i delotvornost rada i da niko ne sme vršiti uticaj na državnog službenika da nešto učini ili ne čini suprotno propisima; (3) zabrana povlašćivanja i uskraćivanja, odnosno zabrana diskriminacije među službenicima po osnovu pola, rase, vere itd; (4) dostupnost javnosti informacija o radu državnih službenika, u skladu sa propisima koji uređuju slobodan pristup informacijama od javnog značaja; (5) jednaka dostupnost radnih mesta pri zapošljavanju u državnim organima po kriterijumima vezanim za stručnu spremu, znanja i veštine, ali i za moralni integritet lica jer se traži kao uslov za zaposlenje da licu ranije nije prestajao radni odnos u državnom organu zbog teže povrede dužnosti iz radnog odnosa i da nije osuđivano na kaznu zatvora od najmanje šest meseci itd. Pored rečenog, deo pravila iz kodeksa profesionalne etike državnih službenika vezan je i za sprečavanje sukoba interesa. Pravila se odnose na: (1) zabranu primanja poklona i korišćenja rada u državnom organu da bi uticao na ostvarivanje svojih prava ili prava s njime povezanih lica; (2) dodatni rad državnog službenika kod drugog poslodavca

je moguć uz pismenu saglasnost rukovodioca organa i van radnog vremena, ukoliko taj rad nije zabranjen posebnim zakonom ili drugim propisom, ako ne stvara mogućnost sukoba interesa ili ne utiče na nepristrasnost rada tog službenika; (3) dužnost službenika da o svom dodatnom radu obavesti rukovodioca; (4) zabranu osnivanja privrednih društava i javnih službi i bavljenja preduzetništvom; (5) ograničavanje članstva u organima pravnih lica (državni službenik ne sme biti direktor, zamenik ili pomoćnik direktora pravnog lica, a član upravnog odbora, nadzornog odbora ili drugog organa upravljanja pravnog lica može biti jedino ako ga imenuje Vlada ili drugi državni organ prema posebnom propisu; (6) prijavljivanje interesa koje službenik ili lice s njim povezano, može imati u vezi sa odlukom državnog organa u čijem donošenju službenik učestvuje, radi odlučivanja o njegovom izuzeću (time se ne dira u pravila o izuzeću, propisana zakonom kojim se uređuje opšti upravni postupak). Radnopravne reperkusije profesionalne etike odnose se i na ocenjivanje i napredovanje državnih službenika, pri čemu se vrednuje i savesnost u radu. Cilj ocenjivanja je otkrivanje i otklanjanje nedostataka u radu državnih službenika, podsticanje na bolje rezultate rada i stvaranje uslova za napredovanje.²⁴

U oblasti zdravstva, pitanje moralnog integriteta zaposlenih i kodeksa profesionalne etike je naročito izraženo. Ovo zbog toga, jer se u ovoj oblasti radi o zaštiti najvažnijih ljudskih prava: pravo na zaštitu zdravlja i pravo na život. Prema Zakona o zdravstvenoj zaštiti ("Sl. gl. RS", br. 107/2005; 101/2005; 88/2010; 99/2010; 57/2011), svaki građanin ima pravo da zdravstvenu zaštitu ostvaruje uz poštovanje najvišeg mogućeg standarda ljudskih prava i vrednosti, odnosno ima pravo na fizički i psihički integritet i na bezbednost njegove ličnosti, kao i na uvažavanje njegovih moralnih, kulturnih, religijskih i filozofskih ubeđenja. U tom smislu, načelo pravičnosti zdravstvene zaštite utemeljeno je na zabrani diskriminacije u sferi pružanja te zaštite, a po osnovu rase, pola, starosti, nacionalne pripadnosti, socijalnog porekla, veroispovesti, političkog ili drugog ubeđenja, imovnog stanja, kulture, jezika, vrste bolesti, psihičkog ili telesnog invaliditeta.

Iz razloga gore navedenih, zdravstveni radnici su dužni da, prilikom prijema diplome o stečenoj visokoj školskoj spremi, potpišu izjavu – zakletvu da će se u obavljanju svog poziva pridržavati načela utvrđenih u Hipokratovoj zakletvi, kao i načela profesionalne etike. Istim članom je predviđeno da zdravstveni radnici obavljaju zdravstvenu delatnost u skladu sa važećom zdravstvenom doktrinom i u skladu sa kodeksom profesionalne etike. Izuzetno, zdravstveni radnik može odbiti pružanje zdravstvene zaštite ako zdravstvena usluga koju treba pružiti nije u skladu sa njegovom savešću, ili međunarodnim pravilima medicinske etike (prigovor savesti), izuzev ako je u pitanju pružanje hitne medicinske pomoći.

Kodeksom profesionalne etike Lekarske komore Srbije ("Sl. gl. RS", br. 121/2007), definisana su pravila profesionalne etike u sledećim oblastima: (1) načela

²⁴ Preciznija pravila u vezi profesionalne etike službenika i drugih zaposlenih mogu se naći u posebnim propisima koji regulišu rad i položaj zaposlenih u pojedinim državnim organima (sudovi, policija, inspekcije itd.), kao i u Kodeksu ponašanja državnih službenika ("Sl. gl. RS", br. 29/2008).

u obavljanju profesionalne dužnosti: (2) odnos prema pacijentima; i (3) međusobni odnosi lekara. Nepoštovanje ovih pravila profesionalne etike može biti razlog oduzimanja licence zdravstvenom radniku.

Posebno mesto u ostvarivanju i zaštiti profesionalne etike imaju etički odbori. Etički odbori su stručna tela koja se obrazuju u zdravstvenim ustanovama i na nivou Republike. Bez obzira na nivo na kome je obrazovan, etički odbor je stručno telo koje se stara o pružanju i sprovođenju zdravstvene zaštite na načelima profesionalne etike. Dakle, ovi odbori prate i analiziraju primenu načela profesionalne etike zdravstvenih radnika, predlažu utvrđivanje osnovnih načela profesionalne etike zdravstvenih radnika ili njihovu izmenu; prate i analiziraju etičnost odnosa između zdravstvenih radnika i pacijenata, posebno u oblasti davanja saglasnosti pacijenta za predloženu medicinsku meru;²⁵ prati, analizira i daje mišljenje o primeni načela profesionalne etike u prevenciji, dijagnostici, lečenju, rehabilitaciji, istraživanju, kao i o uvođenju novih zdravstvenih tehnologija; doprinosi stvaranju navika za poštovanje i primenu načela profesionalne etike u obavljanju zdravstvene delatnosti; razmatra i druga etička pitanja u obavljanju zdravstvene delatnosti, vršeći i savetodavnu funkciju s tim u vezi.

²⁵ Prema čl. 31. st. 2. Zakona o zdravstvenoj zaštiti, bez pristanka pacijenta ne sme se, po pravilu, nad njim preduzeti nikakva medicinska mera.

Predrag Jovanović, full professor
Faculty of Law University of Novi Sad

LEGAL CONTENT OF GENERAL PROTECTION OF EMPLOYEES AT THE WORKING ENVIRONMENT

Summary

The work environment is a set of social and legal relations in the field of doing work as an existential need of people. In legal relationships established with regard to doing work, labour relations take the main place. Employees in labour relations enjoy adequate protection, that relates to their physical and moral integrity. Until now, the protection of employees related mainly to the physical integrity of employees. In this paper we try to draw attention to the importance and the need of protecting moral integrity of employees, also, as well as of their employers, because entities of labour relations cannot be treated legally only as the holders of the instruments of work (the employers), or work force (the employees), but also as human beings with certain moral and ethical values that also require their protection.

Key words: *employees, employers, labour relations, working environment, occupational health, physical and moral integrity.*

SIGURNOST I ZDRAVLJE NA RADU - UZAJAMNA SLOBODA I LJUDSKO PRAVO

Prof. dr sc. Marinko Đ. Učur, dipl. pravnik*

***Apstrakt:** Propada tip industrijske proizvodnje na kojem su se izgrađivali propisi i praksa u odnosima zaštite na radu. Mijenja se uloga i zadaća socijalnih partnera (države, poslodavca i sindikata). Razvijaju se nove tehnologije, stvaraju nova sredstva rada. Mijenja se položaj radnika. Povećava se konkurencija na svim razinama. Zanemaruju se temeljna ljudska prava i slobode, a praksa devalvira načelo da rad nije roba. Drukčije se „definiraju“ prava, obveze i odgovornosti subjekata u odnosima zaštite na radu, sigurnost i zaštita zdravlja na radu. Preko zaštite na radu lome se suprotnosti projektiranoga i realiziranoga u ovim odnosima.*

Propisi univerzalnoga, regionalnoga i nacionalnoga karaktera nisu u suprotnosti i nisu smetnja organiziranoj i ostvarenoj zaštiti na radu, već globalizacija, recesija i kriza svih vrsta i razina. One uvjetuju, pored ostalog, nezaposlenost i druge socijalne probleme. Solidarnom i odgovornom snagom suvremenog demokratskog društva mora se garantirati sigurnost i zdravlje na radu kao sloboda i temeljno ljudsko pravo.

***Ključne riječi:** sigurnost, zdravlje, zaštita na radu, propisi, praksa, zahtjevi, temeljna ljudska prava i slobode.*

1. UVOD

Između propisa Međunarodne organizacije rada (MOR-a, ILO, ITO) i pravne stečevine (acquis communautaire) Europske unije o zaštiti na radu, nema značajnijih razlika. Temeljna načela su ista.

Osnovni, odnosno glavni, subjekti su isti (država, poslodavci, radnici). Njihova uloga je pravno stvaralačka, koja bi trebala omogućiti, prvenstveno preventivnu aktivnost na svim razinama i od subjekata, posredno i neposredno uključenih u zaštitu na radu, kao sastavni dio proizvodnje u najširem smislu riječi.

Polazište je određenje u statutu (Ustavu) Međunarodne organizacije rada, od-

* Проф. др сц. МАРИНКО Ђ. УЧУР, дипл. правник Знанствени савјетник, свеучилишни професор у трајном звању Ријека

nosno Deklaraciji o svrsi i ciljevima Međunarodne organizacije rada (10. 05.1944. Filadelfijska deklaracija) i temeljnom načelu „rad nije roba (trgovina)“.

Civilizacija i demokratsko radno pravo u svjetskim razmjerima stvorili su i održali jedno od suvremenih načela radnog prava: zaštita osobe na radu.

To ne može zanemariti niti jedna suvremena država. Uvjeti rada mogu „velikom broju osoba nanositi nepravde, bijedu i odricanje, koji stvaraju takvo nezadovoljstvo da svjetski mir i sklad dovode u opasnost“, a to je onda i „neprihvatanje stvarno humanog sistema rada“, što dovodi u pitanje „sudbinu radnika“. Bez toga nema pravde i humanosti... „trajnog svjetskog mira“ i drugih ljudskih prava i sloboda.

Oni se mogu zasnovati samo na socijalnoj pravdi.

Mozaik čine sadržaji temeljnih prava i obveza u radnom odnosu, kako poslodavaca, tako i radnika, ali i kolektivnih subjekata u kolektivnim radnim odnosima: države, udruge poslodavaca i sindikata, kao socijalnih subjekata (partnera).

Oni se prepliću, uvjetuju i trebalo bi da idu u istom smjeru, ka jednom cilju i rezultiraju sigurnijim radom, fizičkom i psihičkom integritetu radnika na radu, njegovom užem i širem okruženju.

Svrha tih propisa je zaštita radnika od općih bolesti, ali i od profesionalnih bolesti, nesreća pri(na) radu i drugih bolesti u vezi s radom. To se odnosi i na stvarno humani sistem rada, a i na njegove dijelove: radno vrijeme, odmore i dopuste, garanciju plaće i naknada koje osiguravaju povoljne uvjete rada, zaštite na radu, zaštite prava na radu i iz rada, prava i zaštite na sindikalno organiziranje, pravo na obrazovanje i napredovanje, a posebno prava mladeži, žena, radnika sa smanjenim radnim sposobnostima i starijih radnika.

Tu su još nezaposleni, čiji status utječe na rad i uvjete rada zaposlenih (u radnom odnosu određenog i neodređenog trajanja). To neki autori (a i u nekim propisima) zovu dodatna ili posebna zaštita na radu.

Od prvih dokumenata pravnog uređivanja zaštite na radu i radnika na radu (prvih godina XIX vijeka) do danas traži se što adekvatnije zakonodavstvo o zaštiti dječijeg rada.

Zaštita radnika pri radu pod zemljom (posebno zabrana rada žena pod zemljom, zaštita u noćnom radu, rad u industriji) i drugo, posebno se uređuje.

Propise treba da prate i velika financijska sredstva. Projekte treba realizirati, jer same pravne norme ostaju lijepa želja ako ih ne realiziraju oni subjekti koji su nominirani i ako ih adresati ne primjenjuju.¹

¹ U državama EU na 100.000 radnika godišnje se izgubi 112.000 radnih dana, a trostruko više dana izgubi se zbog dijagnostike, liječenja i troškova naknada zbog bolesti i ozljeda na radu i u vezi s radom. Najviše ozljeda ima u sektoru ribarstva, poljoprivrede, graditeljstva, zdravstvene i socijalne službe, industrije iskopa, manufakturne proizvodnje, ugostiteljstva i transporta. Izgubljeno je nekoliko desetina miliona radnih dana zbog bolovanja.

Zahtjev je ulaganje u preventivu poštivajući pravila sigurnog rada (radnog procesa) i pravne sigurnosti (vladavine prava). Ako toga nema posljedice su skupe i, na žalost često nepopravljive.

Preventivno djelovanje je uvjet dobrog sustava sigurnosti i zaštite zdravlja na radu (ne samo radnika već i poslodavca).

Vladavina prava u zaštiti na radu podrazumijeva primjenu propisa Međunarodne organizacije rada (prvenstveno konvencija), ali i onih EU, u kojima je sustav osiguranja zdravlja i sigurnosti na radu jedan od najvažnijih. Njih treba da prati osuvremenjivanje i primjena zakonodavstva u državi, ali i autonomnih propisa što ih donose poslodavci i sindikati.

Vladavina prava podrazumijeva i poštivanje načela prava zaštite na radu utvrđena u navedenim pravnim normama: bez obzira tko određuje mjere sigurnosti i zaštite zdravlja na radu to ne može teretiti radnika; poslodavac je uvijek odgovoran za način provedbe zaštite na radu (kada obavlja sam ili kada ima zaposlenog stručnjaka ili službu za zaštitu na radu, ili angažira ovlašteno trgovačko društvo ili ustanovu i sl.); naglašena suradnja poslodavca i radnika u mjerama zaštite na radu (načelo participacije); rad se ne smije započeti, a ako se obavlja mora se prekinuti ako nisu poduzete mjere sigurnosti (obučenos, sredstva i siguran tehnološki proces); radnik ne smije biti zaustavljen u napredovanju niti mu se smiju umanjiti prava na radu ili u vezi s radom, ako je pretrpio ozljedu na radu ili obolio od profesionalne bolesti, a u tom slučaju ima prednost pri stručnom osposobljavanju i školovanju; poslodavac odgovara za štetu po principu objektivne odgovornosti u zaštiti na radu, kao i načelo da je zaštita na radu djelatnost od javnog interesa.²

Obveza države je održavati već postignutu razinu i nužno poboljšavati uvjete o radu. Ono što je do sada regulirano u tim odnosima, a nije uslijed razvoja medicine i suvremenih tehnologija zastarjelo, ima se smatrati stečenim pravima.

Zakoni i drugi propisi o zaštiti na radu moraju počivati na načelu jednakosti, treba da teže općem dobru i primjenjuju se na sve subjekte koji su označeni kao adresati u tom propisu. Reguliranje u tim propisima treba biti bez improvizacije i prakticizma. To će stvarati stabilnije odnose o zaštiti na radu, a primjena izvjesnija i točnija.

Jednoznačnost (jednakost) pravne norme ne smije se dovoditi u pitanje, a pogotovo ne u njenoj primjeni u praksi.

Vladavina prava jedna je od vrijednosti ustavnog poretka demokratske suverene države.

Samo se zakonom mogu urediti temeljna ljudska prava.

Posebna, temeljna prava odnose se na prava u vezi s porođajem, materinstvom

² Šokčević, Svjetlana, Industrijska demokracija i zaštita na radu, TIM press Zagreb, 2006; Ugovor o funkcioniranju EU (UFEU), OI C 83, 30.03.2010. (čiji sastavni dio je Jedinstveni europski akt – Single European Act iz 1986).

(majčinstvom) i njegovom djece, kao i zaštitom djece i mladeži (maloljetnih radnika), radnika i drugih sa invaliditetom i umanjanim radnim sposobnostima.

Svatko ima pravo na zdrav život.

Za maloljetnog radnika to se odnosi na očuvanje njegovog duševnog i tjelesnog razvoja; za žene radnice zaštitu od opasnosti koje bi mogle ugroziti ostvarivanje materinstva (majčinstva), a za sve radnike zaštitu od nastanka profesionalne nesposobnosti za rad ili neposredne opasnosti od nastanka invalidnosti. Za starije radnike zaštita se uređuje heteronomnim i autonomnim propisima.³

2. REGULIRANJE I REALIZACIJA PRAVA ZAŠTITE NA RADU

Propisi u pravu zaštite na radu nisu kopija ili recepcija prava zaštite na radu „upisana“ u Konvencije MOR-a ili u sekundarne izvore prava EU, niti to smiju biti, bez obzira na zahtjev „usklađenosti“ s njima.

Oni imaju svoj specifični put razvoja, načela i sadržaj normi, primjeren razvoju u cijelini u jednoj državi. To zahtijeva permanentno usklađivanje propisa s razvojem tehnike, tehnologije, ekonomskih odnosa, ali i odnosa u ergonomiji, psihologiji rada, medicini rada i drugima, što je zahtjev pozitivnopravne discipline, kakva je i radno pravo i pravo zaštite na radu.

Načela radnog prava upisana su u ustavima suvremenih demokratskih država. Ta načela predstavljaju osnovne postavke i okvir za zakonodavnu politiku i normativnu djelatnost u oblasti rada i radnih odnosa i odnosa u pravu zaštite na radu. Oni objektivno čine nerazdvojnu cjelinu i osnovu za reguliranje, realiziranje, obradu, proučavanje i razumijevanje pojedinih pojmova, kategorija, instituta i radnih odnosa i odnosa prava zaštite na radu.

U temeljna načela spada i načelo zaštite osobe na radu i po osnovi rada. Na njemu se gradi radnozaštitno zakonodavstvo koje ima za cilj pružiti zaštitu rada radnika, njihovog integriteta (ličnosti, fizičkog i psihičkog), u najširem smislu riječi.

To pretpostavlja osiguranje uvjeta rada koji treba da budu garancija temeljnih sloboda i prava na radu.

Svaka djelatnost, pa i svaki poslodavac, ima svoje specifičnosti (posebnosti) koje, pored općih i posebnih uvjeta zaštite na radu uređenih heteronomnim normama, treba regulirati (propisati) autonomnim općim aktima. Na taj način će se zaštita na radu „približiti“ ne samo radnom mjestu, nego i radniku koji na tom mjestu obavlja određene radne operacije (poslove i zadatke).

³ Europska socijalna povelja, s protokolima, N.N.15/02, 8/03; Konvencije MOR-a br.138, 139,148; Direktive vijeća EU.

Konvencija MOR-a br.103 o zaštiti majčinstva (1952); BLANPAIN, Roger, Labour Law in Belgium, The Hague, 2010; Direktiva 89/391/EEZ.

Sustav osiguranja zdravlja i sigurnosti na radu jedan je od najviših i najrazvijenijih aspekta politike EU u području zapošljavanja i socijalne politike, u kojemu EU potiče i nadopunjuje aktivnosti država članica.

Izrazito se to odnosi na unapređivanje radnog okoliša, zaštite zdravlja i sigurnosti radnika.⁴

„Radni okoliš“ čini svako radno mjesto u kojem se rad obavlja u širem smislu (ne samo zgrada poslodavca, već i kućni prostor ukoliko se rad obavlja kod kuće, građevinsko područje kada je u pitanju djelatnost građenja, učionice, sportska borilišta za profesionalne sportaše).

Pojmovi „sigurnost“ i „zdravlje“ su komplementarni, imaju za cilj promicanje ljudskog integriteta: fizičkog i mentalnog statusa radnika (promicanje zdravlja i sigurnosti radnika).⁵

Pojam „zdravlje“ definiran je i u Ustavu Svjetske zdravstvene organizacije (WHO) 1948. god., kao „stanje potpunog fizičkog, mentalnog i socijalnog blagostanja, a ne samo odsustvo bolesti i nesposobnosti“.⁶

Prema Konvenciji Međunarodne organizacije rada br. 155. o sigurnosti i zaštiti zdravlja na radu (1981), pojam zdravlja „ne označava samo izostanak bolesti ili nesposobnosti, već uključuje i tjelesne i duševne čimbenike koji utječu na zdravlje u izravnoj vezi s radom“.⁷

2.1. Promjenjivost i primjenjivost uvjeta na radu

Uvjeti rada, bez obzira bili oni objektivni ili subjektivni, promjenjivi su i moraju se primjenjivati, odnosno objektivno uvažavati u cilju zaštite života i zdravlja radnika i sigurnosti na radu i radnom okruženju. Mijenjaju se sredstva za proizvodnju i rad, kao objektivni uvjeti rada.

Poslodavac nabavlja nova sredstva za rad, mijenja i inovira postojeća, usavršava tehnologiju rada, organizaciju rada na svim razinama, što direktno utječe na sigurnost i zaštitu na radu.

Na tim sredstvima i sa njima u određenoj tehnologiji rade radnici, svojim živim radom, koristeći radne, stručne i druge sposobnosti, kao subjektivne uvjete rada.

Uvjeti rada su fizičke, organizacijske, socijalne i pravne naravi. Svaki pojedinačno i svi zajedno determiniraju mjere zaštite na radu, ponašanje subjekata u radnom odnosu i procesu rada, ali i njihova prava, obveze i odgovornosti.

⁴ Jedinstveni europski akt (Single European Act) 1986, i Ugovor o funkcioniranju EU (UFEU) OI C 83, 30.03.2010.

⁵ Bercusson, Brion, *European Labour Law*, Cambridge, 2008.

⁶ Tekst Ustava Svjetske zdravstvene organizacije, vidi u UČUR, Marinko, *Radnopravni status pomoćara*, Pravni fakultet Sveučilište u Rijeci, 2003, str. 208-214.

⁷ Konvencija MOR-a, br.155 (1981), objavljena je u knjizi „Konvencija MOR-a s komentarima“, autora UČUR, Marinko, Laleta Sandra, Tim press, 2003.

Mjesto rada je svako mjesto na kojem radnici i druge osobe moraju biti ili na koje moraju ići ili kojem imaju pristup tijekom rada zbog poslova koje obavljaju radi poslodavca, kao i svaki prostor, odnosno prostorija koju poslodavac koristi za obavljanje poslova i koja je pod njegovim izravnim ili neizravnim nadzorom.

Na mjestima rada, u pravilu postoji odgovarajuća radna oprema koju čine strojevi i uređaji, postrojenja, sredstva za prijenos i prijevoz tereta i alati, te skele i druga sredstva za povremeni rad na visini i dr. To je određeno radnim okruženjem (okolinom), kojega čine fizikalni, kemijski i biološki faktori na mjestu rada koje tom okruženju i pripadaju.

Nadalje, radnik na radnom mjestu radi s određenim sredstvima rada: građevine namijenjene za rad s pripadajućim instalacijama, uređajima i opremom; površine na kojima se i s kojih se obavlja rad i po kojima se radnici i druge osobe kreću izvan građevina; prometna sredstva i radna oprema.

Njihovom napretku, inoviranju i novim karakteristikama nema kraja. Sve su to objektivni uvjeti rada.

Kako je već napisano, subjektivni uvjeti su brojni i zauzimaju važno mjesto za sigurnost i zaštitu zdravlja kao rezultati koji se postižu provođenjem zaštite na radu.

Uvjeti rada fizičke naravi polaze od organizirane i realizirane suvremene zaštite na radu koja je propisana brojnim heteronomnim i autonomnim pravnim normama. Pod tim uvjetima smatra se i stanje zdravlja radnika (opća i posebna zdravstvena sposobnost koja se utvrđuje prije početka rada i dok radni odnos traje, a može biti osnov i razlog za prestanak radnog odnosa. Uređena je propisima koji reguliraju zdravstvenu zaštitu, zdravstveno i drugo osiguranje u okviru socijalnog prava, ali i propisima o radu i o zaštiti na radu).

U uvjete rada fizičke naravi ubrajaju se i radno vrijeme i raspored radnog vremena. Riječ je, prvenstveno o općoj zaštiti na radu iako u pojedinim djelatnostima ima izrazite oznake posebne zaštite. Radno vrijeme određuje organizacijsko-pravni karakter radnog odnosa. Uređivanjem radnog vremena zaštićuju se radnici od nekontroliranog (pretjeranog) trajanja radnog dana. Zakonom se određuje najduže trajanje radnog vremena, ali i uvjeti za skraćeno radno vrijeme, prekovremeni rad, preraspodjela radnog vremena, smjenski rad, noćni rad (zabrane i ograničenja) i drugo u vezi s radnim vremenom što može biti uređeno i autonomnim aktima.

Uvjeti rada socijalne naravi su odmori (za trajanja punog radnog vremena, dnevni odmor, tjedni i godišnji odmor), dopusti (plaćeni i neplaćeni), rekreacija, standard na poslu, usluge socijalnog rada, medicine rada i dr.

Za zaštitu na radu izrazito su bitni uvjeti rada organizacijske naravi, koji se odnose na organizaciju i sigurnost radnog mjesta, radne sredine (u užem i širem smislu) i drugih organizacijskih elemenata (faktora).

Brojni su uvjeti rada pravne naravi: dostupnost radnog mjesta svakom tko ispunjava uvjete za to; javan ulazak u radni odnos (unaprijed utvrđeni kriteriji i mje-

рила); kretanje u toku trajanja radnog odnosa; stalnost zaposlenja; plaće i naknade (objektivno unaprijed regulirane); otkazi, otkazni rokovi i otpremnine.

Radno zakonodavstvo i propisi u zaštiti na radu u novije vrijeme uređuju i: nasilje (napad na radu ili u vezi s radom), stres na radu (zdravstvene i psihičke promjene koje su posljedica akumuliranog utjecaja na radu na duže vrijeme, a očituju se kao fiziološke, emocionalne i druge reakcije, te kao promjene ponašanja radnika); uznemiravanje na radu (ponavljano i namjerno zlostavljanje, upućivanje prijetnji, odnosno ponižavanja na radu ili u uvjetima vezanima za rad) i drugo.

Svi navedeni i drugi uvjeti su u permanentnom kretanju i treba da ih prati regulativa zaštite na radu u cilju sprečavanja ozljeda na radu, profesionalnih bolesti i drugih bolesti u vezi s radom, zaštite radne sredine i zaštite ljudi u životnom okruženju od opasnosti i štetnosti iz radnog okruženja. To se odnosi na sve djelatnosti i aktivnosti u njima u kojima radnici obavljaju poslove za poslodavce.

Život, zdravlje i potpuna radna sposobnost radnika su od posebnog društvenog interesa za suvremenu demokratsku državu.

3. MEĐUSOBNI ODNOS PROPISA U ZAŠTITI NA RADU

Na odnose zaštite na radu primjenjuju se, pored zakonodavstva države, brojni univerzalni i regionalni propisi UN i specijaliziranih organizacija, EU (njezinih organa) i drugih. Među njima ne treba tražiti hijerarhiju i koliziju, jer moraju biti u skladu s ustavom države, kao najvišeg pravnog i političkog akta u državi.

Nadalje, ti propisi počivaju na suvremenim načelima radnog prava i prava zaštite na radu koja imaju i nadnormativno, ali i normativno značenje i rješenje.

Sve konvencije Međunarodne organizacije rada (MOR-a) koje država ratificira iznad su zakona.

To se odnosi na sva pitanja uređena tim konvencijama, pa i one koje uređuju pitanja u vezi sa psihosocijalnim rizicima, osobito stresom prouzročnim na radu, uznemiravanjem i nasiljem na radu, te naporima koji proizilaze iz jednoličnog rada po učinku te njihovim štetnim utjecajima i djelovanjima (efektima) na zdravlje radnika, i na druga pitanja sigurnosti i zdravlja radnika na radu.

Nacionalna zakonodavstva moraju uvažavati norme univerzalnog prava zaštite na radu. Norme EU države su dužne unijeti u svoje pravne sustave, sukladno svojoj legislativnoj praksi.⁸ Pravni poredak EU nadređen je pravnim porecima država

⁸ U EU su na snazi dva okvira sporazuma socijalnih partnera koji se odnose na psihosocijalne rizike na radu: Okvirni sporazum o stresu prouzročenom na radnom mjestu i Okvirni sporazum o uznemiravanju i nasilju na radnom mjestu. To su sporazumi koji imaju pravnu narav i osnov iz čl. 155. Ugovora o funkcioniranju (europski kolektivni ugovori). Prate ih europski socijalni partneri (European Social Partners 2008), Europska komisija (Commission of the European Communities 2010. i 2011. god.), te Europska agencija za zaštitu zdravlja i sigurnosti na radu (European Risk Observatory Report 2010). Na temelju navedenih Sporazuma donesene su direktive sukladno okvirnoj Direktivi 98/391/EEZ.

članica. Zakonodavac u pojedinoj državi nema izbora do primijeniti norme direktive kao sekundarnih izvora europskog prava. Na taj način se te norme unose u pravni sustav države i stvara se pravni okvir za ostvarivanje prava u zaštiti na radu (dakako i drugih prava na koje se odnose).

Zakonodavstvo države treba sankcionirati povredu norme i protupravno ponašanje subjekata u odnosima zaštite na radu u postupcima rada, o stanju tehnike, medicine rada, ergonomije i drugih znanstvenih i stručnih spoznaja kako bi se osigurali uvjeti rada bez opasnosti po sigurnosti i zdravlje radnika, kao i smanjila jednoličnost, jednostrano opterećenje, rad s nametnutim ritmom, rad po učinku i na vrijeme i drugo (prisilni položaj tijela, kvaliteta stolica, nasloni, rad sjedeći, normirani rad bez kontrolnih pregleda, bez povoljnog rasporeda radnog vremena, korištenje kraćih odmora za vrijeme rada i sl.).

Temeljni zahtjev je prema poslodavcima da sustavno unapređuju radne uvjete. To su prvenstveno preventivne mjere, koje se trebaju izraziti i u procjeni rizika.

Posebno pitanje je video nadzor koji se mora precizno regulirati ako se odnosi na rad na radnom mjestu radnika. To bi bila potvrda i priznanje onoga što uređuje okvirna Direktiva 89/391/EEZ u području zaštite na radu i Povelje o osnovnim pravima EU (o pravu na fer i pravične radne uvjete). Po određenjima iz tih dokumenata svaki radnik ima pravo na radne uvjete kojima se poštuje njegovo zdravlje, sigurnost i dostojanstvo.⁹

Konvencije MOR-a i direktive EU uređuju brojna pitanja uvjeta rada i nema bitnih razlika pa se u nacionalnim okvirima to treba uvažavati koristeći **načelo in favorem laboratores** (primjena za radnika povoljnijeg prava), a posebno kada se radi o: ograničenom najdužem radnom vremenu; odmoru između dva radna dana; tjednom odmoru; plaćenom godišnjem odmoru, profesionalnom osposobljavanju, prevenciji ozljeda na radu i profesionalnih bolesti, udruživanju i kolektivnom pregovaranju, sigurnim sredstvima za rad, zaštitnim sredstvima, ručnom prenošenju tereta, radu s računalom, zaštiti posebnih skupina radnika, mjestu rada, privremenim i pokretnim radilištima, radu u rudnicima i pod zemljom, naftnom rudarstvu, buci, vibracijama i drugim odnosima.

Nažalost sve više se ta i druga pitanja uređuju podzakonskim (provedbenim) propisima nadležnih ministara, što umanjuje značaj i karakter odnosa u posebnoj zaštiti na radu.

Vlasnička prava i poduzetnička sloboda mogu se ograničiti radi zaštite (pored drugog) zdravlja ljudi (a to obuhvaća i zaštitu na radu). To se može urediti samo zakonom, jer se radi o temeljnim pravima i slobodama.

Nema razloga da se postignuta razina prava zaštite na radu smanjuje ili zanemaruje. Život, zdravlje i potpuna radna sposobnost radnika i drugih osoba dobra su od posebnog društvenog interesa.

⁹ Vidi „Radni - što donosi novi Zakon o zaštiti na radu“, IPROZ, Zagreb, studeni 2012. god.

Zaštita na radu je osnovno pravo čovjeka koji radi.

Prvenstveno znači zaštitu i osiguranje njegovog dostojanstva i vrijednosti i ravnopravnost muškaraca i žena.¹⁰

Bez obzira na brojnost i složenost izvora zaštitnog zakonodavstva, ozljede na radu, profesionalne bolesti i druge bolesti u vezi s radom su veće, a posljedice teže (za pojedinog radnika, njegovu porodicu i cjelokupno društvo uz fizičke, psihičke i materijalne štete).¹¹

Evidentne su ozljede sa smrtnom posljedicom, a i one s dugotrajnim bolovanjem.¹²

EU potiče suradnju sa MOR i WHO, kao i aktivnosti država u cilju ratifikacije Konvencije MOR-a br.187 (2006), o promotivnom okviru o zaštiti i zdravlju na radu. Tu Konvenciju treba ratificirati (do sada je to učinilo deset država EU), jer bi time sustav zaštite na radu bio dignut na višu razinu.¹³

Konvencija je stupila na snagu 20.02.2009. godine.

Naglašava važnost kontinuiranog promicanja nacionalne zdravstvene i sigurnosne kulture na radu, formiranje nacionalne politike sigurnosti i zdravlja na radu, nacionalnog programa sigurnosti i zdravlja na radu koji se mora formirati, implementirati, nadzirati, procjenjivati i periodično provjeravati u konsultaciji s najreprezentativnijim udruženjima radnika i poslodavaca.¹⁴

To se odnosi i na Globalnu strategiju zaštite zdravlja i sigurnosti na radu utvrđenu od MOR-a, a protežira je i EU, koja ju je priznala.

Globalna strategija stvara širu sliku o problemu i načinu na koji se on rješava. U ponašanju država treba koristiti metodu komparativno pravne analize drugih država, ali i analizu sudske prakse. Sistem mora biti konzistentan i pravno siguran, ali uvijek tražeći više i veću zaštitu na radu.¹⁵

¹⁰ Povelja Ujedinjenih naroda, potpisana u San Franciscu 26. lipnja 1945, NN-M.U.15/93,7/94.

¹¹ U EU svake godine više od 350.000 radnika je prisiljeno promijeniti posao usljed ozljeda na radu; oko 300.000 ima utvrđen trajni invaliditet u određenom omjeru, a oko 15.000 radnika je potpuno isključeno iz procesa i tržišta rada -Eurostat-Labour Force Survey 1999, COM (2007).

¹² U Hrvatskoj je 2010. god. bilo 38 poginulih radnika, a prosječno bolovanje je iznosilo 32 dana zbog ozljeda na radu, Hrv. zavod za javno zdravstvo, Zagreb, 2011.

¹³ Od 1997-2013. u Hrvatskoj je zabilježeno 317.000 ozljeda na radu; 2.112 profesionalnih bolesti i 13 miliona izgubljenih radnih dana. 734 radnika koji su stradali na radnom mjestu (Novi list, Rijeka, 05. 04. 2013.god. str. 22).

¹⁴ ILO Convention 187, Promotional Framework for Occupational Safety and Health Convention.

¹⁵ Global Strategy on Occupation Safety and Health, ILO, 2003.

4. ZAKLJUČAK

Zaštita zdravlja i sigurnost radnika su temeljna ljudska prava i slobode, ali i proces i odnos koji od brojnih subjekata zahtijeva ne samo donošenje propisa svih klasifikacija, već i njihovo realiziranje (ostvarivanje) i zaštitu.

Norme u propisima koji reguliraju odnose zaštite na radu (heteronomne i autonomne) su utvrđene i uređene.

Njihov sadržaj čine prava, obveze i odgovornosti precizno određenih subjekata u tim odnosima. No, to se mora osuvremenjivati, usavršavati i prilagođavati, prvenstveno čovjeku na radu, mjestu rada i onome što to mjesto čini, kao i radnom i životnom okruženju.

To je važno ne samo za pojedinca, već i za sve organizacije u kojima on radi i živi. Tako će se razvijati društveni napredak, smanjivati opasnosti i štetnosti, povećati sigurnost i zaštita zdravlja.

To ne može biti, niti je dovršen odnos i proces.

Summary

Health protection and workers' safety are fundamental human rights and freedoms, but also a process and relationship, which demands numerous subjects, not just the enactment of acts of various classification but also its realisation and protection.

Norms in acts which regulate the relationship of safety at work (heteronorm and autonomous) are fixed and ordered.

Its content is composed of rights, duties and responsibilities of precisely defined subjects in those relationships. However, it should be modernised, improved and adapted primary to persons at work, to the work place and those what such place compounds, along with work and human environment.

This is important not only for a single person but also for all organisations in which such a person is working and in which he/she lives. In such manner, social progress will be developed, risk and harmfulness will be minimised, and safety and health protection will increase.

It could not be and is not a completed relationship and process.

ПРЕТПОСТАВКЕ ЗА СОЦИЈАЛНИ ДИЈАЛОГ

Др Жељко Мирјанић*

***Апстракт:** У раду су издвојене поједине претпоставке за социјални дијалог: прецизно и јасно уређена улога социјалних партнера, примјена међународних стандарда рада, примјена европских стандарда, формирање и дјеловање савјета радника, формирање и дјеловање економско-социјалног савјета. Посебан значај дат је учешћу социјалних партнера у стварању закона, примарно у области радног и социјалног законодавства, а посредством економско-социјалног савјета.*

***Кључне ријечи:** социјални дијалог, социјални партнери, међународни стандарди рада, европска интеграција, савјет радника, економско-социјални савјет.*

УВОД

У демократским земљама социјални дијалог је дио процеса демократског одлучивања и начин постизања компромиса између синдиката, представника послодаваца и представника институција власти. Циљеви дијалога су постижање сагласности или консензуса о правима и интересима радника и послодаваца, економским, социјалним и другим питањима, политици запошљавања, зарада, процесу приватизације, итд. Реализација циљева зависи од формалних и стварних претпоставки за социјални дијалог. Претпоставке социјалног дијалога су различите у разним земљама и у различитим периодима развоја у истој земљи, а мијењају се унутар промјене друштвеног и правног поретка.

Претпоставке за социјални дијалог у земљама Западног Балкана су посебне у односу на друге транзиционе земље, зато што се оне суочавају са кумулираним економским и социјалним посљедицама: дуготрајног незавршеног процеса транзиције започетог крајем осамдесетих година, ратова вођених крајем прошлог вијека на простору претходне социјалистичке Југославије,

* Др Жељко Мирјанић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Бањалуци

захтјевима постављеним од стране ЕУ у дуготрајном и неизвјесном процесу европске интеграције (испуњавање обавеза из споразума о стабилизацији и придруживању и других споразума), те посљедицама глобалне економске кризе започете крајем прошле деценије. Стицајем историјских околности у претходне три деценије у републикама бивше социјалистичке Југославије, чији је стратешки циљ био развој самоуправног система, искључено је учешће радника и маргинализован утицај синдиката у транзиционој промјени структуре друштва. Стечај бројних индустријских предузећа, пораст стопе незапослености и социјалне рестрикције, протекли су без консензуса о подјели социјалне цијене транзиције. Синдикати су значајнији утицај на ток реформе изборили тек послје законског уређивања институционализације трипартитног социјалног дијалога, иако је заштита и остваривање колективних права радника једна од претпоставки за успјех транзиције. Законске претпоставке за учешће радника у управљању створене су тек уређивањем услова за формирање и дјеловање савјета радника.¹

Социјални дијалог се води у оквиру правних и неправних претпоставки за социјални дијалог, као континуирани однос између партнера којима припадају различите друштвене и економске улоге и позиције, а који стога имају различите и у основи супротстављене интересе.

У правне претпоставке за социјални дијалог могу се убројати поштовање грађанских и других основних права и слобода, као и независност (репрезентативност) социјалних партнера; неправне претпоставке истинског социјалног дијалога укључују компетентност и одговорност социјалних партнера за успостављање узајамног повјерења и равнотеже, спремност за компромис при уређивању услова рада и међусобних односа, који треба да воде социјалној правди и социјалној хармонији, уз уважавање вриједности конкуренције синдиката и удружења послодаваца, очување конкурентности послодаваца и националне економије у међународним оквирима - друштвени развој уз очување економског раста.²

Промоција социјалног дијалога као пута према социјалном компромису на основи равнотеже интереса социјалних партнера јесте циљ разних пројеката и скупова које су крајем прве и почетком друге деценије овог вијека, организовале институције власти, домаће, стране и међународне невладине организације, самостално или у међусобној сарадњи, као појединачне скупове или дио

¹ Синдикати су у земљама транзиције изгубили корак с носиоцима економске и политичке власти, стратезима реформи и реализаторима економско-социјалних промјена да се наметну као равноправни респектабилни субјекти у разрјешењу сложених проблема вишка запослених, пада стандарда, посљедица инфлаторних тенденција, преговарања о минималној плати, успјешног супротстављања пракси смањења синдикалног утицаја и улоге. С. Сокић, Транзиција илузија или будућност, стр. 100.

² Б. Лубарда, Радно право, стр. 875.

серије скупова о кључним питањима развоја.³ Ови пројекти и скупови имају едукативан утицај на социјалне партнере и подстичу дијалог, а ефективан утицај зависи од величине економских и социјалних изазова, правних претпоставки, преговарачких капацитета социјалних партнера и других институција које учествују у дијалогу, њиховог умијећа и вјештине да воде дијалог. Не постоји шема која унапријед обезбјеђује успјешан начин вођења социјалног дијалога; успјех зависи од креативности, вјештине комуникације, преговарачке флексибилности учесника, толерантности према ставовима и аргументима других која је неопходна и онда када су њихови конкретни ставови оцијењени унапријед искључивим или нечим што не може бити предмет преговора, а поред њихове спремности на дијалог, компромис и провођење договореног.

У овом раду су издвојене поједине претпоставке за социјални дијалог: прецизно и јасно уређена улога социјалних партнера, примјена међународних стандарда рада, примјена европских стандарда, формирање и дјеловање савјета радника, те формирање и дјеловање економско-социјалног савјета. Предмет анализе је постојање наведених претпоставки у правном поретку Републике Српске, уз тезу да су у питању кумулативне претпоставке.

1. ПРЕЦИЗНО И ЈАСНО УРЕЂЕНА УЛОГА СОЦИЈАЛНИХ ПАРТНЕРА

Социјални дијалог даје могућност социјалним партнерима и другим учесницима да појединачно и заједно утичу на дјеловање институција законодавне и извршне власти у области радних односа.

Демократија је основа радним односима. То захтијева стабилност поступка у остваривању и заштити права, одговорност субјеката тих односа, аутономију радног судства и перманентно усавршавање регулативе и ширење промјена (остваривања) и заштите права у тим односима. Тако ће и у радним односима јачати правна држава и владавина права... У креирању (изградњи) радних односа требају, поред државе, учествовати и послодавци и радници, због специфичности колективних и индивидуалних радних односа.⁴

Правна претпоставка за социјални дијалог и учешће радника и послодавца у креирању радних односа је слобода удруживања. Радници и послодавци имају право да према Закону о раду⁵ оснивају своје организације и да се учла-

³ Као примјери могу се навести: Програм МОР-а за промоцију социјалног дијалога и трипартизма на различитим нивоима економије (финансиран од стране Владе Републике Италије), регионални округли сто "Социјални дијалог у југоисточној Европи" организован од стране невладине организације Friedrich Ebert-Stiftung, међународна конференција под називом „Европа и Западни Балкан. Приступ социјалном дијалогу. Организовање цивилног друштва „Захтјев и изазов“ у Котору у организацији страних невладиних организација.

⁴ М. Учур, Номотехника, стр.164.

⁵ Закон о раду (Пречишћени текст - "Службени гласник Републике Српске" бр. 55/07).

не према правилима својих организација. За оснивање синдиката и удружења послодаваца није потребна сагласност органа власти, а законита дјелатност синдиката и удружења послодаваца не може се ни трајно ни привремено заштити. Законске одредбе о организовању радника и послодаваца одговарају конвенцијама МОР-а (Конвенција о синдикалним слободама и заштити синдикалних права бр. 87; Конвенција о праву организовања и колективног преговарања бр. 98).

Правна претпоставка за реализацију социјалног дијалога је јасно и прецизно дефинисана улога социјалних партнера. Синдикат је дужан да активно не врши на штету редовног функционисања послодавца и радне дисциплине. Представник синдиката је дужан да поступа према законима и колективним уговорима, а послодавац да обезбиједи услове за рад синдиката. Према Општем колективном уговору⁶ послодавац је дужан да синдикату омогући: да покреће иницијативу; да подноси захтјеве и приједлоге и заузима ставове; да се мишљења и приједлози синдиката размотре прије доношења одлука од значаја за материјални, економски и социјални положај радника и да се у односу на њих определијели; да учествује на сједницама на којима се разматрају мишљења, приједлози, иницијативе и захтјеви синдиката, односно на којима се одлучује о правима радника.

Реална социјална перспектива заснива се на равноправности социјалних партнера и уважавању различитих и супротстављених интереса и улога. Нарушавање равноправности учесника у социјалном дијалогу доводи у питање успјех дијалога, па и сам дијалог, и стога је важно да се односи између социјалних партнера међусобно и према институцијама власти успостављају у складу са прописаним надлежностима субјеката власти и у складу са прописаном позицијом и улогом социјалних партнера. Тако је Законом о раду послодавцима и удружењима послодаваца забрањено да се мијешају у организовање и рад синдиката и да уз давање материјалне или друге подршке синдикату, контролишу његов рад. Исто тако, синдикату је забрањено да се мијеша у организовање, управљање и рад удружења послодаваца.

У области колективних радних односа (индустријских односа) социјални дијалог је потврђен као рационалан и поуздан облик преговарања, консултација и размјене информација између социјалних партнера. У постојећем правном поретку улога социјалних партнера, удружења грађана и других организација не може бити замјена за улогу институција власти које представљају грађане, као што ни улога институција власти не може бити замјена за улогу социјалних партнера, удружења грађана и других организација. Социјални партнери представљају раднике и послодавце, те заједно са другим учесницима у социјалном дијалогу (интересне групе, удружења, итд.) предлажу мјере у области економске и социјалне политике.

⁶ Општи колективни уговор у Републици Српској (“Службени гласник Републике Српске”, број 40/10),

Улогу социјалних партнера не може замијенити утицај субјеката међународних односа који су у Босни и Херцеговини (БиХ) учествовали у доношењу закона у областима које су, по својој природи, као и према међународним стандардима рада и пракси Европске уније (ЕУ) предмет социјалног дијалога. Проблеми у примјени закона створених без социјалног дијалога, показују да је дијалог важан и да се не може изоставити. Исто показују проблеми у примјени закона написаних само или претежно примјеном упоредноправног метода, уз занемаривање социолошког и политиколошког метода и без анализе економских, социјалних и других околности. У питању су закони чије се одредбе примјењују дјелимично, који су више пута мијењани или су замијењени новим законом у кратком времену, за чију примјену институције власти и социјални партнери нису припремљене или постоје други разлози који доводе до “сукоба између нормативног и стварног”.

2. ПРИМЈЕНА МЕЂУНАРОДНИХ СТАНДАРДА РАДА

Примјена међународних стандарда рада је претпоставка за развој социјалног дијалога у транзиционим земљама. За ове земље је посебно значајно што Међународна организација рада (МОР) промовише развој социјалног дијалога и пружа подршку усвајању закона који омогућавају транзицију ка тржишној економији. МОР се фокусира на јачање трипартитног дјеловања и социјалног дијалога о питањима рада као један од четири стратешка циља (други стратешки циљеви су: основни принципи и права на послу, заговарање могућности за достојанствено запослење за жене и мушкарце, унапређење социјалне заштите). То одговара традиционалној трипартитној структури МОР-а коју чине представници влада, послодаваца и синдиката из држава чланица, као и фундаменталним принципима утврђеним Уставом МОР-а и анексом, Филаделфијском декларацијом из 1942. године, у којој је наведено: „Слобода изражавања и удруживања су кључни за одрживи прогрес“, и... „потребно је водити континуиране и заједничке међународне напоре у којима представници радника и послодаваца уживају равноправан статус са представницима власти, те би заједно требали расправљати на отворен начин и доносити демократске одлуке у циљу промовисања заједничког благостања”.

Тај приступ је разрађен у Декларацији о фундаменталним принципима и правима на послу МОР-а из 1998. године, која представља обећање влада и организација које представљају послодавце и раднике, да подржавају основне људске вриједности, тј. вриједности које су од виталног значаја за друштвени и економски живот. Декларација обавезује државе чланице на поштовање и промовисање принципа и права у четири категорије: слобода удруживања и дјелотворно уважавање права на колективно преговарање, елиминација принудног или обавезног рада, укидање дјечијег рада и елиминација дискриминације у вези са могућности запошљавања и занимање.

Кроз социјални дијалог се избјегава додатно угрожавање интереса радника и послодаваца услед наступања глобалне економске кризе, чува социјални мир и спречавају сукоби. Како је наглашено у Резолуцији МОР-а *Опоравак од кризе*, веће поштовање и коришћење механизма социјалног дијалога, укључујући и колективне преговоре, тамо гдје је то одговарајуће на свим нивоима, од кључне је важности нарочито у вријеме повишене социјалне тензије.⁷

Проблеми и даље постоје, често врло озбиљни, као што су незапосленост, дјечији рад и сл. Може се предвидјети још један тежак период, као резултат појаве још увијек незауздане глобализације и економског либерализма. Фундаментална људска права и међународни радноправни стандарди, који су данас несумњиво угрожени, поново добијају свој пуни значај, овог пута у условима пријетње која се не може оповргнути, а коју доноси свијет безакоња, нове државе без стварне потпоре, радници без истинске заштите, незапослени препуштени својим судбинама. Да би се супротставило овој опасности по социјалну правду - коју МОР прокламује од свог оснивања - на реду су, очигледно, адаптирани облици успостављања стандарда и "регулација" која треба да замијени садашњу екстремну дерегулацију.⁸

3. ПРИМЈЕНА ЕВРОПСКИХ СТАНДАРДА

Поред искуства традиционалних демократских земаља, земље региона у процесу европске интеграције полазе и од демократских вриједности које су прихватиле чланице Европске уније (ЕУ). Једна од тих вриједности је социјални дијалог. Значајна улога социјалних партнера, а посебно институција власти, у земљи која учествује у процесу европске интеграције, јесте да у социјалном дијалогу уважавају вриједности на којима се заснива систем социјалне сигурности ЕУ, уз поштовање обавеза преузетих у том процесу. Упоредни ток транзиције и развоја социјалног дијалога наставља се у оквиру процеса европске интеграције, декларативно у правцу успостављања социјалне кохезије, интеграције појединаца и социјалних група у друштво у коме грађани демократским методама остварују заједничке циљеве.

Положај БиХ и других земаља Западног Балкана разликује се од положаја земаља чланица ЕУ које су биле у саставу претходне социјалистичке Југославије, тако да и поред сличних проблема и унутрашњих околности постоје значајне разлике условљене чланством у ЕУ, односно различитим обавезама према ЕУ, зависно од садржаја уговора о стабилизацији и придруживању који је земља потписала са Унијом. Споразум о стабилизацији и придруживању, којим је први пут успостављен формални уговорни однос између БиХ и ЕУ потписан

⁷ Резолуција Међународне организације рада, Опоравак од кризе: Глобални пакт о запошљавању.

⁸ А. Петровић, Међународни стандарди рада, стр. 28.

је 2008. године у Луксембургу. То је преференцијални споразум на неодређено вријеме који треба допринијети економској и политичкој стабилизацији земље и успостави дугорочних веза између уговорних страна.

Независно од тога у којој се фази процеса европске интеграције налази поједина земља, на развој социјалног дијалога повољно утиче то што је идеја социјалног партнерства развијена као саставни дио европског социјалног модела, а који омогућава да представници послодаваца и радника могу дати активан допринос у изради европске социјалне политике (Уговор о функционисању Европске уније, чланови 151. до 156). Циљ социјалног дијалога је побољшати управљање укључивањем социјалних партнера у поступак доношења одлука и њихове примјене. Синдикати и послодавци су упућени да мјере, које треба предузети у оквиру економске и социјалне политике, одређују кроз социјални дијалог и међусобно уважавање.

Дијалог у току кризе омогућава формулисање правца изласка из кризе уз уважавање и афирмацију права радника, социјалних права, солидарности, једнакости и социјалне правде. Европска комисија је у извјештају о односима послодаваца и радника у Европи 2010. године потврдила да су у превладавању кризе најуспјешније биле државе чланице у којима је социјално партнерство најснажније. Европски парламент је у резолуцији о запошљавању и социјалним аспектима Годишњег прегледа раста за 2013. нагласио важност социјалног дијалога и позвао на то да се реформе тржишта рада темеље на ојачаној координацији социјалног дијалога на нивоу ЕУ. Европски парламент стао је на стајалиште да је социјални дијалог кључни елемент традиција држава чланица и подржава развој социјалног дијалога.⁹ Уговором из Лисабона уведено је право Европског парламента да буде обавијештен о примјени колективних уговора закључених на нивоу Уније (члан 155. УFEU-а).

Ток развоја социјалног дијалога у ЕУ може се користити као претпоставка како ће тећи развој социјалног дијалога у земљама укљученим у процес европске интеграције. Социјалном дијалогу у земљама Европске Уније у почетку је припадала савјетодавна улога, да би се током времена улога мијењала ка социјалном дијалогу као начину управљања друштвеним пословима. Социјални дијалог сада води до институционалних договора којима су социјални партнери укључени у обликовање јавних политика и одлучивање, поред процедуре која омогућава непосредни дијалог и преговоре између социјалних партнера.

Према једном мишљењу, када се упореде садржај процеса политичког одлучивања и садржај социјалног дијалога у ЕУ, стиче се утисак о два паралелна процеса одлучивања о истим питањима. При томе прави се разлика из-

⁹ Тако је Одбор за запошљавање и социјална питања позивао социјалне partnere на нивоу ЕУ, да представе своја стајалишта прије него се поднесе извјештај или мишљење о било којој релевантној теми и подсећао Европску комисију на потребу стварања кохерентне индустријске политике на европском нивоу, у којој би социјални партнери имали кључну улогу.

међу процеса одлучивања у институцијама политичког система, иза кога стоји правни механизам за њихово спровођење, и социјалног дијалога, иза кога стоји друштвена моћ и консензус социјалних партнера, односно њихова реална могућност да утичу на политичке власти да ставове изграђене у социјалном дијалогу преточе у законе и мјере економске и социјалне политике.¹⁰

4. ФОРМИРАЊЕ И ДЈЕЛОВАЊЕ САВЈЕТА РАДНИКА

Учешће (партиципација) радника у управљању обезбјеђује се преко синдиката, савјета радника и представника радника у органима послодавца. Савјет представља раднике и штити њихове интересе и права у радном односу. То чини тако што даје мишљења и приједлоге послодавцу у вези са: доношењем и примјеном правилника о раду, рјешавањем економских и социјалних права радника, стручним оспособљавањем и усавршавањем радника, друштвеним стандардом радника, планирањем годишњих одмора, побољшањем услова рада, побољшањем заштите на раду, отказивањем уговора о раду старијим и инвалидним радницима, увођењем прековременог рада, ноћног рада, елиминасања рада на црно. Савјет може да даје мишљења и приједлоге и о другим питањима од значаја за остваривање права радника. Формирање савјета радника не утиче на положај синдиката у заштити колективних и индивидуалних интереса и права радника, нити на улогу коју има у социјалном дијалогу. Савјет може учествовати у социјалном дијалогу, може своје дјеловање координирати са синдикатом у циљу што потпуније заштите права и интереса радника, а нема право да организује штрајк, већ само даје мишљење о ступању радника у штрајк.

Посебним законом ближе се уређује начин избора, састав, овлашћења и друга питања у вези са успостављањем и радом савјета радника.¹¹ Критеријуми за успостављање савјета се односе на минималан број радника запослених код послодавца и на минималан број радника потребних за доношење одлуке о успостављању савјета. Послодавац се не може мијешати, нити утицати на право радника да успоставе савјет.¹²

¹⁰ Д. Маринковић, В. Маринковић, Пут Србије ка европском социјалном моделу – стање и перспективе.

¹¹ Закон о савјетима радника (“Службени гласник Републике Српске”, број 26/01).

¹² Према Закону радници могу да успоставе савјет радника код послодавца који редовно запошљава најмање 15 радника. Одлуку може донијети најмање једна трећина укупног броја радника запослених код послодавца, као и надлежни орган синдиката који у свом чланству има најмање 20% од укупног броја радника запослених код послодавца. Чланове савјета бирају личним изјашњавањем, с тим да савјет може имати од 5 до 15 чланова.

5. ФОРМИРАЊЕ И ДЈЕЛОВАЊЕ ЕКОНОМСКО-СОЦИЈАЛНОГ САВЈЕТА

5.1. Формирање и састав Економско-социјалног савјета

Највећи значај у социјалном дијалогу придаје се институционалном трипартитном тијелу које омогућава учешће социјалних партнера у стварању законског оквира, одређивању економске и социјалне политике, склапање споразума који се односе на услове рада, права и обавезе радника и послодаваца. У том циљу је основан Економско-социјални савјет Републике Српске 1997. године.¹³ Поред тога, економско-социјални савјет је формиран у Федерацији Босне и Херцеговине и у вези са Арбитражном одлуком у дистрикту Брчко.

Значај трипартизма огледа се у чињеници да се одговарајућим облицима трипартитне сарадње и дијалога држави помаже да не остане усамљена у вођењу политике у наведеним областима, с обзиром на то да у условима трипартитне сарадње и социјални партнери преузимају дио одговорности за успјешност њеног вођења, што је кључни предуслов за развој и даље јачање индустријске демократије, која је у интересу свих.¹⁴

Предмет уређивања посебног закона су: састав, дјелокруг, начин рада, финансирање и друга питања од значаја за рад савјета. Састав економско-социјалног савјета одговара његовим примарним циљевима, као што су: успостављање и развој социјалног дијалога о значајним питањима економског и социјалног положаја запослених и послодаваца и услова њиховог живота и рада; развој културе дијалога; подстицања на мирно рјешавање индивидуалних и колективних радних спорова и других питања која произлазе из међународних докумената, а односе се на економски и социјални положај запослених и послодаваца. Према начелу трипартизма, чине га по три представника Владе, већинског репрезентативног синдиката и већинског репрезентативног удружења послодаваца, које они предложе за мандат који траје четири године. Чланови савјета равномјерно учествују у вршењу функција председника и потпредседника савјета, а који се именују на период од 12 мјесеци.

СТИЦАЊЕ СВОЈСТВА РЕПРЕЗЕНТАТИВНОГ СОЦИЈАЛНОГ ПАРТНЕРА ЗАВИСИ ОД ИСПУЊАВА ПРОПИСАНИХ УСЛОВА, А УТВРЂУЈЕ СЕ У ФОРМАЛНОМ ПОСТУПКУ КОЈИ ПРОВОДИ РЕПУБЛИЧКЕ ИНСТИТУЦИЈЕ. ПОСТАВЉАЊЕ УСЛОВА И СПРОВОЂЕЊЕ ПОСТУПКА ЗА

¹³ Економско-социјални савјет је основан споразумом социјалних партнера. Формирање и дјеловање савјета је уређено доношењем Закона о измјенама и допунама Закона о раду. Посебан Закон о Економско-социјалном савјету донијет је 2008. године ("Службени гласник Републике Српске" број 110/08).

¹⁴ Ж. Кулић, Индустријски односи, стр. 93.

стицање својства репрезентативности у области синдикалног организовања и удруживања послодаваца је новина, будући да се прије измјена Закона о раду својство репрезентативног представљања радника и послодаваца стицало међусобним признавањем. У Закону о раду из 2000. године (кроз измјене и допуне) су прописани услови за стицање својства репрезентативног синдиката и удружења послодаваца, а што је значајно због њиховог учешћа у процесу колективног преговарања и социјалном дијалогу. Промјене законских одредби доприносе квалитету дијалога, будући да условљавају успостављање односа између партнера доказивањем сваког партнера да је прихваћен међу радницима или послодавцима које представља, да дјелује у правцу стицања и учвршћивања повјерења својих и потенцијалних чланова. Синдикат се сматра репрезентативним ако испуни следеће услове: ако је основан и дјелује на начелима синдикалног организовања и дјеловања; ако је независан од државних органа и послодаваца; ако се финансира претежно из чланарине и других сопствених извора; ако има потребан број чланова на основу приступница; ако је уписан у регистар у складу са законом и другим прописима. Репрезентативни синдикат на нивоу Републике Српске је већински синдикат у који је учлањено најмање 20% од укупно запослених у Републици (према подацима Републичког завода за статистику).

Репрезентативно удружење послодаваца је удружење у које је учлањено најмање 20% послодаваца од укупног броја послодаваца на нивоу Републике, под условом да запошљава најмање 20% запослених од укупног броја запослених на нивоу Републике.

Репрезентативност синдиката и удружења послодаваца на нивоу Републике утврђује ресорни министар, на приједлог Одбора. Одбор је састављен према начелу трипартизма, тако да га чине по три представника Владе, репрезентативног синдиката и репрезентативног удружења послодаваца. Представнике синдиката и послодаваца самостално именују репрезентативни синдикати и репрезентативно удружење послодаваца. На републичком нивоу не постоји конкуренција између синдиката, односно удружења послодаваца за чланство у савјету. Комисија за утврђивање репрезентативности представника радника и послодаваца утврдила је да само један синдикат - Савез синдиката РС и само једно удружење послодаваца - Унија удружења послодаваца РС, испуњавају прописане услове. Други синдикати и друга удружења послодаваца нису чланови Економско-социјалног савјета, али могу учествовати у социјалном дијалогу и појавити се као учесници у јавној или стручној расправи о нацрту закона, која се проводи у циљу припреме приједлога закона. Синдикално организовање је у почетној фази ако се посматра кроз број репрезентативних синдиката и број регистрованих синдиката, те могућности радника за синдикално организовање у приватним предузећима. Исто тако, организовање послодаваца је у почетној фази ако се посматра кроз број репрезентативних удружења послодаваца и

број регистрованих удружења послодаваца, те интерес послодаваца за организовање и социјални дијалог.

Економска криза неповољно утиче на организовање радника и послодаваца, развој плурализма синдикалног и послодавачког организовања, испуњавање услова за стицање репрезентативности. Немогућност испуњавања услова за стицање репрезентативности може да доводе у питање дијалог. Исте посљедице су могуће ако су стране неорганизоване, без утицаја, или не поседују кадровске, материјалне и друге капацитете. Могућност институција власти да у таквим ситуацијама доносе одлуке без дијалога са социјалним партнерима дугорочно штетно утиче на развој друштвене заједнице.

5.2. Дјелокруг и пракса Економско-социјалног савјета

Превладавање економских и социјалних проблема, посебно у току кризе, поставља пред чланове економско-социјалног савјета задатак да постигну консензус, односно сагласност о нацртима и приједлозима закона упућених у законодавну процедуру, као и најважнијим питањима из области економске и социјалне политике, уз поштовање законским одредбама уређене улоге и позиције коју чланови имају у савјету и ван савјета. Најважније подручје дјеловања социјалних партнера према Влади, као подносиоцу нацрта и приједлога закона и према Народној скупштини, јесте радно законодавство.

Актуелну праксу Савјета показују важнији примјери дјеловања у периоду после 2011. године: немогућност постизања сагласности о доношењу новог Закона о раду, постигнути консензус код законског уређивања учешћа синдиката у поступку инспекцијског надзора и уређивање посебних начина измирења пореског дуга, и непостизање сагласности о доношењу Закона о спречавању злостављања на раду.¹⁵

Доношење новог Закона о раду је отворени проблем због различитих ставова социјалних партнера о институтима радног права важним за сигурност радника, посебно због супротстављених ставова о флексибилном запошљавању и отказу уговора о раду.

По питању флексибилности посебно је наглашена потреба социјалног дијалога између послодаваца и радника, јер флексибилност имплицира равнотежу између њихових права и дужности, а у случају несклада лако се може догодити да превлада или претјерана сигурност или претјерана флексибилност, што би довело до негативних посљедица.¹⁶

¹⁵ Сви релевантни акти доступни на официјелним интернет страницама: <http://www.narodnaskupstinar.net> и www.vladars.net и интернет страницам www.savezsindikatars.org и www.unijauprs.org

¹⁶ В. Херман, М. Пупурдија, Основе радног права, стр. 82.

Примјери постигнутог консензуса су законско уређивање обавезе учешћа представника синдиката приликом инспекцијске контроле из области радних односа покренуте по захтјеву радника и законско уређивање посебног начина измирења пореског дуга. Посебним законом су уређена три посебна начина измирења пореског дуга за привредна друштва, која због негативних последица економске кризе не могу редовно измиривати пореске обавезе: одгађање плаћања, претварање пореског дуга у власнички удио у привредном друштву и измирење главног дуга уз отпис камате на тај дуг.

Код претварања пореског дуга у власнички удио прописани су ограничавајући услови за измирење пореског дуга, а један од тих услова је да порески дужник располаже са довољно средстава да измири своју пореску обавезу, с тим да то измирење не угрожава његову ликвидност и остваривање права запослених. За послодавце је важно одржавање угрожене ликвидности привредних друштва. За синдикат је важно заустављање пада запослености и подстицање запошљавања у привреди, на супрот тенденцији да се социјална криза заоштрава због пораста стопе незапослености усљед затварања привредних друштава. Интереси радника су заштићени одредбом да је одгађање плаћања пореског дуга могуће ако су измирене појединачне доспјеле обавезе по основу доприноса за пензијско и инвалидско осигурање за запослене којима у периоду трајања одгоде доспијева неко од права из пензијског и инвалидског осигурања.

Примјер постављања супротних захтјева институцијама власти у законодавном поступку је измјена и допуна кривичних одредби о повреди основних права радника.¹⁷ Према подацима из судске праксе, ова одредба готово није примјењивана. Покренути су бројни радни спорови због кршења права радника, упркос страха радника да покрену радни спор, дугог трајања поступка и неизвјесности око провођења судских пресуда. То је био мотив синдикату да упуту иницијативу да се законска одредба о повреди основних права радника промијени, да би се обезбједила њена примјена. Удружење послодавца је противљење образлагало могућом злоупотребом усмјереном против послодавца. Привредна комора се успротивила, наводећи да је привреда оптерећена, да се нарушава привредни амбијент, да су законима уређени избегавање плаћања обавеза из радних односа и накнада штете у случају повреде права радника. Влада, као предлагач закона, није прихватила поменуте примједбе, уз објашњење дато у образложењу приједлога закона, да се за извршење овог кривичног дјела тражи виност послодавца, да су права радника додатно заштићена тако што поред друге одговорности постоји и кривична одговорност послодавца, да је висина запријећене казне сразмјерна казненој политици. У усвојеном тексту закона (члан 33) је задржана постојећа одредба да ће се онај ко се свјесно не придржава прописа који се односе на закључивање уговора

¹⁷ Чл. 226. Кривичног закона Републике Српске (“Службени гласник Републике Српске”, бр 49/03, 108/04, 37/06, 70/06, 73/10 и 1/12).

о раду и престанак радног односа, плате и друга примања из радног односа, радно вријеме, паузе, одморе, годишње одморе, или одсуства, заштиту жена, омладине и лица са инвалидитетом, заштиту радница због трудноће и родитељства, заштиту старијих радника, забрану прековременог или ноћног рада или плаћања прописане накнаде, и тиме ускрати раднику право које му припада или му га ограничи, казнити новчаном казном или затвором до три године (став 1). Додате су нове одредбе као два нова става: ако је дјело имало за последицу неоправдано неплаћање пет плата дјелимично или у цијелости или губитак права које проистиче из неплаћених доприноса, а утврди се да су за исплату постојала средства, учинилац ће се казнити затвором од шест мјесеци до пет година (став 2). Истом казном казниће се онај ко радници прекине радни однос због трудноће или од запослене раднице захтијева изјаву да ће у том случају дати отказ уговора о раду или прихватити споразумни раскид радног односа (став 3).

Други примјер супротстављеног дјеловања синдиката и удружења послодавца је доношење посебног закона којим би се уредило спречавање злостављања на раду. Приликом разматрања нацрта Закона о спречавању злостављања на раду представници Уније удружења послодавца су тражили да се упоредо са доношењем Закона о спречавању злостављања на раду, донесе и нови Закон о раду, а са чим се нису сагласили представници синдиката. Приједлог Закона о спречавању злостављања на раду оцијенили су недореченим и двосмисленим, насупротив представницима синдиката и Владе који су подржали доношење закона.

ЗАКЉУЧАК

Социјални дијалог је начин да се одржава равнотежа између економске ефикасности и социјалне издржљивости и тако одржава социјална стабилност. То је начин постепене афирмације социјалне правде, друштвеног дијалога о економској и социјалној политици и пут развоја демократских односа. За реализацију ових циљева су неопходне правне и неправне претпоставке. Посматране претпоставке за социјални дијалог: прецизно и јасно уређена улога социјалних партнера, примјена међународних стандарда рада, примјена европских стандарда, формирање и дјеловање савјета радника, формирање и дјеловање економско-социјалног савјета су кумулативне претпоставке. Посебан значај за развој социјалног дијалога у Републици Српској у периоду прве и друге деценије овог вијека има успостављени институционални трипартитни дијалог. То је пут да се хармонизују закони из области радног и социјалног права са правом Европске уније. Поред тога, на сарадњу између економско-социјалних савјета земаља у региону, упућује улога трипартитног социјалног дијалога у сузбијању последица економске кризе.

Литература:

- Др Александар Петровић, Међународни стандарди рада, Правни факултет Ниш, Центар за публикације, Ниш, 2009.
- Др Бранко Лубарда, Радно право, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2012.
- Др Вилим Херман, др Милорад Ђупурдија, Основе радног права, Велеучилиште Лавослав Ружичка у Вуковару, 2011.
- Др Дарко Маринковић, Владимир Маринковић, Пут Србије ка европском социјалном моделу – стање и перспективе, Зборник радова са Саветовања: „Остваривање и заштита социјалних права“, Удружење за радно право и социјално осигурање, Београд, 2010.
- Др Живко Кулић, Индустијски односи, Мегатренд универзитет, Београд, 2009.
- Др Жељко Мирјанић, др Јасна Чошабић: Influence of European Trade Union Confederation to development of trade unions in a transition country Belgrade, The 4rd International Scientific Conference, 2012.
- Др Жељко Мирјанић, Social partnership challengend by crisis, Capitalism in transition, The 3rd International Scientific Conference, Belgrade, 2012.
- Др Жељко Мирјанић, Развој законског уређивања радних односа у Босни и Херцеговини и посебно у Републици Српској, Tendence v razvoju delovnega prava, Правни факултет, Марибор, 2009.
- Др Маринко Учур, Номотехника, Велеучилиште у Ријеци, 2007.
- Сретен Сокић, Транзиција илузија или будућност, Завет, Београд, 2000.

**Prof. Željko Mirjanić, LL.D.,
full professor of the Law Faculty, Banja Luka University**

ASSUMPTIONS FOR SOCIAL DIALOGUE

Summary

The paper deals with certain assumptions for social dialogue: a precisely and clearly arranged role of social partners, application of the international labour standards, application of European standards, forming and acting of the Workers' Council, forming and acting of Economic and Social Council. Special attention is given to the role of social partners in the law making process, primarily in the field of labour and social welfare legislation, through Economic and Social Council.

Key words: *social dialogue, social partners, international labour standards, European integration, Workers' Council, Economic and Social Council.*

SINDIKATI KAO ČIMBENIK RADNOG PRAVA U REPUBLICI HRVATSKOJ

Dr Milorad Ćupurdija*

Apstrakt: U ovom radu bavimo se mjestom i ulogom sindikata u hrvatskom radnom pravu. S motrišta radnopravne teorije uloga sindikata mijenjala se sukladno društvenom kontekstu u kojem je egzistirala. U povijesnom i ontološkom smislu sindikat predstavlja organizaciju koja se bavi artikuliranjem, oblikovanjem i zaštitom interesa radnika. Danas sindikati predstavljaju strukovne, odnosno staleške organizacije zaposlenika s ciljem zaštite interesa, prije svega svog članstva i zaposlenika u području svog djelovanja. Sindikati u Republici Hrvatskoj su udruge građana koje mogu osnovati deset punoljetnih i poslovno sposobnih osoba. Udrugu više razine mogu osnovati najmanje dva sindikata. Osnovna svrha i smisao djelovanja sindikata je kolektivno pregovaranje i sklapanje kolektivnih ugovora. U situaciji kad postoje brojni sindikati i česti prelasci iz jednog u drugi sindikat, a osobito, kad kod jednog poslodavca ili unutar iste djelatnosti, grane ili sektora postoji više sindikata narušava se ravnoteža utjecaja i moći sindikata u odnosu na poslodavca, odnosno korporativne udruge poslodavaca. U Republici Hrvatskoj sve je izraženiji proces desindikalizacije koji se ogleda u smanjenju broja članstva (osobito u privatnom sektoru), povećanju broja sindikalnih organizacija, nejedinstvu i nedovoljnoj solidarnosti unutar sindikata što se nepovoljno odražava na socijalni dijalog, a osobito na sektorski socijalni dijalog koji je u Europskoj uniji prepoznat kao jedan od stupova europskog socijalnog modela, te kao temelj dobre vladavine Europskom unijom.

Ključne riječi: sindikat, kolektivno pregovaranje, kolektivni ugovori, socijalni dijalog.

Uvod

Neposredan povod za pisanje ovog članka leži u sve izraženijim zahtjevima za izmjenama Zakona o radu. Inicijatori ovih zahtjeva tvrde da Zakon o radu zbog svoje rigidnosti ne odgovara potrebama vremena te da predstavlja smetnju razvoju gospodarstva temeljenu na tržišnim principima, odnosno slobodnom poduzetništvu i kon-

* Проф. др сц. Милорад Ћупурдија - Велеучилиште Лавослав Ружичка у Вуковару

kurenciji. Prema medijskim informacijama šalju se poruke javnosti da se izmjenama ZOR-a treba pojednostaviti procedura otpuštanja radnika. Na Internet portalima pojavljuju se naslovi „lakše će nas, brže i jednostavnije otpuštati“. Dakle, pojavljuje se teza da u Hrvatskoj treba omogućiti lakše otpuštanje radnika. S druge strane imamo antitezu da treba omogućiti lakše zapošljavanje. Sinteza bi, prema tome, trebala biti, da treba lakše otpuštati da bi se lakše zapošljavalo. Naime, sasvim je razvidno da postojeći koncept radnih odnosa ne odgovara realnostima vremena i potrebama tržišta rada kojeg nameće proces globalizacije. Taj trend mora se uočiti. Globalizacija krči sebi put, stvaraju se nove institucije, nove vrijednosti i novi ciljevi. Sve to treba promatrati dinamički, jer današnji trendovi imaju svoj korijen u prošlosti, ali i svoj budući rast. Logika „kapital odnosa“ u svom povijesnom i ontološkom smislu nije se bitno mijenjala. Povijest nas uči da pretjerana liberalizacija radnih odnosa može producirati eksploataciju radnika, povećati socijalne razlike među građanima, te niz drugih sociopatoloških pojava. Također, činjenica je da se svijet, a time i naša zemlja, nalazi u procesu transformacije, koji je obilježen stalnim i brzim promjenama. Kapitalizam je i opstao zahvaljujući svojim sposobnostima prilagođavanja, za razliku od socijalizma koji to (pokazalo se) nije bio u stanju. Današnje globalno tržište, utemeljeno na slobodnom poduzetništvu i konkurenciji, uvjetuje pritisak na radnike i ukupne društveno-političke i ekonomske odnose. U području radno-pravnih odnosa taj pritisak usmjeren je na radnopravno zakonodavstvo za koje se kaže da je rigidno i da ne korespondira sa zahtjevima fleksibilizacije radnih odnosa i radnog prava. Istovremeno, sve je izraženije slabljenje veze između rada i socijalne sigurnost. U takvoj situaciji aktualizira se uloga sindikata, jer radnici (zaposlenici) samo udruženi, zajedničkim snagama mogu lakše ostvariti svoje zahtjeve prema poslodavcu. S tog motrišta sve su aktualnije teze po kojima sindikati u današnje doba gube svoju ulogu i da im čak prijete proces nestanka. Tako na primjer Peter Drucker piše: „Sindikati sada svakako može ponuditi mnogo manje. Praktično sve što je zastupao postalo je u razvijenim zemljama zakon: kraće radno vrijeme, plaćeni prekovremeni rad, plaćeni dopust, mirovine, i tako dalje.“¹ To je naravno točno, ali proces globalizacije i trend fleksibilizacije radnih odnosa pod pritiskom krupnog kapitala vrši konstantan pritisak ka smanjenju i ukidanju mnogih prava iz radnog odnosa. Također, stoji i tvrdnja da „bez sindikata industrijskih radnika u njegovoj jezgri nema ni radničkog pokreta“. Ali, mjesto i uloga sindikata se bitno promijenila i danas sindikati funkcioniraju u drugačijem društvenom kontekstu. Poznato je također da nositelji promjena u industrijskoj revoluciji nisu bili radnici već mlada buržoazija. Danas otpor promjenama i interesima krupnog kapitala izraženiji je od strane sindikata javnih službi nego radničkih sindikata ili političkih partija lijeve (socijaldemokratske) orijentacije. U ovom radu bavimo se mjestom i ulogom sindikata kako bi ukazali na njegov značaj. U tom kontekstu držimo potrebnim podsjetiti se na genezu sindikata kako bi ukazali na uzroke i razloge nastanka istog, te razumijevanja današnje uloge sindikata.

¹ Peter Drucker: *Nova zbilja*, Novi Liber, Zagreb, 1992, str. 173.

1. Povijesni razvoj sindikata

Sindikata kao društvena pojava pripada pojmovno-kategorijalnom sustavu radnog prava i njegov razvoj odvijao se usporedo sa razvojem radnog prava. U tom kontekstu sindikat predstavlja važnu, a možemo slobodno reći, i jednu od temeljnih institucija radnog prava. Dakle, iako su se sindikatom bavili i bave se i druge znanstvene i stručne discipline i to prije svega, sociologija, politologija, ekonomija i dr., ipak se radi o radnopravnoj disciplini. Ovo iz razloga što je sindikat normativno-pravno uređen i ograničen izvorima radnog prava u smislu forme i sadržaja (organiziranja, djelovanja, prestanka i dr.).

Svoje podrijetlo sindikati imaju u radničkom pokretu, a nastali su u kapitalističkom društvu krajem 18. i početkom 19. stoljeća. Bilo je to vrijeme koncentracije proizvodnje i podjele rada kada se kapitalizam naglo razvijao (pod utjecajem liberalnih ideja) ali i iskazao sve svoje proturječnosti. Osnova te proturječnosti ogleda se u podjeli na vlasnike i nevlasnike, upravljače i izvršitelje što je uzrokovalo trajni odnos nejednakosti, socijalnog raslojavanja i društvene nepravde. Iako je industrijska revolucija² svoj zamah gradila na idejama liberalizma, vlasnici sredstava za proizvodnju primjenjivali su robovlasničke metode. Radnici su radili u krajnje nehumanim i za zdravlje opasnim uvjetima bez ograničenja radnog vremena. Država se držala po strani i nije intervenirala u najamne radne odnose prihvatajući teorijske i praktične zahtjeve rastućeg buržoaskog pokreta izraženog u sintagmi „laissez faire, laissez passer“. Rad je imao karakter najamnog radnog odnosa sa nadnicom nedostojnom za život. Za rad su korištena djeca i žene bez ikakve zaštite, a otkaz se dobivao za svaki prigovor ili pobunu. Poslodavci su krajnje zloupotrebljavali situaciju na tržištu rada koju je karakterizirala visoka nezaposlenost, te se ispražnjeno radno mjesto odmah popunjavalo. Kako je u ljudskoj prirodi prisutan osjećaj za pravdu, a o pravdi ljudi počinju razmišljati kada osjete nepravdu i s njom se suoče osjećaj za nužnim promjenama sve je više jačao. Dakle, iako se formalno proklamiraju ljudske slobode i prava koja pripadaju svim pojedincima, što je posebno izraženo u Deklaraciji o pravima čovjeka i građanina, u praksi se pokazalo da pretjerana liberalizacija može uzrokovati nepravde, socijalno raslojavanje i razne sociopatološke pojave. Tadašnja buržoazija temeljila je koncept ekonomskog razvoja u kojem je čovjek sredstvo, iako se već tada formalno-pravno uviđalo da čovjek treba biti centar razvoja i ideal pravde. Sve to utjecalo je na razvoj pravno-političke i u to vrijeme naročito klasne svijesti. Također, sve je više jačala svijest o potrebi udruživanja radnika jer radnik kao pojedinac ništa nije mogao promijeniti. U početku ciljevi sindikalne borbe nisu bili

² „Industrijska revolucija stvorila je klasu krupnih kapitalista - tvorničara, a istovremeno i neusporedivo brojniju klasu najamnih radnika proletera, kao osoba bez sredstava za proizvodnju, tj. vlasništva nad tim sredstvima, koji dakle, raspolazu samo svojom radnom snagom i ekonomski su je prinudeni prodavati kapitalistima buržujima, a ovi se prema toj radnoj snazi uglavnom odnose kao prema svakoj drugoj robi prisutnoj na tržištu.“ Cit. prema: Boris Buklijaš, Kolektivno radno pravo, Split, 2012, str.23.

samo ekonomsko-socijalni, već i politički. Da bi se zaštitili od surove eksploatacije i nehumanih radnih uvjeta radnici su poduzimali različite akcije. Budući da pojedinačni zahtjevi i akcije u smislu poboljšanja i humanizacije rada nisu davali nikakav rezultat i nisu imali smisla, osobito sa stajališta šire društvene zajednice, radnici su se organizirali i udruživali kako bi mogli poduzimati kolektivne akcije. Među tim kolektivnim akcijama najčešće su se provodili štrajkovi koji su nerijetko izmicali kontroli organizatora, te se pretvarali u pobune širih razmjera. Neke od kolektivnih akcija radnici su poduzimali i radi ostvarivanja političkih ciljeva, te su mnogi radnici, a posebno sindikalni čelnici, bili pod utjecajem političkih stranaka i to onih koje su u svojim programima zagovarali interese radničke klase (socijaldemokratskih, laburističkih, komunističkih itd.).

U Hrvatskoj se radničke stranke osnivaju krajem 19. i početkom 20. stoljeća. Razvoj radničkog pokreta u Hrvatskoj bio je pod snažnim utjecajem međunarodnog radničkog pokreta, a osobito nakon osnivanja i djelovanja Druge internacionale (1889-1914). Sindikalni pokret u Hrvatskoj odvijao se u okviru Austro-Ugarske. Ujedinjenjem u državnu zajednicu, stvaranjem Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca, položaj radnika bio je izuzetno težak i nepravedan, što je uzrokovalo česte štrajkove i pobune. Jačanjem sindikalnog pokreta stvoreni su uvjeti za sindikalno ujedinjenje u zemljama bivše Jugoslavije. Kongres sindikalnog ujedinjenja održan je 1919. godine, koji je ubrzo, objavljivanjem Obznane, i zabranjen.

Nakon Drugog svjetskog rata u zemljama sa socijalističkim društvenim poretkom sindikati kao interesne organizacije radnika gube svoju izvornu važnost i smisao jer postaju pukom transmisijom komunističkih partija. U monističkim sustavima sindikati se bave perifernim pitanjima i imaju uglavnom dekorativnu ulogu stvaranjem privida o važnoj ulozi u razvoju radnih odnosa, te posebno položaju i ulozi radničke klase.

Sindikati u jugoslavenskom društvu nije bio oblik posredovanja između radničke klase i države, već oblik samoorganiziranja radničke klase. Sindikat je imao ulogu demokratskog dekora i transmissijsku ulogu partije na vlasti SK. Sustav je bio tako organiziran da nije dopuštao „iskakanja“ iz zadanih i utvrđenih programskih ciljeva. Ukupni rad sindikata bio je previše opterećen političkim ciljevima i demagogijom (razvojem socijalističkog samoupravljanja), dok su stvarni problemi radnika bili u drugom planu. Osim toga, potrebno je istaknuti i činjenicu da su čelnici sindikalnih organizacija uglavnom bili i članovi Saveza komunista, te su bili obvezni i provoditi utvrđenu politiku. Sindikati nisu imali samostalnost u radu i bili su strogo hijerarhijski ustrojani na način da su sindikalne organizacije na nižim nivoima bile dužne izvršavati utvrđenu politiku središnjice. „Piramidalni ustroj i hijerarhijsko donošenje odluka automatizmom se prenosi na ustroj republičkih saveza sindikata u odnosu na granske sindikate. Kako su republički savezi bili funkcionalni dijelovi Saveza sindikata Jugoslavije tako su i pojedini granski, odnosno sindikati djelatno-

sti bili nesamostalni i neautonomni unutar Saveza sindikata Hrvatske.⁴³ Međutim, potrebno je napomenuti da je ovo ipak bio blaži monistički sustav nego što je to bio u drugim socijalističkim zemljama (SSSR, Poljska, Čehoslovačka, Kina, Kuba i dr.), a osobito početkom 80-ih godina kada se sve otvorenije pojavljuju tendencije za uvođenjem pluralizma u društveni i politički sustav. Ono što je s pozicije radnika bilo dobro u sustavu socijalističkog samoupravljanja, svakako je socijalna sigurnost. Međutim, problem se pojavio kada ta socijalna sigurnost nije rezultat ekonomske i radne logike, već produkt nekih drugih poteza (npr. prekomjernog zaduživanja, administrativnih mjera i sl.).

Krajem 90-ih godina otvara se pitanje i sve su izraženije tendencije sindikalnog pluralizma. Drugim riječima, pluralizam postaje nova filozofija života, koja se za razliku od monističke koja polazi od unaprijed zadatog, a priori najboljeg pogleda na društvo i njemu odgovarajućeg sustava, zasniva na konkurenciji i mogućnosti izbora različitih opcija. O tome je Darko Marinković pisao: „Sindikalni pluralizam koji danas čini svoje prve korake, ima dva izuzetno snažna izvora – uzor u drugim socijalno-ekonomski razvijenim zemljama u kojima su sindikati izuzetno snažan i utjecajan faktor ekonomskog i političkog života društva i u kritičkom stavu prema postojećoj sindikalnoj organizaciji”.⁴ Promjenama koje su uslijedile nakon uspostave neovisne i suverene Republike Hrvatske uspostavljeni su demokratski odnosi koji se temelje na privatnom vlasništvu i tržišnoj privredi ili kako ih uobičajeno možemo nazvati kapitalistički društveni odnosi. Umjesto monističkog pristupa nastupa doba sindikalnog pluralizma. Društvo se oslobodilo apsolutne dominacije jedne političke partije. Sindikati dobivaju ulogu kakva im pripada i u drugim demokratski uređenim državama. Ugovornim karakterom radnog odnosa, kako individualnog tako i kolektivnog, ZOR je stvorio okružje koje je odgovaralo zahtjevima tržišnog gospodarstva. Primjena novog zakonodavstva koincidirala je s pojavom negativnih pratećih posljedica ekonomske i političke tranzicije. Tu se prije svega misli na neučinkovitost pravne države na suzbijanju negativnih pojava kao što su pljačka u privatizaciji, korupcija, siva ekonomija itd. Znakovita su i kršenja instituta prava na rad⁵ koja su početkom 90-ih, u manjoj ili većoj mjeri, eskalirala u svim državama na prostoru bivše

³ Ivan Rebac: *Socijalni dijalog i kolektivno pregovaranje u Hrvatskoj*, TIM press, Zagreb, 2010, str. 42.

⁴ Mr Darko Marinković: *Sindikalni i politički pluralizam*, Samoupravljanje, broj 7-8/1990, Beograd, str. 25.

⁵ Pod pojmom pravo na rad podrazumijevamo jednako pravo da pod jednakim uvjetima svatko može slobodno, a u skladu sa svojim stručnim, radnim i fizičkim sposobnostima birati svoje zaposlenje i na taj način osigurati sebi i svojoj obitelji materijalnu egzistenciju kao i druga prava koja proizilaze iz rada. Pritom treba poći od premise da je radni odnos dobrovoljna radnopravna funkcionalna veza. Dakle, pod pravom na rad podrazumijeva se: da je svatko slobodan pri izboru rada i zanimanja; da je svakomu, pod jednakim uvjetima, dostupno svako radno mjesto; da je zabranjen prisilni rad; da je zabranjen svaki oblik diskriminacije (npr. prema spolu, godinama, vjeri, rasi, boji kože, naciji itd.); da zaposleni imaju pravo na odgovarajuću zaradu; da zaposleni imaju pravo na sigurnosne i zaštitne mjere na radu i humane uvjete rada; da prestanak radnog odnosa može nastati i protiv volje radnika pod uvjetima utvrđenima zakonom; da u slučaju prestanka radnog odnosa imaju pravo na materijalnu zaštitu u skladu sa zakonom.

Jugoslavije (osobito onima zahvaćenim ratom). Naša sindikalna scena u svemu tome nije se najbolje snašla. Problem se pojavio u ostvarivanju uloge sindikata u novo-nastalim uvjetima. Sustavne promjene nametnule su sindikatima (iako ne izravno) važnu ulogu u profiliranju prava, obveza i odgovornosti radnika. Ta uloga je bitna u procesu zaključenja ugovora o radu, a osobito u procesu kolektivnog pregovaranja s poslodavcima. Čini se da sindikat u toj početnoj fazi na to nije bio spreman. Možda takvo stanje možemo pravdati relativno kratkim razdobljem sindikalne pluralističke scene i neiskustvom rada u tržišnoj privredi kao i naslijeđenim paradigmatima iz sustava socijalističkog samoupravljanja iz kojeg smo izašli. Sve to nameće potrebu, a u uvjetima globalizacije, i nužnost kritičke recepcije, pa i redefiniranja određenih pojmova koji su vezani uz sindikat. Tu se prvenstveno misli na pitanje utvrđivanja reprezentativnosti sindikata, te na štrajk itd. Također, potrebno je naglasiti i činjenicu da je sindikalni pluralizam u našem društvu nastajao i razvijao se na drukčijim temeljima nego što je to bilo u društvima razvijene zapadne demokracije. Sasvim je izvjesno da politički pluralizam nužno uvjetuje i sindikalni pluralizam, kao i da političke partije u svojoj borbi za vlast nastoje pridobiti članstvo sindikata. O političkoj i kulturnoj tradiciji ovisi i brzina procesa koji se ogleda na način, kako i u kojoj mjeri će sindikati sačuvati svoju samostalnost i svoju aktivnost usmjeriti artikuliranju socijalno-ekonomskih prava radnika. Stoga je točna tvrdnja po kojoj je sindikalni pluralizam stup demokracije, ta da radnici moraju imati mogućnost izbora onakvog oblika organizacije koji njima najbolje odgovara.

2. Pojam i definicija sindikata

Sam pojam⁶ sindikata veže se uz latinsku riječ „*sindicus*“, odnosno od grčkih riječi „*sin*“ i „*dico*“ koje su označavale osobu (zastupnik, odvjetnik, branitelj, skrbnik) koja se brinula o interesima zajednice kojoj je pripadala. Sindikova funkcija nazivala se sindikat. „Sindikati su zakonski regulirane institucije koje osnivaju zaposlenici kako bi ih predstavljale u složenim ekonomskim i zakonskim odnosima s poslodavcima i vladom. Oni su predstavnici rada koji organiziraju veliki broj zaposlenika u jedan centar kako bi se nadvladale strukturne slabosti posloprimaca u odnosu na poslodavce na tržištu rada.“⁷

⁶ Pojam je umna (logička) slika i nastaje kao rezultat generalizacije, ali i apstrahiranja. Obrazovanje pojma počinje u čulnim slikama, ali se potom njima dodaje ono što nije dato čulnim saznanjem. Svaki pojam označava jedna riječ (ili grupa riječi) i dok se 80% riječi ne mijenja čitav milenij, dok različite nacije s istim korijenom (na primjer slavenske, germanske itd.) zadržavaju preko 50% istih riječi, čak i poslije više od tisuću godina odvojenog, samostalnog života, dotle su pojmovi, koji su u tim riječima sadržani, brzo mijenjaju“. Cit. prema: Milorad Zakić: Šta čeka istraživača u beskraju okruženja, Metaprint, Kozarska Dubica, 2011, str. 24-25.

⁷ Nina Paloški - Vokić i Ivana Marić: Evolucija sindikata, uloga sindikata u suvremenom društvu, Poglavlje 1, Sindikati kao organizacija civilnog društva, Ekonomski fakultet Zagreb, 2012, str. 14.

Kad kažemo sindikat onda uobičajeno mislimo na radnički strukovni savez ili na organizaciju za zaštitu prava radnika. Međutim, takva bi definicija bila pojednostavljena i nepotpuna, stoga je potrebna šira i potpunija definicija sindikata. Naime, dugo vremena imali smo shvaćanja po kojem je sindikat – trajna i masovna organizacija radničke klase s društveno-ekonomskom funkcijom. Sindikat je po tom konceptu bio definiran kao jedinstvena i najšira klasna društveno-politička organizacija radnika i radničke klase. Takva shvaćanja uvođenjem pluralizma više nisu aktualna, budući da radnici dobivaju mogućnost slobodnog izbora oblika sindikalne organizacije u koju će se učlaniti i koja će ih zastupati. Oni to čine po svojoj slobodnoj volji i bez ikakve zapreke. Glede toga, možemo reći da je pravilnija definicija po kojoj je: Sindikat samostalna, demokratska i neovisna organizacija zaposlenih u koju se oni dobrovoljno udružuju radi artikuliranja, oblikovanja i ostvarivanja njihovih zajedničkih interesa. Prema članku 226. stavku 1. Zakona o radu: “Radnici imaju pravo, bez bilo kakve razlike, po svojem slobodnom izboru, utemeljiti sindikat te se u njega učlaniti, uz uvjete koji mogu biti propisani samo statutom ili pravilima toga sindikata.”

Sindikati u građanskom društvu po pravilu spadaju u kategoriju tzv. interesnih skupina, koje se za razliku od političkih stranaka, ne bore se za osvajanje vlasti, već samo utječu na poslodavce i državu da iziđu u susret određenim zahtjevima radnika.

Ono što nam odmah postaje jasno je činjenica da je riječ o kolektivitetu.

Postavlja se pitanje, zašto i kako? Odgovor bi bio sljedeći: Zaposleni i poslodavci imaju, pored individualnih prava i kolektivna prava, obveze i odgovornosti. Njih, međutim, ne ostvaruju pojedinačno, već kao pripadnici sindikata, odnosno korporativnih kolektiviteta, u okviru kojih artikuliraju i oblikuju svoje interese. Dakle, sindikati zaposlenih i korporacije poslodavaca izlaze s tim interesima na tržište rada i usklađuju ih socijalnim kompromisom. On traje dok se okolnosti ne promjene, a onda počinje novo sučeljavanje i usklađivanje kolektivnih interesa u novom ciklusu uspostavljanja socijalnog kompromisa.⁸ Radnici, samostalno preslabi nametnuti u odnosu s poslodavcem, jer su praktički samo „prodavali“ rad, sindikatom su dobili potvrdu mogućnosti da se povežu u sindikalni kolektivitet (što su i do tada, nezakonito radili), te da na svoj status utječu snagom kolektiviteta koji briše nerazmjer snaga s poslodavcem. Kao izvedenica prava na udruživanje pojavljuje se područje kolektivnog pregovaranja i sklapanja kolektivnih ugovora (bez kojih samo udruživanje ne bi bilo sadržajno). I tu dolazimo do osnovnog smisla i svrhe sindikata, a koja se ogleda u kolektivnom pregovaranju i sklapanju kolektivnih ugovora. To je upravo ono što obilježava sindikat u smislu predstavljanja interesa radnika i što pripada samo sindikatima. O zaštiti prava radnika brinu se brojne institucije, ali samo sindikati u ime radnika imaju pravo sklapati kolektivne ugovore.

⁸ Citirano prema: Zoran Ivošević: *Radno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta Union u Beogradu, Beograd, 2006, str. 213-214.

Reforma tržišta rada ne smije ni na koji način dovesti u pitanje temeljna prava radnika (npr. pravo na rad, pravo na slobodu udruživanja, pravo na plaću, pravo na odmore, zabranu diskriminacije, zaštitu materinstva, pravo na poduzimanje industrijskih akcija itd.). Sva ta prava uređena su pravnim propisima i većina njih su ustavne kategorije, tako da ona i ne mogu biti predmetom kolektivnog pregovaranja između socijalnih partnera. Na primjer, ne može se pregovarati o pravu na plaću već se pregovori mogu voditi o njenim parametrima (visini plaće, osnovici, stimulativnom dijelu, dodacima na plaću itd.).

Radnici i poslodavci kao subjekti reforme, preko svojih kolektiviteta (sindikata i udruga poslodavaca), a kroz mehanizme slobode ugovaranja i kolektivnog pregovaranja moraju modelirati sustav radnih odnosa koji neće dovesti u pitanje temeljna prava radnika.

3. Ciljevi udruživanja

Ciljevi sindikalnog udruživanja određeni su samim pojmom sindikalne organizacije.

Prema tome, zaposleni se udružuju u sindikat radi zastupanja, predstavljanja, unapređenja materijalnih, socijalnih i profesionalnih interesa članova.

Ovi ciljevi ostvaruju se sindikalnim djelovanjem, koje može biti mirno (konsultacije, izjašnjavanje, mišljenja, pregovori i sl.) ili agresivno (prosvjedi, demonstracije, štrajk i sl.).

U ovom kontekstu znakovito je podsjetiti na Gramscijevo razmišljanje o nužnosti radničkog udruživanja i organiziranja. Po njemu, radničke organizacije, pa tako i sindikat, rezultat su uvjeta proizašlih iz kapitalističkog društveno-ekonomskog i političkog odnosa.

Sindikati su proizvod socijaldemokratskih ideja i pokreta i u povijesti su imali znatan politički utjecaj. Prvi se sindikati javljaju početkom tridesetih godina 19. stoljeća u industrijski najrazvijenijim kapitalističkim zemljama. Njihova aktivnost uglavnom je bila usmjerena na zahtjeve za povećanje visine nadnice, skraćenje radnog vremena i humanizaciju rada. Osim ovih socijalno-ekonomskih zahtjeva, sindikati su imali i znatan politički utjecaj. Današnja uloga sindikata determinirana je kao organizacija (udruga) bez političkih težnji i ciljeva, odnosno kao organizacija koja u tržišnim uvjetima artikulira interese radnika, te se u tom kontekstu pojavljuje kao ekonomska i socijalna organizacija.

Sindikati su u svom djelovanju dužni postupati u skladu sa zakonom i statutom. Suština sindikalnih prava izražava se kroz pravo slobodno udruženih članova da samostalno svojim autonomnim pravnim aktom (statutom) urede svoju organizaciju, sadržaj svog djelovanja koji se izražava kroz prava, obveze i odgovornosti članstva, načine biranja i ovlasti svojih tijela i predstavnika, izvore i načine financiranja,

raspolaganja sa imovinom, načine organiziranja i provedbe industrijskih akcija i dr. Ovo je uostalom i poanta koja svima odgovara. U interesu je svih da se sindikalne akcije provode po zakonu, jer su tada svi sigurni, a naročito predstavnici vlasti, da te akcije neće ugroziti stabilnost društvenog i političkog sustava. Naime, tada vlast ima na raspolaganju mehanizme koje može poduzeti da ne dođe do neželjenih posljedica. Problem je kada dođe do spontanijih, nenajavljenih, iznenadnih industrijskih akcija širih razmjera koje onda lako mogu izmaknuti kontroli sindikata, a što onda može izazvati posljedice na globalni društveni sustav.

4. Pravo na sindikalno organiziranje

Pravo na sindikalno organiziranje demokratsko je dostignuće i sastavni dio općih prava i sloboda građanina. „Sloboda udruživanja, odnosno sloboda radnika i poslodavaca na osnivanje organizacija koje će predstavljati njihove interese temeljni je preduvjet za uspostavu stabilnog sustava industrijskih odnosa i njihova sudjelovanja ne samo u kreiranju odnosa na radnom mjestu nego i u socijalnim i ekonomskim procesima na nacionalnim, ali i međunarodnim razinama.”⁹

Posebna važnost za razvoj ljudskih prava pripada dokumentu pod nazivom: „Deklaracija o pravima čovjeka i građanina“, koju je donio Francuski parlament 27. kolovoza 1789. godine. Ona između ostalog utvrđuje: da se ljudi politički udružuju radi očuvanja prirodnih i neotuđivih prava čovjeka: slobode, vlasništva, sigurnosti i otpora podčinjavanju.

4.1. Opća deklaracija o ljudskim pravima iz 1789. godine

Novi standard za zaštitu ljudskih prava (po sadržaju i formi slična je Deklaraciji o pravima čovjeka i građanina iz 1789. godine s tim što je znatno opširnija) nema obvezujući karakter već je kao preporuka jačala svijest o njevoj važnosti. Njen sadržaj prihvaćen je i ugrađen u brojne međunarodne ugovore i ustave brojnih zemalja.

U članku 20. kao jedno od temeljnih prava navodi se sloboda mirnog okupljanja i udruživanja, koja se naglašava i kroz zabranu sadržanu u odredbi prema kojoj se nitko ne smije prisiljavati na pripadanje nekoj udruzi.

U članku 23. utvrđeno je pravo svakog čovjeka da radi obrane svojih interesa, zajedno s drugima, osniva sindikate i da se u njih učlanjuje.

⁹ Dušanka Marinković Drača: *Pravo na sindikalno organiziranje i sindikati u Hrvatskoj*, Radni odnosi u RH, Pravni fakultet u Zagrebu i Organizator, Zagreb, 2007, str. 495.

4.2. Међународни пакт о грађанским и политичким правима из 1966. године

Polazi od toga da su države dužne zakonima i drugim mjerama stvoriti uvjete da bi se ljudska prava mogla realizirati.

Za praćenje provedbi Међународног пакта, osnovan je Odbor za prava čovjeka.

Prema ovom dokumentu (članak 22.)

„1. Svatko ima pravo na slobodu udruživanja s drugima, uključujući pravo osnivati sindikate ili im pristupati radi zaštite svojih interesa. 2. Nikakva ograničenja ne mogu se postaviti vršenju tog prava, osim onih koja su propisana zakonom i koja su potrebna u demokratskom društvu u interesu državne sigurnosti ili javne sigurnosti, javnog poretka ili morala, ili zaštite prava i sloboda drugih. Ovaj članak ne priječi da se članovima oružanih snaga i redarstva nametnu zakonita ograničenja vršenju tog prava. 3. Ništa u ovom članku ne ovlašćuje države članice Konvencije Међународне organizacije rada od 1948. god. o slobodi sindikalnog udruživanja i zaštiti prava na udruživanje da poduzmu zakonodavne mjere koje bi bile na štetu jamstava iz te Konvencije ili da primjene zakon na način koji bi bio na štetu tih jamstava.“

4.3. Akti o osnivanju Међународне organizacije rada

Preambula 13. dijela Versajskog ugovora, 1919. godine navodi priznavanje načela slobode udruživanja kao jedan od ciljeva novoosnovane organizacije. Članak 427. istog Ugovora, pravo na udruživanje priznaje svim radnicima i poslodavcima, pod uvjetom korištenja u zakonite svrhe. Ovo se pravo 1921. godine proširuje i na poljoprivredu kao djelatnost (Konvencija broj 11. o pravima udruživanja i zajedničkog djelovanja poljoprivrednih radnika, koja je i danas na snazi).

Potkraj Drugoga svjetskoga rata 1944. godine održana je u Filadelfiji Међународna konferencija rada kojoj su nazočili predstavnici 41 države članice MOR-a. U Deklaraciji s ove konferencije ističe se: „sloboda izražavanja i udruživanja prijeko je potreban uvjet za stalni napredak“.

4.4. Konvencije i dokumenti Међународне organizacije rada

Konvencija broj 87 o slobodi udruživanja i zaštiti prava na organiziranje, 1948. (NN-MU 2/94 i 3/00).

Konvencija broj 98 o primjeni načela prava na organiziranje i kolektivno pregovaranje, 1949. (NN-MU 2/94 i 5/00).

Konvencija broj 135 o zaštiti predstavnika radnika u poduzeću i pogodnostima koje bi im trebalo osigurati, 1971. (NN- MU 2/94 i 5/00).

Deklaracija MOR-a o temeljnim načelima i pravima na radu – predviđa da sve članice imaju obvezu, bez obzira na to jesu li ratificirale navedene Konvencije, na temelju same činjenice što su članice MOR-a, promovirati i ostvarivati slobode udruživanja i djelotvornog priznavanja prava na kolektivno pregovaranje.

Konvencija broj 154 o promicanju kolektivnog pregovaranja iz 1981. godine – podupire slobodno i dobrovoljno kolektivno pregovaranje u svim područjima gospodarstvene djelatnosti pa i u državnoj upravi, dok jedino u vojsci i redarstvu kolektivno pregovaranje može biti isključeno.

Države članice obvezne su usvojene konvencije, odnosno preporuke, podnijeti svojem zakonodavnom tijelu radi razmatranja i poduzimanja drugih mjera. Prilikom ratifikacije nisu dopuštene izmjene i dopune.

Obveza je države članice koja ratificira konvencije da se iste i pridržava i strogo je primjenjuje. Zbog toga su države dužne godišnje podnositi pisane izvještaje o primjeni svake ratificirane konvencije.

U Republici Hrvatskoj konvencija je, po pravnoj je snazi, iznad zakona.

4.5. Izvori na europskoj razini

- Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (NN-MU 6/99).

Vijeće Europe u ovu je Konvenciju ugradilo odredbu po kojoj: „Sloboda udruživanja uključuje i pravo osnivanja sindikata ili pristupanja njima radi zaštite svojih interesa. Pri tome se ne mogu postavljati nikakva ograničenja ostvarivanja tih prava, osim onih koja su propisana zakonom i koja su u demokratskom društvu nužna radi interesa državne sigurnosti ili javnog reda i mira, radi sprečavanja nereda ili zločina, radi zaštite zdravlja ili morala ili radi zaštite prava i sloboda drugih.

- Europska socijalna povelja (NN-MU 15/02 i 8/03).

(ugovorne stranke obvezale su se da nacionalno zakonodavstvo neće ugrožavati slobodu udruživanja, a u kojoj će mjeri ta jamstva primjenjivati na policiju i vojsku utvrditi će se nacionalnim zakonima ili drugim propisima.

Povelja Europske unije o temeljnim pravima od 7. listopada 2000. godine (u članku 12, uz pravo mirnog okupljanja, utvrđuje pravo na slobodno udruživanje na svim razinama, s obzirom na politička, sindikalna i građanska prava, što uključuje i pravo svakog da s drugima utemeljuje sindikate i da se u njih učlanjuje radi zaštite svojih interesa).

EUROPSKI SUD ZA LJUDSKA PRAVA – Nakon što su iscrpljena sva raspoloživa domaća pravna sredstva, u skladu s općeprihvaćenim pravilima međunarodnog prava i unutar razdoblja od šest mjeseci od dana donošenja konačne odluke, može odlučivati o povredama Konvencijom zajamčenih ljudskih prava (čl. 19. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda).

5. Sloboda sindikalnog organiziranja i hrvatsko zakonodavstvo

Sindikalno udruživanje i djelovanje proizilazi iz slobode zaposlenih da se organiziraju radi unapređivanja uvjeta rada i ostvarivanja drugih zajedničkih interesa. Sloboda sindikalnog udruživanja jedan je od oblika opće slobode udruživanja koja pripada temeljnim slobodama čovjeka. Te su slobode međusobno zavisne i komplementarne jedne drugima. Sloboda udruživanja pripada korpusu političkih prava. Ali kad je riječ o sindikalnom udruživanju, ova sloboda ima prvenstveno socijalno-ekonomski smisao jer služi zadovoljavanju interesa zaposlenih.

Sloboda udruživanja zajamčena je Ustavom RH članak 43. i 59. Za ostvarivanje ove slobode dovoljni su volja onih koji se udružuju i prijava nadležnom organu.

5.1. Ustav Republike Hrvatske

Sadrži odredbe koje se odnose na slobodu udruživanja.

Članak 43.

Svakom se jamči pravo na slobodno udruživanje radi zaštite njihovih probitaka ili zauzimanja za socijalna, gospodarska, politička, nacionalna, kulturna ili druga uvjerenja i ciljeve. Radi toga svatko može slobodno osnivati sindikate i druge udruge, uključivati se u njih ili iz njih istupati u skladu sa zakonom.

Pravo slobodnog udruživanja ograničeno je zabranom nasilnog ugrožavanja demokratskoga ustavnog poretka, te neovisnosti, jedinstvenosti i teritorijalne cjelovitosti Republike Hrvatske.

Članak 60.

Radi zaštite svojih gospodarskih i socijalnih interesa, svi zaposleni imaju pravo osnovati sindikate i slobodno u njih stupati i iz njih istupati.

Sindikati mogu osnivati svoje saveze i udruživati se u međunarodne sindikalne organizacije.

U oružanim snagama i redarstvu zakonom se može ograničiti sindikalno organiziranje.

Poslodavci imaju pravo osnovati udruge i slobodno u njih stupati i iz njih istupati.

Članak 61.

Jamči se pravo na štrajk.

U oružanim snagama, redarstvu, državnoj upravi i javnim službama određeni-
ma zakonom može se ograničiti pravo na štrajk.

Sloboda na koju se misli jest sloboda od nedopustivog miješanja u ostvariva-
nje prava na udruživanje. To pravo, naravno, nije apsolutno pravo: određena ograni-
čenja mogu biti usklađena s načelom slobode udruživanja, premda moraju biti strogo
definirana i ograničena. Granica i mjera slobode je jednakost. Sloboda je dopuštena
dok ne ugrožava slobodu drugoga. Temeljni postulat u funkcioniranju pravne dr-
žave je jednakost, odnosno jednakopravnost. Država donošenjem zakona ostvaruje
navedena načela. Navedenim odredbama jamči se ne samo sloboda osnivanja sindi-
kata i drugih udruga već i sloboda uključivanja i istupanja iz udruga, dakle sloboda
udruživanja u pozitivnom značenju, već i sloboda izbora ne biti članom udruge, tj.
„negativna“ sloboda udruživanja. Radnici, dakle imaju pravo temeljem izražavanja
slobodne volje odlučiti o svom pristupanju, odnosno nepristupanju udruzi sindikata.
Ovo pravo odnosi se i na slobodno istupanje iz udruge. Prema zakonskim odredbama
povreda ovih prava smatra se diskriminacijom.¹⁰ Također kao važno civilizacijsko
dostignuće koje spada u korpus prava na slobodu udruživanja treba navesti i zakon-
sku odredbu prema kojoj: „djelatnost udruge ne može se privremeno zabraniti niti
se udruga može raspustiti odlukom izvršne vlasti“.(čl. 228. ZR RH)

5.2. Zakon o radu

Zakon o radu sadrži odredbe o:

- formalnim uvjetima za utemeljenje sindikata,
- strukturi i sastavu sindikalnih organizacija,
- zaštiti slobode djelovanja udruga,
- zaštiti članova i njihovih zastupnika,
- pojmu i pravima sindikalnih povjerenika i sindikalnih predstavnika,
- zaštiti sindikalnih povjerenika,
- imovini sindikata i sindikalnoj članarini,
- prestanku djelovanja udruge.

Prema ZR sindikat mogu utemeljiti najmanje deset punoljetnih poslovno spo-
sobnih fizičkih osoba (čl. 232. st.1. ZR). Prema tome, kao nužan uvjet instituciona-

¹⁰ Vidi čl. 227. st. 3. Zakona o radu RH (NN 149/09).

lizira se: broj osoba (10), punoljetnost i poslovna sposobnost. Udrugu više razine mogu utemeljiti najmanje dva sindikata.

Udruga sindikata i udruga sindikata više razine mora imati statut kojim se utvrđuje: svrha udruge, naziv, sjedište, područje djelovanja, znak, tijela udruge, način izbora i opoziva tih tijela, ovlaštenja tijela udruge, postupak učlanjivanja i prestanak članstva, način donošenja i izmjene statuta, pravila i drugih općih akata te prestanak djelovanja udruge.

Pravna osobnost udruge stječe se danom upisa u registar udruga. Ukoliko u statutu nije navedena svrha udruge koja mora biti sklapanje kolektivnih ugovora ista se neće moći registrirati. Ovo proizilazi iz samog smisla, svrhe i cilja sindikalne djelatnosti koji se ogleda u kolektivnom pregovaranju i sklapanju kolektivnih ugovora.

Udruge sindikata mogu stjecati imovinu bez bilo kakvog prethodnog odobrenja, prikupljanjem upisnina i članarina te kupnjom, darovanjem ili na drugi zakonit način (čl. 242. st.1. ZR). U praksi sindikati se pretežito financiraju putem članarine a često je upravo to i jedini izvor financiranja mnogih udruga sindikata. Bio je pokušaj da se uvede i tzv. doprinos solidarnosti koji su sindikati pravdali stavom da plodove njihove borbe uživaju i radnici koji nisu članovi sindikata i koji ne plaćaju članarinu. Ovaj pokušaj pao je na Ustavnom sudu. Kako moć sindikata ovisi i o njegovoj ekonomskoj snazi, stoga je jedan od važnih aspekata rada udruge upravo način stjecanja imovine. S tog motrišta sindikati moraju voditi brigu o svakom svom članu, o zastupanju i promicanju interesa svog članstva, te drugih radnika iz područja i razine svog djelovanja.

ZAKLJUČAK

U ovom radu nastojali smo ukazati na ulogu i značaj sindikata u radnom pravu. Pri tome smo ukazali na činjenicu da se razvoj sindikata kao jedne od najvažnijih institucija pojmovno-kategorijalnog sustava radnog prava može pratiti i povezati uz sam razvoj radnog prava. U idejnom smislu razlozi nastanka sindikata isti su kao i razlozi nastanka prava. Dakle u samoj ideji sindikata (kao i prava) je pravednost, odnosno težnja da se na što pravedniji način uredi društveni odnosi u sferi rada. Cilj je dakle, smanjiti nepravedne razlike između vlasnika i nevlasnika, razlike u ekonomskoj moći, nepravednu raspodjelu dobara i tereta, smanjiti socijalno raslojavanje i sociopatološke pojave, smanjiti nezaposlenost itd. U teorijskom, odnosno pojmovnom smislu sindikati predstavljaju interesne grupe koje se za razliku od političkih stranaka ne bore za osvajanje vlasti, već kao interesni kolektivitet za prava radnika. Sindikati se danas u svim modernim državama definiraju kao samostalne, neovisne i demokratske organizacije (udruge) zaposlenih u koje se oni dobrovoljno udružuju radi artikuliranja, oblikovanja i ostvarivanja zajedničkih (kolektivnih) interesa. Kao izvedenica ovog udruživanja pojavljuje se kolektivno pregovaranje i

sklapanje kolektivnih ugovora. To je i osnovna svrha sindikata koja se mora posebno naglasiti u statutu kako bi se uopće mogao registrirati i steći status pravne osobe. Smisao kolektivnog pregovaranja ogleda se u mogućnosti pronalaska rješenja putem razgovora, dijaloga i konsenzusa, umjesto konflikta i sukoba. U nemogućnosti postizanja rješenja putem socijalnog dijaloga sindikatima ostaju na raspolaganju zakonom predviđene industrijske akcije, uključujući štrajk kao najradikalniju akciju. Današnju sindikalnu scenu u Republici Hrvatskoj karakterizira proces desindikalizacije. On se ogleda u stalnom smanjenju članstva, osobito u tzv. realnom sektoru što slabi financijske resurse i legitimitet sindikata. Moć sindikata u pregovaračkom procesu slabi velika brojnost sindikata unutar istog sektora ili grane.¹¹ Također u praksi je sve izraženije nejedinstvo i nedostatak solidarnosti između sindikalnih organizacija. Upravo postizanjem internog konsenzusa unutar sindikalne scene moguće je snažnim argumentima smanjiti razlike u moći između subjekata socijalnog dijaloga. Stoga sindikati u modernom demokratskom društvu predstavljaju važan čimbenik u korelativnom odnosu rada i kapitala, jer sindikati se ne bore samo za veće plaće i povlastice već bitno utječu i na povećanje produktivnosti poslovanja, te ostvarivanje jednakosti i drugih prava iz radnog odnosa i kreiranja radne politike.

TRADE UNIONS AS A LABOR-LAW FACTOR IN THE REPUBLIC OF CROATIA

Summary

This paper deals with the place and role of trade unions in Croatian labor law. From the point of view of a labor-law theory, the role of trade unions has been modified pursuant to a social context wherein it existed. Historically and ontologically, a trade union represents an organization dealing with articulation, formulation, and protection of laborers' interests. Nowadays, trade unions represent vocational, i.e., estate-based, employee organization aiming at the protection of interests, predominantly that of its membership and employees in its operational domain. Trade unions in the Republic of Croatia are civic associations establishable by ten adults with a right-exercising capacity. A higher-level association is establishable by at least two trade unions. A basic purpose and sense of activity is collective negotiation and conclusion of collective contracts. In a situation wherein multiple trade unions and

¹¹ „Dobar primjer je djelatnost zdravstva koja na 65 000 zaposlenih u toj djelatnosti ima 18 registriranih sindikata na nacionalnoj razini.“ Vidi Ivan Rebac: Socijalni dijalog i kolektivno pregovaranje u Hrvatskoj, Tim press, d.o.o., Zagreb, 2010, str. 92.

frequent transfers therein are existent, an influence equilibrium and trade union's power with regard to an employer, i.e., with regard to corporate employers' associations, especially when multiple trade unions exist in a single employer or in the same activity, branch, or sector. In the Republic of Croatia, a trade union dissolution process is increasingly pronounced, reflected in a reduction of membership (especially in private sector), an increase in the number of trade-union organizations, and disunion and lacking solidarity within trade unions, being unfavorably reflected to social dialog, especially a sectoral one, which is recognized as one of the pillars of the European social model and as a basis of good governance of the European Union.

Keywords: *trade union, collective negotiation, collective contracts, social dialog.*

ПРАВНИ ИНСТРУМЕНТИ ЗА ОБЕЗБЕЂИВАЊЕ МЕЂУГЕНЕРАЦИЈСКЕ СОЛИДАРНОСТИ НА ТРЖИШТУ РАДА

Др Љубинка Ковачевић*

Апстракт: Трендови старења становништва и продужења животног века представљају велики цивилизацијски успех, али су, у комбинацији са ниском стопом фертилитета и високом стопом незапослености, скопчани са озбиљним изазовима у области социјалне сигурности и запошљавања. Савладавање тих изазова претпоставља и преиспитивање мера које су биле усмерене на подстицање старијих радника да што раније напусте тржиште рада, у циљу равномерније расподеле могућности за запослење и смањења незапослености младих. Стога се у многим европским државама разматра могућност увођења инструмената који би требало да допринесу очувању радне способности и мотивисаности за рад старијих радника, уз истовремено стварање могућности да млади радници стекну радно искуство и напредују у каријери. У раду су размотрена кључна обележја ових инструмената, а посебно место у тој анализи заузимају радноправни аспекти концепције активног старења, питања старосне дискриминације и престанка радног односа због навршења радног века, као и новоуведени инструмент за обезбеђивање међугенерациске солидарности на француском тржишту рада – „*contrat de génération*“.

Кључне речи: солидарност; активно старење; млади радници; дискриминација; запошљавање; навршење „радног века“; међугенерациски споразум.

1. Демографски изазови и међугенерациска солидарност

Попут многих других правних категорија, и категорија солидарности води порекло из римског права, где је подразумевала више поверилаца (активна солидарност) или више дужника (пасивна солидарност) у облигацији која има за предмет неку правно недељиву чинидбу. Појам солидарности је, временом,

* Доцент Правног факултета Универзитета у Београду

испуњен новом садржином, што је нарочито видљиво у другим друштвеним наукама, посебно у социологији и политичкој теорији, док је у области права, солидарност постепено стекла вредност једног од основних начела социјалног права (права социјалне сигурности), а, много касније, и једног од правних начела комунитарног права.¹ У социјалном праву, појам солидарности се, наиме, везује за захтев да се системи заштите од социјалних ризика организују на начин да, у прописаним границама, сваки појединац може да захтева социјалне престације које одговарају његовим потребама и да, у складу са средствима којима располаже, учествује у њиховом финансирању. Начело солидарности, притом, подразумева узајамно усклађивање потреба сваког заштићеног лица са заједничким интересима свих чланова заједнице, као и обавезу и одговорност свих заштићених лица за обезбеђивање средстава и испуњеност других услова за остваривање заштите од социјалних ризика.² Делотворна заштита од социјалних ризика претпоставља, дакле, колективно финансирање система социјалне сигурности, али и учешће заштићених лица у њиховом управљању.³ Начело солидарности се, притом, не тиче само односа између заштићених лица који припадају једној генерацији, већ једнако подразумева и *међугенерациску солидарност*, тј. обавезу пружања узајамне подршке коју различите генерације дугују једна другој.

Ипак, солидарност између активних и пасивних чланова система социјалне сигурности чини овај систем посебно осетљивим на демографске промене. То, нарочито, вреди за старење становништва, будући да се, захваљујући унапређењу услова живота и развоју здравствене заштите и образовања, продужава животни век и расте број старих: у последњих 50 година је утростручен број становника наше планете старијих од 60 година, уз очекивање да ће у будућности он расти и брже. Ова демографска кретања прати и пад стопе фертилитета, што је, заједно са порастом стопе незапослености, скопчано са више озбиљних социјалних и економских последица. Најозбољније од тих последица тичу се оптерећивања будућих генерација значајним финансијским теретима, што би, по неким ауторима, уместо солидарности, могло узроковати сукоб, међу генерацијама, нарочито, у контексту финансијске, економске и друштвене кризе.⁴ Но, независно од утемељености овог предвиђања, може се констатовати да приказане промене озбиљно угрожавају финансијску стабилност (и одрживост) националних система социјалне сигурности. То нарочито важи за системе који почивају на међугенерациској солидарности и примени технике репартиције, а испољава се, најпре, у повећању трошкова финансирања

¹ A. Supiot, *L'esprit de Philadelphie: la justice sociale face au marché total*, Seuil, 2010, стр. 159–160.

² V. Jelčić, *Socijalno pravo: prava u sistemu socijalnog osiguranja u SFRJ*, Informator, Zagreb, 1982, стр. 45–47.

³ European Committee of Social Rights, Conclusions XIV-1, стр. 600–601.

⁴ Motion for a European parliament Resolution on the demographic challenge and solidarity between generations [2010/2027(INI)], Explanatory statement, стр. 9.

пензијског система и система здравствене заштите, као најобимнијих ставки у трошковима за социјалну сигурност.⁵

Државе настоје да пронађу што адекватније одговоре на приказане демографске промене, почевши од *области социјалне сигурности* (обезбеђивање дугорочне неге, пооштравање услова за остваривање права на пензију и др.) и *социјалне заштите* (борба против сиромаштва), преко *области јавног здравља* (унапређење квалитета здравствене заштите, превенција ризика који нарочито угрожавају здравље старијих лица и сл.), до *области образовања* (програми доживотног учења и др.). Поред ових мера, државе, готово без изузетка, предузимају и одређене мере у области *запошљавања и радних односа*. Оне су, најопштије посматрано, усмерене на повећање стопе запослености старијих лица, али и младих радника, јер економска криза најозбиљније доводи у питање њихову трајнију интеграцију у тржиште рада, водећи значајном увећању социјалних трошкова и траћењу драгоцених ресурса.⁶ Стога истовремено постоје две основне потребе: потреба да се младим радницима омогући да стекну радно искуство и напредују у каријери, и потреба за очувањем радне способности (и мотивисаности за рад) старијих радника. На то се надовезују и захтеви за уклањањем старосне дискриминације у запошљавању и за прилагођавањем услова рада потребама старијих радника (организација рада на даљину, флексибилна организација радног времена, тзв. постепено /флексибилно/ пензионисање и сл.).

Значај ових мера потврђен је и на нивоу многих међународних организација, кроз афирмисање *културе активног старења*. Она подразумева старења људи у добром здрављу, са осећањем професионалне испуњености и независности у обављању свакодневних активности, и уз пуно учешће у друштвеном животу.⁷ Примена концепције активног старења, отуд, подразумева да старија лица не поседују само бројне потребе, већ и разноврсна искуства и вештине, због којих се од њих очекује значајан допринос развоју друштва. То је потврђено на нивоу Уједињених нација и њених специјализованих агенција,⁸

⁵ Н. Zacher, F. Kessler, „Rôle respectif du service public et de l'initiative privée dans la politique de sécurité sociale“, *Revue internationale de droit comparé*, број 1/1990, стр. 243.

⁶ У свету је 2013. године, чак 73 милиона радника старости између 15. и 24. године било незапослено. Притом, ваља имати у виду да је глобална стопа незапослености младих 2007. године износила 11,5%, 2009. године је порасла на 12,7%, две године касније је смањена на 12,3%, да би 2013. године достигла 12,6%, а процењује се да ће до 2018. године достићи 12,8%. International Labour Organization, *Global employment trends for youth 2013: A generation at risk*, International Labour Office, Geneva, 2013, стр. 3.

⁷ Радни допринос старијих лица не може се свести само на њихов економски допринос друштву, будући да се многи од њих, нарочито жене, традиционално старају о деци и унучићима, родитељима или другим рођацима, обављајући бројне послове у домаћинству као неплаћени рад у кући, односно као дужност проистеклу из породичне солидарности.

⁸ У документима Светске здравствене организације, активно старење се описује као процес унапређења здравља, партиципације, сигурности и квалитета живота са годинама. То посебно

као и под окриљем европских организација, будући да старење становништва и незапосленост младих озбиљно угрожавају европски социјални модел. Тако је, примера ради, Парламентарна скупштина Савета Европе усвојила Резолуцију о активном старењу,⁹ док је под окриљем Европске уније, 2012. година била проглашена *Европском годином активног старења и међугенерациске солидарности*.¹⁰ Поред афирмисања активног старења, набројане мере имају за и циљ и обезбеђивање међугенерациске правде, која се одређује као „уједначена подела предности и терета између генерација“.¹¹ На то се надовезује још један циљ, остваривање међугенерациске солидарности, која се, најопштије посматрано, дефинише као „социјална кохезија између генерација“, односно као скуп „заједничких очекивања и обавеза које постоје у погледу старења појединаца и смене генерација“.¹²

подразумева стварање услова за физичку, социјалну и менталну добробит и учешће старијих лица у друштвеним, економским, културним, духовним и грађанским активностима у друштву, уз приступ одговарајућој заштити и потребној нези. World Health Organization, *Active ageing: a policy framework*, Geneva, 2002, стр. 11.

⁹ Parliamentary Assembly of the Council of Europe Resolution 1793 (2011) *Promoting active ageing: capitalising on older people's working potential*.

¹⁰ Decision No. 940/2011/EU of the European Parliament and of the Council of 14 September 2011 on the European Year for Active Ageing and Solidarity between Generations (2012), *Official Journal L* 246, 23. 9. 2011, стр. 5–10. Овом симболичном (политичком) чину претходило је више активности, почевши од усвајања прве европске стратегије запошљавања (European Employment Strategy 1997-2004), у којој је као један од основних циљева одређено веће учешће старијих радника у тржишту рада. Значај тог циља потврђен је и у Лисабонској стратегији (2000-2010), која позива на повећање укупне стопе запослености на 70%, уз задатак да до 2010. године стопа запослености лица од 55. до 64. године буде 50% (Stockholm European Council 23-24 March 2001, Presidency conclusions). Попут већине других циљева, ни овај циљ Лисабонске стратегије није остварен (2010. године, у државама чланицама Европске уније било је запослено 46% лица овог узраста), због чега је у новој стратегији раста утврђено да би до 2020. године, стопу запослености лица од 20. до 64. године требало повећати на 75%, између осталог и кроз веће учешће старијих радника [Europe 2020: A strategy for smart, sustainable and inclusive growth (COM/2010/ 2020 final)].

¹¹ Motion for a European parliament Resolution on the demographic challenge and solidarity between generations [2010/2027(INI)], тачка 1.

¹² Потоња дефиниција изнедрена је у области социологије и подразумева постојање три групе норми које, у датом друштвено-историјском контексту, делују на микро и макро нивоима друштвене структуре: прву групу чине норме које се односе на учешће породице и система образовања у социјализацији сваке наредне генерације. Осим тога, могуће је издвојити и норме које се тичу финансијске и друге подршке коју старије генерације обезбеђују млађој генерацији, као и јавне трансфере у вези са пензионисањем и смрћу старијих генерација, док у трећу групу улазе норме које се односе на негу и подршку коју породица и друштво обезбеђују старим лицима. V. L. Bengtson, P. S. Oyama, „Intergenerational solidarity and conflict“, у: Expert Group Meeting, *Intergenerational solidarity: Strengthening economic and social ties*, UN Department of Economic and Social Affairs, New York, 2007, стр. 3. и 5.

2. Свет рада и старосна дискриминација (у ужем и ширем смислу)

У српском језику, реч „старост“ нема јединствено значење, већ једнако означава одређени узраст (животно доба) и животни период у који ступамо у познијим годинама живота.¹³ Стога се као адресати *старосне дискриминације у ширем смислу* могу појавити *све* старосне групе, и то, због својих година (млади, одрасли, старија лица), док се под *старосном дискриминацијом у ужем смислу* подразумева дискриминација према старијим лицима. Притом, ваља имати у виду да у науци, законодавству и пракси нема једнодушног става о годинама у којима почиње старење,¹⁴ тако да се у неким изворима, као старији радници квалификују лица старија од 50 година (нпр. у извештајима Организације за економску сарадњу и развој), односно лица између 55. и 64. године (нпр. у актима Европске уније), док се у праву Сједињених Америчких Држава старијим радницима сматрају лица са навршених 40 година. Најшира дефиниција старијих радника садржана је у Препоруци Међународне организације рада број 162, према којој овај појам обухвата „све раднике који су, због старења, подложни да се суоче са тешкоћама у запошљавању и занимању“.¹⁵

Уклањање старосне дискриминације представља важан инструмент за успостављање међугенерациске солидарности у свету рада, иако је у једном делу литературе заступљена оцена да је старост „мање озбиљан“ и „суптилнији“ основ дискриминације од других личних својстава. Ово, наводно стога, што старосна дискриминација мање угрожава и мање повређује достојанство запослених и кандидата за запослење,¹⁶ као и зато што старији радници нису традиционално суочени са неповољним поступањем на тржишту рада и што је у немалом броју случајева, разликовање радника по животном добу оправдано разлозима професионалне нужности. На то становиште

¹³ М. Миланков, „Старосна дискриминација“, *Геронтологија*, број 1/2010, стр. 79.

¹⁴ Е. Корпић-Норват, „Активно старење“, у: Е. Корпић-Норват, Д. Сенџур Пећек (ур.), *Tendence v razvoju delovnega prava*, Inštitut za delovna razmerja in socialno varnost pri Pravni fakulteti Univerze v Mariboru, Maribor, 2009, стр. 91-92.

¹⁵ ILO Recommendation concerning Older Workers (1980), тачка 1.

¹⁶ То се образлаже чињеницом да је старост само један стадијум живота кроз који пролази велика већина људи и којем безмало сви теже, тако да су и неповољности које нас очекују у старости компензоване предностима које нам нуде други животни периоди. У том смислу, Фредман (S. Fredman) закључује да су „они који су доживели да буду стари имали могућности које имају млади, имали су могућност да уживају повољности које се тичу зарађивања и других предности, док ће се млади, заузврат, суочити са неповољностима старости, уколико буду довољно дуго поживели. Старосна дискриминација, стога, не повређује достојанство и једнакост, јер постоји у сваком тренутку. Заправо, аргумент би био да разликовања заснована на животном добу нису непоштена, јер се у различитим фазама наших живота, сви крећемо од повољности ка неповољности (*‘fair innings’ argument*)“. Нав. према S. Manfredi, L. Vickers, „Retirement and age discrimination: Managing retirement in higher education“, *Industrial Law Journal*, број 4/2009, стр. 346.

ослања се и претпоставка да забрана старосне дискриминације може имати за последицу смањену продуктивност и презаштићеност старијих радника (више отпремнине и увећане зараде на основу минулог рада, дужи годишњи одмори и сл.)¹⁷ или њихову доминацију на руководећим и другим пословима на вишим лествицама хијерархије послова. Овим аргументима најпре се супротставља чињеница да је неповољније поступање према старијим радницима редовно засновано на предрасудама и стереотипима (о њиховом нежнијем здрављу, мањој продуктивности, мањој креативности и мањој спремности да се усавршавају и прилагођавају променама на тржишту), с тим што се одређене предрасуде и стереотипи везују и за рад радника узраста од 15-24. године (нпр. да су неискусни, мање поуздани, мање лојални од њихових старијих колега и сл.). Осим тога, не може се прихватити закључак о наводној блажој повреди достојанства адресата старосне дискриминације, будући да одлучивање на основу стереотипа и предрасуда везаних за животно доба, као и ускраћивање или ограничавање приступа запослењу и одређеним правима из радног односа, повређује достојанство радника као и друге врсте дискриминације. Притом се не сме се губити из вида ни то да старосна дискриминација може имати за последицу *сиромаштво и социјалну искљученост старијих радника*, посебно што је велики број њих озбиљно угрожен ризиком (дуготрајне) незапослености, због рада у привредним гранама у којима постоји тзв. вишак запослених и потреба за рационализацијом радних места.

Старосна дискриминација у свету рада, најпре, подразумева искључивање као најтежи облик *непосредне дискриминације*, а, затим, и *посредну дискриминацију*, која настаје онда када се исти услови и критеријуми који нису од одлучујућег значаја за обављање послова примењују на сва лица, али производе несразмерно теже последице према радницима одређеног животног доба, нпр. неоправдано утврђивање услова за заснивање радног односа који се тичу специфичних физичких способности, снаге и издржљивости, чиме се ограничава приступ старијих лица и малолетника (али и лица са инвалидитетом, као и жена).¹⁸ Притом, треба имати у виду да је, поред територијалних граница, тржиште рада „ограничено“ и *ratione personae*, тако да у њему могу учество-

¹⁷ Забраном старосне дискриминације обухваћена су сва права, обавезе и одговорности из радног односа, тако да њихово стицање и остваривање не сме бити условљено навршењем одређеног броја година живота, осим ако постоји потреба да се старијим радницима обезбеди повољнији третман, нпр. посебна заштита у погледу безбедности и здравља на раду или додатни дани годишњег одмора. Тако ни висина зараде не сме аутоматски зависити од узраста запосленог, јер увећање зараде само због овог критеријума не може бити „награда“ за претпостављени развој способности и искуства запосленог, нити компензација за веће потребе (и трошкове) које имају старији радници. То не искључује, међутим, право на увећану зараду због сениоритета, односно за тзв. минули рад, јер он непосредније указује на радно искуство које запосленом омогућава успешније обављање поверених послова. P. Bailly, J.-Ph. Lhernould, „Discrimination en raison de l'âge: sources européennes et mise en œuvre en droit interne“, *Droit social*, број 3/2012, стр. 237.

¹⁸ N. Ghosheh, *Age discrimination and older workers: Theory and legislation in comparative context*, International Labour Organization, Geneva, 2008, стр. 23.

вати само лица која испуњавају опште услове за заснивање радног односа.¹⁹ Они су апстрактно утврђени као апсолутни захтев који сваки кандидат мора испунити, независно од посла за који се заснива радни однос. У српском праву, тај услов чини навршених 15 година живота, јер је, захваљујући борби за укидање дечјег рада, признавању права на образовање и развоју образовања, број година за које се претпоставља да доносе зрелост за рад постепено померан навише. Поред општег услова, кандидат за запослење мора испунити и посебне услове за заснивање радног односа. Њих одређује послодавац аутономним актом о организацији и систематизацији послова, а, за одређене послове – и законодавац. Значајно ограничење у утврђивању посебних услова успоставља начело једнакости и забране дискриминације, што потврђују и међународни радни стандарди. Ипак, у најважнијим међународним инструментима за заштиту људских права, а, исто вреди и за уставе већине држава, старост није неспоредно забрањена као основ дискриминације, будући да у време њиховог усвајања, старење становништва и пратеће демографске промене нису представљале тако изражен изазов као данас.²⁰ Но, независно од тога, забрана дискриминације по основу старости се изводи из отворено изречених елемената, јер у предметним изворима права није утврђен *numerus clausus* основа дискриминације, већ су набројани само неки, нарочито значајни, основи, заједно са тзв. каучук клаузулом. Такође, треба имати у виду да је само у малом броју држава, питање старосне дискриминације непосредно уређено законима. Први од њих усвојен је 1967. године у Сједињеним Америчким Државама (*Age Discrimination in Employment Act*),²¹ док се у европским државама предметно питање редовно уређује под окриљем општег закона о забрани дискриминације или матичног закона за област радних односа, тако да су ретки закони који за искључиви предмет уређивања имају, управо, старосну дискриминацију (нпр. у Великој Британији и Холандији).²² У праву Републике Србије, питање старосне дискриминације није уређено посебним законом, али Устав и Закон о забрани дискриминације изричито забрањују „старост“, односно „старосно доба“ као основ дискриминације, док Закон о раду забрањује *старост* као ос-

¹⁹ J. Pélissier, A. Supiot, A. Jeammaud, *Droit du travail*, 21^e édition, Paris, Dalloz, 2002, стр. 148–149.

²⁰ Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *General comment 6: The economic, social and cultural rights of older persons*, 1995, E/1996/22, став 11. Више о заштити права старијих лица у светлу феномена „фрагментације“ људских права видети у F. Mégret, „The human rights of older persons: a growing challenge“, *Human Rights Law Review*, број 1/2011, посебно стр. 47–51.

²¹ Америчким Законом о старосној дискриминацији у запошљавању испрва су била заштићена сва лица старија од 40 и млађа од 65, односно од 70 година, да би последњом новелом горња старосна граница за заштиту старијих радника била укинута. У литератури се, међутим, упозорава да ове законске одредбе остављају без заштите лица млађа од 40 година која, такође, могу бити жртве старосне дискриминације, нарочито ако обављају одређене послове, нпр. посао ТВ-водитеља или манекена. В. В. Woodruff, „Unprotected until forty: the limited scope of the age discrimination in Employment Act of 1967“, *Indiana Law Journal*, број 4/1998, стр. 1295–1312.

²² P. Bailly, J.-Ph. Lhernould, *op. cit.*, стр. 224.

нов разликовања лица која траже запослење и запослених.²³

Снажан подстрек за уређивање ове материје у европским државама представљало је ступање на снагу Директиве Савета 2000/78/ЕЗ, будући да је њеним одредбама уостављен општи оквир за једнако поступање у запослењу и занимању, који подразумева, између осталог, и забрану дискриминације на основу животног доба.²⁴ Пресудан допринос прецизирању забране овог облика дискриминације у свету рада дао је Суд правде Европских заједница (Европске уније), који је последњих година донео неколико значајних пресуда о овом питању. У том смислу, најпре ваља поменути знамениту пресуду у случају Манголд (*Mangold*), у којој је истакнуто да *потреба да се олакша запошљавање старијих радника не сме бити злоупотребљена* на начин да се са њима закључује уговор о раду на одређено време и онда када за то не постоје оправдани разлози (дакле, и у случају послова за којима постоји трајна или, макар, дуготрајнија, потреба послодавца).²⁵

Пресуде Суда у Луксембургу значајне су и за правилније разумевање изузетака у којима је допуштено разликовање радника према животној доби. У њима је потврђено да се од послодавца очекује да у доброј вери бирају кандидате за запослење на основу способности, вештина и умећа значајних за успешно обављање послова, што значи да послодавац може да прави разлику између лица која траже запослење, али не сме да их дискриминира.²⁶ Изузетни случајеви у којима он има оправдан разлог да различито поступа према радницима се, притом, односе на ситуације у којима би забрана различитог поступања могла да доведе у питање обављање конкретних послова, јер одређено животно доба представља *прави, одлучујући услов за успешно обављање посла*, нпр. из

²³ Устав Републике Србије (*Службени гласник РС*, број 83/06), члан 21, став 3; Закон о забрани дискриминације (*Службени гласник РС*, број 22/09), члан 2, тачка 1; Закон о раду (*Службени гласник РС*, бр. 24/05, 61/05 и 54/09), члан 18.

²⁴ Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation (*Official Journal L 303*, 2. 12. 2000, стр. 16–22).

²⁵ Суд је одлучивао о одредбама немачког Закона о радном односу са непуним радним временом и на одређено време, према којима су старија лица могла да закључују уговор о раду на одређено време независно од законских ограничења која важе за друге запослене. Испрва су то била лица која су у тренутку заснивања радног односа била старија од 58 година, да би последњом новелом граница била спуштена на 52 године. Како је старост, као таква, била *једини* критеријум за закључивање уговора о раду на одређено време, независно од личне ситуације сваког запосленог и независно од структуре радне снаге на тржишту рада, послодавцима су биле „одрешене руке“ да сваком раднику старијем од 58, односно од 52 године, без разлике, понуде закључење уговора о раду на одређено време, уз могућност да са њим изнова закључују ову врсту уговора неограничени број пута, тј. све док он не испуни услове за одлазак у пензију. Суд је закључио да се спорним законским одредбама успоставља непосредна старосна дискриминација, јер се оне, за разлику од неких других мера за решавање проблема незапослености старијих лица, не могу квалификовати као прикладна и нужна мера за заштиту ових лица на тржишту рада. Пресуда у предмету C-144/04 (*Werner Mangold v. Rüdiger Helm*) од 22. новембра 2005. године (*European Court reports 2005*, стр. I-9981).

²⁶ M.-Th. Lanquetin, „Le principe de non-discrimination“, *Droit ouvrier*, mai 2001, стр. 187.

здравствених и безбедносних разлога (заштита запослених на пословима са повећаним ризиком). Европски суд правде је, тако, утврдио да навршених 30 година може представљати горњу старосну границу за запошљавање ватрогасаца, јер је то неопходно за обезбеђивање „операционалне способности и доброг функционисања професионалне ватрогасне службе“.²⁷ Ово посебно стога што се с годинама, смањују респираторни и мускуларни капацитети, као и друге нарочите здравствене способности које се захтевају од ватрогасаца, тако да изузетно мали број старијих радника има довољне способности да безбедно и ефикасно учествује у акцијама гашења пожара и спасавања људи. Пред Судом је испитиван и колективни уговор закључен за авио-компанију Луфтханза (*Lufthansa*) којим је било предвиђено да члановима посаде аутоматски престаје радни однос када наврше 60 година живота.²⁸ Суд је закључио да одређени број година живота може представљати услов за заснивање радног односа, будући да пилоти морају имати посебне здравствене способности које им омогућавају да својим радом не угрожавају јавну безбедност, а, које се, по правилу, смањују са годинама. Тиме, међутим, није искључен захтев да ограничења која се тичу старијих радника морају бити неопходна за заштиту јавне сигурности и сразмерна овом циљу. У том смислу је констатовано да правила о контроли здравствених и других способности пилота делотворно доприносе безбедности ваздушног саобраћаја и онда када су пилоти старији од 60 година. Ипак, Суд је као крунски аргумент прихватио чињеницу да спорне одредбе колективног уговора нису биле усклађене са меродавним немачким законима и одговарајућим међународним стандардима летења према којима титулари пилотске лиценце имају право да лете као чланови посаде авиона до 65. године (*Joint Aviation Requirements – Flight Crew Licensing 1.060a*).²⁹

Поред разлога професионалне нужности, Европски суд правде је квалификовао као оправдане разлоге за разликовање радника према старости и следеће разлоге: *унапређење могућности младих радника за запослење; стварање услова за делотворно планирање запошљавања радника; правичнију међугенерацијску расподелу могућности за запослење; обезбеђивање заступљености различитих генерација у одређеној радној средини, ради размене искустава и нових идеја; стварање услова за лакше учешће старијих рад-*

²⁷ Пресуда у предмету C-229/08 (*Colin Wolf v. Stadt Frankfurt am Main*) од 12. јануара 2010. године (*European Court reports*, 2010, стр. I-0000).

²⁸ Пресуда у предмету C-447/09 (*Reinhard Prigge, Michael Fromm, Volker Lambach v. Deutsche Lufthansa AG*) од 13. септембра 2011. године.

²⁹ Потоњи извори, ипак, успостављају и одређена ограничења, укључујући правило да пилоти старији од 60 година смеју да лете само уколико се у летачкој екипи налази још један пилот који је млађи од 60 година. Иако би потоња мера предострожности могла сугерисати да је после 60. године угрожена способност за обављање пилотског позива, Суд је протумачио меродавне изворе права на начин да пилоти млађи од 65 година испуњавају физичке и друге захтеве за безбедно обављање посла (издржљивост, снага, концентрација и др.), што је било довољно за закључак да је пилотима Луфтханзе неоправдано престао радни однос.

ника у тржишту рада.³⁰ То, нарочито вреди за случајеве у којима је разматрано значење које забрана старосне дискриминације има у светлу правила о престанку радног односа због тзв. навршења радног века.

3. Престанак радног односа због навршења радног века

Безмало сва радна законодавства садрже правило о престанку радног односа због тзв. навршења радног века. То се у литератури објашњава потребом да се обезбеди међугенерациска правда и остваре одређени циљеви политике запошљавања, попут смањења незапослености младих и равномерније расподеле могућности за запослење.³¹ Примена овог правила је, при том, редовно условљена навршењем минималног стажа осигурања без којег није могуће стицање права на старосну пензију. Али, ни тај захтев не чини сувишним преиспитивање оправданости престанка радног односа оног тренутка када запослени напуни одређене године живота, како предвиђа радно законодавство већине европских држава, укључујући Републику Србију.³² Навршење ових година живота *не* може представљати оправдан разлог за отказ уговора о раду, али може бити основ престанка радног односа, под условом да запослени има право да захтева од послодавца да остане у радном односу и после 65. године.³³ Овај основ престанка радног односа, стога, не можемо квалификовати као пре-

³⁰ Тако је, примера ради, утврђено да правило да послови стоматолога у Немачкој могу бити доступни само радницима млађим од 68 година – није сагласно са правом Европске уније, јер ова старосна граница није била постављена за све стоматологе, како би захтевала евентуална потреба заштите здравља пацијената, већ само за једну одређену групу стоматолога (стоматологе који су пружали услуге на основу уговора закљученог са касом за здравствено осигурање / енгл. *panel dentist*, фр. *dentiste conventionné*). Пресуда у предмету C-341/08 (*Domnica Petersen v. Berufungsausschuss für Zahnärzte für den Bezirk Westfalen-Lippe*) од 12. јануара 2010. године (*European Court reports*, 2010, стр. I-0000).

³¹ F. Mégret, *op. cit.*, стр. 61.

³² Закон о раду (*Службени гласник РС*, бр. 24/05, 61/05 и 54/09), члан 175, тачка 2. Преглед упоредноправних решења о (не)допуштености престанка радног односа због навршења година живота које представљају услов за одлазак у пензију видети у: А. Wood, М. Robertson, D. Wintersgill, *A comparative review of international approaches to mandatory retirement*, Department for Work and Pensions, London, 2010.

³³ Другачије решење могло би се квалификовати као старосна дискриминација, будући да је аутоматски престанак радног односа због навршења радног века неспојив са гаранцијом слободе рада и права на рад. То је уважено у законодавству многих држава, не само због потребе да се заштите људска права и основне слободе радника, већ и због економских разлога, јер се може очекивати да ће у будућности све већи број старијих лица имати потребу да, због ниских (и недовољних) пензија, ради и после 65. године. Ипак, инсистирање на заштити права на рад и слободе рада (као ни афирмисање концепције активног старења) не сме бити злоупотребљено за ограничавање заштите која старијим лицима припада на основу социјалног законодавства, већ она мора бити доступна свим лицима од којих није реално очекивати да раде и након 65. године. Тако: F. Mégret, *op. cit.*, стр. 62. и 65; Parliamentary Assembly of the Council of Europe Resolution 1793 (2011) *Promoting active ageing: capitalising on older people's working potential*, став 4.

станак радног односа независно од воље запосленог и послодавца, тим пре што је послодавац дужан да у доброј вери размотри захтев запосленог и да га, уколико постоји потреба за његовим радом, уважи, или да га, у супротном, одбије, без обавезе да образложи разлоге због којих то чини.³⁴

По оцени Суда правде Европске уније, примена правила о овом основу престанка радног односа представља различито поступање према радницима на основу старости, али се не може квалификовати као старосна дискриминација. Ово стога што је предметно правило усмерено на успостављање равнотеже између различитих социјалних, економских, политичких и демографских захтева, тако да доприноси међугенерациској правди, смањењу незапослености младих и остваривању других циљева политике запошљавања.³⁵ Ово, тим пре, што се предметни основ престанка радног односа може применити само ако је запослени остварио одређени минимални стаж осигурања који му обезбеђује стицање права на старосну пензију. Суд је, тако, примера ради, закључио да клаузуле шпанског колективног уговора о престанку радног односа због навршења година живота у којима се може стећи право на пензију не успостављају дискриминацију, зато што су утврђене као део националне стратегије за обезбеђивање веће стопе запослености и правичније међугенерациске расподеле могућности за запослење.³⁶ Легитимности ове клаузуле, по оцени Суда, доприноси и то што је изнедрена у поступку колективног преговарања, чиме је омогућено њено лакше прилагођавање конкретним ситуацијама и постизање компромиса између легитимних, али међусобно супротстављених, интереса друштва (интерес да се обезбеде веће могућности за запошљавање младих) и радника старијих од 65 година (интерес да наставе да раде не би ли имали веће зараде, а, касније, и више пензије).³⁷ О престанку радног односа због навршења радног века одлучивано је и у случају Розенблат, који се тицао престанка радног односа чистачице која је навршила 65 година, а желела је да настави да ради, будући да скромна пензија на коју би имала право није била довољна за њено издржавање и издржавање њеног детета са инвалидитетом. Суд у Луксембургу је закључио да забрана старосне дискриминације није неспојива са престанком радног односа због навршења година живота које представљају услов за одлазак у пензију, чак и ако је извесно да ће старосна пензија на коју запослени има право бити недовољна. Ово стога што правило о престанку уговора о раду аутоматски не подразумева и одлазак запослене у пензију, већ она, као титулар права на рад, може да настави да зарађује за живот

³⁴ S. Manfredi, L. Vickers, *op. cit.*, стр. 352.

³⁵ F. Mégret, *op. cit.*, стр. 61.

³⁶ Пресуда у предмету C-411/05 (*Palacios de la Villa v. Cortefiel Servicios SA*) од 16. октобра 2007. године (*European Court reports*, 2007, стр. I-8531).

³⁷ C. Kilpatrick, „The Court of Justice and Labour Law in 2010: a new EU Discrimination Law architecture“, *Industrial Law Journal*, брoј 3/2011, стр. 293-294.

на основу новог запослења.³⁸

4. Нови инструменти за обезбеђивање међугенерациске солидарности

Савладавање изазова који настају услед промена које су се десиле у свету рада и демографској структури захтева и преиспитивање многих политичких, правних и других мера које су биле усмерене на подстицање старијих радника да што раније напусте тржиште рада, у циљу равномерније расподеле могућности за запослење и смањења незапослености младих. Осим тога, предмет преиспитивања представљају и мере које су усмерене само на заштиту младих радника или само на заштиту старијих радника,³⁹ будући да однос тих аспеката политике запошљавања неретко обележава неусаглашеност. То неким ауторима даје повода за закључак да предметне мере, уместо међугенерациске солидарности, могу имати за последицу напетост, па, и сукоб, између генерација младих и старих радника. Тако се, примера ради, сматра да ублажавање услова за остваривање права на старосну пензију не треба посматрати само као инструмент који треба да олакша запошљавање младих, већ и као меру која оптерећује будуће генерације немалим социјалним теретима.⁴⁰ Стога се, уместо ових, условно речено, једностраних, мера, предлаже увођење нових инструмената, који треба да омогуће истовремено повећање стопе запослености и старих и младих радника.

Савремене државе, тако, настоје да подрже иницијативе којима се обезбеђује учешће представника различитих генерација у радном процесу (енгл. *intergenerational tandem initiative*), као и програме доживотног учења који су доступни и младим и старим радницима.⁴¹ На то се надовезују и субвенције

³⁸ Пресуда у предмету C-45/09 (*Gisela Rosenblatt v. Oellerking Gebäudereinigungsgesellschaft mbH*) од 12. октобра 2010. године (*European Court reports*, 2010, стр. I-0000). Суд је слично резонувао и у пресуди у предмету C-141/11 (*Torsten Hörnfeldt v. Posten Meddelande AB*) од 5. јула 2012. године, закључивши да се старосна дискриминација не успоставља одредбама шведског Закона о заштити запослења којом је прописано да запосленом који је навршио 67 година може престати радни однос, независно од тога што ће, због дугогодишњег рада са непуним радним временом, остваривати изузетно ниску старосну пензију.

³⁹ У праву неких држава постоје и инструменти који непосредније повезују интересе младих и старијих радника, те, тако, у праву Луксембурга постоји мера, која се, истина, ретко примењује, а подразумева да је ранији одлазак старијег радника у пензију условљен захтевом да на његовом послу буде запослен млади радник. Осим тога, у италијанском и француском праву постоје посебне мере које омогућавају престанак радног односа старијег радника, како би послодавац на његовом послу запослио његовог млађег члана породице, с тим што је у Француској отворена дебата о законитости предметног решења. *European Labour Law Network, Labour law in a greying labour market: Challenges of active ageing*, 2012, стр. 64.

⁴⁰ *Ibid.*, стр. 61.

⁴¹ Ово тим пре што у друштву знања, нарочито у контексту тренда продужења животног века, многе вештине и радне способности брзо постају превазиђене, захтевајући од запослених да се стално усавршавају и похађају различите програме обуке. Послодавцима је, у том смислу,

за очување запослења старијих радника и запошљавање младих, о чему, примера ради, сведочи и нов инструмент за успостављање међугенерациске солидарности на тржишту рада Француске. Реч је о тзв. уговору генерације (*contrat de génération*), чијој би садржини више одговарали називи „међугенерациски уговор“, односно „уговор генерација“ (*contrat des générations*) или „генерациски пакт за запошљавање“ (*pacte générationnel pour l'emploi*).⁴² Увођење овог инструмента у систем француског радног права представља заокрет у односу на досадашња решења, која су поглавито подразумевала сегментацију тржишта рада и вештачко „супротстављање“ генерација младих и старих радника, кроз подстицање ових потоњих да раније напусте тржиште рада (ублажавање законских услова за одлазак у старосну пензију, охрабривање старијих радника на одлазак у превремену пензију и сл.).⁴³ Како овај приступ није дао очекиване резултате, нарочито ако се имају у виду последице дубоке економске кризе и демографских кретања, француска Влада је иницирала међугранске преговоре социјалних партнера у којима је, као могуће решење за промене у свету рада, предложено закључивање међугенерациских уговора. Поред решавања одговарајућих друштвених проблема, примена тих уговора требало би да допринесе и јачању конкурентности предузећа, јер се „повезивањем“ младих и старих радника обезбеђује међусобна размена искустава, тј. очување знања која су развијана и унапређивана у одређеној радној средини, уз истовремену трајнију интеграцију у професионални живот младих, који редовно поседују најновија технолошка знања.⁴⁴ Послодавци се, стога, подстичу да са младим радницима закључују стандардни уговор о раду и да очувају запослења старијих радника, како би им се пружила прилика да, као у случају менторског рада, пренесу своја професионална искустава и знања новим, младим радницима. Тако послодавци са мање од 300 запослених, у складу са скорашњом новелом Законика о раду, имају право на трогодишњу новчану помоћ ако ангажују за рад на неодређено време једно лице млађе од 26 година (односно лице са инвалидитетом млађе од 30 година) и, притом, очувају запослење запосленог који је старији од 57 година (односно од 55 година, ако је реч о лицу са инвалидитетом) или запосле новог радника са најмање 55 година. У случају да запошљавају између 50 и 300 запослених, ови послодавци могу остварити право на новчану помоћ само ако је положај младих и старијих радника у предузећу уређен колективним спора-

збрањено да старијим радницима ограничавају приступ овим програмима, али би, у изузетним случајевима, могли да ограниче запошљавање старијих радника на пословима за чије је обављање неопходна вишегодишња обука, тако да, по завршеној обуци, старији радник не би могао да ради довољно дуго да „оправда“ одговарајућу инвестицију.

⁴² Видети: La loi n° 2013-185 du 1er mars 2013 portant création du contrat de génération (*Journal Officiel RF* du 3 mars 2013); Décret n° 2013-222 du 15 mars 2013 relatif au contrat de génération.

⁴³ Ch. Demontès, Rapport fait au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi portant création du contrat de génération, Enregistré à la Présidence du Sénat le 30 janvier 2013, стр. 27.

⁴⁴ Ministère du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social, Projet de loi portant création du contrat de génération, Exposé des motifs.

зумом код послодавца, односно акционим планом послодавца или гранским колективним уговором који се на њега примењује.⁴⁵ Са друге стране, послодавци који запошљавају више од 300 запослених немају право на новчану помоћ, али се од њих захтева да до 30. септембра 2013. године закључе колективни споразум „Уговор о генерацији“, под претњом новчане казне. То, даље, значи да се, захваљујући социјалном дијалогу, међугенерациски уговор прилагођава свакој радној средини и да је социјалним партнерима препуштено да, у поступку колективног преговарања, одреде начине његове примене. Начин примене међугенерациског уговора, дакле, пресудно зависи од величине послодавца, тако да се међугенерациска солидарност запослених код великих послодаваца обезбеђује на основу колективног споразума, а, у случају непостајања услова за закључење споразума, на основу послодавчевог акционог плана.⁴⁶ Са друге стране, код послодавца са мање од 50 запослених као основ за обезбеђивање међугенерациске солидарности могу се појавити: а) „индивидуални“ уговор који послодавац закључује са једним старијим радником и једним младим радником којег ангажује на неодређено време („индивидуализована схема професионалне сигурности у предузећу“); б) колективни споразум представника запослених и послодавца.⁴⁷ У литератури се, с правом, указује на сложеност примене меродавних законских одредаба, као и на неизвесност која прати финансирање и делотворну примену међугенерациских уговора у пракси. Притом се чини да ће успех одговарајућих мера у конкретним радним срединама битно зависити од социјалних партнера. Ово нарочито стога што је њима препуштено уређивање читавог низа питања, укључујући услове за очување посла старијег радника, уз деликатна питања опстанка запослења у случају да код послодавца постоји тзв. вишак запослених или постоје оправдани разлози за отказ уговора о раду који се тичу способности и понашања запосленог.⁴⁸

⁴⁵ Code du travail, члан L5121-8.

⁴⁶ Code du travail, члан L5121-9. Овим споразумима би, прецизније, требало уредити стратегију запошљавања младих (ангажовање приправника, стручно усавршавање младих радника, начини њиховог укључивања у предузеће и сл.) и старих радника (уважавање последица које старење производи у односу на радне способности запослених и одговарајућа прилагођавања услова рада, утврђивање различитих начина за напуштање предузећа и сл.), као и међусобан пренос знања и вештина у оквиру предузећа (нпр. одређивање ментора младим радницима и сачињавањем плана стручног усавршавања запослених).

⁴⁷ Послодавци који запошљавају мање од 50 запослених могу остварити право на новчану помоћ само ако у последњих шест месеци, због економских разлога, нису отпустили запосленог са посла за који се запошљава нови радник.

⁴⁸ J.-P. Laborde, „Young versus old or intergenerational solidarity“ у: European Labour Law Network, *Labour law in a greying labour market: Challenges of active ageing*, 2012, стр. 96. Лаборд чак верује да ће примена међугенерациског уговора утицати највероватније само на смањење незапослености младих и то, штавише, само маргинално, посебно што се примена меродавних законских одредаба не чини једноставном.

Закључак

И поред разлика у броју старијих радника у европским државама, као заједничко обележје лица из ове старосне групе може се уочити њихово настојање да што раније остваре право на старосну пензију. На такву одлуку пресудно утичу лични разлози (слабо здравствено стање, породичне обавезе и сл.), стање у одређеној радној средини, као и финансијски и други подстицаји за пензионисање. Ово, тим пре, што су у време кризе, због уверења да ће се на тај начин допринети запошљавању младих радника, старији радници редовно били подстицани на превремени или рани одлазак у старосну пензију. Скорашње промене у свету рада, као и актуелна демографска кретања претпостављају, међутим, продужење тзв. радног века, превасходно, у циљу обезбеђивања финансијске равнотеже и одрживости система социјалне сигурности. То утиче на појаву новог приступа задатку обезбеђивања међугенерациске правде и солидарности. Он почива на поставци да различите генерације, због своје међузависности, имају пре заједничке, него конкурентске интересе, због чега и повољности које остварује једна генерација не морају нужно бити обезбеђене на терет осталих. Прихватање ове поставке има за последицу то да се у многим европским државама укидају подстицаји за рани одлазак у пензију (осим за запослене који раде на физички захтевним пословима), уводе порески подстицаји за запошљавање старијих радника, предузимају законске и друге мере за укидање старосне дискриминације (у ужем смислу), постепено поштравају услови за одлазак у старосну пензију, те обезбеђују програми обуке и стручног усавршавања који су посебно намењени старијим радницима. Са друге стране, неке европске државе, уместо мера које су усмерене превасходно или искључиво на запошљавање само старијих радника или само младих радника, уводе нове инструменте, који треба да омогуће истовремено повећање стопе запослености и старих и младих радника, попут међугенерациског уговора у француском праву.

Премда су грађани Републике Србије међу најстаријима у свету, са тенденцијом прогресивнијег пораста броја старих,⁴⁹ у нашој држави, питање обезбеђивања међугенерациске солидарности и запошљавања старијих лица није целовито размотрено и уређено, уз изузетак иницијатива које су учињене у области социјалне политике (Национална стратегија о старењу 2006–2015, Национална стратегија запошљавања 2011–2020). Стога би реформа система запошљавања и радних односа требало да обухвати и питање ангажовања старијих радника, посебно за рад код куће, рад на даљину и рад са непуним

⁴⁹ Видети: Б. Радивојевић, „Демографски изазов за социјалне реформе“, у: Д. Вуковић, Н. Перишић, *Ризици и изазови социјалних реформи*, Факултет политичких наука Универзитета у Београду, Београд, 2012, стр. 65–78.

радним временом. На то се надовезује и потреба за ограничавањем ноћног и прековременог рада старијих радника (рад само уз њихову писану сагласност), признавањем права на додатне дане годишњег одмора, посебну заштиту у погледу безбедности и здравља на раду, као и посебну заштиту приликом отказа уговора о раду. Чини се да, без ових и других мера усмерених на побољшање услова рада старијих радника, ни промене у социјалном законодавству, нарочито у делу који се тиче поштравања услова за остваривање права на старосну пензију, не могу дати жељене резултате.⁵⁰ Притом се не сме губити из вида опасност да се подстицање старијих лица да буду активнија може разумети и као позив за сужавање њихове заштите у оквиру система пензијског осигурања и осигурања за случај незапослености. Такво тумачење чини се неприхватљивим, због чега је приликом спровођења реформи пензијског система, система запошљавања и система радних односа неопходно узети у обзир потребе свих група старијих лица, укључујући многобројну групу оних од којих није реално очекивати да раде и након 65. године, као и лица која нису у прилици да остваре довољна социјална давања (нпр. због дугорочне незапослености, болести, дискриминације или прекида у каријери због породичних обавеза). Истовремено, у нашем систему запошљавања и радних односа постоји потреба за отклањањем препрека које отежавају запошљавање младих и размену искустава и знања између радника различитих генерација. Стога је неопходно усмерити развој образовних програма и обуке у правцу њиховог усаглашавања са стварним потребама на тржишту рада и олакшавања преласка младих у свет рада.⁵¹ Овим мерама требало би придодати и посебне подстицаје за запошљавање младих који се налазе у нарочито неповољној ситуацији, као и мере усмерене на спречавање злоупотреба приправничког рада и стручног оспособљавања младих радника, те уклањање њихове дискриминације у остваривању права на зараду и других права из радног односа.⁵²

⁵⁰ European Labour Law Network, *Labour law in a greying labour market: Challenges of active ageing*, 2012, стр. 61–62.

⁵¹ Resolution and conclusions of the 101st Session of the International Labour Conference „The youth employment crisis: A call for action“, Geneva, 2012.

⁵² *Ibid.*

Ljubinka KOVAČEVIĆ, Ph.D.

Assistant Professor, University of Belgrade Faculty of Law

LEGAL INSTRUMENTS THAT GUARANTEE INTERGENERATIONAL SOLIDARITY IN THE LABOUR MARKET

Summary

World is facing a demographic challenge consisted of increasing life expectancy, declining fertility rates and ageing of population. This demographic development is accompanied with a need to stimulate active ageing in many fields, including employment. At the other hand, youth unemployment has soared during the recession. For this reason, international organizations (the UN, the CoE, the EU) highlight the importance of the intergenerational solidarity in setting the future policy agenda, while labour and social legislation tends to provide measures in order to assure equitable access to job markets, to develop incentives for older workers to remain available for work, to prohibit age discrimination in employment and to provide effective remedies for the victims of this form of discrimination. The author discusses key legal instruments that guarantee intergenerational solidarity in the labour market, with a special view to the question of discrimination based on the age with regard to the access to employment and termination of employment. Also, she analyzes contractual arrangements which are in favour both of younger and of older workers, like 'contrat de génération' in France. It is concluded that differences in treatment in connection with age can be justified if age constitutes a genuine occupational requirement or a reason for positive action. Indirect discrimination can be, also, justified by a legitimate aim (better distribution of work between generations or other employment policy objectives), if the means for achieving that aim are appropriate and necessary. The author concludes that measures that encourage active ageing should not be interpreted as a substitute for social security systems.

Keywords: *solidarity; active ageing; young workers; discrimination; access to employment; termination of employment; contrat de génération.*

TRAGANJE ZA OPTIMALNIM ODNOSOM ZAKONSKE I AUTONOMNE REGULATIVE U RADNOM ZAKONODAVSTVU

Darko Marinković*
Vladimir Marinković**

***Apstrakt:** Prateći tok nastanka i razvoja radnog prava i u tom kontekstu odnosa zakonske i autonomne regulative može se zaključiti da je to „par exelance“ moralno pitanje. To potvrđuje i istorijska činjenica da je radno i socijalno zakonodavstvo u danas ekonomski i tehnološki razvijenim, demokratskim zemljama Evrope počelo da se uspostavlja tek onda kada je uspostavljena relativna ravnoteža snaga sveta rada i sveta kapitala. Međutim, na uspostavljanje ove relativne ravnoteže snaga uticala je i društvene praksa, odnosno porast svesti o visokoj ceni industrijskih i socijalnih konflikata i činjenici da konflikti nanose štetu svim akterima industrijskih odnosa i nacionalnoj ekonomiji i društvu u celini i da je zato zajednički ineteres svih socijalnih partnera da na miran način, kroz različite oblike dijaloga i partnerstva rešavaju sporna pitanja. Temelj tih novih odnosa je činjenica da akteri industrijskih odnosa, pored različitih imaju i zajedničke interese, a to je ekonomski i tehnološki razvoj i održivost preduzeća na tržištu, a za to je neophodan trajan i stabilan industrijski i socijalni mir.*

***Ključne reči:** radno pravo, socijalno pravo, zakonska regulativa, autonomna regulativa, socijalna demokratija, društvena kriza, socijalni dijalog, kolektivno pregovaranje.*

Uvodne napomene

Sva aktuelna društvena zbivanja neizbežno se moraju posmatrati kroz prizmu krize, koja više od pola decenije pogađa savremeni svet. Ovu neophodnost određuje veći broj činilaca, među kojima posebnu pažnju zaslužuju sledeći. Pre svega, kriza je stvarnost savremenog sveta, nepovoljni i ograničavajući zbir parametara, koji se moraju uzeti u obzir prilikom donošenja bilo koje individualne ili društvene odluke.

* „Мегатренд“ Универзитет, Београд.

** Висока струковна школа за предузетништво, Београд.

Drugi razlog, ili tačnije rečeno grupa razloga proističe iz činjenice da je ova kriza otvrdila neke zajedničke karakteristike svih prethodnih kriza, pri čemu su posledice krize većeg intenziteta, dugotrajnije u odnosu na prethodne krize kapitalističkog načina proizvodnje. Pre svega, kriza je kao i sve prethodne krize, najpre i najviše pogodila nerazvijene zemlje i najsiromašnije društvene klase. To se, naravno, odnosi i na neuspešne zemlje tranzicije, u koje, na žalost, spada i Srbija, ali i većina zemalja u okruženju. Izuzetno visoka, za mnoge egzistencijalno neizdržljiva cena tranzicije, dodatno komplikuje stanje u društvu, utoliko što predstavlja izvor konstantno rastućih industrijskih i socijalnih konflikata, koji neracionalno troše ionako ograničene materijalne i ljudske resurse i održavaju trajno stanje političke i socijalne nestabilnosti i neizvesnosti.¹

Aktuelna kriza je potvrdila još jednu zakonitost, a to je globalni karakter krize. Pored toga, pokazalo se da kriza nije i ne može nikada biti samo ekonomska, već je istovremeno i socijalna, moralna, pravna, a to u krajnjoj liniji znači i politička. Iz toga proističe da se uspešno suprotstavljanje posledicama krize mora istovremeno i koordinirano voditi na svim poljima – političkom, ekonomskom, socijalnom i moralnom. To znači da je trajni izlazak iz krize i stajanje na put stabilnog ekonomskog i tehnološkog razvoja i na tome zasnovanog kvaliteta života moguće samo zajedničkim naporima sva tri socijalna partnera – države, poslodavaca i sindikata.

Drugim rečima, svim zemljama tranzicije, uključujući i Srbiju, preko je potrebno uspostavljanje trajnog i stabilnog industrijskog i socijalnog mira, kao prvog koraka ka postizanju socijalnog koncenzusa o putevima i socijalnoj ceni izlaska iz krize i koncentrisanja svih raspoloživih resursa na realizaciju ciljeva neophodnih društvenih reformi.

Praksa je, kroz celokupnu istoriju industrijskih odnosa, kao i kroz praksu savremenog doba potvrdila da je put ka uspostavljanju efikasnih pravnih i društvenih instrumenata i prakse socijalnog mira izuzetno složen, dugotrajan, protivurečan i konfliktan. U tom složenom, protivurečnom, dugotrajnom društvenom procesu nastajalo je i radno pravo, kao i dve njegove komponente – zakoni i autonomna regulativa. Međutim, obe pomenute komponente radnog prava imaju zajednički izvor – svest sva tri socijalna partnera o zajedničkim interesima, odgovornost i odgovarajuće kapacitete za definisanje i ostvarivanje tih zajedničkih interesa. Pored toga, tek uspostavljanjem optimalnog odnosa zakonske i autonomne regulative uspostavljaju se trajni i stabilni temelji socijalne demokratije. Može se slobodno reći da uspostavljanjem odnosa funkcionalne povezanosti i međuzavisnosti zakonske i autonomne regulative, industrijska i socijalna demokratija definitivno ulaze u novu, višu i zahtevniju fazu.

Ako se proces uspostavljanja autonomne i zakonske regulative posmatra u vremenskoj dimenziji, onda se može uočiti da se u ovim odnosima i dinamičnim promenama koje su se na tom planu dešavale odlikavaju sve ključne karakteristike,

¹ Stajić, D. „Tegobna tranzicija“, Institut za političke studije, Beograd, 2006.

problemi i otvorena pitanja industrijskih odnosa, tako da se i danas u odnosima autonomne i zakonske regulative, kao u nekom ogledalu odslikava realno stanje odnosa sindikata, poslodavca i države. U tom kontekstu treba posmatrati i proces nastanka i razvoja autonomne i zakonske regulative u zemljama tranzicije, uključujući i Srbiju. Ako se pri tome, porede proces uspostavljanja i razvoja autonomne i zakonske regulative u razvijenim demokratskim zemljama Evrope i u zemljama tranzicije, onda se dolazi do zaključka da ovaj proces u zemljama tranzicije u mnogome podseća na važnost pedagoškog načela „utvrđivanja pređenog građiva“, odnosno neophodnost stalnog vraćanja na temeljne vrednosti demokratskih industrijskih odnosa, odnosno prepoznavanja tih osnovnih i trajnih vrednosti u novim pojavnim oblicima.²

Zakonska i autonomna regulativa – istorijsko kretanje i savremeno doba

U proučavanju i razumevanju istorijskog toka i aktuelne stvarnosti odnosa zakonske i autonomne regulative, na pojavnij ravnij se potvrđuje onovanost latinske mudrosti, koja kaže: „Historia magistra vita est“. Naime, razumevanje prirode i karaktera odnosa zakonske i autonomne regulative u savremenom dobu, zahteva kao preduslov razumevanje istorijskog toka ovog procesa i funkcionalne povezanosti i međuzavisnosti tog istorijskog procesa i aktuelnog stanja. Ta povezanost i međuzavisnost uslovljena je činjenicom da su se zakonska i autonomna regulativa uspostavljale u jednom, zajedničkom procesu, u istim društvenim okolnostima, kao i time da su zakonska i autonomna regulativa jedinstvena tekovina sindikalne borbe i jedan od temelja industrijskog i socijalnog mira u danas razvijenim, demokratskim zemljama Evrope i sveta. Naime, tek razumevanjem ovog složenog, kofliktnog i protivurečnog društvenog procesa mogu se uočiti neki zajednički imenitelji, neke trajne civilizacijske vrednosti, koje su temelj socijalne demokratije od njenih prvih koraka do savremenog doba, pri čemu se te trajne vrednosti u različitim periodima istorije savremenih, kapitalističkih građanskih društava, u različitim društvenim okolnostima, javljaju u različitim pojavnim oblicima.

U tom kontekstu treba tragati i za odgovorom na pitanje, redosleda nastanka zakonske i autonomne regulative. Istorijske činjenice, odnosno specifični tok nastanka i razvoja demokratskih industrijskih odnosa u pojedinim zemljama, nudi veliko šarenilo, odnosno velike razlike na tom planu, što traganje za odgovorom na ovo pitanje istovremeno i otežava i olakšava. Naime, ako se odgovor na pitanje o redosledu uspostavljanja zakonske i autonomne regulative traži u širem društvenom i istorijskom kontekstu, onda pitanje redosleda nastanka zakonske i autonomne regulative sve više postaje nalik poznatom zamka pitanju: „Da li je starija kokoška ili jaje“. Jedan broj teoretičara, pre svega iz oblasti radnog i socijalnog prava, kao

² Marinković, D. „Svet rada stari izazovi u novom dobu“, Visoka strukovna škola za preduzetništvo, Beograd, 2012.

i drugih disciplina, koje se sa svog aspekta bave ovim pitanjima, zastupa stav da je posmatrano kroz vremensku dimenziju prvo nastajala zakonska regulativa, a tek potom autonomna regulativa (kolektivni ugovori, socijalni paktovi, sporazumi i sl.). To, u krajnjoj liniji, jeste tačno za određeni broj zemalja. U savremenom dobu, takav redosled događanja, sa stanovišta uspostavljanja zakonske i autonomne regulative, bio je karakterističan za većinu zemalja tranzicije u centralnoj i jugoistočnoj Evropi. Može se reći da je to bilo jedno od bitnih obeležja procesa tranzicije, ne samo u oblasti industrijskih odnosa, već ukupnih političkih, ekonomskih i socijalnih reformi koje podrazumeva tranzicija.³

To je u velikoj meri uslovlila sama priroda procesa tranzicije, koji je na početku imao samo generalne, uopštene odrednice ciljeva tranzicije – po ugledu na ekonomski i tehnološki razvijene, demokratske zemlje Zapadne Evrope. Te, opšte odrednice su bile: privatna svojina, tržišna privreda, odnosno tržišna utakmica, višestranačka parlamentarna demokratija i ljudske slobode i prava. Naravno, nije postojao (niti je to objektivno bilo moguće) jasno trasiran, ekonomski, socijalno i moralno najcelishodniji i najefikasniji put ka ostvarivanju ovih ciljeva, odnosno izgradnje novog društvenog poretka na navedenim temeljima. Jedan od ključnih orijentira u tom složenom procesu tranzicije, odnosno kompleksa društvenih reformi koje tranzicija podrazumeva, bila je praksa, odnosno iskusto razvijениh kapitalističkih zemalja. U tom kontekstu, zemlje tranzicije su preuzimale, odnosno neretko direktno prepisivale zakone ovih zemalja, sa prihvatljivim društvenim ciljem, da definišu pravni okvir novog društvenog poretka, uključujući tu i novo radno i socijalno zakonodavstvo. Praksa je vrlo brzo pokazala da to jeste važno, ali da nije dovoljno.

Ključna razlika, bar na formalno-pravnom planu postoji između zemalja sa kodifikovanim i zemalja sa nekodifikovanim radnim i socijalnim zakonodavstvom. Naime, jedan broj zemalja (Nemačka, Švedska, Danska, Francuska) ima kodifikovano, celovito, sistematizovano radno i socijalno zakonodavstvo. Ove zemlje očigledno pridaju veliki značaj celovitom pravnom regulisanju radnih i socijalnih prava i pitanjima odnosa socijalnih partnera – države, poslodavaca i sindikata. Takvo radno i socijalno zakonodavstvo je temelj autonomne regulative, sa kojom čini integralnu celinu radnog i socijalnog zakonodavstva, a na tome se zasnivaju institucije i praksa socijalne demokratije, odnosno trajnog i stabilnog socijalnog mira.

S druge strane, postoje zemlje u kojima radno i socijalno zakonodavstvo, ne samo da nije kodifikovano, već je u formalno-pravnom smislu daleko ograničeniije, odnosno u kojima je stepen formalno-pravne zaštite radnih i socijalnih prava na daleko nižem nivou nego u zemljama sa kodifikovanim, celovitim, sistematskim radnim i socijalnim zakonodavstvom. Dobar primer za to su npr. SAD ili Velika Britanija, koja je, inače prva zemlja kapitalizma i klevka demokratskog radničkog i sindikalnog pokreta. I pored toga što se koncept radnog i socijalnog zakonodavstva

³ Kohl, H. :Social dialogue, workerst rights and freedom of association in the Western Balkans – a survey after the first round of empirical research“ SEER 2/2009 ETUI Brussels, 2009.

suštinski razlikuje u odnosu na radno i socijalno zakonodavstvo npr. Nemačke, u Velikoj Britaniji je izuzetno razvijen sistem kolektivnog pregovaranja i kolektivnih ugovora, koji čine temelj socijalne demokratije i u svim savremenim demokratskim društvima osnovni dokument autonomne regulative. Iz ovog poređenja, na samoj pojavnj ravnj, može se izvući jedan veoma važan zaključak - da stanje zakonske i autonomne regulative ne moraju biti u direktnoj srazmeri. Naime, autonomna regulativa može biti veoma razvijena i igrati izuzetno važnu ulogu i u slučajevima kada zakonska regulativa nije u tolikoj meri razvijena. To znači, da zakonska i autonomna regulativa mogu imati jednaku društvenu moć, odnosno činjenica da iza zakonske regulative stoji sila državnog aparata, ne znači automatski veću snagu zakonske regulative. Iz toga proističe jedno od ključnih pitanja demokratskih industrijskih odnosa, odnosno industrijskog i socijalnog mira – uspostavljanje optimalnog odnosa zakonske i autonomne regulative.

Poredeći različite koncepcije i praksu odnosa autonomne i zakonske regulative dolazi se do zaključka da taj odnos može biti simetričan i asimetričan, kao i da je taj odnos rezultat različitih društvenih okolnosti u kojima je uspostavljan. Isto tako, odnos autonomne i zakonske regulative pradžavlja i pokazatelj odnosa društvene moći aktera industrijskih odnosa – sindikata, poslodavaca i države.⁴ Naravno, postoji i mogućnost da ta simetrija zakonske i autonomne regulative bude formalna i maskirana stvarno stanje industrijskih odnosa i distribucije društvene moći među akterima ovih odnosa. Takav stav potvrđuje iskustvo jednog broja zemalja tranzicije, među koje spada i Srbija. Naime, u ovim zemljama sindikati su insistirali da se u procesu definisanja zakonske i autonomne regulative naglasak stavi na zakonsku regulativu, odnosno da se sva ključna pitanja industrijskih odnosa regulišu zakonom. Time su, što je društvena praksa potvrdila, sindikati nastojali da pravnom regulativom, prikriju, odnosno nadomeste svoju u celini malu društvenu moć, koja je posledica ostajanja na prevaziđenom konceptu sindikalnog organizovanja i delovanja iz prethodnog sistema. Međutim, praksa je vrlo brzo pokazala da to jednostavno nije moguće. Tako su donošeni, odnosno tačnije rečeno preuzimani u osnovi dobri zakoni razvijenih, demokratskih zemalja Evrope, ali socijalni akteri nisu imali neophodne obrazovne, stručne, organizacione, moralne i druge kapacitete da te zakone sprovedu u praksi. Na taj način su zakoni kršeni, čime je bitno ugrožavano načelo vladavine prava, nastajao u praksi dobro poznati “raskorak između normativnog i stvarnog”, a to znači da su zakoni ostajali mrtvo slovo na papiru. To se neizbežno, po principu povratne sprege, nepovoljno odrazilo i na sam proces donošenja novih zakona, a rečiti primer za to je činjenica da proces priprema novog zakona o štrajku traje već nekoliko godina, pri čemu uopšte nije uzeta u obzir činjenica da jedan broj eksperata iz ove oblasti osporava potrebu donošenja ovakvog zakona, ističući argument, koji je potvrdila društvena praksa, da je svaki zakon o štrajku po svojoj suštini represivan i u krajnjoj liniji ograničava pravo na štrajk.

⁴ Kulić, Ž. „Industrijski odnosi“, „Megatrend“ Univerzitet, Beograd, 2005.

Složen, protivurečan karakter odnosa zakonske i autonomne regulative potvrdio je i proces uspostavljanja pravnih okvira, instrumenata i prakse socijalnog dijaloga u Srbiji. Naime, posle 5. oktobra 2000. godine započeo je proces političkih ekonomskih i socijalnih reformi. U tom okviru, kao sastavni deo širih reformskih procesa, odigravale su se i promene na planu industrijskih odnosa, u svim aspektima – definisanja novog pravnog okvira, novih instrumenata i prakse socijalne demokratije. Sastavni deo ovog procesa, koji je bio protivurečan i konfliktan, kao i tranzicija u Srbiji u celini, bilo je uspostavljanje pravnog okvira i instrumenata socijalnog dijaloga u Srbiji, pre svega na nacionalnom nivou. Pre svega, mora se imati u vidu da se celokupni proces uspostavljanja instrumenata i prakse socijalnog dijaloga odvijao u veoma nepovoljnim uslovima - siromaštva, dugogodišnje ekonomske i socijalne krize, koja je najpre i najviše pogodila pripadnike sveta rada, visoke nezaposlenosti, socijalne nesigurnosti, ograničavanja slobode sindikalnog organizovanja i drugih negativnih, ograničavajućih činilaca nasleđenih iz prethodnog perioda. Proces tranzicije u Srbiji, koji je faktički započeo posle 5. oktobra 2000, bio je dominantno konfliktan, što je uslovlilo da se veliki deo društvene energije troši na društvene konflikte, pre svega one izrazito radikalne, kao što su štrajkovi, demonstracije i sl. To je objektivno umanjivalo ukupne društvene kapacitete za uspešno, efikasno realizovanje ekonomskih i društvenih reformi, po ekonomski i socijalno prihvatljivijoj ceni, a takođe neizbežno otežavalo proces uspostavljanja pravnih okvira, mehanizama i prakse socijalnog dijaloga.⁵

Međutim, činjenice su svakodnevno upozoravale aktere industrijskih odnosa na pogubne posledice industrijskih i socijalnih konflikata, potvrđujući da konflikti neracionalno troše ukupni raspoloživi fond društvene energije, i imaju izuzetno visoku ekonomsku, političku i socijalnu cenu. U tom pogledu u procesu tranzicije ispoljila se jasna, na pojavnoj ravni uočljiva linija razdvajanja između uspešnih i neuspešnih zemalja tranzicije. Naime, najveće uspehe u procesu tranzicije postigle su one zemlje koje su na startu postigle nacionalni socijalni konsenzus o ciljevima, putevima ostvarivanja i socijalnoj ceni tranzicije. U tim zemljama socijalna cena tranzicije bila je najniža, odnosno socijalno najprihvatljivija. U onim zemljama u kojima taj socijalni konsenzus nije postignut (u te zemlje spada i Srbija) socijalna cena tranzicije je bila izuzetno visoka, za većinu propadnika sveta rada socijalno neizdržljiva, što je neizbežno bilo detonator najradikalnijih vidova industrijskih i socijalnih konflikata.

Sve je to uticalo i na aktere industrijskih odnosa u Srbiji da konačno otvore proces uspostavljanja instrumenata i prakse socijalnog partnerstva. U tom kontekstu, posebno je bio karakterističan proces uspostavljanja prvog Socijalno ekonomskog saveta Srbije. Logično je i očekivano da je proces uspostavljanja prvog Socijalno ekonomskog saveta na nacionalnom nivou u Srbiji tekao pod uticajem iskustava i prakse razvijenih, demokratskih zemalja Evrope i uspešnih zemalja tranzicije, jer

⁵ “Kraj privatizacije i početak tranzicije“, Zbornik sa istoimenog naučnog skupa, Redaktor Božo Drašković, Institut ekonomskih nauka, Beograd, 2010.

jednostavno u Srbiji nije bilo nikakvih prethodnih iskustava na tom planu. Na samom početku ovog procesa, akteri socijalnog dijaloga i budući učesnici u radu Socijalno ekonomskog saveta saglasili su se da se osnivanje, sadržaj, unutrašnja organizacija i način rada, kao i sva druga pitanja od značaja za rad ovog tripartitnog tela regulišu Sporazumom o osnivanju. Naravno u ovom procesu bilo je i različitih stavova o delokrugu rada, odnosno pitanjima kojima treba da se bavi Socijalno ekonomski savet, načinu usvajanja stavova o ovim pitanjima, obezbeđivanju materijalno-tehničkih i finansijskih uslova za rad Saveta i sl.⁶ Međutim, pri tome je od izuzetnog značaja činjenica da je sve to postignuto konsenzusom svih aktera koji je izražen u Sporazumu o osnivanju i delokrugu rada Socijalno ekonomskog saveta. Takav način osnivanja Socijalno ekonomskog saveta kompatibilan je sa samom suštinom ove institucije, koja je tripartitni organ, sastavljen od predstavnika sindikata, poslodavačkih organizacija i države u kome se odluke i stavovi donose konsenzusom. Tu se, naravno ne radi o formalnoj strani procesa odlučivanja, već o samoj suštini socijalnog dijaloga, koji se uspostavlja i vodi sa ciljem da akteri industrijskih odnosa suoče svoje različite interese i poglede na određena pitanja i postignu saglasnost o tim pitanjima, odnosno o zajedničkim interesima koja u Socijalno ekonomskom savetu treba da se izgrađuju.⁷

Međutim, i pored toga što je Socijalno ekonomski savet osnovan konsenzusom socijalnih partnera koji su ušli u njegov sastav, kao što je konsenzusom usvojen i osnovni dokument o njegovom osnivanju i radu, konsenzus nije bio ključna odrednica funkcionisanja Socijalno ekonomskog saveta. Naprotiv, rad Socijalno ekonomskog saveta bio je u velikoj meri konfliktan, a praksa je pokazala da je bilo mnogo teže postići konsenzus među socijalnim partnerima o pitanjima koja su bila predmet rada Socijalno ekonomskog saveta. Drugim rečima, bilo je mnogo lakše složiti se oko toga da je svim socijalnim partnerima u interesu da se osnuje i deluje Socijalno ekonomski savet, dok je bilo mnogo teže a u znatnom broju pitanja i nemoguće postići konsenzus o pitanjima koja su zalazila u direktne materijalne interese aktera socijalnog dijaloga. Iz celokupnog toka rada Socijalno ekonomskog saveta, na osnovu zapisnika i drugih izvora dokumentacije, proističe da usvajanje odluke o osnivanju Socijalno ekonomskog saveta konsenzusom socijalnih partnera nije bilo dovoljno da obezbedi i efikasan rad Socijalno ekonomskog saveta i donošenje svih drugih značajnih odluka konsenzusom.

Čitav niz nepovoljnih činilaca (negativno nasleđe nasilno prekidane i odlagane tranzicije, visoka i stalno rastuća stopa nezaposlenosti, siromaštvo, socijalna nesigurnost, u celini mala društvena moć sindikata, nespremnost političkih vlasti i poslodavaca da sa sindikatima uđu u proces socijalnog partnerstva) nepovoljno su delovali na tok uspostavljanja socijalnog dijaloga, odnosno efikasno funkcionisanje Socijalno ekonomskog saveta. Naravno, takvo stanje nerazvijenog socijalnog dijaloga i drugih oblika socijalnog partnerstva, najpre i najviše pogađa radnike i radničke

⁶ Dokumentacija Socijalno ekonomskog saveta Srbije.

⁷ Milenković, T. „Putevi i stranputice socijalnog dijaloga“, „Radnička štampa“, Beograd, 2010.

sindikate, jer je sindikat po prirodi svog položaja od svih socijalnih partnera najviše zainteresovan za uspostavljanje instrumenata i prakse socijalnog dijaloga. To je u velikoj meri uticalo na stalno prisutan zahtev sindikata da se pitanja osnivanja, delokruga i načina rada Socijalno ekonomskog saveta regulišu zakonom. To je, inače stalno prisutan stav sindikata u Srbiji da se sva ključna pitanja industrijskih odnosa regulišu zakonom, što proističe iz uverenja da će sila zakona pozitivno uticati na stanje industrijskih odnosa i zaštitu prava i interesa sindikata i uspešnije ostvarivanje njegove društvene uloge i funkcija. Ne sporeći značaj zakonske regulative u ovoj oblasti, praksa je potvrdila da je insistiranje na zakonskom regulisanju svih pitanja iz oblasti industrijskih odnosa u velikoj meri bilo izraz nastojanja sindikata da svoju u celini malu društvenu moć, uslovljenu dominantno tradicionalnim, necelishodnim i nedemokratskim modelom organizovanja, podelama i sukobima između sindikata, i drugim činiocima subjektivne prirode, prikrije, odnosno nadoknadi zakonskom regulativom. Naravno, tako nešto nije moguće. To je na najbolji način potvrdila društvena praksa činjenicom da se stanje socijalnog dijaloga nije ni malo poboljšalo posle donošenja Zakona o Socijalno ekonomskom savetu Republike Srbije. (Zakon o Socijalno ekonomskom savetu usvojen je 2004. godine). Naprotiv, prisutno je rastuće nezadovoljstvo sindikata radom Socijalno ekonomskog saveta Republike Srbije, sindikati i poslodavačke organizacije koje su uključene u rad Socijalno ekonomskog saveta nastoje da zadrže svoje monopolske pozicije, argumentovano se osporava reprezentativnost UGS „Nezavisnost“, drugim sindikatima je onemogućeno da dokažu svoju reprezentativnost i da se na bilo koji način uključe u rad Socijalno ekonomskog saveta, socijalno ekonomski saveti u lokalnim zajednicama formirani su samo u oko 15 % opština i gradova i sl. U izuzetno teškim ekonomskim i socijalnim okolnostima u kojima je delovanje Socijalno ekonomskog saveta, odnosno funkcionisanje socijalnog dijaloga od neprocenjivog značaja, rad Socijalno ekonomskog saveta je mesecima blokiran, a svi relevantni društveni akteri o njegovom radu imaju negativnu ocenu. To potvrđuju i brojna istraživanja „Sindikalnog barometra“⁸ u proteklim godinama, u kojima ispitanici imaju negativan stav o radu Socijalno ekonomskog saveta i funkcionisanju socijalnog dijaloga u celini.

Odgovor na ovo pitanje nalazi se u analizi kretanja i razvoja sindikata u istoriji i u savremenom dobu, u funkciji prepoznavanja trajnih vrednosti i izvora snage, na kojima se od prvih koraka i danas temelji snaga sindikalno organizovanih radnika.⁹ Istorija industrijskih odnosa je u dužem periodu dominantno konfliktna i karakterišu je najradikalniji oblici industrijskih i socijalnih konflikata kao što su štrajkovi, javni protesti, velika obespravljenost radnika i apsolutna premoć kapitalističke klase. Situacija počinje suštinski da se menja onda kada radnici počinju da se sindikalno organizuju i kada na temeljima tog sindikalnog organizovanja počinje da raste nji-

⁸ Mihailović, S., Ivanić, G., Stojiljković, Z. „Sindikalni barometar“, 2003, 2005, 2007, UGS „Nezavisnost“, Beograd.

⁹ Hase, R., Šnajder, H., Vajgelt, K. „Leksikon socijalne tržišne privrede“, Fondacija Konrad Adenauer, Beograd, 2005.

hova društvena moć. Tek su sindikalno organizovani radnici uspeli da „nateraju“ vlasnike kapitala i državu da sednu za pregovarački sto i u procesu pregovaranja, odnosno argumentovanog suočavanja, različitih, definišu svoje zajedničke interese. Drugim rečima, tek onda kada je počela da se uspostavlja relativna ravnoteža snaga sveta rada i sveta kapitala, započeo je proces uspostavljanja mehanizama i prakse socijalnog partnerstva i mira (kolektivno pregovaranje, socijalni dijalog, pravo zaposlenih na informisanje, konsultovanje i saodlučivanje i sl.). Relativna ravnoteža društvene moći i danas je temelj socijalne demokratije, humanog radnog i socijalnog zakonodavstva i u tom kontekstu uspostavljanja optimalnog odnosa između zakonske i autonomne regulative. To je onaj uslov koji treba da ostvare, pre svega sindikati u Srbiji, ali i u drugim zemljama u okruženju, svesni toga da se sloboda i dostojstvo rada ne poklanja, već osvaja.

Etički aspekti odnosa autonomne i zakonske regulative

Nastanak i razvoj radnog i socijalnog prava, i u tom kontekstu zakonske i autonomne regulative, pored značaja za razvoj demokratskih industrijskih odnosa, instrumenata i prakse socijalne demokratije ima i širi naučni i društveni značaj, jer otvara nove aspekte odnosa pravnih i moralnih normi.¹⁰ Polaznu osnovu za razmatranje ovog pitanje predstavljaju opšti principi odnosa pravnih i moralnih normi. Istorijski posmatrano, po vremenskom redosledu, prvo nastaju moralne norme koje u suštini definišemo kao skup shvatanja o dobru i zlu. Tek na određenom stupenu razvoja nastaju pravne norme i država, kao organ legitimne fizičke prinude u rukama vladajuće klase. Međutim, ono što je za razmatranje ove teme od posebne važnosti jeste činjenica da moralne i zakonske norme nastavljaju svoju zajedničku egzistenciju, funkcionalno povezane i međuzavisne. Njihovu komplementarnost uslovljavaju različiti izvori moći ovih normi. Moć pravnih normi nalazi se u sili zakona, odnosno u činjenici da država donosi zakone, ali poseduje i mehanizme legitimne fizičke prinude (sudstvo, vojsku i policiju) koji žitelje države mogu naterati da se ponašaju po propisanim zakonima. Snaga moralnih normi, s druge strane nalazi se u već pomenutom razdvajanju dobra i zla. Za razliku od pravnih normi iza kojih stoji sila zakona iza moralnih normi stoje dve sankcije – jedna unutrašnja-griža savesti i jedna spoljna – osuda društvene sredine, usmerena prema onima koji krše moralne norme. Poredeći pravne i moralne norme takođe se može uočiti da su mnoge moralne istovremeno i pravne norme. To znači da je ljudsko društvo kroz funkcionalnu povezanost pravnih i moralnih normi dobilo dvostruku zaštitu pravila ponašanja i odnosa na kojima se zasniva jedno društvo, ili jedna mikro društvena zajednica. Istorija pravnih i moralnih normi, kao i savremena praksa su takođe potvrdili da pravne norme iza kojih ne stoje moralne norme odnosno koje nemaju moralno uporište nisu održive na

¹⁰ “Ekonomija i moral“, Zbornik radova sa istoimenog naučnog skupa Institut društvenih nauka, Beograd, 2008.

dugi rok. Drugim rečima, pitanje odnosa legalnosti i legitimnosti je u velikoj meri moralno pitanje.

Prateći tok nastanka i razvoja radnog prava i u tom kontekstu odnosa zakonske i autonomne regulative može se zaključiti da je to „par excellence“ moralno pitanje. To potvrđuje i istorijska činjenica da je radno i socijalno zakonodavstvo u danas ekonomski i tehnološki razvijenim, demokratskim zemljama Evrope počelo da se uspostavlja tek onda kada je uspostavljena relativna ravnoteža snaga sveta rada i sveta kapitala. Međutim, na uspostavljanje ove relativne ravnoteže snaga uticala je i društvena praksa, odnosno porast svesti o visokoj ceni industrijskih i socijalnih konflikata i činjenici da konflikti nanose štetu svim akterima industrijskih odnosa i nacionalnoj ekonomiji i društvu u celini i da je zato zajednički ineteres svih socijalnih partnera da na miran način, kroz različite oblike dijaloga i partnerstva rešavaju sporna pitanja. Temelj tih novih odnosa je činjenica da akteri industrijskih odnosa, pored različitih imaju i zajedničke interese, a to je ekonomski i tehnološki razvoj i održivost preduzeća na tržištu, a za to je neophodan trajan i stabilan industrijski i socijalni mir.¹¹

Uslov da se uspostavi taj trajni i stabilni industrijski i socijalni mir jeste da svi socijalni partneri ravnopravno i odgovorno učestvuju u procesu definisanja političkog, ekonomskog i socijalnog okruženja, što ih podstiče da zajednički unapređuju i snaže instrumente i praksu socijalnog partnerstva. U tom kontekstu treba tragati za optimalnim odnosom zakonske i autonomne regulative u radnom i socijalnom zakonodavstvu, pri čemu je jedan od ključnih orijentira u ovom traganju, moralni aspekt. Naime, iskustvo svih razvijenih zemalja potvrđuje izuzetnu važnost ravnopravnog učešća sva tri socijalna partnera u procesu definisanja radnog i socijalnog zakonodavstva. Nezadovoljavajuće stanje radnog i socijalnog zakonodavstva u Srbiji u velikoj meri je slika i posledica marginalizacije sindikata u ovom procesu, odnosno činjenice da se mnogi zakoni, posredno ili neposredno vezani za ovu oblast, donose „preko noći“, čak i bez informisanja sindikata o tome. To, drugim rečima znači da je radno i socijalno zakonodavstvo jedan od ključnih sadržaja socijalnog dijaloga, a mehanizmi i praksa socijalnog dijaloga se definišu autonomnom regulativom. Pri tome je neophodno imati u vidu da se socijalno partnerstvo zasniva na sledećim temeljima: slobodi organizovanja radnika i poslodavaca u sindikate, odnosno poslodavačke organizacije, zabrani mešanja u unutrašnju organizaciju i način rada radničkih, odnosno poslodavačkih organizacija, autonomiji volje socijalnih partnera, kao i principu „bona fide“, koji je od suštinskog značaja, jer celokupni koncept i praksa socijalnog partnerstva se zasnivaju na minimumu poverenja između socijalnih partnera. To poverenje među socijalnim partnerima bez koga nije moguć socijalni dijalog, kolektivno pregovaranje i bilo koji drugi oblik socijalnog partnerstva, nije moguće uspostavljanje socijalnog i industrijskog mira jer, kako se može živeti u miru sa onim u koga nemaš minimum poverenja, je dominantno moralna kategorija.

¹¹ Marinković, V. „Upravljanje ljudskim resursima“, „Megatrend“ Univerzitet, Beograd, 2008.

Poverenje ne može propisati ni jedan zakon, ali može izgraditi kvalitetne i trajne pravne osnove da se to poverenje uspostavlja i gradi.¹² To je najveće iskušenje sa kojim se danas suočavaju socijalni partneri u Srbiji, a u odgovoru na ovo pitanje skoncentrisana je suština i perspektiva socijalne demokratije u Srbiji.

Literatura

Dokumentacija Socijalno ekonomskog saveta Srbije.

Ekonomija i moral, Zbornik radova sa istoimenog naučnog skupa, Institut društvenih nauka, Beograd, 2008.

Hase, R., Šnajder, H., Vajgelt, K.: *Leksikon socijalne tržišne privrede*, Fondacija Konrad Adenauer, Beograd, 2005.

Kraj privatizacije i početak tranzicije, Zbornik sa istoimenog naučnog skupa, Redaktor Božo Drašković, Institut ekonomskih nauka, Beograd, 2010.

Kohl, H.: *Social dialogue, workerst rights and freedom of association in the Western Balkans – a survey after the first round of empirical research*, SEER 2/2009 ETUI Brussels, 2009.

Kulić, Ž.: *Industrijski odnosi*, Megatrend univerzitet, Beograd, 2005.

Marinković, D.: *Svet rada stari izazovi u novom dobu*, Visoka strukovna škola za preduzetništvo, Beograd, 2012.

Marinković, V.: *Upravljanje ljudskim resursima*, Megatrend univerzitet, Beograd, 2008.

Mihailović, S., Ivanić, G. Stojiljković, Z.: *Sindikalni barometar*, UGS „Nezavisnost“, Beograd, 2003.

Milenković, T.: *Putevi i stranputice socijalnog dijaloga*, Radnička štampa, Beograd, 2010.

Uvod u poslovnu etiku i korporacijsku odgovornost, Zagrebačka škola ekonomije i menadžmenta, „Mate“, Zagreb, 2008.

Stajić, D.: *Tegobna tranzicija*, Institut za političke studije, Beograd, 2006.

¹² „Uvod u poslovnu etiku i korporacijsku odgovornost“, Zagrebačka škola ekonomije i menadžmenta, „Mate“ Zagreb, 2008.

Summary

Following the course of the origin and development of labor law, and in this context, the relationship between legal and autonomous regulations, it can be concluded that it is a “par exelance” moral issue. This is confirmed by the historical fact that the labor and social legislation in, today, economically and technologically developed, democratic countries of Europe, began to be established only when the relative balance of the power of the world of work and the world of capital was established. However, the establishment of the relative balance of powers was influenced by the social practice and increase awareness of the high cost of industrial and social conflicts and the fact that conflicts are damaging to all factors of industrial relations, national economies and society as a whole, and that is why the common-interest of all social partners is to solve disputable issues in a peaceful way, through various forms of dialogue and partnership. The basis of this new relationship is the fact that factors of industrial relations, in addition to different, also have some common interests, and it is the economic and technological development and the sustainability of enterprises on the market, and this requires a permanent and stable industrial and social peace.

Key words: labor law, social law, legal regulations, autonomous regulations, social democracy, social crisis, social dialogue, collective bargaining.

КОЛЕКТИВНО ПРЕГОВАРАЊЕ У ЈАВНОМ СЕКТОРУ РЕПУБЛИКЕ МАКЕДОНИЈЕ

Проф. др Борче Давитковски*
Проф. др Тодор Каламатиев**
Асс. мр Александар Ристовски***

***Апстракт:** У овом раду се анализирају услови, законске претпоставке, као и проблеми и дилеме које произилазе из колективног преговарања у јавном сектору. Колективно преговарање у јавном сектору обухвата запослене у органима државне власти и другим државним органима, органима јединица локалне самоуправе, установама, јавним предузећима, заводима, агенцијама, фондовима и другим правним лицима која врше послове од јавног интереса. Аутори анализирају стање и предлажу практична решења за регулисање и унапређивање колективног преговарања у три посебне сфере јавног сектора, а то су: правосуђе, државни органи и локална самоуправа и здравство.*

***Кључне речи:** колективно преговарање, јавни сектор, синдикати, репрезентативност, правосудни органи, државни органи и јединице локалне самоуправе и здравствена делатност.*

Увод

Колективно преговарање представља аутономни процес регулисања радних односа између социјалних партнера. Антиципирајући квантитет и квалитет права радника који произилази из колективног преговарања, можемо констативати да колективно преговарање представља *sine qua non* у уређивању радних односа у приватном и јавном сектору.

* Редовни професор Правног факултета „Јустинијан Први“, Универзитета „Св. Кирил и Методиј“, Скопје.

** Редовни професор Правног факултета „Јустинијан Први“, Универзитета „Св. Кирил и Методиј“, Скопје.

*** Асистент Правног факултета „Јустинијан Први“, Универзитета „Св. Кирил и Методиј“, Скопје.

Експанзија, односно проширивање примене радноправних прописа на све запослене, отвара дилеме у вези са регулисањем радних односа, како радника у приватном, тако и радника у јавном сектору, односно државних службеника.

У теорији права, прави се разлика између радног права и административног права.¹ О раду државних службеника, у правној теорији, постоје више различитих гледишта.

Према једном схватању, јавно-службенички однос, по својој природи представља „класични радни однос, у којем субјекти имају иста права, из радног односа, као и друга лица у радном односу“.²

Супротно овом, постоји схватање да посао јавних службеника, излази из контура радног права.³ Радни однос, или служба јавних службеника је различита од радног односа радника у привреди. Ипак, и ова теорија не искључује у целости радноправне примесе радног односа у односу на јавне службенике, који најчешће обухвата општа питања из уређивања радних односа.

Од предложених, издвајамо једну компромисну теорију. Новија правна теорија, којој се прикључује и македонски правни систем, предвиђа да се део радног права, који се састоји од општих начела на којима се заснива радни однос, односи и на „раднике“ у оквирима државних органа, док правне норме којима се регулише посебан правни положај службеника, представља предмет уређивања административног права. Сличан (компромисан) приступ у детерминисању положаја службеника обухвата и материјално (шире) схватање службеничког односа.⁴ Према овом схватању, службенички однос интегрише „административно-правну“ и „радно-правну“ страну. Административно-правна страна службеничког односа произилази из самог вршења јавне службе, при чему службеници користе прерогативе власти и примењују ауторитативне методе. Радно-правна страна службеничког односа потенцира правне односе који се успостављају између службеника (као субординираног радника) и државе, односно јавне службе (као послодавца). Ово схватање службеничког односа није повезано са чином вршења јавне службе, односно употребљавања прерогата власти, већ обухвата остваривање права службеника која произилазе из заснованог радног односа.

Интегрални приступ у регулисању радних односа, односно легитимисање права из радних односа службеника, упућују на закључак да слобода синдикалног удруживања и право на колективно преговарање, преузети из радног права, односе се и на запослене у јавним службама.

¹ О овоме више види: Ravnić, A. *Osnove radnog prava – domaćeg, usporednog i međunarodnog*, str:192.

² Ivo Borković, *Službeničko pravo*, Zagreb, стр.20.

³ О овоме више види: A.Bernstein: *Labour Law in Switzerland*, Deventer, 1994, стр.34.

⁴ О овоме више види: М. Влатковић, Р. Брковић и Б. Урдаревић, „Службеничко Право”, Кварк Краљево, 2013.

Сличан приступ имају и међународне институције из области рада. Тако, Међународна организација рада (МОП), усвојила је више међународних конвенција и препорука којима се одређују основне слободе удруживања и права колективног преговарања.⁵ Међу њима, као фундаменталне конвенције су: Конвенција о слободи удруживања и заштите права на организовање (бр. 87) из 1948. године и Конвенција о праву на организовање и колективно преговарање (бр. 98) из 1949. године. Ипак, са аспекта колективног преговарања у јавним службама, посебан акценат стављамо на Конвенцију о радним односима (јавних служби) број 151 из 1978. године. Основни циљ ове конвенције је проширивање домета колективног преговарања на све запослене у јавним службама, будући да је Конвенција о праву на организовање и колективно преговарање број 98 рестриктивна у односу на запослене у државној администрацији.⁶ Конвенција број 151 се примењује на сва лица која су запослена у јавним органима, уколико се на њих не примењују повољније одредбе других међународних конвенција о раду.⁷ То значи да права која произилазе из Конвенције број 151 се не односе само на јавне службенике схваћене у ширем смислу, већ и на јавне службенике схваћене у ужем смислу, укључујући и запослене у класичним државним органима, односно тзв. државне службенике.

Конвенцију број 151 није ратификовала Скупштина Републике Македоније.⁸ Ратификација Конвенције број 151 ће учврстити и општи став да право на колективно преговарање не припада искључиво радницима из приватног сектора, већ да се она подједнако односи и на запослене у јавном сектору, укључујући и запослене у државној администрацији.

⁵ О овоме види: Конвенција о слободи удруживања и заштите права на организовање (бр. 87) из 1948; Конвенција о праву на организовање и колективно преговарање (бр. 98) из 1949; Конвенција о представницима радника бр. 135 из 1971; Конвенција о радним односима (јавних служби) бр. 151 из 1978; Конвенција о колективном преговарању бр. 154 из 1981; Препорука о колективном преговарању бр. 91 из 1951; Препорука о добровољном мирењу и арбитражи бр. 92 из 1951; Препорука о организацијама руралних радника бр. 149 из 1975; Препорука о радним односима (јавних служби) бр. 159 из 1978. и Препорука о колективном преговарању бр. 163 из 1981. године.

⁶ О овоме више види: Šunderić, В. „Pravo Međunarodne organizacije rada”, стр. 484, Београд, 2001.

⁷ Конвенција о радним односима (јавних служби) бр. 151 из 1978. године, члан 1, став 1.

⁸ На иницијативу синдиката представљених у Економско-социјалном савету Републике Македоније, започет је административно-технички поступак у вези са ратификацијом Конвенције бр. 151.

1. Основне карактеристике колективног преговарања у јавном сектору Републике Македоније

Колективно преговарање у Републици Македонији је регулисано са више прописа. Хијерархијски Устав Републике Македоније представља највиши правни извор којим је уређено право на колективно преговарање. Имплицитна гаранција права на колективно преговарање произилази из чињенице да оно потиче од начела слободе синдикалног удруживања. У том смислу, Устав утврђује да ради остваривања својих економских и социјалних права грађани имају право да оснивају синдикате. Синдикати могу да оснивају своје савезе и да се учлањују у међународне синдикалне организације.⁹

Основни извор који регулише систем колективног преговарања у Републици Македонији је Закон о радним односима.¹⁰ Закон о државним службеницима, изричито не уређује право на колективно преговарање. Ипак, ово право се појављује као изведено право, које произилази из слободе синдикалног удруживања. Закон о државним службеницима, прописује да државни службеници ради остваривања својих економских и социјалних права имају право да оснивају синдикате и да се учлањују у њих под условима и на начин утврђен законом.¹¹ Идентичан став заузет је и у Закону о јавним службеницима.¹²

Сагласно македонској радној легистлативи, колективни уговори се закључују на три нивоа: општи колективни уговор (на нивоу Републике), посебни колективни уговор (на нивоу грана, односно области, сагласно националној класификацији делатности) и појединачни колективни уговори на нивоу послодавца.

Синдикално чланство у Републици Македонији¹³ је фрагментирано у 43 синдикалне организације, које су регистроване у Регистратору синдиката у оквиру Министарства за рад и социјалну политику. Скоро половина од њих, односно 20 синдикалних организација, су добиле решење о репрезентативности и стичу статус репрезентативног синдиката. Највећи део од регистрова-

⁹ Устав на Република Македонија, „Службен весник на Република Македонија”, бр. 52/91, члан 37, став 1.

¹⁰ Закон за работни односи, „Службен весник на Република Македонија”, бр. 62/05.

¹¹ Закон за државни службеници, „Службен весник на Република Македонија”, бр. 59/2000, члан 26.

¹² Закон за јавни службеници, „Сл. Весник на Република Македонија”, бр. 52/2010, члан 30.

¹³ Према подацима из 2010. године, који су објављени од стране Завода за статистику Републике Македоније, укупан број запослених износи 637.855, а према Комисији за утврђивање репрезентативности у саставу МТСП укупно 119.724 радника су чланови девет највећих синдикалних конфедерација. Одатле произилази закључак да „синдикална густина“ у Републици Македонији износи 1/5, односно приближно 20 % од укупног броја запослених у приватном и јавном сектору, са тенденцијом пораста на 25%.

них синдиката су удружени у савезе на вишем нивоу. На територији Републике Македоније, постоје три синдикална савеза (конфедерације, централе), то су: Савез синдиката Републике Македоније (ССМ), Конфедерација слободних синдиката Македоније (КСС) и Унија независних и аутономних синдиката Македоније (УНАСМ). Од њих, ССМ и КСС, су стекле статус репрезентативности за територију Републике Македоније (ССМ у приватном и јавном сектору, а КСС само у јавном сектору) и оне су чланови економско-социјалног савета Републике Македоније.¹⁴

У Републици Македонији тренутно важе 2 општа и 14 посебних колективних уговора. Општи колективни уговори се закључују за приватни сектор у привреди и јавни сектор. Они се примењују непосредно и обавезни су за послодавца и раднике у приватном, односно јавном сектору.

Општи колективни уговор у јавном сектору¹⁵ (у даљем тексту ОКУ) је закључен 2008. године, између КСС и Министарство за рад и социјалну политику. Сагласно Закону о радним односима општи колективни уговор у јавном сектору се односи на органе државне власти и друге државне органе, органе јединица локалне самоуправе, установе, јавна предузећа, заводе, агенције, фондове и друга правна лица која врше делатност од јавног интереса.¹⁶ Општи колективни уговори у јавном сектору је потписан у турбулентним друштвено-економским односима. Одбијање државе да приступи потписивању општег колективног уговора довело је до штрајка запослених из јавног сектора у 2008. години, чији захтеви су се, у највећем делу, односили на потребу потписивања новог општег колективног уговора и трансформацију радних односа од радних односа на одређено у радне односе на неодређено време, за више од 4.500 запослених у образовању, науци и култури.¹⁷ Ипак, пет година након потписивања Општег колективног уговора, колективно преговарање у јавном сектору се суочава са изазовима закључивања новог Општег колективног уговора.

Решењем о репрезентативности за јавни сектор, Савез синдиката Македоније се легитимише као репрезентативни субјект у колективном преговарању и у јавном сектору. Отуда, две репрезентативне синдикалне конфедерације за јавни сектор у Републици Македонији (ССМ и КСС) и Министарство надлежно за послове из области рада, лиферовали су радну верзију Општег колективног уговора за јавни сектор. Овом радном верзијом се покушава да се уведе више новитета у односу на садржину и физиономију постојећег Општег

¹⁴ ССМ и КСС су стекле статус репрезентативности за територију Републике Македоније Решењем о репрезентативности од 21. јуна 2010. године.

¹⁵ Општ колективен договор за јавниот сектор на Република Македонија, “Сл. весник на Република Македонија” бр.10/08.

¹⁶ Закон о радним односима, члан 205, став 2.

¹⁷ Извор: Интервју са председником Синдиката образовања, науке и културе (СОНК), г-дин Јаким Неделков, од 5. јуна 2012. године.

колективног уговора у јавном сектору. Социјални партнери су ускладили своје ставове у највећем делу садржине новог ОКУ. Ипак, питања везана за накнаду радницима у случају штрајка и накнаду за одређене трошкове везане за рад (теренски додатак, накнаду за одвојени живот, накнаду за коришћење приватног аутомобила за службене потребе и слично), представљају отворена питања која су предмет додатног усаглашавања.

Поред ОКУ у јавном сектору, социјални партнери у Републици Македонији су потписници и више посебних колективних уговора у јавном сектору. Тренутно је на снази 5 посебних колективних уговора. Посебни колективни уговори у јавном сектору, чији потписници су грански синдикати у саставу ССМ су: Колективни уговор Министарства за унутрашње послове,¹⁸ закључен између Македонског полицијског синдиката (МПС) и Министарства за унутрашње послове и Колективни уговор у здравственој делатности Републике Македоније,¹⁹ закључен између Самосталног синдиката здравства, фармације и социјалне заштите и Министарства за здравство Републике Македоније. Посебни колективни уговор, где се као уговорне стране јављају грански синдикати у саставу КСС су: Колективни уговор о јавним установама за децу у области бриге и васпитања деце и у области одмора и рекреације деце,²⁰ закључен између Синдиката за образовање, науку и културу (СОНК) и Министарства за рад и социјалну политику Републике Македоније. Колективни уговор у основном образовању²¹ закључен између СОНК и Министарства за образовање Републике Македоније и Колективни уговор у средњем образовању,²² закључен између СОНК и Министарства за образовање Републике Македоније.

У погледу лица која обавезују колективни уговор, евидентно је да се општи колективни уговор примењује непосредно и они су обавезујући како за све послодавце, тако и за све запослене, у јавном, односно приватном сектору. У пракси, више дилема стварају одредбе које се односе на лица која обавезују посебни или појединачни колективни уговори. И поред тога што је тенденција законодавца да се одредбама о посебном, односно појединачном, колективном уговору, обухвати што већи број радника, одредбе Закона о радним односима могу да делују и недоречено. Тако, Закон утврђује да колективни уговор обавезује сва лица која су закључила и сва лица која су у време закључивања колективног уговора била или накнадно постала чланови удружења која су закључила колективни уговор.²³ Надаље, Закон утврђује да колективни уговор

¹⁸ Колективен договор на министарството за внатрешни работи, „Сл. весник на Република Македонија“ бр.126/10.

¹⁹ Колективен договор за здравството, од 03. маја 2006. година.

²⁰ Колективен договор за јавните установи за деца во дејноста згрижување и воспитание на децата и во дејноста одмор и рекреација на децата, од 18. фебруара 2011. године.

²¹ Колективен договор за основното образование, од 2. децембра 2008. године.

²² Колективен договор за средното образование, од 2. децембра 2008. године.

²³ Закон о радним односима, члан 208. став 1.

обавезује и сва лица која су му приступила и сва лица која су накнадно постала чланови удружења који су приступили колективном уговору.²⁴ Анализирајући наведене законске одредбе, долазимо до закључка да се оне првенствено односе на посебне колективне уговоре, односно тзв. колективне уговоре на гранском нивоу, односно нивоу области. Тако, ови колективни уговори се односе на сва лица (потписници колективних уговора – физичка лица), која су у време закључивања била или накнадно постала чланови удружења и која су закључила колективни уговор (актуелно синдикално чланство, или пак радници који су касније постали чланови синдиката који је потписао колективни уговор). Надаље, колективни уговор обавезује и сва лица која су приступила колективном уговору (појединачни радници, који индивидуално приступе закључивању колективног уговора независно од њиховог чланства у синдикату) и сва лица која накнадно постану чланови удружења која су приступила колективном уговору. Циљ ових одредба је минимизирање простора за потенцијалну непокривеност колективним уговором радника који су засновали радни однос у приватном или јавном сектору. Ипак, ситуација у пракси нам намеће следећу дилему: да ли су посебним колективним уговором (колективни уговори на гранском нивоу, односно нивоу области), обухваћени и: радници који нису чланови синдиката који је закључио колективни уговор, радници који се нису прикључили синдикату – потписнику ни у наредном периоду и коначно, радници који нису постали чланови нити једног синдиката који је приступио закључењу колективног уговора? За разлику од општег и појединачног колективног уговора који делују „*erga omnes*”, примењују се непосредно и стварају обавезу за све субјекте који могу да се нађу у оквиру професионалних или територијалних оквира у области конкретног колективног уговора, сматрамо да посебни колективни уговори праве јасну дистинкцију између радника који су чланови и радника који нису чланови синдиката. При томе, одредбе посебног колективног уговора се неће примењивати према радницима који нису чланови синдиката потписника колективног уговора, односно према радницима који индивидуално или посредно (индиректно) преко чланства у другим синдикатима, нису приступили потписивању колективног уговора.

Поједностављено је тумачење одредбе која се односи на обухваћеност лица која обавезује појединачни колективни уговор, односно колективни уговор на нивоу послодавца. Закон о радним односима утврђује да појединачни колективни уговор обавезује – важи и за раднике код послодавца који нису чланови синдиката или синдиката – потписника колективног уговора.²⁵ Отуда, тенденција ове одредбе јесте да обухвати све раднике који заснивају радни однос код конкретног послодавца, без обзира да ли су, или не, чланови синдиката.

²⁴ Закон о радним односима, члан 208. став 2.

²⁵ Закон о радним односима, члан 208. став 3.

1.1. Стране које закључују колективни уговор у јавном сектору

Стране које закључују колективни уговор у јавном сектору варирају у зависности од типа колективног уговора који треба да се закључи. Када се закључује општи колективни уговор за јавни сектор, као уговорне стране тог уговора појављују се репрезентативни синдикат у јавном сектору и министарство надлежно за послове из области рада, по претходном овлашћењу Владе Републике Македоније.²⁶

При закључивању посебног колективног уговора у јавном сектору, односно посебног колективног уговора у јавним предузећима и установама, учествују оснивач или орган када га он овласти и репрезентативни синдикат. Закључивање појединачних колективних уговора за јавна предузећа и јавне установе врши оснивач или орган кога овласти и репрезентативни синдикат код послодавца.²⁷

Као што се може приметити, као стране које учествују у закључивању одређеног колективног уговора, изричито фигурира репрезентативни синдикат и респективно, репрезентативно удружење послодаваца. Основну функцију репрезентативности синдиката, представља утврђивање објективног и меродавног критеријума за подобност за синдикално организовање, да би се могао укључити у процес колективног преговарања и да би легитимни представници радника били у поступку закључивања колективног уговора. Отуда законодавство Републике Македоније поставља више услова за репрезентативност синдиката, у зависности од хијерархијског нивоа закључивања колективног уговора. Закон о радним односима поставља више различитих критеријума за репрезентативност социјалних партнера. Најпрегледније, критеријуми за репрезентативност могу се класификовати према томе да ли се они односе на учествовање у трипартитном телу за социјално партнерство и трипартитним делегацијама социјалних партнера или у закључивању колективних уговора (општег, посебног и појединачног). Репрезентативност ради учествовања у трипартитним телима за социјално партнерство и трипартитним делегацијама социјалних партнера, се назива и репрезентативност за територију Републике Македоније.²⁸ Њен основни циљ је могућност легитимисања у партиципацији социјалних партнера у економско-социјалном савету (ради равнотеже у креирању макроекономске и социјалне политике Републике Македоније) и њихо-

²⁶ Закон о радним односима, члан 216. став 2.

²⁷ Закон о радним односима, члан 219. став 1.

²⁸ О овоме више види: Т. Каламатиев и Ристовски, А.: Законот за работни односи и плурализацијата на синдикализмот – предност или недостаток на современиот социјален дијалог, со посебен осврт кон измените и дополнувањата на Законот за работни односи во врска со колективното договарање, Деловно право, Година XIII, бр. 26, Скопје, стр. 149.

во учествовање у трипартитним делегацијама Републике Македоније у меѓународним институцијама (првенствено у оквиру Меѓународне организације рада).

Ако оставимо по страни услове за стицање репрезентативности на територији Републике Македоније, који су потребни за формирање тзв. синдикалне централе или синдикалног савеза на нивоу државе, услов за стицање репрезентативности синдиката за закључивање општих, посебних и појединачних колективних уговора за јавни сектор је променљив. Сагласно Закону о радним односима, репрезентативност синдиката на нивоу јавног сектора се одређује ради учествовања у колективном преговарању на нивоу јавног сектора. Репрезентативни синдикат на нивоу јавног сектора је синдикат који је уписан у Регистар синдиката, који води Министарство надлежно за послове из области рада и у који је укључено најмање 20% од броја запослених у јавном сектору и који плаћају чланарину.²⁹ Репрезентативност синдиката, односно удружења послодавца на гранском нивоу, односно области, одређује се ради учествовања у колективном преговарању на нивоу гране, односно области. Репрезентативни синдикат на гранском нивоу, односно области, је синдикат који је уписан у Регистар који води Министарство надлежно за послове из области рада и у који је учлањено најмање 20% од броја запослених у грани, односно области и који плаћају чланарину.³⁰ Идентични су и критеријуми за стицање репрезентативности синдиката на нивоу послодавца. При томе, у синдикат треба да се учлани најмање 20% од броја запослених код послодавца и који плаћају чланарину.

2. Колективно преговарање у правосуђу

Колективно преговарање у правосуђу може се класификовати у неколико посебних области. Постоји широки дијапазон служби које могу да се уврсте у оквиру правосуђа. Отуда, колективно преговарање у правосуђу може да се посматра интегрално или у појединим сегментима. Интегрално посматрање колективног преговарања у правосуђу упућује на могућност закључивања посебног (гранског) колективног уговора, у оквиру којег би се налазили запослени у следећим јавним службама: судској служби, јавно тужилачкој и органима надлежним за извршавање санкција. Посматрање у оквиру појединих сегмената колективног преговарања у правосуђу може се односити на самостални третман сваке од наведених служби. Сагласно томе, постоји могућност потписивања посебних колективних уговора који би се примењивали посебно у свакој од правосудних служби.

Досадашња пракса колективног преговарања у правосуђу указује на постојање посебних (гранских) колективних уговора за државне, правосудне и

²⁹ Закон о радним односима, члан 212. став 2.

³⁰ Закон о радним односима, члан 212. став 4.

органа локалних самоуправа Републике Македоније из 1995. године.³¹ Стране потписнице Колективног уговора су Синдикат управе, правосудни органи и удружења грађана Републике Македоније (УПОЗ)³² и Министарство правде Републике Македоније. Карактеристично за овај Колективни уговор је то што је он закључен на неодређено време. Закон о радним односима из 2005. године предвиђа другачији приступ у регулисању трајања и важности колективног уговора. Он утврђује да колективни уговор може да се закључи на одређено време за период од две године, са могућношћу продужавања уз писмену сагласност уговорних страна.³³ Тако да је евидентна колизија између законске одредбе и садржине колективног уговора. У међувремену, социјални партнери су у изнајавењу нових солуција у уређивању колективног преговарања у државним, правосудним органима и органима локалне самоуправе.

2.1. Предлози за колективно преговарање у службама правосуђа

Основни закон којим су регулисани статус, права, дужности, одговорност, систем плата и додатака на плату, као и управљање судским предметима од стране служби суда представља Закон о службама суда.³⁴ Према овом Закону, судске послове обављају судски службеници, лица запослена у судовима која врше техничке и помоћне послове и судска полиција.³⁵ Постоје две основне дилеме са којима се суочава колективно договарање у службама суда. Прва, односи се на утврђивање страна које су подобне да учествују у колективном преговарању и да буду потписнице Колективног уговора у оквиру судских служби. Друго, односи се на питање потписивања посебног колективног уговора (који би се односио на судске службе у целокупној судској власти) или појединачног колективног уговора (који би обухватао службенике запослене у основним судовима, апелационим судовима, управним судовима и Врховном суду Републике Македоније). Сматрамо да могућност закључивања посебних колективних

³¹ Колективни договор за државните, правосудните и органите на локалната самоуправа на Република Македонија, „Сл. весник на Република Македонија“ бр. 39/94”.

³² Синдикат УПОЗ је грански синдикат удружен у ССМ. Он представља удружење радника из управе, правосудних органа и удружења грађана Републике Македоније. Тачније, у УПОЗ су организовани запослени у органима државне и локалне власти и другим установама (државни и јавни службеници у министарствима, Влади Републике Македоније, Скупштини Републике Македоније, фондовима, управама јавних прихода, Државном заводу за статистику, Агенцији за катастар непокретности, Државном архиву, Агенцији за запошљавање, управним органима, локалној самоуправи, правосудним органима, јавним тужилаштвима), као и удружења грађана – Привредна комора, Савез синдиката Македоније, удружења возача, ауто-мото друштва, Црвени крст итд.).

³³ Закон о радним односима, члан 226.

³⁴ Закон за судска служба, „Сл. весник на Република Македонија“ бр. 98/2008.

³⁵ Закон о судским службама, члан 2.

уговора, представља боље решење за уређивање радних односа судских служби. Стога наводимо и два посебна предлога за могуће закључивање колективних уговора, и то: Посебног колективног уговора за судске службе Републике Македоније и Посебног колективног уговора за судске службе и правосудне органе Републике Македоније. Колективни уговор за судске службе Републике Македоније би могао да буде закључен између две стране, при чему страна послодавца би била сложена и састављена од два субјекта. Тако, потписници овог Колективног уговора могу да буду: Синдикат УПОЗ, као представник судских службеника и председник Судског савета Републике Македоније (као председник Судског буџетског савета и представник независне судске власти) и Министарство правде (као представник извршне власти), на страни послодавца. Колективни уговор судских служби и правосудних органа Републике Македоније могао би се закључити између синдиката УПОЗ с једне стране и Министарства правде (као представника извршне власти) са друге стране. Овај колективни уговор може бити свеобухватнији од колективног уговора судских служби. У саставу правосуђа, убрајају се судски органи, јавна тужилаштва, државна правобранилаштва, запослени у управама за извршење санкција и запослени у казнено-поправним и васпитно-поправним установама. Правосуђе има екстензивнији обим у односу на судске службе, а у оквиру њега су заступљена и лица која не припадају категоријама посебних службеника и то су државни службеници. Отуда су разлози због којих потписник колективног уговора на страни послодавца је Министарство правде, које је у доминантном положају на извршној власти при регулисању права и обавеза лица која би била обухваћена овим колективним уговором.

2.2. Предлози за колективно преговарање у јавном тужилаштву

Поступање јавног тужилаштва, укључујући и статус, права и обавезе јавнотужилачких стручних служби је регулисано Законом о јавном тужилаштву.³⁶ Сматрамо да јавнотужилачка стручна служба има статус посебне службе, различит од статуса служби које су сачињене од државних службеника. Идентично као и код колективног договарања у судским службама, стручне службе јавног тужилаштва могу да закључе посебан колективни уговор за јавно тужилаштво. Овај приступ колективног преговарања може да буде сагласан, у одсуству регулисања права и обавеза стручних служби у јавном тужилаштву заједно са другим запосленим у правосуђу. За разлику од Закона о судском буџету који предвиђа оснивање судско-буџетског савета чији председник је председник Судског савета Републике Македоније, законски прописи који регулишу јавно тужилаштво не предвиђају оснивање посебног тела са сличним финансијским ингеренцијама. То ограничава и избор потписника колективног уговора на страни послодавца.

³⁶ Закон за јавно обвинителство, „Сл. весник на Република Македонија“ бр. 150/2007.

Предлажемо две могуће форме посебних колективних уговора у јавном тужилаштву, односно у њиховим стручним службама и то: Колективни уговор за Јавно тужилаштво у Републици Македонији и Колективни уговор за Јавно тужилаштво и правосудне органе Републике Македоније. Колективни уговор за Јавно тужилаштво у Републици Македонији би могао да се закључи између синдиката УПОЗ од стране радника и Министарства правде на страни послодавца. Потписивањем оваквог колективног уговора отвара се могућност посебног регулисања права и обавеза из радних односа службеника у јавно-тужилачким стручним службама. Колективни уговор за Јавно тужилаштво и правосудне органе Републике Македоније би могао да се закључи између синдиката УПОЗ, чији чланови су службеници у Јавном тужилаштву, државни службеници у Државном правобранилаштву, државни службеници у Управи за извршење санкција и запослени у казнено-поправним и васпитно-поправним установама Министарства за правду.

2.3. Предлози за колективно преговарање у органима надлежним за извршавање санкција

Права и обавезе запослених у органима који су надлежни за извршење санкција су регулисана Законом о извршењу санкција.³⁷ Према одредбама овог Закона, органи надлежни за спровођење санкција су: Управа за извршење санкција, казнено-поправне и васпитно-поправне установе и судије за извршење санкција. Управа за извршење санкција организује, спроводи и врши надзор над извршењем казни затвора, малолетничког затвора, алтернативним мерама – друштвено корисног рада и кућног затвора, заштитног надзора изреченог уз условну осуду или за условни отпуст, као и васпитним мерама упућивања у васпитно-поправни дом.³⁸ Она је орган у саставу Министарства правде са својством правног лица, док запослени у управи имају статус државних службеника.³⁹ Казнено-поправне и васпитно-поправне установе имају својство правног лица, а њихово функционисање као самосталних јединица је обезбеђено преко буџетских корисника – Управе за извршење санкција.⁴⁰ У њима се извршавају затворске казне и васпитне мере. Највећи део лица која су запослена у овим установама имају статус државних службеника. Организациона мрежа казнено-поправних и васпитно-поправних установа се састоји од 11 казнено-поправних и две васпитно-поправне установе. Са радноправног аспекта, сваки од тих субјеката може да се третира као појединачни послодавац, чиме се омогућава закључивање појединачних колективних уговора. Одређенији модел ко-

³⁷ Закон за извршување на санкциите „Сл. весник на Република Македонија“ бр. 2/2006.

³⁸ Закон о извршењу санкција, члан 14. став 1.

³⁹ Ibidem.

⁴⁰ Закон о извршењу санкција, члан 18.

лективно преговарања у овој области је колективно преговарање у функцији закључивања Посебног колективног уговора органа надлежних за извршење санкција, чије могуће стране су Синдикат УПОЗ и Министарство правде. Овај Колективни уговор треба да обухвата запослене у Управи за извршење санкција и запослене у казнено-поправним и васпитно-поправним установама. Ипак, најпрецизнији начин регулисања права и обавеза државних службеника и других лица која су запослена у органима надлежним за извршење санкција се састоји у потписивању свеобухватнијег посебног колективног уговора. Такав Колективни уговор, може да буде већ споменути Колективни уговор за судске службенике и правосудне органе или Колективни уговор за Јавно тужилаштво и правосудне органе, који би се примењивао и на запослене у органима надлежним за извршење санкција.

3. Колективно преговарање у државним органима и јединицама локалне самоуправе (предлози)

Основни закон који регулише статус, права и обавезе запослених у државним службама, је Закон о државним службеницима. При томе, под државним службеником подразумева се лице које је запослено у државној служби и које врши стручни, нормативноправни, извршни, управни, управно-надзорни, плански, материјално-финансијски, књиговодствени, информатички или други посао из надлежности органа у складу са Уставом и законом.⁴¹ Под државном службом се подразумевају органи државне и локалне власти и други државни органи, основани у складу са Уставом и законом.⁴²

Закон о државним службеницима, испушта да пропише да права и обавезе државних службеника могу да се регулишу и колективним уговором. Ипак, Закон гарантује право удруживања. Изменама у Закону о организацији и раду органа државне управе из 2010. године⁴³ и преименовањем Министарства за информатичко друштво у Министарству за информатичко друштво и администрацију, проширена је и надлежност овог органа. Министарство за информатичко друштво и администрацију има надлежност да уређује питања у вези са администрацијом и регулисањем статуса права и обавеза државних и јавних службеника.

Нормативни оквир, повезан са организацијама органа државне управе је у директној корелацији са одређивањем социјалних партнера између којих би се водило колективно преговарање. Сматрамо да најсврхисходнији облик

⁴¹ Закон о државним службеницима, члан 3. став 1.

⁴² Закон о државним службеницима, члан 3. став 2.

⁴³ Закон за измена и допуњавање на законот за организација и работа на органите на државната управа, бр. 07 - 5192/1, од 23. декември 2010.

уређивања радних односа лица која су запослена у државној управи и локалној самоуправи је закључивање Посебног колективног уговора државних органа и јединица локалне самоуправе Републике Македоније, чије могуће стране би биле Синдикат УПОЗ и Министарство за информатичко друштво и администрацију. Сличан модел колективног преговарања у овој сфери јавног сектора препознаје се и у одређеним земљама у региону.⁴⁴

4. Колективно преговарање у здравству

Начело слободе синдикалног удруживања, као једно од основних начела радног права обухвата и синдикално удруживање запослених у здравству. Закон о здравственој заштити гарантује право синдикалног удруживања здравствених радника и сарадника.⁴⁵ Ова категорија радника има и право на штрајк организован у сагласности са Законом.⁴⁶ Правна пракса и службеничко законодавство Републике Македоније отварају више дилема везаних за статус права и обавеза лица запослених у здравству. Закон о јавним службеницима из 2010. године обухвата и лица запослена у здравству, одређујући им статус јавних службеника. Ипак, непосредно након доношења Закона о јавним службеницима, Уставни суд Републике Македоније је поништио део законских одредби који је одређивао статус лицима запосленим у здравству као јавним службеницима.⁴⁷ Суд је оценио да здравствени радници представљају вршиоце здравствене делатности као делатности од посебног општег интереса и они не могу имати статус јавних службеника.

Здравствени радници и сарадници у здравству у Републици Македонији реализују право синдикалног удруживања и колективног договарања преко учлањивања и учествовања у синдикалним активностима више синдиката, од којих треба издвојити Самостални синдикат здравства, фармације и социјалне заштите Републике Македоније и Самостални синдикат клиничких центара и других здравствених организација у Републици Македонији.⁴⁸ Чланови Самосталног синдиката здравства, фармације и социјалне заштите Републике Ма-

⁴⁴ О овоме више види: Kolektivni ugovor za državne službenike i namještenike – važeći tekst, NN br. 89/2012 (Република Хрватска); Poseban kolektivni ugovor za državne organe, Službeni glasnik RS, br. 95/2008 od 21 oktobra 2008. g. и Poseban kolektivni ugovor za zaposlene u organima teritorijalne autonomije i organima jedinica lokalne samouprave - radna verzija (Република Србија) и слично.

⁴⁵ Закон за здравствена заштита, „Сл. весник на Република Македонија“, бр. 10/13, члан 172.

⁴⁶ Закон о здравственој заштити, члан 173.

⁴⁷ О овоме види: Одлука на Уставниот суд У.бр.77/2011, од 21. септември 2011. година.

⁴⁸ Поред Самосталног синдиката здравства, фармације и социјалне заштите Републике Македоније и Самосталног синдиката клиничких центара и других здравствених организација у Републици Македонији, Решењем у Регистру синдиката уписан је и Синдикат здравства „Мајка Тереза”.

кедоније су радници запослени у области здравства, фармације и социјалне заштите.⁴⁹ С друге стране, Самостални синдикат клиничких центара и других здравствених организација у Републици Македонији удружује једино запослене у области јавних здравствених организација из медицине, здравства, фармације и здравствене заштите.⁵⁰ Чланови овог синдиката, у највећем делу су запослени на универзитетским клиникама, односно припадају сектору терцијалног здравства. Самостални синдикат здравства, фармације и социјалне заштите Републике Македоније је потписник Колективног уговора о здравственој делатности Републике Македоније 03. маја 2006. године. Овај Колективни уговор представља посебан колективни уговор и односи се на здравствену делатност. Потписник Посебног колективног уговора на страни послодавца је Министарство здравља Републике Македоније. Анализирајући садржину Колективног уговора и обухваћеност синдикалног чланства на које се примењује овај Колективни уговор, долази се до закључка да већи део субјеката на које се примењује Посебни колективни уговор, припадају, по занимању, ниже групе сложености радних места у здравственој делатности. Права и обавезе из рада здравствених радника и сарадника у здравству који припадају вишој групи сложених радних места (лекари у терцијалном здравству) се уређују Појединачним колективним уговором за здравство закључен између Самосталног синдиката клиничких центара и других здравствених организација у Републици Македонији и Министарства здравља Републике Македоније, од 19. марта 2009. године.

Колективно преговарање у здравству Републике Македоније се суочава са бројним изазовима који произилазе из материјалних и номотехничких недостатака потписаних колективних уговора. Колективни уговори су потписани на неодређено време и они су у директној колизији са одредбама Закона о радним односима којима се уређује ограничено време Колективног уговора за период од две године са могућношћу продужавања уз писмену сагласност уговорних страна.⁵¹ Додатни проблем са којим се суочава колективно преговарање у здравственој делатности је половична репрезентативност синдиката у здравству. Тренутно, јединствени репрезентативни и социјални партнер је Самостални синдикат здравства фармације и социјалне заштите Републике Македоније.⁵² То га легитимише као јединог титулара права колективног преговарања у здравственој делатности.

⁴⁹ Статут на Самостоен синдикат за здравство, фармација и социјална заштита, од 09. фебруара 2006. година, члан 1.

⁵⁰ Статут на Самостоен синдикат на клинички центри и други здравствени организации во Република Македонија, од 18. октомври 2001. година, члан 1.

⁵¹ О овоме види: Закон о радним односима, члан 226.

⁵² Решение за репрезентативност на Самостојниот синдикат за здравство, фармација и социјална заштита, бр. 08-2235/3 од 08. јули 2010.

Закључак

Колективно преговарање у јавном сектору регулисано је општим радним законодавством. Оно садржи одређене специфичности које се односе на стране које учествују у колективном преговарању и закључивању колективних уговора.

Поред општих колективних уговора за јавни сектор, тренутно, у Републици Македонији постоји и пет важећих посебних колективних уговора. Потписници посебних колективних уговора су репрезентативни грански синдикати, удружења у оквиру савеза синдиката Македоније и конфедерације слободних синдиката.

Овај рад приказује синдикално удруживање и колективно преговарање у правосуђу, државној управи и јединицама локалне самоуправе и здравственој делатности. Анализирају се актуелна питања која су од непосредног интереса за права из радног односа судских служби, службеника у јавним тужилаштвима, лицима запосленим у организацијама надлежним за извршавање санкција, државних службеника и здравствених радника и сарадника у здравству. При томе, посебна пажња се посвећује питањима: колективно преговарање у јавном сектору, садржина, предности и недостаци потписаних колективних уговора и начин колективног преговарања у области које нису обухваћене колективним уговорима у јавном сектору.

Библиографија

- Bagić, D. „*Industrijski odnosi u Hrvatskoj – Društvena integracija ili tržišni sukob*“, TIM press, Zagreb, 2010.
- Bernstein, A. „*Labour Law in Switzerland*“, Deventer, 1994.
- Borković, Ivo, „*Službeničko pravo*“, Informator, Zagreb, 1999.
- Davies, A.C.L. „*Perspectives on Labour law*“, *Second edition*, Cambridge university press, 2009.
- Duškanka Marinkovi Drača, „*Štrajk - Priručnik za sindikate i poslodavce*“, TIM press, Zagreb, 2005.
- Hyman, Rychard. „*Industrial relations in the new Europe, edited by Anthony Ferner and Rychard Hyman*“, March 1993.
- Kaufman, Bruce. E. „*The Global evolution of industrial relations – events, ideas and the IIRA*“, *International Labour Office, Geneve*, 2004.
- Ravnić, A. „*Osnove radnog prava – domaćeg, usporednog i međunarodnog*“, *Pravni fakultet u Zagrebu, Sveučilišna tiskara d.o.o.*

Šunderić, B. „Pravo Međunarodne organizacije rada“, Beograd, 2001.

Влатковић, М., Р. Брковић и Б. Урдаревић. : „Службеничко право“, Кварк Краљево, 2013.

Давитковски Б и А. Павловска – Данева, Приказ на најновото службеничко законодавство во Република Македонија, Публикација: Деловно право, Година XII, број 25. Скопје, Октомври 2011.

Каламатиев, Т, Деловно право, *Контроверзиите во примената на законот за државни слбеници, законот за јавни слбеници и законот за работни односи*, Година XII, Бр.25, 2011, Скопје.

Каламатиев Т и А. Ристовски, *Законот за работни односи и плурализацијата на синдикализмот – предност или недостаток на современиот социјален дијалог, со посебен осврт кон измените и дополнувањата на Законот за работни односи во врска со колективното договарање*, Деловно право, Година XIII, бр.26, Скопје 2012.

Т. Томановиќ и В. Томановиќ, „Договор за работа“, Скопје 2011.

УСТАВ на Република Македонија, *Службен весник на Република Македонија*“, бр. 52 од 22.11.1991.

КОНВЕНЦИЈА за работни односи (јавна служба) бр. 151 од 1978 на Меѓународната Организација на Труд (МОТ).

ЗАКОН за работни односи, *Службен весник на Република Македонија*, бр. 62/05.

ЗАКОН за државни службеници, *Службен весник на Република Македонија*, бр. 59/2000.

ЗАКОН за јавни службеници, *Службен весник на Република Македонија*, бр. 52/2010.

ЗАКОН за судовите, *Службен весник на Република Македонија*, бр.58/06.

ЗАКОН за судски совет, *Службен весник на Република Македонија*, бр. 60/2006.

ЗАКОН за судска служба, *Службен весник на Република Македонија*, бр. 98/2008.

ЗАКОН за судски буџет, *Службен весник на Република Македонија*, бр. 60/2003.

ЗАКОН за јавно обвинителство, *Службен весник на Република Македонија*, бр. 150/2007.

ЗАКОН за извршување на санкциите, *Службен весник на Република Македонија*, бр. 2/2006.

ОПШТ колективен договор за јавниот сектор на Република Македонија, Сл.весник на РМ бр.10/08.

„Информатор“ на Самостојниот синдикат на клинички центри и други здравствени организации во РМ, бр.11, година IX, од јуни, 2012 година.

„Информатор” на Самостојниот синдикат на клинички центри и други здравствени организации во РМ, бр.12, година IX, од октомври, 2012 година.

Summary

Collective bargaining in the public sector of Republic of Macedonia is regulated by the general labor legislation. It specifies the parties involved in collective bargaining.

Besides the General collective agreement for the public sector, at the moment, in Republic of Macedonia there are five applicable collective agreements at branch level or department (Special collective agreements). Signatories to the Special collective agreements are representative trade unions for branch or department that are affiliated in the Federation of trade unions of Macedonia (SSM) or the Confederation of free trade unions of Macedonia (KSS).

This paper makes a distinct overview of the trade union association and collective bargaining in the judiciary, state administration, local self-government units and health care service. It analyzes current issues that affect the labor rights of the judicial service, employees in the public prosecutor's office, employees in the bodies authorized for the execution of sanctions, civil servants and health care workers, including: the right to collective bargaining in the public sector, contents, advantages and shortcomings of the signed collective agreements and modes of regulation of the fields in the public sector which are not covered by collective agreements.

ПСИХИЧКО UZNEMIRAVANJE (MOBING): REALNOST ILI FIKCIJA?

Dr Borče Davitkovski*
dr Elena Davitkovska**
dr Dragan Gocevski***

***Apstrakt:** U ovome radu izlažemo teoretski pregled i razvoj pravnog okvira sa kojim se reguliše psihičko uznemiravanje na radnom mestu (mobing) u Republici Makedoniji, kao i relevantnu EU regulativu za ovo pitanje. Napravili smo detaljnu analizu pravnog okvira u Republici Makedoniji, kojom su uređeni mehanizmi zaštite i prevencije psihičkog uznemiravanja na radnom mestu. Za potrebe ovog rada sprovedli smo empirijsko istraživanje za period od septembra 2009. do avgusta 2013. godine, i sprovedli merenje stepena implementacije i primene odredaba Zakona o radnom odnosu usvojenim u septembru 2009. godine, kojim se trebala uspostaviti bolja zaštita i prevencija pojave mobinga. Rad okončavamo analizom pravnih rešenja za zaštitu i prevenciju mobinga novim Zakonom za zaštitu od uznemiravanja na radnom mestu, usvojenom u maju 2013. godine.*

***Ključne reči:** radni odnos, mobing, uznemiravanje na radnom mestu, poslodavac, zaposleni, javni sektor.*

POJAM

Reč mobing, potiče od engleske reči „mob“ (agresivan čopor) i „mobbish“ (grubo, vulgarno, prostačko). Kao fenomen, mobing postoji decenijama i bio je proučavan od velikog broja naučnika. Prvi ga je formulisao i dijagnostikovao, tokom 80-ih godina XX veka, švedski psiholog prof. dr Hanc Lejman (Heinz Leymann). Lejman je razvio efikasne metode za sprečavanje i rehabilitaciju žrtava mobinga. Pu-

* Др Борче Давитковски, редовни професор на Правном факултету “Јустинијан Први”, на Универзитету “Св. Кирил и Методије” у Скопљу

** Др Елена Давитковска, доцент на Економском институту на Универзитету “Св. Кирил и Методије” у Скопљу

*** Др Драган Гоцевски, доцент на Правном факултету “Јустинијан Први”, на Универзитету “Св. Кирил и Методије” у Скопљу

tem nacionalnih zakona za radno okruženje, Švedska, Finska i Norveška podržale su prava radnika za zaštitu fizičkog i mentalnog zdravlja¹ (MOBING: str. 16-17, 2009).

Jedno istraživanje pokazalo je da 40% radnika koji su bili anketirani u Makedoniji su bili žrtve mobinga na osnovu podmetanja i preteranih kontrola. Najveći razlog bila je politička pripadnost, a najčešće je sproveden od pretpostavljenih (55%). Najveće posledice bile su: narušena socijalna i emotivna ravnoteža i opšte zdravlje zaposlenih (40% osećali su glavobolje, tahikardiju i povećan krvni pritisak) (MOBING: str. 12, 2009). Evropski prosek za mobing iznosi 25% (MOBING: str. 59, 2009). Po Lejmanovom istraživanju, muškarsci (45%) i žene (55%), skoro jednako mogu biti žrtve mobinga. U odnosu na pitanje, ko koga mobira, istraživanje je pokazalo da 76% muškaraca su mobirani od muškarca, dok samo 3% su mobirani od žena. Samo 21% muškaraca bili su mobirani od oba pola. Sa druge strane, 40% žena su mobirani od žene, 30% od muškarca i 30% od oba pola. Ali ovi podaci se ne trebaju tumačiti kao rodova komponenta. Objašnjenje je, da segregacija tržišta rada i podjela na ženske i muške profesije, utiču na ovakvu zastupljenost muškaraca i žena ne samo kao žrtava, no i kao mobera. Realno je da zbog ovakvog stanja, žene budu uznemiravane u manjem procentu od muškaraca, ali ne treba se zaboraviti da žene najčešće imaju muškarca-menadžera (zastupljenost muškaraca na višim pozicijama u odnosu na žene). Grupe od 21 do 30 godina, i od 31 do 40 godina su najzastupljeniji kao žrtve mobinga.²

Mobing se definiše kao pojava psihičkog maltretiranja koje se ponavlja, niz aktivnost sa ciljem da degradiraju radnika na raznim osnovama. Mobing predstavlja povredu ljudskih prava i dostojanstva, štetu fizičkom, mentalnom i socijalnom zdravlju i poprečava profesionalnu budućnost žrtve.³

Mobing predstavlja: dugotrajno psihičko maltretiranje, izmučavanje, izolaciju, pritisak na radnom mestu, strah, izivljavanje, nefer način da se odstrani sa radnog mesta vredan, častan ili unapređeni radnik, psihičku torturu, izloženost zaposlenog na ponižavanje, zastrašivanje, ogovaranje, podmetanje, ismejavanje, izbegavanje, nasilje na radnom mestu, udarac na samopoštovanje, strategiju za ostanak na vlast nesposobnih i drugi načini za ostvaravanje ličnih ciljeva i interesa na račun drugih.⁴

Analitičari razlikuju više vidova mobinga: horizontalni, koji se odvija između radnika sa jednakim položajem u hijerarhiji; vertikalni mobing, koji se sprovodi hijerarhijski; strateški mobing kada se sprovode strukturne promene u firmi ili ustanovi (npr. racionalizacija i proglašavanje tehnološkog viška), efektivan ili emotivni mobing koji se izražava stahom, zavisti i zlobom mobera zasnovana na ličnom nivou i

¹ Priručnik „*MOBING Psihički pritisak na radnom mestu*“, Savez sindikata Makedonije, MMZ, Fridrich Ebert Stiftung, 2009, str. 16-17.

² <http://www.mobbingnet.org/mk/informacii/2009-05-12-03-42-22.html> (posećeno 25.4.2010).

³ MOBBINGPo statističkim podacima na nivou EU, svake četiri i po sekunde umire po jedno lice zbog razloga povezanim sa poslom, 2009, str. 14.

⁴ Ibid., str. 14-15.

mobing sa elementima seksualnog uznemiravanja.⁵ Zabilježeni načini kojim se sprovodi mobing su: skraćivanje mogućnosti za adekvatno komuniciranje, skraćivanje mogućnosti za održavanje socijalnih odnosa, napad na autoritet ličnosti i napad na kvalitet rada.⁶

PRAVNI OKVIR U EU

Opšta direktiva 89/391/EEZ (EU) za zdravlje na poslu, upućuje na osnovne mere za poticanje i sprovođenje bezbednosti i zdravlja na poslu, ulogu poslodavaca i radnika u ovaj proces, principe u vezi sa prevencijom i rizicima na radnom mestu, principe uniformiranja, konsultacije, obuka i trening zaposlenih i njihovih predstavnika kao i opšte naznake za primenu ovih principa. Evropska komisija u Saopštenju Saveta Evropskog parlamenta u februaru 2007. godine, pod motom „za poboljšanje kvaliteta i produktivnosti rada“, predložila je Strategiju EU za 2007-12.⁷

Na evropskom nivou, napravljeni su najrazličitiji napori da se promovišu akcije kojim bi se prevenirao fenomen mobinga. Direktivom 89/391 (Directive 89/391), predana je veća odgovornost poslodavcima u odnosu zaštite na poslu „u svakom aspektu rada“. Sa Rezolucijom usvojenom u Evropskom parlamentu (Resolution A5-0283/2001) preporučava se državama članicama EU da revidiraju svoje pravne sisteme u odnosu na adresiranje na „mobing“ i seksualno uznemiravanje na radnom mestu putem harmonizacije i definicije „mobinga“. U izveštaju Evropskog parlamenta za maltretiranje na radnom mestu (2001/2339(INI)) navodi se, da, Komitet za zapošljavanje i socijalna pitanja (Committee on Employment and Social Affairs), kao i Komitet za ženska prava i jednake mogućnosti, u istom izveštaju, preporučuju zemljama članicama EU da traže od biznis sektora, javnog sektora i socijalnih partnera da obezbede sistem za razmenu iskustava, i da utvrde procedure za rešavanje problema sa maltretiranjem žrtava i ponavljanja „bulinga“. Komitet je preporučio da se razviju obuke za zaposlene, menadžere, socijalne partnere i doktore kako u privatnom, tako i u javnom sektoru, kako da se razgleda mogućnost za postavljanje medijatora na radnom mestu kome bi se zaposleni mogli obratiti.

U Rezoluciji Saveta od trećeg juna 2002, u vezi sa novom Strategijom Zajednice za zaštitu na poslu (2002/C 161/01), kaže se, da Savet prepoznaje proširenje, kao jedno od glavnih uslova sa kojim se suočava Evropska unija, zbog čega je potreba za obezbeđivanje oficijalne i efektivne implementacije (acquis) za pitanja zaštite na poslu kod zemalja kandidata za učlanjivanje, kao i harmonizaciju struktura zajednice za konsultacije, prikupljanje, analizu i diseminaciju informacija, kao što je Savetodavni komitet za bezbednost, higijenu i zaštitu na poslu, Evropska agencija za

⁵ <http://www.mobignet.org.mk/informacii/vidovimobing.html> (posećeno 25. 4. 2010).

⁶ , MOBBING, 2009, str. 20-21.

⁷ Ibid., str. 19.

zaštitu na poslu (Bilbao) i Evropska fondacija za poboljšanje životnih i radnih uslova (Dablin). Kako bi se izgradila kultura prevencije, potrebno je uključiti osnovne preventivne principe na radnom mestu u obrazovne programe i buduće obuke, kao i podizanje svesti za zaštitu na poslu u promotivne kampanje. Dosadašnja istraživanja za radne uslove, alarmiraju o povećanim psihičkim problemima na radnom mestu. Četvrto istraživanje u evropskim radnim uslovima u 2007. godini, objavljeno od Evropske fondacije za poboljšanje životnih i radnih uslova (European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions), 5% od zaposlenih prijavili su izloženost na buling ili maltretiranje u zadnjih 12 meseci. Evropski partneri su za taj cilj potpisali Okvirni ugovor za maltretiranje na radnom mestu, dok je, Evropska komisija u Evropskoj strategiji za zaštitu na poslu 2007-2013. (European Strategy on Health and Safety 2007-2013), potencirala važnost promocije mentalnog zdravlja na radnom mestu. Nekoliko zemalja članica EU (posebno Švedska), usvojili su posebnu legislativu u odnosu na mobing na radnom mestu. Ostale zemlje članice EU rade na predlog regulative. Povećani uticaj mobinga na uslove na radnom mestu, motivisalo je socijalne partnere da urede mobing i preventivne mere protiv njega uključe u Kolektivne ugovore i Kodekse ponašanja.⁸

U dva, od osam međunarodnih standarda rada – deo Kodeksa ponašanja koji se odnosi na poštovanje radnih uslova niz lanaca nabavki u konfekcijskoj industriji, zahteva zabranu diskriminacije i zaštitu zaposlenih tokom rada. Tačnije, u standardu 2 (preuzet od Konvencije 100 i 111 Međunarodne organizacije rada) zabranjuje se bilo kakva diskriminacija, dok u standardu 7 (preuzet od Konvencije za industrijske nesreće, bezbednost i zdravlje br. 174 i 176) za zaštitu na poslu, kaže se da: „Fizička zloupotreba, pretnje upotrebom fizičke sile, neuobičajene kazne ili disciplina, seksualne i druge pretnje, kao i zastrašivanja od strane poslodavaca su najstrožije zabranjeni“⁹.

RAZVOJ PRAVNOG OKVIRA U REPUBLICI MAKEDONIJI

Sve do kraja 2009. godine stav stručne javnosti u Republici Makedoniji bio je da ne postoje konkretne pravne norme (u snazi) u vidu posebnog zakona protiv mobinga, koji zabranjuje i sankcioniše postupke kojim se vrši mobing, ali i osnovne slobode i prava čoveka, pravo na nediskriminaciju, bili su uređeni: Ustavom Republike Makedonije¹⁰, Zakonom o radnim odnosima¹¹, Krivičnim zakonikom¹², Zako-

⁸ <http://www.mobbingnet.org/mk/informacii/regulativi.html> (posećeno 25. 4. 2010).

⁹ <http://www.mobbingnet.org/mk/informacii/--.html> (posećeno 25. 4. 2010).

¹⁰ Ustav RM.

¹¹ Чл. 6-11 Zakona o radnim odnosima (Sl. list RM br. 62/2005, 106/2008 и 161/2008).

¹² Чл. 137, 139, 142 i 143 Krivičnog zakonika (Sl. list RM br. 37/96, 80/99, 48/01, 4/02, 43/03, 19/04, 81/05, 50/06, 60/06, 73/06, 7/08, 139/08, 114/09).

nom za bezbednost i zdravlje na poslu¹³, Zakonom za jednake mogućnosti žena i muškaraca¹⁴, kolektivnim ugovorima, a u zakonodavnom postupku bio je i Zakon protiv diskriminacije¹⁵.

Saglasno sa Ustavom RM i Zakonom o radnim odnosima, na nacionalnom nivou potpisani su kolektivni ugovor za privatni i javni sektor u kome su doregulirana prava radnog odnosa. Pored ovih kolektivnih ugovora, Savez sindikata Makedonije založio se za potpisivanje posebnih kolektivnih ugovora za doregulisanje prava zaposlenih na bezbedne i zdrave uslove na poslu, čiji sadržaj mora biti i zaštita od mobinga i mere koje se poslodavac treba preuzeti u dogovoru sa Sindikatом za prevazilaženje pojave mobinga.¹⁶

Vlada RM, saglasno sa Zakonom za bezbednost i zdravlje na poslu, donela je Program na nacionalnom nivou. Pravni osnov Programa za bezbednost i zdravlje je čl. 4 Konvencije MOT, br. 155 za zaštitu na poslu, zdravstvenu zaštitu i zaštitu radne okoline, kao i čl. 4 Zakona za bezbednost na poslu. U odsustvu posebnog Zakona protiv mobinga u Makedoniji, a zbog ozbiljnosti posledica ove pojave koja je još tada postajala sve izraženija, upućeno je da se mobing tretira u Programu za bezbednost i zdravlje na poslu Vlade RM.¹⁷

U septembru 2009. godine, donesen je Zakon za izmenu i dopunu Zakona o radnim odnosima kojim se pravno dokompletiralo sakncionisanje i diskriminacija na radnom mestu, kao i podizanje zaštite prava radnog odnosa kao deo sveukupnih ljudskih prava u RM. Poseban cilj Zakona bio je psihičko uznemiravanje na radnom mestu kao pojava koja uzima sve šire razmere, a koja nije bila zakonski regulisana.

Novine u Zakonu sastojale su se u uvođenju dva nova člana: čl. 9-a i novi stav (2) u čl. 11 Zakona o radnim odnosima.¹⁸ Sa čl. 9-a izričito je zabranjen svaki oblik psihičkog uznemiravanja na radnom mestu, navodeći ga terminom mobing, čime se termin i formalno pravno uvodi u makedonski pravni sistem. Psihičko uznemiravanje na radnom mestu (mobing) utvrđeno je kao oblik diskriminacije¹⁹ i svako negativno ponašanje pojedinca ili grupe koje se ponavlja (najmanje jednom sed-

¹³ Zakon za bezbednost i zdravlje na poslu (Sl. list RM br. 92/07).

¹⁴ Чл. 3 Zakona za jednake mogućnosti žena i muškaraca (Sl. list RM br. 66/06, 117/08).

¹⁵ Zakon za sprečavanje i zaštitu od diskriminacije (Sl. list RM br. 50/2010) usvojen 2010. godine, MOBBING, 2009, str. 49.

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Ibid., str. 47.

¹⁸ Zakon o radnim odnosima (Sl. list RM br. 62/2005, 106/2008 и 161/2008).

¹⁹ U smisli čl. 6 ZRO (1) *Poslodavac ne sme tražioca za zaposlenje (dalje u tekstu: kandidata) ili radnika, staviti u nejednak položaj zbog rase, boje kože, pola, uzrasti, zdravstvenog stanja, odnosno invalidnosti, religioznog, političkog ili drugog ubeđenja, članstva u sindikatu, nacionalnog ili socijalnog porekla, porodičnog statusa, imovinskog stanja, polne nejednakosti ili drugih ličnih okolnosti.*

(2) *Ženama ili muškarcima, moraju biti obezbeđene jednake mogućnosti i jednak tretman tokom zapošljavanja, napredovanja na poslu, obrazovanja, prekvalifikacijom, plata, nagrađivanja, odsustva sa posla, radnog vremena i otkazivanja dogovora za zaposlenje.*

mično u periodu od šest meseci), a predstavlja povredu dostojanstva, ugleda i časti zaposlenih i uzrokuje strah ili stvara neprijateljsko, ponižavajuće ili uvredljivo ponašanje. Izvršioca psihičkog uznemiravanja na radnom mestu (mobinga) Zakon utvrđuje kao jedno ili više lica sa negativnim ponašanjem prema zaposlenima²⁰, bez razlike na njihovo svojstvo (poslodavac kao fizičko lice, odgovorno lice ili radnik). Druga odredba zakonskog teksta utvrđuje da „u slučaju spora, kada je postupljeno suprotno čl. 9-a (Zakona o izmenama i dopunama ZRO), tovar dokazivanja pada na pojedinca ili grupu protiv koga je poveden spor za vršenje psihičkog uznemiravanja (mobinga) na radnom mestu, osim ako dokažu da je različni tretman izvršen zbog isključaka predviđenim Zakonom.”²¹ U obrazloženju Zakonskog teksta zakonodavac agrumentira da su rešenja sadržana u odredbama međusebno povezana i kao takva su primenjiva u praksi. Zakonom za izmene i dopune Zakona o radnim odnosima, zakonodavac je očekivao da postigne jačanje zaštita prava radnika, veću humanizaciju odnosa na radnom mestu, kao i građenje zdravog društva.

KRITIKA PRVIH PRAVNIH REŠENJA I NJIHOVE PRIMENE U PRAKSI

Kao zabilješke koje možemo dati odredbama Zakona je nedostatak odredaba kojima bi se predvidele preventivne mere i mehanizmi za detekciju, utvrđivanje i sprečavanje pojave psihičkog uznemiravanja na radnom mestu. U tekstu zakonskih izmena zabilježava se ekstenzivna (široka, odnosno opća) definicija pojave mobinga, pri čemu se postavlja pitanje primenjivosti ove odredbe na specifične slučaje, gde zbog opštosti definicije bi se teško locirala odgovornost činioca psihičkog uznemiravanja. Jedna takva pretpostavljena situacija je ukoliko zaposleni postane predmet pritiska seksualne prirode, da li u u datom slučaju se može tražiti odgovornost za diskriminaciju, mobing ili seksualno zlostavljanje. Takođe, treba se povećati pažnja na strateški mobing, kao oblik psihičkog uznemiravanja na radnom mestu koji nije pravno regulisan izmenama ZRO-a iz 2009. godine, a da ne pominjem da za zaposlene u javnom sektoru sa statusom državnih službenika, čak i izričito je utvrđeno da u slučaju promene akta za sistematizaciju, ako radno mesto službenika bude ukinuto, mora ili prihvatiti radno mesto koje mu se ponudi (a može biti čak i u manje zvanje), ili mu po zakonu sleduje otkaz.²² Jedini oblik pravne zaštite (može se tumačiti) predviđen zakonskim izmenama bila je sudska zaštita, ali su izostajale odredbe koje pre-

²⁰ U smislu čl. 9-a st.3 ZRO: Psihičko uznemiravanje na radnom mestu (*мобинг*), je svako negativno ponašanje pojedinca ili grupe koje se često ponavlja (najmanje u periodu od šest meseci), a predstavlja povredu dostojanstva, integriteta, ugleda i časti zaposlenih lica i uzrokuje strah ili stvara neprijateljsko, ponižavajuće ili uvredljivo ponašanje, čiji krajnji cilj može biti prestanak radnog odnosa ili napuštanje radnog mesta.

²¹ Čl. 8 Zakon o radnim odnosima.

²² Reč je o stresu uzrokovanom radniku ili grupi radnika, od straha, da će u predstojećem, bližem vremenskom periodu biti proglašeni tehnološkim viškom sledećom reorganizacijom pravnog lica; Zakon o državnim službenicima čl. 31 st. 4, čl. 82 st. 3 i 4.

cizno uvtrđuju pravni osnov za prihvatanje tužbe u slučaju psihičkog uznemiravanja. Ne postoje odredbe koje bi uputile na konkretan postupak, a zakonske izmene ne sadrže niti kaznene odredbe. Neuređeno je ostalo i pitanje uloge sindikata i komora u zaštiti prava radnika u slučaju spora za mobing.

U odnosu na utvrđene uslove za opredeljenje mobinga, komentarisali bismo čl. 9-a str. 3 ZRO u kome je psihičko uznemiravanje utvrđeno kao svako negativno ponašanje koje se ponavlja najmanje šest meseci. Teško je odrediti je li ovo zakonsko rešenje bilo mač sa dve oštrice, ili nužno zlo. Imajuću u vidu da je reč o psihičkom stresu pod kojem se podvrgava radnik, period kojim radnik stiče pravo na sudsku zaštitu izgleda predugačak, a niko ne garantuje da navede i narušavanje uslova za rad se neće poboljšati prije isteka roka, da bi nakon izvesnog perioda opet se pogoršali. Sa druge strane, komparativna iskustva nam govore da su primeri „kampanjskog“ i intenzivnog izivljavanja na određenom radniku ili grupi ređi, jer isti postaju lako uočljivi i primetni za celu okolinu time pružajući mobingovanom radniku dodatni pravni (i socijalni) osnov za zaštitu. Cilj mobinga (u očima mobera) je da radnika predstavi kao da je nekompetentan, nestručan, neodgovoran pa i sam arogantan i neadekvatan za saradnju. Vrlo češće mobing se manifestuje suptilno, putem incidentnih slučajeva prećenja, neosnovanih disciplinskih mera za smanjenje plate, usmenih opomena i neobjašnjivog preraspoređivanja u druge (manje adekvatne) radne prostorije kojima se radniku otežava izvršavanje radnih zadataka, a obim posla ostaje isti, ili se povećava. Ovo su mere koje se izriču retko, zbog čega, na početku, radnik nije niti svestan za tendencioznost istih. Ovo pravi dokazivanje mobinga na radnom mestu toliko teško, a posebno u odsustvu celovitih pravnih mera za zaštitu. Pitanje je, jesu li šest meseci dovoljno dugačak ili prekratak vremenski period, da bi moglo „blagovremeno“ povesti se postupak za zaštitu od psihičkog uznemiravanja na radnom mestu.

Kad smo već pomenuli odsustvo preciznih odredaba 2009., naveli bismo svesno (ili nesvesno) stvaranje defektnih pravnih rešenja koje same po sebi ostavljaju prostor za dugoročan psihički pritisak. Tu, za primer, bi naveli okolnost stvorenu Zakonom o radnim odnosima,²³ u slučaju neispunjavanja radnih obaveza i zaduženja, zakonodavac je poslodavcu nametnuo obavezu da dostavi pismeno upozorenje za neispunjavanje obaveza i mogućnost otkaza (otkazivanje dogovora za zaposlenje) u slučaju daljeg kršenja istih. Ono što zakonodavac nije uredio, su način evauacije (ne)ispunjavanja radnih obaveza i rok do kada važi pismeno upozorenje. U realnom sektoru, ocena neispunjenosti radnih zadataka može biti celosno diskreciona odluka poslodavca, a pri tome, odsustvo roka, do kada će radnik biti predmet dodatnog nadzora povećava pritisak na radnika. Iako je ovo konkretno pitanje u makedonskom zakonodavstvu prepušteno uređenju kolektivnim ugovorom, smatramo da ova materija ne treba biti prepuštena uređivanju podzakonskom regulativom.

²³ Zakon o radnim odnosima, čl. 73, 74 i 75.

Kakva je bila primena zakonskim izmenama i dopunama nakon donošenja Zakona u septembru 2009? Od neposrednog razgovora sa ovlašćenim licem iz Državnog inspektorata za rad pri Ministarstvu rada i socijalne politike doznali smo da kraja 2010 nije podnešena niti jedna prijava na osnovu čl. 9-a i čl. 2 ovoga Zakona. Od razgovora sa predsednikom Osnovnoga suda Skoplje II i sudija koji sude sporove za radne odnose, saznali smo da su prve tužbe stigle u aprilu 2010. godine (svega 5). Tužbe su imale elemente mobinga, ali samo dve su se izričito pozivale na mobing. Prvi slučajji mobinga dolazili su iz javnog sektora, što malo iznenađuje. Pravni status, zasnivanje i prestanak radnog odnosa u javnom sektoru (posebno u državnoj upravi) je precizno uređen zakonom i službenici se osećaju zaštićenijim i hrabriji u potrazi za pravnu zaštitu protiv psihičkog uznemiravanja na radnom mestu. Razlozi za podnošenje tužbi najčešće su bili: neosnovano izricanje disciplinske mere jednokratno smanjenje plate 15% više puta tokom iste godine, oduzimanje opreme, telefonski pozivi u kasnim satima sa pretećim sadržajem i psihički pritisak izdavanjem pismene opomene pred otkaz.

Period koji sledi, beleži malo poboljšanje i broj presuda koje su kao osnov imale mobing. Od empirije kojom raspoložemo, možemo zaključiti da u Republici Makedoniji samo javni sektor pruža "neku" zaštitu, zbog jače pravne zaštite radnog odnosa, tako da većina tužbi na osnovu mobinga potiču od zaposlenih u javnom sektoru. Sa druge strane, možemo pretpostaviti da su zaposleni u javnom sektoru, čak i izloženiji psihičkom uznemiravanju na radnom mestu, nego što bi bili radnici u privatnom sektoru u Makedoniji. U privatnom sektoru u malim i srednjim poduzećima vlasniku preduzeća ne treba opravdanje da bi otpustili radnika od kojeg nisu zadovoljni, dok u javnom sektoru budući da je "vlasnik" organizacije "država", pretpostavljeni ili politički funkcioner koji upravlja javnom organizacijom bi morao "opravdati" otpuštanje službenika, te je "lakši" način jednostavno učiniti zaposlenog nesposobnim, nekompetentnim i neodgovornim, a ujedno pogoršati mu stanje na poslu do mjere da sam podnese ostavku.

AKTUELNO STANJE I NOVINE U PRAVNOJ ZAŠTITI PROTIV MOBINGA

Jedno od ranijih istraživanja javnog mišljenja u Makedoniji, pokazalo je da se više od 500 ispitanika izjasnilo da je žrtva mobinga na radnom mestu, ali broj predmeta za ovaj osnov pred sudovima ostaje gotovo zanemarljiv. Mogući razlozi za ovo bili su: nedovoljna javna kampanja da se mogućnosti za pravnu zaštitu protiv psihičkog uznemiravanja na radnom mestu, objasne i približe široj javnosti, neadekvatna pravna regulativa, odnosno propusti o kojima smo govorili u prethodnoj tački ovoga rada i nizak stepen poverenja radnika u pravosudstvo.

Sve ovo pridonelo je da se u maju 2013. godine donese novi Zakon za zaštitu od uznemiravanja na radnom mestu.²⁴

²⁴ Zakon za zaštitu od uznemiravanja na radnom mestu (Sl. list RM br. 79/2013).

Zakon je strukturiran u 8 glava: opšte odredbe, prava obaveze i odgovornosti poslodavca, prava obaveze i odgovornosti zaposlenih, postupak za zaštitu od uznemiravanja na random mestu kod poslodavca, sudsku zaštitu, inspekcijски nadzor, prekršajne odredbe i prethodne i završne odredbe.

Predmet Zakona je uređenje prava, obaveza i odgovornosti poslodavaca i zaposlenih u vezi sa sprečavanjem psihičkog i spolnog uznemiravanja na random mestu i mestu rada, mere i postupci za zaštitu od uznemiravanja na radnom mestu. Cilj zakona je naravno sprečavanje, odnosno prevencija ove neželjene pojave i obezbeđenje zdrave radne sredine. Zakon se odnosi na sve poslodavce (fizička lica, pravna lica, organizacije sa javnim ovlašćenjima, organe jedinica lokalne samouprave, organe državne uprave, državne organe i druge organe vlasti), zaposlene, kandidate za zapošljavanje kako i na lica angažovana dogovorom koji učestvuju u radu kod poslodavca (dogovor za volontiranje, dogovor na rad, autorski dogovor i drugi oblici dogovora). Zakon se primenjuje na sve oblike psihičkog i spolnog uznemiravanja na radnom mestu i izričito zabranjuje bilo koji oblik uznemiravanja na radnom mestu, kao i na mestima gde se obavlja rad, na put koji zaposleni prolazi dolazeći i odlazeći sa posla. Isto tako Zakon izričito zabranjuje zloupotrebu prava garantovanim ovim Zakonom.

Utvrđivanje psihičkog uznemiravanja na radnom mestu nije mnogo promenjeno od rešenja predviđenim 2009-te, izmenama i dopunama ZRO. Imenom u smisli ovog zakona, psihičko uznemiravanje na radnom mestu je svako negativno ponašanje pojedinca ili grupe koje se ponavlja, kontinuirano i sistematski, a koje predstavlja povredu dostojanstva, integriteta, ugleda i časti zaposlenog i uzrokuje strah ili stvara neprijatnost, poniženje, čiji krajnji cilj može biti povreda fizičkog i mentalnog zdravlja, kompromitiranje profesionalne budućnosti zaposlenog, prestanak radnog odnosa ili napuštanje radnog mesta. Već uviđamo da je napušten šest mesečni period u kome se mora neprekidno ponavljati uznemiravanje kao uslov za pravnu zaštitu. Sličan opis Zakon daje i spolnom uznemiravanju.

Novina uvedena ovim Zakonom, je da zaposleni, koji je predmet mobinga, treba podneti pismeni zahtev (iako u ovom članu ostaje nejasno dostavlja li se pismeni zahtev samom moberu ili poslodavcu) u kome upozorava da mu "navedeno" ponašanje uzrokuje uznemiravanje na radnom mestu. Ukoliko nakon podnešenog pismenog zahteva, uznemiravanje ne prestane, onda zaposleni ima pravni osnov da povede postupak za zaštitu protiv uznemiravanja na radnom mestu.

Vršioc uznemiravanja na radnom mestu može biti jedno ili više lica (nezavisno od pola) sa negativnim ponašanjem nezavisno od njihovog svojstva, bilo da je poslodavac u svojstvu fizičkog lica, odgovorno lice kod poslodavca-pravnog lica, zaposleni ili grupa zaposlenih kod poslodavca, ili čak i treće lice sa kojim zaposleni dolazi u susret tokom izvršavanja radnih zadataka.

Interesantno je što Zakon, klauzulom sa negativnom enumeracijom, izričito uređuje isključke, odnosno aktivnosti koje se ne računaju uznemiravanjem na rad-

nom mestu poput: konkretnih akata poslodavca kojim odlučuje za prava obaveze i odgovornosti iz radnog odnosa za koje zaposleni ima pravo na zaštitu u postupku utvrđeno drugim zakonom, lišavanje i onemogućavanje ostvaravanja i korišćenja prava utvrđenim zakonom, kolektivnim ugovorom i ugovorom za zapošljavanje, a čija se zaštita ostvaruje u postupku pred poslodavcem i pred sudom, ponašanje koje je Zakonom utvrđeno za diskriminaciju na radnom mestu, kao i povremene razlike u mišljenju i stavovima za pitanja i probleme vezane sa vršenjem radnih zadataka (ukoliko iste nemaju za cilj da namerno povrede ili uvrede zaposlenog).

Zakon predviđa i brojne odredbe kojim utvrđuje (poziva) poslodavce i zaposlene da obezbede uslove za nesmetan rad i atmosferu uzajamnog poštovanja i timskog rada, u kojoj svaki zaposleni može da iznosi svoje stavove, mišljenja i predloge u vezi sa vršenjem posla na radnom mestu.

Svaki poslodavac je obavezan da zaposlene upozna sa merama i postupkom u vezi sa zaštitom od uznemiravanja na radnom mestu kao i sa pravima, obavezama i odgovornostima poslodavca i radnika tokom samom zapošljavanja i u toku posla.

Kako bi se nesmetano i nepristrasno obezbedila zaštita zaposlenih od uznemiravanja na radnom mestu, Zakon predviđa tzv. "posrednike". Posrednik mora biti neutralno lice koje posreduje među stranama sa ciljem da se reši njihov sporni odnos, a zbira se iz reda "liste posrednika" koje opredeljuje poslodavac, iz reda zaposlenih. Poslodavac koji ima 50 ili više zaposlenih, dužan je sastavi listu posrednika koji će posredovati među strana u slučaju uznemiravanja na radnom mestu. Kod poslodavca koji ima manje od 50 zaposlenih, posrednika pogodbeno opredeljuju zaposleni koji je izložen uznemiravanju, vršilac uznemiravanja i zaposleni koga opredeljuje poslodavac. Posrednik ne može biti svedok u postupku. Kada se sam poslodavac tereti za uznemiravanje na radnom mestu, zaposleni može povesti postupak za zaštitu od uznemiravanja direktno pred Sudom za radne odnose u Skoplju.

Za eventualnu štetu koju pretrpi zaposleni kao posledica psihičkog ili spolnog uznemiravanja na radnom mestu, odgovara pojedinačno svako odgovorno lice.

Zakon predviđa odgovornost i za zaposlene, tako što svaki zaposleni koji zabilježi postojanje uznemiravanja na radnom mestu je dužan da isto prijavi poslodavcu, te da povede postupak za zaštitu od uznemiravanja na radnom mestu.

Sam postupak u smisli ovog Zakona se vodi kod poslodavca i ima nekoliko faza: prethodni postupak, povodenje postupka, podnošenje zahteva, posredovanje i mere za sprečavanje. Naravno, Zakon predviđa i posebnu sudsku zaštitu kao i prekršajne odredbe za nepoštovanje ovog zakona, za čije povrede se odgovara pred Sudom za prekršaje u Skoplju.

Prethodni postupak je faza u kome žrtva uznemiravanja obraća se pismeno licu koja ga uznemirava, sa zahtevom da odmah prestane. Ukoliko ne prestane, žrtva uznemiravanja pokreće postupak za zaštitu od uznemiravanja na radnom mestu time što dostavlja prismatic zahtev poslodavcu (ukoliko sam poslodavac, nije uznemira-

vač). *Žrtva uznemiravanja* se može odlučiti, da nakon podnešenog zahteva do uznemiravača, povede postupak za sudsku zaštitu tužbom kod Suda za radne sporove i bez postupka pred poslodavcem. Zahtev sadrži podatke podnosioca zahteva, podatke zaposlenog koji se smatra izloženim uznemiravanjem na radnom mestu (ukoliko je podnositelj zahteva ovlašćeni zastupnik), podatke o zaposlenom o kome se smatra da je vršioc uznemiravanja, kratak opis ponašanja koje se smatra uznemiravanjem, trajanje i učestalost uznemiravanja, navođenje akata i dokaza. Rok za podnošenje zahteva je najkasnije šest meseci od dana kada je izvršeno uznemiravanje na radnom mestu, nakon čega se osnov za pravnu zaštitu smatra zastarelim.

Poslodavac je dužan da najkasnije u roku od 8 dana od prijema zahteva, stranama predloži posredovanje kao način rešavanja spora i da im predloži da izaberu posrednika iz liste. Ako strane ne mogu da se saglase sa izborom predstavnika, poslodavac ili odgovorno lice mogu da zaključe da posrednik nije odabran, nakog čega "oštećeni" može povesti postupak za zaštitu pred nadležnim sudom (prethodni postupak nije obavezan, te se oštećena strana može i bez postupka pred poslodavcem obratiti sudu). Postupak za posređivanje kod poslodavca je hitan, a u ovome postupku može prisustvovati i predstavnik sindikata. Sam postupak je zatvoren za javnost i podaci prikupljeni u postupku se mogu saopštiti samo učesnicima. Postupak za posredovanje mora okončati u roku od 15 dana. Ukoliko se strane pogode, postupak za posredovanje se smatra uspešnim i posrednik izrađuje pogodaj koji sadrži preporuke vršiocu uznemiravanja na radnom mestu i poslodavcu, za prestanak uznemiravanja i načine odstranjivanja istih, te i odstranjivanje mogućnosti da uznemiravanja produži na drugom mestu, te premeštaj zaposlenog u drugu radnu prostoriju. Pogodaj potpisuju obe strane. Ukoliko se strane ne mogu pogoditi, postupak se smatra neuspešnim i posrednik u roku od tri dana od završavanja postupka poslodavcu dostavlja pismeno obaveštenje da je posredovanje neuspešno. Time se i postupak smatra zastavljenim. Tokom postupka, zaposleni koji se smatra žrtvom, nakon zdravstvenog pregleda u ovlašćenoj zdravstvenoj ustanovi, može zatražiti da bude premešten u druge radne prostorije.

Mere kojima se poslodavac može služiti da bi sprečio ponavljanje psihičkog ili spolnog uznemiravanja na radnom mestu je izricanje zaposlenom, koji vrši uznemiravanje, jednu od mera za nepoštovanje radnog reda i discipline, odnosno za povredu radnih obaveza. A, ukoliko zaposleni, kome je zbog vršenja uznemiravanja na radnom mestu već izrečena jedna od navedenih mera u roku od šest meseci ponovi ponašanje, poslodavac mu može otkazati ugovor za zapošljavanje, odnosno izreći prestanak radnog odnosa.

U odnosu na sudsku zaštitu, sporovi povedeni pozivajući se na Zakon za zaštitu od uznemiravanja na radnom mestu, imaju karakter radnih sporova, vode se pred nadležnim sudom, odnosno, trenutno, Osnovni sud Skoplje II, u Skoplju, a u postupku se primenjuju odredbe Zakona o parničnom postupku.

Tužbom, zaposleni koji smatra da je izložen uznemiravanju na radnom mestu može zatražiti: utvrđivanje da je pretrpeo uznemiravanje na radnom mestu, zabranu

za vršenje ponašanja koji predstavljaju uznemiravanje na radnom mestu, odnosno zabranu za ponavljanje uznemiravanja na radnom mestu, preuzimanje radnji zbog odstranjenja posledica od uznemiravanja na radnom mestu i nadoknadu za materijalnu i nematerijalnu štetu uzrokovanu uznemiravanjem na radnom mestu. Ukoliko u postupku tužilac učini verovatnim postojanje uznemiravanja na radnom mestu, teret dokazivanja pada na tuženog.

Pred početak ili u toku postupka, Sud na predlog stranke može rešenjem odrediti privremene mere zbor sprečavanja nasilničkog ponašanja ili zbog odstranjavanja nenadomestive štete: zabranu za približavanje do radnog mesta zaposlenom i zabranu za telefoniranje i komuniciranje (verbalno ili elektronski). Žalba protiv ovog rešenja ne odlaže njegovo izvršavanje.

Zakon predviđa i inspeksijski nadzor nad njegovim sprovođenjem, a nadležan je Državni inspektorat za rad.

Za nepoštovanje, odnosno neprimenu obaveza koje proizilaze iz ovog Zakoga predviđene su prekršajne kazne od 1000 do 6000 evra u dinarskoj protivvrednosti. Prekršajni postupak vodi i sankcije izriče nadležan sud, u slučaju Sud za prekršaje u Skoplju.

Na kraju Zakon predviđa obavezu svakom poslodavcu od u roku od tri meseca nakon njegovog usvajanja upozna svoje zaposlene o pravima koje im garantuje (u slučaju taj rok ističe krajem avgusta 2013. godine). Rok za sastavljanje liste posrednika je 30 dana od usvajanja Zakona, što znači do kraja jula 2013. godine.

ZAKLJUČAK

Put prema ostvarenju efektivne zaštite zaposlenih od psihičkog i spolnog uznemiravanja na radnom mestu u Republici Makedoniji nije bio niti lak, niti kratak. Nakon brojnih (nezavisnih) ispitivanja javnog mišljenja i ukazivanja sindikata, da radnici imaju specifičan oblik problema na poslu kojeg pravni poredak još uvek, niti prepoznava, niti nudi mehanizme prevencije i zaštite, a koji je jako štetan kako po produktivnost zaposlenog, tako i njegovom zdravlju i kvalitetu njegovog ličnog života.

Mobing, ili, kako što je etabliran u pravnom poretku Makedonije psihičko uzmeniravanje na radnom mestu, prvi put je formalno pravno afirmiran u septembru 2009. godine i to u Zakonu o radnim odnosima, sa usvajanjem izmena i dopuna ovog Zakona – svega dva člana. Iako, značajan kao iskorak u dobrom pravcu, ove odredbe su samo definisale uznemiravanje na radnom mestu, ali nisu ponudile, niti postupak kojim se “žrtve” mobinga mogu obratiti za pomoć, niti kaznene odredbe, ukratko postavile su grub kostur za mogućnost pravne zaštite. Ovi su se nedostaci uvideli relativno malim brojem sudskih postupaka i sudskih presuda na osnovu mobinga, proteklih tri godine.

Konačno, u maju 2013. godine donešen je novi Zakon o sprečavanju uznemiravanja na radnom mestu koji preciznije opredeljuje psihičko uznemiravanje na radnom mestu i spolno uzmeniravanje na radnom mestu, predviđa poseban postupak za zaštitu koji se vodi kod poslodavca, sudsku zaštitu, prekršajne odredbe, te prava i obaveze kako poslodavca, tako i svih zaposlenih. Iako u ovom pravičnom obliku, Zakon deluje “rafinisanim” njegova dosledna primena u praksi ostaje konačan test njegove uspešnosti. Imajući u obzir da potpuno stupanje na snagu ovog Zakona nastupa početkom septembra 2013. godine, efekte njegove eventualne primene ćemo ostaviti za buduće istraživanje i novi rad.

Bibliografija

Priručnik: „*МОБИНГ Психички притисок на работното место*“ Сојуз на синдикати на Македонија, ММЗ, Fridrich Ebert Stiftung (Скопје 2009).

Pravni izori

Ustav Republike Makedonije (Br. 08-4642/1, 17. novembar 1991. godine Skoplje).

Zakon o radnim odnosima (Sl. list RM br. 62/05, 3/06, 44/06, 66/06, 16/07, 57/07, 77/07, 106/08, 161/08, 63/09, 114/09, 130/09, 10/2010, 50/2010, 52/2010, 58/2010).

Zakon o bezbednosti i zdravlju na poslu (Sl. list RM br. 92/07).

Zakon o jednakim mogućnostima žena i muškaraca (Sl. list RM br. 66/06, 117/08).

Krivični zakonik (Sl. list RM br. 37/96, 80/99, 48/01, 4/02, 43/03, 19/04, 81/05, 50/06, 60/06, 73/06, 7/08, 139/08, 114/09).

Zakon za sprečavanje i zaštitu od diskriminacije (Sl. list RM br. 50/2010).

Zakon za zaštitu od uznemiravanja na radnom mestu (Sl. list RM br. 79/2013).

Zakon o državnim službenicima (59/2000, 112/2000, 30/2001, 34/2001, 103/2001, 43/2002, 98/2002, 100/2002, 17/2003, 40/2003, 84/2003, 85/2003, 17/2004, 69/2004, 81/2005, 61/2006, 36/2007, 118/2008, 128/2008, 161/2008, 6/2009, 114/2009, 1/2010, 35/2010, 167/2010, 36/2011, 6/2012, 24/2012, 15/2013, 82/2013, 106/2013).

Elektronski izvori

<http://www.mobbingnet.org> (posećeno 25. 4. 2010).

PSYCHOLOGICAL HARASSMENT (MOBBING): REALITY OR FICTION?

Summary

The path towards an effective protection from psychological and gender based harassment at the workplace in Macedonia was neither easy nor quick. Following numerous (independent) surveys of public opinion and the indications by unions, that employees are faced with a specific type of problem at their workplace which the legal order still doesn't recognize nor offers mechanisms for prevention and protection, and which causes serious harm to the productivity and health of employees as well as their overall quality of life.

Mobbing, or as it was established in the legal order in Macedonia "psychological harassment at the workplace" was formally introduced in September 2009, with the amendments of the Law on Employment Relations – all in all with two articles. Although a significant step in the right direction, these articles only defined harassment at the workplace but didn't offer procedures through which "victims" of mobbing could seek help, it didn't provide punitive sanctions... in short they set a rough frame for the possibility of legal protection. These shortcomings were soon evident, as over the course of three years the number of judicial cases and verdicts on accounts of mobbing are relatively scarce.

Finally, in May 2013 a new Law on prevention of harassment at the workplace was adopted. The new legislation defines mobbing more precisely and psychological and gender based harassment. It predicts a special procedure led at the employer, judicial protection, misdemeanor sanctions, as well as rights and obligations for both employers and employees. Although in this first form, the Law appears well "refined" its consistent implementation in practice remains to be the final test of its success. Having in mind that the full enactment of this law only stepped in to force at the beginning of September 2013, the effects of its eventual implementation are to be a topic of future research and a new paper.

Key words: *employment relations, mobbing, harassment on the work place, employer, employee, public sector.*

ЗАКОН О РАДЊАМА И ИДЕЈА СОЦИЈАЛНОГ ОСИГУРАЊА У СРБИЈИ ПОЧЕТКОМ XX ВЕКА¹

Филип Бојић*

Апстракт: Након Мајског преврата 1903. године, Србија улази у период парламентарне монархије, при чему се, поред најважнијих системских закона у правосуђу и управи, приступа и раду на доношењу једног свеобухватног закона о раду, који ће регулисати и све више присутну идеју социјалног осигурања у Србији.

У овом раду се анализирају зачеци идеје социјалног осигурања, при чему аутор истиче значајну улогу радничког покрета и социјалдемократске мисли, као пресудне за усвајање новог идејног концепта. Изводећи генезу идеје од друге половине 19. века, аутор издваја допринос Јована Скерлића, Светозара Марковића, Димитрија Туцовића и, посебно, Јаше Продановића, за коначно законско уобличавање и доношење Закона о радњама 1910. године, у јеку напетих политичких односа са Аустроугарском царвином и припремом државе за вођење балканских ратова.

У анализи Закона о радњама са почетка 20. века, аутор тежи да истакне најважније одредбе које се тичу примене идеје социјалног осигурања. У том контексту, инсистира се на социјалном обезбеђењу у случају болести, повреде, изнемоглости, старости и смрти за све запослене који су обухваћени законом. По први пут у Србији је, овим законом, предвиђено осигурање радника у случају повреде на раду, чему аутор посвећује посебну пажњу брижљиво анализирајући адекватне законске одредбе које се односе на ову област.

Значајно место у ауторовој анализи Закона о радњама има и успостављање институције Земаљског савеза задруга за обезбеђење радника. Поред анализе статутарних одредби и функције овог института у целини, у раду се подвлачи и значај закона у погледу регулисања здравственог осигурања и пензионог фонда, који, напушта дотадашњи концепт братимских каса солидарности и уводи јединствени пензиони фонд на територији читаве државе.

* Асистент Правног факултета Универзитета у Београду

¹ Чланак је део мастер рада „Настанак и развој социјалног права у Србији до почетка Првог светског рата“, одбрањеног на Правном факултету Универзитета у Београду 27. октобра 2011.

Аутор на крају изриче своју оцену донетих законских решења и истиче сложене друштвене и политичке односе који су у знатној мери утицали на примену и домаћај новоуспостављених института социјалног осигурања.

Кључне речи: *Социјално осигурање - Закон о радњама - Осигурање радника на раду - Земаљски савез задруга - Пензиони фонд.*

Широм Европе усвајају се закони којима се регулишу права из социјалног осигурања, прекретница која се догодила у Србији Мајским превртом, улила је наду великом броју грађана да ће и Србија у најскорије време добити један закон који ће уредити права радника, између осталих и права из социјалног осигурања. И заиста, почетак двадесетог века и поновни долазак династије Карађорђевић на српски престо донео је велики помак у развоју социјалног осигурања у Србији. Ипак, иницирајућу улогу у усвајању Закона о радњама, којим је регулисано и социјално осигурање, нису имали ни Карађорђевићи ни тадашње владајуће партије, већ новоосновани раднички покрет. Борба радничке класе за усвајање закона којим би се уредили радни односи трајала је непуних десет година. Према Пешићу „формирањем радничког покрета у Србији почиње борба радника за побољшање услова рада и за доношење радничког законодавства“.² Позната је чињеница да су почетком осамдесетих година 19. века у Србији основане прве политичке странке - Српска напредна странка, Либерална странка и Радикална странка. Ове три странке годинама су уз српске владаре формирале политику Србије, али ни једна партија у свом програму директно не дотиче тему обезбеђивања радника посредством увођења обавезног социјалног осигурања.³

Идеја о усвајању Закона о радњама према Јанковићу постојала је још седамдесетих година 19. века, те се уочава податак да је на почетку скупштинског заседања 1872. године, опозиција међу своје захтеве предложила и „да се што пре изда Закон о радњама“.⁴ До краја 19. века, приметно је још неколико покушаја решавања питања радничког осигурања. Група окупљена око недељног социјалистичког листа Социјал-демократа, почетком 1896. године, израдила је пројекат Радничког фонда, чија је основна функција требала да се огледа у формирању јединственог фонда солидарности из којег би се финансирало осигурање радника у целој Србији.⁵ На другој страни, социјалистичка

² Р. Пешић, *Развој социјалног осигурања са нарочитим освртом на социјално осигурање у ФНРЈ и његове развојне тенденције*, Београд, 1954, стр. 119.

³ Уочавају се одређене мере помоћи члановима странке слабијег имовинског стања, те рецимо Статут Радикалне странке предвиђа да „имућнији чланови странке узму на се родољубиву партијску жртву и плате улоге за своје веома сиромашне другове“. Д. Јанковић, *Рађање парламентарне демократије – политичке странке у Србији XIX века*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 1997, стр. 350.

⁴ *Ibid*, стр. 175-176.

⁵ С. Димитријевић, *Социјалистички раднички покрет у Србији*, Нолит, Београд, 1982, стр. 77-78.

група предвођена познатим књижевним критичаром Јованом Скерлићем, саставила је 1898. године петицију у оквиру које је између осталог указано и на велику стопу сиромаштва у Србији, посебно на селу, затим на тежак положај радника, а наглашено је и да „пензију држава даје само чиновницима, иако су целог свог века имали добре плате, а сва остала сиротиња осуђена је да у старости проси милостињу или скапава од глади“.⁶ Ова петиција, као и идеја о успостаљању јединственог радничког фонда, никада није стигла до надлежних државних органа, али су зато неколико година касније, услед бројних несрећа на раду,⁷ радници на радничком збору одржаном у септембру 1901. године одлучили да упуте петицију Народној скупштини у којој су захтевали да се што пре усвоји закон којим би се регулисала заштита и осигурање радника.⁸ Пошто Народна скупштина није дала никакав одговор на упућену петицију, наредне године радници подносе још једну петицију, у оквиру које се наводи захтев „да се заведе обавезно осигурање радника у болести, смрти и несрећним случајевима“.⁹

Први пут се званичан предлог закона о радњама нашао пред посланицима скупштине марта 1904., као посланички предлог али је том приликом скинут са дневног реда уз обећање министра „да ће га влада догодине изнети на дневни ред“.¹⁰ Од тада па до марта 1910. више пута је био подношен владин предлог, али никад није стижао на дневни ред, пошто је израда овог законског пројекта изазивала велике спорове у скупштини.

Исте године, Раднички савез и новооснована Српска социјалдемократска странка захтевали су од Министарства народне привреде да се приступи изради посебног закона, којим би се уредила права из социјалног осигурања.¹¹ Пешић наводи да је „Министарство народне привреде образовало десеточлану комисију која је поставила принципе на којима ће почивати социјално

⁶ С. Димитријевић, *Социјалистичке радничке организације у Србији на крају XIX века*, Београд, Рад, 1953, стр. 58-65.

⁷ „По државној статистици погинуло је у Србији на раду: 1897. године 852 човека; 1898. године 808 људи; 1899. године 723 човека; 1900. године 820 људи; 1901. године 764 човека. Просечно дакле, годишње на раду код нас гине 793,4 човека“, Д. Туцовић, *Законско осигурање радника у болести, инвалидству и старости, несрећним случајевима и беспослици*, Београд, 1907. године, објављено у Сабраним делима Д. Туцовића, стр. 550.

„На државном друму кроз клисуру Овчар-Каблар скоро свакодневно су се дешавале радничке несреће и погибије. У току 1901. погинуло је 15, а теже и лакше рањено 50 радника. У јануару 1902, само у току једног дана, погинуло је седам радника. У повлашћеној фабрици шећера, од њеног оснивања 1898. до краја 1901. било је 120 смртних случајева, а разболело се 1. 117 радника“ Т. Кацлеровић, *Прве радничке организације у Србији*, Београд, 1950. стр. 69.

⁸ Т. Кацлеровић, *op. cit.*, стр. 70.

⁹ *Ibid.*, стр. 70.

¹⁰ О. Поповић-Обрадовић, *Парламентаризам у краљевини Србији 1903-1914*, докторска дисертација, Београд, 1996, стр. 447.

¹¹ Р. Пешић, *op. cit.*, стр. 119.

осигурање радника“.¹² Два основна принципа на којима би се заснивао читав систем социјалног осигурања били су да „осигурање буде обавезно за све најамне раднике који раде било у државним и општинским, било у приватним, повлашћеним и неповлашћеним фабрикама и радионицама“, као и „да уплате за осигурање дају половину послодавци, а половину радници“.¹³ Од предлога комисије, као и од неколико нацрта закона у наредном периоду, најалост ништа није било, тако да су радничке странке са својим вођама наставиле борбу у скупштини за усвајање првог српског закона о радњама.

Посебан допринос у борби за регулисање обавезног социјалног осигурања за све раднике имале су идеје и политичке активности вођа социјалистичких покрета: Светозара Марковића, Радована Драговића, Душана Поповића и Димитрија Туцовића.¹⁴ Туцовић се нарочито залагао да закон о осигурању треба да обухвати сва лица која раде или служе код другог: „у занату, индустрији, пољопривреди, саобраћају, без обзира на величину зараде, струку, народност и доба узраста“.¹⁵ Туцовић је у оквиру својег елабората истакао основне радничке захтеве који су формулисани по угледу на Бизмарков систем социјалног осигурања. Као основни циљеви наводе се успостављање обавезног социјалног осигурања које ће радницима гарантовати достојан живот, затим да трошкове осигурања у несрећним случајевима носе сами предузетници, да трошкове осигурања у случају инвалидности, старости, смрти као и осигурања удовица и сирочади подмирује држава средствима која би се прикупљала прогресивним непосредним порезом на имовину, доходак и наслеђе као и да трошкове око осигурања у болести и беспослици носе радници, послодавци и држава улагајући исте количине новца у фондове.¹⁶ Једна од значајнијих Туцовићевих идеја у вези са социјалним осигурањем била је везана за оснивање радничких установа за осигурање у којима би управљали и главне одлуке доносили сами радници, а које би биле потпуно независне од државне власти. Начела о социјалном осигурању која је Димитрије Туцовић изнео у свом елаборату била су исувише проткана идејом равноправности и пролетеријата, далеко либералнија у односу на Бизмарков систем социјалног осигурања који се

¹² *Ibid.*

¹³ Овим предлогом комисије били су обухваћени само индустријски радници, што је и била главна мана упућеног предлога. Председник Радничког савеза Лука Павићевић упутио је комисији своје предлоге, међу којима и „да се осигурање прошири на све раднике, да се терет осигурања подједнако расподели на раднике, послодавце и државу, као и да накнаде у несрећним случајевима носе сами послодавци“. *Ibid.*, стр. 120.

¹⁴ А. Петровић, *Осигурање за случај старости*, докторска дисертација, Ниш, 1988. стр. 33.

¹⁵ Д. Туцовић, *op. cit.*, стр. 541.

¹⁶ *Ibid.*, стр. 542. Готово идентични ставови представљени су и у Резолуцији о законском осигурању радника, донетој на VI конгресу Српске социјалдемократске странке 1908. године. На истом конгресу Димитрије Туцовић је изабран за првог секретара партије, а истакнуто је и гесло „да радници својим радом одржавају друштвени живот, да је стога друштвена заједница обавезна да их осигура“. Опширније код: С. Димитријевић, *Социјалистички раднички покрет у Србији 1870-1918*, *op. cit.*, стр. 149-150.

трансплантовао на већину европских земаља и било је потпуно нереално за очекивати да тадашња Краљевина Србија прихвати његове идеје.

Закон о радњама изгласан је напоскон у Народној скупштини 10. јуна 1910. године, а ступа на снагу после годину дана 1. јуна 1911. године.¹⁷ Закон је због залагања тадашњег министра народне привреде Јаше Продановића у народу био познат као *Lex Јаша Продановић*. Део који је уређивао социјално осигурање рађен је по угледу на Немачки модел осигурања,¹⁸ што је и логично пошто је управо у Немачкој крајем 19. века успостављен први модеран систем социјалног осигурања.¹⁹ Овим је у Србији прихваћен концепт Бизмарковог модела социјалног осигурања, који се и данас већином примењује у земљама региона на основу осигурања лица која се налазе у радном односу. Интересантно је да су се током 19. века видови социјалног обезбеђења у највећем броју случајева финансирали посредством буџета што је основна одлика Беверидевог модела успостављеног у Енглеској после Другог светског рата.

Опште одредбе

Законом се предвиђа „социјално обезбеђење у случају болести, повреде, изнемоглости, старости и смрти“ за све запослене који су обухваћени законом,²⁰ са тим што је обезбеђење у случају болести и повреде било обавезно, док је за остале случајеве важило начело добровољности. Добровољна обезбеђења су се могла трансформисати у обавезна само уз одобрење Министра народне привреде, онда када то договоре заинтересоване радничке коморе или када то затражи већина радника одређене привредне гране.²¹

¹⁷ Усвојени закон представљао је пети нацрт закона, а усвојен је у заједничкој влади радикала и самосталаца Р. Пешић, *op. cit.*, стр. 121.

¹⁸ П. Јовановић, *Радно право*, пето издање, Службени гласник, Београд, 2003, стр. 417.

¹⁹ Бизмарков модел осигурања, установљен 1883. године и данас се примењује у великом броју европских земаља. Идејни творац овог система био је немачки канцелар Ото фон Бизмарк, а систем се заснивао на идеји да се осигурањем покрију сва лица која се налазе у радном односу. Систем је обухватао на почетку три гране осигурања- осигурање од болести, осигурање од несрећног случаја и осигурање инвалидности. Бизмарков модел представља „традиционални облик радничког осигурања који се финансира из бруто зараде радника и доприноса послодавца“. Опширније код Б. Лубарда, „Основна обележја система социјалног осигурања и социјалне сигурности у упоредном праву“, објављено у В. Брајић „Запошљавање и социјални проблеми“, Београд, 1996, стр. 145-165. и Б. Лубарда, *Европско радно право*, Подгорица, 2004, стр. 352-354.

²⁰ Законом су били обухваћени индустријски и грађевински радници, као и чланови њихових породица, С. Јашаревић, *Социјално право*, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад, 2010, стр. 67.

²¹ *Закон о радњама*, објављен у Српским новинама, Београд, 29.6.1910, чл. 86.

Осигурање радника у случају повреде на раду

Први пут је неким законом у Србији предвиђено осигурање радника у случају повреде на раду. У ситуацији у којој би радник, без своје кривице, услед несрећног случаја умро или остао стално или привремено неспособан налаже се дужност власнику радње да исплати одређену накнаду раднику или члановима његове породице.²² У наставку се говори о висини накнаде коју би одређивао Земаљски савез задруга за обезбеђење радника, а по правилима која важе за ту врсту обезбеђења. Иначе, одговорност послодавца у случају несреће на раду коју би претрпео запослени првобитно је била регулисана кроз институт накнаде штете. Закон о накнади штете, усвојен у Немачкој 1871. године признавао је радницима право на пуну накнаду штете у случају повреде на раду са тим што је повређени радник морао да докаже на суду да је послодавац крив за његову повреду (тј. да је постојала субјективна одговорност послодавца за насталу штету).²³ Самим тим што је терет доказивања био на запосленом, ови поступци су трајали дуго и најчешће би радници остајали без накнада, необезбеђени за даљи живот. Немачки индустријалци такође нису били задовољни са идејом да запосленима исплаћују накнаду штете услед повреде на раду, тако да је заједничко решење пронађено у доношењу Закона о обавезном осигурању за случај несреће на послу по којем би радник добијао одређени вид помоћи или ренте у случају несреће на раду.²⁴ Убрзо после Немачке (1884), осигурање у случају несреће на раду, уведе и Аустрија (1887), Норвешка (1894), Финска (1895), Италија (1898), Холандија (1901), Шведска (1901) и Луксембург (1901), док Енглеска (1897), Данска (1898), Француска (1899), Шпанија (1900) и Угарска (1907) прихватају концепт који је почивао на институту накнаде штете.²⁵

²² *Ibid*, чл. 85.

²³ Д. Туцовић, *op. cit.*, стр. 552.

²⁴ *Ibid*, стр. 553.

²⁵ *Exemptly causa*, у Италији је осигурање радника у случају несреће на раду уређено Законом из 1898. (*Act No. 80, passed on 17 March 1898*). Дванаест година пре усвајања овог закона, Италија је добила свој Закон о друштвима узајамне помоћи (*Act No. 3818, 1886*), којим се по први пут утврђују права из социјалног осигурања у Италији једним законским актом. Законом се предвиђа оснивање добровољних друштава за осигурање, којим би управљали радници по принципима самоуправљења и без утицаја државе. Међутим, Италијани су имали великих проблема у вези са злоупотребама при коришћењу средстава из основаних радничких друштава за осигурање и било је неопходна да се успостави контрола државних органа при осигурању радника, што је био и један од разлога за усвајање закона 1898. године. Новодонетим законом утврђена је обавеза за послодавце да осигурају себе и запослене у случају наступања социјалног ризика несреће (повреде) на раду. Опширније код: S. Renga, *Italy- International Encyclopedia of Laws-Social Security Law*, volume 3, Kluwer Law International, 2009, стр. 17.

Д. Туцовић, *op. cit.*, стр. 554., Р. Пешић, *op. cit.*, стр. 39-43.

Институт накнаде штете у нашем законодавству, регулисан је Српским грађанским законом из 1844. Нигде се експлицитно не наводи случај накнаде штете услед повреде на раду. У делу

Као што је и речено, Србија све до усвајања Закона о радњама није регулисала ни на један начин осигурање запослених у случају повреде на раду што је у великом броју ситуација изазивало велике немире међу радницима и што је свакако био и један од главних повода при радничким захтевима за доношење овог закона. Према новом закону, радници су услед повреде на раду имали право на лечење, затим право на привремену или сталну помоћ која се исплаћивала у виду ренти а одређивала према степену неспособности за рад.²⁶ У случају да је услед несреће на раду радник изгубио живот, његова породица би имала право на накнаду сходно одредбама закона којима се регулисала породична пензија.²⁷ У ситуацијама када се докаже да је несрећни случај, услед којег је наступила повреда на раду, изазвао сопственом кривицом или нехатом сам радник, тада би он сам био дужан да надокнади фонду исплаћену суму на име накнаде.²⁸ Ако се којим случајем докаже да је за несрећан случај крив „директор или какав други чиновник, машинист, радник или ма које лице у или ван радње“, у тим ситуацијама је власник радње имао право да од тог лица тражи одговарајућу одштету за запосленог.²⁹ Закон предвиђа и утврђивање кривичне одговорности, у складу са одговарајућим одредбама кривичног закона, власника радње и његових запослених за повреде које је њиховом кривицом или нехатом претрпео радник.³⁰

Земаљски савез задруга

Најважнија институција која је законом била предвиђена, а односила се на осигурање запослених, био је Земаљски савез задруга за обезбеђење радника. Земаљски савез задруга би чиниле месне задруге у којима би се радници осигуравали за наведене социјалне ризике. Статут о уређењу Земаљског савеза требало је да пропише Министар народне привреде у консултацији са

закон којим се уређује институт накнаде штете, у оквиру члана 820. Закона предвиђа се да „који другога рани, осакати, или иначе повреду телу нанесе, тај плаћа трошак сав за лечење и лекове; па и заслугу, коју због тога онај губи, и које ће се у напредак лишити, наплаћује; и још за претрпљене болове, ако се захтева, сразмерну наплату чини“. У наредном члану (чл. 821) стоји „Ако би од такве ране и смрт следовала, па би сироте остале, жена и деца, онда се особита наплата чини и зато“. Поставља се питање да ли су постојале ситуације у којима су радници на основу прописа грађанског права тражили накнаду штете на основу два наведена члана у ситуацијама када радник претрпи повреду на раду услед кривице послодавца. Глава двадесет шеста закона обрађује уговор о најму (чл. 706-722), али се ни на једном месту не спомиње случај повреде на раду радника. *Збирка закона Краљевине Србије, Грађански законик, друго издање-допуњено Законом о изменама у тестаменту од 24. маја 1911*, Београд, 1912.

²⁶ Закон предвиђа да величину ренте (накнаде) одређује Земаљски савез задруга, а према правилима која су важила за ту врсту обезбеђења, *Закон о радњама*, чл. 85.

²⁷ Закон о радњама, *op. cit.*, чл. 88.

²⁸ *Ibid*, чл. 85.

²⁹ *Ibid*.

³⁰ Кривична одговорност би се утврђивала на основу Казненог законика Србије из 1860. године, који је и даље био на снази по усвајању Закона о радњама.

радничким коморама.³¹ Земаљски савез имао је обавезу да пропише статуте за месне задуге у оквиру којих би се прописало под којим условима радници остварују право на помоћ и уједно на које све врсте потпора радници имају право. Организације месних задруга, као и Земаљски савез задруга деловали би на принципима самоуправљања и имали би своје органе- скупштину, управни одбор и надзорни одбор.³² Закон наводи да би скупштину чинили првенствено радници али и послодавци у „сразмери својих улога“, док би управне и надзорне одборе чинили сразмерно представници радника и представници послодавца. Држава је такође имала право да у управни и надзорни одбор именује једног свог представика којег би постављао Министар народне привреде.³³ На скупштинама и одборима одлуке су се доносиле већином гласова, док је у ситуацијама када ни једна од страна није имала већину усвајао се предлог за који је гласао председавајући.³⁴ Закључује се да је делимично прихваћена идеја социјалиста да се радницима обезбеди учешће у раду месних задруга за обезбеђење и да су на тај начин запослени могли да учествују у одлучивању о својим правима из социјалног осигурања и унапређењу социјалне заштите.

Сва социјална давања предвиђена законом, финансирала су се путем уплата улога у фондове, које су равноправно по пола уплаћивали радници и њихови послодавци. Изузетак је као што је наведено био присутан код давања у случају повреде на раду, где су обезбеђење за случај повреде уплаћивали сами послодавци на основу таблица опасности.³⁵ Иако је у једном од нацрта закона, постојала идеја да се терет осигурања подједнако расподели на раднике, послодавце и државу, законом је предвиђено да се улога државе ограничи на годишњу уплату од минимум 100 000 динара годишње за сваки фонд, на име дотације која би се сваке године уносила у државни буџет.³⁶

Здравствено осигурање

Закон експлицитно прописује која ће се све помоћ предвидети статути-ма месних задруга, па тако се наводи да ће радник у случају болести, имати право на лекарску помоћ за њега и чланове његове породице под којима се подразумевају жена и деца. Предвиђа се и право на лекове, право на лечење у болницама и бањама ако лекар сматра да је такво лечење потребно, као и новчана помоћ која је имала карактер накнаде зараде у случају болести и која би

³¹ *Ibid.*

³² Чланови управних и надзорних одбора месних задруга вршили су своје дужности бесплатно, док би се о наградама чланова управног и надзорног одбора Земаљског савеза одлучивало у оквиру статута. *Ibid.*, чл. 93.

³³ *Ibid.*

³⁴ *Ibid.*

³⁵ Таблице опасности су требале да израде коморе- удружења индустријалаца, занатлија, трговаца и радника. *Ibid.*, чл. 91.

³⁶ *Ibid.*

се одредила према степену неспособности за рад.³⁷ Сва ова права која радник има могу се подвести као права из здравственог осигурања. Систем је уређен по угледу на Бизмарков систем здравственог осигурања, који се после Немачке проширио и на Аустрију (1888), Угарску (1891) и Луксембург (1901).³⁸

Законом о радњама се по први пут уређују и права запослених жена током трудноће и права по рођењу детета. Предвиђа се „право на помоћ радницама шест недеља пре и шест недеља после трудноће“.³⁹ Претпоставља се да би раднице имале право на новчану накнаду у истом износу накнаде која се предвиђала у случају болести. Износ помоћи утврђивале би управе месних задруга. Решење које је предвиђао наш Закон о радњама било је много повољније него решење које је нуђено у оквиру Немачких закона о социјалном осигурању где су породиље имале право на болесничку помоћ само 6 недеља по порођају.

Пензије

Посебна пажња посвећује се пензионим фондовима, напушта се концепт који се примењивао у Србији од половине 19. века, који је почивао на идеји оснивања братимских каса солидарности из којих би се финансирала социјална давања у ситуацијама наступања каквог социјалног ризика. Нови концепт је заснован на идеји оснивања једног јединственог пензијског фонда из којег би се финансирале пензије за све занатлије и трговце у Србији, на сличан начин као што су обезбеђиване пензије чиновницима.⁴⁰ Као циљ оснивања фондова, наводи се материјално помагање изнемоглих и сиромашних трговаца, занатлија и њихових породица и помоћника.⁴¹ Предвиђа се постојање трговачког и занатлијског фонда. Фондови би се образовали из заоставштине ликвидираних еснафа,⁴² као и од државне помоћи која би се давала на годишњем нивоу.⁴³

Закон предвиђа да радник остварује право на пензију, као вид социјалног давања у случају наступања старости.⁴⁴ Пензија би се одређивала према вели-

³⁷ „Новчана помоћ не може бити мања од половине обезбеђене наднице ако оболели радник мора по наређењу лекарском у кревету лежати“. *Ibid*, чл. 88.

³⁸ „У Швајцарској је Закон о обавезном осигурању радника у болести одбачен 1900. на плебисцету са 330. 000 против 143. 000, док су у Шведској и Данској и даље постојале приватне касе које је држава материјално помагала“, Д. Туцовић, *op. cit.*, стр. 546.

³⁹ *Закон о радњама*, чл. 88.

⁴⁰ Опширније о чиновничким пензијама: Ф. Бојић, Чиновничке пензије у српској легислативи XIX века, *Правна ријеч*, бр. 31/2012, стр. 741-755.

⁴¹ *Закон о радњама*, чл. 96.

⁴² Законом је престала да важи Уредба о еснафима из 1847. године, објављена у Сборнику закона и уредби изданих у књажевству Србском од 1. јануара 1847. до конца децембра 1848, Београд, 1849.

⁴³ Законом се предвиђа да би се занатском пензионим фонду давало најмање 50 000 годишње, а трговачком за обезбеђење и пензије трговачког пензијског особља најмање 15 000 динара годишње. *Закон о радњама*, Београд, 1910, чл. 96.

⁴⁴ У Немачкој се 1889. године усваја посебан Закон о обавезном осигурању за случај изнемоглости,

чини уложене суме и времену улагања, а према таблицама које ће прописати Министар народне привреде после саветовања са члановима Земаљског савеза.⁴⁵ У случају смрти радника, његова удовица и деца остваривала су право на једномесечну зараду или посмртнину, као и право на породичну пензију у износу 30% пензије на коју би осигураник по овом закону стекао право.⁴⁶ Ако би удовица имала децу, онда би се на 30% пензије додавало још по 5% више за свако дете.⁴⁷ За разлику од чиновничких закона, где су деца уживала право на пензију све до 21. године, Закон о радњама знатно снижава границу те деца уживају ово право само до 14. године живота. Закон је предвидео да за социјална давања у случају старости и смрти важи начело добровољности, тако да је претпоставка да су се детаљније ова давања и даље уређивала у оквиру аутономних аката о осигурању радника усвајаних на нивоу предузећа. Такође, већ је речено како ће се пензије одређивати на основу таблица које ће прописати Министар народне привреде у консултацијама са Земаљским савезом. Услед одлагања примене закона и ратова који су погодили Србију, наведене таблице никада нису усвојене, тако да питања у вези са износом и условима за остваривање права на пензију нису детаљније регулисана. .

Највећи број радника је до усвајања закона имао неки вид социјалне сигурности путем братинских каса и посебних фондова који су се формирали на нивоу предузећа. Закон о радњама је предвидео могућност да се постојећи раднички фондови трансформишу у месне задруге и да у том облику наставе са својим деловањем. У ситуацијама када се не би постигао споразум о трансформацији постојећих фондова, они су имали могућност да и даље наставе своју делатност сходно Закону о задругама за узајамно помагање, али би радници према начелу обавезности морали бити осигурани у складу са усвојеним Законом о радњама.⁴⁸ Опстали фондови по предузећима имали би такорећи функцију приватних фондова преко којих би запослени остваривали један вид додатног осигурања. Улагање у фондове би се вероватно одвијало на основу начела добровољности, тако да је на запосленима остајала одлука да ли

старости и смрти. Т. Поповић, *Радно право*, Београд, 1980, стр. 286.

У Енглеској су притисци у вези са увођењем државне пензије за сва старија лица започети још током 1870. године, десет године пре првих закона о обавезном социјалном осигурању у Европи. На проблем великог броја сиромашних стараца без икаквих примања, указивао је англикански свештеник Вилијам Блеквил (William Blackley) који је позвао синдикате и новоосновану Радничку партију (Labour party) да му се придруже у његовим захтевима. Ипак, први Закон о пензијама (*The Old Age Pension Act*) усвојен је тек 1910, 40 година после првих изнетих идеја у вези са државним пензијама. Закон је предвиђао да право на пензију остварују сва лица старија од 70 година који имају (годишњи) приход мањи од 21 фунте годишње. Wikeley, Ogus and Barendt's, *The Law of Social Security*, fifth edition, London, 2002, стр. 590.

⁴⁵ *Ibid.*, чл. 88, став 4.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ У случају да су деца остала и без мајке, прво дете добијало је 20% пензије на коју би осигураник стекао право, друго, треће и четврто дете по 10%, а свако следеће по 5% очеве пензије, *Ibid.*

⁴⁸ *Ibid.*, чл. 94.

ће наставити да улажу у фондове по својим предузећима, како би на тај начин обезбедили за себе већи обим права.

Примена закона

За непоштовање одредаба Закона о радњама биле су предвиђене новчане казне у износима од 5 до 1000 динара, које би плаћали послодавци. Најниже новчане казне у износу од 5 до 20 динара плаћали су послодавци који се не би придржавали одредаба закона у вези са осигурањем радника. Кажњавао би се онај послодавац „који не извести управу осигурања о пријему радника и његовом иступању“, као и „послодавац који не пошаље управи осигурања на време улоге које је по закону обавезан послати“.⁴⁹

Општеузевши, Закон о радњама представљао је велики напредак у побољшању положаја радника у Србији. Део закона, којим се регулишу права из социјалног осигурања урађен је по Бизмарковом моделу осигурања који се трансплатовао на већину европских земаља и у овом случају Србија је имплементирала у своје законодавство европске стандарде социјалног осигурања. Међутим, сам закон није дао резултате који су се очекивали. Са једне стране постојале су сметње при примени Закона од стране владајућих партија и послодаваца, што је узроковало бројне радничке протесте током целе 1911. године.⁵⁰ Према Кацлеровићу влада није имала намере да поштује усвојене законске одредбе о положају радника, што се између осталог рефлектовало и кроз чињеницу да министар народне привреде у периоду од годину дана, колико је било предвиђено за организацију припреме „увођења закона у живот“, није урадио ништа у вези са организовањем осигурања радника тј. није донео неопходне подзаконске акте.⁵¹ Друга околност, која је онемогућила примену Закона о радњама, огледала се у томе да се Србија већ од 1912. године, па све до краја 1918. налазила у ратовима, што је додатно одложило примену радничког осигурања.

⁴⁹ *Ibid*, чл. 157.

⁵⁰ Опширније код Т. Кацлеровић, *Радничко законодавство у Србији пре Првог светског рата*. Београд, 1952, стр. 39-66.

⁵¹ *Ibid*, стр. 40.

Filip Bojić

Assistant, Faculty of Law, University of Belgrade

THE LABOUR LAW AND THE IDEA OF SOCIAL INSURANCE IN SERBIA OF THE EARLY 20TH CENTURY

Summary

Following the May Overthrow in 1903, Serbia entered a period of parliamentary monarchy, beginning the work on passing comprehensive labor act to regulate the emerging idea of social insurance in Serbia, in addition to most important system laws in the legislation and administration.

This article analyzes the origins of the idea of social insurance where the author outlines the important role of the labor movement and social-democratic thought to be crucial for adopting new idea concept. Analyzing the genesis of the idea from the second half of the 19th century, the author emphasizes the contribution of Jovan Skerlic, Svetozar Markovic, Dimitrije Tucovic and, especially, Jasa Prodanovic, to the final legal framing and passing of Labor Act in 1910, in the midst of very tense political relations with Austro-Hungarian Empire and upcoming Balkan wars.

In the analysis of the Labour law of the early 20th century, the author highlights the most important provisions concerning the application of the idea of social insurance. They include social insurance in case of illness, injury, languor, old age and death for all employees who are covered by the law. For the first time in Serbia, this law provided insurance for workers in case of an injury, and the author pays special attention carefully analyzing adequate legal provisions related to this matter.

In analyzing Labuor law, the author also indicates the importance of the establishment of the National Union of the Cooperatives to secure employees. In addition to the analysis of the statutory provisions and functions of this entity as a whole, the paper emphasizes the importance of the law in regulating health insurance and pension fund, abandoning the former concept of solidarity cash fund by introducing a single pension fund within the territory of the entire country.

Finally, the author evaluates the adopted legislation and highlights the complex social and political relationships that have significantly contributed to the implementation and scope of the newly established concept of social security.

Keywords: *Social security – Labour Law - insurance of the workers - National Union of Cooperatives - Pension Fund.*

ОМЛАДИНСКИ И СТУДЕНТСКИ РАД У СИСТЕМУ РАДА РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ

Мр Рајко Кличковић*

***Апстракт:** У систему рада Републике Српске присутан је рад који обављају омладина и студенти, чланови студентских и омладинских задруга. Тај рад се односи на организовано обављање послова за потребе послодаваца који немају карактер радног односа, а ради се о привременим и повременим пословима, пословима чији је обим повремено повећан, пословима одсутног радника и сезонским пословима.*

Овај облик рада је уређен посебним законодавством и правилима. Права и обавезе, као и положај извршилаца ових облика рада се разликују од права и обавеза радника, због чега се у овом раду приступило анализи садашњег и будућег положаја овог облика рада и других облика рада ван радног односа у систему рада Републике Српске.

Овај облик рада којим се не заснива радни однос у будућности ће имати одговарајуће мјесто у систему рада јер представља флексибилни облик рада прихватљив са аспекта послодаваца и самих извршилаца, а донекле и од стране државе односно законодавца, пошто смањују незапосленост и сиромаштво.

***Кључне ријечи:** омладински и студентски рад, задругарство, радни однос, рад ван радног односа, уговор о раду, социјални партнери, послодавац, наручилац, извршилац, члан задруге.*

УВОД

У систему рада Републике Српске присутан је рад који обављају омладина и студенти, чланови омладинских и студентских задруга. Тај рад се односи на организовано обављање послова за потребе послодаваца који немају карактер радног односа, а ради се о привременим и повременим пословима,

* Министарство рада и борачко-инвалидске заштите Републике Српске

пословима чији је обим повремено повећан, пословима одсутног радника и сезонским пословима.

Омладинско и студентско задругарство, нормативно је уређено у Републици Српској од 1996. године.

Прве задруге, у модерном смислу, настале су у Великој Британији средином 19. вијека, док су на нашим просторима прве задруге основане у Србији залагањем Светозара Марковића, и то у Београду 1870. године. Године 1895. основан је Међународни задружни савез са сједиштем у Лондону, што је усмјеравало већину земаља да донесу одговарајуће радно законодавство у коме је друштвени и правни карактер задруге и задружне својине различит.¹ По бројности чланства Међународни задружни савез је највећа невладина организација у свијету.²

Послије Другог свјетског рата, на нашим просторима дошло је до афирмације једне посебне врсте задруга и задружне својине по узору на СССР. Усвајањем Уставних амандмана 1971. задруге и задружна својина су потпуно „утопљене“ односно, „национализоване“ у општи појам организације удруженог рада и друштвену својину. И ако се ова констатација, претежно, односи на задруге у пољопривреди, као најважнијој врсти задруга, и други субјекти организовани на принципу задругарства доживјели су исту судбину. Наведена уставна рјешења, а послије и пратећи законски и подзаконски прописи укинули су задруге као самосталне привредне субјекте и тиме сасвим маргинализовали значај задружне својине.

Неколико деценија касније, у снажнијем продору тржишне привреде и принципа својинског плурализма, донијет је јануара 1990. године на простору бивше Југославије савезни Закон о задругама.³ У Републици Српској Закон о омладинским задругама⁴ и Општа правила (кодекс) омладинског и студентског задругарства⁵ донешени су 1996. године одмах након завршетка рата и њима је уређено питање омладинског и студентског организовања у задруге и потврђени циљеви и дјелатност организовања. Ступањем на снагу овог закона престала је примјена савезног Закона о задругама.

Актуелни закон о задругама представља наредни корак у усклађивању концепта и улоге задругарства са растућом улогом и значајем тржишног

¹ „Међународни задружни савез је још 1946. године био једна од првих невладиних организација, који је добио савјетодавни статус у Уједињеним нацијама. Данас има прву категорију консултантивних статуса. У економском и социјалном савјету УН ЕКОСОК учлањено је преко 100 земаља са 230 задружних савеза и 760 милиона здругара“, мр Слободан Мацић, Економски сигнали, Београд, 1999.

² Радуловић М. Зоран, Уговор о обављању привремених и повремених послова преко омладинских и студентских задруга, „Радно и социјално право“ бр.1-3/2002, Београд, стр.160.

³ „Службени лист СРЈ“, бр. 3/90 и 11/90.

⁴ „Службени гласник Републике Српске“, број 3/96 и 21/96.

⁵ „Службени гласник Републике Српске“, број 20/96.

привређивања у нашој земљи, као и јачањем приватне иницијативе и предузетништва. Примјењено на категорију ђачких и студентских задруга ђацима и студентима се омогућује да радом побољшају свој материјални положај. Доношењу закона претходио је XXXI конгрес међународног задружног савеза одржан септембра 1995. године, на коме су усвојени нови задружни принципи за 21. вијек што је, свакако, определијелило законодавца, да у мјери у којој је било могуће унесе дух тих принципа и прилагоди их околностима у којима задругарство код нас остварује своју функцију.

Устав Републике Српске, економско и социјално уређење се заснива на равноправности свих облика својине чиме је створена добра основа за ревитализацију задругарства у Републици Српској. Нужност промјена, произилази из потреба да се приступи реформи нашег задругарства у цјелини, са циљем да се створе услови да оно поново постане важан и динамичан фактор развоја привреде, те да се путем задруга, поред осталог, омогући рјешавање нагомиланих економских и социјалних проблема.

1. ПРОПИСИ КОЈИ УРЕЂУЈУ ОМЛАДИНСКИ И СТУДЕНТСКИ РАД

И ако је омладински и студенски рад присутан у Републици Српској, он није уређен радним законодавством већ посебним законодавством и правилима. Он се обавља ван радног односа, јер извршиоци овог рада не заснивају радни однос па се на овај облик рада гледа као на начин ангажовања рада и радних способности у одређеним животним ситуацијама који доприноси повећавању запослености радно способног становништва. Често се, а посебно у вријеме транзиције, неки од облика рада изван радног односа међу њима и омладински и студенски рад користе да би се избјегло ангажовање радне снаге кроз институт радног односа.

Право на рад као основно људско право, у складу са међународним документима гарантује се највишим правним актима једне државе. Устав Републике Српске гарантује право на рад, слободу рада, избор занимања, запослења, радног мјеста и функције под једнаким условима свим њеним грађанима.

Право на рад у тржишном начину привређивања, које се реализује запошљавањем, посматрамо као право које обезбјеђује економску и социјалну сигурност свих грађана и које припада свим грађанима, без дискриминације по било ком основу. Права и обавезе које се остварују по основу рада, поводом рада и у вези са радом везана су за радно и социјално законодавство, у којем су та питања регулисана и које у развоју модерних држава представља највидљивији нормативни израз социјалне правне државе.

Према одредби члана III тачка 3. Устава Босне и Херцеговине, ентитети су надлежни да аутономно уређују област рада и запошљавања, па је та област у Републици Српској у потпуности уређена.

Основни ситемски пропис из области рада у Републици Српској је Закон о раду, којим се уређује начин и поступак закључивања уговора о раду између радника и послодавца, радно вријеме радника, одмор и одсуства, плате и накнаде по основу рада, заштита права из радног односа, закључивање и примјена колективних уговора, рјешавање спорова између радника и послодавца, учешће радника и синдиката у заштити права радника, престанак уговора о раду, надзор над примјеном закона и друга права и обавезе који настају по основу радног односа на територији Републике Српске.

Посебан пропис који уређује омладински и студентски рад је Закон о омладинским задругама, који уређује питање омладинског и студентског организовања у задруге. Циљ омладинског и студентског организовања се остварује привременим и повременим радом. Дјелатност задруге је организовано обављање послова за потребе послодавца који немају карактер радног односа и то: привремени и повремени послови, послови чији је обим повремено повећан, послови одсутног радника и сезонски послови.

Општа правила (кодекс) омладинског и студентског задругарства потврђују циљеве и дјелатност таквог организовања и утврђују потребне процедуре које прате упућивање члана омладинске и студентске задруге на рад код послодавца.

Такође Закон о доприносима („Службени гласник Републике Српске“, број 116/12), у одређеној мјери се односи на студентски и омладински рад јер уређује систем обавезних доприноса за финансирање пензијског и инвалидског осигурања, здравственог осигурања, осигурања од незапослености и дјечије заштите. Чланом 4. став. 1. тачка ц и ц тог закона утврђено је да су обвезници доприноса лица која обављају послове преко омладинске задруге за која се плаћају доприноси за пензијско и инвалидско осигурање и здравствено осигурање по основици утврђеној у складу са одредбом члана 6. истог закона, а што додатно потврђује напријед наведено.

Међутим, када је у питању статус осигураника чланова омладинских и студентских задруга, Закон о пензијском и инвалидском осигурању („Службени гласник РС“, бр.134/2011), регулише њихов статус. Статус осигураника радника, овај закон даје лицу до навршених 26 година живота које, у складу са законом, обавља послове преко омладинске задруге, као и лицима која обављају те послове, без обзира на године живота ако нису на редовном школовању. Наведени закон на друкчији начин регулише обавезно пензијско осигурање лица која обављају послове преко омладинских и студентских задруга до навршених 26 година живота, ако се налазе на редовном школовању. Ова лица су обавезно осигурана за случај инвалидности због повреде на раду и професионалне болести само док обављају или извршавају рад.

2. КАРАКТЕР И САДРЖИНА ОМЛАДИНСКОГ И СТУДЕНТСКОГ РАДА

Омладински и студентски рад се обавља ван радног односа, јер извршиоци овог рада не заснивају радни однос нити закључују било какав уговор о раду са послодавцем код којег обављају послове. Уговор по основу којег они обављају послове код послодавца закључује тај послодавац и задруга чији су они чланови. Када је ријеч о обављању привремених и повремених послова од стране омладине и студената и однос према уговору о обављању привремених и повремених послова у складу са Законом о раду, може се рећи да се ради о посебном режиму обављања ових послова. Међутим, омладински и студентски рад спада у посебан режим рада с обзиром да се такав рад обавља преко омладинске и студентске задруге на основу уговор о раду који послодавац закључује са задругом, као правни основ ангажовања рада без заснивања радног односа. Овај рад је занимљив, не само са становишта праксе, већ и због чињенице да своје исходиште налази у контрадикторном миљеу задругарства и задружне својине у нашем друштву.

Омладинске и студентске задруге, представљају организације које се баве ангажовањем свога чланства за рад ван радног односа. У дефинисању разлога због којих се оснивају омладинске и студентске задруге и циљ њиховог дјеловања, поред наведених социјалних разлога⁶, Закон о задругама истиче и неке практичне разлоге дидактичке природе, па каже да „омладинци оснивају омладинску задругу у циљу стицања радног искустава, развијања способности и практичних знања за рад, изградње стваралачког односа према раду и продуктивног коришћења радног слободног времена у току школовања и чекања на запослење и стицања средстава са радом“.

2.1. Иступање задруге у име и за рачун задругара

У овом режиму обављања послова од стране чланова задруге, задруга иступа као заступник задругара, а тако настали односи регулисани су по правилима о заступању.

Задруга, у име и за рачун задругара, закључује уговор са послодавцем, који садржи: предмет уговора, начин извршења посла, елементе обрачуна задруге, односно накнаде за рад и начин плаћања, услове рада, заштиту на раду, накнаду штете и друга права и обавезе послодавца, задруге и задругара. Основни садржај овог уговора, са осталим подацима, може бити утврђен и упутом

⁶ Члан 16 Општих парвила омладинског и студентског задругарства утврђује у којим случајевима лица старија од 35 година постају чланови задруга.

на рад, који задругару издаје задруга. У случају да послодавац прихвати упут на рад и распореди задругара на посао упут на рад има карактер уговора или анекса уговора.

У пракси је уобичајено да задруга са послодавцем, који чешће ангажује рад задругара, закључује уговор, којим регулише основна питања ангажовања рада у принципу или чак уговор у виду пословне сарадње, док упут на рад остаје обавезан акт при сваком појединачном ангажовању рада. Упут на рад задругар предаје послодавцу који, у правилу, у њему констатује вријеме рада у одређеном периоду, углавном мјесечно и са могућим напоменама враћа га задрузи посредством задругара или на неки други начин. Овакав упут на рад је основ за испостављање рачуна задруге послодавцу за плаћање накнаде за рад њеног члана.

2.2. Правна природа уговора између задруге и послодавца

Задруга закључује уговор са послодавцем у име и за рачун задругара, без посебног уговора или посебног овлашћења задругара, на основу чланства задругара у задрузи и чињенице да је задруга институционални облик дјеловања кроз њихово изнајмљивање рада. Задругари су, у ствари, конститутивни елемент задружног организовања и закључивање уговора задруге с трећим лицима нема за основу класично овлашћење властодавца, већ право закључивања уговора црпи из статусног овлашћења насталог моментом њеног оснивања, у складу са позитивним прописима. Задруга закључује уговор са послодавцем у складу с утврђеним правилима свог дјеловања, која подразумијевају заштиту задругара на раду код послодавца и остварење његових права, као и основних принципа на којима задруга функционише.

Уговор који задруга закључује са послодавцем је уговор посебне врсте, јер производи облигационоправна и радноправна дејства.

Члан задруге у сваком уговореном односу има велики број обавеза: да поступа са пажњом доброг привредника, обавља послове благовремено и квалитетно, да се придржава упутстава послодавца и да испуњава његове налоге, да обавјештава послодавца о свим значајним чињеницама и околностима у извршавању посла, да штити интересе послодавца и да чува пословну тајну.

Средства остварена радом задругара, које послодавац уплаћује задрузи у бруто износу, чине приход задруге од конкретног уговорног односа. Ова средства састоје се од: 1) нето накнаде за рад задругара, 2) средстава за трошкове пословања и друге заједничке потребе, 3) средстава за плаћање пореза, доприноса и других обавеза и немају карактер личних примања из радног односа, нити карактер провизије, односно накнаде за извршене услуге на тржишту.⁷

⁷ Члан 30. Општа правила (кодекс) омладинског и студентског задругарства.

Што се тиче престанка уговора, разлози престанка су слични. Уговор престаје испуњењем налога или извршењем посла задругара, престанка једне од уговорних страна, истеком уговореног рока, ако је уговор закључен на одређено вријеме, отказом и раскидом.

2.3. Уговор и права задругара

Уговором између задруге и послодавца, омладинац односно студент, стице право да обавља послове ван радног односа. При нормирању и уређивању пословања задруга законодавац је, децидно, формулисао рад задругара као обављање послова за које се „не заснива радни однос“.

За свој рад члан задруге остварује право на накнаду која је утврђена од стране надлежних органа омладинске задруге, као основно право које произилази из таквог рада.

Поред овог права, чланом 14. Закона о омладинским задругама утврђено је право чланова на здравствено осигурање и пензијско и инвалидско осигурање само за случај повреде на раду или професионалне болести у складу са прописима. Међутим, Закон о пензијском и инвалидском осигурању утврдио је лицу, члану задруге до навршених 26 година живота, које у складу са законом обавља послове преко омладинске задруге, као и лицима која обављају те послове, без обзира на године живота ако нису на редовном школовању, статус осигураника радника. Када је у питању обавезно пензијско осигурање лица која обављају послове преко омладинских и студентских задруга до навршених 26 година живота, ако се налазе на редовном школовању, ријеч је осигурању за случај инвалидности због повреде на раду и професионалне болести, само док обављају или извршавају рад као што је било и раније. Утврђивање права на пензијско и инвалидско осигурање у статусу радника за чланове задруга, представља значајно унапређење правног положаја чланова задруга и осталих извршилаца рада ван радног односа.

2.4. Услови за рад задругара и заштита на раду

Услове за рад задругара и његову заштиту док обавља рад дужан је да обезбиди послодавац код којег се тај рад обавља, што је посебно уређено чланом 17. Закона о омладинским задругама који гласи: „Послодавац обезбјеђује задругару одговарајуће услове за рад, средства и мјере заштите на раду, у складу са прописима о заштити на раду“. Ријеч је о заштити на раду која комуницира, (дјелимично), са заштитом коју ужива радник у радном односу, с тим што законодавац заштиту у радном односу конкретизује до детаља, како би се искључила могућност да послодавцу препусти тумачење неких уопштених

одредаба, што би за посљедицу могло имати неадекватну заштиту радника и неиспуњавање обавеза послодавца. Заштита задругара је начелно постављена али са позивом на сходну примјену прописа о заштити на раду, чиме су створени, макар формално, правни услови за његову заштиту.

У случају повреде на раду, задругар остварује одговарајућа права или накнаде по основу пензијско-инвалидског осигурања, по основу полисе осигурања, на основу уговора са послодавцем или по основу осигурања или заштите обезбојеђене на други начин. Практично, у уговору задруге са послодавцем послодавац се обавезује да ће задругару накнадити штету која настане као последица повреде на раду, осим последица трајног инвалидитета за које се остварују одговарајућа права по основу пензијског и инвалидског осигурања.

2.5. Одговорност задругара за штету и за ред на раду

Одговорност за штету коју је задругар нанио послодавцу утврђује се по општим принципима материјалне одговорности из Закона о облигационим односима, па је у уговору предвиђено да ће задругар накнадити штету коју је на раду или у вези са радом намјерно или крајњом непажњом проузроковао послодавцу.

Задругари су дужни да се придржавају утврђеног радног реда код послодавца, који их може удаљити са рада због непридржавања налога и упутства за рад. У том случају задруга је дужна да изда упут на рад другом задругару ради благовременог и квалитетног завршетка посла.

2.6. Накнада за рад задругара

Што се тиче накнаде за рад задругара, она се обрачунава по основу обима и квалитета обављеног посла и основа за обрачун зараде, који се назначава на путу за рад, у новчаном износу по јединици мјере. Јединица мјере је цијена часа рада задругара коју задруге формирају на основу више елемената, при чему треба имати у виду да основ за обрачун накнаде за рад задругара не може бити нижи од минималних накнада за обрачун зарада задругара које утврђује Савез омладинских и студентских задруга.

Послодавац се, у принципу, обавезује да укупан бруто износ накнаде за рад задругара (нето зарада увећана за члански допринос, за заједнички допринос за социјално осигурање за случај повреде на раду, као и порез на доходак, ако је мјесечна зарада већа од неопорезивог износа) уплати на жиро-рачун задруге одмах, а најкасније у року од седам дана, по завршетку посла.

Обавезе по основу пореза и доприноса уређене су Законом о порезу на доходак⁸ и Законом о доприносима.

⁸ „Службени гласник Републике Српске», број 91/96.

3. РАЗЛИКЕ И СЛИЧНОСТИ ИЗМЕЂУ РАДА У РАДНОМ ОДНОСУ И ОМЛАДИНСКОГ И СТУДЕНТСКОГ РАДА

Како смо већ истакли у нашем систему рада, поред рада у радном односу, као најчешћег начина ангажовања рада, присутан је и рад ван радног односа у које спада и омладински и студентски рад путем омладинских и студентских задруга. Обе врсте рада уређују се уговорима које добровољно закључују послодавац и радник, односно задруга и послодавац. Радом у радном односу и радом ван радног односа извршилац стиче радноправни статус, који му обезбјеђује одређена права и обавезе. Између рада у радном односу и рада ван радног односа постоје одређене разлике и сличности.

Да би смо дошли до одговора какаве разлике и сличности постоје између рада у радном односу и раду ван радног односа морамо сагледати у том оквиру правну природу основа којима се уређују, затим статус, права, обавезе и одговорности учесника оба облика рада.

3.1. Разлике

Једна од основних разлика између рада у радном односу и омладинског и студентског рада је разлика у самом садржају тих односа.

Полазећи од тога да садржину сваког правног односа чине права, обавезе и одговорности учесника, сагледаћемо садржину радног односа и рада ван радног односа кроз те чињенице.

Радни однос је сложен друштвено-економски и правни однос који се манифестује великим бројем фактичких и правних радњи његових учесника. Радни однос се уређује Законом о раду, колективним уговором и уговором о раду.

Садржину радног односа чине сва питања која производи установљење тог односа, начини и облици реализовања ових питања по предходно створеним претпоставкама, које, такође, чине садржину радног односа.

Садржину радног односа чине права, обавезе и одговорности запосленог и послодавца. Она могу бити индивидуална или колективна.

То значи да садржину омладинског и студентског рада не утврђује закон већ се она утврђује уговорима којима се обавља такав рад.

У таквом раду извршилац рада остварује само нека од индивидуалних права сличних правима која остварују радници у радном односу. Међутим кад је ријеч о колективним правима, лица која обављају омладински и студентски рад не остварују та права, јер су та права, с обзиром на њихов карактер и садржину својствена само лицима у радном односу.

Када се сагледа садржина рада у радном односу и омладинског и студентског рада, видљиво је да лица у радном односу остварују пуни капацитет права по основу таквог рада док лица која раде ван радног односа имају ограничен капацитет права, што представља значајну разлику између ова два облика рада и доводи у питање поштивање уставног начела права на рад и слободу рада.

Разлике између рада у радном односу и омладинског и студентског рада огледају се у трајању таквог рада. Рад у радном односу, по правилу, траје неодређено вријеме, а одређено вријеме само у случајевима утврђеним законом. За разлику од рада у радном односу, рад чланова задруге, по правилу, траје одређено вријеме, било да је то трајање одређено законом, природом посла који се обавља или уговором којим се закључује између задруге и послодавца.

Разлике између рада у радном односу и омладинског и студентског рада постоје кад је у питању заштита права лица у радном односу и лица која обављају рад ван радног односа.

Заштита права лица у радном односу, односи се на заштиту како индивидуалних, тако и колективних права. Полазећи од тога да се индивидуална права остварују у радној средини она се штите у поступку споразумне заштите и судске заштите. Колективна права се остварују и у радној средини и у одређеној сфери рада а штите у поступку споразумне заштите, арбитражне заштите и судске заштите.

Заштита права чланова здруге, односи се само на заштиту индивидуалних права уређених уговором и остварује се у грађанској парници пред судом.

3.2. Сличности

Када говоримо о сличностима између рада у радном односу и омладинског и студентског рада, првенствено мислимо на сличности у самом карактеру односа, правима и обавезама учесника ова два облика рада.

Сличности између ова два облика рада огледају се у њиховим основним карактеристикама: 1) однос код обе врсте рада добровољно се успоставља; 2) оба односа се успостављају као правни односи; 3) оба односа имају субјекте: запослени и послодавац, послодавац и извршилац; 4) садржину оба односа испуњавају њихова права, обавезе и одговорности.

3.2.1. Сличности у правима, обавезама и одговорностима

Код рада у радном односу и омладинског и студентског рада постоје одређене сличности у карактеристикама односа, правима, обавезама и одговорностима лица у радном односу и лица на раду ван радног односа.

Добровољност је заједничка карактеристика рада у радном односу и рад ван радног односа у који спада омладински и студентски рад, јер учесници добровољно ступају у тај однос. Аутономија воља страна у тим односима долази до пуног изражаја, мада смо свјесни чињеница економске неједнакости извршиоца посла и послодавца која, понекад, присиљава извршиоца да уговори обављање послова или вршење рада које не би обављао када би, у датом тренутку, имао могућност избора. Субординација, је елемент не само радног односа, него и рада ван радног односа. Субординација се јавља код оба облика рада као економска и правна неједнакост запосленог и послодавца. Субординација представља елемент радног односа који означава стање потчињености запосленог радника инструкцијама, наредбама и упутствима послодавца у оквиру организације пословања и процеса рада, што подразумејива и однос послодавца и члана задруге.

Лична, радноправна и функционална веза између запосленог и послодавца као битан елемент радног односа, карактеристика је појединих облика омладинског и студентског рада. Радни однос је лични однос и радник је дужан да лично врши одређену радну функцију, послове конкретног радног мјеста. Односи који настају ангажовањем омладинског и студентског рада, такође су лични. Ако се и по овим уговорима рад има обавити у амбијенту послодавца, запослени се укључује у организацију и процес рада и понаша по унутрашњим правилима пословања које је прописао послодавац. Према томе ово својство је карактеристично за рад на привременим и повременим пословима преко омладинске и студентске задруге.

Укључивање у радни процес је битан елемент радног односа и његова препознатљива карактеристика. Ако укључивање радника у радни процес послодавца представља битан елемент радног односа, може се рећи да се лица у вршењу привремених и повремених послова преко омладинске и студентске задруге, на одређени начин, укључују обављајући послове у процесу рад послодавца.

Плаћање рада је карактеристика оба облика рада, свеједно да ли се рад обавља у радном односу или ван радног односа. За рад у радном односу запосленом припада плата (зарада), ако ради у јавном сектору запосленом припада плата, а за рад ван радног односа извршиоцу припада накнада. Према томе, између рада у радном односу и омладинског и студентског рада постоји сличност када је у питању плаћање рада.

Радно вријеме из радног односа могуће је као елемент у неким облицима рада ван радног односа, у чему се такође огледа сличност између ова два облика рада. О пуном радном времену као претежном трајању рада може се говорити код рада којим се обављају привремени и повремени послови чији су извршиоци поједина лица или задругари омладинских и студентских задруга. Код ових облика рада пуно радно вријеме и уобичајен фонд часова је као код радног односа са пуним радним временом на неодређено или одређено вријеме.

Код обављања привремених и повремених послова од стране појединих лица и чланова омладинских и студентских задруга могу се, највећим дијелом или у цјелини, примјенити одређена правила о распореду радног времена због чињенице да је извршилац рада укључен у организацију и учествује у процесу рада код послодавца. Одмор у току рада, дневни и недјељни одмор користе лица ангажована за обављање привремених и повремених послова од стране појединих лица и чланова омладинских и студентских задруга.

Одговорност радника или извршиоца посла представља једно од веома значајних обавеза тих лица. Запослени у радном односу одговарају дисциплински „за повреде радних обавеза за које се од дисциплинских органа изричу прописане дисциплинске санкције“. Код рада ван радног односа дисциплинска одговорност не постоји, јер нема сврху, пошто подразумијева постојање радног односа са свим посљедицама тог односа на радну активност запослених.

Извршилац посла који у раду или у вези са радом код послодавца намјерно или крајњом непажњом проузрокује штету трећем лицу, коју је надокнадио послодавац, дужан је да послодавцу надокнади износ плаћене штете.

Заштита на раду се обезбјеђује једнако лицима која обављају рад у радном односу и лицима која обављају рад ван радног односа. Што се тиче заштите на раду за лица која раде ван радног односа, у контексту заштите у радном односу, могући су и у том раду ако су та лица укључена у процес рада код послодавца.

Сличности између рада у радном односу и омладинског и студентског рада постоји када је ријеч о праву на социјално осигурање. Право на социјално осигурање није више само право лица у радном односу, по коме је овај однос препознатљив и посебан у односу на друге облике ангажовања рада, већ и право лица која раде ван радног односа у чему су ова два облика рада слична. Када је ријеч о праву на социјално осигурање, лица која су ангажована у раду ван радног односа обавезно су осигурана на пензијско и инвалидско и здравствено осигурање. Право на социјално осигурање уређује Закон о доприносима за обавезно социјално осигурање.

Запослени и члан задруге који није на редовном школовању су обавезно осигурани на пензијско и инвалидско и здравствено осигурање. Право на социјално осигурање уређује Закон о доприносима. Међутим, Законом о пензијском и инвалидском осигурању утврђује се статус осигураника. Према том закону лица која обављају послове посредством задруга имају статус осигураника из радног односа и сва права по том основу. Обезбјеђењем овог права за лица која раде ван радног односа, наведени основи ангажовања рада добијају изражене карактеристике радног односа.

4. ОДНОС ПРЕМА ОМЛАДИНСКОМ И СТУДЕНТСКОМ РАДУ

Омладински и студентски рад представља рад изван радног односа који се, такође обавља на основу уговора. Рад ван радног односа, а тиме и овај облик рада, је веома битан за укупне друштвено-економске односе у једној држави и предмет је интересовања социјалних партнера. Постоје различити приступи и интереси када је у питању рад изван радног односа у свим његовим облицима. Односи синдиката, послодаваца и јавних власти се разликују када је у питању економски и социјални значај овог облика рада око чијег обављања постоје и многе неријешене дилеме.

4.1. Дилеме у вези са омладинским и студентским радом

Питање обављања омладинског и студентског рада путем уговора између задруге и послодавца први пут је озбиљно постављено 2007. године, након доношења Закона о измјенама и допунама Закона о раду, који је усвојила Народна скупштина Републике Српске 01. 03. 2007. године.

Овим законом је утврђено под којим условима се може закључити уговор о раду на одређено вријеме. Ти услови су: извршавање посла који траје до 6 мјесеци, привремено повећање обима посла, замјена одсутног радника до годину дана и обављање посла чије је трајање унапријед одређено природом и врстом посла.

Увођењем новог става 2. у члану 16. Закона о раду, прецизно се утврђују услови под којима се може закључити уговор о раду на одређено вријеме, како би се смањиле могућности злоупотреба оваквог начина запошљавања и обезбиједила већа правна сигурност радника и могућност доказивања постојања радног односа на одређено вријеме у случају радних спорова. Уговор о раду на одређено вријеме закључен супротно наведеним критеријима сматра се уговором о раду на неодређено вријеме, чиме је створена већа правна сигурност код радника и послодаваца.

Из оваквих законских рјешења видљиво је да између Закона о раду и Закона о омладинским и студентским задругама постоје одређене везе и међусобни утицај, посебно у одредбама које говоре о раду на одређено вријеме и о дјелатности задруга. Постоји сличност код двије врсте послова који истовремено представљају дјелатност задруге и услов за закључивање уговора на одређено вријеме. То су послови чији је обим привремено повећан и послови одсутног радника. То значи да су два посла из дјелатности омладинских задруга послови чије је обављање Законом о раду утврђено као услов за закључивање уговора о раду на одређено вријеме, што је вјероватно представљало проблем

инспекцији рада приликом надзора и контроле над примјеном једног и другог закона.

Проблеми нису постојали када је у питању обављање привремених и повремених послова и сезонских послова који представљају дјелатност задруга, а који су послови ради којих се према одредбама Закона о раду не закључују уговори о раду. Министарство је дало мишљење да ове двије врсте послова задруге могу обављати као послове из своје дјелатности и да то није у супротности са одредбама Закона о раду, јер се такав рад регулише између задруге и послодавца чиме се на одређен начин спречава рад на црно, имајући у виду да задруга за ангажоване чланове уплаћује доприносе и порезе.⁹

Министарство је такође било мишљења да би инспекција рада када затекне чланове задруга да код послодавца обављају послове ради привременог повећања послова и замјене одсутног радника, требала да води рачуна колико дуго траје привремено повећање посла и потреба замјене одсутног радника код послодавца који је ангажовао задругаре, јер за краће трајање повећаног обима послова и краће замјене радника (мање од 30 дана) послодавац нема интереса да увијек закључује уговор о раду на одређено вријеме. Овакво мишљење инспекција рада није поштовала и на терену је дјеловала у правцу да спречава и санкционише овакав рад, што је студенским и омладинским задругама стварало одређене проблеме као и послодавцима који су ангажовали студенте и омладину.¹⁰

4.2. Однос социјалних партнера према омладинском и студентском раду

Однос социјалних партнера према омладинском и студентском раду је различит, што је вјероватно резултат њихових различитих интереса, када је у питању остваривање права на рад у условима тржишног начина привређивања.

Послодавци траже што флексибилније облике рада као предуслов за квалитетније тржишно пословање, што подразумемијева и уговоре о раду којима се не заснива радни однос.

Синдикати сматрају да је рад изван радног односа неприхватљив, јер не обезбјеђује потпуну социјалну сигурност извршилаца какву имају лица у радном односу. Према мишљењу синдиката, увођењем ових облика рада у радно законодавство Републике Српске у мјери у којој је то учињено у Србији и другим земљама окружења, сужава се простор за рад на основу уговора о раду којима се заснива радни однос и врши додатна деградација права радника односно извршилаца рада који према наведеним уговорима не заснивају радни однос.

⁹ Мишљење Министарства рада и борачко инавалидске заштите, број 16-4095/07, од 04. 04. 2007.

¹⁰ Мишљење истог министарства упућено Инспекцији рада, број 16-15801/07, од 28. 01. 2008.

Када је у питању однос јавне власти према раду изван радног односа, може се рећи да се тај рад одобрава, јер су облици таквог рада у већини земаља утврђени и допуштени законом о раду а представљају један од начина смањења социјалних тензија и доприносе запошљавању уопште. Ово све важи и када је у питању студентски и омладински рад, и он је уређен посебним законом. Међутим, јавна власт је предузела активности у том правцу да се за неке од ових облика рада од стране послодавца плаћају исти доприноси и порези као за рад који се обавља у радном односу.

У процесу социјалног дијалога биће потребно ускладити и довести на разумну мјеру различита гледања социјалних партнера на ове облике рада, гдје ће влада као трећи равноправни партнер имати највећу одговорност.

5. ЕКОНОМСКА И СОЦИЈАЛНА ОПРАВДАНОСТ ОМЛАДИНСКОГ И СТУДЕНТСКОГ РАДА

С пуним правом се поставља питање економске и социјалне оправданости омладинског и студентског рада с обзиром на чињеницу да се овај облик рада обавља ван радног односа. Основ ангажовања студентског и омладинског рада је уговор којим се не заснива радни однос и који не производи права и обавезе за извршиоца, члана задруге, која произилазе из саме природе радног односа уређеног уговором о раду. Анализирајући омладински и студентски рад у нашем систему рада и правну регулативу и начин на који она дефинише и позиционира ову врсту рада у систему рада, утврђено је да она прави разлику између уговора о раду којима се заснива радни однос и оних уговора који то не обезбјеђују.

Да би смо дошли до одговора у којој мјери омладински и студентски рад треба и мора бити присутан у друштву у одређеним друштвено-економским односима, морали смо га посматрати са више аспеката. Прије свега, морало се поћи од правне природе уговора којим се он уређује, економског значаја и социјалних посљедица.

Оно што се посебно намеће као важно питање у анализи омладинског и студентског рада јесте и чињеница да је у посљедње вријеме, поред саме накнаде, створена законска обавеза плаћања доприноса и пореза за готово све облике рада који се обављају изван радног односа међу које спада и ова врста рада, готово идентично обавезама које се плаћају за лица у радном односу (а то су доприноси за социјално осигурање, зависно од лица са којим је закључен уговор, као и порези).

Плаћањем утврђених обавеза повећава се социјална сигурност извршилаца чланова омладинских и студентских задруга и осталих извршилаца рада ван радног односа и смањује разлика између оваквог рада и радног односа.

Без обзира на смањење разлика између ове двије категорије уговора због обавеза плаћања доприноса и пореза, постоје одређене предности ангажовања студентског и омладинског рада и других облика рада ван радног односа, и то: погодности за послодавце, веће могућности за запошљавање, социјални и индустријски мир. Евидентна је разлика између студентског и омладинског рада у периоду до када се за такав рад нису плаћали доприноси, као и у периоду након тога када је утврђена обавеза да се и за поједине облике таквог радног ангажовања плаћају доприноси и порези.

У периоду од 2002. до 2012. године за омладински и студентски рад задруге су уплатиле на име доприноса за пензијско и инвалидско осигурање износ од 5.013.463,00 КМ, за здравство осигурање износ од 3.307.786,00 КМ, на име пореза на одоходак 5.377.546,20 КМ и за порез на додату вриједност од 2006. године 387.918, 00 КМ. У овом периоду радно је било ангажовано 108.539 чланова задруга, што неспорно говори о економској и социјалној оправданости таквог рада.

У периоду када се нису плаћали доприноси и порези, економску и финансијску корист од таквог рада су имали само послодавци и извршиоци таквог рада, док су губитници били држава, фондови социјалног осигурања и друштво уопште.

У садашњем економском тренутку, ако се има у виду стање у систему пензијског и инвалидског осигурања, оправдан је већи обухват лица у обавезном осигурању кроз уговоре о раду којима се не заснива радни однос. До ове године¹¹ није било законских могућности ни обавеза да извршиоци посла према овим уговорима буду обвезници доприноса. Обавеза плаћања доприноса и пореза на неке од уговора о раду изван радног односа не мијења карактер тих уговора нити их по аутоматизму сврстава у уговоре којима се заснива радни однос, јер обавеза уплате доприноса и пореза на промет није битан елемент радног односа.

Несумњиво је да ће уговори о раду којима се не заснива радни однос у будућности имати одговарајуће мјесто у систему рада и у укупним друштвено-економским односима. Ови уговори представљају флексибилне облике рада прихватљиве са аспекта послодаваца и самих извршилаца, а донекле и од стране државе односно законодавца, јер доприносе порасту запослености и обезбјеђују социјална права извршиоцима.

¹¹ Ступањем на сангу Закона о пензијском и инвалидском осигурању извршиоци посла су постали обвезници уплате доприноса.

6. МЈЕРЕ ЗА УНАПРЕЂЕЊЕ ОМЛАДИНСКОГ И СТУДЕНТСКОГ РАДА

Имајући у виду економску и социјалну оправданост његовог постојања, поставља се питање како унаприједити омладински и студентски рад и друге облике рада ван радног односа у систему рада Републике Српске.

Једна од најзначајнијих мјера је доградња Закона о раду у правцу да се рад ван радног односа, у који спада и омладински и студентски рад, уреди тим законом као системским прописом а на начин да се радници и извршиоци посла– посланици изједначе у статусу, а да се остала питања и даље уређују посебним прописима.

Проблем адекватног третмана омладинског и студентског рада у нашем систему рада био је у неспровођењу посебних прописа којим је уређена ова врста рада и његов третман од стране инспекције који смо напријед констатовали. Стога се предлаже да се у наредном периоду у потпуности примјењује Закон о омладинским задругама, као посебан пропис, када је ријеч о ангажовању омладинског и студентског рада и да се он не доводи у везу са одредбама Закона о раду које утврђују случајеве закључивања уговора о раду на одређено вријеме. На овај начин би се направила јасна разлика између уговора о раду којима се заснива радни однос и уговора који се закључује ради обављања студентског и омладинског рада.

Имајући у виду наведене проблеме који прате студентски и омладински рад, видљиво је да унапређења правног положаја овог облика рада нема и без промјена прописа о порезима и доприносима у правцу да се порези и доприноси који се обрачунавају и плаћају на овај облик рада смање. На овај начин би се омладински и студентски рад и организовано дјеловање омладинских и студентских задруга у Републици Српској учинило конкурентним у односу на омладинске и студентске задруге из других дјелова Босне и Херцеговине које су због доста мањих пореза и обавеза које плаћају конкурентније и све више присутне на нашем тржишту рада.

ЗАКЉУЧАК

Омладински и студентски рад у Републици Српској, од 1996. године нормативно је уређен посебним прописима и правилима. Он има мјесто у систему рада и ако је оспорован његов економски и социјални значај и његов допринос смањењу укупне незапослености и сиромаштва.

Чињеница је, да овај облик рада представља рад ван радног односа који системским законом није уређен у Републици Српској. Развојем друштвено

економских односа и преласком на тржишни начин привређивања сторени су услови да се рад ван радног односа и сви његови појавни облици, као флексибилни начини радног ангажовања, уреде Законом о раду као системским прописом којим се уређује рад.

Када је у питању омладински и студентски рад, који је највише заступљен облик рада изван радног односа којим се обезбјеђује социјални статус извршилаца, поред Закона о раду и даље треба да буде уређен посебним законом. Међутим, неопходно је приступити реформи нашег задругарства у цјелини са циљем да се створе услови да оно поново постане важан и динамичан фактор развоја привреде, и да се дијелом путем задруга омогући рјешавање нагомила-них економских и социјалних проблема.

Чињеница је, да у посљедње вријеме створена законска обавеза плаћања доприноса и пореза за омладински и студентски рад готово идентично обавезама које плаћају лица у радном односу (а то су доприноси за социјално осигурање, зависно од лица са којим је закључен уговор, као и порези) иде у прилог оправданости увођења оваквог рада у систем рада у одговарајућој мјери .

Плаћањем утврђених обавеза повећава се социјална сигурност извршилаца посла из уговора којима се не заснива радни однос и смањује разлика између ових уговора и уговора којима се заснива радни однос, те се на тај начин посредно сузбија и непријављени рад.

Несумњиво је да ће уговори о раду којима се не заснива радни однос у будућности имати одговарајуће мјесто у систему рада и у укупним друштвено-економским односима. Ови уговори представљају флексибилне облике рада прихватљиве са аспекта послодаваца и самих извршилаца, а у већој мјери и од стране јавне власти, односно законодавца, јер доприносе порасту запослености и обезбјеђују социјална права извршиоцима.

Summary

In the system of the Republic of Serbian is present a work done by young people and students, members of the student and youth unions. This work refers to an organized performing for employers who do not have the character of the employment relationship, and these are temporary jobs, jobs with periodically increased volume, absent workers jobs and seasonal jobs.

This form of work is regulated by special laws and regulations. Rights and obligations, as well as the position of the perpetrators of these types of work are different from the rights and obligations of workers, therefore this paper approach the analysis of the current and future position of this type of work and other forms of outside employment in the system of the Republic of Srpska.

Not based on the working relationship in the future this form of work will have a proper place in the work system as an acceptable flexible form from the standpoint of employers and perpetrators, and to some extent by the government and the legislature, as reducing unemployment and poverty.

Keywords: *youth and student work, cooperative, working relationship, work out of employment, employment contract, social partners, employer, purchaser, executor, a member of the cooperative.*

РЕПРЕЗЕНТАТИВНОСТ КАО УСЛОВ ЗА УЧЕШЋЕ У ТРИПАРТИТНИМ И БИПАРТИТНИМ ОБЛИЦИМА САРАДЊЕ У РЕПУБЛИЦИ СРПСКОЈ

Мр Борислав Радић*

Увод

Синдикалне организације, односно удружења послодаваца се оснивају са циљем заштите права и интереса радника и унапређивања професионалних и економских интереса својих чланова. Међутим, за колективно преговарање и закључивање, односно измјене или допуне колективних уговора, те учешће у раду одређених тијела трипартитног карактера (Економско-социјалном савјету, Одбору за заштиту на раду, чланству у управљачким структурама одређених институција социјалог осигурања), потребно је својство репрезентативности.

Законом о раду Републике Српске (измјенама Закона из 2007. године) посебним одијељком који носи назив „Репрезентативност синдиката и послодаваца“ ријешено је веома важно питање од интереса за сва три партнера у социјалном дијалогу.

У тексту Закона, почев од 2000-те године, ово питање није било ријешено, па је стварало одређене проблеме у тренутку када се појавило више организација синдиката и послодаваца, на свим нивоима организовања у Републици Српској, а првенствено у процесу колективног преговарања.

Закон је донекле имао одредбе које се односе на репрезентативност, кроз један од елемената, а то је бројност чланства¹.

Данас је питање репрезентативности прецизно регулисано, јер су прописани услови за стицање тог својства. Ријешено је и питање надлежног органа као и поступак утврђивања репрезентативности, односно поступак преиспитивања стечене репрезентативности, као и поступак губљења, а на основу захтјева, уколико дође до промјене чињеница на основу којих је утврђена репрезентативност².

* Мр Борислав Радић, директор ЈУ „Агенција за мирно рјешавање радних спорова“ Републике Српске.

¹ Члан 161. Закона о раду.

² Члан 142. до 157. Закона.

За социјални дијалог савјета радника у процесу партиципације и за колективно преговарање штрајкачког одбора о захтјевима штрајкача услов у погледу репрезентативности, се не поставља.

1. Репрезентативности синдиката

Према члану 142. Законом о раду синдикат се сматра репрезентативан:

- ако је основан и дјелује на начелима синдикалног организовања и дјеловања,
- ако је независан од државних органа и послодаваца;
- ако се финансира претежно из чланарине и других сопствених извора;
- ако има потребан број чланова на основу приступница;
- ако је уписан у регистар у складу са законом и другим прописима.

Свака синдикална организација мора испуњавати наведене услове да би се сматрала репрезентативном, без обзира на ком нивоу или за коју грану или дјелатност је основана.

Одредбама Закона о раду прописани су и додатни услови за утврђивање репрезентативности. Ови додатни услови нису ништа друго већ разрада услова који се односе на број чланова на основу приступница, а који су прописани Законом и који се посматрају у зависности од нивоа синдикалног организовања и дјеловања.

Додатни услови за утврђивање својства репрезентативности прилагођени су посебним захтјевима у односу на ниво синдикалног организовања и дјеловања.

Сходно овоме, разликују се услови за стицање својства репрезентативности синдиката код послодавца од услова за стицање својства репрезентативности у грани, односно дјелатности, као и услови за стицање својства репрезентативности за територију Републике.

Репрезентативни синдикат код послодаваца сматра се већински синдикат, који испуњава услове прописане законом и у који је учлањено најмање 20% запослених од укупног броја запослених код послодаваца.

Репрезентативним синдикатом у грани или дјелатности сматра се већински синдикат који испуњава услове прописане законом и у који је учлањено не мање од 20% од укупног броја запослених у тој грани или дјелатности.

Полазећи од наведених услова у погледу броја чланова у синдикалној организацији основаној код послодавца, односно синдикалној организацији у грани, односно дјелатности, може се закључити да истовремено може дјеловати више синдиката на истом нивоу са својством репрезентативности.

Репрезентативни синдикат на нивоу Републике Српске је већински синдикат који је независан од државних органа и послодаваца, који се финансира из чланарине, који је уписан у регистар министарства надлежног за послове рада и у који је учлањено не мање од 20% од укупно запослених у Републици, према подацима Републичког завода за статистику.

2. Репрезентативност удружења послодаваца

Удружење послодаваца сматра се репрезентативним, ако испуњава услове прописане Законом о раду. Удружење послодаваца сматра се репрезентативним:

- ако је уписано у регистар у складу са законом и
- ако има потребан број запослених код послодавца - чланова удружења послодавца у складу са чланом 146. Закона о раду.

Члан 146. Закона о раду, прописује да се удружење послодаваца сматра репрезентативним ако је у удружење учлањено не мање од 20% послодаваца од укупног броја послодаваца у привредним гранама или дјелатностима, на нивоу Републике, под условом да ти послодавци запошљавају не мање од 20% запослених од укупног броја запослених у привредним гранама или дјелатностима на нивоу Републике.

3. Поступак утврђивања репрезентативности

Утврђивање репрезентативност синдиката и удружења послодаваца одвија се на јединствен начин и поступак утврђеним Законом о раду. Поступак се покреће захтјевом, а сам поступак утврђивања води се пред надлежним органом. Поступак се окончава доношењем позитивног или негативног рјешења или закључка којим се захтјев за преиспитивање одбацује.

3.1. Надлежни орган

Орган надлежан за утврђивање репрезентативности синдиката и удружења послодаваца одређен је у зависности од нивоа и облика удруживања.

Тако, утврђивање репрезентативности је у надлежности или послодавца или министра надлежног за послове рада, а што зависи од тога, да ли се репрезентативност утврђује синдикату код послодавца, или репрезентативност синдикалним организацијама и удружењима послодаваца за грану/дјелатност, или се репрезентативност утврђује за цијелу територију Републике.

Значајну улогу у овоме поступку има Одбор за утврђивање репрезентативности синдиката и удружења послодаваца.

Одбор за утврђивање репрезентативности синдиката и удружења послодаваца је трипартитно тијело које броји девет чланова, по три представника Владе Републике Српске, репрезентативних удружења послодаваца и репрезентативних асоцијација синдиката.

Своје представнике у Одбору, на приједлог министра надлежног за послове рада именује Влада Републике Српске, а представнике синдиката и удружења послодаваца именују репрезентативни синдикати и удружења послодаваца, након што ову репрезентативност утврди посебна комисија.³

Мандат чланова Одбора траје четири године, а чланство у Одбору мора одражавати равноправну заступљеност полова.

Све административно-техничке, стручне и друге послове за потребе Одбора и његових чланова обавља министарство надлежно за послове рада.

3.2. Подношење захтјева за утврђивање репрезентативности

Поступак за утврђивање репрезентативности синдиката код послодавца покреће се на захтјев синдиката чија се репрезентативност утврђује. Уз захтјев се подносе докази о испуњавању услова репрезентативности, а нарочито: доказ о регистрацији синдиката (упису у регистар) и доказ о проценту учлањења радника у синдикат, на основу приступница и друге одговарајуће евиденције.

О захтјеву за утврђивање репрезентативности синдиката код послодавца, послодавац је дужан да одлучи у року од 15 дана од дана подношења захтјева. О захтјеву се на основу проведеног поступка и утврђених чињеница одлучује рјешењем.

Међутим, ако послодавац у року од 15 дана од дана подношења захтјева није утврдио репрезентативност или ако синдикална организација сматра да репрезентативност није утврђена у складу са законом, односно синдикалне организације основане на нивоу Републике, гране или дјелатности, захтјев за утврђивање репрезентативности подносе Одбору за утврђивање репрезентативности синдиката и удружења послодаваца.

И у овом случају захтјев подноси синдикат чија се репрезентативност утврђује. Уз захтјев се подносе докази о испуњавању услова прописаних за-

³ „Прву“ репрезентативност синдиката и послодаваца, како би ове асоцијације легитимно предложиле своје кандидате за Одбор, утврдила је посебна комисија. Ову „посебну комисију“, на приједлог Економско-социјалног савјета Републике Српске именовала је Влада Републике Српске. Комисија је изражавала равноправност свих партнера у социјалном дијалогу и састојала се од по три представника Владе, синдиката и удружења послодаваца који су основани и дјелују на територији Републике Српске.

коном, као и доказ да им послодавац у законом прописаном року није утврдио репрезентативност, односно да им је репрезентативност утврђена на незаконит начин.

Захтјев за утврђивање репрезентативности синдикалним организацијама и удружењима послодаваца за грану/дјелатност или репрезентативност за цијелу територију Републике Српске, уз доказе о испуњавању услова, подноси се Одбору за утврђивање репрезентативности синдиката и удружења послодаваца.

3.3. Поступак по захтјеву за утврђивање репрезентативности

Поступак по захтјеву за утврђивања репрезентативности синдиката и удружења послодаваца у Републици Српској се спроводи према одредбама Закона о општем управном поступку, о којем захтјеву одлучује онај који је надлежан да тај поступак спроведе, односно према Правилима о раду Економско социјалног савјета.⁴ Правилима је уређен начин рада Одбора у поступку утврђивања репрезентативности синдиката и удружења послодаваца.

Послодавац, синдикалним организацијама основаним код њега, репрезентативност, након утврђивања чињеница и поднијетних доказа о испуњавању услова, утврђује рјешењем. У поступку утврђивања репрезентативности, синдиката код послодавца, право да учествују имају и други синдикати основани код послодавца, а што је послодавац дужан омогућити и дати им активно учешће у поступку.

У поступку утврђивања репрезентативности синдиката и удружења послодаваца за грану/дјелатност или репрезентативност за цијелу територију Републике Српске, Одбор је дужан да испита и утврди све чињенице од којих зависи репрезентативност. У том смислу Одбор прво упућује јавно обавјештење свим синдикатима и удружењима послодаваца да могу поднијети захтјев за утврђивање репрезентативности уз које ће доставати сву потребну документацију.⁵

⁴ Правила су донесена од стране самог Одбора за утврђивање репрезентативност синдиката и удружења послодаваца, након што је од стране посебне комисије (чл. 197. Закона о раду) утврђена „прва“ репрезентативност синдиката и удружења послодаваца (Савез синдиката Републике Српске и Унија удружења послодаваца Републике Српске), односно након доношења актом о именовању чланова Одбора за утврђивање репрезентативност синдиката и удружења послодаваца.

⁵ Под потребном документацијом (чл. 3. став 3. Правила), поред доказа из члана 151. Закона о раду, подразумевају се: Изјава о начелима организовања, Изјава о независности, доказ о финансирању из чланарина и других сопствених извора, Изјава лица овлаштеног за заступање о броју чланова те доказе о броју чланова на дан подношења захтјева Одбору. Уколико се у поступку утврђивања репрезентативности јавне оправдане сумње у истинитост броја чланова наведеног у изјави, Одбор ће од подносиоца захтјева затражити достављање појединачних

Након што захтјев за утврђивање репрезентативности буде поднесен, Одбор утврђује да ли је захтјев уредан и допуштен (поднесен од стране овлаштеног лица), и да ли су приложени докази о испуњавању услова потпуни. Ако се утврде одређени недостаци или ако захтјев није потпун и не садржи све релевантне доказе, Одбор ће подносиоцу захтјева оставити рок од 15 дана да недостатке отклони. Ако подносилац захтјева у остављеном року отклони недостатке, захтјев се сматра уредним и благовременим.

Укупан број запослених у Републици Српској, са којом се и пореди проценат учлањених радика у тој синдикалној организацији, односно број учлањених послодаваца у одређеној грани или дјелатност и број радника који они запошљавају, утврђује се на основу података Републичког завода за статистику или другог органа који води одговарајућу евиденцију. Број запослених код послодавца утврђује се на основу потврде послодавца, коју је он на захтјев синдиката дужан да изда.

У року од 60 дана од дана пријема захтјева, Одбор је дужан да проведе поступак, то јест, испита и утврди све чињенице од којих зависи својство репрезентативности синдиката и синдикалних организација или удружења послодаваца, и да предложити министру надлежном за послове рада доношење одговарајуће одлуке.

Та одлука, према одредбама Закона о општем управном поступку, а у вези са одредбама Закона о раду, може бити у форми рјешења или закључка.

Закључак није одлука мериторног карактера и њиме се не одлучује о основаности захтјева. Закључком, министар на приједлог Одбора, одбацује захтјев: 1) ако је синдикат код послодавца поднио захтјев Одбору, а прије обраћања послодавцу, односно прије рока у коме је о захтјеву синдиката требало да одлучи послодавац, 2) ако подносилац захтјева у остављеном року није отклонио недостатке на које је указао Одбор, 3) ако захтјев није поднесен од стране овлаштеног лица (органа).

Мериторна одлука је рјешење. Тако, министар на приједлог Одбора доноси рјешење којим се захтјев за утврђивање репрезентативности, усваја или одбија.

Захтјев се усваја ако су законом прописани услови репрезентативности испуњени, односно одбија ако нису испуњени. У оба случаја, министар је дужан да донесе рјешење у року од 15 дана од дана подношења захтјева, односно од дана отклањања недостатака у захтјеву. Против рјешења министра о усвајању или одбијању захтјева може се покренути управни спор. Рјешење министра о утврђивању и губитку репрезентативности синдиката и удружења послодаваца на нивоу Републике, гране или дјелатности, објављује се у „Службеном гласнику Републике Српске“.

Без обзира о којој одлуци говорили, према члану 6 Правила, Одбор може пуноважно одлучивати тек уколико је на сједници присутно двије трећине представника сваког од социјалних пратнера који чине Одбор. Сама одлука је коначна ако је за исту гласало двије трећине чланова од укупног броја, под условом да су у тој већини заступљени двотрећински представници свих социјалних пратнера.

С обзиром на ово рјешење, неопходно је указати на његове недостатке. Ово из разлога што је у Републици Српској на друштвеној сцени присутан плурализам синдикалних организација и организација послодаваца, а и само својство репрезентативности је подложно преиспитивању.

У случају да постојеће организације којима је својство репрезентативности утврђено, то својство изгубе или га због других разлога доведу у питање, па се исто мора преиспитивати или се мора утврдити другим организацијама, поставља се питање начина на који се то може урадити. Према постојећим рјешењима то је могуће урадити онда само ако сједници присуствује двије трећине представника сваког од социјалних пратнера који чине Одбор. Ако не присуствује пуноважно одлучивање није могуће.

Поред присуства самој сједници Одбора (као први услов), да би пуноважна одлука била донесена неопходно је да је за исту гласало (други услов) двије трећине чланова од укупног броја, под условом да су у тој већини заступљени двотрећински представници (трећи услов) свих социјалних пратнера.

С обзиром да својство репрезентативности даје одређена права тим организацијама, није реално очекивати да ће представници тих истих организација присуствовати сједници Одбора и гласати да то својство изгубе, па самим тим изгубе и одређена права (од учешћа у раду тог истог Одбора, раду Економско-социјалног савјета, па до поступка колективног преговарања и закључивања колективног уговора итд.). Није реално очекивати (ни у тренутку доношења самих Правила о раду Одбора, а ни сада), да су та правила могла бити другачија. Она одражавају искључиво интересе социјалних пратнера којима је посебна комисије утврдила „прву“ репрезентативност. А, правни интерес којом би један од два репрезентативна социјална пратнера гласао против себе и себи ускратио права, у правном поретку Републике Српске није могуће пронаћи. Рачунати на морал, савјест и друштвену одговорност, у друштву у којем су поменуте вриједности угрожене и сведене на минимум, сматрам погрешним.

Стога, имајући у виду могуће блокаде у раду или приликом одлучивања Одбора, а самим тим и угрожавања трипартитних и бипартитних процеса (социјалног дијалога и колективног преговарања) једино могуће рјешење, јесте, да се допуни постојећи Закон о раду у дијелу који се тиче репрезентативности синдиката и удружења послодаваца, и постојећа правна празнина отклони.

Могуће рјешење је то по којем би Влада, на приједлог министарства надлежног за послове рада, односно министарства надлежног за послове привреде и индустрије утврђивала својство репрезентативности синдиката и организација послодаваца. Оправдање за овај приједлог је у чињеници да министарство надлежно за послове рада води регистар синдикалних организација на основу којег би било могуће утврдити број чланова синдикалне организације.

За утврђивање репрезентативности организације послодаваца неопходно је утврдити процентуалан број учлањених чланова послодаваца у једној грани или дјелатности, односно на нивоу Републике, те процентуалан број запослених радника код тих послодаваца. Ове чињенице могле би се утврђивати уз помоћ министарства надлежног за послове привреде и индустрије и друге организације послодаваца, а на основу регистра надлежног суда и Завода за статистику.

4. Преиспитивање утврђене репрезентативности

Утврђена репрезентативност није вјечна и она може бити преиспитивана на начин и под условима који су прописани Законом о раду.

Протеком времена ствари се мијењају: оснивају се нове синдикалне организације и организације послодаваца, постојеће се трансформишу, повећава се или смањује проценат чланства у синдикатима или се број запослених радника код послодаваца у одређеној области рада мијења, поједини синдикати и удружења послодаваца престају да постоје и раде, спајају се са другим организацијама и слично. Због наведених разлога, утврђена репрезентативност се може преиспитивати.

Синдикат, послодавци и њихови облици организовања могу поднијети након годину дана захтјев за преиспитивање утврђене репрезентативности, уколико сматрају да су промјењене чињенице на основу којих је утврђена репрезентативност.

Покретање поступка преиспитивања репрезентативности синдиката код послодаваца зависи од чињенице да ли је рјешење о утврђивању репрезентативности донио послодавац или министар надлежан за послове рада. Ако је рјешење донио послодавац, поступак преиспитивања репрезентативности се покреће на иницијативу самог послодавца или друге синдикалне организације основане код послодавца.

У другом случају, ако је репрезентативност утврђена рјешењем министра надлежног за послове рада, поступак преиспитивања се покреће подношењем захтјева Одбору, од стране послодавца или другог синдиката код тог послодавца. Захтјев за преиспитивање може поднијети и грански синдикат у који је учлањен синдикат код послодавца.

Захтјев за преиспитивање репрезентативности синдиката или удружења послодаваца на нивоу Републике, гране или дјелатности може да поднесе синдикат, односно удружење послодаваца, које је основано и дјелује на истом нивоу као и организације чије се преиспитивање репрезентативности захтијева.

Ако је репрезентативност синдиката код послодавца утврђена рјешењем послодавца, захтјев за преиспитивање треба да садржи: назив синдиката, број акта о регистрацији, разлоге због којих се захтијева преиспитивање репрезентативности и докази који на то указују. Иницијативу може ставити и послодавац.

Иницијатива друге синдикалне организације се доставља послодавцу. Послодавац је дужан да у року од осам дана од дана пријема захтјева (иницијативе) исту достави синдикату, чија репрезентативност се преиспитује ради доказивања постојеће репрезентативности у складу са законом. Синдикат је дужан да у наредном року од 15 дана од дана пријема захтјева достави доказе о испуњавању услова репрезентативности.

Ако је репрезентативност синдиката код послодавца, репрезентативност синдиката или удружења послодаваца на нивоу Републике, гране или дјелатности, утврђена рјешењем министра, захтјев за преиспитивање се подноси Одбору и садржи: назив синдиката, ниво оснивања, броја акта о регистрацији, разлоге за преиспитивање репрезентативности и доказе о постојању разлога.

Одбор је дужан да у року од 15 дана од дана пријема захтјева исти достави организацији чија репрезентативност се преиспитује, и да затражи доказе о испуњавању услова репрезентативности.

Синдикат, односно удружење послодаваца дужни су да у року од 30 дана од дана пријема захтјева од стране Одбора доставе доказе о испуњавању услова репрезентативности.

Као и поступак утврђивања репрезентативности тако се и поступак преиспитивања утврђене репрезентативности води у складу са одредбама Закона о општем управном поступку.

Ово значи да се поступак преиспитивања окончава доношењем позитивног или негативног рјешења, које се објављује и у „Службеном гласнику Републике Српске“, једино осим рјешења која се односе на репрезентативност синдикалних организација код послодаваца.

5. Права репрезентативних синдиката и удружења послодаваца

Према Закону о раду репрезентативни синдикат или репрезентативно удружење послодаваца има низ права која се организацијама које немају својство не признају. Тако репрезентативне организације радника и послода-

ваца имају право да учествују у процесу колективног преговарања, социјалног дијалога и консултацијама са партнерима на нивоу свог организовања и дјеловања.

Право на колективно преговарање и закључивање колективних уговора, тиче се колективних уговора на свим нивоима.

Репрезентативне организације учествују у раду трипартитних тијела (Економско-социјални савјет) у којима се води социјални дијалог.

6. Регистрација синдикалних организација

Да би једна синдикална организација могла поднијети захтјев за утврђивање репрезентативности, да ли послодавцу или Одбору, та организација мора бити уписана у Регистар синдикалних организација који води Министарство надлежно за послове рада. За разлику од синдикалних организација, удружења послодавца се регистрију само код надлежног суда, према одредбама Закона о удружењима и фондацијама.

Ближа правила о поступку, начину и условима уписа синдикалних организација у Регистар, поступак уписа промјена као и поступак брисања синдикалне организације из Регистра, као и документацију коју је неопходно приложити прописан је Правилником о упису синдикалних организација.⁶

Тако према одредбама Правилника уз пријаву за упис⁷ синдикалне организације у Регистар неопходно је приложити: захтјев за упис синдикалне организације у Регистар, одлуку о оснивању, овлаштење за подношење пријаве за упис синдикалне организације у Регистар, издату од надлежног органа синдиката и потврду послодавца да је лице овлаштено за заступање и представљање синдикалне организације у радном односу на неодређено вријеме.

Одлука о оснивању синдикалне организације мора да садржи податке о оснивачу синдикалне организације, називу и сједишту синдикалне организације, називу послодавца код којег је основана синдикална организација и лицу овлашћеним за заступање и представљање синдикалне организације.

У погледу уписа промјена⁸ везаних за синдикалне организације, у регистар се уписују промјене које се односе на: назив, сједиште или облик организовања синдикалне организације као и промјена лица овлашћеног за заступање и представљање.

Министарство је у обавези брисати синдикалну организацију из регистра на основу одлуке о престанку рада синдикалне организације поднесене

⁶ „Службени гласник Републике Српске“, број: 101/06.

⁷ Члан 4. Правилника.

⁸ Ibid.

од стране овлаштеног лица. Министарство је такође, у обавези по службеној дужности, брисати синдикалну организацију, ако утврди да је синдикална организација уписана на основу нетачних података или лажних исправа.

Синдикалне организације које су престале да раде због престанка рада послодавца бришу се на основу пријаве надлежног органа синдиката који је овлаштен за подношење пријаве.

О уредно заprimљеном захтјеву за упис синдикалне организације у Регистар, о упису промјене података у Регистар, као и о брисању синдикалне организације из Регистра, министарство је дужно да рјешењем одлучи о основаности захтјева у року од осам дана од дана пријема. Ово рјешење је коначно у управном поступку и може се оспоравати тужбом у управном спору код надлежног окружног суда.

6.1. Синдикални представник

Свака синдикална организација има право да изабере свог представника, који их заступа и представља, штити њихова права и интересе, учествује у колективном преговарању. Синдикат мора обавјестити послодавца о изабраном предсједнику синдикалне организације, или представнику којег су именовали да их представља.

Неопходно је указати на одређене акте међународног карактера, као и норме националног законодавства, који прописује одређена права синдикалним представницима, с циљем успјешног вршења своје дужности.

На првом мјесту је свакако Конвенција Међународне организације рада бр. 135 - *О олакшицама за представнике радника у предузећу*, као и истоимена препорука Препорука бр. 143, које предвиђају заштиту и одређене олакшице за представнике радника који штити и заступају интересе осталих радника. Према Конвенцији, заштиту имају синдикални представници или изабрани представници радника.⁹

Синдикалне представнике бирају чланови синдиката и то су синдикални повјереници, док су представници радника они који су изабрани независно од синдикалне организације и синдикалне припадности и самостално обављају своју функцију. Синдикати могу учествовати и у њиховом избору, али то не утиче на његово дјеловање.

Поред Конвенције и препоруке Међународне организације рада, и у општим правним актима Републике Српске садржане су одредбе које дају одређена права синдикалним представницима, с циљем успјешног вршења те функције.

⁹ Члан 1. К135.

Тако, према одредбама Закона о раду¹⁰ послодавац без сагласности министра надлежног за послове рада, не може отказати уговор о раду изабраном представнику радника у савјету радника или у органима синдиката за вријеме обављања њихове функције и једну годину након истека функције. Под изабраним представницима радника подразумевају се: предсједник савјета радника, предсједник синдикалне организације већинског синдиката организованог код послодавца, изабрани представник радника у органима већинског синдиката организованог на вишем нивоу.

Представници радника уживају посебну заштиту само ако поступају у складу са законом, колективним уговорима и другим актима општег карактера. Они не могу бити отпуштени због своје активности, а у случају вишка радне снаге имају предност у задржавању запослења.

Општи колективни уговор Републике Српске садржи већи број одредби које су од значаја за вршење функције синдикалног представника.

Синдикалном представнику, због његове синдикалне активности, ако дјелује у складу са важећим законом, колективним уговорима и општим актима није могуће без сагласности надлежног органа синдиката распоредити на друго радно мјесто, нити упутити на рад код другог послодавца.

Исто тако, за вријеме обављања функције и годину дана након истека функције, послодавац не може синдикалном представнику, без сагласности надлежног органа којем припада смањити плату, нити, због синдикалног дјеловања покренути против њега дисциплински или одштетни поступак, нити га на други начин довести у неугодан или подређен положај.¹¹

С циљем успјешног вршења функције синдикалног представника, Општи колективни уговор у члану 53. прописује одређене дужности послодавцу.

Тако, послодавац ће омогућити представницима синдиката:

- одсуствовање са посла ради присуствовања синдикалним састанцима, конференцијама, сједницама и конгресима и ради оспособљавања на курсеви-ма и семинарима,

- приступ свим радним мјестима код послодавца ако је то потребно за обављање њихове функције,

- у случају потребе убирања средстава солидарности, представници радника које синдикат за то овласти, имају право да ову активност обављају у одговарајућим просторијама или погонима послодавца,

- да истичу своја обавјештења у просторијама послодавца на мјестима која су приступачна радницима,

- да користе најмање два сата мјесечно у току радног времена за састанке

¹⁰ Види члан 131. Закона о раду.

¹¹ Члан 52. ст. 1. Општег колективног уговора Републике Српске.

у предузећу и два сата седмично за остале синдикалне активности,

- да радницима достављају информације, билтене, публикације, летке и друга документа синдиката,

- те, слободан приступ вањским синдикалним представницима у организацију синдиката организовану код њега, с тим да те активности и посјете буду раније најављене послодавцу.

Поред „синдикалног имунитета“ у погледу отказа уговора о раду и наведених права, синдикални представник (предсједник) има право и на увећање основне плате. Увећање основне плате се изражава процентуално и креће се у распону од 15 % до 25 %, а што зависи од броја запослених радника код послодавца.¹²

Синдикални представник има право и на плаћено одсуство, до пет дана у току календарске године, у случајевима синдикалног образовања и усавршавања на курсевима и семинарима за вријеме док исти трају¹³, а дужан је да активности синдиката врши тако да не иду на штету редовног функционисања и радне дисциплине, те да не умањује ефикасност пословања послодавца.

Закон о раду, а ни колективни уговор посебно не наводе, најважнији задатак синдикалног представника, а који се тиче примјене колективног уговора. Његова улога, долази до изражаја и приликом штрајка (прикупљање информација, доношења одлуке, именовање штрајкачког одбора итд.), а што у великој мјери зависи и од интерних аката самих синдикалних организација.

Закључак

Без обзира на чињеницу, што је својство репрезентативности један од услова за учешће у социјалном дијалогу и колективном преговарању и неке друге заједничке карактеристике ова два радноправна института, неопходно је имати у виду да се ови појмови често поистовјећују, чак и од судионика у дијалогу и преговорима. Стога неопходно је указати на заједничке карактеристике, односно разлике између социјалног дијалога као претежно трипартитног процеса и колективног преговарања (претежно али не и нужно) бипартитног процеса, с обзиром на њихове резултате како за социјалне партнере - раднике и послодавце тако и за саму државу, односно друштвену заједницу у цјелини.

Оно што су заједничке карактеристике за социјални дијалог и колективно преговарање је чињеница да у оба процеса репрезентативни социјални партнери и влада имају своје различите интересе и позиције које сучељавају, а са циљем доласка до једног компромисног рјешења.

¹² Ibid., члан 51. ст 1.

¹³ Ibid., члан 53.

Различите интересе, социјални партнери који су директно укључени у социјални дијалог морају правдати аргументима. Аргумент мора имати оправдање, мора бити разуман и утемељен на закону, али и друштвено-економским приликама. Оно што је даља сличност за социјални дијалог и колективно преговарање и у вези је са аргументима су контрааргументи других учесника. Према томе, судионици ових процеса морају имати адекватне информације о кретањима у друштву и привреди. Исто тако морају имати јасне показатеље о понуди радне снаге на тржишту, прецизне финансијске показатеље и сличне информације.

Они лично морају бити стручни, способни, морају имати адекватно знање, како би на најбољи начин убједили друге учеснике својим аргументима да су њихови захтјеви (интереси) оправдани. Морају посједовати преговарачке способности и бити тактични, спремни на одређена попуштања с циљем постизања компромиса, односно рјешења која ће сутра бити поштована, остварива и примјењива. У том смислу, социјални партнери одмах на почетку постављају своје максималистичке, односно минималистичке захтјеве према другим странама, правдајући то неким својим аргументима и показатељима, свјесни да процес социјалног дијалога или поступак колективног преговарања, није ништа друго него један процес хармонизације дијаметрално супротних интереса у један шири друштвено прихватљив интерес, те да је одређени договор представника радника, послодаваца и владе неопходан.

Међутим, чињеница да су ово различити и самостални правни институти, најбоље потврђују разлике између социјалног дијалога и колективног преговарања.

Тако, социјални дијалог је стални процес, првенствено због трајања и свог континуитета, то јест социјални дијалог једном успостављен тешко да може бити окончан (завршен). Он траје и можемо говорити само о одређеним прекидима. Прекиди могу имати различит карактер: завршена је сједница, постигнут је договор, усаглашени су ставови око одређених документа, па до неслагања, непостизање компромиса и уопште због саме кризе социјалног дијалога која може бити узрокована негативним друштвено-економским и привредним показатељима, кризама, рецесијама и сличним разлозима када долази до неслагања и међусобног неповјерења.

Социјални дијалог је претежно трипартитног карактера, у којем поред државе (владе) учествују репрезентативни социјални партнери - организације радника и послодаваца. Постоје и одређена одступања. Та одступања се могу посматрати кроз трипартизам, плус, када поред традиционалних социјалних партнера (државе, послодаваца и радника) поводом одређених питања бивају укључени други учесници (представници различитих удружења - потрошача, пензионера, или одређени научни и стручни радници). О одступању можемо говорити и кроз сарадњу послодавца и савјета радника, односно кроз право на

партиципацију радника.

Предмет сарадње социјалних партнера и уопште циљ социјалног дијалога је доста апстрактан, док се резултат обично тиче одређених политика, стратегија и других докумената општег карактера, који одражавају њихове усаглашене интересе и ставове. С обзиром на своју природу, карактер и циљ, спорови између партнера нису карактеристика социјалног дијалога. Могућа су одређена неслагања, размимоилажења у мишљењима и ставовима. Због свог карактера ови спорови нису подесни да буду предмет судског или неког другог поступка (начина рјешавања). Једини начин рјешавања неспоразума између социјалних партнера је дијалог.

За разлику од социјалног дијалога, колективно преговарање у правилу је бипартитан процес, чији су резултати колективни уговори који се закључују између организација радника и послодаваца. Од овог правила такође постоје одређена одступања. Најбољи примјер одступања од правила бипартизма у поступку колективног преговарања је управо везан за Републику Српску, односно за закључивање Општег колективног уговора. Поред социјалних партнера - репрезентативних организација радника и репрезентативних организација послодаваца и Влада се јавља као обавезан учесник (потписник) Општег колективног уговора. Поред наведеног, присутна су и друга одступања (нпр. рад у одређеним одборима или тијелима формираним на трипартитним основама - Комисија за праћење спровођења и тумачења одредаба Општег колективног уговора).

Колективно преговарање има повремен и привремен карактер. Оно је повременог карактера зато што се јавља само због потребе да се закључи колективни уговор, односно измјене или допуне постојећих. Преговарање је привременог карактера зато што има свој почетак и крај, које се везује за почетка преговарања ради закључивања колективног уговора, односно окончавају се (не)закључивањем колективног уговора.

С тога за разлику од социјалног дијалога, чији су резултати сарадње обично апстрактни (општи), а манифестују се кроз усаглашене политике, стратегије и документе сличног карактера, колективно преговарања увијек има конкретан резултат, а то су колективни уговори као извори права.

Колективно преговарање карактеришу и колективни спорови (правни и интересни). Постоји више правно дозвољених начина рјешавања ових спорова, који се крећу од традиционалне судске заштите, преко алтернативних метода (мирење, посредовање и арбитража), па до метода притиска (штрајк, бојкот, picketing - на страни радника, односно lock out - на страни послодавца који није дозвољен).

Без обзира на заједничке карактеристике или разлике, социјални дијалог и колективно преговарање, као претежно трипартитни, односно бипартитни процеси, и с обзиром на развојни пут који је праћен одређеним успонима и па-

довима у различитим периодима човјечанства, су дали одређене резултате како за социјалне партнере - раднике и послодавце тако и за саму државу, односно друштвену заједницу у цјелини.

На првом мјесту, оснажена је улога социјалних партнера у пракси, дошло је до развоја формалних и институционализованих трипартитних облика сарадње, повећан је значај колективног преговарања и колективних уговора, развијене су алтернативне методе рјешавања правних и интересних колективних радних спорова.

**ЗАШТИТА ОД ДИСКРИМИНАЦИЈЕ ПРЕМА ЗАКОНУ О ЗАБРАНИ
ДИСКРИМИНАЦИЈЕ БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ -
DE LEGE LATA I DE LEGE FERENDA**

Александра Вуковић*

***Апстракт:** У овом раду аутор обрађује позитивно антидискриминацијско законодавство, које се у Босни и Херцеговини интензивније развија од почетка XXI вијека. У његовом развоју незаобилазан фактор је настојање да се постојећи правни оквир заштите од дискриминације у што већој мјери усклади са европским правом, што представља једну од обавеза утврђених у хармонизацијској клаузули из Споразума о стабилизацији и придруживању Босне и Херцеговине Европској унији.*

Усвајањем Закона о забрани дискриминације, као општег антидискриминацијског закона, у правни систем Босне и Херцеговине имплементиране су одређене новине које представљају резултат савремених тенденција у сузбијању дискриминације. Међутим и поред наведеног, чињеница је да постојећи нормативни оквир заштите од дискриминације има одређени број недоречености, што долази до изражаја у практичној примјени појединих одредаба закона, а нарочито у случају покретања и вођења судског поступка.

Стога, постојећа позитивноправна рјешења појединих облика дискриминације морала би бити допуњена или уобличена кроз доношење посебног закона и подзаконских аката којима би била одређена превенција различитих облика дискриминације, уз поштовање постојећих међународних стандарда, као и права која су у Босни и Херцеговини гарантована уставом и законом.

***Кључне ријечи:** дискриминација, антидискриминацијско законодавство, основна људска права, начело једнакости.*

*Мр сц. Александра Вуковић, помоћник директора Јавне здравствене установе Дома здравља Требиње

1. Увод

Синтагмом да су сви људи равноправни и једнаки у остваривању универзалних основних људских права, без изузетка, у односу на њихове међусобне разлике на основу урођених или стечених својстава, потврђује се начело једнакости, као темељно начело савремене, цивилизације. Однос који се заснива на ограничавању, односно нарушавању принципа равноправности и једнакости у стицању и уживању права и слобода човјека и грађанина представља дискриминацију, негативну друштвену појаву, која подразумева низ варијетета у недозвољеном прављењу разлика приликом остварења достигнутих стандарда уживања људских права.¹

Принцип једнакости грађана у стицању и уживању права и слобода је универзални принцип који чини основ правног система и подразумева да су права и слободе грађана, предвиђена уставом и законом, једнака за све грађане који живе на територији једне државе,² с обзиром да “поштовање принципа једнакости људи се данас схвата као морални императив на коме се темељи демократска политичка заједница једнако слободних појединаца.”³

Углавном, „дискриминација може имати различите облике, некада је скривена, и по правилу је дефинисана као недозвољено понашање у различитим законима или другим изворима права и често је предмет различитог тумачења од стране судова и других државних органа.“⁴ Забрана дискриминације је и битна претпоставка очувања људског достојанства, јер сваки основ дискриминације вријеђа људско достојанство, односно лично достојанство појединца или припадника одређене групе лица. У правној литератури под дискриминацијом се подразумева однос који се заснива на укидању или ограничавању принципа равноправности и једнакости у стицању, коришћењу и уживању права и слобода човјека, односно грађанина.⁵ Међутим, свако прављење разлике између појединаца по основу њихових урођених или стечених личних својстава није

¹ У етимолошком смислу израз дискриминација је грчко-латинског поријекла (грчки - dis и латински - crimen) и значи недозвољено разликовање. Ријеч дискриминација која је изведена из латинског језика (лат. “discriminare” значи одвајати, правити разлику, лат. „discriminatio“), а најчешће се користи као синоним за изразе као што су неједнако поступање, повреда начела равноправности, неједнак третман и сл.

² У појмовном смислу „једнакост“ се може посматрати са више аспеката. Са правног аспекта једнакост подразумева да су сви грађани у нормативно правном систему једнаки, независно од њихових личних својстава или неког другог основа.

³ С. Гајин, В. Водинелић и други аутори, *Антидискриминациони закони*, Београд 2010. године, стр. 7.

⁴ Б. Петровић, „Механизми заштите људских права“, *Правна ријеч*, бр. 18/2009, Бања Лука, 2009, стр. 247.

⁵ Б. Шундерић, *Право Међународне организације рада*, Београд, 2001, стр. 179-182.

забрањено, па се у одређеним случајевима неједнак третман може оправдати и утврдити као допуштен. У наведеном случају ријеч је о мјерама афирмативне акције које се могу дефинисати као радња одређеног физичког или (јавно) правног лица, која има за циљ сузбијање дискриминације у смислу исправљања или обештећења за посљедице дискриминације које су извршене у прошлости. Сходно синтагми да “према сличним требало би поступати слично”⁶, а у циљу потпуног остварења начела једнакости шанси и поступања,⁷ “изворишна тачка свих недоумица око одређења појма мјера афирмативне акције налази се у сучељавању овог концепта са концептом равноправности, онако како се овај одражава у општој друштвеној представи о значењу равноправности”.⁸ Иако су афирмативне мјере најчешће у примјени у области запошљавања, образовања или пружања здравствених и социјалних услуга, наведене мјере могу се примијењивати у различитим областима друштвеног живота које су од значаја за правичнији процес расподеле друштвеног богатства.

2. Забрана дискриминације према уставним одредбама

Принцип недискриминације утемељен је у свим значајнијим међународним и регионалним актима о људским правима и чини саставни дио бројних гарантованих, основних људских права. Међутим, „диспропорција између прокламованих и неостварених људских права, посебно на подручју достојанства човјека представља данас најслабију тачку у цијелом систему људских права“.⁹ Уважавајући чињеницу да је забрана дискриминације принцип међународног права, значајно је поменути чињеницу да је Босна и Херцеговина потписница низа међународних докумената релевантних за област заштите од дискриминације, који чине саставни дио њеног уставно-правног система.¹⁰

⁶ S. Dekain, G. S. Morris, *Labour Law*, Oxford and Portland, 2005, p. 580-581.

⁷ J. Meyer-Ladewig, *Људско достојанство и Европска конвенција о људским правима*, Архив за правне и друштвене науке, бр. 4/2003, стр. 382.

⁸ М. Матијевић, В. Ерић, „Мјере афирмативне акције: Терминолошко одређење и уводна разматрања о садржини појма“, Страни правни живот, Институт за упоредно право, Београд 2010, стр. 87.

⁹ С. Перовић, *Беседе са Копаоника*, Копаоничка школа природног права, Београд 2009, стр. 547.

¹⁰ Међу међународним актима који чине значајне изворе антидискриминацијског права, а поједини од њих представљају и саставни дио Устава Бих, посебно треба истаћи акте Организације Уједињених нација и Међународне организације рада (као специјализоване организације Уједињених нација са трипартитном унуташњом структуром). Од аката Организације Уједињених нација посебно треба нагласити значај Повеље ОУН-а из 1945. године, Универзалне декларације о правима човјека, Међународног пакта о грађанским и политичким правима, Међународног пакта о економским, социјалним и културним правима, Конвенције о елиминацији свих облика дискриминације у односу на жене, Међународне конвенције о заштити права свих радника миграната и чланова њихових породица и Конвенције о правима особа са

Устав Босне и Херцеговине одредбом члана II став 4. забрањује дискриминацију, тако што предвиђа да се уживање права и слобода прописаних Уставом обезбјеђује свим лицима у Босни и Херцеговини, без дискриминације по било којој основи. Међутим, начин формулације забране дискриминације који је одређен Уставом, није свеобухватан. Устав обезбјеђује заштиту од дискриминације права одређених самим Уставом, чији основ може бити пол, раса, боја, језик, вјероисповјест, политичко или друго мишљење, национално и социјално поријекло или повезаност са националном мањином, имовином, рођењем или друштвеним статусом. Из наведеног јасно произилази да повреда Уставом гарантованих права може да ужива заштиту по неком од наведених основа дискриминације, која се углавном односе на лична својства сваког појединца, што значи да у односу на дискриминацију којом се чини повреда права човјека по неком другом основу, а не по личним својствима у односу на која је забрањена дискриминација, грађанин остаје незаштићен.¹¹

инвалидитетом. Такође, значајно је поменути и низ аката Међународне организације рада, од којих се са аспекта забране дискриминације посебно истичу: Конвенција бр. 111 из 1958. године, која се односи на дискриминацију у погледу запошљавања и занимања, Конвенција бр. 100 о једнакости награђивања мушке и женске радне снаге, из 1951. године, којом се спречава дискриминација у награђивању по основу пола, Конвенција бр. 143 о радницима мигрантима, из 1975. године, обавезује државу чланицу која је ратификује да одреди и спроводи националну политику којом ће унапријеђивати и гарантовати једнаке могућности и третман у погледу занимања и запослења, социјалне сигурности и других права лица која се у својству радника миграната или чланова њихових породица легално налазе на њиховој територији, Конвенција бр. 156 о једнаким могућностима и једнаком поступању према радницима и радницама (радници са породичним обавезама), из 1981. године, којом се прихвата став да проблеми радника са породичним обавезама представљају питања која се односе на породицу и друштво и сходно томе треба да буду саставни дио националне политике држава чланица, без дискриминације у обиму у којем је то могуће постићи, а да не дође до сукоба између њиховог запослења и породичних обавеза, те низ других конвенција и препорука, као и декларација, од којих би се са аспекта сузбијања дискриминације посебан акценат требао ставити на Декларацију МОП-а о темељним принципима и правима на раду из 1998. године и Декларацију МОП-а о социјалној правди у циљу праведне глобализације.

¹¹ Устав Републике Српске изричито не забрањује дискриминацију, али се кроз одредбу члана 10. Устава прокламује равноправност свих у слободама, правима и дужностима и гарантује једнакост пред законом и уживање исте правне заштите. Наведеном одредбом Устава Републике Српске одређено је да су грађани пред законом једнаки, те да уживају исту правну заштиту, без обзира на расу, пол, језик, националну припадност, вјероисповијест, социјално поријекло, рођење, образовање, имовинско стање, политичко и друго увјерење, друштвени положај или друго лично својство. С тим у вези, може се констатовати да би у циљу заштите од дискриминације, формално правно, много боље рјешење била клаузула са отвореним крајем, што би подразумевало заштиту од дискриминације не само према личном својству запосленог, већ и због других разлога, који се могу појавити као основ дискриминације.

Уставом Федерације Босне и Херцеговине одређено је да ће Федерација осигурати примјену највишег нивоа међународно признатих права и слобода, као и осталих права и слобода утврђених у Анексу. Уставом је директно одређена забрана сваке дискриминације која је заснована на раси, боји коже, религији или вјеровању, политичким или другим увјерењима, националном и социјалном поријеклу, забрани мучења, окрутног или нехуманог поступања или кажњавања. На сличан начин и Статут Брчко Дистрикта забрањује дискриминацију и одређује да свако има право

Уставом Босне и Херцеговине одредбе о забрани дискриминације нису детаљније прецизиране, већ је то учињено посредно, путем Анекса Устава у којем су садржани инструменти за заштиту људских права који имају снагу уставних одредаба.¹² Уставом Босне и Херцеговине одређено је да ће Босна и Херцеговина и оба ентитета обезбиједити највећи ниво међународно признатих људских права и основних слобода, као и да се права и слободе одређена Европском конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода са њеним протоколима, директно примјењују и имају приоритет над свим другим законима.¹³ Уставни принцип директне примјене Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода подразумева и директну примјену члана 14. који предвиђа забрану дискриминације у вези са правима из Конвенције, као и Протокола бр. 12, који у члану 1. предвиђа општу забрану дискриминације, проширујући је на сва права и слободе предвиђене националним законодавством. Међутим, уставни принцип директне примјене Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода у БиХ, ријетко је са аналитичког аспекта изложен критици у погледу стандарда и институција неопходних за функционалност антидискриминационог система земље, јер ни члан 14, нити одредбе Протокола број 12, уз Конвенцију, не пружају потпуну заштиту у сложенијим случајевима дискриминације.

3. Забрана дискриминације према законским одредбама

Поред уставних и законских одредби о забрани дискриминације, значајан моменат у изградњи система заштите од дискриминације представља доношење Закона о забрани дискриминације. Поменути закон се на нивоу Босне и Херцеговине осигурава заштита и промовисање људских права и слобода, стварају услови за остваривање једнаких права и могућности и уређује систем заштите од дискриминације по више законом одређених основа.¹⁴

Прије доношења Закона о забрани дискриминације одредбе о забрани дискриминације биле су предвиђене уставним одредбама и утврђеним међународним стандардима, који чине дио правног поретка Босне и Херцеговине, те фрагментарно и партикуларно низом закона, од којих се посебно

да ужива сва права и слободе гарантоване Уставом и законима Босне и Херцеговине, Статутом и законима Дистрикта. Статутом се гарантује уживање права и слобода прокламованих Европском конвенцијом о основним правима и слободама, чије одредбе имају примат тако што им се обезбјеђује већа правна снага у односу на сваки закон који је у супротности са Конвенцијом.

¹² Неки аутори сматрају да ови документи имају надуставни карактер, што у суштини није прихватљиво.

¹³ *Устав Босне и Херцеговине*, преузето са : www.ccbh.ba/public

¹⁴ Закон о забрани дискриминације, (*“Службени гласник БиХ, “ број. 59/09*).

издвајају Закон о равноправности полова на нивоу Босне и Херцеговине¹⁵ и ентитетски закони у области запошљавања и рада. Усвајањем Закона о забрани дискриминације у правни живот уведен је акт од изузетног значаја за остварење начела једнакости и заштите од дискриминације. Иако су одредбе о забрани дискриминације, односно равноправности грађана у слободама, правима и дужностима пред законом, биле одређене постојећим, уопштеним уставним одредбама, те фрагментарно и другим законским нормама, доношењем Закона о забрани дискриминације наведене одредбе прецизиране су са циљем обезбјеђења заштите од дискриминације на један потпунији начин.

У циљу обезбјеђења дјелотворне заштите и спречавања дискриминације, правни оквир којим је уобличен и усвојен Закон о забрани дискриминације представља само једну од системских компоненти која је функционално повезана са развојем нивоа свијести друштва, утемељеног на адекватној перцепцији и прихватању других или другачијих појединаца и друштвених група, посебно што закон као норма не може значајно утицати на промјену одређених предрасуда, ако за то претходно нису створене претпоставке у смислу промјене друштвених ставова, заснованих на стереотипима, односно систему вриједности који није утемељен на принципу толеранције. У духу остварења наведеног циља, предметни закон предвиђа одговорност и обавезу законодавне, судске и извршне власти, као и правних лица и појединаца који врше јавна овлашћења, да својим дјеловањем пружају заштиту, промовишу и стварају услове за остваривање међународних стандарда који се односе на људска права.

Дефиниција дискриминације први пут је у праву Босне и Херцеговине одређена Законом о забрани дискриминације. Дискриминацијом у смислу наведеног закона сматра се свако различито поступање које подразумева свако искључивање, ограничавање или давање предности, утемељено на стварним или претпостављеним основама према било којем лицу или групи лица, при чему закон таксативно одређује забрану дискриминације по осамнаест основа.¹⁶ Иако закон предвиђа клаузулу са отвореним крајем, упитно је колико се приликом формулисања забрањених основа законодавац руководио директивама Европске уније, које забрањују дискриминацију по шест основа и то по основу: пола, што укључује и транссексуалност (родни идентитет и изражавање), расног или етничког поријекла, инвалидности, сексуалне оријентације, вјерског

¹⁵ Закон о равноправности сполова у Босни и Херцеговини - Пречишћени текст ("Службени гласник БиХ" бр. 32/10).

¹⁶ Законом је дискриминација забрањена по основу: расе, боје коже, језика, вјере, етничке припадности, националног или социјалног поријекла, везе с националном мањином, политичког или другог увјерења, имовног стања, чланства у синдикату или другом удружењу, образовања, друштвеног положаја и пола, полног изражавања или оријентације, укључујући и општу одредбу о забрани дискриминације садржану у ситагми: „и свакој другој околности која има за сврху или посљедицу да било којем лицу онемогући или угрози признавање, уживање или остваривање на равноправној основи, права и слобода у свим областима јавног живота.

увјерења и доби.¹⁷ Да директиве Европске уније, у одређеним сегментима, ипак нису биле темељ приликом израде Закона о забрани дискриминације, доказ је чињеница да предметним законом нису као основи дискриминације изричито одређени доб и инвалидност.¹⁸ Закон изричито не предвиђа ни брачни и породични статус, нити здравствено стање, као основе дискриминације. Наведени основи, поред доби и инвалидности, нису безначајни са аспекта неједнаког поступања, односно дискриминације посебно у области радних односа, јер улазе у домен приватности и могу да повриједи низ социјалних и културних права запослених.¹⁹

¹⁷ У Коментару Закона о забрани дискриминације са објашњењима и прегледом праксе у упоредном праву наглашено је да су Директива Вијећа 2000/43/ЕЗ и Директива Вијећа 2000/78/ЕЗ, „имале значајан утицај на развој овог Закона“. Међутим у члану 1. Директиве Вијећа 2000/78/ЕЗ одређено је да је сврха наведене Директиве утврдити општи оквир за борбу против дискриминације на темељу вјере или увјерења, инвалидитета, старосне доби или сексуалног увјерења, која се односи на запошљавање и одабир звања, како би се у државама чланицама успоставило начело једнаког третмана. Из напријед наведеног видљиво је да Законом о забрани дискриминације нису као основи дискриминације наведени инвалидитет и старосна доб, као основи које предвиђа напријед наведена Директива, што се и поред одређене клаузуле са отвореним крајем, може сматрати пропустом, посебно када се има у виду чињеница да је ријеч о основима по којима се дискриминација често врши и то најчешће на латентан или прикривен начин. Такође је од значаја поменути да је убрзо по доношењу Закона о забрани дискриминације, који изричито не предвиђа инвалидност као забрањени основ дискриминације, Босна и Херцеговина донијела Одлуку о ратификацији Конвенције о правима особа са инвалидитетом и факултативном протоколу, којом је у члану 5. став 2 одређено да „државе потписнице забрањују било какву дискриминацију на основу инвалидитета и јамче особама са инвалидитетом једнаку и ефикасну заштиту од сваке дискриминације.“

¹⁸ Закон о забрани дискриминације Републике Србије предвиђа велики број забрањених основа дискриминације, односно забрањује свако неоправдано прављење разлике или неједнако поступање, који се заснива на раси, боји коже, прецима, држављанству, националној припадности или етничком пореклу, језику, верским или политичким убеђењима, полу, родном идентитету, сексуалној оријентацији, имовном стању, рођењу, генетским особеностима, здравственом стању, инвалидитету, брачном и породичном статусу, осуђиваности, старосном добу, изгледу, чланству у политичким, синдикалним и другим организацијама и другим стварима, односно претпостављеним личним својствима. За разлику од Закона о забрани дискриминације Републике Србије, Закон о сузбијању дискриминације Републике Хрватске у члану 1. став 1. наводи чак 17 дискриминацијских основа и за разлику од Закона о забрани дискриминације БиХ, као забрањени основ дискриминације предвиђа поред доби и инвалидности и брачни или породични статус и здравствено стање.

¹⁹ Послодавац нема право да захтијева од радника или лица које тражи запослење изјашњавање о породичном статусу, планирању породице или утврђивање здравственог стања (осим у одређеним случајевима). Види шире: R. Nielsen, *European Labour Law*, Copenhagen, 2000, p. 163-164.

4. Облици дискриминације и област примјене Закона о забрани дискриминације

Као основне облике дискриминације Закон наводи директну и индиректну дискриминацију.

Закон дефинише непосредну дискриминација као свако различито поступање по основама одређеним законом, односно свако дјеловање или пропуштање дјеловања када је неко лице или група лица доведена или је била или би могла бити доведена у неповољнији положај за разлику од неког другог лица или групе лица у сличним ситуацијама.

За разлику од непосредне дискриминације, закон посредном дискриминацијом обухвата сваку ситуацију у којој наизглед неутрална одредба, критериј или пракса, има или би имала ефекат довођења неког лица или групе лица у неповољан или мање повољан положај у односу на друга лица.

Компарацијом дефиниција непосредне и посредне дискриминације уочава се да дефиницијом посредне дискриминације није обухваћено прошло вријеме, па самим тим у смислу закона није упитно да жртве дискриминације остају незаштићене у односу на наведени облик дискриминације који је извршен у прошлости, уколико посљедице извршене дискриминације не постоје у моменту подношења тужбеног захтјева. Стога би измјенама и допунама Закона о забрани дискриминације требало дефиницијом посредне дискриминације обухватити и прошло вријеме, на начин да синтагма “има или би имала” буде измијењена, односно да гласи: “је имала, има или би имала”. Наведени пропуст није уобличен ни у референтним директивама Европске уније, мада директиве изричито одређују могућност да државе чланице могу увести или задржати прописе који су повољнији, с обзиром на заштиту начела равноправности, од оних предвиђених директивом.²⁰ Дакле, имајући у виду законску одредбу да суд у поступку примјењује материјално право по властитој оцјени и да није везан за наводе странака у погледу материјалног права,²¹ било би значајно увести одредбу која би обухватила случајеве посредне дискриминације извршене у прошлости, јер се у пракси могу десити случајеви да жртва дискриминације претрпи штету, а да према њој накнадно буду исправљене посљедице дискриминације, односно да у моменту подношења тужбеног захтјева више не трпи посљедице извршене дискриминације, из чега произилази да би досљедном примјеном законских одредби такав тужбени захтјев могао или морао бити одбијен.

²⁰ Видјети Директиву Вијећа 2002/73/ЕЗ, (Directive 2002/73/EC of the European Parliament and of the Council of 23 September 2002 amending Council Directive 76/207/EEC on the implementation of the principle of equal treatment for men and women as regards access to employment, vocational training and promotion, and working conditions) доступно на: <http://eur-lex.europa.eu/Lex>

²¹ Члан Закона о парничном поступку („Службене новине Федерације БиХ“, број 53/03, 73/05, 19/06).

У погледу дефинисања основних облика дискриминације може се такође примијетити да приликом одређења посредне дискриминације законодавац није предвидио изузетке од наведеног облика дискриминације, који су иначе карактеристични за директиве Европске уније.²²

Поред непосредне и посредне дискриминације, као остале облике дискриминације закон одређује узнемиравање, полно узнемиравање, мобинг, сегрегацију, издавање налога другима за вршење дискриминације и помагање другима приликом дискриминације, те подстицање на дискриминацију.²³

Према законској дефиницији узнемиравање се сматра дискриминацијом у свакој ситуацији у којој понашање везано за један од основа одређених законом има за сврху или ефекат повреду достојанства лица и стварање застрашујућег, непријатељског, деградирајућег, понижавајућег или увредљивог окружења.

За разлику од узнемиравања, полно узнемиравање као облик дискриминације представља сваки облик нежељеног вербалног, невербалног или физичког понашања полне природе, чији је циљ или ефекат повреда достојанства лица, посебно када се њиме ствара застрашујуће, непријатељско, деградирајуће, понижавајуће или увредљиво окружење.

У смислу закона мобинг је дефинисан као облик нефизичког узнемиравања на радном мјесту које подразумијева понављање радњи које имају понижавајући ефекат на жртву, чија је сврха или посљедица деградација радних услова или професионалног статуса запосленог.

Закон дефинише и сегрегацију као облик дискриминације којим физичко или правно лице одваја друга лица на основу једне од законом набројаних основа, а у складу са законом одређеном дефиницијом дискриминације.

Обликом дискриминације се у смислу одредаба Закона о забрани дискриминације сматра издавање налога другима за вршење дискриминације и помагање другима приликом дискриминације. Такође, Закон одређује и забрањује подстицање на дискриминацију којим се према одредбама Закона сматра свако заговарање националне, расне или вјерске мржње.

Поред више Законом одређених облика дискриминације чињеница је да је у Босни и Херцеговини најзаступљенији облик дискриминације мобинг. Према подацима утврђеним у годишњем извјештају Омбудсмена о појавама дискриминације у Босни и Херцеговини за 2012. годину, констатовано је да се

²² Видјети члан 2. став 2. тачка б Директиве Вијећа 2000/78/ЕЗ (Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation) и члан 1. став 2. тачка 2. Директиве Вијећа 2002/73/ЕЗ (Directive 2002/73/EC of the European Parliament and of the Council of 23 September 2002 amending Council Directive 76/207/EEC on the implementation of the principle of equal treatment for men and women as regards access to employment, vocational training and promotion, and working conditions) доступно на: <http://eur-lex.europa.eu/Lex>.

²³ Члан 4. Закона о забрани дискриминације (“Службени гласник БиХ, “број: 59/09).

у структури примљених жалби највећи број односи на повреде права из радног односа и то по основу мобинга, као облика дискриминације (81 жалба), што у односу на упоредну 2011. годину указује да се број предмета из области мобинга повећао за 99%.²⁴

С обзиром на све већу учесталост вршења мобинга као облика дискриминације, заштита од мобинга представља важно питање за све који учествују у примјени радноправних стандарда. Мобинг представља један од облика психичког насиља, које често обухвата читав низ систематских активности које се циљано припремају и извршавају. Међутим, Законом одређена дефиниција мобинга не представља прави одговор на проблеме практичног рјешавања проблема изазваних мобингом. Идентична констатација може се изрећи и за облике дискриминације, као што су узнемиравање и полно узнемиравање. Из наведеног произилази постојање потребе за доношењем посебног закона о мобингу или посебног закона о спречавању злостављања на раду, чији би нагласак требао да буде на ефикасном спречавању мобинг активности, односно стварању оквира за препознавање, спречавање и рјешавање проблема мобинга, узнемиравања и полног узнемиравања на радном мјесту, с обзиром да је појава дискриминације највише изражена у области рада и запошљавања.

У законом одређеним дефиницијама облика дискриминације видљиво је да постоје елементи „преклапања“ између појединих облика дискриминације, тако да је на први поглед међу њима тешко повући граничну линију. У смислу дефиниције, узнемиравање постоји без обзира на намјеру узнемириоца да повриједи достојанство особе која се узнемирава, што значи да закон забрањује и ненамјерна узнемиравања. „Оно што је заједничко и за опште и за сексуално узнемиравање, јесте да изазивају страх или стварају непријатељско окружење, што су карактеристична обиљежја мобинга. Оно што их разликује, јесте мотив: код општег узнемиравања мотив је дискриминација, код сексуалног узнемиравања, то, углавном, није случај.“²⁵

Полно узнемиравање треба разликовати од узнемиравања по основу пола, јер је полно узнемиравање облик дискриминације који има основ у сексуалној привлачности, односно непривлачности, а узнемиравање по основу пола облик дискриминације на темељу пола. Наведена разлика није довољно истакнута ни у праву Европске уније, у коме је полно узнемиравање регулисано директивом која забрањује дискриминацију на основу пола, а идентично рјешење је преузео и законодавац у Босни и Херцеговини.

Законом о забрани дискриминације требало би детаљније дефинисати шта подразумева сваки од наведених облика дискриминације и која се пона-

²⁴ Видјети: Институција омбудсмана за људска права БиХ, Годишњи извјештај о појавама дискриминације у Босни и Херцеговини за 2012. годину, Бања Лука 2013.

²⁵ П. Јовановић, „Нормативни оквири мобинга“, *Социјална права и достојанство на раду*, Часопис за теорију и праксу радног и социјалног права, број 1/2008, Београд, 2008, стр. 61.

шања, односно радње сматрају непожељним, у смислу формулисања „каталога“ нежељених радњи и понашања која се могу подвести под наведене облике дискриминације.

У погледу мобинга требало би одредити који је то временски период у коме се радње којима се наноси штета или повреда личних права запослених могу сматрати мобингом, с обзиром да закон дефиницију мобинга темељи на “понављању радњи које имају понижавајући ефекат на жртву”. Такође, требало би имати у виду могућности да се мобинг може извршити и само једном радњом чије су последице дугорочне и могу довести до повреде достојанства, угледа и психичког малтретирања радника.

У погледу области примјене Закона о забрани дискриминације, чињеница је да су законом практично обухваћене све области друштвеног живота у којима се може јавити дискриминација. С тим у вези, област примјене Закона односи се на поступање свих јавних тијела на нивоу државе, ентитета, кантона и Брчко Дистрикта Босне и Херцеговине, институција и тијела локалних заједница, правних лица са јавним овлашћењима, као и на поступање свих правних и физичких лица.²⁶ Као области које су нарочито издвојене, односно области у којима треба обратити посебну пажњу на поступање у складу са предметним законом, одређени су запошљавање, оспособљавање и стручно усавршавање, образовање, социјална и здравствена заштита, доступност правосуђа, становање, јавно информисање, чланство у професионалним организацијама, пружање услуга, културно-умјетнички и јавни живот, породица и права дјетета.

Међутим, поред нужности постојања примјереног правног оквира, важно је подсјетити да се ефикасност система заштите од дискриминације потврђује не само кроз формално адекватан правни оквир, као једну од компоненти ефикасности система, већ и његову практичну примјену и развој свјести друштва о вишеструкој негативности дискриминације као друштвене појаве. Због сложености и значаја проблема које проузрокује дискриминација, превенција дискриминације у ширем смислу морала би да се односи на упознавање јавности са различитим појавним облицима дискриминације, последицама које оставља на друштвени систем и појединца, те начинима сузбијања дискриминације у смислу предузимања мјера примарне превенције. Оваква политика требало би да утиче на обликовање општег мишљења о дискриминацији као негативној и непожељној друштвеној појави, која стоји на путу ширења духа толеранције и међусобног поштовања основних људских права и достојанства човјека.²⁷

²⁶ Члан 6. Закона о забрани дискриминације (“Службени гласник БиХ”, број: 59/09).

²⁷ Имајући у виду да је Законом о забрани дискриминације одређено да омбудсман Босне и Херцеговине у оквиру своје надлежности, између осталог, информисе јавност о појавама дискриминације, на властиту иницијативу, проводи истраживања у области дискриминације, те унапређује политике и праксе које имају за циљ да осигурају једнако поступање, несумњиво је да би омбудсман, као централна институција надлежна за заштиту од дискриминације, требао да

5. Поступци за заштиту од дискриминације

У погледу поступка за заштиту од дискриминације Закон о забрани дискриминације разликује поступак пред омбудсманом, као и поступак заштите права путем постојећих судских и управних поступака. Посебан квалитет и новина Закона о забрани дискриминације јесте успостављање омбудсмана за људска права Босне и Херцеговине, као посебног, независног и непристрасног тијела за заштиту од дискриминације, који је у складу са одредбама закона одређен као централна институција која је надлежна за заштиту од дискриминације.

5. 1. Поступак за заштиту од дискриминације пред омбудсманом

Омбудсман у оквиру домена одређеног законом обавља низ активности везаних за пријем појединачних и групних жалби у вези са дискриминацијом и пружањем правне помоћи жртвама дискриминације, при чему је његова надлежност више савјетодавног и усмјеравајућег карактера у смислу пружања правних савјета дискриминисаним лицима, те истраживања присутности и обима дискриминације. Важно је нагласити да у споровима поводом утврђивања дискриминације омбудсман не може имати активну процесну легитимацију,²⁸ што не доприноси успјешној борби против дискриминације, посебно ако се узме у обзир улога омбудсмана, као институције, која треба да допринесе стабилности и ефикасности антидискриминационог система државе. Омбудсман је надлежан да предузима радње испитивања појединачних пријава до покретања судског спора, при чему поводом жалбе може одлучити да жалбу не прихвати или да покрене поступак истраживања. Поред наведеног, омбудсман је надлежан и да прикупља и анализира статистичке податке о случајевима дискриминације, да надлежним органима подноси годишњи, а по потреби и ванредне извјештаје о појавама дискриминације, информише јавност о појави дискриминације, те проводи истраживања у подручју дискриминације. Активност омбудсмана која такође може допринијети спречавању дискриминације, јесте предлагање покретања поступка медијације у складу с одредбама Закона о медијацији. Закон о забрани дискриминације императивно не налаже провођење донесених препорука омбудсмана, мада обавезност њихове реализације произилази индиректно, из могућности омбудсмана да покрене прекршајни поступак због

буде носилац активности у провођењу активности примарне превенције дискриминације.

²⁸ Закон о забрани дискриминације Републике Србије предвиђа постојање повјереника за заштиту равноправности који, поред специјализованих организација које се баве заштитом људских права и заштитом права појединих група становништва, може имати активну легитимацију у спору поводом утврђивања дискриминације. Види шире: Закон о забрани дискриминације (*Службени гласник Републике Србије*, бр. 22/2009).

пропуштања правног (или одговорног лица у правном лицу) и физичког лица да поступи по препоруци омбудсмана Босне и Херцеговине. Међутим, „судећи према службеним подацима из извјештаја омбудсмана, може се закључити да институција омбудсмана недовољно користи наведене законске могућности, које су потенцијално значајне како за заштиту жртава дискриминације, тако и за јачање ауторитета омбудсмана БиХ.“²⁹

5. 2. Управни поступак за заштиту од дискриминације

Законом је одређено да у случајевима у којима повреда права на једнако поступање произлази из управног акта, жалба у управном поступку и евентуално покретање управног спора на основу заштите од дискриминације, којим се захтијева поништење таквог управног акта, не спречава лице да покрене судски поступак за заштиту од дискриминације.³⁰ Из претходне одредбе произилази могућност да се истовремено воде два различита поступка, управни и парнични, који у завршници могу имати исти или различит исход. Међутим, и поред одређених негативних коментара који се односе на наведену одредбу, па и појединих приједлога који имају за циљ њену другачију формулацију у будућим измјенама и допунама Закона о забрани дискриминације, несумњиво је да је управо наведеном одредбом уведен двоструки механизам заштите жртава дискриминације.

Уважавајући значај могућности заштите од дискриминације у поступку пред омбудсманом или у управном поступку, најважнији аспект заштите права жртава дискриминације ипак је садржан у судској, грађанскоправној заштити повријеђених права.

5. 3. Судски поступак за заштиту од дискриминације

Свако лице и група лица која сматра да је због дискриминације повријеђено неко од њихових права, може тражити заштиту тог права у оквиру судског поступка у којем се о том праву одлучује као о главном питању. Закон о забрани дискриминације предвиђа да лице или група лица који су изложени било којем облику дискриминације, имају могућност да поднесу тужбу за утврђивање дискриминације, тужбу за забрану или отклањање дискриминације, тужбу за надокнаду штете, као и да захтјевају да се пресуда којом је утврђена повреда права на једнако поступање на трошак туженог објави у медијима и то у случају када је дискриминација извршена кроз медије. Законом је омогућено подношење кумулативног тужбеног захтјева под условом да се сви тужбени

²⁹ А. Hanušić, *Ombudsman u sistemu zaštite od diskriminacije u BiH*, Analitika – Centar za društvena istraživanja, Sarajevo, 2012, стр. 37.

³⁰ Члан 11. став 2. Закона о забрани дискриминације БиХ (“Службени гласник БиХ”, број: 59/09).

захтјеви темеље на истом чињеничном и правном основу и да је исти суд стварно надлежан са сваки од поднесених захтјева.

5. 3. 1. Тужба за утврђивање дискриминације

У складу са законом жртва дискриминације овлашћена је да посебном тужбом за утврђивање дискриминације (деклараторном антидискриминацијском тужбом),³¹ захтијева утврђивање да је дискриминатор, као тужени, повриједио тужиочево право (право дискриминисаног) на једнако поступање, односно да радња коју је предузео или пропустио може непосредно довести до повреде права на једнако поступање. Код тужбе за утврђење, суд у меритуму пресуде не утврђује нове правне односе, нити преиначује постојеће, већ утврђује да ли они постоје. Тужбу за утврђивање дискриминације дискриминисани, као тужилац, углавном подноси уколико жели да суд утврди недопуштеност дискриминације. Међутим, уколико жртва дискриминације жели да поред утврђивања недопуштености дискриминације оствари и другу врсту судске заштите, неопходно је да поред захтјева за утврђивање дискриминације истакне и други тужбени захтјев, који се може односити на забрану или отклањање дискриминације, односно захтјев за надокнаду материјалне или нематеријалне штете.³²

³¹ Закон о парничном поступку тужбу за утврђење нормира као тужбу, којом тужилац може тражити да суд само утврди постојање, односно непостојање неког права или правног односа, или истинитост, односно неистинитост неке исправе. Наведеним законом је одређено да се тужба за утврђење може подићи кад је то посебним прописима предвиђено или кад тужилац има правни интерес да суд утврди постојање, односно непостојање неког права или правног односа, или истинитост, односно неистинитост неке исправе прије доспјелости захтјева за чинидбу из истог односа. Закон такође одређује да уколико одлука о спору зависи од тога да ли постоји или не постоји неки правни однос који је у току парнице постао споран, тужилац може поред постојећег захтјева истаћи и тужбени захтјев да суд утврди да такав однос постоји, односно да не постоји, ако је суд пред којим парница тече надлежан за такав захтјев. Сходно наведеним законским одредбама, утврђујућа тужба заснива се на чињеницама које утемељују интерес за утврђење, па се утврђујућа пресуда и састоји само од утврђења одређених чињеница. Као таква, она нема својство налога, јер деклараторна пресуда ником ништа не налаже да чини или да се уздржи од чињења, па сходно томе странка у поступку нема обавезу да своје понашање усклади са стањем утврђеним у пресуди, нити тужилац има принудних правних средстава да га на то примора. Једини начин да оствари циљ да тужени усклади своје понашање са стањем утврђеним у пресуди, јесте подношење кондемпнаторне тужбе, која је управљена на чинидбу. Видјети члан 54. Закона о парничном поступку (*Службени гласник Републике Српске*, бр. 85/03, 74/05, 63/07 и 61/13).

³² Напријед наведена констатација подразумијевала би да се у једном тужбеном захтјеву изврши кумулација тужбених захтјева, уколико се сви истакнути захтјеви заснивају на истом чињеничном и правном основу, ако су сви захтјеви у међусобној вези и ако је исти суд стварно надлежан за сваки од захтјева наведених у тужби. Видјети члан 54. Закона о парничном поступку (*Службени гласник Републике Српске*, бр. 85/03, 74/05, 63/07 и 61/13).

Тужбом за утврђивање дискриминације жртва дискриминације захтијева од суда утврђење да је од стране туженог повријеђено право на једнако поступање, односно да радње које је тужени извршио или пропустио да изврши, могу довести до повреде права на једнако поступање према жртви дискриминације која се појављује у својству тужиоца. За разлику од инциденталног судског поступка, гдје се о утврђењу постојања дискриминације одлучује као о такозваном претходном питању, а одлука о постојању или непостојању дискриминације не улази у изреку већ у образложење судске пресуде, судска одлука донијета поводом тужбе за утврђивање дискриминације (деклараторни антидискриминацијски захтјев) дјелује обавезујуће у свим будућим односима између тужиоца и туженог и има значај пресуђене ствари (*res iudicata*). У тужбеном захтјеву за утврђивање дискриминације не постоји потреба тужиоца да докаже правни интерес за подношење наведене тужбе, као ни потреба утврђивања питања намјере, из разлога што се питање намјере не утврђује у судском поступку по било којој антидискриминацијској тужби.

5. 3. 2. Тужба за забрану или отклањање дискриминације

Тужбом за забрану или отклањање дискриминације жртва дискриминације може захтијевати забрану предузимања радњи којима се крши или може прекршити тужиочево право на једнако поступање, односно тражити извршење радње којима се уклања дискриминација или њене посљедице. Уколико је дискриминатор одређеном радњом извршио дискриминацију чије посљедице трају, жртва дискриминације може да захтијева, све док стање дискриминације траје, да дискриминатор изврши радњу супротну од оне која је довела до повреде начела једнакости, односно стања дискриминације које и даље траје. Тужба за забрану дискриминације садржи деклараторни и кондемпнаторни захтјев, при чему се деклараторни захтјев огледа у утврђивању чињеница постојања дискриминације и повреди нематеријалних вриједности тужиоца уз навођење радњи које представљају дискриминацију и имена извршиоца, док се у оквиру кондемпнаторног захтјева налаже престанак и забрана даљег вршења дискриминације, као и исплата накнаде штете, уколико је накнада штете обухваћена тужбеним захтјевом.

Тужба за забрану или отклањање дискриминације представља „сложену“ тужбу, реторички лоше формулисану, у којој су заправо садржана два захтјева, која стоје у алтернативном односу, и то забрана дискриминације, или отклањање дискриминације, што значи да жртва дискриминације може тужбом да захтијева или забрану или отклањање дискриминације. Међутим, практично се прећутно намеће закључак да наведеном тужбом дискриминисани може да захтијева и једно и друго, дакле и забрану и отклањање дискриминације, па би, с тим у вези, боља формулација наведене тужбе била уз алтернатив-

но додавање везника „и“, те би гласила „тужба за забрану и/или отклањање дискриминације,“ или би једноставно требало предвидјети два посебна тужбена захтјева у смислу тужбе за забрану дискриминације, као прохибитивне антидискриминацијске тужбе³³ и тужбе за отклањање дискриминације, као реститутивне антидискриминацијске тужбе.³⁴

Тужба за забрану предузимања радњи којима се крши или може прекршити тужиочево право на једнако поступање (прохибитивни антидискриминацијски захтјев) има за циљ спречавање дискриминације, при чему се заштита од дискриминације може захтијевати све до момента до којег постоји објективна могућност или индиције да ће се радња којом се врши дискриминација наставити или да ће дискриминаторска радња бити извршена. Тужба за забрану предузимања радњи је осуђујућег (кондемпнаторног) карактера, а у случају усвајања тужбеног захтјева од туженог се захтијева пасивност, односно суздржавање од даљег дјеловања.³⁵

Реститутивним захтјевом жртва дискриминације захтијева од туженог, као дискриминатора, да изврши радње којима се уклања дискриминација или њене последице, што подразумејева повраћај у стање које је постојало прије повреде права на једнако поступање, па се стога може рећи да је наведена тужба такође осуђујућа и од туженог захтијева активно дјеловање.

5. 3. 3. Тужба за накнаду штете

Захтјев за накнаду штете у смислу материјалне и нематеријалне штете узроковане повредом права на једнако поступање, жртва дискриминације може истаћи тужбом за накнаду штете. Иако „сама дискриминација не представља штету, нити је за постојање дискриминације неопходно да наступи штета, нити да је дискриминатор крив.“³⁶ Међутим, постојање штете и кривице дискриминатора даје право жртви дискриминације да тужбом за накнаду штете захтјева од дискриминатора накнаду штете, како материјалне, тако и нематеријалне.

Нарушавањем начела једнаког поступања, жртви дискриминације се могу проузроковати различити видови штете. Тужбом за накнаду штете жртва дискриминације може захтијевати накнаду материјалне и нематеријалне штете, што је чешћи случај у предметној антидискриминацијској тужби, с тим да је

³³ Прохибитивна антидискриминацијска тужба је тужба којом се тражи забрана предузимања радњи којима се крши или може прекршити тужиочево право на једнако поступање.

³⁴ Реститутивна антидискриминацијска тужба је тужба којом се захтијева да тужени изврши радње којима се уклања дискриминација или њене последице.

³⁵ А. Uzelać, „*Postupak pred sudom*“, Vodič uz Zakon o suzbijanju diskriminacije, Ured za ljudska prava Vlade Republike Hrvatske, Zagreb 2009. godine, стр. 97. Доступно на: www.ombudsman.hr/dokumenti/vodic.pdf

36 Ибид.

могућа кумулација одштетних захтјева по основу материјалне и нематеријалне штете.

Из законске дефиниције одређених облика дискриминације, као што су узнемиравање, полно узнемиравање и мобинг, јасно произилази да се њиховим вршењем проузрокује повреда угледа, части, људског достојанства и интегритета. У суштини ради се о повреди нематеријалних вриједности за које је Законом о облигационим односима предвиђена накнада нематеријалне штете за претрпљене душевне болове, због повреде угледа, части, слободе и других права личности.

Иако закон садржински не одређује појам права личности, може се рећи да су то она добра или интереси личности, кроз које се испољава њена слобода, тјелесни, морални, душевни и духовни интегритет. То су моралне и духовне вриједности које чине цјелину личности,³⁷ а њихова повреда представља моралну штету за носиоца права, коју карактерише немогућност имовинског, односно економског изражавања.

У случају да се у поступку који је покренут због узнемиравања, полног узнемиравања или мобинга утврди да је дошло до повреде права личности, суд ће досудити правичну новчану накнаду уколико тежина повреде и околности случаја то оправдавају, независно од накнаде имовинске штете, чак и у случајевима када тужбени захтјев за накнаду имовинске штете није постављен. Приликом одређивања висине правичне новчане накнаде, која би требала да представља сатисфакцију за нанијету нематеријалну штету, суд ће нарочито узети у обзир јачину и трајање физичке и душевне боли, страха, те јачину и трајање повреде.

Законом о облигационим односима (чл. 200) одређени су услови који треба да буду испуњени да би се новчана накнада за овај вид штете могла досудити (трпљење душевних болова, околности конкретног случаја). Ако оштећени не трпи душевне болове због повреде права личности или уколико су ти болови незнатни, новчана накнада се не може досудити, јер би то било неспојиво са природом накнаде и њеном друштвеном сврхом. Да би се досудила новчана накнада нематеријалне штете због повреде ових права личности, потребно је да оштећено лице због повреде ових вриједности трпи душевне болове јачег интензитета и дужег трајања, при чему се јачина и трпљење ових болова морају процјењивати по објективном критеријуму.³⁸

Вршењем појединих облика дискриминације као што су узнемиравање, полно узнемиравање и мобинг, проузрокује се повреда моралних вриједности појединца, нарочито части, угледа и достојанства, што у суштини представља

³⁷ А. Гамс, Ј. Ђуровић, *Увод о грађанско право – Општи дио*, Научна књига, Београд, 1981, стр. 153.

³⁸ М. Рмуш, *Новчана накнада нематеријалне штете*, Проузроковање штете и њена накнада, ПЕРИМЕХ, Будва, 1998, стр. 56.

нематеријалну штету, нанијету у виду душевне боли. С циљем отклањања недоумица за суд, односно судску праксу, од великог је значаја јасно одређење појма части, угледа и достојанства, у смислу дефинисања шта се подразумева под тим вриједностима. „Част се дефинише као субјективна категорија, као мишљење које човјек има о себи као припаднику одређене друштвене средине или друштвене групе чије је вриједности прихватио.“³⁹ Међутим, приликом одлучивања о овом виду накнаде штете, повреду части не треба посматрати као искључиво субјективну категорију, издвојену од мишљења средине о вриједностима које по схватању оштећеног чине његову част, јер „оно што је за оштећеног часно може да не одговара схватањима средине, па се у том случају новчана накнада не може досудити.“⁴⁰ Углед представља „мишљење које има средина, јавно мњење о личности и објективна је категорија.“⁴¹ Због тога за постојање повреде овог права личности субјективно осјећање и мишљење оштећеног нису од битног значаја. Под достојанством се подразумева скуп свих вриједности човјекове личности уопште, у смислу „осјећања друштвене, етичке, јавне и друге људске вриједности човјека“. До повреде достојанства долази онда кад се оштећеном оспоравају неке моралне вриједности, кад се он „понижава као људско биће, независно од његовог мишљења и мишљења његове околине.“⁴²

Захтјев за накнаду нематеријалне штете који се поставља у тужбеном захтјеву због вршења неког од облика дискриминације треба да представља сатисфакцију за претрпљене душевне болове жртве дискриминације. Међутим, јачина и трпљење ових болова морају се процјењивати по објективном критеријуму, у смислу да ли би акти и радње који се у конкретној тужби наводе као начин вршења одређених облика дискриминације, могли да проузрокују душевне патње одређеног степена и трајања просјечно осјетљивом лицу које је у конкретном случају тужилац, односно жртва дискриминације. Када је ријеч о накнади нематеријалне штете због претрпљених душевних болова може се закључити да је наведена накнада нематеријалне штете најпримјеренија вршењу дискриминације, а нарочито сексуалног узнемиравања и мобинга, као облика дискриминације. „Примјена објективног критеријума код процјењивања јачине и трајања душевних болова од значаја је због тога што су психичка својства појединаца различита (индиферентност, преосјетљивост).“⁴³ Уколико у току поступка суд захтијева психијатријско вјештачење жртве дискриминације, вјештак је дужан да након личне процјене и увида у ме-

³⁹ М. Рмуш, *Новчана накнада нематеријалне штете*, Проузроковање штете и њена накнада, ПЕРИМЕХ, Будва, 1998, стр. 55.

⁴⁰ *Ибид.*, стр. 55.

⁴¹ *Ибид.*, стр. 55.

⁴² *Ибид.*, стр. 55.

⁴³ *Ибид.*, стр. 56.

дицинску документацију и списе суда, донесе налаз и мишљење у којем ће се изјаснити на околности да ли су радње неког од облика дискриминације допринијеле погоршању психијатријског стања, односно да ли су проузроковале стварање душевне боли код жртве дискриминације, која се јавља у улози тужиоца.

Законом о облигационим односима (чл. 157) прописано је да свако има право захтијевати од суда или другог надлежног органа да нареди престанак радње којом се поврјеђује интегритет људске личности, личног и породичног живота и других права његове личности. Овим чланом разрјешава се дилема да ли жртва дискриминације може у тужбеном захтјеву, осим накнаде штете, захтијевати престанак вршења радњи које представљају дискриминацију, из чега произилази да радник у тужби поводом било ког вида дискриминације, треба поред накнаде штете, захтијевати и престанак узнемиравања.

Вршење појединих облика дискриминације може имати за посљедицу нарушено здравље жртве, што изазива различите трошкове лијечења, као и мању накнаду плате уколико жртва дискриминације користи одсуство са рада због привремене спријечености за рад. Имајући у виду одредбу Закона о облигационим односима којом је предвиђено да „ако неко другоме нанесе тјелесну повреду или му наруши здравље, дужан је надокнадити му трошкове лијечења, као и зараду изгубљену због неспособности за рад у вријеме лијечења“, могуће је да жртва неког од наведених облика дискриминације, у тужби формулише захтјев за накнаду напријед наведених трошкова. Закон ближе не одређује разлику између тјелесне повреде и нарушења здравља, али су правне посљедице исте. Ако оштећени губи зараду због неспособности за рад за вријеме лијечења због нарушења здравља или због тјелесне повреде, има право на новчану ренту. Одговорно лице за накнаду ове штете је прије свега лице које је штету проузроковало, дакле, лице које је нанијело тјелесну повреду оштећеном или му је нарушило здравље. Међутим, када је у питању дискриминација на раду, као тужени се може појавити само послодавац, јер послодавац има законску обавезу обезбјеђења здравих и безбједних услова рада, из чега произилази да се и у случају вршења дискриминације, као одговорно лице које по правилима одговорности одговара за другог, јавља послодавац.

5. 3. 4. Тужба за објављивање пресуде

Захтјевом да се пресуда којом је утврђена повреда права на једнако поступање на трошак туженог објави у медијима (публикацијски антидискриминацијски захтјев) жртва дискриминације овлаштена је да у случају када је дискриминација извршена кроз медије, поднесе захтјев којим тражи од суда да наложи туженом да се пресуда којом је утврђена повреда права на једнако поступање на трошак туженог објави у медијима, што представља

један облик неновчане сатисфакције који се пружа дискриминисаном лицу. Иако је Законом о забрани дискриминације, захтјев, да се пресуда којом је утврђена повреда права на једнако поступање на трошак туженог објави у медијима, предвиђен као посебан тужбени захтјев, неспорно је да се наведени захтјев мора кумулирати најмање са тужбом за утврђивање дискриминације, да би био допуштен. Из наведеног произилази да захтјев да се пресуда којом је утврђена повреда права на једнако поступање на трошак туженог објави у медијима може усвојити само ако се претходно утврди да је тужени повриједио тужиочево право на једнако поступање, што се констатује у диспозитиву судске одлуке, као и да је дискриминација извршена путем медија.

Законска могућност подношења предметног тужбеног захтјева и поступање туженог по судској одлуци којом се налаже да се пресуда којом је утврђена повреда права на једнако поступање на трошак туженог објави у медијима, када је дискриминација извршена путем медија, доприноси разбијању стереотипа о ограниченој снази антидискриминацијских одредби позитивног права и јачању свијести друштва о недопуштености дискриминаторског понашања, које за посљедицу има одређене санкције.

Међутим, из контекста законске одредбе којом је одређена тужба за публикацију пресуде у медијима,⁴⁴ произилази да наведена могућност постоји само у случају када је дискриминација извршена путем одређених медијских облика. Ако би се тумачењем предметне правне норме дошло до закључка да намјера законодавца приликом доношења закона није била усмјерена само на медијску публикацију пресуда, у случајевима гдје је дискриминација извршена посредством медија, наведена одредба нужно би захтијевала другачију формулацију, посебно из разлога што је објављивање антидискриминацијске пресуде потребно због потпуне накнаде учињене штете, док би се истовремено у психолошком смислу дао допринос заштити од дискриминације *pro futuro*. Први дио наведене одредбе је сасвим јасан и недвосмислен и као такав не оставља могућност за различите правне интерпретације. Закон о забрани дискриминације осим одређења могућности подношења захтјева за да се пресуда којом је утврђена повреда права на једнако поступање на трошак туженог објави у медијима, у случају када је дискриминација извршена путем медија, не прописује одредбе о начину реализације објављивања пресуде у медијима.⁴⁵ У

⁴⁴ Члан 12. став 1. тачка д. Закона о забрани дискриминације (“Службени гласник БиХ, “број: 59/09).

⁴⁵ Законом о сузбијању дискриминације Републике Хрватске у члану 17. став 5, прописано је да ће суд наложити да се пресуда објави у цијелости, ако суд усвоји захтјев за објављивање пресуде, а да изузетно суд може одредити да се пресуда објави у дијеловима или да се из текста пресуде изузму одређени лични подаци, ако је то потребно ради заштите приватности странака и других особа, а не доводи у питање сврху пружене правне заштите. Истим чланом је у ставу 6. прописано да пресуда којом се налаже објављивање пресуде у медијима обвезује издавача медија у коме се треба објавити пресуда, без обзира на то је ли био странка у поступку, или не. Види: Члан 17. став 5. и став 6. Закона о сузбијању дискриминације, Народне новине, број:

наведеном смислу једна од примједби на Закон о забрани дискриминације била би да се будућим измјенама и допунама закона формулишу одредбе о начину реализације објављивања пресуде којом је утврђена повреда права на једнако поступање, из разлога што је постојећа одредба недоречена и при практичној реализацији препуштена судској пракси која не представља извор права у формалном смислу.

6. Поступци за заштиту од дискриминације према казним (прекршајним) одредбама

Заштиту повријеђених права због изложености неком од облика недопуштене дискриминације жртве дискриминације могу захтијевати путем суда, уз претходну констатацију да су испуњени сви законски услови за судску заштиту.

Закон о забрани дискриминације у дијелу којим се уређују поступци за забрану дискриминације не помиње на директан начин покретање прекршајног поступка, као једног од судских поступака којим се обезбјеђује заштита од дискриминације, већ се углавном усмјерава на покретање парничног поступка, предвиђајући посебне тужбе за заштиту од дискриминације. Покретање и вођење прекршајног поступка из области заштите од дискриминације има за циљ изрицање прекршајне санкције која треба да изрази друштвени прекор учиниоцу због извршеног дискриминаторског поступања, квалификованог као прекршај, са намјером да се убудуће утиче на починиоца и друга лица да не чине такве прекршаје.

У смислу одредаба Закона о прекршајима БиХ, прекршаји су дефинисани као „кршења јавног поретка или прописа о економском и финансијском пословању, утврђена законом или другим прописом, за које су одређена обиљежја прекршаја и за које су прописане санкције.“⁴⁶

Одредбама Закона о забрани дискриминације, којима су прецизиране казнене, односно прекршајне одредбе, прекршајна дјела разликују се по садржајима инкриминација, починиоцима и висини прекршајне санкције, при чему закон одређује новчану казну као једину врсту санкције за сва прекршајна дјела.⁴⁷

85/2008.

⁴⁶ Члан 2. Закона о прекршајима Босне и Херцеговине, („Службени гласник БиХ“ број: 41/07 и 18/12). На идентичан начин прекршаји су одређени чланом 1. Закона о прекршајима Републике Српске („Службени гласник Републике Српске“, бр. 34/06, 1/09 и 109/11) и чланом 2. Закона о прекршајима Федерације БиХ (Службене новине ФБиХ број: 31/06).

⁴⁷ Законом о прекршајима Босне и Херцеговине као врсте прекршајних казни предвиђене су новчана казна, условна осуда, укор и заштитне мјере.

Законом о забрани дискриминације утврђен је низ радњи чије извршење представља прекршај, при чему је основним прекршајним дјелом инкримисана радња било ког извршиоца (правног лица, одговорног лица у правном лицу или физичког лица) који доведе неко лице или групу лица у неповољан положај по једном или више законом заштићених основа, као и сваке друге околности која има за сврху или посљедицу да било којем лицу онемогући или угрози признавање, уживање или остваривање на равноправној основи, права и слобода у свим областима јавног живота, чинећи то на начин којим је одређена непосредна или посредна дискриминација, односно неки од посебних облика дискриминације.

За постојање прекршаја није од значаја постојање елемента намјере, јер је и нехат извршиоца довољан да се извршилац сматра одговорним за учињени прекршај.⁴⁸ Од важности је само да је настала посљедица, јер се прекршајном радњом мора довести одређено лице или група лица у неповољан положај по неком од основа одређених законом. Из наведеног произилази да покушај извршења прекршаја није кажњив, што је законом изричито одређено.⁴⁹ Прекршајном одговорношћу, поред физичких лица, обухваћена су правна лица, одговорна лица у државној, ентитетској и кантоналној институцији, институцији Брчко Дистрикта Босне и Херцеговине, општинској институцији, правном лицу с јавним овлаштењима, као и у другом правном лицу.

Прекршајни поступак покреће овлаштени орган издавањем прекршајног налога или подношењем захтјева за покретање прекршајног поступка, с тим да се, у складу са законом, наведени захтјев може поднијети само у случајевима кад не постоје услови за издавање прекршајног налога.⁵⁰ Захтјев за покретање прекршајног поступка може, осим надлежних органа, покренути и омбудсман за људска права Босне и Херцеговине⁵¹ и свако лице или група лица која сматра да је дискриминисана.⁵² Захтјев за покретање прекршајног поступка подно-

⁴⁸ Члан 2. став 3. Закона о прекршајима Босне и Херцеговине, („Службени гласник Босне и Херцеговине“, број: 41/07 и 18/12).

⁴⁹ Члан 2. став 5. Закона о прекршајима Босне и Херцеговине („Службени гласник Босне и Херцеговине“, број: 41/07 и 18/12).

⁵⁰ Чланом 27. Закона о прекршајима одређено је да ће овлаштени орган издати прекршајни налог уколико утврди да је прекршај из његове надлежности утврђен 1. Непосредним опажањем овлаштеног службеног лица приликом инспекције, надзора и прегледа; 2. Подацима који су добијени уређајима за преглед или мјерење; 3. Приликом инспекцијског или другог надзора, прегледом документације, просторија или робе или на други законит начин; 4. На основу признања окривљеног о извршењу прекршаја у неком другом судском или административном поступку.

⁵¹ Омбудсман Босне и Херцеговине има право у оквиру своје надлежности да покреће и учествује у поступку за заштиту од дискриминације за прекршаје прописане овим законом (члан 7. став 2. тачка ј Закона о забрани дискриминације).

⁵² Чланом 11. Став 1. Закона о забрани дискриминације одређено је да „свако лице или група

си се надлежном суду на стандардном обрасцу, при чему подносилац захтјева једну копију доставља суду, а другу копију окривљеном, лично или путем поште.⁵³ Подносилац захтјева може у току поступка да одустане од захтјева за покретање прекршајног поступка, све до доношења рјешења о прекршају.

Закон о забрани дискриминације одређује прекршајне казне за лица која поступају дискриминаторски, са циљем санкционисања таквог поступања. Прекршајну одредбу која је санкционисана новчаном казном чини пропуштање правног лица, одговорног лица у правном лицу или физичког лица да поступи по препоруци омбудсмана или налогу суда.⁵⁴

Правна лица у Босни и Херцеговини обавезна су сарађивати с омбудсманом Босне и Херцеговине у смислу достављања података или докумената на захтјев истог, односно омогућавања увида у документацију и давања писмених одговора и обавјештења у року који је омбудсман Босне и Херцеговине одредио, при чему постоји обавеза поступања по препорукама омбудсмана и обавјештавања омбудсмана о ефекту препорука датих с циљем отклањања дискриминације. Непоступање по напријед наведеним одредбама, не само правних лица већ и одговорних лица у правном лицу, као и физичких лица, такође представља прекршај који је санкционисан новчаном казном.⁵⁵

Иако је Законом о прекршајима одређена могућност споразума о санкцији, гдје овлаштени орган уз захтјев за покретање прекршајног поступка

лица која сматра да је дискриминирана може тражити заштиту својих права путем постојећих судских и управних поступака“, што подразумева и заштиту права у прекршајном поступку, као једном од постојећих судских поступака.

⁵³ Чланом 35. Закона о прекршајима БиХ одређена је садржина захтјева за покретање прекршајног поступка, који се подноси у писаној форми и на стандардном обрасцу прописаном од стране министра правде БиХ. Идентичне су одредбе чланова ентитетских Закона о прекршајима који уређују садржину захтјева за покретање прекршајног поступка (члан 41. Закона о прекршајима ФБиХ и члан и члан 40. Закона о прекршајима Републике Српске).

⁵⁴ Члан 19. став 4. Закона о забрани дискриминације БиХ (“Службени гласник БиХ, “број: 59/09).

⁵⁵ Законом о забрани дискриминације је поред основне прекршајне одредбе која се односи на дискриминацију, нормирано више прекршаја који се „наслањају“ или изводе из основне прекршајне одредбе, а за које су, зависно од починиоца и учињеног прекршаја, предвиђени различити распони новчане казне. С тим у вези, пропуштање поступања по препоруци омбудсмана представља прекршај за који ће се правно лице казнити новчаном казном у износу од 2.500 КМ до 6.500 КМ, а одговорно лице у правном лицу или физичко лице казнит ће се новчаном казном у износу од 1.000 КМ до 3.000 КМ. Ако је дискриминација учињена пропуштањем да се поступи по налогу суда правно лице ће се казнити новчаном казном у износу од 3.500 КМ до 10.000 КМ, а одговорно лице у правном лицу или физичко лице казнит ће се новчаном казном у износу од 2.000 КМ до 5.000 КМ. Правно лице казнит ће се за прекршај новчаном казном у износу од 1.000 КМ до 5.000 КМ, а одговорно лице у правном лицу новчаном казном од 500 КМ до 1.500 КМ ако: не достави податке или документе на захтјев омбудсмана Босне и Херцеговине, односно ако их не достави у прописаном року и не дозволи увид у њих и ако не сарађује с омбудсманом Босне и Херцеговине и не даје писмено одговоре или обавјештења, односно не извијести о учинку препорука датих с циљем отклањања дискриминације. За наведени прекршај физичко лице биће кажњено новчаном казном у износу од 450 КМ до 1.000 КМ.

окривљеном прилаже понуду да прихвати предложену санкцију која може бити новчана казна и/или предложене заштитне мјере, наведена одредба није од значаја када је у питању прекршајни поступак за заштиту од дискриминације. С обзиром да је Законом о забрани дискриминације одређено да ће се у случају неусаглашености других закона с њим, примјењивати његове одредбе, јасно је да могућности споразума о санкцији нема мјеста из разлога што је Законом о забрани дискриминације као прекршајна санкција искључиво одређена новчана казна.

Као посебно прекршајно дјело законом је одређено довођење у неповољнији положај лица које је пријавило дискриминацију или учествовало у правном поступку за заштиту од дискриминације. Постојање наведеног прекршајног дјела подразумијева постојање последице, јер је прекршај извршен тек онда када је лице доведено у неповољнији положај. У циљу примјене одредбе да ниједно лице које је пријавило дискриминацију или учествовало у правном поступку за заштиту од дискриминације неће трпјети никакве последице због таквог пријављивања или учествовања у поступку, законом су прописане високе новчане казне за прекршај наведене одредбе⁵⁶ и одређене веће новчане казне уколико је дјело учињено са намјером, што подразумијева изузетак у односу на остале прекршајне одредбе, из чега произилази да се постојање елемента намјере узима као отежавајућа околност, која је санкционисана већом новчаном казном.⁵⁷

7. Одређене специфичности поступка покренутог по тужби за заштиту од дискриминације

Поред материјалноправних одредби Закона о забрани дискриминације којима је дефинисана дискриминација и њени појавни облици, закон садржи и процесне одредбе које се примјењују у антидискриминацијским парничним поступцима, при чему су поједине процесне радње и институти нормирани на другачији начин у односу на Закон о парничном поступку, што се посебно односи на врсте антидискриминацијских тужби, могућност подношења колективне тужбе за заштиту од дискриминације, надлежност суда, терет доказивања, учешће трећих лица, рокове, право на изјављивање ревизије и сл.

⁵⁶ За правна лица која изврше повреду члана 18. Закона о забрани дискриминације, односно доведу у неповољнији положај лице које је пријавило дискриминацију или учествовало у правном поступку за заштиту од дискриминације закон одређује новчану казну и то: за правна лица у распону од 1.000 до 10.000 КМ, за одговорно лице у правном лицу казну у распону од 1.000 до 3.500 КМ, док је за физичка лица предвиђена казна у распону од 700 до 2.000 КМ (члан 21. став 2. и став 3. Закона о забрани дискриминације).

⁵⁷ У случају да је повреда члана 18. Закона о забрани дискриминације учињена са намјером закон прописује новчану казну за одговорно лице у правном лицу у висини од 2.000 до 7.000 КМ, док је за физичка лица прописана казна у висини од 1.500 до 4.000 КМ (члан 21. став 4. Закона о забрани дискриминације).

Судски поступак заштите од дискриминације не рјешава се по начелу хитности. Рокови за подношење тужбе за заштиту од дискриминације износе три мјесеца од дана сазнања о учињеној повреди права, односно једну годину од дана учињене повреде. За разлику од карактера и начина формулације ревизије, као ванредног правног лијека, утврђеног Законом о парничном поступку,⁵⁸ ревизија је у антидискриминацијским поступцима увијек допуштена и представља редован правни лијек, при чему је рок за подношење захтјева за ревизију три мјесеца од дана уручења другостепене пресуде. Иако допуштеност изјављивања ревизије утиче на продужење поступка заштите од дискриминације, странкама се омогућава да спорни предмет још једном изнесу пред суд у току судског поступка.

Уважавајући чињеницу да би уобичајена примјена правила о терету доказивања за тужиоца, као странку у поступку и жртву дискриминације, представљала додатно оптерећење приликом доказивања постојања дискриминације, и законодавац у Босни и Херцеговини је предвидио обавезу да тужени докаже да се придржавао начела једнакости, како би суд могао да одлучи да ли је дошло до повреде начела једнакости. Овакво рјешење представља усклађивање са позитивним антидискриминацијским правом Европске уније или прецизније са Директивом Вијећа 97/80/ЕЗ, односно Директивом Европског парламента и Вијећа 2006/54/ЕЗ,⁵⁹ која из разлога социјалне правде и у циљу доношења правичне одлуке од стране надлежног органа, суда или арбитраже, захтијева од држава чланица да у свом законодавству нормирају обавезу туженог да докаже да се придржавао начела једнакости шанси и поступања у конкретном случају.⁶⁰ Међутим, пропуст законодавца у погледу терета доказивања је што није предвиђен изузетак у погледу терета доказивања у кривичном и прекршајном поступку, посебно што чланом 24. став 2. закон предвиђа да ће сви закони и општи прописи бити усаглашени с одредбама наведеног закона у року од годину дана од дана његовог ступања на снагу. Формулација терета доказивања,

⁵⁸ Закон о парничном поступку ФБиХ (*Службене новине Федерације БиХ*, бр. 53/03) и Закон о парничном поступку РС (*Службени гласник Републике Српске*, бр. 85/03, 74/05, 63/07 и 61/13), одређују ревизију као ванредан правни лијек и у члану 237. на идентичан начин одређују да: „Странке могу изјавити ревизију против правоснажне пресуде донесене у другом степену у року од 30 дана од дана достављања преписа пресуде.....“, што значи да се у погледу изјављивања ревизије Закон о забрани дискриминације у спору поводом заштите од дискриминације има посматрати као *lex specialis* у односу на ентитетске Законе о парничном поступку.

⁵⁹ Члан 19. Директиве Европског парламента и Вијећа 2006/54/ЕЗ од 5. јула. 2006. о примјени начела једнаког третмана и једнаких могућности за мушкарце и жене у питањима запошљавања и обављања занимања (Directive 2006/54/EC of the European Parliament and of the Council of 5 July 2006 on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation), преузето са: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/Lex>

⁶⁰ Види шире: R. Blainpain, F. Hendrickx, *European Labour Law and Social Security Law*, Codex, Kluwer, 2002.

одређена Законом о забрани дискриминације, без изузетка у погледу примјене у односу на кривични или прекршајни поступак, у колизији је са пресумпцијом невиности одређеном Европском конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода.⁶¹

Законом је предвиђена и заштита лица која пријављују дискриминацију или учествују у правном поступку за заштиту од дискриминације у смислу забране трпљења посљедица због покретања или учествовања у било којем поступку за заштиту од дискриминације. Наведени облик заштите, који се у упоредном праву назива виктимизација, „обично настаје као реакција од стране особе за коју се наводи да је дискриминирала приликом покретања поступка и представља наставак повреде равноправног третмана.“⁶² За кршење појединих одредби овог закона, законом је установљен и читав низ казних, односно прекршајних одредби, које су санкционисане високим новчаним казнама. Специфичност Закона о забрани дискриминације је императивно одређена норма која налаже да се рјешење о прекршају прописано предметним законом објављује у јавним медијима доступним на цијелој територији Босне и Херцеговине.⁶³

Директна примјена Закона о забрани дискриминације предвиђена је његовим одредбама, којим је прописано да ће се у поступцима по Закону о забрани дискриминације у случају неусаглашености са одредама других закона, примјењивати одредбе Закона о забрани дискриминације. Иако би наведена норма требала најприје да се односи на Закон о општем управном поступку и Закон о парничном поступку, као релевантне процесне законе, значајно је поменути да је одредба којом је императивно одређена обавеза усаглашавања свих закона и општих прописа са одредбама Закона о забрани дискриминације у року од годину дана од дана његовог ступања на снагу и данас практично само декларативног карактера, с обзиром да поменуто усаглашавање није извршено.

⁶¹ Чланом 6. Став 2. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, којим се гарантује право на правично суђење одређено је да: „Свако ко је оптужен за кривично дјело сматраће се невиним све док се не докаже његова кривица по основу закона. Имајући у виду да се и у кривичном и у прекршајном поступку одлучује о изузетно велнерабилном основном људском праву, праву на слободу и сигурност, оправдана је замјерка на формулацију одредбе о терету доказивања одређену Законом о забрани дискриминације у БиХ, коју би из разлога правне сигурности и хијерархијске усклађености правних аката требало измијенити и допунити.

⁶² Коментар Закона о забрани дискриминације, са објашњењима и прегледом праксе у упоредном праву, Центар за људска права Универзитета у Сарајеву, Сарајево, 2010, стр. 121.

⁶³ Члан 23. Закона о забрани дискриминације БиХ, (“Службени гласник БиХ, “број: 59/09).

**LAW ON DISCRIMINATION PROHIBITION OF BOSNIA AND
HERZEGOVINA
(DE LEGE LATA I DE LEGE FERENDA)**

Summary

Positive antidiscrimination legislation in Bosnia and Herzegovina began more intense development since the beginning of XXI century. In the spirit of antidiscrimination legislations inevitable factor is endeavour to harmonise existing legal frame of discrimination protection as much as it can with the european law, which represents one of the obligations established in harmonisation clause of Stabilisation and Association Agreement of Bosnia and Heryegovina to European Union.

With the adoption of Discrimination prohibition law as an general antidiscriminatorz law, certain novelties have been implemented which represent a result of contemporary tendencies in discrimination supression. However even with all this, the fact is that existing normative frame of discrimination protection has a series of ambiguities, which especialy expresses in practical aplication of individual legal stipulations, and especialy in case of motion and execution of Court procedure. Therefore the existing positive legal solutions od individual forms of discrimination had to be amended with new elements or needs to be shaped trough special legal and sublegal acts which would in details specify certain preventions of diffrent forms of discrimintaion, certainly with the respect to existing international standards as well as the different rights which are in Bosnia and Heryegovina guaranteed by Constitution and Law.

Key words: *discrimination, antidiscriminatory legislation, elementary human rights, principle of equality.*

POZITIVNA NJEMAČKA ISKUSTVA I EVROPSKI STANDARDI KAO SMJERNICE ZA RAZVOJ OVLAŠTENJA VIJEĆA ZAPOSLENIKA U BOSNI I HERCEGOVINI

Mr Ivana Grubešić*

UVOD

Kolektivni glas radnika, tipično za industrijske sisteme zapadne Evrope, još od sredine devetnaestog stoljeća nalazi svoje uporište u dva instituta – sindikatima i vijećima zaposlenika. Nastala u drugoj polovini deventaestoga stoljeća, ideja o stvaranju vijeća zaposlenika nije dočeka raširenih ruku od strane sindikata, prije svega, jer su smatrani direktnom konkurencijom njihovom djelovanju. Usvajanjem pravne regulative sredinom dvadesetog stoljeća u državama Evrope¹, razgraničavanjem ovlaštenja vijeća od onih povjerenih sindikatima, velikim dijelom pomirene su ove dvije struje, čime se razvija svijest o značaju vijeća zaposlenika kao nužnog za efikasniju zaštitu radnika od strane sindikata.

Njemačka vijeća zaposlenika smatrana su jednim od ključnih karakteristika njemačkog industrijskog sistema², što je doprinijelo prihvaćanju istih kao pionira u razvoju industrijske demokratije. Jedinstveni sistem povjerenih ovlaštenja kao i podrška koju uživaju od strane sindikata dovela su do prihvatanja njemačkih vijeća zaposlenika kao svojevrsnog *prototipa prilikom kreiranja modela vijeća zaposlenika u Evropi*³, što je nesumnjivo utjecalo na osnovne karakteristike evropskog kolektivnog radnog prava, stvaranog posljednjih četrdeset godina.

* **Mr Ivana Grubešić, asistent Pravnog fakulteta u Zenici**

¹ Tako je u Italiji već 1943. godine postignut Sporazum o osnivanju vijeća zaposlenika (tzv. Commissioni interne), u Zapadnoj Njemačkoj usvojen je 1952. godine Zakon o vijećima zaposlenika (tzv. Betriebsrat), u Španiji je 1947. godine pod Francovim režimom usvojen Propis o vijećima zaposlenika, u Holandiji 1950. godine (pogledati više u: Wolfgang Streeck, „Works councils in Western Europe: from consultation to participation“, Works Councils: Consultation, Representation, and Cooperation in Industrial Relations, koautori: Wolfgang Streeck / Joel Rogers, University of Chicago Press, <http://www.nber.org/chapters/c11564>, str. 324).

² Sigurt Vitols, „German industry policy: an overview“, Discussion paper FS I 96-321, Wissenschaftszentrum Berlin fuer Sozialforschung, 1996, str. 4.

³ Mike Rigby / Fiona O'Brien Smith / Sylvie Contrepolis, „The Establishment of Enterprise Works Councils - Process and Problems“, Paper Number 2-06, Research Papers in International Business, str. 5.

Postojeći sistem kolektivnih radnih odnosa u Bosni i Hercegovini, jednako kao i u Njemačkoj, predviđa dvostruki kanal zaštite prava zaposlenika, strogo odvajajući pravo na kolektivnu akciju i pregovaranje kao pravo sindikata, od prava na participaciju, provođenog od strane vijeća zaposlenika. Ovako uređen sistem industrijske demokratije u BiH, tim više dobija na značaju ukoliko ga sagledamo u svjetlu skorašnjih promjena pravnog sistema BiH u postupku usklađivanja sa pravom Evropske unije. Pravo na participaciju zaposlenika predviđa se kao jedno od prava evropskog kolektivnog radnog prava koje se mora garantovati unutar pravnog sistema da bi BiH mogla ostvariti sve uvjete za pristup članstvu EU.

U tom kontekstu istraživanje je usmjereno ka sagledavanju nivoa zaštite koju uživaju zaposlenici putem vijeća zaposlenika u BiH, spram onog garantovanog putem njemačkih vijeća zaposlenika, kao svojevrsnog uporednog modela kojem se treba težiti u svjetlu evropskih integracija. Razmatrajući dobru njemačku praksu ukazat će se i na moguća rješenja koja bi doprinijela većoj i efektivnijoj primjeni instituta vijeća zaposlenika u BiH. Paralelno će biti sagledana i ovlaštenja vijeća zaposlenika utvrđena relevantnim direktivama EU, na čije je stvaranje veliki utjecaj ostvarila dobra praksa njemačkih vijeća, a čije minimalne zahtjeve moraju ispoštovati i vijeća zaposlenika u BiH.

U prvom dijelu rada razmotrit će se pravni okvir djelovanja njemačkih vijeća zaposlenika u svjetlu relevantnih direktiva EU te relevantno zakonodavstvo o vijećima zaposlenika u BiH. Drugi dio istraživanja bit će posvećen pojedinačnim ovlaštenjima vijeća zaposlenika – informisanju, konsultovanju i saodlučivanju – njihovom opsegu i primjeni. U okviru razmatranja pojedinačnih ovlaštenja vijeća zaposlenika istraživanje će se posebno fokusirati na specifične slučajeve, kao što su kolektivni otkaz i transfer poslodavca.

1. Pravni okvir ovlaštenja vijeća zaposlenika u Njemačkoj i BiH

Vijeća zaposlenika u Njemačkoj po prvi put su zaživjela u pravnoj regulativi još 1891. godine tokom Bizmarckovog mandata⁴, iako su još tokom 1870-ih godina uvedena kao *neformalna reprezentativna tijela zaposlenika od strane samih poslodavaca*⁵. U tom periodu vijeća zaposlenika bila su, iako neobavezan⁶, jedini

⁴ Manfred Weiss, „Trade unions and institutionalised worker’s participation: the German experience“, Law, Democracy and Development, No. 9, 2005, str. 160.

⁵ Ibid., Prvotna uloga ovakvih tijela zaposlenika nisu imala onu funkciju kakvu imaju danas, niti su odražavala stvarni nivo industrijske demokratije čiji su današnji indikator. Uvedena od strane samog poslodavca, ova tijela imala su prvenstveno administrativnu funkciju u pogledu ostvarenja socijalnih prava zaposlenika, čime je poslodavac znatno smanjivao troškove vlastite administracije.

⁶ Vijeće zaposlenika moglo je osnovati najmanje dvadeset zaposlenika, a sama inicijativa mogla je poteći isključivo od zaposlenika. Ovakva tijela uvedena su 1905. godine kao obavezna u rudarskoj industriji (Walther Müller – Jentsch, „Germany: From Collective Voice to Co-management“, Works Councils: Consultation, Representation, and Cooperation in Industrial Relations, koautori: Wolfgang

priznati oblik kolektivne reprezentacije zaposlenika od strane države, što se zadržalo sve do 1918. godine kada su kolektivnim ugovorom priznati sindikati kao *legitimni predstavnici radne snage*⁷. Poslije Prvog svjetskog rata vijeća zaposlenika ponovo su uspostavljena u tadašnjoj Vajmarskoj republici 1920. godine, da bi, ponovno poslije Drugog svjetskog rata, 1952. godine, usvajanjem „Betriebsverfassungsgesetz“⁸ (Zakon o vijećima zaposlenika, u nastavku rada: BertVG) u Zapadnoj Njemačkoj dobila konačan oblik i ovlaštenja po kojima su danas prepoznatljiva.

Iako, osnivanje vijeća zaposlenika u Njemačkoj ni do danas nije predviđeno kao obavezno⁹, što se zamjera od strane mjerodavnih organa EU, njihova primjena je, pod utjecajem tradicije industrijske demokratije, u širokoj primjeni, a raste proporcionalno sa brojem zaposlenika u jednoj radnoj sredini¹⁰. Ovlaštenja vijeća zaposlenika u velikim kompanijama ojačana su i obavezom da se u slučaju postojanja više od 100 radnika u radnoj sredini osnuju i ekonomski komitet, u svrhu konsultovanja sa poslodavcem o ekonomskim i finansijskim pitanjima. Ovlaštenja povjerena vijeću zaposlenika ovise o oblasti koja je u pitanju, pa se tako mogu zamijetiti najšira ovlaštenja po pitanju socijalnih prava radnika, dok su u slučaju ekonomskih pitanja i poslovanja poslodavca ovlaštenja vijeća na najnižem nivou.

Na danas postojeći sistem ovlaštenja njemačkih vijeća zaposlenika dijelom su utjecale i direktive Evropske unije prilikom usvajanja minimalnih standarda participacije zaposlenika. Njihov utjecaj nije u toj mjeri zamjetan kao u slučaju drugih evropskih država iz razloga što su njemačka vijeća zaposlenika već imala uspostavljeno pravo na informisanje, konsultovanje i saodlučivanje u mnogo širem rasponu, od minimalnog nivoa uspostavljenog direktivama. Tako jedna od najranije donesenih direktiva koje dodjeljuju ovlaštenja vijećima zaposlenika i drugim predstavnicima zaposlenika, Direktiva o kolektivnim otkazima¹¹, koja predviđa pravo na informisanje i konsultovanje predstavnika radnika, implementirana je njemačkim Zakonom o zaštiti od otkaza kao i putem BertVG-a, članom 102, kojim se predviđa također postupak informisanja i konsultovanja vijeća zaposlenika. Nešto kasnije

Streeck / Joel Rogers, University of Chicago Press, <http://www.nber.org/chapters/c11556>, str. 53.)

⁷ Manfred Weiss, op.cit., str. 161.

⁸ Betriebsverfassungsgesetz, Bundesgesetzblatt BGBI.I S. 1852. (izmijenjen i dopunjen 1972, 1988, 2001, 2003).

⁹ Vijeće zaposlenika prema BertVG-u nije obaveza zaposlenika nego njihovo pravo, što znači da u slučajevima kada vijeće zaposlenika ima pravo na informisanje i konsultovanje, ono neće biti vršeno, jer je, prema njemačkom pravu, isključivo vijeće to koje je ovlašteno koristiti ova prava. Prema Direktivi 2002/74/EC, u slučaju da ne postoje vijeća zaposlenika, zakonodavac mora utvrditi postupak informisanja i konsultovanja prema zaposlenicima direktno ili na neki drugi način (Heiner Dribbusch, op.cit., str. 3.).

¹⁰ John T. Addison / Lutz Bellmann / Claus Schnabel / Joachim Wagner, „German Works Councils Old and New: Incidence, Coverage and Determinants“, Discussion paper No. 495, IZA, 2002, str. 4.

¹¹ Direktiva Vijeća br. 98/59/EC o približavanju prava država članica u odnosu na kolektivne otkaze (Službeni glasnik EU L225, 12. 08. 1998), revidirana je verzija ranije donesene istoimene Direktive br. 75/129/EC sa njenom izmjenom u Direktivi br. 92/56/EC.

usvojena, Direktiva o zaštiti radnika u slučaju transfera preduzeća¹², implementirana je u pogledu prava vijeća zaposlenika putem dva člana – članom 21.a. i 21.b. koji se odnose na prelazni mandat vijeća zaposlenika u slučaju novog poslodavca. Kao što je prikazano, izmjene postojećeg zakona zbog postupka implementacije direktiva nisu dovele do radikalnih promjena ovlaštenja vijeća zaposlenika. Štaviše, nakon usvajanja Direktive o informisanju u konsultovanju 2002. godine¹³, zamišljene kao opći okvir prava na informisanje i konsultovanje koja će obezbijediti jednak minimalni standard u svim državama članicama bez obzira na postojeći nivo industrijske demokratije, Vlada Rep. Njemačke odlučila je da nema potrebe za implementacijom Direktive u relevantne zakone jer *prava koja se već garantuju vijećima zaposlenika u velikoj mjeri prevazilaze ona predviđena kao obavezna Direktivom.*¹⁴

U većoj mjeri na pitanja vijeća zaposlenika utjecale su direktive koje se odnose na evropska vijeća zaposlenika, što je i bilo očekivano, s obzirom da se radilo o oblasti koja se originalno razvila na evropskom nivou. Usvojena još 1994. godine, Direktiva o evropskim vijećima zaposlenika¹⁵ implementirana je u njemačko zakonodavstvo posebnim Zakonom o evropskim vijećima zaposlenika¹⁶. Pogrešno bi bilo zaključiti da je ova Direktiva utjecala na ovlaštenja postojećih, prema nacionalnom pravu osnovanih vijeća zaposlenika, jer je ona u njemački sistem participacije zaposlenika uvela posebnu vrstu vijeća zaposlenika, koja se osnivaju u slučaju nadnacionalnih kompanija, koje čak i u slučaju da nemaju sjedište u Njemačkoj, moraju u svojim podružnicama u Njemačkoj jednim dijelom primjenjivati odredbe BertVG-a na njemačke zaposlenike. Jednako pravno rješenje prihvaćeno je i u slučaju implementacije evropskih vijeća zaposlenika evropskih kompanija, regulisanim Direktivom koja dopunjava statut evropske kompanije u pogledu participacije zaposlenika¹⁷, implementiranom posebnim Zakonom o

¹² Direktiva Vijeća br. 2001/23/EC o približavanju prava država članica u pogledu zaštite prava radnika u slučaju transfera preduzeća, posla ili dijela preduzeća ili posla (Službeni glasnik EU L82, 22. 03. 2001), revidirana je verzija ranije donesene istoimene Direktive br. 77/187/EC sa njenom izmjenom u Direktivi br. 98/50/EC.

¹³ Direktiva Evropskog parlamenta i Vijeća br. 2002/14/EC o osnivanju općeg okvira za informisanje i konsultovanje zaposlenika u EZ, Službeni glasnik EU L80, 23. 03. 2002.

¹⁴ Heiner Dribbusch, „The impact of the information and consultation directive on industrial relations — Germany“, Institute of Economic and Social Research 09. 03. 2009., <http://www.eurofound.europa.eu/eiro/studies/tn0710029s/de0710029q.htm> (12. 08. 2013).

¹⁵ Direktiva Vijeća br. 94/45/EC o osnivanju evropskih vijeća zaposlenika ili postupka u preduzećima na nivou EZ ili grupama preduzeća na nivou EZ u svrhu informisanja i konsultovanja zaposlenika (Službeni glasnik EU L 254, 30. 9. 1994), revidirana istoimenom Direktivom Evropskog parlamenta i Vijeća br. 2009/38/EC (Službeni glasnik EU L122, 16. 05. 2009).

¹⁶ Europäisches Betriebsräte-Gesetz – EBRG, usvojen 26.10.1996. kasnija revidirana verzija Direktive iz 2009. godine implementirana je u njemačko zakonodavstvo putem izmjena i dopuna EBRG-a usvojenim 14. 06. 2011. godine.

¹⁷ Direktiva Vijeća br. 2001/86/EC koja dopunjava Statut evropske kompanije u pogledu participacije zaposlenika, Službeni glasnik EU L294, 08. 10. 2001.

participaciji zaposlenika u evropskim kompanijama¹⁸. Opet, ovim zakonom nije se utjecalo na postojeća ovlaštenja nacionalnih vijeća zaposlenika, nego je uveden poseban oblik vijeća zaposlenika čije je osnivanje predviđeno kao obavezno u slučaju osnivanja tzv. evropskih kompanija.

Prikazana kompleksnost pravnog okvira ovlaštenja njemačkih vijeća zaposlenika utoliko čini većim izazove koji se postavljaju pred Bosnu i Hercegovinu u pogledu obaveza koje je prihvatila potpisujući Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju 2008. godine. Prema članu 70. SSP-a, BiH je preuzela obavezu postepenog usklađivanja zakonodavstva sa pravnom tekovinom EU, gdje će se u ranoj fazi postupka usklađivanja prvenstveno fokusirati na osnovne tržišne slobode.¹⁹ Ova obaveza u okviru radnih odnosa posebno je istaknuta i u članu 77. SSP-a, dok je obaveza jednakog tretiranja bh-državljana u državama članicama u pogledu jednakih uslova rada istaknuta u Poglavlju 1. Glave V SSP-a.

Pitanje industrijske demokratije u BiH nije nepoznato. Već donošenjem entitetskih zakona o radu, predviđeno je postojanje vijeća zaposlenika i prava na informisanje, konsultovanje i saodlučivanje u određenim pitanjima. Tako Zakon o radu FBiH²⁰ u tri člana (108–110) predviđa mogućnost osnivanja vijeća zaposlenika, prihvatajući time *institucionalni oblik predstavničke demokratije*²¹ na radnom mjestu. Osnivanje vijeća zaposlenika nije obaveza zaposlenika, međutim, kako se navodi u odredbi čl. 108. st. 2, ukoliko zaposlenici nisu osnovali vijeće, prava i obaveze vijeća obavljat će sindikat ukoliko kao takav postoji, iz čega možemo zaključiti da se ovlaštenja sindikata u tom slučaju ne temelje na njegovom voluntarizmu, nego na zakonskoj obavezi.

Jednako kao i u slučaju Zakona o radu FBiH, i Zakon o radu RS²² predviđa opći okvir postojanja i djelovanja savjeta radnika, uz uvjet, da je najmanje 15 zaposlenika u radnom odnosu kod poslodavca da bi se mogao osnovati savjet. Dodatno, Zakon o radu RS ističe kako se savjet radnika ne smije miješati u ovlaštenja povjerena sindikatima, niti preuzimati njihova ovlaštenja (čl. 124). Oba entitetska zakona predviđaju osnovno pravo zaposlenika na participaciju putem vijeća zaposlenika, a kao osnovni pravni akt koji detaljno uređuje pitanja organizacije i ovlaštenja istih,

¹⁸ SE-Beteiligungsgesetz – SEBG, Bundesgesetzblatt Part I No 73, 28. 12. 2004.

¹⁹ S obzirom da je pravo zaposlenika na participaciju jedan od elemenata slobode kretanja radnika u okviru unutrašnjeg tržišta EU, tim zaključujemo da se usklađivanje ovog pitanja također treba odvijati u ovoj fazi.

²⁰ Zakon o radu FBiH, „Službene novine FBiH“ br. 43/99, 32/00, 29/03.

²¹ Sulejman Hrle, Priručnik za formiranje i rad vijeća zaposlenika u federaciji Bosne i Hercegovine, Friedrich-Ebert-Stiftung, Sarajevo, 2008. Prema Straussu, postoje četiri tipa participacije zaposlenika: a) direktna (lično konsultovanje zaposlenika), b) predstavnička, c) partnerska i d) finansijska (preuzeto iz: Senad Jašarević, „Participacija zaposlenih, stanje i perspektive u Srbiji“, Zbornik radova „Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse“, br. 11., Mostar, 2013, str. 210.

²² Zakon o radu – prečišćeni tekst, „Službeni glasnik RS“, br. 55/07.

u oba entiteta usvojeni su odgovarajući zakoni o vijećima zaposlenika²³, kojima se regulišu pitanja organizacije, ovlaštenja, obaveza i načina djelovanja vijeća u oba entiteta. Ovaj institut još uvijek nije prihvaćen u praksi u onoj mjeri u kakvoj postoji u Njemačkoj, Francuskoj, Italiji i Švedskoj, prvenstveno radi dominantnog položaja sindikata, ali i nedostatka shvatanja o potencijalu koji pruža radnicima i sindikatima u ostvarenju boljeg položaja u radnoj sredini.

2. Pravo na informisanje

Iako predstavlja oblik participacije sa najmanjim utjecajem zaposlenika, pravo na informisanje nezaobilazno je u pogledu rada vijeća zaposlenika i provođenja drugih prava, povjerenih mu – konsultovanja i saodlučivanja. Stoga se ovo pravo može promatrati kao samostalno pravo, u onim slučajevima kada iz obezbjeđenja informacije neće proizaći viši oblik participacije (konsultovanje ili saodlučivanje), i nesamostalno, kada se informacija obezbjeđuje kao sastavni dio prava na konsultovanje i/ili saodlučivanje. Do informacije vijeće zaposlenika može doći na dva načina – putem *unaprijed određenog postupka redovnog informisanja i u slučaju ad hoc događaja*.²⁴ I u jednom i u drugom slučaju, obično se unaprijed zakonom predviđaju kako postupak redovnog informisanja, tako i koji vanredni događaji mogu biti razlog za informisanje. Međutim, dok informisanje u redovnom postupku može imati preventivni učinak, u smislu obezbjeđenja dovoljno informacija koje će dovesti do postupka konsultacija u cilju rješavanja kriznih situacija u radnoj sredini, te može biti pokrenut na inicijativu zaposlenika/vijeća zaposlenika/poslodavca, informisanje u slučaju ad hoc događaja ima svrhu uklanjanja ili smanjenja negativnih posljedica nekog nemilog događaja u radnoj sredini, kao u slučaju kolektivnih otkaza, promjena poslodavca.²⁵ U ovakvim situacijama, do informisanja dolazi na inicijativu poslodavca, jer je on taj koji raspolaže informacijama o ad hoc događaju. I jedan i drugi oblik prava na informisanje poznat je zakonodavstvu Njemačke i BiH, kao što će biti prikazano u radu.

Značaj Direktive br. 2002/14/EC ogleda se u utvrđivanju minimalnih standarda u pogledu prava na informisanje i konsultovanje u svim preduzećima u državama članicama EU koja zapošljavaju najmanje 50 zaposlenika, odnosno, u svim podružnicama koje zapošljavaju najmanje 20 zaposlenika. S obzirom da Direktiva predviđa „pravo zaposlenika na informisanje/konsultovanje“, implicira se

²³ Zakon o vijećima zaposlenika, „Službene novine FBiH“ br. 38/04., Zakon o savjetima radnika, „Službeni glasnik RS“, br. 26/01.

²⁴ Howard Gospel / Paul Willman, „Comparatively Open: Statutory Information Disclosure for Consultation and Bargaining in Germany, France, and the UK“, Leverhulme Trust Program „Future of Trade Unions in Modern Britain“, London School of Economics and Political Science, London, 2004., str. 1.

²⁵ Ibid., str.2.

time i mogućnost zaposlenika da voljno ne izvršavaju svoje pravo, što nas dalje navodi na to da *Direktiva ne predviđa obavezu poslodavca da na redovnoj osnovi informiše zaposlenike*²⁶, te ovo pitanje ostaje otvoreno za različitu nacionalnu implementaciju. Direktiva postavlja i definiciju informisanja kao *prijenos informacija od strane poslodavca na predstavnike zaposlenika sa svrhom da im se omogući da se upoznaju sa temom i da je istraže*²⁷, također obrazlažući, što je od velikog značaja, i način provođenja informiranja, od čega ovisi direktno učinkovitost kasnijeg postupka konsultovanja. Kako se navodi, *informisanje se treba izvršiti u vrijeme, na način i sa takvim sadržajem koji su odgovarajući da omoguće, osobito, predstavnike zaposlenika da poduzmu odgovarajuću analizu i, ukoliko je potrebno, pripreme se za konsultovanje*.²⁸ Ali, praksa je već pokazala da u državama članicama sa slabijom pravnom tradicijom participacije ova odredba se ne poštuje u nužnoj mjeri, bilo putem nepravilne implementacije ili nepravilnog tumačenja pravilno implementiranih odredbi.²⁹

Upravo zbog svoje pravne prirode, da predstavlja prvi opći okvir za informisanje i konsultovanje, Direktiva na sveobuhvatan način postavlja pitanja koja su pokrivena obavezom informisanja:

a) informacije o skorašnjem i mogućem razvoju aktivnosti preduzeća i ekonomske situacije (što nije podložno daljim konsultacijama),

b) informacije o situaciji, strukturi i mogućem razvoju zapošljavanja unutar preduzeća i o bilo kakvim prethodnim informacijama koje se mogu predvidjeti, posebno ukoliko postoji opasnost za zaposlenja (popraćeno konsultacijama) i

c) informacije o odlukama koje će vjerovatno dovesti do ključnih promjena o radnoj organizaciji ili u ugovornim odnosima, uključujući i one regulisane komunitarnim odredbama člana 9(1) – slučaj kolektivnih otkaza, transfera preduzeća i evropskih vijeća zaposlenika (popraćeno obaveznim konsultacijama).³⁰

²⁶ Keith Sisson, „The information and consultation Directive: unnecessary “regulation” or an opportunity to promote “partnership”“, , Warwick papers in Industrial relations, Number 67, University of Warwick, 2002, str. 4.

²⁷ Član 2, stav 1 (f) Direktive br. 2002/14/EC.

²⁸ Član 4 (3) Direktive br. 2002/14/EC.

²⁹ Najčešći problem koji se javlja u praksi je nedovoljno informacija o relevantnom pitanju koje je predviđeno kao predmet informisanja, i neobezbjedenjivanje informacija na vrijeme (Eurofond, Information and consultation practice across Europe five years after the EU Directive, 2011, str. 15). U nekim državama članicama sam koncept informacije i informisanja implementiran je u užem smislu od onog predviđenog Direktivom. Tako npr, u Belgiji informacije o ekonomskim i finansijskim pitanjima obezbjeđuje se samo vijećima zaposlenika, koja obavezno postoje ako ima preko 100 zaposlenih, što znači da se ne obezbjeđuju predstavnicima zaposlenika u slučaju manjeg broja zaposlenih; Poljska je implementirala definiciju informisanja kao mogućnost da predstavnici zaposlenika mogu samo pročitati informacije, ali ne i istražiti iste (Isabelle Schömann / Stefan Clauwaert / Wiebke Warneck, Information and consultation in the European Community - Implementation report of Directive 2002/14/EC, European Trade Union Institute for Research, Education and Health and Safety (ETUI-REHS), Brussels, 2006, str. 28).

³⁰ Član 4 (2) Direktive br. 2002/14/EC.

Stoga nije iznenađujuće, što ova Direktiva nije našla mjesto u implementacijskom postupku u Njemačkoj, gdje informisanje pokriva mnogo širi dijapazon pitanja. Tako npr, vijeće zaposlenika će biti detaljno informisano o:

a) socijalnim pitanjima (u čijem slučaju također imaju i pravo na saodlučivanje – čl. 87. BertVG-a),

b) o pitanjima zdravlja, sigurnosti na radu i pitanjima okoliša (gdje je uključeno i pravo na konsultovanje – čl. 89. BertVG-a),

c) pitanjima strukturiranja, organizacije i kreiranja poslova, aktivnostima i radnom okruženju (popraćeno i pravom na konsultacije, a u nekim slučajevima i saodlučivanjem, o čemu će biti kasnije riječi – čl. 90. BertVG-a),

d) planiranju ljudskih resursa (uz pravo na konsultovanje – čl. 92. BertVG-a i dalje),

e) strukovnom usavršavanju (praćeno konsultacijama i saodlučivanjem – čl. 96-98. BertVG-a),

f) individualnom kretanju radne snage – individualni premještaji (predviđeno i pravo na saodlučivanje – čl. 99-100. BertVG-a),

g) otkazima (praćeno konsultacijama i saodlučivanjem – čl. 102-105. BertVG-a),

h) finansijskim pitanjima (isključivo pravo na informisanje),

i) rekonstrukciji preduzeća (praćeno konsultacijama i sklapanjem socijalnog plana – čl. 111-113. BertVG-a).

Iz navedenog slijedi da pravo na informisanje kao samostalno pravo ima dosta usku primjenu, u slučaju finansijskih/ekonomskih pitanja, kao pitanja koja su u isključivoj nadležnosti poslodavca. U svim drugim slučajevima popraćeno je ili pravom na konsultovanje ili pravom na saodlučivanje, mnogo sveobuhvatnije postavljenim nego je predviđeno Direktivom.

Pravo na informisanje ima široku osnovu u bosanskohercegovačkom zakonodavstvu, uz mogućnost ostvarivanja kao samostalnog prava, i prava koje prethodi konsultovanju i saodlučivanju. Jednako kao i u slučaju Njemačke, a u skladu sa onim predviđenim u odredbi člana 4 (2)(a) Direktive, Zakon o vijeću zaposlenika FBiH predviđa isključivo pravo na informisanje u slučaju pitanja ekonomskog i finansijskog karaktera³¹, te pitanjima zaštite na radu i mjera koje se odnose na poboljšanje uslova rada. Pitanje zaštite na radu nije obuhvaćeno Direktivom, čime se u ovom slučaju pruža više prava u odnosu na minimalne evropske standarde predviđene ovom Direktivom³². Ovo pitanje je u Njemačkoj popraćeno i obaveznim

³¹ Prema članu 22. Zakona o vijeću zaposlenika FBiH: stanje i rezultate poslovanja, razvojne planove i njihov utjecaj na ekonomski i socijalni položaj uposlenika, kretanje i promjene u plaćama.

³² Iako ova Direktiva ne predviđa pravo na participaciju za pitanja sigurnosti i zaštite na radu, Direktivom br. 89/391/EC o uvođenju mjera kojima se potiče unapređenje sigurnosti i zdravlja radnika na radu (Službeni glasnik EU L183, 29. 06. 1989) utvrđeno je pravo na informisanje i konsultovanje

konsultacijama sa vijećem zaposlenika, što je također predviđeno i u FBiH³³ i u RS.³⁴ Dodatno Zakon predviđa i pravo vijeća zaposlenika da izvrši pristup dokumentaciji u vezi sa uplatom doprinosa obaveznog osiguranja, što nije popraćeno pravom na konsultacije.³⁵

Jednako kao i u FBiH, zakonodavac je u RS putem Zakona o savjetu radnika uspostavio isključivo pravo informisanja o pitanjima uplate doprinosa radnika (član 26. Stav 2. Zakona o savjetu radnika RS), bez mogućnosti konsultovanja.³⁶ Međutim, Zakonom nije izričito predviđeno informisanje zaposlenika o ekonomskom napretku i aktivnostima poslodavca, iako bi ova pitanja, šire tumačeći ih, mogla biti uključena u obavezu poslodavca da informiše savjet o „svim drugim pitanjima od značaja za materijalni i socijalni položaj radnika.“³⁷ Ovakvom konstrukcijom otvaraju se vrata slobodnom tumačenju zakona od strane poslodavca koje pitanje ekonomskog/finansijskog karaktera je od značaja za status radnika a koje ne, što može dovesti do npr. informisanja savjeta radnika u neadekvatnom vremenskom roku o pitanjima u vezi sa kojima imaju pravo davati prijedloge i mišljenja. Stoga je potrebno Zakon o savjetima radnika uskladiti po ovom pitanju sa Direktivom, uvodeći širu obavezu za poslodavca.

Ono što se može zamjeriti entitetskim zakonima je nedostatak definicije informisanja, konsultovanja i saodlučivanja, kao i opće obaveze da se informisanje vrši u odgovarajućem vremenskom periodu, na odgovarajući način i sa odgovarajućom sadržinom, tako da se ostavlja prostor poslodavcu da odluči na koji način i u kom obliku dostaviti informacije vijećima zaposlenika. U Zakonu o vijećima zaposlenika FBiH ipak je definisan vremenski period dostavljanja informacija od strane poslodavca, na redovnoj osnovi svakih šest mjeseci, bez upućivanja posebnog zahtjeva od strane vijeća zaposlenika. S druge strane, Zakon o savjetima radnika RS ne predviđa posebne vremenske rokove u kojima poslodavac treba obezbijediti relevantne informacije savjetu radnika, ali se predviđa njegova obaveza dostavljanja relevantnih informacija, što podrazumijeva da se pitanje redovnosti informisanja ostavlja na volju savjeta i poslodavca.³⁸

radnika i predstavnika radnika sa poslodavcem u vezi sa svim pitanjima zdravlja i zaštite na radu, prema članu 11. Direktive.

³³ Član 23. Zakona o vijećima zaposlenika FBiH.

³⁴ Član 26. Zakona o savjetima radnika RS. Dodatno, u RS predviđeno je, prema Zakonu o zaštiti na radu, postojanje posebnog Odbora za zaštitu i zdravlje na radu, ukoliko postoji više od 50 zaposlenih, ili makar jednog povjerenika, ako je manje od 50 zaposlenih, a postoji opasnost po zdravlje zaposlenih (Biro za ljudska prava, Evropska socijalna povelja u našem zakonodavstvu?, http://www.civilnodrustvo.ba/files/docs/Evropska_socijalna_povelja_-_u_nasem_zakonodavstvu.pdf, str. 44).

³⁵ Član 28. stav 2. Zakona o vijeću zaposlenika FBiH.

³⁶ U slučaju da savjet radnika uoči odstupanja u pogledu zakonskih obaveza poslodavca u pogledu uplate doprinosa za obavezna osiguranja, može se obratiti nadležnoj inspekciji, ali nije predviđen nikakav vid upućivanja prijedloga i mišljenja poslodavcu, kao u drugim slučajevima.

³⁷ Član 29. Stav 1. Zakona o savjetu radnika RS.

³⁸ Član 28. Zakona o savjetima radnika RS-a.

3. Pravo na konsultovanje

Za razliku od prava na informisanje, gdje se odnos između predstavnika zaposlenika i poslodavca može okarakterisati kao jednostran, s obzirom da se svodi na obezbjeđenje informacija od strane poslodavca bez obaveze da se uzmu u obzir povratne informacije od strane zaposlenika, pravo na konsultovanje zahtijeva postojanje višeg nivoa industrijske demokratije. U najširem smislu, konsultacije podrazumijevaju „*postupak razmjene pogleda i uspostavljanje dijaloga između predstavnika zaposlenika i poslodavca*“, kako je definisano Direktivom br. 2002/14/EC³⁹. U cilju ostvarenja tzv. „*punog dejstva*“⁴⁰ konsultovanja, Direktivom se išlo dalje, te je njome utvrđeno i na koji način primjenjivati i provoditi konsultovanje na radnom mjestu, kako je utvrđeno članom 4 (4) Direktive. Konsultovanje ne samo da se treba odvijati na odgovarajućem mjestu, na odgovarajući način i u odgovarajućem vremenu, nego se moraju vršiti i na odgovarajućem nivou organizacije uprave poslodavca i predstavnika radnika, na osnovu informacija koje je obezbijedio poslodavac, na način da se svako mišljenje i odgovor poslodavca obrazlažu odgovarajućim argumentima, a sve u cilju postizanja zajedničkog dogovora o relevantnim pitanjima koja su u dosegu Direktive.⁴¹ Iako je većina država članica, već svojim nacionalnim zakonodavstvima predvidjela pravo na informisanje i konsultovanje, većina nije predvidjela kao obavezu za obe strane, učesnice konsultacija, postizanje zajedničkog dogovora⁴², što je rezultat i djelimično loše implementacije Direktive. Postizanje zajedničkog dogovora o pitanjima predviđenim Direktivom značajno je radi postizanja punog dejstva konsultacija, čime će razmjena zahtjeva i argumenata i poslodavca i predstavnika zaposlenika postići svoj predviđeni cilj.

U slučaju konsultovanja, Direktiva je postavila širok okvir za pitanja koja su predmet informisanja i konsultovanja, navodeći da su to pitanja „*u vezi sa strukturom, organizacijom i mogućem razvoju zapošljavanja i bilo kakve prethodne mjere koje se mogu predvidjeti, posebno ukoliko postoji opasnost za zaposlenja*“ (politika zapošljavanja), te pitanja „*ključnih promjena o radnoj organizaciji ili u ugovornim odnosima, uključujući i one regulisane komunitarnim odredbama člana*

³⁹ Član 2 (1) (g).

⁴⁰ Načelo tzv. „punog dejstva“ („*effet utile*“) od velikog značaja je kod implementiranja direktiva u nacionalno zakonodavstvo, jer podrazumijeva da se minimalni standardi i, u ovom slučaju, opći standardi direktive, moraju implementirati, tumačiti i primjenjivati u svom punom dejstvu, odnosno, na način da se ostvari njihovo stvarno značenje i cilj postojanja (Isabelle Schömann et. al., op.cit., str. 27).

⁴¹ Član 4 (4) Direktive.

⁴² Iako je većina država članica na pravilan način implementirala definicije informisanja i konsultovanja, te način na koji se vrše, mnoge države članice izostavile su dio obaveze o postizanju zajedničkog dogovora, čak i u slučaju kada se radi o državama članicama sa dužom tradicijom prava na participaciju zaposlenika, kao što je to slučaj sa Francuskom (Isabelle Schömann et. al., op. cit., str. 28).

9(1)“ – kolektivni otkazi i reorganizacija poslodavca. Politika zapošljavanja do sada nije bila predmetom drugih direktiva te možemo reći da ona predstavlja jedan korak naprijed za jačanje radnog prava EU. Ipak, ostavljen je dovoljno širok prostor za djelovanje država članica zbog različite pravne tradicije u pogledu industrijske demokratije.

S druge strane, pitanje strukturalnih promjena u organizaciji poslodavca, a posebno u slučaju reorganizacije i kolektivnih otkaza, kako je navedeno u članu 9. Direktive, pitanje je koje je već bilo predmetom usklađivanja u EU. Već je usvajanjem Direktive br. 98/59/EC o približavanju prava država članica u odnosu na kolektivne otkaze predviđena obaveza za poslodavca da informiše i konsultuje se sa predstavnicima zaposlenika, uz nastojanje da se postigne dogovor u pogledu rješavanja problema.⁴³ Tako poslodavac mora u razumnom vremenu obavijestiti predstavnike zaposlenika o razlozima kolektivnog otkaza, broju zaposlenika koji bi trebao biti otpušten, ukupnom broju zaposlenika, vremenskom periodu zahvaćenom kolektivnim otkazima (ukoliko se treba izvršiti u fazama), prijedlogu kriterija na osnovu kojih će se davati otkazi i načinu isplate otpremnina. Iako ova Direktiva ne predviđa ništavost odluke poslodavca, u slučaju da nije ispoštovan postupak informisanja i konsultovanja sa predstavnicima zaposlenika, Sud EU je pokazao u više navrata da države članice moraju ovu Direktivu implementirati u njenom „punom dejstvu“ – u ovom slučaju, predvidjeti dovoljno ozbiljne posljedice po poslodavca u slučaju nepoštovanja procedure.⁴⁴

Jednako kao i u slučaju kolektivnih otkaza, Direktiva br. 2001/23/EC o približavanju prava država članica u pogledu zaštite prava radnika u slučaju transfera preduzeća, posla ili dijela preduzeća ili posla, prvobitno donesena 1977. godine, također predviđa informisanje predstavnika zaposlenika o relevantnim informacijama o postupku transfera na odovarajući način i u odgovarajućem vremenskom periodu, prije nego se sam transfer provede.⁴⁵ Za razliku od prethodno

⁴³ Sam postupak informisanja i konsultovanja podrazumijeva nekoliko faza: 1. informisanje nadležnog javnog organa o planu kolektivnih otkaza, 2. informisanje predstavnika zaposlenika o obavijesti nadležnog organa, 3. slanje odgovora predstavnika zaposlenika nadležnom organu, 4. nadležno tijelo u periodu ne kraćem od 30 dana razmatra prijedloge poslodavca i predstavnika zaposlenika u cilju pronalaženja rješenja koje će zadovoljiti interese obe strane (član 3-4. Direktive).

⁴⁴ U prvotnom Prijedlogu Direktive, bila je predviđena, kao posljedica nepoštovanja postupka informisanja i konsultovanja, ništavost odluke poslodavca o kolektivnom otkazu, međutim, ova odredba nikada nije prihvaćena, te je ostavljeno državama članicama da samostalno utvrde kazne za nepoštovanje postupka. Sud EU je putem nekoliko slučajeva potvrdio da kazne predviđene nacionalnim pravom moraju biti dovoljno ozbiljne po poslodavca da bi se smatralo da je Direktiva na pravilan i potpun način implementirana (slučaj Njemačke i Velike Britanije) (Applica sprl, Impact and Assessment of EU Directives in the field of “INFORMATION & CONSULTATION”, Policy Department Economy and Science, European Parliament, Brussels, 2006–07, str. 11).

⁴⁵ To su informacije koje se odnose na: (predloženi) datum transfera, razloge transfera, pravne, ekonomske i socijaln posljedice transfera po zaposlenike, bilo koje druge mjere u vezi sa zaposlenicima (član 7 (1) Direktive).

pomenute Direktive o kolektivnim otkazima, ova Direktiva nije postavila detaljnije odredbe o samom postupku konsultacija, osim da se trebaju izvršiti u odgovarajuće vrijeme i na odgovarajući način prije nego sam transfer bude proveden.

Kao i u slučaju prava na informisanje, pravo na konsultovanje našlo je mnogo širu primjenu u njemačkom pravu, nego što je predviđeno samom Direktivom, što je i razlog njene neimplementacije, kako je već naglašeno. Pored obaveze da se vrši konsultovanje sa predstavnicima zaposlenika u slučaju većih strukturalnih i organizacionih promjena poslodavca i politike zaposlenja, kako je predviđeno Direktivom, njemački BertVG predviđa i mogućnost konsultovanja vijeća zaposlenika u pitanjima zdravlja i zaštite na radu⁴⁶, kreiranja politike zapošljavanja i rada⁴⁷, strukovnog usavršavanja, individualnih premještaja⁴⁸, otkaza⁴⁹ i rekonstrukcije preduzeća. Pitanje rekonstrukcije preduzeća od velikog je značaja za vijeće zaposlenika, jer se predviđa pravo na konsultovanje u pogledu sastavljanja tzv. plana za socijalnu kompenzaciju. U ovom slučaju, rekonstrukcija može dovesti do kolektivnih otkaza, u slučaju gašenja većeg broja radnih mjesta, kada će se primjenjivati odredbe o konsultovanju vijeća zaposlenika kojima se implementira Direktiva br. 98/59/EC o kolektivnim otkazima, a ukoliko nisu ispunjeni uvjeti da bi se moglo govoriti o kolektivnim otkazima, ova odredba BertVG-a pruža širu osnovu za djelovanje vijeća zaposlenika. Stoga je i pravo vijeća zaposlenika u pogledu konsultovanja regulisano drugim zakonom, Zakonom o zaštiti od otkaza⁵⁰, tačnije članom 17 pomenutog Zakona. Sam postupak konsultovanja utvrđen je na jednak način, kao onaj predviđen Direktivom. Ono što se zamjera njemačkom zakonodavstvu je da nije predviđena mogućnost korištenja prava na informisanje

⁴⁶ Tako vijeće zaposlenika ima pravo biti konsultovano i pozvano da učestvuje u svim inspekcijama na radu i u vezi sa radom, gdje se postavlja pitanje zdravlja i zaštite na radu (član 89 (2) BertVG-a), te na dostavljanje zapisnika o provedenim kontrolama zaštite i inspekcijama.

⁴⁷ Značajno je napomenuti da se prava vijeća zaposlenika u slučaju kreiranja politike zapošljavanja i rada ne iscrpljuju samo u pravu na konsultovanje. Tako u slučaju da se zbog preraspodjele posla nametnu dodatne obaveze zaposlenicima, vijeće zaposlenika ima pravo zahtijevati odgovarajuće naknade, smanjenje obaveza zbog dodatnog stresa sa kojim se suočavaju zaposlenici (pravo na saodlučivanje – član 91. BertVG-a).

⁴⁸ I u slučajevima strukovnog usavršavanja i individualnih premještaja zaposlenika pravo na konsultovanje je također popraćeno i pravom na saodlučivanje pod određenim uvjetima.

⁴⁹ Pravo na konsultovanje vijeća zaposlenika predviđa se kao obaveza poslodavca u slučaju svakog redovnog otkaza, gdje vijeće zaposlenika ima mogućnost da uloži prigovor po osnovu razloga navedenih u Zakonu (član 102 (3) BertVG-a). U slučaju da poslodavac, usprkos uloženom prigovoru od strane vijeća zaposlenika, da otkaz zaposleniku, dužan je, zajedno sa odlukom o otkazu, priložiti također i prigovor vijeća zaposlenika. Nepoštovanje ove obaveze (dostavljanje pismene odluke o otkazu zajedno sa prigovorom vijeća zaposlenika) može dovesti do toga da zaposlenik uputi tužbeni zahtjev protiv poslodavca, koji će ga morati zadržati na radnom mjestu do konačne odluke suda. Vijeće zaposlenika također može ugovoriti sa poslodavcem i šira ovlaštenja, u smislu prava na saodlučivanje u slučaju otkaza za određene kategorije zaposlenika (npr. lica sa invaliditetom) (član 102 (3) BertVG-a).

⁵⁰ Kündigungsschutzgesetz (KSchG), Bundesgesetzblatt BGBl I S. 1317, 25.08.1969, izmijenjen i dopunjen posljednji put 2008.

i konsultovanje od strane individualnih zaposlenika ili sindikata, nego isključivo vijećima zaposlenika⁵¹, što u ovom konkretnom slučaju znači da, ukoliko u radnoj sredini nije formirano vijeće, zaposlenici neće biti u mogućnosti koristiti zaštitu predviđenu Direktivom a u vezi sa kolektivnim otkazima.

Odredba o pravu na konsultovanje vijeća zaposlenika u slučaju rekonstrukcije poslodavca primljenjivat će se i u slučaju transfera preduzeća, s tim da se prava vijeća zaposlenika proširuju i na pravo da nastave postojati i nakon provedene rekonstrukcije.⁵²

Pravo na konsultovanje vijeća zaposlenika u BiH je možda i najznačajnije pravo koje je zakonom dodijeljeno vijećima zaposlenika. Podrazumijeva, kao što je i naglašeno, mnogo značajniji utjecaj vijeća zaposlenika, a prema opsegu pitanja koja obuhvata, ujedno je i najšire postavljeno pravo.⁵³ Već se entitetskim zakonima o radu predviđaju dvije značajne situacije u kojima postoji obavezno konsultovanje poslodavca sa vijećima zaposlenika/savjetima radnika – usvajanje pravilnika o radu i program zbrinjavanja viška zaposlenika (kolektivni otkaz). Naime, smatrat će se nezakonitim onaj pravilnik o radu koji je donesen bez davanja mogućnosti vijeću zaposlenika, odnosno, sindikatu, da daju svoje mišljenje i prijedloge u pogledu istoga. U slučaju da se neki od prijedloga ne uvaži, poslodavac je dužan dati obrazloženje svoje odluke.⁵⁴ Na ovaj način omogućava se vršenje konsultovanja sa vijećem zaposlenika u pogledu svih bitnih pitanja u vezi sa organizacijom rada, radnih prava i obaveza poslodavca i zaposlenika, čime vijeća zaposlenika mogu indirektno utjecati na buduću politiku zapošljavanja i radnu organizaciju. Entitetski zakoni o vijećima zaposlenika detaljnije su uredili pitanje konsultacija, pa tako Zakon o vijećima zaposlenika FBiH navodi, prema članu 23, niz pitanja u vezi sa politikom zapošljavanja, rada, raskida ugovora o radu, organizaciji rada i radnog vremena, te mjerama zaštite na radu.

Na jednak način i Zakon o savjetima radnika RS pristupa ovlaštenjima savjeta radnika, osim u dva slučaja. Prvi slučaj, odnosi se na ovlaštenje savjeta radnika u RS da bude informisano i konsultovano od strane sindikata u slučaju da sindikat

⁵¹ Collective Redundancies Guide, A Ius laboris Publication, September 2009, str. 90.

⁵² Kao rezultat implementacije Direktive br. 2001/23/EC o transferu preduzeća, njemački BertVG dopunjen je odredbama članova 21a i 21b, kojima se utvrđuje mandat vijeća zaposlenika i nakon što dođe do transformacije poslodavca, gdje, u slučaju da se preduzeće dijeli na dva ili više preduzeća, vijeće zaposlenika ima pravo na mandat u trajanju od šest mjeseci, dok se ne oforme nova vijeća, ili, u slučaju pretanka postojanja neke od podružnica poslodavca, vijeće zaposlenika će postojati sve dok bude postojala potreba da se zaposlenici zaštite po ovom pitanju.

⁵³ Do ovog zaključka dolazimo, prije svega, iz razloga što pravo na konsultovanje u sebi sadržava i pravo na informisanje, bez kojeg se ne bi moglo efikasno provoditi, tako da pravo na informisanje, kao samostalno pravo, obuhvata uži dijapazon pitanja u odnosu na konsultovanje. S druge strane, pravo na saodlučivanje, koje predstavlja najviši nivo industrijske demokratije, upravo zbog utjecaja koji obezbjeđuje vijećima zaposlenika, predviđeno je u malobrojnim slučajevima.

⁵⁴ Član 11. Zakona o radu RS, Član 107. Zakona o radu FBiH.

priprema štrajk radnika (član 27. stav 2). Savjetodavna uloga savjeta radnika istaknuta je već članom 124. Zakona o radu RS, u smislu da njihova ovlaštenja ne utječu na ovlaštenja sindikata. Pravo na organizovanje štrajka je kolektivno pravo isključivo povjereno sindikatima, tako da pravo, da bude konsultovan od strane sindikata savjet radnika može ostvariti samo ukoliko postoji odgovarajuća koordinacija aktivnosti sa sindikatom, kao što je navedeno u članu 27. stav 1. Zakona o savjetima radnika. S druge strane, Zakon o vijećima zaposlenika FBiH nije predvidio ovu mogućnost, štaviše izričito je isključuje u članu 29. Zakona o vijećima zaposlenika, radi zakonskog koncepta vijeća zaposlenika.⁵⁵ Drugo odstupanje između entitetskih zakona, je u ovlaštenjima vijeća zaposlenika u slučaju davanja otkaza nekom od članova vijeća zaposlenika. Dok, prema Zakonu u FBiH, član vijeća zaposlenika ne može dobiti otkaz sve dok vijeće zaposlenika ne da svoju saglasnost za isti, u RS-u je predviđena isključivo konsultativna uloga vijeća zaposlenika, s tim da se otkaz ne može dati bez saglasnosti ministarstva nadležnog za poslove rada.⁵⁶ Dodatna razlika koju možemo uočiti između entitetskih zakona tiče se postupka provođenja konsultacija. Zakonom o savjetima radnika RS nisu predviđeni posebni rokovi u kome se moraju odvijati konsultacije prije donošenja odluke od strane poslodavca (osim u slučaju davanja otkaza članu savjeta radnika), dok se u FBiH predviđa obaveza obavještanja vijeća zaposlenika o namjeravanoj odluci poslodavca najmanje 30 dana prije donošenja odluke, nakon čega vijeće zaposlenika ima rok od sedam dana da dostavi svoje mišljenje.

Značajan aspekt prava na konsultovanje čini konsultovanje u slučaju kolektivnih otkaza. Ovo pitanje detaljno je regulisano entitetskim zakonima o radu, upravo zbog njegovog značaja, s tim da se primjenjuju opća pravila utvrđena zakonima o vijećima zaposlenika. Ovo pitanje na jednak način regulisano je u oba entitetska zakona.⁵⁷ Postupak konsultovanja mora početi najmanje 30 dana prije donošenja konačne odluke poslodavca, na način da poslodavac šalje pismeni plan o provođenju kolektivnog otkaza, što je u skladu i sa Direktivom o zaštiti zaposlenika u slučaju kolektivnih otkaza⁵⁸, a jednako rješenje predviđeno je i u njemačkom pravu, u obavezi poslodavca da se konsultuje sa vijećem zaposlenika u pogledu tzv. „plana socijalne kompenzacije“. Jednake sličnosti nailazimo i u pogledu elemenata prijedloga kolektivnog otkaza, odnosno, minimalnih informacija koje poslodavac mora dostaviti vijeću zaposlenika. Razliku koju uočavamo u pogledu bh-vijeća zaposlenika i onih njemačkog prava je ta da je prema entitetskim zakonima predviđeno pravo sindikata, u slučaju da nije oformljeno vijeće zaposlenika, da

⁵⁵ Vijeće zaposlenika ima prije svega funkciju zastupanja interesa svih zaposlenika pred poslodavcem u pitanjima ekonomskog i socijalnog karaktera. Radi se dakle o pitanjima koja proizilaze iz individualnih radnih odnosa, a ne o kolektivnim radnim pravima, što je u skladu sa samim konceptom pojma prava na participaciju (Sulejman Hrle, op. cit., str. 71).

⁵⁶ Član 28. stav 2. Zakona o savjetima radnika RS; član 26. Zakona o vijećima zaposlenika FBiH.

⁵⁷ Član 98-99. Zakona o radu FBiH i član 138-139. Zakona o radu RS – prečišćeni tekst.

⁵⁸ Član 99. Zakona o radu FBiH, odnosno član 139. Zakona o radu RS.

врше konsultovanje sa poslodavcem, radi bolje zaštite prava zaposlenika.⁵⁹ Ove mogućnosti nema prema njemačkom pravu, što se, kao što je već pomenuto, zamjera njemačkom zakonodavstvu.

Neprovođenje postupka konsultovanja sa vijećem zaposlenika povlači za sobom nezakonitost takvog otkaza i novčanu kaznu za poslodavca.⁶⁰ Ali, postavlja se pitanje učinkovitosti postupka konsultacija, jer, kazne koje su predviđene mogu se primijeniti u slučaju nepravilnosti provođenja samog postupka⁶¹, međutim, za vijeće zaposlenika je teško dokazati da poslodavac nije uvažio njihove prijedloge u pogledu sprečavanja kolektivnih otkaza iz neopravdanih razloga, čime ova odredba značajno gubi svoju *zaštitnu funkciju*⁶². U ovom slučaju, postupak konsultovanja je postavljen na drugačiji način u slučaju njemačkih vijeća zaposlenika, gdje, ne samo da poslodavac dostavlja „plan socijalne kompenzacije“ vijeću, nego ima i obavezu da postigne dogovor sa vijećem nakon razmatranja njihovih prijedloga. U slučaju nemogućnosti postizanja zajedničkog dogovora, prijedlozi poslodavca i vijeća zaposlenika se dostavljaju arbitraži na razmatranje⁶³. Prema našem zakonodavstvu, obraćanje arbitraži nije ostavljeno kao mogućnost u slučaju prigovora vijeća poslodavcu da nisu uzeti u obzir njihovi prijedlozi. Uvođenje dodatnog mehanizma provjere efikasnosti provedenog postupka konsultovanja doprimijelo bi sigurno i većoj primjeni ovog instituta i boljoj zaštiti prava zaposlenika.

4. Pravo na saodlučivanje

Poznato još i kao „participacija u užem smislu“, pravo na saodlučivanje, za razliku od prava na informisanje i konsultovanje, nije našlo svoje mjesto u pomenutim direktivama koje uređuju pravo na participaciju zaposlenika. Osnovni razlog je činjenica da saodlučivanje podrazumijeva najviši nivo industrijske demokratije,

⁵⁹ Član 138. Zakona o radu RS, odnosno, član 98. Zakona o radu FBiH. Jedini uvjet koji se postavlja u ovoj situaciji pred sindikat je da predstavlja najmanje 10% zaposlenika.

⁶⁰ Novčana kazna u vrijednosti od 1000 – 7000 KM prema članu 140. stav 1 tačke (45) i (46) Zakona o radu FBiH, odnosno, novčana kazna u vrijednosti od 1000 – 10000 KM za poslodavca prema članu 180. stav 1, tačka (35) Zakona o radu RS. Prema njemačkom BertVG-u, član 119., onemogućavanje ili ometanje rada vijeća zaposlenika može se kazniti sa do godinu dana zatvora i / ili novčanom kaznom. Neobezbjeđivanje informacija (na vrijeme ili ne u potpunosti) također je kažnjivo sa novčanom kaznom do 10000 eura (član 121. BertVG-a).

⁶¹ Postupak će se smatrati nepravilno provedenim u slijedećim slučajevima: a) ukoliko se poslodavac uopšte nije obratio vijeću zaposlenika radi konsultacija, b) ukoliko se poslodavac obratio sa prijedlogom vijeću ali u kraćem vremenskom periodu od 30 dana, c) ukoliko poslodavac donese odluku o otkazima prije isteka roka od sedam dana za dostavljanje prijedloga od strane vijeća, d) ukoliko poslodavac donese odluku o otkazima u roku kraćem od tri mjeseca od trenutka kada je obavijestio vijeće o namjeravanoj odluci (Sulejman Hrle, op. cit., str. 66).

⁶² Mehmed Deković, Zakon o radu sa komentarom, Poslovni Zbornik, Sarajevo, 2004, str. 264.

⁶³ Član 112 (2) BertVG-a.

koji postoji u manjem broju država članica, te da bi nametanje ovog prava dovelo do neprihvatanja direktive ili drugog pravnog akta zbog različite pravne tradicije evropskih država. Upravo iz tog razloga Direktiva o kolektivnim otkazima, Direktiva o transferu poslodavca, Direktiva o informisanju i konsultovanju pominju isključivo dva prava – informisanje i konsultovanje – dok pravo na saodlučivanje i dalje ostaje u domenu nacionalne regulative malobrojnih država članica. Izuzetak susrećemo u Direktivi br. 2001/86/EC koja dopunjava statut evropske kompanije u pogledu participacije zaposlenika u odlučivanju.⁶⁴ Ne samo da definiše pojam informisanje i konsultovanje, Direktivom je predviđeno i pravo na saodlučivanje zaposlenika u specifičnim situacijama. Ali, ograničavajuća okolnost Direktive je u tome da se primjenjuje samo na zaposlenike evropskih kompanija, ukoliko posluju najmanje u jednoj državi članici čije nacionalno zakonodavstvo poznaje također pravo na saodlučivanje.⁶⁵

Pojam saodlučivanja definisan je kao „*utjecaj predstavničkog tijela zaposlenika i/ili predstavnika zaposlenika na poslove kompanije na način da: a) imaju pravo da imenuju ili izaberu članove upravnog i/ili nadzornog odbora kompanije ili b) pravo da preporuče i/ili proturječe imenovanju nekih ili svih članova upravnog i/ili nadzornog organa kompanije*“ (član 2, stav 1, tačka (k) Direktive). Ovakav oblik saodlučivanja podrazumijeva direktan ili indirektan utjecaj na članove upravnog /nadzornog odbora kompanije, a poznat je i pod nazivom „*direktor rada*“⁶⁶ („Arbeitsdirektor“)⁶⁷. Međutim, ovakav oblik saodlučivanja isključuje druge oblike saodlučivanja, kao što je davanje saglasnosti na odluke poslodavca, koje ne podrazumijeva nužno članstvo u nekom od odbora kompanije.

Pitanje saodlučivanja prihvaćeno je u širem konceptu u njemačkom zakonodavstvu. Tako ovo pravo susrećemo kao jedno od prava vijeća zaposlenika, koje se primjenjuje paralelno sa pravom na informisanje i konsultovanje, ali istovremeno ovo pravo imaju i predstavnici zaposlenika kao članovi upravnog odbora kompanija. Ukoliko kompanija zapošljava između 501 i 2000 zaposlenika, tada zaposlenici imaju pravo da jednu trećinu nadzornog odbora imenuju iz reda

⁶⁴ Direktiva Vijeća br. 2001/86/EC koja dopunjava statutu evropske kompanije u pogledu učešća zaposlenika u odlučivanju, Službeni glasnik EU L294, 08. 10. 2001.

⁶⁵ Dio 3. Standardnih pravila Direktive br. 2001/86/EC u vezi sa članom 7. Direktive. Tako npr. 12 država članica prilikom implementacije ove Direktive odlučilo je da ne implementira pravo na saodlučivanje (Belgija, Kipar, Češka Republika, Francuska, Grčka, Italija, Latvija, Lituanija, Luxemburg, Malta, Portugal, Ujedinjeno Kraljevstvo, Rumunija), dok preostale države članice izvršile su i implementaciju prava na saodlučivanje u evropskim kompanijama (uključujući i Hrvatsku kao novu državu članicu) (preuzeto iz: Fernando Valdés Dal-Ré, Directive 2001/86/EC supplementing the European Company with regard to the involvement of employees - SYNTHESIS REPORT, Labour Asociados Consultores (izvještaj pripremljen za Evropsku Komisiju), str. 50).

⁶⁶ Više o ovome pogledati u: Sead Dedić/Jasminka Gradašćević – Sijerčić, Radno pravo, Magistrat Sarajevo, 2003, str. 117.

⁶⁷ Fernando Valdés Dal-Ré, op. cit., str. 51.

svojih predstavnika⁶⁸, a u slučaju da postoji više od 2000 zaposlenih, tada 50% članova nadzornog odbora dolazi iz reda zaposlenika⁶⁹.

Ipak, značaj prava na saodlučivanje naglašeniji je s obzirom na vijeće zaposlenika, jer uključivanje u rad nadzornog organa ima *funkciju podrške i dodatne pomoći vijećima*.⁷⁰ Skoro svako pitanje koje je u nadležnosti razmatranja vijeća zaposlenika, sa nekog aspekta uključuje i pravo na saodlučivanje. Najistaknutija uloga vijeća je u slučaju socijalnih pitanja, koja su isključivo predmet prava na saodlučivanje, gdje se navodi čak trinaest stavki po kojima poslodavac ne može da odluči bez saglasnosti vijeća.⁷¹ Socijalna pitanja, su pitanja, gdje najviše dolazi do izražaja nadležnost vijeća zaposlenika, jer nisu predviđene stavke gdje bi vijeće imalo samo pravo na konsultovanje. Po drugim pitanjima, vijeće zaposlenika ima pravo na informisanje i konsultovanje, a pravo na saodlučivanje samo pod određenim uvjetima, vrlo često u obliku, tzv. veta. Tako u slučaju organizovanja radnih mjesta, popunjavanju istih i sl., vijeće zaposlenika ima pravo zahtijevati, u slučaju da se zaposlenicima nametnu dodatni poslovi zbog reorganizacije rada, dodatnu naknadu ili rasterećenje od nametnutih obaveza (ukoliko je situacija očigledno u suprotnosti sa principima ergonomije), a ukoliko se poslodavac tome usprotivi, konačnu odluku donosi komitet za usklađivanje.⁷² Dalje, pravo na saodlučivanje vijeće zaposlenika ima i u slučaju usvajanja pravila za zapošljavanje, napredovanje/nazadovanje, transfer i davanje otkaza zaposlenicima⁷³, a značajan je i utjecaj vijeća zaposlenika u slučaju stručnog usavršavanja.⁷⁴ U slučaju otkaza ugovora o radu⁷⁵, vijeće zaposlenika ne

⁶⁸ U ovom slučaju, predstavnici zaposlenika ne moraju nužno biti članovi vijeća zaposlenika. To, također mogu biti i članovi sindikata ili zaposlenici koji nisu članovi sindikata ili vijeća zaposlenika.

⁶⁹ Član 7 Zakona o saodlučivanju zaposlenika (Mitbestimmungsgesetz, Bundesgesetzblatt, Part I, p. 1153, od 04.05.1976; izmijenjen: Bundesgesetzblatt, Part I, p. 1130, od 23. 03. 2003).

⁷⁰ Walther Müller – Jentsch, op. cit., str. 9.

⁷¹ Prema članu 87. BertVG-a, vijeće zaposlenika u slučaju socijalnih pitanja, imaju pravo na saodlučivanje u slučaju: 1) pravila o poslovanju preduzeća i djelovanju radnika (pravilnik o radu), 2) početku i kraju radnog vremena, pauzama, sedmičnoj organizaciji radnog vremena, 3) privremenog skraćivanja ili produžavanja radnog vremena, 4) mjestu, vremenu i načinu isplate plata, 5) utvrđivanja općih pravila o uzimanju odsustva, šemi odsustava, 6) uvođenje i korištenje tehničkih naprava kojima se kontroliše rad i efikasnost zaposlenika, 7) utvrđivanja dogovora o smanjenju povreda na radu i profesionalnih bolesti, 8) osnivanje, vođenje i administracija socijalnih službi koje su ograničene na preduzeće, 9) dodjela i obavještanje zaposlenika o napuštanju smještaja koji im se iznajmljuje i utvrđivanje pravila za dodjelu istoga, 10) pitanja u vezi sa naknadama, uvođenje novih metoda računanja naknada, 11) utvrđivanje poslovnih normi i kurseva bonusa u vezi sa naknadama za efikasnost rada, 12) principa uputa plana rada u preduzeću, 13) principa provođenja grupnog rada zaposlenika.

⁷² Član 91. BertVG-a.

⁷³ Član 95. BertVG-a. Ovo pravo naziva se još i pravo veta (Walther Müller – Jentsch, op. cit., str. 59).

⁷⁴ Podrazumijeva se da vijeće zaposlenika učestvuje u donošenju odluka o stručnom usavršavanju zaposlenika čija stručna sprema više ne odgovara potrebama poslodavca, a također vijeće ima pravo odbiti imenovanje trenera za obuku iz opravdanih razloga,

⁷⁵ Slučaj individualnog, a ne kolektivnog otkaza.

samo da ima pravo staviti prigovor na bilo koji individualni otkaz, nego je njegova uloga naglašena ukoliko se radi o davanju otkaza članu vijeća zaposlenika, stručnom treneru ili članu omladinskog vijeća. Naime, bez odobrenja vijeća zaposlenika, navedenim licima se ne smije dati otkaz; u suprotnom, isti će se smatrati ništavim.

Njemački model saodlučivanja rezultirao je prihvatanjem vijeća zaposlenika od strane poslodavca na prvom mjestu kao partnera prilikom donošenja odluka u vezi sa radom i radnim mjestima.⁷⁶ Iako i zakonodavstvo BiH predviđa pravo na saodlučivanje, vijeća zaposlenika još nisu prihvaćena u praksi u onom omjeru i na onaj način kao u Njemačkoj, prije svega zbog nedovoljno duge tradicije korištenja ovog instituta. Tako su u FBiH predviđene specifične situacije kada poslodavac ne može donijeti odluku bez prethodne saglasnosti vijeća zaposlenika, a odnose se na davanje otkaza određenim grupama zaposlenika, i na prikupljanje, obrađivanje, korištenje i davanja informacije o zaposlenicima trećim licima. Za razliku od rješenja predviđenog njemačkim pravom, gdje vijeće ima pravo uputiti prigovor u pogledu bilo kojeg individualnog otkaza, u FBiH se predviđa aktivna uloga vijeća samo u slučaju davanja otkaza članu vijeća zaposlenika, licu sa promijenjenom radnom sposobnošću i licu starijem od 50 (žene), odnosno 55 godina (muškarci).⁷⁷ U slučaju da vijeće zaposlenika odbije dati saglasnost na ovakvu odluku poslodavca, stranke se upućuju arbitraži, koja donosi odluku protiv koje nije dopuštena žalba.⁷⁸ Dok se prema njemačkom zakonodavstvu pruža pravo saodlučivanja, u najširem opsegu, u slučaju socijalnih pitanja, ova prava i dalje bivaju zaštićena isključivo pravom na informisanje i konsultovanje u FBiH.

Za razliku od rješenja predviđenih zakonodavstvom FBiH, Zakon o savjetima radnika RS ne predviđa pravo na saodlučivanje. Čak i u slučaju davanja otkaza članu savjeta radnika, poslodavac je obavezan samo obavijestiti o tome savjet, koji u tom slučaju može uputiti svoje mišljenje nadležnom ministarstvu.⁷⁹ Dakle, izričito odobravanje savjeta nije nužno za davanje otkaza. Ali, za razliku od FBiH, Zakon o savjetima radnika predviđa dodatno pravo za predsjednika savjeta, pravo prisustvovanja sjednicama upravnog odbora poslodavca i sjednicama drugih organa, ali bez prava glasa.⁸⁰ Njegova funkcija u tom slučaju je informativnog i konsultativnog karaktera (djelimično slična funkciji radničkih predstavnika u nadzornim odborima prema njemačkom zakonodavstvu), ali većeg utjecaja od toga nema.

⁷⁶ Prema istraživanju provedenom još 1990. godine, 50% menadžera vidi vijeća zaposlenika kao partnere u diskusiji o pitanjima u vezi sa radom, 29% kao predstavnike interesa zaposlenika, 11% kao prenosiocice informacija između poslodavca i zaposlenika, 6% kao dio odjela za ljudske resurse, dok 4% smatra da su suvišni i beskorisni (Walther Müller – Jentsch, op. cit., str. 67).

⁷⁷ Član 26. Zakona o vijećima zaposlenika FBiH.

⁷⁸ Na rad arbitražne pismjenjuju se odredbe o arbitraži Zakona o radu FBiH, član 126-127.

⁷⁹ Član 28. Zakona o savjetima radnika RS.

⁸⁰ Član 30. stav 3. Zakona o savjetima radnika.

Navedeno ukazuje na divergenciju između entitetskih rješenja u pogledu ovlaštenja vijeća zaposlenika, što može dovesti do ozbiljnih problema u praksi. U slučaju da poslodavac ima organizacione jedinice u oba entiteta, u kojima su oformljena vijeća zaposlenika, postavlja se pitanje diskriminacije u radu vijeća u različitim entitetima, gdje će se u jednom entitetu priznavati po jednom pitanju pravo na saodlučivanje, a u drugom entitetu, po istom pitanju, pravo na konsultovanje. Ipak, ako razmatramo ovlaštenja vijeća zaposlenika u oba entiteta, spram evropskih standarda, možemo zaključiti da domaće zakonodavstvo ispunjava minimalne standarde predviđene Direktivom br. 2002/14/EC.

ZAKLJUČAK

Usvajanjem izmjena entitetskih zakona o radu i zakona kojim se reguliše status i ovlaštenja vijeća zaposlenika, veliki je korak poduzet ka moderniziranju industrijske demokratije u Bosni i Hercegovini. Prateći njemački model participacije zaposlenika, u BiH su prihvaćena vijeća zaposlenika kao jedan od dva instrumenta zaštite prava zaposlenika prema poslodavcu. Stoga su zakonima i predviđena tri prava vijeća zaposlenika – informisanje, konsultovanje i saodlučivanje – po čemu je i poznat model njemačkih vijeća zaposlenika.

Kako je istraživanje pokazalo, njemački model vijeća predviđa u većoj mjeri participativna prava vijeća, nego je predviđeno relevantnim direktivama Evropske unije. To se, prije svega, ogleda u uvođenju prava na saodlučivanje, koje nije predviđeno direktivama koje regulišu participaciju nacionalnih vijeća, te u pogledu širine prava na konsultovanje. Njemački model se utoliko pokazao uspješnim, da se nije smatralo potrebnim implementirati Direktivu br. 2002/14/EC, iako se zamjera na činjenici da ovlaštenja vijeća ne mogu vršiti sindikati, niti je predviđen odgovarajući način korištenja ovih prava u slučaju nepostojanja vijeća zaposlenika kod poslodavca.

Ovo ne predstavlja problem prema bh-zakonodavstvu, gdje ovlaštenja vijeća zaposlenika mogu vršiti i sindikati ukoliko vijeće nije osnovano. U RS-u je poduzet dodatni korak, te se predviđa i obaveza konsultovanja vijeća od strane sindikata prije započinjanja štrajka. Ukoliko sagledamo postojeći pravni okvir ovlaštenja vijeća zaposlenika u RS i FBiH, iz evropske perspektive, nedostatak koji se može uočiti nalazimo u tome što zakonodavstvo niti jednog entiteta nije predvidjelo opće definicije pojedinih ovlaštenja, kao što je predviđeno u datim direktivama, što može dovesti do različitog tumačenja i primjene od strane poslodavaca, zaposlenika, sudova itd. Također, zakonske sankcije predviđene su za procesne nedostatke u pogledu provođenja ovlaštenja vijeća zaposlenika, te bi uvođenje posebnih zaštitnih mehanizama, čiji je cilj postizanje efikasnijeg dijaloga između vijeća i poslodavca rezultirao i većim brojem zajednički postignutih dogovora u kriznim situacijama, kao što je kolektivni otkaz.

Ipak, opseg ovlaštenja vijeća zaposlenika, prema entitetskim zakonima, prevazilazi minimum koji je potrebno osigurati prema evropskim standardima, i približava se njemačkom modelu, uz neke razlike. Dok je njemački model saodlučivanja prvenstveno fokusiran na socijalna pitanja zaposlenika, a dopunjen pravom na saodlučivanje pod određenim uvjetima i u drugim situacijama, saodlučivanje nije u toj mjeri istaknuto u bh-modelu vijeća zaposlenika. U FBiH predmet fokusa je na davanju otkaza pojedinim osjetljivim grupama zaposlenika, u RS pravo saodlučivanja nije izričito predviđeno, a socijalna i ekonomska prava zaposlenika su, prije svega, predmet konsultacija, čija je djelotvornost upitna zbog nedostatka regulative o principima provođenja konsultacija. Stoga, prezentirani njemački model saodlučivanja treba prije svega promatrati kao dobar primjer efikasnog korištenja ovlaštenja vijeća zaposlenika, čija bi pravna rješenja mogla naći primjenu i u BiH, uz prilagodbu postojećoj pravnoj tradiciji.

Zaključno govoreći, institucija vijeća zaposlenika bila bi mnogo efektivnija u BiH ukoliko bi se pojedina pitanja ovlaštenja predviđena entitetskim zakonima uskladila, i ukoliko bi se predvidjeli dodatni mehanizmi zaštite provođenja ovlaštenja, kao što je predviđeno njemačkom regulativom, a i postavljenim zahtjevima unijskih direktiva. Ipak, postojeća regulativa predstavlja zadovoljavajuću osnovu za nastavak razvoja radničke demokratije industrijskog sistema u BiH.

LITERATURA

Applica sprl, "Impact and Assessment of EU Directives in the field of "INFORMATION & CONSULTATION"", Policy Department Economy and Science, European Parliament, Brussels, 2006–07.

Biro za ljudska prava, Evropska socijalna povelja u našem zakonodavstvu?, http://www.civilnodrustvo.ba/files/docs/Evropska_socijalna_povelja_-_u_nasem_zakonodavstvu.pdf

Collective Redundancies Guide, A Ius laboris Publication, september 2009.

Eurofond, Information and consultation practice across Europe five years after the EU Directive, 2011.

Fernando Valdés Dal-Ré, Directive 2001/86/EC supplementing the European Company with regard to the involvement of employees - SYNTHESIS REPORT, Labour Asociados Consultores (izvještaj pripremljen za Evropsku Komisiju).

Heiner Dribbusch, „The impact of the information and consultation directive on industrial relations — Germany“, Institute of Economic and Social Research 09.03.2009, <http://www.eurofound.europa.eu/eiro/studies/tn0710029s/de0710029q.htm> (12.08.2013).

- Howard Gospel / Paul Willman, „Comparatively Open: Statutory Information Disclosure for Consultation and Bargaining in Germany, France, and the UK“, Leverhulme Trust Program „Future of Trade Unions in Modern Britain“, London School of Economics and Political Science, London, 2004.
- Isabelle Schömann / Stefan Clauwaert / Wiebke Warneck, Information and consultation in the European Community - Implementation report of Directive 2002/14/EC, European Trade Union Institute for Research, Education and Health and Safety (ETUI-REHS), Brussels, 2006.
- John T. Addison / Lutz Bellmann / Claus Schnabel / Joachim Wagner, „German Works Councils Old and New: Incidence, Coverage and Determinants“, Discussion paper no. 495, IZA, 2002.
- Keith Sisson, „The information and consultation Directive: unnecessary “regulation” or an opportunity to promote “partnership?”“, Warwick papers in Industrial relations, Number 67, University of Warwick, 2002.
- Manfred Weiss, „Trade unions and institutionalised worker’s participation: the German experience“, Law, Democracy and Development, No. 9, 2005.
- Mehmed Deković, Zakon o radu sa komentarom, Poslovni Zbornik, Sarajevo, 2004.
- Mike Rigby / Fiona O’Brien Smith / Sylvie Contrepolis, “The Establishment of Enterprise Works Councils - Process and Problems”, Paper Number 2-06, Research Papers in International Business.
- Sead Dedić / Jasminka Gradašćević – Sijerčić, Radno pravo, Magistrat Sarajevo, 2003.
- Senad Jašarević, „Participacija zaposlenih, stanje i perspektive u Srbiji“, Zbornik radova, „Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse“, br. 11, Mostar, 2013, str. 210.
- Sigurt Vitols, “German industry policy: an overview“, Discussion paper FS I 96-321, Wissenschaftszentrum Berlin fuer Sozialforschung, 1996.
- Sulejman Hrle, Priručnik za formiranje i rad vijeća zaposlenika u Federaciji Bosne i Hercegovine, Friedrich-Ebert-Stiftung, Sarajevo, 2008.
- Wolfgang Streeck, „Works councils in Western Europe: from consultation to participation“, Works Councils: Consultation, Representation, and Cooperation in Industrial Relations, koautori: Wolfgang Streeck / Joel Rogers, University of Chicago Press, <http://www.nber.org/chapters/c11564>

PRAVNI IZVORI:

- Betriebsverfassungsgesetz, Bundesgesetzblatt BGBI. I S. 1852.
- Direktiva br. 89/391/EC o uvođenju mjera kojima se potiče unapređenje sigurnosti i zdravlja radnika na radu, Službeni glasnik EU L183, 29. 06. 1989.

- Direktiva Evropskog parlamenta i Vijeća br. 2002/14/EC o osnivanju Općeg okvira za informisanje i konsultovanje zaposlenika u EZ, Službeni glasnik EU L80, 23. 03. 2002.
- Direktiva Vijeća br. 2001/23/EC o približavanju prava država članica u pogledu zaštite prava radnika u slučaju transfera preduzeća, posla ili dijela preduzeća ili posla (Službeni glasnik EU L82, 22. 03. 2001)
- Direktiva Vijeća br. 2001/86/EC koja dopunjava Statut evropske kompanije u pogledu participacije zaposlenika, Službeni glasnik EU L294 , 08. 10. 2001.
- Direktiva Vijeća br. 2001/86/EC koja dopunjava statutu evropske kompanije u pogledu učešća zaposlenika u odlučivanju, Službeni glasnik EU L294, 08. 10. 2001.
- Direktiva Vijeća br. 94/45/EC o osnivanju evropskih vijeća zaposlenika ili postupka u preduzećima na nivou EZ ili grupama preduzeća na nivou EZ u svrhu informisanja i konsultovanja zaposlenika (Službeni glasnik EU L 254, 30. 9. 1994), revidirana istoimenom Direktivom Evropskog parlamenta i Vijeća br. 2009/38/EC (Službeni glasnik EU L122, 16. 05. 2009).
- Direktiva Vijeća br. 98/59/EC o približavanju prava država članica u odnosu na kolektivne otkaze (Službeni glasnik EU L225, 12. 08. 1998) - Direktive br. 75/129/EC sa njenom izmjenom u Direktivi br. 92/56/EC.
- Europäisches Betriebsräte-Gesetz – EBRG, usvojen 26. 10. 1996.
- Kündigungsschutzgesetz (KSchG), , Bundesgesetzblatt BGBL I S. 1317, 25. 08. 1969.
- SE-Beteiligungsgesetz – SEBG, Bundesgesetzblatt Part I No 73, 28. 12. 2004.
- Zakon o radu – prečišćeni tekst, „Službeni glasnik RS“, br. 55/07.
- Zakon o radu FBiH, „Službene novine FBiH“ br. 43/99, 32/00, 29/03.
- Zakon o vijećima zaposlenika, „Službene novine FBiH“ br. 38/04, Zakon o savjetima radnika, „Službeni glasnik RS“, br. 26/01.

FAVORABLE GERMAN EXPERIENCES AND EUROPEAN STANDARDS AS GUIDELINES FOR DEVELOPMENT OF WORKS COUNCILS' POWERS IN BOSNIA AND HERZEGOVINA

Summary

Successful and efficient performance of the works councils, as the most common instrument of the enforcement of right to participate in the working environment, depends primarily on the system of the powers provided by the relevant provisions, and its protection afore the employer. The research is directed toward the analysis of the powers of the works councils guaranteed by the entities' legislation of Bosnia and Herzegovina, and those guaranteed by Germany. German system of co-determination was chosen by its influence on creation of European standards on right to participate, which significantly influenced the change of conventional understanding of the industrial democracy in EU Member States. However, the paper will point out the problems Member States face with when implementing the European standards of industrial democracy, which are unavoidable in the German system of works council powers as well. Moreover, while viewing through the lance of the obligation of Bosnia and Herzegovina to harmonize its legislation with the EU acquis, it will be determined whether the entities' legal solutions to the works councils' powers satisfy minimum European standards of industrial democracy, as well as whether they deviate from the comparable German model of co-determination rights of works councils.

Key words: *industrial democracy, works council, European works council, right to participate, co-determination right, collective redundancies.*

УКЉУЧИВАЊЕ У РАД ЛИЦА КОЈА ОСТВАРУЈУ ПРИХОДЕ ИЗ СОЦИЈАЛНИХ ДАВАЊА, СА ПОСЕБНИМ ОСВРТОМ НА НЕГАТИВНО ОПОРЕЗИВАЊЕ

Мр Сузана Димић*

Апстракт: Политика “укључивања у рад” лица која приходе остварују из социјалних давања, актуелна у многим државама, посебно од деведесетих година прошлог века има своје различите облике. Неке земље су приступиле увођењу додатних социјалних давања за рад, у циљу мотивације лица за запошљавање. У појединим државама се уводи порески кредит код опорезивања дохотка од рада, а код изузетно ниских примања долази до тзв. негативног опорезивања, уместо да плате порез ова лица остварују субвенцију од државе. У основи ових мера, које су из различитих домена (социјалне, пореске политике и политике запошљавања), лежи настојање да се што већи проценат радно способних лица мотивише за рад, а не да се кроз разна социјална давања “награђује” за неактивност.

Кључне речи: социјална давања, замке незапослености, укључивање у рад, додатна социјална давања за рад, негативно опорезивање.

Увод

Једна од важних тековина у развоју државе и права је улога државе у домену социјалне сигурности. Савремена држава, као социјална држава, има задатак да становништву обезбеди задовољавајући ниво егзистенције и достојанства. У ту сврху, коришћени различити системи социјалне помоћи одnose немала средства из буџета савремених држава. Међутим, проблем настаје у погледу ефеката тих социјалних трансфера из буџета на понуду радне снаге.

Разна социјална давања могу негативно да утичу на мотивацију за рад њихових прималаца. Високе стопе пореза на доходак, такође, могу дестимулативно деловати на лица која примају разне врсте социјалне помоћи.

* Мр Сузана Димић, асистент, Правни факултет Универзитета у Приштини - Косовска Митровица.

Отуда, државе прибегавају разним мерама у циљу побољшавања могућности за запошљавање ових маргиналних група.

Мотивација за запошљавање се не може, свакако, искључиво посматрати кроз призму финансијских подстицаја. Укључивање у рад незапослених лица, па и лица која остварују приходе од социјалних трансфера, зависи од бројних фактора. Недостатак квалификација и радног искуства незапосленог лица могу представљати препреку у запошљавању, као и испуњавање породичних обавеза. У вођењу политике запошљавања потребна је шира активност, која подразумева стварање повољнијег амбијента за запошљавање применом различитих мера. Политика финансијске подршке раду (преко додатних социјалних давања за рад и пореског кредита) даје најбоље резултате, доказ су социјалне државе благостања попут скандинавских и земаља Бенелукса, само ако је комбинована са мерама у осталим доменима (нпр. добро организованих институција за чување деце и сл.).

Исплативост рада за ниске дохотке?

Један од разлога повећања јавних расхода у савременим државама, јесте остваривање функција социјалне државе. У структури социјалних трансфера, значајан удео припада разним облицима давања за време незапослености и сиромаштва.

Поред система социјалних давања, другу важну компоненту (не)исплативости рада чини систем јавних прихода које сnose запослени. Укупно фискално оптерећење радне снаге је одређено порезом на доходак и доприносима за социјално осигурање. Приход које запослено лице оствари од рада подлеже опорезивању путем неког од постојећих модела пореза на доходак физичких лица (синтетичког, дуалног, *flat tax*-а и сл.). На укупно оптерећење рада, порез пореза, утиче и висина доприноса за социјално осигурање. Доприносе за социјално осигурање запосленог лица, као и порез на доходак, плаћа запослено лице. Како је законом један део терета плаћања доприноса за социјално осигурање наметнут послодавцима, то би се очекивало да га они плаћају из својих зарада, одн. добити. Међутим, односи на тржишту радне снаге и друге околности различито утичу на преваљивост фискалног терета, па у зависности од тих кретања ове доприносе сnose послодавци или радници који га не могу даље превалити на друге учеснике на тржишту и сnose укупан терет пореза и доприноса. У теорији јавних финансија сва давања заједно чине тзв. порески клин (енг. *tax wedge*), који показује удео пореза и доприноса у трошковима радне снаге. Сам назив указује да сва ова давања држави од стране запосленог лица представљају својеврстан “клин” између бруто трошкова радне снаге и нето прихода који добија запослени.¹

¹ Blažić, Н.: „Usporedni porezni sustavi - oporezivanje dohotka i dobiti“, Ekonomski fakultet

Укупно фискално оптерећење производи одређене ефекте на понуду радне снаге, уколико га сnose запослени. Говори се о тзв. ефекту супституције рада доколицом. Гранична ефективна пореска стопа представља удео разлике између бруто плате и промене нето дохотка. Као главни показатељ исплативости рада, она одређује колики део додатне зараде радник губи због тога што су се порези и доприноси повећали. Висока гранична ефективна пореска стопа демотивише лице да промени свој радни статус, када незапослено, одн. неактивно лице радије остварује приходе од разних облика социјалних давања, него да се запосли.² Теорија јавних финансија, поред ефекта супституције, анализира и ефекат дохотка на понуду радне снаге. Ефекат дохотка је функција просечне пореске стопе, која показује однос плаћених пореза и дохотка. У случају повећања пореза, ефекат дохотка тако делује да стимулише појединца да ради више како би доходак који му преостане након опорезивања био исте висине као пре повећања пореза. Ефекат супституције и ефекат дохотка имају супротни смер у односу на понуду радне снаге, али се не зна који је јачи. Ако је порез прогресивнији већа је вероватноћа да ће ефекат супституције бити јачи и утицати да се понуда радне снаге смањи.³ Високо фискално оптерећење у корелацији са системом социјалних давања може довести до негативног ефекта. На одређеној висини дохотка долази до преплитања повећаног фискалног оптерећења рада (порезима и доприносима) и смањења различите социјалне помоћи које остварују сиромашни, одн. незапослени. Запошљавањем, одн. остваривањем већег дохотка већим радом долази до повећања укупног пореског оптерећења рада и опадања социјалних трансфера и повластица, што може утицати на одлуку о раду. Услед ефекта супституције (рада са доколицом) може се незапослено лице радије одредити за останак у систему социјалне помоћи, него за “улазак у рад”, односно сиромашно лице демотивисати за повећање радног напора. Ефекти, у теорији познати као *тзв. замке сиромаштва* (енг. *poverty trap- low wage trap*), која означава дилему, да ли треба радити више, односно *тзв. замке незапослености* (енг. *unemployment trap*), која представља дилему да ли уопште треба радити, предмет су бројних анализа и емпиријских истраживања.

Да би се рад исплатио земље предузимају разне мере, међу којима и финансијске подстицаје. Њихов циљ је да се повећа доходак од рада и тиме лица која остварују доходак из социјалних трансфера мотивишу на запошљавање.

Запошљавање је једна од главних тема и у оквирима ЕУ, јер се, поред раста продуктивности, запосленост поставља као један од важних циљева економске политике овог региона. У контексту Европске стратегије запошљавања један од дефинисаних приоритета у области политике запошљавања, јесте

у Rijeci, 2006, стр.124.

² Dokumentacija “Isplati li se raditi u Hrvatskoj?”, Rev. soc. polit., god. 19 ,br. 1, Zagreb, 2012, стр.124.

³ Stiglitz, J.E.: „Ekonomija javnog sektora“, Ekonomski fakultet, Beograd, 2008, стр.565.

привлачење лица да се запосле и остану радно ангажована. Државама чланицама се дају препоруке за финансијске подстицаје за рад, тзв. *making work pay* политика. Према извештају Европске комисије многе земље чланице ЕУ су посвећене побољшању утицаја пореза и доприноса на запосленост. Видљива је одлучност да се позабаве питањима рада сиромашних, на основу бенефиција која се стичу радом и повећањем минималне наднице.⁴

Неке земље су приступиле увођењу додатка (накнаде) за запошљавање у циљу радног ангажовања незапослених. Посебно од деведесетих година поједине земље предузимају мере директног субвенционисања ниских плата. Систем *making work pay* сматра се кључним за смањење зависности од социјалних трансфера и повећање учешћа на тржишту рада. Вођење такве политике запошљавања уважава потребу да незапослени стекну радно искуство, кроз обезбеђивања већег финансијског подстицаја за рад. У Белгији је то постигнуто кроз стратегију “активирања користи” (енгл. *activation of benefits*). Социјална давања се директно користе као субвенције за запошљавање. Највећи део овог програма остваривао се преко локалних агенција за запошљавање, стварањем нових радних места која не постоје на редовном тржишту рада (нпр. помоћ у кући, нега болесника или чување деце). Незапослено лице прихватањем малог плаћеног хонорарног посла прима накнаду као субвенцију зараде, као врсту допуне својој скромној плати. Загарантовани приход користи (*guaranteed-income benefit*) је добар пример субвенционисања за запошљавање, јер релативно мало плаћен хонорарни посао чини финансијски атрактивнијим, а незапослено лице које прихвати такав посао остаје регистровано на тржишту радне снаге у потрази за послом са пуним радним временом.⁵ Основна критика упућена овом програму је у његовој селективности, јер се прави разлика између оних лица која обављају слабо плаћене послове уз добијање субвенција (јер се налазе у овом програму) и осталих лица која обављају исте послове, али без субвенционисане плате. Прелаз лица са субвенционисаних на несубвенционисане, слабо плаћене послове, по престанку програма додатног финансирања, по правилу, је веома отежано. Осим тога, није довољно селективно вођење политике запошљавања. Мере које имају за циљ веће финансијске подстицаје за незапослене, јесу добар начин за “укључивање у рад” лица која примају разне облике социјалних давања, јер могу бити мотивација за њихово радно ангажовање, али се проблем незапослености мора посматрати са ширег аспекта. За вођење оптималне политике запошљавања није довољно предузимање одговарајућим мера само према формално незапосленима, већ је потребно постављање ширег циља. У складу са Европском стратегијом за запошљавање, потребно је рад уопште учинити финансијски атрактивнијим.⁶

⁴ European Commission, *Draft Joint European Commission Report 2004/2005*, Brussels: Council of the European Union.

⁵ L. De Lathouwer, *Making work pay, making transitions flexible. The case of Belgium in a comparative perspective*, Antwerpen: CSB, стр. 13.

⁶ *Ibid.*, стр.15.

У Словенији постоје мере активне политике запошљавања за незапослене, посебно за маргиналне групе (млађе особе без радног искуства, старије особе и сл). Ти програми за запошљавање не подразумевају директне финансијске подстицаје за незапослено лице (нпр. додатна примања). Увођење неке врсте система “уласка у рад”, по узору на решења попут белгијског, сматра се добрим начином да се у Словенији повећа нето доходак од слабије плаћеног рада.⁷

Уместо директног субвенционисања, нето примања од рада, поједине земље као основни инструмент социјалне политике користе порески кредит. На пример у В. Британији *Working Families Tax Credit* (WFTC). У Белгији, добром примеру директног финансијског подстицаја за рад, о чему је већ било речи, пореском реформом 2002. год. уведен је порески кредит за ниске плате. Основни порески кредит, који се признаје радницима са ниским приходима, може бити допуњен пореским кредитом за децу.⁸

Негативно опорезивање - спона социјалне и пореске политике

Због нарастајућих социјалних проблема у свету, као што су сиромаштво, незапосленост, социјална раслојеност и сл., последњих година се све већи значај придаје социјалној политици, а социјално право постаје једна од најактуелнијих грана права. Укључивањем свих грађана у друштво, борбом против болести, сиромаштва, незапослености, непросвећености, сузбијају се корени социјалних сукоба и девијација.⁹

Поред социјалних давања, која, свакако, имају суштинску улогу у остваривању социјалних циљева, традиционална теорија јавних финансија порезима даје одређени значај у социјалном домену, јер се као један од циљева опорезивања дефинише и социјални циљ. Првобитна идеја теоретичара о социјалној циљу опорезивања, одн. о тзв. редистрибутивној функцији пореза, залагала се за потпуно отклањање неправедности, које су настале у примарној расподели богатства (деловањем тржишних закона). Временом напуштена радикална идеја о изједначавању богатих и сиромашних путем опорезивања, данас социјални циљ опорезивања своди на осигурање људског достојанства кроз обезбеђивање минимума социјалног стандарда становништва. То се постиже применом одговарајућег пореског облика, какав је управо порез на доходак физичких лица, али и приликом обликовања елемената осталих пореза (пореског обвезника, пореске стопе, пореских олакшица). Чак и код пореза на додату вредност, који се сматра неправедним, постоје одређене мери које су у функцији остваривања социјалног циља, нпр. прописивање снижене стопе

⁷ P. Dolenc, M. Vodopivec, *Isplati li se u Sloveniji raditi?*, Financijska teorija i praksa 29(4) (2005), стр. 417.

⁸ L. De Lathouwer, *op.cit.*, стр. 27.

⁹ Јашаревић, С.: *Појам и улога социјалног права*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, LIV, 2009, стр. 42.

којом се опорезују производи и услуге које су битне за животни стандард становништва (храна, лекови и сл.). Међутим, све већи број аутора сматра да би порези (па и порез на доходак физичких лица), требало да послуже остваривању неких других (несоцијалних) циљева, као што су фискални (који се састоји у прикупљању обилних средстава за финансирање јавних потреба) и економски (у смислу стварања услова за убрзани привредни развој), док би остваривање социјалних циљева требало препустити социјалним трансферима. У новије време отишло се корак даље, долази до одређеног степена интеграције пореза на доходак и социјалних трансфера путем тзв. **негативног пореза** (енг. *negative income tax*).

Милтон Фридман, за чије се име везује настанак идеје о негативном опорезивању, предлагао је у књизи “Капитализам и слобода” да лица, чији је доходак који подлеже опорезивању мањи од одређеног износа, плате негативни порез, тј. уместо да плате порез приме субвенцију од државе. Тај нови систем је требало да замени мрежу разних облика социјалне помоћи у САД-у. Увођењем негативног опорезивања, уместо бројних мера социјалне помоћи, укупно административно оптерећење би било мање, и на овај начин би се тачно утврдио трошак који друштво има за ублажавање сиромаштва. Поред тога, администрирање таквим системом би било не само административно једноставније, него би његово увођење било спроведено без додатних трошкова, јер би се уклопило у постојећи систем опорезивања дохотка физичких лица.¹⁰

У решавању проблема исплативности рада за ниске дохотке бројни су предлози у погледу различитих степена интеграције пореза на доходак и социјалних трансфера, кроз увођење елемената система негативног пореза. Почев од теоријских предлога, као што је Аткинсонов предлог *flat tax-a*, па све до практичних решења, увођењем појединих елемената негативног пореза (нпр. порески кредит за доходак од рада у САД). Најједноставнији облик потпуне интеграције пореза и система социјалне помоћи у облику негативног опорезивања се постиже код *flat tax-a* када се иста пропорционална пореска стопа примени и на негативну пореску основицу. Суштина опорезивања дохотка физичких лица, *flat tax-ом*, се састоји у примени једне пореске стопе на доходак умањен за неопорезиви део (управо прописивањем неопорезивог дела остварује се социјални циљ опорезивања). Ако би та разлика била негативна, када је доходак мањи од прописаног неопорезивог дела, у случају примене негативног пореза тако добијена негативна пореска основица се множи са истом пореском стопом, а добијени износ се исплаћује у виду готовинског трансфера.¹¹ Аткинсонов *flat tax* са основним дохотком (енг. *basic income flat tax*) представља негативни порез на доходак за ниске дохотке, где појам “основни доходак” обухвата све новчане и натуралне трансфере социјалног осигурања.

¹⁰ Видети: Friedman, M.: „Kapitalizam i sloboda“, Novi Sad, 1997, стр. 259-260.

¹¹ Blažić, H. *op.cit.*, стр. 128.

За разлику од традиционалног дефинисања *flat tax*-а, које подразумева једну пореску стопу у комбинацији са одбитком од пореске основице, код овог типа *flat tax*-а пореском обвезнику се признаје порески кредит. Од износа пореске обавезе, добијене применом пропорционалне пореске стопе, одбија се порески кредит. Уколико је порески обвезник без дохотка, долази до “негативног опорезивања” у висини целог пореског кредита, одн. добија субвенцију у висини основног дохотка. Идеја је, да основни доходак (*non wastable* порески кредит), замени како све трансфере, тако и пореске олакшице (које се дају у виду одбитака).¹²

Повезивањем пореског система и система социјалних трансфера у облику негативног опорезивања омогућава се да доходак појединца или породице достигне одређену минималну висину. На овај начин се ублажава сиромаштво, обезбеђивањем минимума потребног за егзистенцију. Међутим, поред те социјалне компоненте, негативни порез садржи и механизам путем кога се остварује подстицај за рад лица са маргине социјалне структуре. Порастом тржишног дохотка смањује се износ примењених субвенција. Да би се постигао жељени ефекат на заинтересованост, за повећање радног напора, мора се водити рачуна при одређивању тарифе у систему негативног опорезивања. Додатни рад прималаца субвенције награђен је само ако је смањење социјалних трансфера, мање од пораста тржишног дохотка.¹³ Уколико би смањење социјалних давања ишло брже од повећања дохотка, деловање ефекта супституције рада доколицом подстицало би ова лица да мање раде.

Изненађујуће може звучати податак, да се највећи програми социјалних трансфера у САД не спроводе преко социјалних институција, већ у оквиру пореског система. Идеја о негативном опорезивању се овде показала применљивом увођењем неких елемената негативног опорезивања у систем социјалне заштите. То је учињено одобравањем се тзв. *пореског кредита на доходак од рада (EITC) породицама са ниским примањима*. Порески кредит на доходак од рада, који представља субвенцију на зараду сиромашних лица, је у складу са настојањима програма социјалне заштите уведеног 1996. г. под називом Програм привремене помоћи угроженим породицама (TANF). Сва лица, чији је доходак испод одређеног нивоа, имају право на коришћење овог програма, ако испуњавају одређене услове и само привремено. Поред тога, добијање социјалне помоћи путем овог програма је условљено радом, јер је за њихове кориснике предвиђена обавеза да раде. Корак даље у повезивању социјалне помоћи и рада у односу на TANF, који то чини у оквирима система социјалне заштите, *EITC* представља саставни део пореског система. Порески кредит на доходак од рада се манифестује кроз смањење пореске обавезе и кроз рефундацију разлике (одн. порески кредит). Величина субвенције одређује се према броју деце у породици, сваке године у одређеном проценту

¹² Видети: *ibid.*, стр. 51-52.

¹³ Brummerhoff, D.: „Javne finansije“, Zagreb, 2000, стр. 481.

у односу на укупан доходак од рада. Лице, коме је држава одобрила порески кредит, неће бити дужно да плати цео износ пореза на доходак од рада, долази до смањења пореске обавезе, већ само разлику између висине субвенције и износа пореске обавезе. У случају када је порески кредит на доходак од рада већи од пореске обавезе, долази до рефундације разлике, уместо да плати порез, то лице ће од државе добити чек.¹⁴ Мада је велики корак у процесу интеграције система социјалне помоћи и пореског система учињен ЕИТС-ом, предлози у стручним круговима се не завршавају на томе. Наиме, последњих година присутне су снажне иницијативе за реформу постојећег система социјалне помоћи у САД. Првенствено се инсистира на интеграцији мреже различитих програма социјалне помоћи, чиме би се поједноставио систем социјалне заштите и смањили трошкови. Мноштво постојећих програма социјалне помоћи није се показала као довољна гаранција за ублажавање сиромаштва. Предлози за интеграцију свих социјалних програма, на основу којих би давања била у готовом новцу, би се свели на проширење постојећег програма ЕИТС и увођење негативног пореза на приход. У таквом систему сва лица би била дужна да подносе пореске пријаве, а порез на приход би се плаћао у зависности од висине прихода. Лица, чији приход не прелази одређену границу не би плаћала порез, већ би добила чек од државе.¹⁵

О неком од наведених облика финансијских подстицаја за “улазак у рад” ове категорије лица нема ни говора у Србији. Решавање проблематике исплативости рада за ниске дохотке у постојећем правном систему Србије остаје у домену система социјалне заштите. Право на различите врсте материјалне подршке, према важећем закону, остварује се ради обезбеђивања егзистенцијалног минимума и подршке социјалне укључености корисника.¹⁶ Приликом дефинисања круга корисника новчане социјалне помоћи, наш законодавац полази од критеријума имовинског цензуса. Појединац или породица која, било својим радом, приходом од имовине или из других извора, остварује приход који је мањи од прописаног износа новчане социјалне помоћи стиче право на новчану социјалну помоћ. За лица која су радно способна захтева се испуњавање и посебних услова. Остваривање права на новчану социјалну помоћ радно способног појединца, одн. члана породице је условљено његовим односом према радном ангажовању. Уколико је ово лице одбило понуђено запослење, радно ангажовање на привременим, повременим или сезонским пословима, неће имати право на новчану социјалну помоћ.¹⁷ Условљавање социјалне помоћи радом (енг. *workfare*) је такав систем пружања социјалне помоћи када се лицу не оставља могућност да бира да ли ће радити. Физички здравим лицима се омогућава примање социјалних давања само уколико пристану да прихва-

¹⁴ Rosen, S.H., Gayer, T.: *Javne finansije*, Ekonomski fakultet Beograd, 2005, стр. 312.

¹⁵ Stiglitz, J.E. *op.cit.*, стр. 413-414.

¹⁶ Чл. 5 Закона о социјалној заштити (“Службени гласник РС”, бр. 24/2011).

¹⁷ Видети: чл. 81 и чл. 83 ст. 1 тач.2) Закона о социјалној заштити.

те запослење које им се понуди, или неко друго радно ангажовање. У правцу реализације одређења нашег законодавца да новчану социјалну помоћ услови радом, посебним одредбама се прописује обавеза укључивања радно способних корисника новчане социјалне помоћи у радну активност. Да би се то постигло, центар за социјални рад и организација надлежна за послове запошљавања, дужни су да међусобно сарађују у спровођењу мера социјалне укључености ове категорије корисника.¹⁸

POLICY OF “IN-WORK” WELFARE RECIPIENTS, WITH REVIEW THE NEGATIVE INCOME TAX

Summary

Policy of “in-work” arrangements can take various forms, e.g. complementary social benefits of work, reductions of employee’s social contributions or tax credits. These new income arrangements entail a stronger integration between social, employment and fiscal policies. The underlying rationale is that it is better to take an active approach to income arrangements i.e. to pay people for working rather than for inactivity.

¹⁸ Члан 86 Закона о социјалној заштити.

ОТКАЗ УГОВОРА О РАДУ

Мр Весна Б. Аћић*

***Апстракт:** Радни однос се заснива Уговором о раду, којим се прецизирају међусобна права и обавезе између послодавца и радника. Сагласно Уставу и ратификованим међународним конвенцијама, у складу са општим актима и Законом о раду, уговором о раду, између осталог, утврђује се трајање радног односа, као и начин и рокови престанка радног односа, односно отказивања уговора о раду.*

Престанак радног односа означава ситуацију у којој између послодавца и радника више не постоје узајамна права и обавезе која су установљена уговором о раду. Како радни однос настаје споразумом уговорних страна, тако може и да престане споразумом – заједничком одлуком радника и послодавца о престанку уговора о раду.

Поред тога, а осим ситуација престанка радног односа независно од воље радника и послодавца и по другим основима одређеним законом, за престанак је значајан институт отказа уговора о раду, који је предмет интересовања овог рада са аспекта законске регулативе. Отказ уговора о раду могу дати и радник и послодавац. Радник има право да слободно раскине радни однос, а послодавац то може учинити само ако су испуњени одређени услови предвиђени законом и општим актом.

***Кључне ријечи:** радни однос, уговор о раду, престанак радног односа, отказ уговора о раду*

* Весна Б. Аћић, докторант у области радног права и међународног радног права, има вишедеценијско искуство на руководећим и стручним пословима у Електропривреди, а у периоду од 01.06.2006. до 11.08.2011. године на функцији члана Управе, Извршног директора за правна питања, у МХ „ЕРС” - ЗП „Електрокрајина” а.д. Бањалука.

1. Увод

Радни однос, као правни однос, представља суштину односа на раду и у вези са радом. Према Закону о раду, на иницијативу послодавца, заснива се радни однос уговором о раду који међусобно закључују субјекти овог правног односа, радник и послодавац. Радни однос је добровољан, правно регулисан рад, који радник обавља лично, на организован начин, примајући за тај рад плату. Уговор о раду садржи међусобна права и обавезе и може да се закључи на неодређено или на одређено вријеме. Уговор о раду мора бити у складу са Законом о раду, Колективним уговором и Правилником о раду, што значи да се овим уговором не могу дати мања права нити веће обавезе од оних који су њима прописани. Уговор о раду закључује се у писаној форми прије ступања на посао, а важећи је тек када га потпишу и радник и послодавац.

У складу са Уставом¹ и ратификованим међународним конвенцијама, права и обавезе радника у Републици Српској регулисана су на три међусобно повезана нивоа: на првом је Закон о раду², који регулише општа права и обавезе свих запослених, на другом се налазе колективни уговори и правилници о раду, који дефинишу међусобна права и обавезе групе радника и њихових послодавца, а на трећем нивоу је уговор о раду, који дефинише однос између одређеног радника и одређеног послодавца. Уговор о раду има нормативно дејство, јер одређује садржај права и обавеза сваког радника и послодавца. Статус радника (запосленог) стиче се испуњавањем услова утврђених законом и уговором о раду, а губи се престанком уговора о раду, односно престанком радног односа. И престанак радног односа је дио радног односа као појма и појаве.

Упоредном анализом рјешења Закона о раду Српске, Федерације и Брчко дистрикта, као и рјешења Закона о раду Србије и Хрватске, посматраћемо питање отказа уговора о раду као начина престанка радног односа.

2. Престанак радног односа

Разлози престанка радног односа треба да буду јасно одређени, због чега се у теорији и у међународном радном законодавству говори о регулисању, тзв. ваљаних разлога за престанак радног односа. Нема престанка радног односа без ваљаног разлога. Ваљане разлоге за престанак радног односа и заштиту радни-

¹ Устав Републике Српске – Устав РС, „Службени гласник Републике Српске“, бр. 3/92, 6/92, 8/92, 15/92, 19/92 и 21/92 - Пречишћени текст и Амандмани - 28/94, 8/96, 13/96, 15/96, 21/96, 21/02, 26/02, 30/02, 31/02, 69/02, 31/03, 98/03, 115/05 и 48/11.

² Закон о раду, Пречишћен текст – ЗОР РС, „Службени гласник Републике Српске“, бр. 55/07.

ка у престанку радног односа регулишу Конвенција број 158³ и Препорука број 166⁴ Међународне организације рада (МОП или *ILO*). Ови разлози су везани за: 1) способност радника, 2) понашање радника и 3) радне захтјеве предузећа (установе или службе). Термини, „ваљаност“ или „оправданост“ разлога или „испуњеност“ услова за престанак радног односа предмет су теоријске расправе о томе који термин више одговара функцији услова или разлога за престанак радног односа.

Престанак радног односа може бити законит (било да је очекиван или неочекиван) и незаконит. Битна карактеристика радног односа на неодређено вријеме је сталност запослења. Узрок и основ престанка радног односа на неодређено вријеме подразумева претпоставку законитости.

Право на слободу рада остварује се у радном односу и на тај начин да радник има право да слободно раскине уговор о раду и радни однос, наравно уважавајући интересе послодавца кроз најаву раскида и отказни рок. И послодавац има релативну слободу отказа уговора о раду, међутим, послодавац може отказати уговор о раду раднику само у случајевима предвиђеним законом и општим актима и по прописаној процедури. Радни однос раднику може престати само из оправданих разлога, када су испуњени законом одређени услови, а престанак радног односа мимо тих услова је неоправдан и санкциониран као незаконит.

Код престанка радног односа, радник има право на отказни рок и отпремнину на начин како је то утврђено законом, колективним уговором, правилником о раду и уговором о раду.

Издвајамо рјешење Закона о раду у Хрватској, који децидно прописује обавезу послодавца да након престанка радног односа (у року од петнаест дана) раднику изда потврду о запослењу (о врсти послова које је обављао и трајању радног односа) у којој не смије назначити ништа што би раднику отежало закључење новог уговора о раду, као и да му у истом року врати све његове исправе и примјерак одјаве са обавезног пензијског и здравственог осигурања.⁵ На захтјев радника дужан је, у року краћем од осам дана, издати потврду о врсти послова које обавља и трајању радног односа.

³ Конвенција о престанку радног односа (на иницијативу послодавца) – Конвенција бр.158, 1982. коју је БиХ ратификовала 02.06.1993.

⁴ Препорука којом је допуњена конвенција о престанку радног односа, 1982.

⁵ Закон о раду – ЗОР Х, „Народне новине“, бр.38/95, 54/95, 65/95, 17/01, 82/01 - Пречишћен текст, чл.124.

2.1. Начини престанка радног односа

Закон о раду утврђује правне основе, услове, разлоге и начине престанка радног односа, односно престанка уговора о раду. Правни основ престанка радног односа одређен је правним чињеницама, околностима или условима чијим остварењем престаје радни однос.

Закон о раду Републике Српске⁶ утврђује да Уговор о раду престаје да важи: 1) смрћу радника; 2) споразумом послодавца и радника; 3) отказом уговора од стране послодавца или радника; 4) кад радник наврши 40 година пензијског стажа или 65 година живота и најмање 20 година стажа осигурања; 5) са даном достављања послодавцу правоснажног рјешења о потпуном губитку радне способности радника; 6) истеком рока важења уговора о раду на одређено вријеме; 7) ако радник буде осуђен на безусловну казну затвора или на мјеру безбједности, васпитну или заштитну мјеру у трајању дуже од три мјесеца – са даном почетка извршења казне, односно мјере, ако због извршења мјере радник мора одсуствовати с рада; 8) на основу одлуке надлежног суда која има за посљедицу престанак радног односа радника – са даном утврђеним судском одлуком; 9) са даном престанка рада послодавца, односно са даном почетка примјене привремене мјере забране рада послодавцу изречене од стране надлежног суда на период дужи од три мјесеца. Изузетно од тачке 4. овог члана, код утврђивања услова за престанак уговора о раду раднику који је остварио посебан стаж у двоструком трајању послодавац је дужан да тај дио стажа рачуна у једноструком трајању, уколико то радник захтијева.

Закони о раду Федерације⁷ и Брчко дистрикта⁸ слично, готово идентично, регулишу питање начина престанка уговора о раду, с тим што не утврђују могућност престанка уговора о раду даном престанка рада послодавца, а Закон Брчко дистрикта утврђује могућност престанка уговора о раду престанком постојања радног мјеста. Поред тога, закони Федерације и Брчко дистрикта остављају могућност дужег рада по договору послодавца и радника (запосленика) у случају када радник наврши 65 година живота и 20 година радног стажа, или наврши 40 година радног стажа, слично како је то дозвољено и у окружењу Законом о раду Србије⁹ и Законом о раду Хрватске¹⁰.

⁶ ЗОР РС, чл.125.

⁷ Закон о раду – ЗОР Ф, „Службене новине федерације БиХ“, бр. 43/99, 32/00 и 29/03, чл. 86.

⁸ Закон о раду – ЗОР Брчко дистрикта, „Службени гласник Брчко дистрикта БиХ“, бр. 19/06, 19/07 и 25/08, чл.72.

⁹ Закон о раду – ЗОР С, „Службени гласник Републике Србије“, бр.24/05, 61/05, 54/09 и 32/13, чл. 175.

¹⁰ ЗОР Х, чл. 104.

Поред истих начина (разлога) престанка радног односа у Србији Закон предвиђа и могућност престанка радног односа на захтјев родитеља или старатеља, ако је радник млађи од 18 година,¹¹ као и у ситуацији када је раднику одлуком државног органа забрањено да обавља неки посао, а послодавац не може да му обезбиједи друго радно мјесто.¹²

Ако систематизујемо случајеве и правне основе престанка радног односа по критеријуму воље субјекта радног односа, радника и послодавца, радни однос може да престане: 1) споразумом радника и послодавца, 2) отказом од стране радника, 3) отказом од стране послодавца, 4) независно од воље радника и послодавца и 5) по другим основима одређеним законом.

3. Отказ уговора о раду

Право је и радника и послодавца да откажу уговор о раду. Посматрајући режиме отказа уговора о раду у контексту социјалне правде, са позиције права радника разумљиво је рјешење да се уговор откаже не наводећи разлоге, јер је то афирмација права на рад. Евентуално право послодавца, као „јаче“ стране, да откаже уговор о раду не наводећи разлоге, занемаривало би начело заштите радника као „слабије“ уговорне стране. У циљу заштите права радника, уређење режима отказа уговора о раду на иницијативу послодавца развијало се на начин ограничења права послодавца да откаже уговор о раду из одређених разлога или не наводећи разлоге, продужења отказног рока, исплате отпремнице подизањем најнижег износа.

Конвенцију МОР-а број 158 о престанку радног односа на иницијативу послодавца, Босна и Херцеговина је ратификовала 02.06.1993, а Србија 24.11.2000. године. Иако, Хрватска није била странка Конвенције, Закон о раду слиједи њене стандарде код уређења режима отказа уговора о раду. Радни однос радника не може престати ако за такав престанак не постоји ваљан разлог везан за способност или понашање радника или за оперативне потребе предузећа, установе или службе.¹³

Режим отказа уговора о раду радницима због економских, техничких или организационих разлога на страни послодавца, рјешава се кроз институт програма збрињавања вишка радника.

¹¹ ЗОР С, чл.175.

¹² ЗОР С, чл.176.

¹³ Конвенција бр.158, чл.4.

4. Отказ уговора о раду од стране радника

Као појавни облик слободе рада право је радника да раскине уговор о раду и радни однос са послодавцем. Радник може отказати уговор о раду уз прописани или уговорени отказни рок, не наводећи разлог отказа. Отказ уговора о раду радник доставља послодавцу у писаној форми у облику изјаве о престанку радног односа која обавезно садржи дан престанка радног односа.

Уколико радник откаже Уговор о раду у случају ако послодавац изврши повреду својих обавеза које произилазе из уговора о раду, ако су те повреде такве природе да се с основом не може очекивати да радник настави рад код послодавца, радник има сва права по основу рада, као и у случајевима када је послодавац незаконито отказао уговор о раду.¹⁴ Ова одредба је недоречена и оставља могућност различитог тумачења о којим правима радника и случајевима незаконитог престанка радног односа се ради.

Поставља се питање и реализације отказа уговора о раду од стране радника у пракси, односно да ли је довољна изјава воље радника за престанак радног односа или је то потребно потврдити одређеним актом, рјешењем или одлуком. Сваки акт донесен у том смислу има декларативни карактер, јер само потврђује чињеницу престанка радног односа *ipso iure* (по самом праву).

И, у Федерацији¹⁵ и Брчко дистрикту¹⁶ радник (запосленик) може отказати уговор без давања предвиђеног отказног рока у случају када је послодавац одговоран за преступ или повреду обавеза из уговора о раду, а које су такве природе да не би било основано очекивати од радника да настави радни однос.

Такво рјешење има и Закон о раду Србије¹⁷, док је у Хрватској именован као ванредни (изванредни) отказ уговора о раду¹⁸ на који имају право и радник и послодавац, без обавезе поштивања прописаног или уговореног отказног рока, поред тога што радник може редовно отказати уговор о раду уз прописани или уговорени отказни рок не наводећи разлог за то.¹⁹

¹⁴ ЗОР РС, чл.134.

¹⁵ ЗОР Ф, чл.88а.

¹⁶ ЗОР БД, чл.75.

¹⁷ ЗОР РС, чл.178.

¹⁸ ЗОР Х, чл.108.

¹⁹ ЗОР Х, чл.107.

5. Отказ уговора о раду од стране послодавца

Отказ уговора о раду од стране послодавца је сложенији правни основ престанка радног односа, него у случају када радни однос престаје отказом од стране запосленог. Сложеност се огледа у условима, процедури и обавезама које су последице таквог престанка радног односа.

Отказ од стране послодавца утиче на економску, политичку и социјалну сигурност појединца, породице и друштва. Како представља један од тежих друштвених ризика, отказ од стране послодавца је неопходно прецизно уредити. Само јасно, изричито и доречено правно уређење основних елемената овог института и његових појавних облика обезбјеђује правну сигурност.

Раднику радни однос на иницијативу послодавца може престати само уколико су испуњени одређени законом прописани услови и само из оправданих разлога. Отказ уговора о раду од стране послодавца може бити само из ваљаних отказних разлога и уз поштовање прописане процедуре. Сваки неоправдан престанак уговора о раду отказом од стране послодавца је незаконит и као такав санкционисан.

Отказ уговора о раду послодавац даје у писаној форми, уз образложење и навођење разлога отказа и обавезно га доставља раднику.

Ако послодавац раднику даје отказ уговора о раду због теже повреде радних обавеза, дужан је да раднику омогући да буде саслушан и да изнесе своју одбрану, уколико је то могуће с обзиром на околности, као и да размотри мишљење синдиката или савјета радника, ако му је мишљење достављено прије доношења коначне одлуке.²⁰ У овом случају, послодавац може дати отказ уговора о раду у року од 30 дана од дана сазнања за повреду радних обавеза и за учиниоца повреде, а у случају спора пред надлежним судом, послодавац је дужан да докаже постојање разлога за отказ уговора о раду.

У току трајања судског спора о отказу уговора о раду, надлежни суд може, на захтјев радника, ако оцјени да се очито ради о незаконитом отказу уговора о раду, одлучити да се радник привремено врати на посао, до окончања спора.²¹

Ако надлежни суд утврди да је отказ уговора о раду, који је послодавац дао раднику, незаконит, наложиће послодавцу да радника врати на рад и распореди на послове које је обављао прије отказа уговора или на друге послове који одговарају стручним и радним способностима радника, као и да му исплати накнаду на име изгубљене плате и других примања на које радник има право према колективном уговору, правилнику о раду и уговору о раду.²²

²⁰ ЗОР РС, чл.128.

²¹ ЗОР РС, чл.129.

²² ЗОР РС, чл.130.

5.1. Отказни разлози

Послодавац може раднику отказати уговор о раду, ако за то постоје разлози предвиђени законом.

У Републици Српској послодавац може отказати уговор о раду раднику: 1) ако радник изврши тежу повреду радних обавеза, 2) ако се из економских, организационих и технолошких разлога укаже потреба за престанком рада радника, 3) ако радник, с обзиром на своје стручне и радне способности, не може успјешно извршавати радне обавезе из уговора о раду, 4) ако се радник, у року од пет радних дана од дана истека неплаћеног одсуства или мировања права из радног односа, не врати на рад.²³

У федерацији послодавац може отказати уговор о раду раднику уз прописани отказни рок: 1) ако је такав отказ оправдан из економских, техничких или организационих разлога или 2) ако радник није у могућности да извршава своје обавезе из радног односа.²⁴ Послодавац може отказати уговор о раду раднику без обавезе поштивања отказног рока у случају када је радник одговоран за тежи преступ или тежу повреду радних обавеза из уговора о раду, а које су такве природе да не би било основано очекивати од послодавца да настави радни однос.²⁵

У Брчко дистрикту послодавац може отказати уговор раднику из истих разлога.²⁶

Закон о раду Србије утврђује девет разлога за отказ уговора о раду раднику од стране послодавца: 1) ако радник не остварује резултате рада, односно нема потребна знања и способности за обављање послова на којима ради, 2) ако радник својом кривицом учини повреду радне обавезе утврђене општим актом или уговором о раду, 3) ако радник не поштује радну дисциплину прописану актом послодавца, односно ако је његово понашање такво да не може наставити рад код послодавца, 4) ако радник учини кривично дјело на раду или у вези са радом, 5) ако се запослени не врати на рад код послодавца у року од 15 дана од дана истека рока за неплаћено одсуство или мировање радног односа у смислу закона, 6) ако запослени злоупотреби право на одсуство због привремене спријечености за рад, 7) ако запослени одбије закључење анекса уговора о раду када је раднику понуђен премјештај на други одговарајући посао због потреба процеса и организације рада, премјештај у друго мјесто рада код истог послодавца у складу са законом, рад на одговарајући посао код другог посло-

²³ ЗОР РС, чл.126.

²⁴ ЗОР Ф, чл.87.

²⁵ ЗОР Ф, чл.88.

²⁶ ЗОР БД, чл.73. и 74.

давца у складу са законом, као технолошком вишку обезбиједио остваривање права у складу са законом, 8) ако радник одбије закључење анекса уговора о раду везано за одредбе закона којим су утврђени новчани износ основне зараде и елементи за утврђивање радног учинка, накнаде зараде и друга примања радника, 9) ако усљед технолошких, економских и организационих промјена престане потреба за обављањем одређеног посла или дође до смањења обима посла.²⁷ У посљедњем случају послодавац нема право током шест мјесеци на истој позицији запослити другог радника. Закон о раду Србије децидно утврђује поступак у случају отказа²⁸ са роковима застарјелости, правилима достављања аката о отказу уговора о раду и обавези исплате зараде и накнаде зараде.

По заједничким карактеристикама, ове разлоге можемо груписати на: 1) разлоге који се односе на радну способност радника, 2) разлоге који се односе на понашање радника и 3) разлоге који се односе на потребе послодавца у одређеном тренутку пословања.

Прије отказа уговора о раду послодавац је дужан да радника писменим путем упозори на постојање разлога за отказ уговора о раду и да му остави рок од најмање пет радних дана од дана достављања упозорења да се изјасни на наводе из упозорења.²⁹ У упозорењу послодавац је дужан да наведе основ за давање отказа, чињенице и доказе који указују на то да су се стекли услови за отказ и рок за давање одговора на упозорење. Разлози отказа морају бити конкретизовани. За случај спора, на послодавцу је терет доказа да постоји оправдани разлог за отказ уговора о раду, као и да нема других послова на којима може запослити радника.

Закон о раду Србије прецизно утврђује шта се то не сматра оправданим разлогом за отказ уговора о раду: 1) привремена спријеченост за рад усљед болести, несреће на раду или професионалног обољења, 2) коришћење породилског одсуства, одсуства са рада ради њега дјетета и одсуства са рада ради посебне њега дјетета, 3) одслужење или дослужење војног рока, 4) чланство у политичкој организацији, синдикату, пол, језик, национална припадност, социјално поријекло, вјероисповјест, политичко или друго увјерење или неко друго лично својство радника, 5) дјеловање у својству представника радника у складу са законом, 6) обраћање радника синдикату или органима надлежним за заштиту права из радног односа у складу са законом, општим актом и уговором о раду.³⁰

У Хрватској, Закон о раду на специфичан начин регулише разлоге за отказ уговора о раду, разликујући редовни и ванредни отказ, пословно узроковани отказ, лично узроковани отказ и отказ узрокован скривљеним понашањем

²⁷ ЗОР С, чл.179.

²⁸ ЗОР С, чл.184, 185. и 186.

²⁹ ЗОР С, чл.180

³⁰ ЗОР С, чл.183.

радника. Послодавац може отказати уговор о раду уз прописани или уговорени отказни рок (редовни отказ), ако за то има оправдани разлог, и то у случају: 1) ако престане потреба за обављањем одређеног посла због економских, техничких или организационих разлога (пословно узроковани отказ), 2) ако радник није у могућности уредно извршавати своје обавезе из радног односа због одређених трајних особина или способности (лично узроковани отказ) или 3) ако радник крши обавезе из радног односа (отказ узрокован скривљеним понашањем радника).³¹ Даље, Закон утврђује шта су неоправдани разлози за отказ: 1) привремена одсутност са рада због болести или повреде, 2) подношење жалбе или тужбе, односно учествовање у поступку против послодавца због повреде закона, другог прописа, колективног уговора или правилника о раду, односно обраћање радника надлежним тијелима извршне власти, 3) обраћање радника због оправдане сумње на корупцију или у доброј вјери подношење пријаве о тој сумњи одговорним лицима или надлежним тијелима државне власти.³² Такође је прописан поступак прије отказивања уговора о раду. Прије редовног отказа узрокованог понашањем радника, послодавац је дужан радника писмено упозорити на обавезу из радног односа и указати му на могућност отказа у случају наставка повреде те обавезе, осим ако постоје околности због којих није оправдано очекивати од послодавца да то учини. Прије редовног или ванредног отказа узрокованог понашањем радника, послодавац је дужан омогућити раднику да изнесе своју одбрану, осим ако постоје околности због којих није оправдано очекивати од послодавца да то учини. Прописана је обавеза савјетовања са савјетом радника о отказу, тако што је послодавац дужан раднику саопштити намјеру да откаже уговор о раду у случају, на начин и под условима прописаним законом.

1.2. Посебна заштита од отказа уговора о раду

Закон о раду Републике Српске децидно прописује да послодавац не може да откаже уговор о раду из економских, организационих и технолошких разлога раднику за вријеме трудноће, породилског одсуства, родитељског одсуства и скраћеног рада ради њега дјетета.³³

Још ширу заштиту пружа Закон о раду Србије, који утврђује да за вријеме трудноће, породилског одсуства, одсуства са рада ради њега дјетета и одсуства са рада ради посебне њега дјетета послодавац не може раднику да откаже уговор о раду.³⁴ Међутим, уколико је радни однос заснован на одређено вријеме, може да престане по истеку рока на који је заснован.

³¹ ЗОР Х, чл.107.

³² ЗОР Х, чл.109.

³³ ЗОР РС, чл.132.

³⁴ ЗОР С, чл.187.

Отказ је ништаван ако је на дан давања отказа послодавцу било познато постојање наведених околности или ако радник обавијести послодавца о постојању поменутих околности, те о томе достави одговарајућу потврду овлашћеног љекара или другог овлашћеног тијела.

Изабраним представницима радника у савјету радника или у органима синдиката за вријеме обављања функције дозвољен је отказ уговора о раду само уз испуњење прописаног услова.

У Републици Српској, послодавац може отказати уговор о раду изабраном представнику радника у савјету радника или у органима синдиката за вријеме обављања њихове функције и једну годину након истека функције само уз предходну сагласност министра надлежног за послове рада.³⁵ Изабрани представници радника су: предсједник савјета радника, предсједник синдикалне организације већинског синдиката организованог код послодавца, изабрани представник радника у органима већинског синдиката организованог на вишем нивоу.

У Федерацији послодавац, само уз предходну сагласност федералног министра за рад, може отказати уговор о раду синдикалном повјеренику за вријеме обављања његове дужности и шест мјесеци након обављања те дужности.³⁶

У Брчко дистрикту, само уз консултовање са синдикатом, послодавац може отказати уговор о раду синдикалном повјеренику за вријеме обављања његове дужности или током три мјесеца након што је синдикални повјереник завршио обављање своје дужности.³⁷

Закон о раду Србије прописује да послодавац не може да откаже уговор о раду, нити на други начин да стави у неповољан положај представника радника за вријеме обављања функције и годину дана по престанку функције, ако представник радника поступа у складу са законом, општим актом и уговором о раду, и то: 1) члану савјета радника и представнику радника у управном и надзорном одбору послодавца, 2) представнику синдиката код послодавца, 3) именованом или изабраном синдикалном представнику.³⁸ Број синдикалних представника који уживају заштиту, утврђује се колективним уговором, односно споразумом синдиката са послодавцем, зависно од броја чланова синдиката код послодавца. Послодавац може, уз сагласност министра, да откаже уговор о раду представнику синдиката ако он одбије понуђени посао, односно понуду анекса уговора ако је раднику који је вишак обезбиједио остваривање права према програму мјера збрињавања вишка радника.

³⁵ ЗОР РС, чл.131.

³⁶ ЗОР Ф, чл.93.

³⁷ ЗОР БД, чл.78.

³⁸ ЗОР С, чл.188.

Ако представник радника не поступа у складу са законом, општим актом и уговором о раду, послодавац може да му откаже уговор о раду.

1.3. Незаконит отказ

Отказ уговора о раду од стране послодавца законит је само ако га је послодавац дао раднику из оправданих разлога утврђених законом, на начин и по поступку који је прописан законом.

Отказ уговора о раду од стране послодавца, често је предмет оспоравања пред судом. У случају спора, на послодавцу је терет доказивања и он је дужан да докаже постојање разлога за отказ уговора о раду.

У току трајања судског спора о отказу уговора о раду, надлежни суд може, на захтјев радника, одлучити да се радник привремено врати на посао, до окончања спора.³⁹ Суд доноси привремену мјеру о враћању на рад до окончања судског спора.⁴⁰

Ако надлежни суд утврди да је отказ уговора о раду, који је послодавац дао раднику, незаконит, наложиће послодавцу да радника врати на рад и распореди на послове које је обављао прије отказа уговора или на друге послове који одговарају стручним и радним способностима радника, као и да му исплати накнаду на име изгубљене плате и других примања на које радник има право према колективном уговору, правилнику о раду и уговору о раду.

Закон о раду Србије прописао је да се накнада штете умањује за износ прихода које је радник остварио по основу рада након престанка радног односа.

Закон о раду Хрватске утврдио је могућност тзв. судског раскида уговора о раду када суд утврди да отказ послодавца није допуштен, али да раднику није прихватљиво наставити радни однос или наставак радног односа није могућ.⁴¹

5. Отказивање уговора о раду са понудом закључивања уговора под измјењеним условима

У Републици Српској, послодавац може отказати уговор о раду раднику уз истовремену понуду за закључивање уговора о раду под измјењеним условима.⁴² У том случају сходно се примјењују одредбе закона које уређују отказивање уговора о раду од стране послодавца и на ово отказивање уговора.

³⁹ ЗОР РС, чл. 129.

⁴⁰ ЗОР Ф, чл. 96, ЗОР БД, чл. 81.

⁴¹ ЗОР Х, чл. 117.

⁴² ЗОР РС, чл. 137.

Ако радник прихвати понуду послодавца за закључивање уговора о раду под измијењеним условима, он истовремено задржава право да код надлежног суда оспорава допуштеност такве измјене уговора. Радник који одбије да закључи уговор о раду под измијењеним условима има право на отпремнину, у складу са законом.

У Федерацији одредбе закона које се односе на отказ примјењују се и у случају када послодавац откаже уговор и истовремено понуди раднику закључивање уговора о раду под измијењеним условима.⁴³

У Брчко дистрикту одредбе закона које се односе на отказ примјењују се и у случају када послодавац има намјеру да откаже уговор и истовремено понуди раднику закључивање уговора о раду под измијењеним условима.⁴⁴

У Хрватској, одредбе закона које се односе на отказ примјењују се и на случај када послодавац откаже уговор и истовремено предложи раднику закључење уговора о раду под измијењеним условима (отказ са понудом измијењеног уговора).⁴⁵ О понуди закључивања уговора о раду под измијењеним условима радник се мора изјаснити у року који одреди послодавац, а који не смије бити краћи од осам дана.

Ако радник прихвати понуду послодавца, он истовремено задржава право да пред надлежним судом оспорава допуштеност такве измјене уговора. У случају отказа, рок за заштиту права тече од дана када се радник изјаснио о одбијању понуде за закључивање уговора о раду под измијењеним условима или од дана истека рока који је за изјашњење о достављеној понуди одредио послодавац, ако се радник није изјаснио о примљениј понуди или се изјаснио након истека остављеног рока.

6. Закључак

Права на раду и у вези са радом регулишу се, остварују и заштићују у складу са међународним нормама и стандардима. Упоредном анализом законских рјешења у Републици Српској, Федерацији и Брчко дистрикту, као и у Србији и Хрватској, може се констатовати да је отказ уговора о раду у Републици Српској (и Босни и Херцеговини) регулисан у складу са међународним стандардима.

Закон о раду који уређује радне односе у Републици Српској у складу је и са начелима, критеријима и мјерилима социјалне правде. Својим рјешењима на подручју индивидуалних радних односа, закон прати међународне стандарде уређене релевантним конвенцијама Међународне организације рада.

⁴³ ЗОР Ф, чл.97.

⁴⁴ ЗОР БД, чл. 82.

⁴⁵ ЗОР Х, чл.115.

Отказ уговора о раду, који је објективно дио радног односа, социјално је непожељна појава. Право на рад и слобода рада радника афирмисани су и кроз право радника да откаже уговор о раду и не наводећи разлог за то. Послодавац је дужан поштовати отказ уговора о раду од стране радника и не може одбити прихватање отказа, нити одбити враћање докумената раднику. Коначно, послодавац не може тужити радника због недопуштености таквог отказа.

Са друге стране, послодавац који је објективно јачи у овом уговорном односу, такође има право да откаже уговор о раду, али је његово право ограничено и јасно одређено законом. Отказ уговора о раду од стране послодавца често је предмет оспоравања пред судом и, у случају када га суд поништи као незаконит, плаћају се велики износи на име накнаде штете коју је претрпио радник због незаконитог отказа. Међутим, остаје отворено питање отклањања последица нематеријалне природе које је незаконит отказ трајно оставио на радника и његову породицу.

Mr sci Vesna B. Aćić⁴⁶

TERMINATION OF THE EMPLOYMENT CONTRACT

Summary

Rights at work and related to work are regulated, realized and protected in accordance with international norms and standards. A comparative analysis of the legislation in the Republic of Srpska, Federation and Brcko District, as well as in Serbia and Croatia, lead to the conclusion that the termination of the employment contract in the Republic of Srpska (Bosnia and Herzegovina) is regulated in accordance with international standards.

Labor law, that governs labor relations in the Republic of Srpska, is also in accordance with the principles, criteria and standards of social justice. Through its solutions in the area of individual labor relations, law follows international standards regulated by the relevant conventions of the International Labour Organisation.

Termination of the employment contract, which is, objectively, a part of the employment relationship, is a socially undesirable phenomena. The right to work and freedom of workers are also established through the right of the employee to terminate the employment contract without giving a reason. The employer is obliged to respect the termination of the employment contract by the employees and he can't

⁴⁶ Vesna B. Aćić, a PhD candidate in the field of labor law and international labor law, has decades of experience in managerial and professional jobs in Electric Power Industry, in the period from 1.6.2006. to 11.8.2011. was a board member, the Executive Director of Legal Affairs, in MH "ERS" - ZP "Elektrokrajina" a.d. Banjaluka.

refuse to accept, neither he can reject to return the documents to the employee. Finally, the employer can't sue the employee for the improperness of such termination of the employment contract.

On the other hand, an employer, that is objectively a stronger side in this contractual relation, also have the right to terminate the employment contract, but his rights is limited and clearly defined by law. Termination of the employment contract by the employer is often a subject to challenge in court and, in case when the court annul that employers decision and declared it as illegal, he usually must pay a large amount in compensation of damages suffered by the employee for unlawful termination. However, the question of eliminating the consequences of the intangible nature, that the unlawful termination permanently left on a employee and his family, remains open.

Keywords: *employment, employment contract, termination of employment, termination of the employment contract.*

УПУТСТВО АУТОРИМА

Часопис „Правна ријеч“ објављује оригиналне радове и друге прилоге из правне теорије и праксе, који својим садржајем одговарају основним тематским одређењима. Радови који су већ објављени у некој другој публикацији не могу бити прихваћени и објављени у овом часопису. Радови у часопису подлијежу рецензији. Радови се категоришу у сљедеће врсте: изворни научни чланци, стручни радови из свих области права, излагања са научних и стручних скупова, прикази, искуства из судске и управне праксе и преводи.

Радови и прилози треба да испуњавају сљедеће услове:

- радови треба да буду откуцани у фонту Times New Roman, величином од 11 pt, изабрано на икони за језике Serbian (cyrilic или latin) или Croatian, одштампани у једном примјерку и уз прилог одговарајуће дискете;
- аутори треба да куцају текст писмом којим желе да се рад објави;
- рукопис треба да буде коректан у погледу граматике и стила;
- радови се не враћају;
- структура рада треба да садржи: име и презиме аутора, звање, назив установе у којој ради, наслов рада, кратак апстракт (до петнаестак редова), кључне ријечи (до десет ријечи), излагање суштине рада и закључак (до једне странице). Извори (литература) се наводе у фуснотама;
- обим рукописа је ограничен до једног ауторског табака, односно 16 картица (картица – 30 редова, 65 словних знакова);
- часопис излази два пута годишње у два или више бројева.

Рукописи за објављивање могу се достављати поштом, електронском поштом или непосредно на адресу: Редакција часописа “Правна ријеч”, Булевар Степе Степановића 77, 78000 Бања Лука.

Удружење правника Републике Српске
Веселина Маслеше 28/1
78000 Бања Лука
Телефон/факс: 051/212-320
е-mail: info@ud-pr.org

Издавач:
Удружење правника Републике Српске

За издавача:
Академик проф. др Рајко Кузмановић

Лектор и коректор:
Мр Игор Симановић

Припрема за штампу:
Нада Вуга
Драган Зељковић

Штампа:
ППГД „Комесграфика“ д.о.о. Бања Лука

За штампарију:
Звонко Савић, дипломирани правник

Тираж:
500 примјерака

Министарство просвјете и културе Републике Српске је својим Рјешењем број 6-01-4741/04 од 24.09.2004. године утврдило да је часопис „Правна ријеч“, у издању Удружења правника Републике Српске, публикација из члана 33 став 1 тачка 9 Закона о акцизама и порезу на промет, те не подлијеже опорезивању.