9 771840 027007

Број 39/2014 Година XI

ПРАВНА РИЈЕЧ

УДРУЖЕЊЕ ПРАВНИКА РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ

Број 39/2014 Година XI ISSN: 1840-0272

# ПРАВНА РИЈЕЧ

## ЧАСОПИС ЗА ПРАВНУ ТЕОРИЈУ И ПРАКСУ

БАЊА ЛУКА, 2014.

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

Часопис „Правна ријеч“ излази два пута годишње

СЈЕДИШТЕ РЕДАКЦИЈЕ ЧАСОПИСА
Ул. Веселина Маслеше бр. 28/I, Бања Лука
Телефон/факс: 051/212–320
www.udruzenjepravnika.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.

**Број 39** **Година XI**

**БАЊА ЛУКА, 2014.**

## САДРЖАЈ

## ДРЖАВНОПРАВНА ОБЛАСТ

Академик проф. др Рајко Кузмановић
СЕНАТ У УСТАВНОПРАВНОМ СИСТЕМУ
РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ .....13

Академик проф. др Снежана Савић
О ТУМАЧЕЊУ УСТАВА – *АРГУМЕНТ ПРИРОДЕ СТВАРИ* – .....21

Проф. др Миле Дмичић
МАРГИНАЛИЈЕ О БОСАНСКОХЕРЦЕГОВАЧКОЈ
ДРЖАВИ И ДРУШТВУ .....45

Проф. др Боса Ненадић
НАЧЕЛО ПОДЕЛЕ ВЛАСТИ И УСТАВНОСУДСКА КОНТРОЛА
Способним осврtом на искуство Уставног суда Србије .....65

Проф. др Маријана Пајванчић
УЧЕШЋЕ НАРОДНИХ ПОСЛАНИКА У ЗАКОНОДАВНОМ
ПОСТУПКУ – пример Закона о равноправности полова .....93

Др Александар Ђурђев
УТИЦАЈ САВЕ ТЕКЕЛИЈЕ НА РАЗВОЈ СРПСКЕ ПРАВНЕ МИСЛИ
И НАСТАНАК МОДЕРНЕ СРПСКЕ ДРЖАВНОСТИ .....107

Проф. др Владан Петров, проф. др Дарко Симовић
ЧЕТИРИ ПИТАЊА ИЗ НОВИЈЕ УСТАВНЕ ПРАКСЕ
У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ .....117

Проф. др. Владан Михајловић
ЛОКАЛНА САМОУПРАВА КАО ИЗВОРНИ ОБЛИК ДЕМОКРАТИЈЕ
ИЛИ АДМИНИСТРАТИВНЕ ДЕЦЕНТРАЛИЗАЦИЈЕ ВЛАСТИ .....129

Проф. др Драган Голијан,
Мр Станковић Д. Владан,
Суљагић Адмир
ВЛАДАВИНА ПРАВА КРОЗ ПОШТОВАЊЕ УСТАВА И ПРИМЈЕНУ ПРИНЦИПА УСТАВНОСТИ И ЗАКОНИТОСТИ ..... 147

Проф. др Милорад Ћупурдија
Жељка Вајда Халак
ПРАВНА ДРЖАВА И УСТАВНИ РАЗВОЈ ..... 159

Доц. др Игор Милинковић, прим. Биљана Мајсторовић, др мед.
ПРАВДА И ПРАВИЧНОСТ У ДИСТРИБУЦИЈИ ОРТОПЕДСКИХ СРЕДСТАВА У РЕПУБЛИЦИ СРПСКОЈ ..... 173

Доц. др Горан Марковић
ЗАКОНОДАВНА ФУНКЦИЈА НАРОДНЕ СКУПШТИНЕ РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ – *ДИЛЕМЕ И ОГРАНИЧЕЊА* ..... 191

Доц. др Слободан Орловић
НАЈВИША ПРАВНА АКТА У АУТОНОМИЈИ ВОЈВОДИНЕ ..... 209

Мр Милан Пилиповић
НЕКИ АСПЕКТИ ЗАКОНОДАВНЕ ДЕЛЕГАЦИЈЕ У ПАРЛАМЕНТАРНИМ СИСТЕМИМА ..... 243

**УПРАВНОПРАВНА ОБЛАСТ**

Проф. др Сања Данковић-Степановић,
Проф. др Добросав Миловановић
ИНСТИТУТ ПОРАВНАЊА И ПРЕКИД ПОСТУПКА ЗАШТИТЕ ТРЖИШНЕ КОНКУРЕНЦИЈЕ ОД ЗЛОУПОТРЕБЕ ДОМИНАНТНОГ ПОЛОЖАЈА ..... 263

Проф. др Зоран Исаиловић
РЕФОРМА ПОРЕСКЕ АДМИНИСТРАЦИЈЕ У СРБИЈИ ..... 275

Проф. др Младен Радивојевић
Маријана Николић
ИМПЛЕМЕНТАЦИЈОМ БАЗА ЗНАЊА И ПРИМЈЕНОМ ОНТОЛОГИЈА ДО ЕФИКАСНИЈЕ УСЛУГЕ У ПОСТУПКУ ИЗДАВАЊА ГРАЂЕВИНСКЕ ДОЗВОЛЕ ..... 293

Проф. др Милан Благојевић
ЕКСЦЕПЦИЈА НЕУСТАВНОСТИ И НЕЗАКОНИТОСТИ У УПРАВНОМ СПОРУ У РЕПУБЛИЦИ СРПСКОЈ ..... 311

Доц. др Зоран Лончар
ПРЕДМЕТ УПРАВНОСУДСКЕ КОНТРОЛЕ У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ ..... 341

Доц. др Милица Тепшић, мр Дијана Тепшић
ЕЛЕКТРОНСКА УПРАВА – ПУТ ДО МОДЕРНОГ ДРУШТВА ..... 359

Доц. др Горан Бранковић
УПРАВНОСУДСКА ПРАКСА КАО СЕКУНДАРНИ ИЗВОР ПРАВА ..... 377

Мр Зоран Филиповић
УПРАВНОПРАВНИ АСПЕКТ НАЧЕЛА СРАЗМЕРНОСТИ И ЗАШТИТЕ ЛЕГИТИМНИХ ОЧЕКИВАЊА ..... 391

**РАДНОПРАВНА ОБЛАСТ**

Проф. др Жељко Мирјанић
ЗАКОНСКО УРЕЂИВАЊЕ НОВЧАНИХ ПРИМАЊА ИЗ РАДНОГ ОДНОСА ..... 409

Проф. др Маринко Учур
РАНГ КОНВЕНЦИЈА МЕЂУНАРОДНЕ ОРГАНИЗАЦИЈЕ РАДА И ДИРЕКТИВА ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ У СИГУРНОСТИ НА РАДУ ..... 423

Доц. др Рајко Кличковић
ШТА И КАКО ТРЕБА МИЈЕЊАТИ У ЗАКОНУ О РАДУ РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ ..... 435

Др Борислав Радић
ОБЛИЦИ И РАЗВОЈ СОЦИЈАЛНОГ ДИЈАЛОГА И КОЛЕКТИВНОГ ПРЕГОВАРАЊА С АКЦЕНТОМ НА ПРАВНИ ПОРЕДАК РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ ..... 457

Мр Александра Вуковић
НАЧИНИ ЗАСНИВАЊА РАДНОГ ОДНОСА У ОПШТЕМ И ПОСЕБНОМ РЕЖИМУ РАДНИХ ОДНОСА ..... 485

**МЕЂУНАРОДНОПРАВНА ОБЛАСТ**

Проф. др Витомир Поповић
КОМПРОМИСОРНА КЛАУЗУЛА У АРБИТРАЖИ ЗА ОБЛАСТ БРЧКО..... 509

Проф. др Александар Ћирић
НАЧЕЛА СПОЉНОТРГОВИНСКОГ ЗАКОНОДАВСТВА СРБИЈЕ И НОВА ОБЕЛЕЖЈА МЕЂУНАРОДНИХ ПОСЛОВНИХ ОДНОСА ..... 521

Проф. др Радован Вукадиновић
ДИФЕРЕНЦИРАНА ИНТЕГРАЦИЈА КАО СПАСОНОСНИ МЕТОД ИНТЕГРАЦИЈЕ ИЛИ ДЕЗИНТЕГРАЦИЈЕ ЕУ ..... 541

Проф. др Душанка Ђурђев
ОДГОВОРНОСТ ВАЗДУШНОГ ПРЕВОЗИОЦА ЗА ПОСТТРАУМАТСКИ СТРЕС ..... 561

Проф. др Маја Станивуковић, проф. др Сања Ђајић
ИНВЕСТИЦИОНИ СПОРОВИ НА ОСНОВУ УГОВОРА О ЕНЕРГЕТСКОЈ ПОВЕЉИ ..... 577

Проф. др Драго Дивљак
ЕКОЛОШКА КОМПОНЕНТА СПОРАЗУМА СТО О САНИТАРНИМ И ФИТОСАНИТАРНИМ МЕРАМА ..... 603

Проф. др Сандра Фишер-Шобот
НЕКА ПИТАЊА АПСТРАКТНОГ ОДМЕРАВАЊА НАКНАДЕ ШТЕТЕ ЗБОГ ПОВРЕДЕ ОБАВЕЗЕ ИСПОРУКЕ У ПРАВУ МЕЂУНАРОДНЕ И ДОМАЋЕ ПРОДАЈЕ ..... 619

Проф. др Филип Турчиновић
ПОЧАСНИ КОНЗУЛИ У МЕЂУНАРОДНОМ ЈАВНОМ ПРАВУ ..... 633

Проф. др Предраг Цветковић
ТЕОРИЈА РЕЛАЦИОНИХ УГОВОРА: ОСНОВНЕ КАРАКТЕРИСТИКЕ ..... 641

Проф. др Златан Мешкић
др.сц. Дарко Самарџић
ДЕЈСТВО ОСНОВНИХ ПРАВА ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ У ГРАЂАНСКОПРАВНИМ ОДНОСИМА ..... 655

Доц. др Јелена Ћеранић
РЕЖИМ ПРЕВОЂЕЊА УНИТАРНОГ ПАТЕНТА : ПРОБЛЕМИ, ПРИОРИТЕТИ И ПЕРСПЕКТИВЕ ..... 671

Миралем Поробић, Адвокат, Тузла
ЕЛЕКТРОНСКИ ДОКУМЕНТ ..... 687

# ДРЖАВНОПРАВНА ОБЛАСТ

УДК 342.4(497.6)

# СЕНАТ У УСТАВНОПРАВНОМ СИСТЕМУ РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ

**Академик Рајко Кузмановић***

## 1. Уводна основа за Сенат

Организација власти и укупно управљање државом или државотворном јединицом представља и захтијева, у свим временима, висок степен знања и одговорности о свеукупности друштвених процеса и улози људи у томе. У ствари, филозофија је (*њен логос*) како управљати државом у којој ће грађани бити задовољни и која ће бити пожељно мјесто за живљење. Зато је од постанка државе и права истицано да државу морају водити мудри а не површни људи и авантуристи. Тако је грчки филозоф Платон, још у V вијеку прије нове ере, у своме дјелу *Држава*, записао да шеф државе мора бити филозоф (дакле, учен и мудар човјек), а ако то није, мора упорно учити да би постао филозоф. Уколико неће да учи, мора да напусти мјесто шефа државе.

Показало се, кроз историју, да многима који долазе на мјесто шефа државе треба помоћ, обука и државничка мудрост. Зато су потребни људи који ће моћи образовати, савјетовати и упућивати шефове држава или других територијалних јединица. Ти савјетници су углавном старији људи – школовани, мудри и искусни. У почетку (знатно прије нове ере) постојали су појединачни савјетници, а временом се у античкој Грчкој формирао посебан савјетодавни орган (*gerunt*). Развојем друштва јавила се потреба за увођењем репрезентативног тијела које није имало само савјетодавну већ и одлучујућу улогу. Тако су настала колективна тијела – сенати, који су се у неком облику и у неким државама задржали све до данашњих дана. На овим балканским просторима, током XX

* **Предсједник АНУРС-а и предсједник Удружења правника Републике Српске.**

вијека, у уставноправним системима формирани су сенати или савјети са улогом савјетодавца. И у Републици Српској установљен је Сенат као савјетодавно тијело. Основна карактеристика свих врста сената у свим временима је да су његови чланови углавном старији људи 'сиједе главе', искусни научни, политички и други јавни радници. Чланови сената (сенатори) не граде личну каријеру јер су је већ остварили у некој форми, већ дају упуте и савјете институцијама система за опште добро и за стварање здравог друштва.

## 2. Сенат и његов развој

Прапочетак институције сената као непосредног индивидуалног или колективног представљања био је *geront.* Тај појам је грчког поријекла (*Gėrōn*) и представља доживотно изабраног савјетника појединца или, у једном периоду, уже колективно савјетодавно тијело владара. *Геронт* је у античкој Грчкој необавезни вид именовања савјетника владара и трајао је све до појаве скупштине (*еклезије*). Када се старогрчка цивилизација поприлично иживјела, нестале су институције *геронт* и еклезије, а настали су нешто модернији облици јавног управљања (сенати), нарочито у вријеме римске цивилизације на Апенинском полуострву.

Римска цивилизација изградила је двије непревазиђене државноправне институције: римско право и римски сенат. Римско право наслања се на грчку филозофију, а римски сенат на грчки *геронт* и *еклезију*.

Једна од најстаријих установа непосредног представљања као нека врста парламентарног дома јесте сенат. Његова домовина је староримска држава. И сам појам сенат (*senatus*) латинског је поријекла, а етимолошки потиче од ријечи *senex* или *senior.* У Риму је, поред императора, сенат био најзначајнији државни орган. Римски сенат бирали су грађани у неким фазама постојања Републике, а иначе их је именовао император. За избор у римски сенат, као и у грчки *геронт*, битни критеријуми били су знање, мудрост и сениорност (временска и животна зрелост). Зато се сенат често, у пракси па и у теорији, назива „скупштином стараца" или „сабором мудраца".

Пропашћу модерног Римског царства нестао је и сенат као важно државно тијело. Друштво се атомизирало и трансформисало у регресивни поредак познат као феудализам (средњи вијек). Више вијекова

није било скупштина, сената или било којег другог управљачког или савјетодавног тијела. У најбољем случају, уз феудалног господара (кнеза, цара, краља, деспота, султана, жупана, војводу и сл.) јављала су се нека патуљаста тијела, као што су савјети или вијећа, чији су ставови били необавезни. Послије више вијекова, у предвечерје наступајућег грађанског друштва, јавиле су се тзв. сталешке скупштине и сабори, као колективна и повремена тијела која се не сазивају и по 50 и више година.

Грађанске револуције и покрети за стварање бољег и праведнијег поретка стављају у историју феудални поредак и његове институције, као нпр. сталешке скупштине, саборе и друге видове форме управљања. На сцену управљања долазе грађани и институције. Тако се уз шефа државе установљују парламенти, махом са два дома. Први је грађански (изборни) дом, који се често назива представнички, доњи или основни дом. Други је струковни, именовани дом, који се назива сенатом, горњим домом, домом народа, федералним домом и сл.

У ствари, грађански поредак преузима у новој форми грчку *еклезију* (скупштину) као главни доњи дом и римски сенат као горњи или струковни дом.

Очигледно је да је у модерним и савременим државама сенат парламентарни дом, и то по правилу горњи њом. Његове чланове углавном именује шеф државе, било на одређени мандат, било доживотно. Сенат је, по правилу, конзервативан дом и има мање овлашћења – надлежности од представничког дома.

Прва држава која је имала сенат као парламентарни дом је САД. Наиме, Уставом САД-а из 1787. установљен је систем подјеле власти на законодавну, извршну и судску. Законодавну власт представља парламент назван Конгресом, са два дома – Представничким домом са 435 конгресмена и Сенатом са 100 сенатора.

Поред САД-а, већина европских држава уставом уводи сенат као парламентарни дом, као нпр. Француска, Велика Британија, нордијске земље, па и Србија 1901. и Краљевина Југославија 1931. године. У савременим околностима развоја друштвене инфраструктуре, термин сенат се, поред парламента и савјетодавних тијела у држави, јавља и у институцијама и организацијама, као што су нпр. универзитети, удружења, градови, академије и сл. Занимљива је појава савјетодавног тијела које се не зове сенат, већ „Савјет федерације“. Такав савјет установљен је Уставом СФРЈ из 1974. године, а сачињавали су га угледни

људи из науке и политике. Савјет је именовало Предсједништво СФРЈ, у складу са чланом 332 Устава СФРЈ из 1974. године.

## 3. Утемељење и задаци Сената Републике Српске

Значајно је питање да ли су сенати уопште, па и Сенат Републике Српске, политичка тијела. Ако се, са историјског становишта, погледа настанак и развој институције сената, јасно се уочава да се сенати формирају као савјетодавна и парламентарна тијела. Имајући у виду начин избора, дјелокруг рада и обавезност ставова и одлука сената, лако се може закључити да су сенати који се јављају као парламентарни домови политичка тијела, јер су дио законодавне власти и њихове одлуке су обавезне (закони и разне одлуке и рјешења). Насупрот томе, сенати као институције савјетодавног типа нису политичка тијела, јер су њихове препоруке и мишљења факултативне нарави, па их највиши органи (парламент, шеф државе и влада) могу, а и не морају прихватити. С друге стране, у сенат савјетодавног типа не именују се људи који су политички (страначки) подобни, већ они који су искусни, мудри, стабилни и који заиста могу дати корисне и проводљиве приједлоге или мишљења. Сенат Републике Српске није политичко тијело, већ ауторитативно савјетодавно тијело.

Сенат Републике Српске установљен је уставним амандманом педесет и три (LIII) 1996. године („Службени гласник Републике Српске“, број 16/96). Након усвајања амандмана, Народна скупштина Републике Српске донијела је Закон о Сенату и објавила га у „Службеном гласнику РС“, број 8/97. Тако је створен уставноправни основ да се Сенат конституише и стави у функцију.

Зашто је накнадно (1996), а не приликом доношења Устава (1992), у политички систем Републике Српске уведен Сенат и зашто је уопште уведен? Уставноправна теорија има објашњење за то. Устав Републике Српске донесен је у веома кратком периоду од само четрдесет дана од установљења Републике (Република је установљена 9. јануара, а Устав усвојен 28. фебруара 1992. године) у условима ни рата ни мира, када је међународна заједница агресивном политиком допринијела разбијању Југославије. Створене су мале сателитске државе и то по националним критеријумима. Српски народ у БиХ нашао се у изолацији и од већинских политичких фактора и народа стављен у положај национал-

не мањине. Зато се у првом реду мислило на очување властитог идентитета и формирање класичних полуга власти (Народне скупштине, предсједника Републике, Владе, судског система и др.), а мање на неке савјетодавне и функционалне институције као што је нпр. Сенат.

По завршетку несрећног грађанског рата и доношењем Дејтонског споразума, посебно Анекса IV – Устава БиХ, према коме Република Српска гради свој специфични државноправни положај ентитетског типа са највишим степеном аутономије, било је потребно да се поред класичних државотворних институција установи институција савјетодавног типа, и то као Сенат који има свој историјски значај и провјерену савјетодавну функцију. Младој Републици Српској, која је Дејтонским споразумом стављена у специфичну ситуацију, требали су савјети и мишљења о свим битним друштвеним питањима, које је према општем схватању могао да дâ Сенат.

Законом о Сенату Републике Српске (1997) и Законом о измјенама и допунама Закона о Сенату Републике Српске (2010) утврђене су његове надлежности, односно питања која су посебно значајна за политички, национални, економски и културни развој Републике, као што су: „1. уставноправни положај Републике Српске и спољнополитичка питања у складу са суверенитетом и територијалним интегритетом Босне и Херцеговине, 2. доношење измјена Устава Републике Српске и нацрта системских закона, 3. питања рада институција Босне и Херцеговине у вези са статусним питањима Републике, као и питања односа између ентитета у Босни и Херцеговини, 4. развојна и привредна питања Републике Српске, 5. питања избјеглица, расељених лица и повратника, 6. питања која се односе на права Републике Српске, на специјалне и паралелне односе са сусједним државама, као и питања развоја односа са исељеништвом широм свијета, 7. и друга важна питања од значаја за Републику Српску и њене народе и грађане“ (члан 3 Закона). Поред Законом утврђених надлежности и питања, Сенат је дужан да расправља и даје мишљење и о питањима која му упуте предсједник Републике, Народна скупштина и Влада РС и да о томе обавијести институцију која је тражила мишљење.

Чланове Сената именује предсједник Републике „из реда истакнутих личности из јавног, научног и културног живота, који имају јавни углед и искуство стечено знањем, звањем и дјеловањем“. Сенаторски мандат траје седам година, а сенатор може да буде реизабран још један узастопни мандат.

Именовање сенатора свагдје у свијету врши шеф државе, а у знатно мањем броју случајева сенаторе именује државни парламент или парламент држава чланица (САД). У неким државама, као на примјер у Великој Британији, чланови Дома лордова имају улогу и статус сенатора, а Дом лордова улогу сената. Члан Дома лордова може се постати и по аутоматизму. Грађанин који добије титулу лорда, војводе и сл. аутоматски постаје доживотни члан Дома лордова. Тако се у Великој Британији број чланова Дома лордова умножио и званично изоси око 1.200, од којих је свега око 200 активно. Покушаји реформе овог дома пропали су неколико пута.

Међутим, није бројност искључиво везана за Велику Британију, јер се зна да је у једном периоду у Риму, за вријеме имератора Суле, било 600 сенатора, а за вријеме Цезара чак 900.

## 4. Конституисање и рад Сената

Услови за рад Сената испуњени су доношењем уставног амандмана (1996) о увођењу Сената у политички систем Републике Српске, доношењем Закона о Сенату (1997) и именовањем натполовичног броја сенатора (на почетку 1998).

Уставом и Законом утврђено је да Сенат може бројати до 55 чланова, а може почети да ради када предсједник Републике именује више од половине чланова Сената. Предсједник је на почетку 1998. године именовао 32 члана Сената, чиме су у цјелини створени услови за рад овог тијела.

Предсједник Републике је по положају члан Сената и остаје његов члан и по истеку предсједничког мандата. Он сазива Сенат и предсједава му. Чланови Сената уживају имунитет као и народни посланици. У случајевима прописаним Уставом и Законом, Сенат може одузети имунитет свом члану.

Сенат је конституисан и почео је да ради у мају 2008. године. Данас је Сенат у другом мандату. У првом мандату имао је нешто успорен темпо рада, али је зато у другом мандату знатно активнији, па је на примјер одржано 12 засједања и више групних и појединачних договора и препорука.

Најчешће, расправе су вођене, а потом и дате препоруке, о уставноправном и економско-социјалном положају Републике Српске.

Посебан предмет расправе била је промјена Устава БиХ (Анекс IV Дејтонског мировног споразума) и Устава Републике Српске. Наиме, Уставом БиХ утврђене су надлежности БиХ – њених институција и надлежности ентитета, Републике Српске и Федерације Босне и Херцеговине. У практичној примјени Устава дошло је до убрзане ерозије надлежности ентитета у корист институција БиХ. Не би било проблема да су надлежности ентитета преношене у складу са Уставом (члан 3, тачка 5-а) по коме се могу пренијети неке надлежности са ентитета на институције БиХ уколико се о томе сложе ентитети (сагласност скупштина). Међутим, високи представник заобилазио је Устав и нелегално и неуставно доносио законе (па чак и мијењао Устав), по којима је преносио надлежност на ниво БиХ.

Сенат је расправљао о томе 2001, 2004, 2008. и упутио своје мишљење Народној скупштини. Мишљење се у основи састојало у томе да се мора затражити укидање тзв. бонских овлашћења, која су дата високом представнику. Затим, да се затражи враћање доношења одлука у уставни систем, те да се свако питање које постави високи представник размотри и, уколико је оно у правним оквирима, да се прихвати, а уколико је политичке и вануставне природе да се одбије и да се не објављује у службеном гласилу. Сенат је о наведеним питањима упутио своја мишљења предсједнику Републике и Народној скупштини. Народна скупштина усвојила је Декларацију о евентуалним уставним промјенама. Од 2007. значајно је опао утицај високог представника и напросто је заустављен у доношењу неуставних аката.

Сенат је такође расправљао и дао мишљење о економско-социјалним питањима и проблемима изазваним свјетском економском кризом. Сенат је и о овом питању дао препоруке Влади и Народној скупштини и низ мјера које је такође усвојила Народна скупштина. Треће важно питање о коме је Сенат дао мишљење највишим институцијама РС јесте бржа и активнија сарадња са Србијом у оквиру успостављања специјалних паралелних односа у складу са Уставом БиХ (члан 3, тачка 2-а). То се нарочито односи на економско-социјална и друга питања од интереса за грађане. На бази те препоруке установљени су динамичнији односи на релацији двију влада.

Сенат се у овом другом мандату (2008–2015) знатно активирао, расправљао и давао мишљења о десетак важних питања.

## 5. Закључни став

Новија уставнопрана теорија дефинише и афирмише мјесто и улогу сената у политичким системима савремених држава. Јављају се двије стандардне могућности постојања и дјеловања сената. Прва је да се сенат именује (или бира) као парламентарни (горњи) дом, што је појава још од старог Рима, а посебно афирмисан почетком грађанског друштва (САД, земље Бенелукса, али и земље Балкана). Друга могућност је да се сенат именује као савјетодавно (а не парламентарно) тијело, што је такође доста распрострањено.

Република Српска се одлучила да има Сенат као савјетодавно тијело највиших уставних институција. Занимљиво је да је Краљевина Југославија имала Сенат као парламентарно тијело, а Социјалистичка Југославија Савјет федерације као савјетодавно тијело. Данас ни једна држава, настала на тлу Југославије, нема сенат, ни као парламентарно ни као савјетодавно тијело. Република Српска наставља одговарајући континуитет претходних југословенских држава, али и других постојећих и минулих држава, да има сенат.

## *Conclusion*

*More recent Constitutional law theory defines and affirms the place and role of the Senate in political systems of modern states. There are two standard options of existence and acting of the Senate. The first provides for appointment of the Senate as a Parliamentary (upper) house, a custom rooted in Roman tradition, particularly promoted at the beginnings of the civil society (the USA, Benelux, but also the Balkan states). The second option anticipates appointing the Senate as an advisory (and not parliamentary) body, also extensively applied.*

*Republic of Srpska has opted for the Senate as an advisory body of the higher Constitutional institutions. It is interesting to note that the Kingdom of Yugoslavia constituted the Senate as a parliamentary body, and Socialist Yugoslavia constituted the Senate as an advisory body. Today, neither of the ex-Yugoslav Republics has the Senate, either as a parliamentary or as an advisory body. Republic of Srpska follows the footsteps of previous Yugoslav Republics, and other existing and past states that have constituted the Senate.*

УДК 342.4

# О ТУМАЧЕЊУ УСТАВА

## *– АРГУМЕНТ ПРИРОДЕ СТВАРИ –*

**Академик проф. др Снежана Савић***

***Апстракт:*** *У раду је ријеч о тумачењу устава помоћу аргумента природе ствари. С обзиром на чињеницу да је устав највиши правни акт и темељ цјелокупног правног поретка, тумачење устава је једна веома сложена и специфична врста тумачења права уопште. Ово посебно долази до изражаја у пракси уставних судова који су чувари устава и чије одлуке веома често утичу на креирање правног поретка као цјелине. Са друге стране, природа ствари је један, у правној теорији и филозофији права, веома сложен и контроверзан појам. О њему је релативно мало писано, и са теоријског али и са практичног аспекта. У раду се поставља питање: да ли аргумент природе ствари, и у ком обиму, може бити основ (средство) за тумачење устава, посебно са аспекта праксе уставних судова. Кроз анализу теоријскоправних ставова, али и праксе уставних судова покушава се пронаћи одговор на ово сложено и значајно питање.*

***Кључне ријечи:*** *тумачење права, устав, тумачење устава, природа ствари, уставни суд, теорија права, филозофија права, уставност, законитост.*

Тумачење или херменеутика (гр. hermeneuein, hermeneus, hermeneia – изрећи, изразити, објаснити, разложити) представља начин или поступак који се користи да се нешто (нејасно) учини јасним, разумљивим и схватљивим. Сматра се да ово значење, употреба и име херменеутике потиче још из грчке митологије.[1] У нововјековном раздобљу европске

* **Потпредсједник Уставног суда Републике Српске**

[1] Г. Вукадиновић – Р. Степанов, *Теорија државе и права*, Нови Сад, 2003, стр. 399, истичу да је најмлађи од дванаест олимпијских богова – Хермес, био гласник и посредник између богова и

историје херменеутика се јавља као ознака за вјештину разумијевања или тумачења старих текстова. Током свог даљег развоја херменеутика не означава само практичну вјештину тумачења старих текстова и неких правила, већ све више представља чисто теоријску дисциплину која далеко превазилази оквире и потребе практичног тумачења античких текстова и свих језичких производа и сеже у саму суштину филозофске проблематике, у темеље духовних дисциплина, у саму бит човјека.

Разумијевање чини суштину односа између људи и човјековог односа према свему постојећем. Тумачењу претходи разумијевање, јер нешто можемо протумачити или појмити тек пошто смо га разумјели. Према томе, тумачење и поимање су изведени моменти разумијевања, они слиједе, потичу из разумијевања. Управо из тих разлога, поједини теоретичари херменеутике означили су разумијевање као прафеномен. Тако, ако је ријеч о разумијевању комплекснијих творевина, онда је разумијевање процес који неспорно укључује тумачење и поимање. Тако је херменеутика, најједноставније речено, теорија разумијевања.

На другој страни, тумачење права (правна херменеутика) представља само једну подврсту ове сложене појаве. Тумачење права представља само једну подврсту тумачења знакова уопште и најједноставније се може одредити као утврђивање тачног (или правог) значења (смисла) правних норми. Право се, као психичка творевина, не може сазнати без тумачења „јер оно као такво и не постоји у реалном свијету уколико није претворено у материјалну појаву“.[2] У том смислу, тумачење права се, као и свако тумачење уопште, јавља као свакодневна дјелатност сваког ко има посла с правним нормама, а поготово правника и то као готово непримјетна дјелатност.

Сложеност и важност тумачења права произлази из чињенице да постоје три могућа значења, па тиме и садржаја норме: прво је оно значење које норми придаје њен стваралац, друго је значење оно које норма има по самим употребљеним знацима и треће значење је оно значење које јој придаје тумач норме. Било би идеално да се сва три значења поклопе и да буду истовјетна, али то је ријетко случај. Због тога је тумачење права у процесу примјене права стварањем права изузетно значајна дјелатност јер од правилног тумачења права зависи и његова правилна примјена.

---

људи, преносилац и тумач воље богова. Отуда, херменеутика означава посредовање, семантички амбијент (ону) средину у којој се конституишу значења свега неразумљивог, а синтагма hermeneutike tehne означавала би вјештину објашњавања, тумачења.

[2] Р. Д. Лукић – Б. Кошутић, *Увод у право,* Београд, 2004, стр. 394.

Често се истиче да тумачење права није само репродуктивна дјелатност, односно да је оно увијек и стваралачка дјелатност. "Истина, постоји један значењски оквир правне норме који је тумачу углавном јасан и наметнут, тумач не сме излазити изван тог оквира, тј. он не сме одлучивати contra legem – против прописа. Међутим, унутар тога оквира норма редовно остаје више или мање неодређена, нејасна, вишезначна, а тиме и недовршена, и на основу те околности, адресати – тумачи имају слободу (коју им ниједан нормотворац заправо не може одузети – иако је више пута у историји права било покушаја забране стваралачког тумачења) да правну норму конкретизују, да је достварују у сусрету са конкретним правним односима, тј. да одлучују praeter legem – уз пропис."[3]

Сматра се да је то она значајна спознаја до које су дошли социолози позитивисти из интересне јуриспруденције и школе слободног права када су утврдили да свака општа правна норма садржи техничке празнине, „а наговестио ју је и Т. Аквински поставком о примени природних норми per modum determinationis и потом потврдио Х. Келзен ставом да је свака примена правне норме истовремено и стварање правне норме"[4]. Са друге стране, догматски позитивисти су „наивно веровали, или су се само правили да верују, како је норма потпуно јасно изражена воља законодавца и како је чин примене норме једна пасивна vox legis која ту вољу механичко-силогистички примењује на конкретне односе"[5].

Из напријед наведеног видљиво је да је тумачење права једна веома сложена људска дјелатност. Међутим, оно има посебан значај приликом тумачења устава, односно оцјењивања уставности и законитости општих правних аката мање правне снаге од устава и закона, што је над-

[3] Р. Степанов – Љ. Деспотовић, *Увод у јуриспруденцију – Основни појмови систематике, теорије и социологије права*, Нови Сад, 2004, стр. 122.

[4] Исто.

[5] Исто, при чему је потребно истаћи да школа интересне јуриспруденције, која се развила у Њемачкој крајем XIX вијека, слиједећи идеје Р. Јеринга, представља у извјесном смислу средње рјешење између механичке јуриспруденције и школе слободног права. Присталице ове школе су сматрале да је интересна јуриспруденција ситуација у којој је тумач везан објективним значењем текста норме, али у оквиру различитих значења норме, тј. када постоји неодређено или нејасно значење норме, тумач право значење норме одређује, не само језичким и логичким средствима већ, прије свега, руководећи се друштвеним циљем односно функцијом норме. При томе, тумач се руководи заштитом оних интереса и друштвених вриједности којима је законодавац дао примат. Са друге стране, присталице школе слободног права тврдиле су да правни систем није логички затворен, нити је примјена права појмовно-логичка операција. Судска одлука, по њиховом мишљењу, не почива само и једино на логичким него на интуитивним поступцима, на правном осјећају. Правни осјећај је, дакле, извор права.

лежност уставних судова. Управо о овој проблематици биће ријечи у овом раду.

Како се чини, тумачење уставних одредаба, могло би се свести под уобичајене интерпретације, тј. тумачења. Међутим, сматра се да би „једину тешкоћу задавала чињеница да уз устав, као хијерархијски највиши акт, не постоји неки други виши акт из којега бисмо могли црпсти садржајне и формалне одреднице за тумачење. Али управо због тога, као и због нарави уставних одредаба, тумачење устава изискује посебан приступ“[6]. У том смислу могли бисмо навести неколико примјера. Предсједник Врховног суда Сједињених америчких држава Роџер Танеј, у случају Dred Scott из 1857. Године, изнио је став да „Устав не говори само речима, него и с истим значењем и сврхом којим је говорио када је потекао из руку својих твораца и када га је народ Сједињених Држава изгласао и прихватио. Свако друго правило тумачења укинуло би судски карактер овог суда и учинило га пуким одбљеском народног мњења или страсти дана.“ Такође, судија Џорџ Сатерленд, у случају Home Building and Loan Assn.v. Blaisdell из 1937. године, истиче: „Значење Устава не може да се мења с плимом и осеком економских збивања... Устав има значење каквим га је народ начинио, све док га сам народ, а не његови службени заступници, не учини другачијим“. На другој страни, Џон Маршал, 1819. године, истиче да „никад не смемо да заборавимо да је оно што ми тумачимо (...) Устав, замишљен да истраје у годинама које долазе и да, сходно томе, буде прилагођен различитим кризама људских ствари“.

Сматра се да је најдаље у тумачењу устава отишао судија Оливер Холмс када је упозоравао да „одредбе Устава нису математичке формуле које имају суштину у својој форми; оне су живе органске установе које су пресађене с енглеског тла, њихово значење не треба да се изведе узимањем речи и речника, већ разматрањем њиховог порекла и линије њиховог раста“, или „Случај пред нама мора да се разматра у светлости целокупног искуства, а не само на основу онога што је речено пре сто година“. Или пак, став судије Бенџамена Кардоза који је рекао: „Устав не изражава, или не треба да изражава, правила за време које пролази, него начела за будућност“.[7]

[6] D.Vrban, *Država i pravo*, Zagreb, 2003, стр. 457.

[7] Р. Степанов – Љ. Деспотовић, цит. дј. , стр. 137–138, при чему се наводи дј. Р. Васић – К. Чавошки, *Увод у право II*, Београд, 1997, стр. 279–280.

Поједини аутори истичу да постоји неколико карактеристика тумачења устава као посебног нормативног акта. То су:

1. оцјена (одмјеравање) начела и основних вриједности као специфична правна техника,

2. приоритет начела праведности и начела правне сигурности,

3. екстензивно (проширено) тумачење оних одредаба које се односе на људска права и слободе, а то значи да се тежи ка томе да се ограничења права и слобода сведу на најмању могућу мјеру (in dubio pro libertate) и

4. позивање на природу ствари као ванзаконски правни извор.[8]

Поред овога, треба истаћи да данас више није спорно да су при уставној интерпретацији од великог значаја и достигнућа правне теорије, посебно уставноправне науке.[9] Надаље, осим науке, потребно је водити рачуна и о општедруштвеној сагласности (консензусу) у погледу уставних питања. Нема сумње да се и класична правила тумачења права као што су језичко, логичко, систематско, историјско и телеолошко тумачење могу и требају употријебити при тумачењу уставних норми. Међутим, телеолошко (циљно) и систематско тумачење требало би издвојити као посебно погодна и значајна за овакву врсту тумачења.

Код нас, као и у многим другим модерним државама, за тумачење Устава, које има обавезујући карактер – erga omnes, поред његовог доносиоца, овлаштен је и Уставни суд.[10] Како је већ наведено, поред свих релевантних средстава за тумачење устава која се при томе користе, посебно је комплексно питање тумачење устава према аргументу природе ствари. При овоме се, наравно, као основно, поставља питање: могу ли

[8] V. F. Müller, *Juristische Methodik,* 7, Berlin, 1997, стр. 104–109, цит. по Д. Врабан, исто, стр. 458.

[9] Г. Гершић, *Енциклопедија права,* Београд, 2011, стр. 231 истиче да "правна наука за позитивно право има тројако значење и задатак: а) да тумачи право, узевши ту реч у њеном ширем смислу (у коме обухвата и аналогију), чиме она стаје непосредно у службу правне примене; б) да садржину права доведе и сведе у ону научну форму која јој одговара, а то је форма система, и в) да посредује у разумевању његове егзистенције и деловања, и разумевању његовог, по времену и простору, различитог облика и развоја (историјска и упоредно правна наука)". Свакако, дакле, правна наука, поред чисто теоријског задатка и циља, има практични задатак да својим радом и тумачењем унапређује саму примену права, да суделује при стварању и развијању новог позитивног права.

[10] О овоме шире в. Б. Ненадић, *Уставни суд Србије од „негативног" ка „позитивном" законодавцу*, Правна ријеч, 35/2013, стр. 79–105, гдје се, додуше, наводи нешто другачије мишљење по коме: „Оно што се неспорно може констатовати, јесте чињеница да Уставни суд у савременој Србији више не функционише само као „негативни законодавац". Поуздано се може устврдити да Уставни суд почиње да стиче реалну моћ трансформисања законодавне власти, те да у вршењу појединих облика уставног надзора дела и попут „позитивног законодавца".

уставни судови при тумачењу устава користити аргумент природе ствари и, ако могу, у ком обиму?

О појму „природе ствари“ (лат. rerum natura; грч. physei dikaion; њем. Natur der Sache; фр. nature des choses, тал. natura delle cose, шпан. naturaleza de cosas, енг. nature of things) често се расправљало у правној науци, посебно у њемачкој литератури, „а да се није дошло до коначних и утемељених закључака. Чак и они писци који признају улогу ′природе ствари′ као аргумента или као извора права, истичу да није могуће дати једну задовољавајућу дефиницију тога појма“[11]. Наиме, „готово свака дискусија о природи ствари задире дубоко у темељна питања филозофије права; ради се о односу Битка и Требања, збиље и вриједности, материјалнога и духовног бивства. Ако се, међутим, природа ствари појми првенствено као помоћ за оријентацију законодавцу и органу непосредне примјене, тј. суцу, тада се проблемски задржавамо само на разини емпирије, па се утолико прије као безувјетан намеће шири приступ у покушају фундаменталног одређења природе ствари“[12].

Сматра се да мисао о природи ствари потиче из римске филозофије и јуриспруденције (Лукреције, Цицерон), а преузимају је Дигеста и хришћанска правна доктрина, тј. Тома Аквински. У новом вијеку ту идеју истиче Монтескије а затим и неки други аутори који напуштају природноправну традицију. За њих, попут Савињија, „природа ствари служи као коректив строго легалистичко-хисторијском типу правног мишљења који је превладавао у француској школи егзегезе. Тако многи правни теоретичари, од Монтескијеа надаље, истичу да се право ствара овисно о природним и друштвеним чињеницама“[13]. Иако савремена схватања природе ствари напуштају јуснатуралистичке концепције, ипак се задржава идеја заданости, извођења закључака из самих појава и чињеница које чине збиљски свијет, дакле, спознаје која не извире из позитивног нормативног поретка („здрав разум“).

У досадашњој правној науци на нашим просторима природа ствари је углавном разматрана спорадично. Наиме, сматра се да се о природи ствари писало углавном успутно, приликом разматрања других

[11] D. Vrban, исто, стр. 351, при чему аутор примјећује да А. Кауфман констатује да се код природе ствари сусрећу „Sein“ и „Sollen“ те да тај појам означава спајање вриједносних судова и збиље. Као такав, он је и примјер аналошког мишљења.

[12] N. Juras, *O prirodi stvari*, ZRPFS, XVII, 1980, стр. 360.

[13] D.Vrban, исто.

питања. Тако се нпр. могу навести радови Г. Гершића,[14] Т. Живановића,[15] Е. Сладовића,[16] М. Вуковића,[17] А. Перенича,[18] Б. Перића[19] и И. Крбека.[20] У новије вријеме о природи ствари писали су, односно говорили Р. Д. Лукић, С. Врачар, Н. Висковић, Г. Вукадиновић, Р. Степанов, Љ. Деспотовић, В. Миличић, Д. Врбан, З. Покровац и Н. Јурас.[21]

Природа ствари се често схвата као „спознаја и знање о збиљским правилностима, закономјерностима, мјерилима–захтјевима, реду – поретку природе (било ње саме, било човјекове, било по човјеку творене), илити, о редовном, уобичајеном, предвидивом, очекиваном, у односу на неке појаве–догађања, нека дјеловања (недјеловања), нека схваћања, ставове, неке осјећаје итд. Ове спознаје и знања могу бити успостављене (оправдане) путем знаности, обичаја, религије, ћудорећа, културе, права, политике, господарства итд“[22].

Тако нпр. Н. Висковић под природом ствари подразумијева „... једно од објективно могућих својстава одређеног друштвеног односа које је функционално за интересе одређене друштвене скупине, па је као такво у тој скупини позитивно вредновано, тј. схваћено као друштвено принудно, те потврђено или предложено да се потврди у једном

[14] Г. Гершић, цит. дј.

[15] Т. Живановић, *Систем синтетичке правне филозофије*, Београд, 1959, стр. 144.

[16] E.Sladović, *Encikolopedija prava*, Zagreb, 1939, који истиче „Но сами односи живота, који су по себи различити, садржавају у себи нацрт, по којима их ваља правно формулирати а то значи да се правна формација одређеног односа не смије противити његовој нарави; тако се не може према садашњем стању ствари питање зајма нормирати тако да зајмопримац не мора повратити квалитет и квантитет позајмљене ствари, јер би се то противило нарави зајма“ (стр. 286).

[17] M.Vuković, *Priroda stvari. Prilog nauci o primjeni građanskog prava*, ZPF u Zagrebu, 3–4/1957, гдје аутор о природи ствари пише као о једном од критерија за рјешавање атипичних случајева у производним односима који заслужује посебну пажњу управо зато што је супротан преудешавању стварности према унапријед постављеним мјерилима (стр. 292).

[18] A.Perenič, *Narava stvari v sodobni filozofiji prava,* Pravnik, Ljubljana, 10–12/1927, гдје се природа ствари дефинише као сусидијарни извор права или интерпретацијско средство. При овоме се наводи да је природа ствари средишњи проблем правне онтологије (стр. 377–379).

[19] B.Perić, *Struktura prava,* Zagreb, 1974, гдје се природа ствари дефинише као „скуп етичких, искуствених и практичних императива, који фунгира ипак као извор права, па рационално надопуњује, усавршава, надомјешта или коригира правне прописе“ (стр. 190).

[20] I. Krbek, *Prilog teoriji o pojmu prava*, Rad JAZU, 288, Zagreb, 1952, гдје се истиче да „природа ствари (...) значи у првом реду природни разум, али даље се под тим обухваћају и различити други метајуридички фактори који дјелују на суца у недостатку формалног правног врела, као правичност, социјално схваћање итд. Природа ствари је врло широк и неодређен плашт, који може покрити најразличније метајуридичке моменте и дати им привидни лик формалног врела“ (стр. 76).

[21] Њихови радови цитирани су приликом израде овог реферата.

[22] V. Miličić, *Opća teorija prava i države*, Zagreb, 1999.

нормативном правном садржају. При томе, јасно је, може бити позитивно вреднована или сматрана природом ствари и могућност односа која није објективно најповољнија за ту скупину“[23]. Н. Јурас пак каже да је израз природа ствари „вишезначан и контекстуално. Опћенито он значи примјерно стварности, па стога (дакако у релацијама одређених епоха) и синоним за исправно, праведно, правично, bonum et aequum. Најчешће има исто значење као и исправно право (R. Stammler), дато-стима случаја примјерно које у најширем смислу утјеловљује правду (K. Spiro). Уобичајено се природа ствари ипак схваћа уже, означавајући један посебан начин одређења исправнога и умног. Оно што је исправно и умно не налази се у разуму или моралу, већ у оном што је претходно дато, у уређеној стварности самој. Постојеће, дакле, није само објект правног регулирања, већ оно што би требало да одређује садржај правне норме“[24].

Аргумент природе ствари, који служи и као извор права, почи-ва, дакле, на неком претпостављеном смислу или општеприхваћеном значењу појава које су предмет правног регулисања. Неријетко се такво закључивање веже и за идеју „правичности“. За грађанскоправне односе тај је критериј важан за утврђивање одговорности („редовна“ или „при-родна“ употреба). Нпр. да се дијете након развода брака треба повјерити мајци, одговара схваћању по „природи ствари“. Аргумент природе ства-ри представља аргумент којим се доказује да је одређено значење неке правне норме исправно или исправније због тога јер је сагласно правил-ностима постојања или функционисања која чине саму природу објекта, ситуације или неког друштвеног односа.[25]

Међутим, чињеница да природу ствари успоставља морал, обичај, наука, религија и сл. није довољан и оправдан разлог за свођење природе ствари на морал, обичај, науку, религију итд. Исто тако, директна или пак индиректна повезаност природе ствари са чињеницама у праву, са тзв. правном природом – са појединим догматским обиљежјима, догматским одредницама поретка права, са правичношћу или са појединим другим вриједносним начелима у праву, са обичајима, са правном сигурношћу, са тзв. правним стандардима, са тзв. стеченим правима, са тзв. праз-нинама у праву, итд. није довољан и оправдан разлог свођења или пак

[23] N. Visković, *O prirodi stvari,* ZRPFS, XVII, 1980, стр. 359.

[24] N. Juras, цит. дј., стр. 361.

[25] N. Visković, *Teorija države i prava* , Zagreb, 2001, стр. 257, иако исти аутор, у *О природи ствари*, стр. 356, истиче да је ова идеја присутна и у уставном, међународном, кривичном и другим правним дисциплинама.

изједначавања природе ствари са чињеницама у праву, са правичношћу, са правном сигурношћу, са правним стандардима, са једним интерпретативним стандардом.

Свакако, у природи ствари постоји неки вриједносни садржај, неки смисао „коријењен у збиљи (у социолошкој саставници права), те природа ствари стога, према датим одредницама и као тзв. материјални извор права, унутар себе сједињује бројне могућности збиљских вриједности/невриједности. Она би, унутар социолошке саставнице тзв. материјалних извора права, требала бити оно што су начела у праву унутар вриједности у праву, дакле својеврсно сажимање, итд.“[26]

По мишљењу аутора који су се бавили природом ствари,[27]природа ствари може бити и јесте, у датом времену и простору, мјеродавна, кључна основа у одлучивању у праву, како у стварању тако и у примјени права, дакле у одлучивању на нивоу општег, односно појединачног правног акта или у одлучивању на нивоу опште, односно појединачне правне норме. “Уколико је природа ствари предложак творби права... утолико она представља збиљско-вриједносно осадржење увјета, претпоставке, хипотезе правног правила, дакле, чини телос, ratio правног правила... С друге пак стране, уколико је природа ствари предложак у остварењу права, тада је она, својим подријетлом, осадржењем, дакле, својим смислом и досегом, драгоцијен аргумент, разлог у интерпретацији права, у збиљској проведби права, у творби појединачног правног прописника.“[28]

Ако говоримо о улози природе ствари у примјени права онда можемо рећи да се аргумент природе ствари, као врста тумачења права, примјењује у свим правним подручјима. Тако се, на примјер, у кривичном праву „просуђује да противправно нападнута особа којој не може помоћи правна власт може (сме), по природи ствари самоодржања, силом одговорити на напад и сразмерно јачини напада (тзв. нужна одбрана)“[29]. Такође, на природу ствари се често позивамо и у имовинскоправним односима, гдје материјални објекти (роба) имају своје доста чврсте структуре и својства употребљивости и трајања за која се сматра

[26] V. Miličić, цит. дј., стр. 148.

[27] V. Miličić, цит. дј., стр. 148, истиче да су проблем природе ствари, њена неодређена објашњења, вишеструки пријепори о природи ствари итд. дуго предметом расправа угледних, иако не бројних аутора у знаности о праву, особито унутар учења о тзв. природном праву.

[28] Исто, стр. 148–149, при чему аутор наводи да је нпр. недопустиво, по природи ствари, да особе супротног пола буду притворене или затворене у истој просторији. Разлог, смисао, оправдање овог става је у заштити, бризи о моралном и тјелесном интегритету неке особе, што је онда истовремено ratio одговарајуће забране у правном правилу.

[29] Р. Степанов – Љ. Деспотовић, цит. дј., стр. 151.

да их треба поштовати приликом одређивања овлашћења и обавеза према њима. У облигационим односима веома често долази до примјене аргумената „по природи ствари“, нарочито када је у питању одговорност због материјалних недостатака (мана) ствари, дакле када једна ствар нема потребна својства за редовну употребу која одговара природи њене намјене. Такође, „аргумент природе ствари могао би се поставити и у захтеву потрошача да произвођачи или продавци одговарају одређено време (гарантни рок) купцу за нескривљене кварове купљене техничке робе и сл.“[30]

Под природом ствари „у теорији се готово никада не подразумијева пуки факцититет структуралних и функционалних својстава једнога друштвеног односа који би принудно увјетовао правну нормативност“. Овакво схватање било би „израз једнога вулгарног натуралистичког детерминизма. Напротив, редовито се мисли на фактична својства односа која јесу и уколико јесу вреднована као добра, повољна или најповољнија у одређеној друштвеној средини и од самих нормодаваца. Природа ствари као основа и граница могућности нормативних садржаја није само дата, него и задата стварност; она није напросто физичка принудност односа, него је принудна могућност односа према становитој друштвеној оцјени и вредновању“[31]. Тако је нпр. у природи ствари да плодови припадају ономе чија је главна ствар; да се брачна способност стиче уз психо-сексуалну зрелост, да родитељи издржавају своју дјецу до њихове зрелости за самостално привређивање и сл. Такође, често се истиче да се аргумент природе ствари може наћи и на „подручју политичких односа; на пример, ако норма овлашћује колективни орган – парламентарни дом на доношење неке одлуке, а не постоји пословник који каже како се одлуке доносе, по природи ствари се разуме да се у таквом органу најбоље (демократски и рационално) одлучује гласањем и већином гласова“[32].

Још је Г. Гершић истицао да „свако правно правило има свој разлог (ratio), дакле онај правни принцип, или вишу општу правну мисао из које је као последица изведен. На пример, модерни кривични законици, па и наш кривични законик, праве разлику између убиства намерног и с предумишљајем, убиства у стању раздражљивости без предумишљаја и убиства ненамерног, а цело то разликовање је само консеквенца опште правне мисли или правног принципа, да кривица

[30] Исто.

[31] N. Visković, *O prirodi stvari*, стр. 358.

[32] N. Visković, *Teorija države i prava.*, стр. 258.

учињена са предумишљајем изискује већу кажњивост него она која је без предумишљаја извршена. Та општа мисао није добила законски израз, али се њој даје и признаје опште значење, па се, према томе, поменути моменти узимају у обзир“[33].

Са друге стране, не само да се природа ствари узима као стандард за тумачење права, већ се може рећи да постоје теорије о природи ствари које представљају учење по коме се „објективно право има засновати управо на тачно одређеној природи самих датих друштвених односа које оно уређује“[34]. Сматра се да је ово учење веома сложено и да се може схватити на два начина. „Први је да у самим стварима које право регулише постоје правне норме, које човек само сазнаје, открива. Други начин је да човек сам ствара норме водећи рачуна о природи ствари.“[35]Сматра се да само први начин омогућава разлику између ове теорије и рационалистичке варијанте природног права.

Р. Д. Лукић, са гледишта суштине права, поставља питање – колико је ова теорија тачна и истовремено истиче да се „она не може прихватити“, јер „изгледа неоспорно да сама ствар коју право регулише не може садржати никакве правне норме. Доказ за то је чињеница да се иста ствар различито регулише разним правима. То долази отуд што људи сами стварају правне норме, узимајући, наравно, у обзир и природу ствари, али и (и то пре свега) своје циљеве које желе да остваре у вези с тим стварима. А ти циљеви су, наравно, њихова субјективна творевина, а нису дати у стварима“[36]. Међутим, често се истиче да „има исправних и неисправних циљева и да природа ствари одређује исправност циљева, тако да људима остаје само да их открију у самој природи ствари“[37], што може бити релевантно за тумачење права. Међутим, „ни теорија природе ствари не пружа никакав посебан поуздан метод којим се та природа може правно тумачити тако да сва тумачења буду једнака.“ Упркос свему, може се рећи да је њена добра страна „што скреће пажњу да се при стварању права мора јако водити рачуна о природи ствари, тј. о објективним условима у којима и на које се право има примењивати“[38].

Због свега наведеног, могло би се закључити да „природа ствари заиста има одређену улогу у одређивању садржине права, регулисању

[33] Г. Гершић, цит. дј., стр. 228.
[34] Р. Д. Лукић, *Систем филозофије права*, Сабрана дела, Београд, 1995, стр. 418.
[35] Исто.
[36] Исто.
[37] Исто, стр. 419.
[38] Исто.

правних односа. Она несумњиво одређује један оквир у коме се решења морају прилагодити тој природи ствари, стварности уопште. Али тај оквир није тако строг нити природа ствари тако свемоћна да потпуно одређује право". Наиме, поред објективно дате природе ствари, битни су и субјективни циљеви права, „вредности које оно остварује – дакле, људски интереси и воља која отуд проистиче, који не морају да буду одређени само природом ствари"[39]. Управо због овога треба правити разлику између природног права као учења о суштини права и учења о природи ствари. "Природно право се замишља као систем правних норми који је објективно дат, а природа ствари је објективно стање које тек одређује (иако не потпуно) какве ће те норме бити, па служи, између осталог, за њихово тумачење, попуњавање правних празнина и сл."[40]

Класична теорија природног права сматра да су норме природног права формулисане самом природом, док норме које излазе из природе ствари формулише човјек. Док је „природноправна теорија усмерена ка готовом производу, норми, „...учење о природи ствари претежно је усмерено ка самој природи из које потичу норме, које тек треба формулисати". Стога се може рећи да је „теорија природе ствари много ... савитљивија и прилагодљивија стварним односима него теорија природног права, која формулише унапред, особито у својој битној, рационалистичкој варијанти"[41]. Анализирајући ове проблеме Р. Д. Лукић помиње познатог француског теоретичара Женија и нашег теоретичара С. Врачара и истиче да је Жени своју мисао о природи ствари изразио кроз конструкцију donne rationnel – construit (рационално дато – конструисано). Оно што Жени назива рационално датим представља суштински елемент права, објективан, „који човек не ствара него га признаје, сазнаје и техничким конструктивним нормама омогућује да се примени у позитивном праву"[42]. На другој страни, С. Врачар сматра да постоје два слоја права – један дубински, који је суштински, објективно дат и који је у основи „природа ствари", и други, површински, спољни, позитивно право, које

[39] Исто, стр. 420.

[40] Исто, при чему Р. Д. Лукић, цит. дј., стр. 441 истиче: "тачно је да при одређивању конкретног садржаја тог права битну улогу има објективно стање света и друштва, тзв. природа ствари, њихова природа, али она сама не одређује ништа. Тачно онако као што у случају болести лек одређује природа ствари (болесник, болест и њихова веза), али једино ако је циљ оздрављење болесника, тако природа ствари, узрочно-последична веза између природе средстава и природе света, тачно одређује објективно право једино под условом тачно одређеног циља света – његовог опстанка".

[41] Исто.

[42] Исто, стр. 421.

је одређено дубинским слојем и треба да буде с њим сагласно. Дубински слој као објективно дат одговарао би природном праву, јер је дат самом природом, тј. независно од људи, а позитивно право би чинио површински слој који стварају људи.[43]

На другој страни, Г. Радбрух истиче да се понекад на подручју правне науке поставља захтјев да се исправно регулисање изведе из природе ствари. "Тај захтев заиста може навести извесне разлоге себи у прилог. Правни идеал је идеал управо за право, а затим и за право једног одређеног времена, једног одређеног народа, за сасвим одређене друштвене и историјске околности. Идеја важи за једну одређену грађу, усмерена је на ту грађу – и тако та грађа којом она хоће да овлада њу одређује са своје стране. Као што се уметничка идеја прилагођава грађи, као што она постаје другачија кад треба да се отелотвори у бронзи, а другачија у мрамору, тако је свакој идеји урођено да се равна према грађи. Тај однос називамо одређеност идеје грађом, и при том свесно усвајамо двоструки смисао тог назива – одређена грађом зато што је одређена за грађу. Одређеност идеје грађом у погледу идеје права предочио је Еуген Хубер у оном учењу о реалијама законодавства, а Франсоа Жени у својој теорији о датостима (donnees)."[44]

Сагласно наведеном, Радбрух констатује да „човек онда долази у искушење да ту одређеност идеје грађом изједначи с претходном обликованошћу идеје у грађи, а психолошка могућност да се идеја сагледа у грађи и из ње заиста и постоји. Тако је могућно да је Микеланђело у оном неистесаном блоку мрамора унапред визионарски видео Давидов лик, који је из њега ослободио. Исто бива и када правник одлучује на основу природе ствари"[45]. Међутим, Радбрух на све ово констатује да је такво виђење идеје у грађи коју она треба да обликује срећан случај интуиције али не и метод сазнања. Наиме, наводи даље он, „за методско сазнање, дакле, важи да се нормативни ставови могу само дедуктивно изводити из других нормативних ставова, а не индуктивно заснивати на чињеницама и бићу". Ову немогућност извођења вриједности из стварности (као, уосталом, и одређеност идеје грађом, како он наводи) карактерише, међутим, један логички, а не каузални однос. „Методски

[43] С. Врачар, *Упоришта марксистичког јуснатурализма,* Марксистичка мисао, св. 1 и 2, 1987, стр. 3–27 и 22–52.

[44] Г. Радбрух, *Филозофија права*, Београд, 1998, стр. 17, при чему је потребно истаћи да је Радбрух већ 1924. године у раду *Идеја права и правни супстрат* истакао битан однос правне вриједности и стварности, те упозорио на супстратску одређеност правне идеје, како то наводи Z. Pokrovac, O prirodi stvari, ZRPF, Split, XVII, 1980, стр. 353.

[45] Исто.

дуализам не тврди да вредновања, оцене, нису под утицајем чињеница о бићу. Нема сумње да су чинови вредновања каузални резултат, идеолошка надградња чињеница о бићу, рецимо социјалне средине оних који те чинове обављају... Није овде реч о каузалном односу између чињеница о бићу и вредносних судова, већ, напротив, о логичком односу између бића и вредности. Не тврди се да се вредновања не могу проузроковати чињеницама о бићу, већ, напротив, да се не могу из њих образложити.“[46]

Радбрух даље наводи да се нормативни ставови могу образложити и доказати само помоћу других нормативних ставова. “Управо зато се крајњи нормативни ставови не могу доказивати, они су аксиоматски, подобни, не за сазнање, него само за веровање. Тамо где су супротне тврдње о крајњим нормативним ставовима, супротни погледи на вредност и свет међусобно сукобљени, међу њима се не може више одлучивати с научном једнозначношћу. Научно посматрање вредности – тако се сматра – може, додуше, поучити о томе шта човек може и шта хоће, али не и шта треба.“[47]

Надаље, Радбрух истиче да у области онога што треба наука може учинити три ствари. У првом реду, она може да пронађе средства нужна за остварење нормативног циља. На другом мјесту, задатак правне филозофије је да правни вредносни суд не промишља само силазно – до најудаљенијих средстава за његово остварење, него и узлазно – у супротном правцу, да га разјасни до његових крајњих претпоставки заснованих на погледу на свет. “Правна филозофија поставља кантовски формулисано питање: како је тај појединачни правни вредносни суд могућ, тј. које је претпоставке човек принуђен да прихвати да би доследно смео изрећи тај вредносни суд? Као што палеонтолог настоји да из једне преостале кости реконструише читав костур неке праисторијске животиње, тако филозоф права мора да из једног појединачног правног вредновања развије цео вредносни систем којим је то вредновање условљено. Као што се оно прво одмеравање не обавља ради средстава, тако се ни ово друго не обавља ради претпоставки, него ради правног вредновања, које га условљава. Онај који вреднује треба да буде свестан да, када одобрава неки одређени правни нормативни циљ, не може да одбије, не само средства повезана с њиме каузалном нужношћу, него и општија вредновања повезана с њиме логичком нужношћу; у оба правца он мора имати пун увид у домашај тога циља.“[48]

[46] Исто, стр. 18.

[47] Исто, стр. 19.

[48] Исто, стр. 20–21.

Радбрух закључује да управо из тога произлази могућност да се систематски развију крајње претпоставке које се уопште могу замислити, па тиме и све полазне тачке правног вредновања, да се исцрпно прикажу системи правног вредновања у њиховој супротности и у њиховој сродности, да се у оквиру топике свих могућих погледа на свијет сачини једна топика могућих правних схватања и да се тако да, не један систем правне филозофије, али зато потпуна систематика њених могућих система.

Наравно, у тумачењу устава ова проблематика има посебан значај. Иако је о њој релативно мало писано, потребно је истаћи сљедеће.

Устав је највиши правни акт, акт који се „доноси сасвим слободно. Али, ако је с гледишта правног поретка устав сасвим слободан акт, он не сме бити и произвољан – одређен је општим стањем датог друштва, његовом политичком идеологијом и односом политичких снага у њему“[49]. Такође, с обзиром на његову природу, може се рећи да су „примена и тумачење устава сложен друштвени процес као што је и његово стварање“. Овај процес је условљен и објективним и субјективним претпоставкама. Формалноправну неуставност и незаконитост, нарочито кад је изричито уређују императивне норме устава и закона, није тешко отклањати. „Суштина тумачења устава је у примени основних начела устава и његове укупне концепције. Проблем није само у формално-логичком тумачењу, већ у усклађивању принципа устава и друштвено-политичког уређења са стварним токовима живота.“[50]

Као и његово доношење, тако и тумачење устава може изазвати, и веома често изазива, различита опредјељења и ставове који одражавају различите интересе и свијести и промијењени реални однос снага у друштву. “Показало се да је остваривање устава веома сложен друштвени процес.“ Његова примјена „не тече праволинијски, једносмерно и уз општу сагласност и подршку. То је противречан и дијалектички однос, како у праву тако и у друштву, као и однос између нормативног и стварног“[51].

У пракси Врховног суда Сједињених америчких држава установљени су неки основни принципи, међу њима и принцип да судије у тумачењу устава треба да узимају у обзир само правне разлоге и да не би требало да буду подстицани ванправним представама које произ-

[49] Р. Д. Лукић, цит. дј., стр. 463.

[50] Ј. Трајковић, *Улога уставног суда у тумачењу и заштити уставности и законитости*, Архив за правне и друштвене науке, 4/1983, стр. 55–56.

[51] Исто, стр. 560.

лазе из природноправних теорија или неких других филозофских побуда.[52] Но, „упркос свим овим принципима и претпоставкама које треба да значе самоограничење суда, целокупна историја надлежности Врховног суда Сједињених Држава не оставља сумње да је његово тумачење устава имало у ствари креативан и политички значај. Врло уопштени принципи устава, врло уопштени појмови посредством којих су ти принципи формулисани, немају јасно, недвосмислено и јединствено значење. Потпуно супротно. Они дају судовима велике могућности за различита и дивергентна тумачења, упливисана идејама и личним мишљењима које обликују друштвени положај и животно искуство судија.“ Сматра се да се „једино благодарећи том динамизму судског тумачења Устав Сједињених Држава могао ... примјењивати на различите друштвене и економске односе, који су се развијали од XVIII до краја XX века“[53].

Управо због овога, поједини аутори говоре о томе да је у овом случају ријеч о процесу прилагођавања устава измијењеним условима, што представља креативну функцију Врховног суда. У анализи одлука Врховног суда Сједињених америчких држава може се запазити чињеница да се његов став временом мијењао, да се кретао од самоограничења до креативне функције, у сагласности са промјенама у друштвено-политичким и правним мишљењима већине судија и њиховим политичким ставовима, као и њиховом прилазу друштвено-политичким ставовима пресудним за законодавну политику Конгреса. Због тога се често констатује да је амерички модел оцјене уставности закона утицао, на више начина, и на теоријску мисао али и на праксу конституционализма.[54]

[52] J. Limbach, *Razvoj prava kroz sudsku praksu Saveznog ustavnog suda Njemačke*, Nova pravna revija, 1/2013, стр. 10, истиче: „ С обзиром на отвореност текста устава, у интерпретацију текста улазе и лични морални концепти и виђење стварности особа које тумаче текст. Много се размишљало о томе како да се искључе или ограниче субјективни судови судија при интерпретацији устава. Овдје, међутим, треба скренути пажњу на независност судија као стање духа, које се сучељавањем с властитим субјективним моралним вриједностима и вриједностима других социјалних група у свјетлу основног закона, има изграђивати свакодневно. О томе да се у Савезном уставном суду спајају страст и умјереност, воде рачуна и центрифугалне силе у сенатима. Оне су саткане из плуралитета судског колегија, различитих искуствених хоризоната, структура личности и мишљења, како је формулирао четврти предсједник Савезног уставног суда Wolfgang Zeidler – сарадња колектива чији су појединци толико различити, ствара супротстављене ставове, што у свом збиру замјењује вањску контролу коју више није могуће извршити...“.

[53] W. Zakrzewski, *Ocena ustavnosti zakona*, Arhiv za pravne i društvene nauke, 4/84, стр. 521.

[54] Тако нпр. Г. Мијановић, *Контрола уставности закона*, Српско Сарајево, 2000, стр. 167, истиче да је „пракса контроле уставности закона у САД често узимана као негативан примјер и аргумент против института судске контроле уставности закона. На америчком искуству контроле у првом реду базиране су негативне оцјене ове институције и схватања о њеном конзервативном па и реакционарном карактеру. У једном периоду се много говорило и писало о судократији или влади судија (government by judiciary), а нека позната дјела носе и такав назив“.

Наиме, може се рећи да у погледу примјене општих критеријума тумачења у области уставног права нема насљеђа традиције. То се, релативно лако, може разумјети ако се узме у обзир значајна логичка разлика која постоји између правне норме примијењене на неку чињеницу и правне норме суочене с неком другом нормом: "разлика је утолико уочљивија уколико две норме нису хомогене било због своје технике формулисања, било због своје симболичке снаге. Али, још значајнија је једна друга разлика: између тумачења повереног органима који стварају право, као што су парламенти и њихове комисије... и тумачења датог судским органима"[55].

Анализирајући надлежности уставног суда можемо закључити да се највећи дио њих односи на општу нормативну контролу, а посебно контролу уставности закона, што представља суштинске уставноправне проблеме за чије је рјешавање неопходно тумачење устава. "То се, између осталога, види добро и кад се подвргну анализи одлуке уставних судова, а највише, њиховог образложења. Одлукама се, уствари, пре свега, интерпретира, тј. тумачи Устав, па се, на основу тога, доноси одлука о уставности оспореног нормативног акта. По квалитету обраде, та образложења су различита, али је, све чешће, у њима могућно наћи ставове који претендују на то да представљају једино исправно, у извесном смислу квазиаутентично тумачење Устава."[56] Посматрано са правног аспекта, ти ставови уставних судова не сматрају се обавезним извором права, али „имајући у виду ауторитет уставних судова, мора се признати да њихово тумачење устава значајно утиче, како на праксу стварања, тако и на праксу примене права"[57].

У свему овоме, поставља се питање – могу ли уставни судови приликом тумачења устава користити аргумент природе ствари. У погледу овог питања постоје различити ставови. Тако нпр. неки аутори сматрају да је то нормално и могуће, односно наводе природу ствари као специфичан извор односно средство приликом тумачења устава,[58] док пак други истичу „оптирајући за тако широко гледиште о међусобној по-

[55] G.Lombardi, *Tumačenje ustava*, Arhiv za pravne i društvene nauke, 1/1985, стр. 67.

[56] А. Фира, *Устав – тумачење и тумачи*, Архив за правне и друштвене науке, 1–3/1996, стр. 665.

[57] Исто, стр. 665–666 при чему Б. Ненадић, цит. дј., стр. 91, истиче: „Пракса Уставног суда (мисли се на Уставни суд Републике Србије – оп-а.) 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. 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".

[58] Шире в. D. Vrban, цит. дј.

везаности уставности и законитости, ја сам врло неповерљив према тенденцијама које повлађују слабљењу судског самоограничења у тумачењу устава“[59]. Проф. J. Лимбах тако сматра да је „идеално-типично посматрано, задатак судова ... спознаја права, док је задатак легислативе стварање права... Стога, тумачење устава није само чисто логичко тумачење. Интерпретација устава има и карактер проширења права... Тумачење и примјена устава је активност која се не односи на прошлост, него на садашњост и будућност... Устав се чак сматра успјешно написаним, ако је концизан и отворен за интерпретацију. Јер устав који није отворен за нову интерпретацију окаменио би се и врло брзо изгубио на својој оријентационој снази. Устав треба схватити као живи инструмент, који се тумачи у свјетлу данашњих околности“[60].

Уобичајено се сматра да аргументацију по природи ствари, тј. закључивање према објективној повољности и друштвеном позитивном вредновању једне могућности друштвеног односа, употребљавају више или мање самосвјесно сви субјекти правног процеса. То су: а) творци општих правних норми у тражењу најбољих генералних нормативних рјешења са становишта владајућих друштвених интереса, б) творци појединачних правних норми у њиховој стваралачкој дјелатности разрјешавања конкретних правних спорова и регулисања других друштвених односа путем телеолошког (циљног) тумачења општих норми, односно путем попуњавања правних празнина (природа ствари као супсидијарни извор права), в) остали адресати у тумачењу и критици правних норми и г) правна наука у објашњавању, тумачењу, критици и предлагању нормативних рјешења.[61]

У свему овоме природа ствари као непосредан извор права мора се изразито рестриктивно одређивати „с обзиром да јој недостаје конкретна правна легитимација. Она у позитивном праву није нешто, што важи по својој интерној снази, већ само и утолико уколико јој одређена правна норма, изричито или прешутно, даде одговарајући правни простор“.[62] Иако се данас природа ствари користи, посебно у теорији грађанског права и тако се, већ стандардно, сврстава у супсидијарне изворе права као значајно средство за попуњавање правних празнина и методолошку помоћ при тумачењу конкретне правне норме, али такође и за поступак правне квалификације одређеног друштвеног односа, „покушај било

[59] W. Zakrzewski, цит. дј., стр. 543.

[60] J. Limbach, цит. дј., стр. 9, 10.

[61] Шире в. N. Visković, *O prirodi stvar*i, стр. 360.

[62] N. Juras, цит. дј., стр. 364.

каквога позитивног (за разлику од негативног) одређења садржаја природе ствари у смислу позитивноправног утемељења мора се оцијенити са скепсом“[63].

Стога, тумачење по природи ствари, посебно од стране уставних судова, с обзиром на карактер њихових одлука, мора бити веома рестриктивно кориштено, наравно уз употребу осталих средстава за тумачење права.[64] С обзиром на природу уставних норми, с обзиром на чињеницу да изнад устава нема вишег правног акта са чијим нормама би се поредио садржај уставних норми, природа ствари је нешто што се, по самој логици ствари, мора користити приликом тумачења уставних норми, наравно, уколико њихово значење није потпуно јасно и прецизно.[65] Међутим, природа ствари није довољна, сама по себи, да би представљала једино средство за тумачење, тј. утврђивање правог, односно истинитог значења уставних норми. У прилог наведеном истичемо став Р. Д. Лукића, који сматра да се контрола уставности закона врши у односу на устав као највиши правни акт и да се зато уставне одредбе могу тумачити само на основу њиховог стварног значења, полазећи од језичког и других видова тумачења правне норме, а не према субјективној оцјени њиховог значења и циља, што би, према његовом мишљењу, одвело у оцјену политичке цјелисходности закона.[66]

Природа и дух устава су јединствени и у оквиру њих се свакако понекад мора користити и аргумент природе ствари. Међутим, то практично значи да се у случају кориштења аргумента природе ствари као

[63] Исто, стр. 364–365.

[64] Тако нпр. Д. М. Стојановић, *Уставно судство и заштита права и слобода човека и грађанина,* Правни живот 12/1995, стр. 192, истиче: “Интерпретација основних права у пракси европских уставних судова има изузетан значај, јер је у питању правно обавезно тумачење вредносног језгра устава. Значај судске интерпретације и заштите уставних права грађана се повећава уколико је уставни текст неодређенији и самим тим подложнији диференцираним тумачењима... Уставносудска интерпретација основних права, као ауторитативно судско тумачење устава у целини, позвана је да имплиците утврди значење и домет уставних норми којима се непосредно или посредно додирује субјективна правна позиција. Она се разликује од правно-техничке интерпретације основних права, која најчешће има у виду неке исте правне последице које се везују за одређени круг уставних норми, али и од правно-теоријског одређивања основних права, као чистог појма правног поретка. У судској интерпретацији основних права заправо се сједињују правно-техничко и правно-теријско разумевање основних права“.

[65] Наиме, С. Вучетић, *Однос правног и политичког карактера контроле уставности закона*, Правни живот, 12/1995, стр. 203–204, истиче да “претежно висока уопштеност уставних одредби у односу на закон, често уставне судове ставља у ситуацију да слободније тумаче њихово право значење, док јасна и конкретна уставна одредба погодује правном схватању контроле уставности закона“.

[66] Шире в. Р. Д. Лукић, *Уставност и законитост*, Београд, 1966, стр. 95–96.

средства тумачења једнако тако морају користити циљно (уколико се под овим начином тумачења права не подразумијева и кориштење аргумента природе ствари), историјско и систематско тумачење права помоћу којих ће се став произашао из аргумента природе ствари провјерити и потврдити или, пак, негирати.[67] У супротном, неконтролисана и самостална примјена аргумента природе ствари може довести до ситуације у којој ће тумач вољу творца уставне, односно законске норме замијенити својом властитом и на тај начин измијенити и сам њен садржај, те се претворити у неовлаштеног уставотворца односно законодавца. За закључак, значајно је истаћи став П. Николића који каже: „тачно је да је уставни суд управо тај који у поступку одлучивања о уставности тумачи устав, али је тачно и то да је он том приликом везан за тај устав. Суд се мора строго придржавати текста устава тражећи у њему право значење и објективну садржину. Свако друго поступање у процесу тумачења би водило извитоперавању суштине функције уставног судства, тј. претварању уставног судства у институцију која је изнад других уставних институција. То би било опасно за демократију и неуставно деловање било којих других органа“[68]. Ми бисмо овоме додали, и за остваривање правне сигурности и извјесности.

[67] J. Limbach, цит. дј. стр. 9, истиче „... и судије уставних судова требали би се служити устаљеним методама тумачења права, пропитујући граматичко значење, хисторијску генезу, циљ, као и систематски положај предметне уставне норме. К томе треба да уважавају специфични карактер устава, посебице његову отежану измјену, као и подјелу задатака између уставних органа. На концу, суткиње и судије треба да уважавају и претходне одлуке Суда, не у смислу стриктне везаности за њих, већ у смислу потребе за темељитијим образлагањем одлука које су у супротности с дотадашњом судском праксом Суда“.

[68] П. Николић, *Нужност и легитимност уставног судства у демократским системима – Скица за студију,* Правни живот, 12/1995, стр. 181–182.

**Academician Professor Dr. Snežana Savić**
**The Vice President of the Republic of Srpska Constitutional Court**

# ON THE CONSTITUTIONAL INTERPRETATION
## -THE DE RERUM NATURA ARGUMENT-
## (The Nature of Things Argument)

***Abstract:*** *This paper deals with the nature of things (de rerum natura) approach to the constitutional interpretation. Namely, considering the fact that the constitution is to be taken both as the highest legal act and the basic foundation of the whole legal order, the constitutional interpretation appears to be a very complicated and specific kind of the law interpretation in general. This is to be emphasized especially within the case-law of the constitutional courts viewed as the constitution guardians whose decisions directly influence legal order establishment as a whole. On the other hand, the nature of things argument is one, both at the legal theory and philosophy, very complicated and controversial term that has not been dealt with that often, either in theory, or in practice. This paper posts the question whether the nature of things (the natural order of things) argument could be an instrument used within the constitutional interpretation, and if yes, to what extent, especially from the legal practice point of view. Throughout the analysis of both the theoretical approaches and the legal practice of the constitutional courts, the Author looks for the answer to this complicated and important question.*

***Key Words:*** *interpretation of law, constitution, constitutional interpretation, nature of things, constitutional court, theory of law, philosophy of law, constitutionality, legality.*

**Литература:**


1. Р. Васић – К. Чавошки, *Увод у право, II,* Београд, 1997.
2. N. Visković, *O prirodi stvari,* ZRPF, Split, XVII, 1980.
3. N. Visković, *Teorija države i prava*, Zagreb, 2001.
4. С. Врачар*, Упоришта марксистичког јуснатурализма*, Марксистичка мисао, св. 1 и 2, 1987.
5. Г. Вукадиновић – Р. Степанов, *Теорија државе и права,* Нови Сад, 2003.
6. С. Вучетић*, Однос правног и политичког карактера контроле уставности закона,* Правни живот, 12/1995.
7. D. Vrban, *Država i pravo*, Zagreb, 2003.
8. M. Vuković, *Priroda stvari. Prilog nauci o primjeni građanskog prava*, ZPF u Zagrebu, 3–4/1957.
9. Г. Гершић, *Енциклопедија права*, Београд, 2011.
10. Т. Живановић, *Систем синтетичке правне филозофије*, Београд, 1959.
11. W. Zakrzewski*, Ocena ustavnosti zakona*, Arhiv za pravne i društvene nauke, 4/1984.
12. N. Juras, *O prirodi stvari*, ZRPF, Split, XVII, 1980.
13. I. Krbek, *Prilog teoriji o pojmu prava*, JAZU, 288, Zagreb, 1952.
14. J. Limbach, *Razvoj prava kroz sudsku praksu Saveznog ustavnog suda Njemačke,* Nova pravna revija, 1/2013.
15. G. Lombardi, *Tumačenje ustava*, Arhiv za pravne i društvene nauke, 1/1985.
16. Р. Д. Лукић, *Уставност и законитост*, Београд, 1966.
17. Р. Д. Лукић*, Систем филозофије права,* Сабрана дела, Београд, 1995.
18. Р. Д. Лукић – Б. Кошутић, *Увод у право,* Београд, 2004.
19. Г. Мијановић, *Контрола уставности закона*, Српско Сарајево, 2000.
20. V. Miličić, *Opća teorija prava i države,* Zagreb, 1999.
21. V. F. Muller*, Juristische Methodik*, 7, Berlin, 1997.
22. Б. Ненадић, *Уставни суд Србије од „негативног“ ка „позитивном“ законодавцу,* Правна ријеч, 35/2013.

23. П. Николић, *Нужност и легитимност уставног судства у демократским системима – Скица за студију*, Правни живот, 12/1995.

24. A. Perenič, *Narava stvari v sodobni filozofiji prava*, Pravnik, Ljubljana, 10–12, 1927.

25. B. Perić, *Struktura prava*, Zagreb, 1974.

26. Z. Pokrovac, *O prirodi stvari*, ZRPF, Split, XVII, 1980.

27. Г. Радбрух, *Филозофија права*, Београд, 1998.

28. E. Sladović, *Enciklopedija prava*, Zagreb, 1939.

29. Р. Степанов – Љ. Деспотовић, *Увод у јуриспруденцију – Основни појмови систематике, теорије и социологије права*, Нови Сад, 2004.

30. Д. М. Стојановић, *Уставно судство и заштита права и слобода човека и грађанина,* Правни живот, 12/1995.

31. Ј. Трајковић, *Улога уставног суда у тумачењу и заштити уставности и законитости,* Архив за правне и друштвене науке, 4/1983.

32. А. Фира, *Устав – тумачење и тумачи*, Архив за правне и друштвене науке, 1–3/1996.

УДК 342.2(497.15)

# МАРГИНАЛИЈЕ О БОСАНСКОХЕРЦЕГОВАЧКОЈ ДРЖАВИ И ДРУШТВУ

**Проф. др Миле Дмичић***

***Апстракт:*** *Циљ рада првенствено је у томе да допринесе одговору на питање о (не)провођењу и захтјевима за уставне промјене у контексту транзиције, демократизације и европских интеграција и да идентификује одговарајуће вријеме, природу и обим ових промјена.*

*Анализирани су битнији елементи босанскохерцеговачке државе и друштва као и неки аспекти провођења, али и мијењања појединих уставних рјешења на нивоу државе и ентитета.*

*Указано је на потребу успостављања и одржавања искреног дијалога, отвореног и заједничког односа и разумијевања о свему ономе што је претходило дејтонским рјешењима у Босни и Херцеговини и што подразумијева и оправдава њихову пуну имплементацију. То подразумијева да се задржи и очува утврђени уставноправни статус, територијални интегритет и равноправност ентитета, што претпоставља нужну сагласност, повјерење и равноправност конститутивних народа, грађана и осталих.*

*Очување дејтонских рјешења и претходно утврђени циљеви, садржај и обим евентуалних уставних промјена подразумијева обезбјеђење пуног консензуса двају ентитета и трију равноправних конститутивних народа, као и учешће држава потписница и гаранта мировног споразума, а све то уз уважавање Уставом утврђеног поступка уставних промјена.*

*Њено постојеће државно и друштвено уређење не представља препреку приступању Европској унији и као такво, засновано на*

* **Проф. др Миле Дмичић, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци**

*дејтонском рјешењима, сагласно принципу pacta sunt servanda, мора бити очувано. Умјесто налажења „мјере за све“, изградње визије, одговорности, вриједоносног система, идентитета, толеранције, достојанства човјека и грађанина, на сцени су различита тумачења њене правне природе, облика државног уређења и државне владавине, а посебно узрока, карактера и посљедица трагичних сукоба, о чему је, објективно, неопходно утврдити истину и постићи сагласност о коначном моделу државе Босне и Херцеговине.*

***Кључне ријечи:*** *Дејтонски мировни споразум, Устав, уставне реформе, транзиција, европске интеграције, комунитарно право.*

## Уводне напомене

Са пропашћу пројекта стварања раније „демократске југословенске...“, аналогно се доводи у питање остваривање пројекта “дејтонске БиХ”, па се стиче утисак да она опстаје само захваљујући међународном протекторату. Наравно да са „...три национално подијељене и супротстављене ‘културе сјећања’, Босанци и Херцеговци нису могли да изграде јединствену политичку културу на којој би била надграђена заједничка држава.”[1] И са становишта нормативне и емпиријске теорије, „...док је аутентичном међународном приступу дата предност у односу на приступ појединачним државама или системима...“[2] очигледно је да се супротстављена гледишта не односе само на погледе унутар БиХ, већ и на непосредно окружење, као и на много шири, глобални ниво.[3]

И након скоро двије деценије, Босну и Херцеговину, у основи, карактерише својеврсна тријада: прво, у државноправном смислу она је савезна држава, друго, све говори у прилог конфедералног односа савеза држава, и треће, она функционише као специфичан војни, цивилни и политички међународни протекторат, под заштитом и врховним надзором међународне заједнице, “који још увијек траје и битно утиче на конституисање и остваривање политичке власти у свакој од ових државноправних јединица”.[4]

[1] Н. Кецмановић, *Немогућа држава,* “Глас Српске”, Бања Лука, 2007, 8.

[2] Е. Хејвид, *Политика*, „Клио“, Београд, 2004, 6.

[3] М. Касаповић, *Босна и Херцеговина: Десет година након Дејтона,* “Статус”, Магазин за политичку културу и друштвена питања, Мостар, бр. 8/2006, 70.

[4] А. Фира, *Уставно право Босне и Херцеговине*, Н. Сад, 2002. 59.

Босна и Херцеговина се заснива на принципу равноправности двају ентитета и трију конститутивних народа. Специфичност и сложеност њеног државног и друштвеног уређења се, по много чему, испољава у низу федерално-конфедералних елемената, у првом реду, постојању двију територијалних и политичких организованих јединица и десет територијално, правно, политички и културно самосталних кантона, са Брчко Дистриктом који *de iure* не представља трећи ентитет, али је *de facto* организован као нови ентитет. И Федерација Босне и Херцеговине има сложен облик државног уређења, односно састоји се од десет кантона. Она је уређена по Вашингтонском споразуму донесеном прије Дејтонског мировног споразума. Надаље, нерационалност организације и нефункционалност власти у Босни и Херцеговини огледа се у асиметричности и постојању великог броја, посебно, извршних и управних органа, у првом реду у Федерацији БиХ. При томе, некритички се приступа Вашингтонском споразуму, којим су заустављени сукоби између бошњачког и хрватског народа, али и створен конфедерални савез са једном сусједном државом, као и својеврсни облик коалиције поменутих двају народа против трећег, српског народа.

Постојеће стање, као и улога „међународне заједнице" у Босни и Херцеговини, одражавају се, између осталог, и на уставни, правни и политички систем и поредак ове сложене државне заједнице за коју неки аутори сматрају да је она као „...симболична творевина, циљ међународне заједнице, али не и као држава властитих народа нити држава коју су они створили...". Томе се може додати и то да је Босна и Херцеговина „подијељено друштво", „недовршена" односно „немогућа" држава или „држава апсурда" у којој постоји ..."губитак државног суверенитета, уз наглашену претпоставку надлежности ентитета и умањен обим надлежности државе, са наглашеном улогом политичких снага односно група или политичких лидера у процесу функционисања уставног и правног система као и у евентуалним уставним промјенама.[5]

Стога, неопходно је полазити, у свим анализама, од основних обиљежја државе и друштва – мултинационалности и мултиконфесионалности, историје, културе и традиција, ентитетске заступљености

[5] Вид.: Мишљење о уставној ситуацији у БиХ и овлашћењима високог представника, Венецијанска комисија, 11. март 2005. и Извјештај Европске комисије о напретку Босне и Херцеговине у 2011. години, од 12.10.2011. године. Постоје и мишљења о томе да ограничене одговорности које је држави дао Устав Босне и Херцеговине нису биле довољне да се обезбиједи функционисање модерне државе. Коришћење неких општих одредаба у Уставу и њихово широко тумачење допринијело је да се значајно прошире овлашћења на државном нивоу, посебно путем преноса надлежности ентитета на ниво Босне и Херцеговине.

и начина гласања и одлучивања, састава институција и механизама, заштите ентитетског виталног националног интереса, што је наведено 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 и њених државотворних дијелова.

У том смислу, опстанак и безбједан живот босанскохерцеговачких народа и њихових политичко-територијалних заједница једино су могући на основу дејтонског мировног документа.[6] Тим прије што се Босна и Херцеговина као држава још увијек конституише. Умјесто налажења „мјере за све", изградње визије, одговорности, вриједносног система, идентитета, толеранције, достојанства човјека и грађанина, на сцени су различита тумачења њене правне природе, облика државног уређења и државне владавине. Нема ни сагласности о узроцима, карактеру и посљедицама трагичних сукова, о чему је, објективно, неопходно утврдити истину и постићи јединствено становиште о коначном моделу друштва и државе Босне и Херцеговине.

На Дејтонски мировни споразум, као међународни уговор јавноправног карактера, у цјелини се односи стара и општеприхваћена правна максима „pacta sund servanda'"[7], према којој се сви морају држати и проводити је, а не мијењати. Промјене дејтонских рјешења актима високог представника, уставних судова, одлукама парламената, уставним промјенама, чињене су, и даље се чине, јер се стално изналазе услови и разлози да се она de *facto* мијењају у интересу, у првом реду, само једне, и то бошњачке стране. И представници хрватског народа, уз помоћ међународне заједнице, траже промјене дејтонских рјешења, јер су против двоентитетског уређења, наглашавајући да су маргинализовани као конститутивни народ, нарочито у Федерацији БиХ, и да је потребно образовати и трећи ентитет.[8] Такође, и захтјеви за бројним реформама, који се постављају као услов за европске институције, у ствари утичу

[6] Г. Мијановић, *Подјела надлежности између институција Босне и Херцеговине и ентитета*, уводно излагање, Округли сто у Бањој Луци, 25.11.1999, 78.

[7] Вид. Б. Кривокапић, *Лексикон међународног права*, Радничка штампа и Институт за упоредно право, Београд, 1998, 329.

„Pacta sund servanda (лат: уговори се морају поштовати) представља једно од најстаријих обичајних правила и једно од основних начела међународног уговорног права чија је функција да обезбиједи досљедно поштовање и извршење међународних уговора у доброј вјери."

[8] Вид. А. Фила, *Енциклопедија уставног права бивших југословенских земаља.* Том IV, Уставно право БиХ, САНУ – Агенција „Мир" Нови Сад 2002, 48.

на пренос надлежности са ентитета на заједничке органе и институције БиХ, што на неуставан начин мијења Дејтонски мировни споразум на штету ентитета и уставног уређења земље.[9] При томе, неопходно је имати у виду да, према мишљењу неких аутора, „сасвим је сигурно да је правна ваљаност Општег оквирног споразума за мир заједно са Анексом 4 правно проблематична".[10]

Такође, заборавља се да све стране уговорнице и међународна заједница имају обавезу да поштују мировни споразум, као трајно и свеобухватно рјешење ратних сукоба и државног уређења Босне и Херцеговине. А након тога, у континуитету, процес транзиције, демократизације и тражења одговарајућег уставноправног модела БиХ могуће је посматрати у контексту оцјене стања у свијету крај претходног и на почетку овог вијека који карактерише "...преферисање сасвим природно арена силе као и мјере економског рата и притисака...".[11] Томе насупрот, Општем оквирном споразуму (Анексу Х), доприносе сви – посебно високи представник за Босну и Херцеговину, који има само мандат и овлашћења „...да надгледа спровођење мировног рјешења, одржава тијесне контакте са странама уговорницама и координише активности цивилних организација и агенција у Босни и Херцеговини, поштујући при томе њихову аутономију у оквиру њиховог дјелокруга."[12] У вези са Дејтонским мировним споразумом као актом ниже хијерархије од Међународног пакта о грађанским и политичким правима, а с обзиром на то да је овај мировни споразум lex specialis и „...који не сме бити у супротности са lex generalis, али када њега више нема, онда нема друге него се враћати на акте више хијерархије и највише хијерархије, а то су конвенције Уједињених нација. Према томе, да закључимо ...ми се морамо борити правним аргументима и свим правним средствима за очување тог темеља овакве конституције државе."[13]

У погледу Републике Српске, она је, и путем Народне скупштине као свог највишег народног представничког, уставотворног и законодавног органа, потврдила своју посвећеност провођењу, поштивању

[9] Постоје бројна, веома различита мишљења о дејтонској Босни и Херцеговини: не постоји заједнички политички идентитет; видљив је етнички, културни, национални и идеолошки антагонизам; намеће се стална дилема да ли хоће и до када ће ова држава опстати.

[10] Е. Шарчевић, *Устав из нужде,* Сарајево, 2010, 421.

[11] Вид.: Н. Чомски, *Контролисана демократија, ЦИД* Подгорица 1999, 432.

[12] Р. Кузмановић, „Вријеме старатељства и туторства, прошлост", *Аргументи*, Бања Лука 2009, 13.

[13] С. Перовић, Ријеч на Савјетовању „Октобарски правнички дани", *Правна ријеч,* часопис за правну теорију и праксу, Бања Лука 30/2011, 25.

и очувању дејтонских рјешења. Тиме је потврђена и њена проевропска оријентација и привржености испуњавању услова на путу Босне и Херцеговине ка чланству у Европској унији. Али, при том, за евентуалну уставну реформу, дејтонска рјешења морају за то бити основа. Зато, и било каква промјена Устава БиХ не може анулирати осталих десет анекса Дејтонског мировног споразума, јер није ни предвиђена могућност њихових промјена.

## Карактеристични елементи уставноправног и политичког система и поретка

Устав[14] и уставно уређење Босне и Херцеговине и њених ентитета,[15] након скоро двије деценије од стварања и функционисања дејтонске Босне и Херцеговине, у уставноправној теорији и пракси, побуђују истраживачку радозналост и предмет су научних и стручних анализа. Устав[16] је оквир за њено уређење и функционисање. Ради се о уставу транзиције, урађеном по мјери и моделу новог свјетског поретка. Он је „у ствари мултилатерални међународни уговор",[17] који садржи много новога и до сада непознатог у нашим упоредним, уставним и политичким системима. По начину његовог доношења он је *de facto* „подарени" устав, јер се о њему нису изјашњавали ни парламенти државе и ентитета нити грађани референдумом. Њиме је прокламовано асиметрично уређење. За нашу ствар-

[14] Пречишћени текст Устава Републике Српске („Службени гласник Републике Српске", број: 21/92) садржи основни текст Устава и Амандмане I–XXV, а потом пречишћени текст у књизи: *Устав Републике Српске,* седмо издање, „Графомарк", Бања Лука, 2007.

[15] М. Јовичић, *Разматрање о „најбољем" уставу*, Београд, 1984, 441–442 и 444. Овај аутор, поред осталог, истиче: „Приликом сваког расправљања о најбољем уставу, неопходно је разликовати расправљање о „квалитетима самог устава као документа, правног акта којим се постављају основи државног и друштвеног уређења, на једној страни, и о рјешењима која устав садржи, на другој страни. Ова два приступа могу довести до сасвим различитих резултата, јер је познато да устави урађени примјеном добре уставноправне технике, који се одликују лијепом формом, који се, са занатске тачке гледишта, могу оцијенити као успјеле творевине, не морају истовремено садржати и добра рјешења, прилагођена потребама друштва, као што је могућа и обрнута ситуација... Разумије се, питања везана за форму устава не могу се у потпуности одвојити од садржинских рјешења устава, јер су у великој мјери њима условљена. Уставне одредбе, као оквир у који се смјешта одређена садржина, морају бити у функцији опште концепције државног и друштвеног уређења које се уставом одређује..."

[16] Устав Босне и Херцеговине, В. Поповић, В. Лукић: *Документи Дејтон–Париз*, Бања Лука, 1997, 72–73.

[17] М. Поповић, *Правна природа Републике Српске*, Научни скуп: Изградња и функционисање правног система Републике Српске, Бања Лука 1977, 54.

ност, реалан и добар устав је „када он одговара стварном стању, реалним односима сила које у земљи постоје, јер само овакви устави могу бити, истински, остварив – они живе у пракси.“[18] Зато, поред осталих, о даљој правној судбини Устава постоји и мишљење да он не врши своје основне функције и не обезбјеђује политичку, економску, социјалну и културну интеграцију, основу државног и друштвеног уређења, стабилизацију, рационализацију и заштиту.[19] Свако приступање промјени овог устава морао би бити „...подухват којим се они који владају, као и сами грађани, препоручују сопственом одношћу суштинским вриједностима у датом друштву, својом зрелошћу, знањем, умијећем и разумијевањем.“ [20] Стога бројни аутори истичу да је Босна и Херцеговина својеврсна, симболична творевина, односно „...циљ међународне заједнице, али не и као држава властитих народа нити држава коју су они стварали.“[21]

С обзиром на то, неопходан је консензус о томе да устав мора да садржи најважније правне и политичке норме државе о друштва, односно политичког и државног система, јер “сваки устав је један конкретан акт, који служи конкретном поретку и конкретном друштву”.[22] Истовремено, “...под уставом подразумијевамо јавни акт или документ који представља основни и највиши закон у једној земљи и који рјешава основне друштвено-политичке односе те земље, нарочито питање формирања, функционисања и овлашћења политичке власти, постављајући истовремено и границе акције и власти у односу на друштво, а нарочито на извјесну сферу која гарантује интегритет личности човјека и елементарна људска и политичка права која су уједно и средства ограничења власти.”[23] Али, нажалост, у нашим условима ни устав није “акт са статусом врховног закона (lex superior), који својом суштином значи врховно одређење цјелине правног и државног уређења, онога што је одлучујуће за биће

[18] Р. Кузмановић: *Уставно право*, Бања Лука 2002, 65.

[19] Е. Шарчевић, *Дејтонски устав: Карактеристике и карактеристични проблеми*, фондација „Конрад Аденауер“, Сарајево 2009, 61.

[20] D. Johnstone, *Nato and the New World Order*, London 2000, 14.

[21] Р. М. Хајден, *Скице за подељену кућу – Уставна логика југословенских сукоба*, Београд, 2003, 159.

[22] Р. Лукић, *Појам устава. Устав као највиши правни акт*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, XIV 1980, стр. 17. Р. Лукић сматра да “у устав у формалном смислу као највиши правни акт треба да уђе устав у материјалном смислу, тј. оне норме које уставотворац... сматра толико важним да жели да им обезбиједи већу правну снагу, већу постојаност него осталом дијелу правних норми.”

[23] Исто, стр. 19.

друштва које се тим уређењем конституисало.“[24] Он, коначно, не “... представља саставни и у правом смислу најелитнији дио политичке и правне стварности земље”.[25] Ововремено, он је “исто онолико реалан колико су реални држава и право.”[26] Стога, свако, и од ма кога оно долазило, постављање питања уставних промјена није дневнополитичко питање, већ то да је промјена устава озбиљан, а не „инстант“ процес. Зато је неприхватљиво и нереално инсистирање на уставним промјенама, јер се Устав у постојећем стању мора чувати за дужи период, све док се оно не стабилизује и не смире екстремне политичке, националне и религијске тежње, илузије и страсти, а посебно не ставе „под контролу“, односно не покоре већ одавно присутне ретроградне и све више нарастајуће тенденције које су стране модерним, демократским државама.

## Изградња и функционисање уставног и правног система и поретка

Изградња и функционисање уставног и правног система подразумијева њихову конзистентност и кохерентност који државни и друштвени поредак чини стабилним, а грађане заштићеним у остваривању својих права и слобода.[27] При томе је неопходно имати у виду да “право не настаје наједном, већ се оно ствара систематски, постепено и непрекидно.”[28] Такође, и поред бројних недостатака, постоји уставноправни оквир потребан за успјешну организацију, структуру и функционисање свих битних полуга државне власти. Зато, и у босанскохерцеговачким условима, „држава и друштво се не граде честим мијењањем устава, већ

[24] П. Николић, *Уставно право*, Београд, 1993, 273–277, види шире: М. Јовичић, *Устав СР Југославије – акт који српска правна наука не прихвата*, Правни живот, Београд 7–8/92; М. Јовичић, *О уставу – Теоријско-компаративна студија*, Београд, 1977.

[25] Исто, 223.

[26] H. Kelsen, *Wessen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatslehrer, Verhandlungen der Tagung der Deutschen Staatsrechtslehrer zu Wien am 23. und 24. April 1928. Heft 5., Berlin und Leipzig 1929. S.36.

[27] М. Јовичић, *Закон и законитости*, Београд, 1997, 267–269.

[28] Р. Кузмановић, *Есеји о уставности и законитости*, Бања Лука, 2004, 358.

Полазна основа за развој и реформу права мора дати одговор на питања: 1) шта имамо – какав нам је правни систем и поредак, 2) шта хоћемо – савремени европски правни поредак или нешто друго, 3) шта можемо – не смијемо бити мегаломани и нереални, морамо проценити своје интелектуалне и материјалне снаге, и 4) шта морамо – шта се захтијева од нас да бисмо ушли у европски систем и постали његов дио (Р. Кузмановић).

његовом примјеном и активним радом институција".[29] Разумљиво је да је у постконфликтној ситуацији постојало, и још постоји, недовољно повјерења, искрености и спремности на политички и културни дијалог, толеранцију и помирење између етничких група и њихових вођа. То је значајно због "опробане пouке из прошлости", јер "сва прошлост, без сумње, није на нашој страни, па треба присвојити заиста само онај део који нам с правом припада."[30] Међутим, присутни су захтјеви и снаге у смислу да се омогући да власт дјелује само по принципу већине, занемарујући могућност дискриминације, нетолеранције и мајоризације већине над мањином.[31]

Скоро континуирано се намеће питање успостављања равнотеже између грађанског и националног, заштита интереса двају ентитета и свих конститутивних народа, с једне стране, и потреба да се обезбиједи одговорна, дјелотворна и ефикасна власт на свим нивоима, с друге стране.[32] Притом не би требало занемаривати и то да одрживост, функционалност и дјелотворност сложене организације државе и друштва, у првом реду, захтијевају да се обезбиједе два услова: 1) усаглашена политика на свим нивоима и у свим областима и искрена и пуна политичка воља да се то проводи, и 2) преузимање одговорности од стране домаћих органа за судбину и развој Босне и Херцеговине од високог представника или његову убрзану трансформацију, односно замјену за представника-партнера за помоћ од стране Европске уније.[33]

У погледу захтјева за мијењање уставноправног модела Босне и Херцеговине, неопходно је, уз претходно утврђене циљеве, садржај и обим евентуалних промјена, имати пуни консензус двају њена ентитета и трију конститутивних народа, уз уважавање уставом утврђеног поступка (члан X). То подразумијева очување уставног статуса, територијалног интегритета, сагласност и пуно повјерење конститутивних народа и осталих о заједничкој истини која је претходила дејтонским рјешењима у Босни и Херцеговини. Устав Босне и Херцеговине може се мијењати искључиво у Парламентарној скупштини БиХ и мора проћи демократ-

[29] Р. Кузмановић, *Есеји о уставности и државности*, Бања Лука, 2004, 381.

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

[31] 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.

[32] Р. Кузмановић, «Савремене уставне промјене као начин кодификације и конституционализације власти и друштва, у књизи *Устав lex superior*, Београд, 2004, 270.

[33] Вид.: Р. Д. Вукадиновић, *Право Европске уније*, Бања Лука – Крагујевац, 2006.

ску процедуру и провјеру, јер је одавно речено да "нема устава ако га не прихвати народ".

Очигледно, и досадашње значајније иницијативе за евентуалне уставне промјене, како оне са домаћим, тако и оне са међународним предзнаком, указују на то да политичке странке са парламентарном већином, као и њихове елите и лидери, у основи, у односу на њих имају различите приступе уставним промјенама. Стога су прихватљиве оцјене о томе да су досадашња искуства више "...огољела отпорност домаћег политичког естаблишмента на компромис, али још више заблуде на којима је почивао тзв. приступ међународне заједнице у Босни и Херцеговини". Зато, наглашавајући то да је "БиХ прикована за дно евроатлантских процеса, на некој врсти нулте ситуације која зачас може клизнути у минус – нестабилност регионалних димензија", истовремено се указује могућност да таква ситуација може потрајати јако дуго и захтијевати неодређено продужење присуства међународних представника.

Притом, тзв. индиректне уставне и остале реформе, које су „... вршене у неколико наврата у послиједејтонском периоду, утицале су на облик државног уређења Босне и Херцеговине, по два основа – проширене су надлежности институција Босне и Херцеговине како квантитативно тако и квалитативно, чиме су задовољени федерални стандарди, а створене су и нове бројне институције, посебно према свеприсутним снажним тенденцијама обичне агенцификације државних функција посебно органа државне управе, чиме је институционални систем БиХ, углавном, на само заокружен у складу са федералним и, значајним дијелом, конфедералним принципима,[34] већ је значајно изван институционалне јавне и одговорне контроле и надзора.

Неприхватљиви су, стога, захтјеви за успостављање централизованог институционалног система и унитарног државног уређења у Босни и Херцеговини, да се тзв. европским пословима, односно административним активностима везаним за процес европских интеграција, могу искључиво бавити заједничке институције Босне и Херцеговине. Напротив, ови послови треба да су распоређени и на ниже нивое власти, примарно на ентитетски ниво. То је оправдано тим више што уставне промјене нису услов европских интеграција. Коначно, господари овог процеса морају бити само домаћи органи и институције Босне и Херцеговине и ентитета. Од страних чинилаца може се тражити и очекивати једино стручна, односно техничка помоћ и материјална подршка и помоћ.

[34] Вид. Г. Марковић, *Босанскохерцеговачки федерализам,* Београд-–Сарајево, 2012, 456.

Процес европских интеграција, поред преузимања комунитарних вриједности и тековина, истовремено подразумијева стабилно и функционално демократско политичко уређење, уређен и ефикасан економски систем и социјалну сигурност, прихватање и провођење стандарда и критеријума модерних и развијених држава и народа, политичку стабилизацију и успостављање регионалне сарадње, уклањање посљедица недавних "трагичних сукоба у региону" и успостављање истинске толеранције, недискриминације и немајоризације.

Када се буде указала потреба да Босна и Херцеговина изврши прилагођавање свог устава ради стварања правног основа за приступање Европској унији[35], биће потребно да се у њега угради одредба која ће уредити однос између ентитетског нивоа власти и заједничких институција Босне и Херцеговине у обављању европских послова, а да се при томе испоштује начело супсидијарности и омогући ентитетима да заштите своје интересе. Уставне промјене које једна држава спроводи да би припремила свој правни систем за ступање у чланство у Европској унији,[36] према компаративном искуству,[37] требало би да обухвате сљедећа питања: прво, мора се увести одредба којом се обезбјеђује уставноправни основ за чланство у Европској унији, као и питање преноса одређеног дијела државног суверенитета на институције Европске уније; друго, потребно је уредити однос између комунитарног и националног права, тј. правни статус извора примарног и секундарног права Европске уније у унутрашњем правном поретку.

Поједини аутори указују на то да би уставне промјене[38] требало да уреде и функционисање институција државе чланице у односу на европски институционални оквир и прецизирање уставносудског дјелокруга у условима чланства,[39] затим навести европску интеграцију као основни циљ земље; утврдити принципе њене имплементације и др. Али, ове уставне промјене не могу да утичу на облик државног уређења и владавине, њима се ни од једне земље не захтијева унитаризација, нити

[35] Босна и Херцеговина је 16. јуна 2008. године у Луксембургу потписала Споразум о стабилизацији и придруживању са Европском унијом.

[36] Члан 203. Уговора о оснивању Европске заједнице утврђује: „Савјет је састављен од представника сваке државе чланице на министарском нивоу, који је овлашћен да обавеже владу те државне чланице."

[37] Вид.: М. Благојевић, *Европске интеграције и Република Српска*, у „Значења", Добој, број 62, год. 2008, 53–55.

[38] М. Хердеген, *Европско право,* Правни факултет Свеучилишта у Ријеци, Ријека, 2003, 76.

[39] S. Rodin, "Pridruživanje Hrvatske Europskoj uniji: preobrazba pravnog sustava", 229. http://www.pravnadatoteka.hr/pdf/aktualno/hrv/20030528/rodin_cro.pdf

централизација. Напротив, пожељно је да се држава придржава принципа децентрализације.

С обзиром на то да је босанскохерцеговачки устав својеврстан међународни уговор, поставља се питање како га могу мијењати субјекти који нису његови доносиоци, односно потписници.[40] То показује да су мјесто и улога заједничких институција Босне и Херцеговине и степен њихове самосталности у директној зависности од воље, аката и поступака међународне заједнице.[41] Истовремено, у Босни и Херцеговини се „не може ни случајно уставним промјенама постојећег уређења оживјети идеја унитарне Босне и Херцеговине са доминацијом једне (били које) нације".[42] Евентуалне његове промјене могле би само „...послужити уклањању слабости у Уставу које је пракса показала, а Устав би добио на легитимитету".[43]

Када је ријеч о статусу ентитета – државотворних дијелова у Босни и Херцеговини, њихов положај и „...лојалност заједничкој држави заснива се на поштовању дејтонских рјешења и очувања њеног политичког, националног, етничког, културног и сваког другог облика опстанка, идентитета и субјективитета."[44] Насупрот томе, ентитети имају сва потребна уставна, политичка и демократска средства и механизме заштите свог уставног положаја, јер су они двије равноправне и јединствене територијално-политичке јединице највишег уставноправног нивоа у саставу Босне и Херцеговине. При томе, највиши акт државе је својеврсни, међународни, верификовани уговор између Републике Српске и Федерације Босне и Херцеговине.[45]

---

[40] Устав Босне и Херцеговине (члан III, тачка 2а), б), ц) и д); затим тачка 3а) и б); тачка 4 и тачка 5);

ЕНТИТЕТ – француски entite – биће, од лат. Ens – биће, а у међународном праву овај израз се користи превасходно за означавање оних творевина, односно организација које нису државе али им се у поред тога признаје одређени међународноправни субјективитет (Б. Кривокатић, *Лексикон међународног права*, Београд, 1998, 115).

[41] Члан X тачка 1. Устава Босне и Херцеговине предвиђа поступак његових промјена, тако да "...устав може бити мијењан и допуњаван одлуком Парламентарне скупштине, која укључује двотрећинску већину присутних и који су гласали у Представничком дому." У процесу промјене Устава није предвиђена надлежност Вијећа народа, али се, при томе, мора имати у виду то да је чланом IV, тачка 3, подтачка ц) (Процедуре), у погледу законодавног поступка, предвиђено да ће сваки законски акт захтијевати пристанак оба дома.

*Устав Републике Српске је до сада мијењан и допуњаван седамнаест пута са 122 амандмана.*

[42] Р. Кузмановић, *Нови есеји о уставности и државности*, Бања Лука, 2010, 85.

[43] М. Јовичић, *Референдум у свету и код нас*, Страни правни живот 39 (1963) Београд, 5.

[44] М. Касаповић, *Босна и Херцеговина: Десет година након Дејтона*, „Статус", магазин за политичку културу и друштвена питања, Мостар, бр. 8/2006, 70.

[45] Р. Кузмановић, *Државноправне реформе и Споразум о стабилизацији и придруживању,* Правна ријеч, бр. 27/2011, Бања Лука, 11.

Такође, потребно је истаћи и то да и постојећи Устав пружа довољно могућности да Босна и Херцеговина буде функционална, демократска и модерна држава и да као таква може да уђе у евроатлантске интеграције.[46] Притом, посебно наглашавамо да „Република Српска није *corpus senaratum* у Босни и Херцеговини већ политичка јединица, односно федерална јединица у оквиру Босне и Херцеговине“.[47]

Првенствено, неопходна је подређеност и државе и свих органа јавне власти Уставу и законима,[48] што је неопходан услов демократских процеса, владавине права и обезбјеђивања постојања и дјеловања цивилног друштва. [49]

Такође, не може се избјећи чињеница да се друштво налази у транзицији и да је оптерећено низом послијератних тешкоћа. Стога, уставна и правна рјешења и њихово остваривање, у складу са међународним стандардима и вриједностима, наилазе и на веома озбиљне потешкоће. Они се могу отклањати само уз пуну политичку, привредну и социјалну стабилност.[50] Али, истовремено, неповољна и са непредвидивим посљедицама, политичка, економска и социјална кретања, као и сукобљени унутрашњи интереси и међународни патронат, доводе у питање оптимално остваривање демократије и поштивање људских права и слобода гарантованих Уставом Босне и Херцеговине, пратећим међународним актима и уставима ентитета, управо у смислу да се пред све нас поставило јаче „...него икад сазнање да зависимо једни од других“.[51]

Стога, основни циљ је да се омогуће услови да сви живе слободно, достојанствено и сигурно и да се као такви афирмишу као чланови друштвене заједнице, у складу са својим способностима и квалитетима. Своје тежње и циљеве они морају остваривати у оквирима дозвољеним

[46] О промјенама устава у теоријскоправном смислу види: О. Вучић, *Промене и трајање устава*, Београд, 2005.

[47] П. Куниh, *Деформација Дејтонског споразума ка унитарној Босни и Херцеговини*, Зборник радова са научног скупа „Република Српска – десет година Дејтонског мировног споразума“, АНУРС, Бања Лука, 2005, стр. 153.

[48] М. Игњатијеф: *Људска права као политика и идолопоклонство*, Службени гласник, Београд, 2006, 31.

[49] Циљ закона није да укине или ограничи, већ да очува и увећа слободу... тамо гдје нема закона нема ни слободе (Џон Лок).

[50] Види шире: Р. Томаш у Зборнику Босна и Херцеговина – 2014. Гдје желимо стићи?, Фондација „Фридрих Еберт“, Сарајево, 2009, 67–68. и 71–72. Овај аутор у свом раду, поред осталог, наводи: „...Босна и Херцеговина је дезоријентисана земља: нико нема озбиљну визију у наредних пар година, а камоли деценија. Међутим, без дугорочније визије нема развоја...“

[51] Џ. Е. Стиглиц, *Противурјечности глобализације*, Београд, 2004, 290.

уставом, законом, друштвеним, моралним и обичајним нормама.[52] За модерну уставну и демократску државу и њен уставни и правни поредак није довољно само нормирати права, основно је створити организоване и ефикасне институције парламентарне, извршне, судске и административне механизме надзора и контроле, како у земљи, тако и у оквиру шире међународне судске заштите.[53]

У условима вишестраначја, због недовршености модела, организације и структуре политичког система (политичке странке као „нужан производ демократије“), све наглашеније у самом државном и политичком систему се ствара паралелан, у значајној мјери ванинституционални систем, чиме они све више постају „режим партија“. Такође, још увијек политичке странке, њихове елите и лидери, никако да схвате и прихвате – да они не могу да непосредно врше власт, нити да је потчине себи. Јер, они могу само да демократским средствима обликују политичку вољу и интересе и потребе грађана. Међутим, насупрот томе, умјесто демократизације друштва, изворне и истинске демократије – све видније постоји партиократија, режим политичких партија, ванинституционално дјеловање и одлучивање.

Међутим, поједини аутори истичу да “...нема доживљаја повијести, заједничке религије или јединствене културе које би могле бити његово извориште, као у националним државама. Нема ни великих догађаја у повијести који би повезивали припаднике различитих етничких или културних заједница и били извориште заједничког политичког идентитета, као у неким мултикултурним државама...“[54] Дакле, то не доприноси очувању, нормалном, ефикасном и самоодрживој организацији и функционисању Босне и Херцеговине. У пракси, она је држава која се састоји од „...два дијела“ (В. И. Клинтон, 1995), у којој постоји међусобно неповјерење и национални и религијски антагонизам. Утисак је да „њена три конститутивна народа не желе заједнички живот“, а „...разједињена кућа не може да опстане“ (А. Линколн, 1858). Стога је сасвим оправдано указивање на то да је изградња опште привржености новој босанскохерцеговачкој држави могућа само потпуним поштовањем засебних идентитета, а не њиховим потирањем и потискивањем.

[52] Ј. С. Мил: *О слободи*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 21.

[53] М. Пауновић, С. Царић: *Европски суд за људска права – надлежност и поступак*, Правни факултет, Београд, 2007, 33.

[54] М. Касаповић, *Босна и Херцеговина – подијељено друштво и нестабилна држава*, „Политичка култура“, Загреб, 2005, 199; Ђ. Вуковић и А. Врањеш, *Национални и политички идентитет у контексту медијске одговорности,* “Политеа”, Научни часопис ФПН, Бања Лука, 2011, 131–132.

С обзиром на то да је Босна и Херцеговина земља компромиса, уставна реформа није немогућа без договора и сагласности свих страна о свим питањима па и онима о уставној реформи. Супротно томе, промјене би могле бити извор нових неспоразума, подјела и тензија, а што није жеља народâ Босне и Херцеговине. Углавном, досадашње иницијативе за уставне промјене биле су и непотпуне, па и недобронамјерне, а често и утопистичке, јер предвиђају неостварив државу и тиме руше саме темеље дејтонских рјешења, јер и даље се у први план ставља укидање ентитета, односно Републике Српске, унитаризација државе, централизација власти и стварање једног државотворног народа. Ради се о истицању политичких и религијских циљева, а у државотворном уређењу је само тражење и враћање традиционалних и преживјелих модела већ осуђених на овим просторима.[55]

Зато ни улазак у евроатлантске интеграције[56] не може и не смије бити повод да се врше уставне промјене и траже рјешења супротна дејтонској конструкцији. Тиме би се нарушио унутрашњи баланс, колективна права и равноправност конститутивних народа. Уз реформе које се проводе и које ће се проводити, уставна реформа треба да, прије свега, обезбиједи значајно побољшање услова живота становништва, напредак у свим областима живота и испуњавање услова за придруживање богатим и демократским државама и народима.

Уставним промјенама жели се успостављање "унитарне и централизоване државе, као и нова и актуелна кодификација и конституционализација власти и друштва". Али, при томе, из вида се губи то да „... држава и друштво се не граде честим мијењањем устава, већ његовом примјеном и активним радом институција".[57] Разумљиво је да је у постконфликтној ситуацији постојало, и још постоји, недовољно повјерења, искрености и спремности на културни дијалог, толеранцију и помирење између етничких група и њихових вођа. То је значајно због "опробане поуке из прошлости", јер "сва прошлост, без сумње, није на нашој страни, па треба присвојити заиста само онај део који нам с правом припада."[58]

[55] Историјски и правно гледано, Босна и Херцеговина као, раније федералне јединице, јесте авнојевска и завнобиховска тековина у Другом свјетском рату, створена у доба најстрашнијег геноцида у историји ових простора, вођеног државном политиком Независне Државе Хрватске, чији је циљ била ликвидација Срба, Јевреја и Рома.

[56] На основу Вашингтонског споразума истовремено је почетком 1994. године донесен Устав Федерације Босне и Херцеговине и тиме утемељена Федерација Босне и Херцеговине и пројектована конфедерација Федерације БиХ и Републике Хрватске..

[57] Р. Кузмановић, *Есеји о уставности и државности*, Бања Лука 2004, 381.

[58] М. Екмечић, Предговор у књизи: *Српски писци и научници о Босни и Херцеговини*, приредио Здравко Антонић, "Службени лист СРЈ", Београд 1995, 9.

Стога се, и убудуће, морају заштитити интереси двају ентитета и трију конститутивних народа, с једне стране, и обезбиједити одговорна, дјелотворна и ефикасна власт на свим нивоима, с друге стране.[59]

Стога, на европском, транзицијском и демократском путу, само постојање квалитетног, конзистентног и кохерентног уставног и правног система државни и друштвени поредак чини стабилним, а грађане сигурним и заштићеним у остваривању њихових слобода и права. С обзиром на то да је „...Устав Босне и Херцеговине успоставио ...сложену институционалну структуру, која је и даље неучинковита и различито се тумачи", „компликован је процес доношења одлука што доприноси кашњењу у проведби структуралних реформи и смањене способности земље да оствари напредак у процесу приступања Европској унији. Неколико вјеродостојних корака предузето је у циљу побољшања процеса усвајања кључног законодавства важног за европске интеграције и усклађивања законодавства између државног нивоа власти и ентитета."[60]

У процесу европских интеграција[61] посебан изазов јесте усклађивање унутрашњег правног система са *acquis*-ем Европске уније. Институције Босне и Херцеговине изразиле су политичку посвећеност за приступање Европској унији,[62] а потписивањем Споразума о стабилизацији и придруживању између европских заједница и њихових држава чланица, с једне стране, и Босне и Херцеговине, с друге стране, преузета је међународна обавеза да се унутрашње право у областима које обухвата споразум усклађује са *acquis*-ем Европске уније.[63] Да би се ова оба-

[59] Р. Кузмановић, "Савремене уставне промјене као начин кодификације и конституционализације власти и друштва", у књизи *Устав lex superior*, Београд, 2004, 270.

[60] Извјештај Европске комисије о напретку Босне и Херцеговине у 2011. години, Брисел, 12.10.2011, 6.

[61] Council conclusion on Western Balkans, Press Release – 2903rd Meeting of the Council, General Affairs and External Relations, 15396/08, Brussels, 10 and 11 November 2008.

[62] Општи правци и приоритети за провођење спољне политике Босне и Херцеговине, Предсједништво Босне и Херцеговине, број: 01-645-30/03, Сарајево, 26. март 2003. И остали органи су усвојили одређене акте: Одлука Савјета министара БиХ о иницијативи за приступање Европској унији, „Службени гласник БиХ" број 3/99; Резолуција Парламентарне скупштине о европским интеграцијама и Пакту стабилности, „Службени гласник БиХ" број 12/99; Резолуција Парламентарне скупштине о убрзавању процеса приступања Босне и Херцеговине у чланство Европске уније „Службени гласник БиХ" број 27/08.

[63] Споразум о стабилизацији и придруживању између европских заједница и њихових држава чланица, с једне стране, и Босне и Херцеговине, с друге стране, „Службени гласник БиХ – Међународни уговори" број 10/08, до ступања на снагу ССП-а, примјењује се Привремени споразум о трговини и трговинским питањима између Европске заједнице, с једне стране, и Босна и Херцеговине, с друге стране, „Службени гласник БиХ – Међународни уговори", број 5/08.

веза успјешно остваривала, на што је указала и Европска комисија, потребно је успоставити одговарајуће поступке и институције надлежне за провођење и координацију процеса правне хармонизације. [64]

Конститутивност Бошњака, Хрвата и Срба један је од уставних темеља босанскохерцеговачке државе и друштва. Због традиционалне измијешаности нација[65], религија и култура, одређивање носиоца суверене власти у Босни и Херцеговини подразумијева комбинацију националног и грађанског принципа, при чему је посебна улога трију најбројнијих, конститутивних народа. [66]

Као сложеној држави, односно државној заједници која се заснива на уставном начелу да ће она бити "демократска, правна држава и са слободним демократским изборима", у Босни и Херцеговини тешко је и замислити стабилан развој демократских односа и институција без остваривања конститутивности и пуне равноправности двају ентитета и трију њених народа на цијелој територији. Тиме ће, коначно, легитимна конститутивност народа и легитимност власти почивати на „сагласности оних којима се влада, односно да и држава и њен систем издигну поштовање човјека и његовог достојанства до општеприхваћених начела".

При томе, потребно је истаћи да „...у демократији носитељи власти се бирају, они су одговорни народу, они се на власти мијењају... а потребно је да постоје политичке странке спремне да организирано приступе изборима и на мирољубиву критику актуелне власти... да постоји мјера повјерења и консензуса о темељним вриједностима... изван уставног поретка не смије се наћи нити једна значајна социјална, етничка или политичка група (M. Keaitn, 1995)."[67] Од прворазредног значаја је постојање и остваривање права на аутономност људи и народа,

[64] Извјештај о напретку Европске комисије за 2012. године за Босну и Херцеговину указује на потребу да се успостави: „ефективан механизам координације између различитих нивоа власти за транспозицију, примјену и провођење прописа ЕУ остаје да буде учињено као приоритетно питање, тако да држава може да говори једним гласом о питањима у вези са ЕУ и да ефективно користи претприступу помоћ ЕУ." European Commission, *Commission Staff Working Document – Bosnia and Herzegovina 2012 Progress Report*, SWD(2012) 335 final, Brussels, 10.10.2012, p. 5.

[65] "Сваки народ има не само право него и дужност да своју народност брани свим правним средствима која су му у власти" (Ј. Бошковић, *Скупљени списи* II, 204).

[66] Вид.: Р. Марковић, *Уставно право,* четрнаесто осавремењено издање, Београд, 2010, 159. Аутор истиче: "Данас су ретки устави који садрже одредбу о томе да је држава чију уставну организацију утврђује суверена". То су учинили само ријетки устави, као што су: Финске од 1919, Румуније од 1948, Португалије од 1976, СРЈ од 1992. итд.

[67] А. Бачић, *Уставно право*, Правни факултет у Сплиту, 1997, 5.

право на народносни идентитет, националну, културну и историјску баштину.[68]

Зато искључивање "осталих", који не припадају једном од конститутивних народа у кандидовању и бирању за члана Предсједништва и за чланове Дома народа Парламентарне скупштине Босне и Херцеговине, представља, и према одлуци Европског суда за људска права (2009), дискриминацију која крши Европску конвенцију о заштити људских права и основних слобода.[69]

С обзиром на то да изборни инжењеринг са лажним гласачима у Сребреници (2012) није успио и да је остао некажњен, остала је тежња да се исти рецепт примијени у цијелој БиХ и на општим изборима (2014). 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 поменуте коалиције 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 дерогираће и основну правну, политичку и моралну суштину бирачког права као темеља демократије и народне владавине, а изборе и изборни систем претворити у најконкретнији манипулативни инструмент политике.

Манипулација питањима личних докумената наставља се у Босни и Херцеговини доношењем закона о јединственом матичном броју, држављанству и пребивалишту, чиме се обезбјеђују услови за редовно издавање личних докумената и бебама и одраслим.

Међутим, бошњачки посланици и вођа коалиционог блока „1. март", ширећи говор мржње и друге незаконите активности, траже од представника међународне заједнице да пониште закон о држављанству због наводне дискриминације „стотине хиљада Бошњака који живе у дијаспори". Овакве и сличне иницијативе противне су дејтонским рјешењима и уставним надлежностима државе и ентитета.

[68] В. Черчил, говорећи у Цириху 1943. године о будућности европских држава и народа, поред осталог, истакао је: „Прије или касније цијела Европа ће се морати ујединити и све главне бранше европске породице ће једног дана постати партнери. Морамо постићи највећи ниво интеграције Европе који је могућ, а да при томе не уништимо њене индивидуалне карактеристике и традицију њених многих древних народа."

[69] Вид.: 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 послије Дејтона, уредили: Д. Абазовић и S. Hammer, ФПН, Сарајево, 2010, стр. 109.

Оснивање оваквих и сличних удружења првенствено је интерес оних политичких странака, група и појединаца који се још од преддејтонског периода нису помирили са постојећим уставноправним моделом државе и друштва и који још од завршетка ратних сукоба не прихватају да дејтонска рјешења представљају основ заједничког живота.

Нису познати случајеви да се грађани из других држава пријављују за гласање у некој земљи осим ако немају двојно држављанство, те да се унутар неке државе грађани исте националности пријављују на другом подручју да би повећали изборно тијело. Све то говори о томе да се ради заправо о тежњи за доминацијом једног над другим народима и стварању органа јавне власти који ће обезбиједити њихов одлучујући утицај у организацији, структури и животу на нивоу БиХ, као и у свим нижим територијалним и политичким заједницама.

Коначно, у оцјењивању догађаја из претходних ратних сукоба мора постојати довољно објективног, уравнотеженог и уједначеног приступа свих страна у Босни и Херцеговини и ван ње, а посебно када је у питању кршење међународног и хуманитарног права и однос према узроцима, карактеру и посљедицама ратних сукоба. Неопходно је постићи консензус о томе да „трагични ратни сукоби“ у Босни и Херцеговини, што потврђују и научни, стручни и историјски критеријуми и стандарди, имају карактер грађанског, вјерског и религијског рата, са високим степеном укључености међународног фактора.

Потребно је, и на крају имати у виду и то да скоро сви народи врше националну хомогенизацију и удруживање, а национално питање одавно је примарно демократско питање. Зато основна нит која може да повезује народе у Босни и Херцеговини јесте истинит одговор на историјски, национални и културни идентитет и могућности успостављања и одржавања мултинационалне, мултикултуралне и мултирелигијске заједнице државотворних колективитета, конститутивних народа, осталих и грађана.

**Prof. Mile Dmičić, LL.D.**
**Law School, Banja Luka University**

***Abstract:*** *The primary aim of this paper is to contribute to a range of interpretations of the question of (non) realisation of the need for constitutional reforms in the context of transition, democratisation and European integrations and to identify the time, nature and scope of these reforms.*

*The paper analyses certain significant elements of Bosnia and Herzegovina state and its society including various aspects of realising, but also changing constitutional solutions at the state and entity level.*

*The author wishes to accentuate the need for establishing and maintaining an open dialogue, sincere and mutual relationship and understanding of everything that has preceded the Dayton solutions in Bosnia and Herzegovina, including everything that supports their full implementation. Henceforth, the author insists on preserving the established constitutional status, territorial integrity and equality of entities, which assumes necessary agreement, trust and equality of constituent peoples, citizens, and others.*

*Preserving Dayton solutions and previously established goals, content and scope of pertained constitutional reforms, purports providing full consensus of two entities and three equal constitutent peoples, including signatory states and peace agreement guarantors, bearing in mind the respect of constitutionally established process of constitutional reforms.*

*The existing government does not represent an obstacle to joining the European Union and as such, based on the Dayton solutions, harmonised with the pacta sunt servanda principle, must be preserved. Instead of finding a "true measure", creating a vision, responsibility, value system, identity, tolerance, human and civil dignity, the stage is overwhelmed with different interpretations of its legal nature, the form of government, especially the cause, character and effects of tragic events, which, truth be told, must be properly analysed and a final model of Bosnia Herzegovina state jointly established.*

***Key words:*** *The Dayton Peace Agreement, Constitution, constitutional reforms, transition, European integrations, European community law.*

УДК 342.565

# НАЧЕЛО ПОДЕЛЕ ВЛАСТИ И УСТАВНОСУДСКА КОНТРОЛА
## с посебним освртом на искуство Уставног суда Србије

**Проф. др Боса М. Ненадић***

***Апстракт:*** *Уставно судство се од самог почетка сматрало основним гарантом уставом успостављених односа међу различитим органима власти, а потом и њихового односа према грађанима. У својој скоро столетњој пракси, уставни судови доприносили су обликовању принципа поделе власти, као једног од базичних принципа уређења и организације власти савремених држава. Увид у праксу уставног судства, казује да је принцип поделе власти, од основног начела правне државе које уставни суд треба да штити, временом постао критеријум за решавање различитих уставних спорова, односно мерило за интерпретацију уставних норми.*

*У раду се посебно указује како је Уставни суд Србије, својом праксом и политиком уставног надзора, допринесио моделирању уставом прокламованог принципа поделе власти, те колико су његове одлуке утицале на трансформисање вршења "политичке власти" (законодавне и извршне), али и на вршење функције судске власти, која се, у тријалистичкој подели власти, опредељује као независна и самостална.*

***Кључне речи:*** *подела власти; законодавна, извршна и судска власт; уставни надзор (контрола); уставни суд; уставни спорови.*

## I

Утемељивачи доктрине поделе власти били су уверења да се државни апсолутизам може ограничити само другом влашћу исте снаге, те да се политичка слобода грађана не може обезбедити ако је држав-

* **Судија Уставног суда Србије**

на власт сконцентрисана у рукама једног лица или једног органа. Стога су, у ствари, Монтескје и његови следбеници, доктрином о подели власти желели да појединцу пруже веће гарантује политичке слободе.[1] Исказано правничким језиком подела власти је нужна „ради обезбеђења складног функционисања државе и истовременог гарантовања слободе грађанима", јер концентрација власти на једном месту иде на штету демократије и „општег добра друштва".[2] Уз то, власт се не може вршити на арбитреран и неконтролисан начин. Да би се злоупотребе власти избегле потребно је да власт зауставља (кочи) власт *(„le pouvoir arrete le pouvoir")*, на начин да је свака власт (законодавна, извршна и судска) независна од других, чиме се успоставља баланс и равнотежа власти. Наравно, да подела власти, тј. систем кочница и равнотеже *(checks and balances)* не искључује одређене форме (облике) сарадње међу органима власти.

Начело поделе власти доживело је широку примену, уз врло различито обликовање у уставним текстовима и у друштвеној стварности. Са незнатним изузецима, у свом тријалистичком облику, оно и данас стоји у темељима „политичке организације" држава широм света, упркос сталним предлозима и идејама за успостављање „неке нове деобе власти".[3]

Оживотворење поделе власти у реалном животу показало се далеко захтевнијим и сложенијим процесом од њеног теоријског обликовања и било ког уставног или другог нормирања.[4] Већ крајем XIX века либе-

[*] Овом темом аутор се бавио и у реферату припремљеном за IX конгрес Светског удружења за уставно право, који је одржан у Ослу, јуна 2014. Види: B. Nenadic, *Le principe de séparation des pouvoirs et le contrôle de constitutionnalité*, IXe Congrès mondial de droit constitutionnel «Défis constitutionnels: Globaux et locaux», atalier 15: Les mutations du principe de separation des pouvoirs,Oslo, 16–20. Juin 2014.
http://www.jus.uio.no/english/research/news-and-events/events/conferences/2014/wccl-cmdc/index.html/

[1] Montesquieu, *De l' Esprit des Lois,* I, Paris, 1969, p 164. Инспирисани овим ставовима још су француски револуционари у Декларацији о правима човека и грађанина (1789), записали да: „свако друштво у којем није обезбеђена гарантија права, нити утврђена подела власти нема уопште устав" (чл. 16.).

[2] C. B. McPherson (ed.), *John Locke Second Treatise of Government*, Indianapolis and Cambridge: Hackett Publishing Company, 1980, Sect. 159.

[3] Иако неки веома познати конституционалисти предлажу „нову деобу власти" са циљем да се пронађу одговори на изазове модерног доба, традиционална идеја о деоби власти и даље је једна од заједничких карактеристика не само савремених уставних текстова, већ и политичке праксе. О томе зашто традиционална деоба власти захтева промене вид. B.Ackerman, *The New Separation of Powers,* Harvard Law Review, sv. 113, 3/2000, 634–729. и A. Sajo, *Dangerous liaisons: checks and balances and the separation of powers* (Ch. 3) – Limiting Government, An Introduction to Constitutionalism, CEU Press, Budapest, 1999, 69–102.

[4] Још је Медисон упозоравао да „саме одредбе писаних устава нису довољне да поставе разли-

рална теорија је озбиљно указивала да до тада развијане уставне и политичке институције у систему парламентарне владе, нису саме по себи довољне за „одбрану“ демократије и слободе, односно за успостављање и одржавање друштвеног поретка у „којем постоји сразмера између количине власти и одговорности“, те да одсуство независне институционалне контроле омогућује носиоцима власти њену злоупотребу наспрам интереса грађана. Континентално европско право било је суздржано према америчком моделу поделе власти и судској (дифузној) заштити права. Даљи развој европског конституционализма обележила је и идеја о организацији државе у којој ће „владавина права надоместити владавину људима“. Идеја о „ограниченим властима“, уз поимање устава као највишег правног акта о организацији власти, али и као фундаменталног закона о индивидуалним правима, подразумевала је и обезбеђење супериорности таквог устава над политиком, односно његову доминацију над свим установљеним властима (и њиховим правним актима и радњама). Укратко, европски конституционализам XX века своје остварење у пракси нашао је у установљењу равнотеже између носилаца власти, изражене кроз принцип поделе власти и у установљењу посебног и независног државног органа који обезбеђује гаранцију поштовања устава – органа који би, у основи требало да функционише „као противтег свим установљеним властима“. Ове идеје добиле су своју прву нормативну потврду у Уставу Аустрије (1920), земље која је успоставила први институционални облик заштите надмоћи устава, као највише правне норме *(lex superior)*.[5] Установљено је посебно уставно тело (одвојено од законодавне, извршне и судске власти), које је његов творац Х. Келзен назвао уставни суд. Овај суд је имао задатак да одлучује искључиво о уставним споровима, чувајући супрематију устава, тј. објективни правни поредак,[6] а тиме и његова темељна начела и основне вредности, међу којима је и начело поделе власти.

До појаве уставног суда, сматрало се да је судска контрола уставности неспојива са парламентарном владом, али и са независном судском влашћу. Доктрина парламентаризма подразумевала је доминацију закона у правном поретку, а доктрина независне судске власти почивала

чите гране власти у оквире њихових законитих права“. *Federalist*, No. 49, New York, 1937, 326.

[5] Идеја о централизованом уставном судству, са ексклузивним правом контроле уставности закона, нашла је своје извориште у захтеву да се у ступњевитом правном поретку, који почива на хијерархији правних норми, кроз уставни надзор (контролу) од стране посебног уставног тела, обезбеди супрематија устава. Вид.: T. Koopmans, *Courts and Political Institutions – A ComparativeView,* CUP, Cambridge, 2003, 63–68.

[6] Више: H.Kelsen, *Judicial Review of Legislation, A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution*, The Journal of Politics, Vol. 4/1942, 183–200.

је на идеји „инстанционе контроле“ и недодирљивости одлука врховног, касационог суда, као „најпросвећенијег“ и „најстручнијег“ међу органима власти уопште.

Уз дотадашњу доминацију принципа *„le pouvoir arrete le pouvoir“*, односно „*checks and balances“*, било је реално очекивати да ће, с обзиром на сврху уставног надзора над деловањем различитих грана власти (оцена уставности њихових аката и радњи), уставно судство бити изложено отпору. Наиме, од самог почетка, контрола уставности стајала је у односу напетости са начелом поделе власти.[7] Међусобни однос ових тела задуго су обележавале „сумњичавост“ и тензије изазване различитим погледима на остваривање уставне контроле. С времена на време, тај однос постајао је изузетно напет. У литератури се бележе и својеврсни „ратови органа“, када су уставни судови почели укидати (поништавати) законе и друге акте, тј. доносити одлуке које владајућој политичкој већини „нису биле по вољи“, односно када су угрожавале „политичке или друге циљеве којима они теже“.[8] Од времена првих озбиљнијих примедби упућених Келзеновом виђењу уставног надзора до данас, написани су томови књига и других радова на тему односа уставног суда и политичке власти (пре свега законодавне). Исто се дешава након ширења уставне контроле на домен судске власти, са темом односа уставног суда и највиших (касационих) судова.

Но, утицај Келзеновог разумевања уставног суда био је изузетан у Европи током XX века, захваљујући, поред осталог, и раширеном веровању да је овај орган могуће уклопити у архитектуру власти са минималним поремећајима у успостављеном „реду ствари“[9]. Установљење и делање аустријског, а посебно немачког уставног суда, било је инспирација и подстицај за прихватање уставне контроле у већини европских земаља, које су се опредељивале за успостављање владавине права и демократије. Без обзира на одређене специфичности сваког од установљених уставних судова, као и оцену да је Келзенов модел у пракси „увелико разводњен“, ипак се може говорити о „европском моделу уставне контроле“. Као његове основне компоненте у литератури се опредељују: *прво,* то је централизовани уставни надзор у коме уставни

[7] И. Пејић, у: *Улога и значај Уставног суда у очувању владавине права*, Београд, 2013, 56.

[8] Вид. A. Barak, *The Judge in a democracy,* Princeton (NJ), 2006, 213–226. и Б. Ненадић, *О јемствима независности уставних судова – са посебним осврtом на Уставни суд Србије*, Београд, 2012, 57–78.

[9] A. S. Sweet, *Constitutional Courts and Parliamentary Democracy, W*est European Politics, Vol. 25, 1/ 2002, 78.

судови уживају ексклузивну и коначну уставну јурисдикцију (на чије одлуке не постоји могућност жалбе); *друго,* уставни судови су ограничени на решавање уставних спорова и давање одговора на уставна питања; *треће*, иако формално одвојени од органа власти, уставни судови су с њима повезани и у сталној су интеракцији и дијалогу; *четврто,* уставни судови контролишу законе по правилу након што ступе на снагу *(a posteriori)*, а изузетно и пре него што закон ступи на снагу *(a priori)*;[10] *пето,* они су постали и непосредни заштитници људских слобода и права зајамчених уставом, тј. органи „у којем су грађани заиста добили свој суд“[11].

## II

Расправа о потреби централизоване уставне контроле, од самог почетка била је повезана са расправом о класичној концепцији поделе власти. Литература сведочи да није било лако одбранити постојање посебног уставног органа, који не припада ниједној од постојећих власти, а који је несумњиво морао располагати изузетно снажним овлашћењима у односу на оне које је требало да контролише.[12] Тешко је било прихватити чињеницу да се представници све три гране власти подреде и повинују не само уставу, већ и његовом чувару,[13] те да уставни суд управо треба да постоји да би „приморао власт“ на поштовање устава.

Од настанка уставног суда до данас отворен је проблем опредељивања његове улоге, односно карактера, у контексту поделе власти. Расправе о карактеру уставносудске контроле произашле су најпре, из потребе да се објасни природа тог новог органа у класичној конструкцији поделе власти. С тим у вези је питање да ли природу (ка-

[10] Упор. A. S. Sweet, *Why Europe Rejected American Judicia Review - and Why it May Not Matter,* 101 Michigan Law Review, 2003, 201–237.

[11] Тако P. Haberle, истиче да уставни суд није само „државни суд“, већ „укупно друштвени суд“, те да су грађани „у њему доиста добили свој суд *par excellence*“. P. Haberle, *Ustavna država,* Zagreb, 2002, 118.

[12] Своју снагу уставни судови непосредно црпе из снаге акта који чувају, односно из супериорности дејства устава у односу на законе и друге акте. Упор. С. Шкарић, *Споредбено и македонско уставно право,* Скопје, 2004, 687.

[13] У бројним уставним и законским текстовима стоји изричито одређење да су одлуке уставног суда не само „коначне и извршне“, већ и „општеобавезујуће“, те заповест уставотворца да су „сви дужни да поштују и извршавају одлуке уставног суда“. Вид. чл. 166. и 177. Устава Србије; чл. 112. Устава Македоније; чл. 151. Устава Црне Горе; чл. 31. Уставног закона о Уставном суду Хрватске; чл. 31 Основног закона о Уставном суду Немачке и чл. 112. Закона о Уставном Суду Словеније.

рактера) овог високог државног органа везати за именицу „суд“ или придев „уставни“, односно шта је то што претежније или битније одређује његову природу? Расправе се и даље воде и око питања: шта значи „типични уставни спор“, односно да ли уставни суд треба искључиво да решава спорове који су „аутентично-правне природе“ или је допустиво да суд расправља и спорове који могу имати „политичко“ значење, односно спорове који претежно испољавају политичку, а мање правну природу. Од почетка је присутно и питање „докле сеже домет“ и где су границе уставносудске контроле јавне власти,[14] те која су овлашћења уставног суда у испитивању уставности аката и радњи законодавне, извршне и судске власти.

Сви уставни судови, независно од земље и времена свог „рађања“,[15] прешли су пут „прилагођавања“ условима поделе власти (мање или више особен). Сви су они тражили „своје место“ у структури поделе власти. Наравно, њихово место увелико је зависило од уставних решења, али и од тога да ли су се ови судови у вршењу уставног надзора опредељивали за „експлицитни судски активизам“ и позицију „борбеног браниоца демократије“, или за „судску суздржаност“ и „умерено или ригидно самоограничавање“, или пак за „пасивност и позицију судске неутралности“.

Да би се улога уставног суда сагледала у контексту начела о подели власти важно је сагледати различите аспекте уставносудске функције.

Најпре, уставни судови у савременим европским земљама, у којима је уставни надзор не само централизован, већ увелико и универзалан, играју важну улогу како у процесу стварања, тако и у процесу реализације (примене) права. Ако се уставни суд посматра у контексту правног поретка и очувања супрематије устава, тј. ако се његова улога „гардијана“ („чувара“) устава, одређује са аспекта одржавања јединства и хармоније у правном поретку, уставни суд има положај органа чији је основни задатак да „прогласи право“, те да из правног поретка отклони (ампутира) опште акте противне уставу, или да спречи њихово ступање на снагу. За разлику од почетних фаза уставног судовања, вре-

[14] По T. Koopmans-у, границе судског надзора постављају пре свега, политичка питања, тј. питања која је устав резервисао само за политичке гране власти. T. Koopmans, op. cit., 51.

[15] Прва генерација уставних судова, после аустријског Уставног суда, настала је након пада тоталитарних система у Немачкој и Италији. Друга генерација је стасала у сличним околностима у Шпанији и Португалији, док је трећа генерација уставних судова деведесетих година прошлог века настала у бившим социјалистичким земљама. Упор. L.Solyom, *“The Role of Constitutional Courts in the Transition of Democracy”*, International Sociology, Vol. 18(1), 2003, 133. и И. Пејић, op. cit., 56.

меном је постајала све израженија пракса да уставни судови не доносе само једноставне одлуке о томе да ли је закон (не)уставан, већ да све чешће прибегавају доношењу тзв. интерпретативних одлука, различите врсте и садржине, приближавајући се тако најнепосредније легислативи.[16] Наиме, њихова улога се све више веже са оном коју имају носиоци легислативне власти уопште, иако теоријски посматрано главни задатак уставних судова није стварање права, већ пре свега његово тумачење. И управо овакво делање уставних судова временом је водило ка томе да је граница између тумачења и стварања права у стварности постала крајње еластична.[17]

Овом приликом оставићемо по страни основну улогу уставног суда као „негативног законодавца" и његово овлашћење да може да касира (укине или поништи) противуставни акт било ког државног органа (законодавне, извршне и судске власти), а у неким земљама (каква је и Србија) и да наложи, тј. одреди начин извршења својих одлука, јер је она у теорији увелико апсолвирана, а у пракси мање спорна. Указаћемо на његову важну улогу у процесу тумачења уставних норми и његову слободу у том домену. С обзиром на ширину и апстрактност уставних норми, постављени уставни циљеви могу бити остварени на различите начине, при чему сваки од њих може да нађе своје оправдање или разлог. Но, једино је уставном суду додељена „дискрециона власт у погледу креативне интерпретације" (*W.Geiger*), и утврђивања „правог значења" уставне норме. За претпостављање је да ће и уставни судови најпре делати у духу Монтескјевог учења, тако што „проглашавају право" конкретизујући правне норме формалном интерпретацијом устава. Али пракса говори да они чине и више од тога, те да као креативни интерпретатори права, својим одлукама делују „у духу" устава, али и прилика и времена у коме то чине. Наиме, врло често уставни судови

[16] Највећи део посла судије уставног суда састоји се управо у тумачењу устава и права уопште (укључив и међународне документе о људским правима). Модерни уставни надзор темељи се и на активности коју заправо омогућавају празнине које остају у широким и општим одредбама устава, па и закона. Отуда и оцене да се „креативна улога уставног суда" показује нарочито у случају тзв. инертности уставотворца и законодавца.

[17] У теорији се уставни судови све чешће називају и „позитивним" законодавцем. Каже се да су они и „уставотворне скупштине у сталном заседању", „законодавци из сенке", „трећи – специјализовани дом парламента", „прикривени законодавци", „врховна легислатива" и др. Опширније A. S. Sweet, *Complex Coordinate Construction in France and Germany"*, in C.N.Tate & T.Vallinder (eds.) *The Global Expansion of Judicial Power*, New York University Press, 1995, 225. и B. Nenadić, *Constitutional Court of Serbia from a Negative to a Positive Legislator*, International Conference "The Position of Constitutional Courts and Their Influence on the Legal Order of the State", Košice, 2013, 157.

својим одлукама доводе „у рационалну везу“ значење уставних норми и уставних институција са реалним окружењем.[18] У том смислу, улога уставних судова је посебно значајна, па се може рећи да је савремено доба развило и добило нову функцију овог уставног органа. Она се у бити огледа и у интерпретативној еволуцији устава, који без формалне ревизије доживљава еволуцију у разумевању и поимању његових норми (И. Пејић).

Дакле, неспорно је да уставни судови, и по својој основној улози „негативног законодавца“, у значајној мери могу бити инволвирани у законодавни процес, посебно када контролишу уставност „недовршеног“ законског процеса (контрола *a priori)*, или кад *ex officio* покрећу поступак за оцену уставности аката законодавне власти, или кад налажу законодавцу како да изврши његову касаторну одлуку. Надаље, доношењем интерпретативних одлука уставни судови у суштини продужавају живот (не)уставним законским нормама (неутрализовањем њиховог уобичајеног смисла), а попуњавањем правних празнина дописује (и допуњује) не само законска, већ и уставна решења. Отуда и стална упитаност да ли на овај начин уставни судови излазе изван њихове основне функције и значи ли то својеврсно преузимање подручја уставотворца и законодавца (па и судске власти, којој је традиционално и припадала функција тумачења права које примењује).

Сагледавајући судску страну функције уставних судова, најбројнији су они који тврде да је уставни суд пре свега суд „и по свом роду и по својој сржи“ (нашта упућује и назив овог органа – сем ретких изузетака, као и начин вршења његових функција – „решавање спорова“ и „изрицање санкција“).[19] У осталом каже се да га тако изричито опредељују и поједини европски устави.[20] Укратко, тврди се да „уставно судство све у свему, тј. у збиру представља ’право’ судство, чији предмети често јесу ближи политици од предмета о којима одлучују стручни судови“ (H. J. Papir).[21] Констатује се даље и да овај суд одлучује о „ау-

[18] Подсетимо се и речи В. Зоркина, „да је устав оно што треба бити, а живот оно што постоји“, те „да није могуће постићи апсолутну хармонију између потребног и постојећег“, али да то не ослобађа никог а то значи ни судије уставног суда, да се свим снагама морају потрудити да оптимизирају однос између те две величине, и да при том стално буду свесни да „оптималан“ не значи „идеалан.“ В. Зоркин, *Кризис, доверия и государство. Конституционные нормы и законы-не должны вступать в жесткое противоречие с реальностью*, Российская газета- Федеральнй-выпуск N. 4887, от 10.апреля 2009. г. www.rg.ru/2009/04/10/Zrokin. html

[19] Р. Лукић, *Уставност и законитост у Југославији,* Београд, 1966, 95–96.

[20] Вид. Б. Ненадић, op. cit., 50.

[21] H. J. Papir, op. cit., 34.

тентичним правним споровима“ уставног карактера, као што редовни судови решавају конкретне правне спорове (*E.Kaufmann*).[22] Међутим, и овог пута треба констатовати да често, ни из нормативне ни процедуралне перспективе, није тако једноставно обезбедити прецизну „деобу“ овлашћења између уставног и редовног судства у заштити људских права, а још мање уравнотежен и складан однос уставног и врховног суда у поступку уставног надзора судске власти.[23] На крају, додаје се да је Уставни суд због своје улоге „суд над судовима“, односно „општи судски контролор“.[24]

Уочљива је чињеница да традиционална доктрина о подели власти у присуству уставног судства еродира, те да све три гране власти делују у сасвим новом окружењу, потпадајући „под ауторитет стално развијајућег уставног права“[25], док утицај уставних судова у стварању и примени права постаје све отворенији. Очигледна је „реконфигурација околине“ политичког и судског одлучивања – често се има утисак да је уставна контрола постала нова фаза законодавног, односно судског поступка, тј. да је постало уобичајено да се на законодавни поступак наставља поступак уставног надзора, као што се и на процес заштите људских права окончан пред највишим судовима у земљи, наставља пред уставним судом. Законодавна и извршна власт не може више да рачуна да је поступак одлучивања о тексту закона окончава у парламенту, односно да је закон правно перфектан и недодирљив.[26] То исто се може констатовати и за акта судске власти, у системима у којима је уведена пуна уставна жалба за заштиту основних људских права пред уставним судом.

Укратко, увид у праксу европских земаља у којима активно дела уставно судство најбоље илуструје европски „нови конституционализам“ у којем се законодавство и судство морају „подвргнути нор-

[22] F. Nova, *Political Innovation of the West German Federal Constitutional Court: The State of Discussion on Judicial Review,* The American Science Political Review Vol. 70, No.1, 1976, 114–117.

[23] Вид. L. Garlicki*, Constitutional Courts versus Supreme Courts,* International Journal of Constitutitonal Law, 1, 2007, 44–68.

[24] О овим мишљењима опширније Б. Ненадић, op. cit., 50–57. і Pejić, *Uloga ustavnog suda u očuvanju ustavne demokratije,* Pravni život, broj 14/08, 1158–1159.

[25] И подаци из рада УС Србије говоре о томе. У последње две године (2012–2013) Суд је донео 36 одлука којима је укинуо одредбе појединих закона и 4 371 одлуку којом су усвојене уставне жалбе, пре свега на судске одлуке. Вид. Прегледе рада УСС за 2012. и 2013. годину: www.ustavni.sud.rs.

[26] Упор. и A. S. Sweet, *Constitutional Courtsand Parliamentary Democracy,* West European Politics, 25, 1/2002, 77–100.

мама устава и закона како их тумачи уставни суд или ће њихови акти бити поништени“. Последица тога је „јудицијализација политичког одлучивања“, односно „интервенција уставних судија у законодавни поступак“, али и судски, ширећи конституционализацију бројних грана права које примењују редовни судови. Својим делањем уставни судови утичу и на одређивање граница „воље законодавца“ и домета „слободног судијског уверења“, укључујући и одлучивање о квалитету закона, те оцену примене материјалног права и утврђеног чињеничног стања у поступцима заштите људских права пред редовним судовима, и др.[27]

## III

Поред питања положаја уставног суда у тријалистичкој подели власти, у правној литератури се појављује и питање да ли се уставном суду може доделити статус „четврте гране власти“[28]? У одговору на ово питање износе се мишљења да традиционална доктрина о подели власти није, по принципу *numerus clausus*, одређена искључиво као тродеобна, да је традиционална трихотомија одавно под знаком питања и сл. Појава „нове уставне форме“ као одраз потребе за постојањем сталне делотворне уставне контроле и надзора, у циљу обезбеђења заштите уставности и људских права, води потенцијалној квадратури поделе власти.[29]

Делимо оно становиште које сматра да су уставни судови, као независни уставни органи „окупирали“, тј. заузели сопствени уставни простор, који се, у склопу поделе власти, не може прецизно одредити ни као ’судски’, ни као ’политички’.[30] То је простор за који се у немачкоаустријској теорији поодавно констатовало да се „налази на размеђи права и политике“, односно „на пресеку политике и права“. Његова улога се

[27] Ibidem. Вид. и Г. Илић*, у Улога и значај Уставног суда у очувању владавине права*, 181.

[28] У литератури која се бави судством насталим на територији раније Југославије преовладава становиште које о уставном суду не говори као о посебној грани власти (Р. Марковић, *Уставно право и политичке институције*, Београд, 2008, 522; Д. Стојановић, *Уставно право*, 2013, 451; М. Пајванчић, *Уставно право*, Нови Сад, 2008; М. Šuković, *Ustavno pravo,* Podgorica,2009, 393; Р. Кузмановић, *Уставно право,* Бања Лука, 1997; B. Smerdel, S. Sokol, op. cit., 176, Б. Ненадић, *О јемствима независности уставних судова*, 49–56; I. Spirovski, u: *Ustavno sudstvo u teoriji i praksi*, 161.

[29] Ово мишљење има своје заговорнике не само међу професорима јавног права између судија уставних судова: З. Томић, *Уставни суд Србије – У сусрет новом Уставу*, 2004, 61–70; С. Шкарић, op. cit., 687 и O.Vučić, u *Ustavno sudstvo u teoriji i praksi*, 155.

[30] Упор. A. S. Sweet, op. cit., 80. Вид. и A. S. Sweet, *Governing with Judges – Constitutional Politics in Europe*, OUP, Oxford, 2000, 34–37.

са теоријског становишта може објаснити потребом за успостављањем једног „правног противтега“ пре свега политичким гранама власти – законодавној и извршној, али и судској (од момента када је уставни суд започео са пружањем непосредне заштите људских права). Он је дакле и додатни јемац уставне правде, јер обезбеђује надмоћ устава и уставносудске пресуде у односу на сва друга правна акта и радње власти уопште. Укратко, уставни суд има функцију једног, суптилно уграђеног правног механизма, који је филигрански уграђен у „тело“ поделе власти, са циљем да осигура његов уставни изражај,[31] и сачува га од „излива емоција политичке већине“ и од „политичке фантазије“ парламента,[32] самовоље владе, али и од евентуалних „судских хирова“ и „испада“. Тако посматрано, улога уставног судства претпоставља независност и аутономију уставних судова у очувању принципа поделе власти – принципа који је постао не само темељно начело правне државе коју уставни суд штити, већ и мерило судске интерпретације уставних и законских норми.[33]

Уставна конструкција поделе власти прихватила је дакле уставно судство као неопходан и важан инструмент, који се развијао и унапређивао, задржавајући обележја „врховног“ контролора јавне власти. Његова легитимност почива на основном мотиву решавања уставних спорова – држање власти (политике) у границама права, обезбеђивање хармоније између аката у правном поретку и непосредна заштита основних људских права и слобода сваког појединца. Он то управо чини сагласно начелу поделе власти, полазећи од тога да ниједна грана власти не може да прелази границе и оквире својих надлежности утврђене уставом, односно спречавањем залажења једне гране власти у домен друге, али и у домен основних људских права. Тако посматран уставни суд представља „значајан коректив уставне демократије“. Тврди се да „није уставног суда, да би тиранија већине и владавине политичких партија, могла да постане правило“[34], а неуставне одлуке највиших судова у земљи биле би недодирљиве.[35] С друге стране, упозорава се да се уставни судови често постављају изнад устава (устав је оно што у

[31] Упор. И. Пејић, *Ibidem.*

[32] Упор. J. Limbach, *Savezni ustavni sud Njemačke*, München: University Press, IRZ, 2010, 48.

[33] Упор. A.T.von Mehren, *Constitutionalism in Germany – The First Decision of the New Constitutional Court*, The American Journal of Comparative Law, Vol. 1, No.1–2 ,1952, 70–94.

[34] W. Sadurski, *Rights Before Courts: A Study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central and Eastern Europe*, Springer, 2008, 58.

[35] B. Nenadić, *On some aspects of the ralationship of constitutional and ragular courts,* Улога и значај уставног суда у очувању владавине права, 110–111.

њему „прочитају“ или „кажу“ уставне судије), те као тела надређена законодавној, извршној и судској власти (на њихове одлуке нема жалбе), да је уставна контрола „изгубила свој пут“, и „запутила се у политички пакао“ или пак „непромишљено кренула у свакодневно суђење“ и свакодневну контролу, надзор, и исправљање грешака, не само органа политичке власти, већ и правосуђа.

Неспорно је да утемељивачи уставног судства и њихови следбеници, међу којима предњаче професори уставног права, али и бројне уставне судије, уставном судству нису наменили улогу „подстрекача“ или „спроводника“ одређене политичке идеологије, нити на уставне судове треба гледати као на органе који се такмиче са парламентом, као демократски изабраним представништвом грађана. Није им намењена ни улога највише судске инстанце која је ривал врховном (касационом) суду као највишем органу судске власти у чију примарну надлежност спада заштита основних људских права. Вршећи уставносудску контролу над актима и радњама ових органа, уставни суд не преузима њихове надлежности, већ их „попут скретничара на железници“, како је говорио L. Favoreu, усмерава и враћа у уставне оквире, а они и даље одлучују у меритуму.[36]

Дакле, у одређивању карактера уставног судства тешко је опредељивати се за крајности. Са једне стране, мешање политике у рад суда приликом одлучивања о уставним споровима, дискредитовало би идеју уставносудске контроле, а са друге стране, од овог органа се не може очекивати да поступа као „једноставни читач устава“, у строго позитивистичком смислу. Од уставног суда се очекује да решавајући спорове о уставности не сузи превише простор који се у уставној подели власти додељује парламенту и влади, као и да политици „остави довољно простора за обликовање друштва“.[37]Исто тако, од уставног суда се очекује да приликом оцене уставности аката судске власти не врши инстанциони надзор над одлукама редовних судова, нити да „исправља њихове погрешке“, већ само да оцени да ли је актима или радњом судске власти повређено неко људско или мањинско право, те да ли се судска власт кретала у оквиру својих уставних овлашћења. Подсетићемо да ни

[36] Уставни суд Србије о томе је исказао став у Одлуци ИУз-97/2012 да „право законодавног органа да исправи законску норму, како би је довео у склад са уставом, као и право судске власти да преиспита и коригује властиту одлуку, остају нетакнути“. Нити Уставни суд може уместо „законодавца дописивати закон, нити уставно правосуђе може уместо суда, да коначно решава конкретне спорове и преузима његову надлежност“.

[37] V. Mas, u *Ustavno sudstvo u teoriji i praksi*, Beograd, Konrad Adenauer Stiftung, 2010, 17.

Келзеново виђење уставног судства није потпуно изоловано у односу на политичко окружење. Тешко је начинити разлику између „аутентичних“, “правих“ правних спорова уставног карактера и оних који су политичке природе, јер су и ови други подобни да буду предмет судског испитивања, пошто право и политика не могу бити посматрани као две супротстављене стране (*U. Scheuner, H. Spanner*).[38]

## IV

Уставна историја је потврдила да је претпостављену равнотежу у односима између три гране власти (*checks and balances*), могуће остварити само уколико свака од њих остаје у границама опредељеним уставом. И управо улога уставног суда о гледа се и у очувању уставом успостављених односа у систему поделе власти. За сада се показује да овај облик контроле, уз све резерве, нема озбиљнију алтернативу. Као независни државни органи, уставни судови су показали да могу да обезбеде уставну контролу вршења власти, тј. да спрече прекорачење овлашћења било ког од органа власти (законодавне, извршне и судске), укључујући и противуставно залажење једне гране власти у домен друге гране власти, али и у домен људских права – а потом и да оцене да ли су акти власти својом садржином сагласни уставним принципима и вредностима. У теорији се оцењује да уставни судови представљају добар „јавни и политички капитал“ да се избегну различити сукоби између три гране власти, нарочито зато што је законодавна и извршна власт подложна злоупотребама парламентарне већине,[39] а судска власт, као и свака друга, такође склона излетима изван устава и закона.

[38] Пракса говори да уставни судови могу успешно да делују на политичке процесе, и то на више начина. Обезбеђујући нормативну надмоћ устава, они у суштини штите права парламентарне мањине и омогућавају да се владајућа већина задржава у границама устава; спречавају евентуалне злоупотребе власти којима су склоне велике политичке странке, односно коалиције у парламенту и влади; надзирући уставност (али и квалитет) закона доприносе правној сигурности и смањењу броја спорова у држави; штитећи уставна начела о подели власти и владавини права, делују на одговорност органа власти (оличених пре свега у парламенту и влади) да се крећу у границама својих уставних овлашћења; решавајући спорове од изузетног друштвеног значаја (изборне спорове, спорове о забранама рада политичких странака, о одговорности председника републике), политички поредак чине флексибилнијим и успешнијим у превладавању кризе и напетости; штите људске слободе и права непосредном применом устава као основног закона земље и др. О томе више код D. North, *Institutions, Institutional change and economic performance*, Cambride Univ. Press 1990; J. G. March, J. P. Olsen, *Rediscovering Institutions: The Organizational Basisof Politics,* New York, The Free Press, 1989, 21–38, и B. Smerdel, S. Sokol, *Ustavno pravo,* Zagreb, 2006, 200–202.

[39] Упор. L. Epstein, J. Knight & O. Shvetsova, *The Role of Constitutional Courts in the Establishment and Maintenance of Democratic Systems of Government,* Law & Society Review, Vol. 35, 1/2001, 127.

Спорови о повреди начела поделе власти од стране органа власти, по својој природи, јесу прави уставни спорови. Улога уставног суда у поступку решавања тих спорова састоји се у томе да се спорови реше аутентичним „читањем“ устава. Приликом решавања ових спорова, на одредбе устава којима се проглашава начело поделе власти не може се гледати као на пуке декларације. Изричито уставно проглашавање тог начела „је од важности за тумачење устава, у случајевима кад уставне норме не кажу или не кажу јасно и прецизно који би државни орган требало да врши конкретну делатност“. У таквим случајевима, „с позивом на уставом проглашену поделу власти, таква делатност се додељује у надлежност органу који претежно врши функцију у коју спада и односна делатност са материјалног становишта“ (Р. Марковић).

У литератури наилазимо и на оцене да спорови о подели власти често имају обележја „политичког“, те да одустајање уставног суда по принципу судске уздржаности (*judicial self-restraint*) од одређених спорова „не значи умањење или слабљење његових надлежности, већ одустајање од „бављења политиком“, тј. одустајање од уплитања у ограничен и уставом створен простор слободног политичког уређивања“,[40] односно слободног судијског уверења. О дилемама са којима се уставни судови сусрећу при решавању оваквих спорова указују и саме судије уставних судова кад констатују „да нема јасних критеријума који би служили као знак или као путоказ у уском пролазу између права и политике“[41].

У погледу ауторитета уставносудске контроле у заштити уставних одредаба о подели власти, у литератури се указује да уставни судови, у овој врсти спорова, неретко поступају на један конформистички начин. Споља гледано, чини се да се судови понекад „више прилагођавају, него што испољавају решавајућу снагу“ или интерпретативну иницијативу. На примеру немачког Уставног суда, Kommers показује да чак и овај уставни орган – „суд за углед“ када решава спорове о подели власти, у које спада апстрактни спор о уставности закона и компетенциони спорови, сам рационално одлаже доношење одлуке, док се „не смире страсти“. Суду је у том случају савезник „време“, па тако одлагање одлуке води ка томе да контроверза губи на „хитности“ или се она “само-решава” политичким средствима, што је у доста случајева навело иницијаторе поступка да повуку своје предлоге.[42] Суздржаност је посебно видна у пракси уставних

[40] H. J. Papir, u *Ustavno sudstvo u teoriji i praksi*, 35.

[41] J. Limbach, *The Role of Federal Constitutional Court*, 29.

[42] D. P. Kommers, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, Durham and London: Duke University Press, 1989, 38.

судова земаља централне и југоисточне Европе (у којима је власт дуго вршена у условима јединства власти). И не само то, ови судови у својој пракси, по правилу, показују већу „снисходљивост“ према парламенту и влади у погледу спорова о подели власти, него када су решавали питања која се тичу заштите људских права.[43] Но, има и другачијих становишта, која не подржавају оцене да уставни судови једноставније остварују свој политички капитал у сфери људских права, односно да су спорови о подели власти ризичнији и да их стога судови третирају опрезније.[44]

И да закључимо. Уставом прописане основне надлежности, поступак за њихово спровођење и односи између уставних органа спадају у домен “фундаменталног права”, које у њиховој реализацији обезбеђује уставни суд. Како у вршењу своје основне функције „чувара устава“, уставни суд располаже одређеном слободом у погледу тумачења уставних норми, у том процесу и основна уставна начела, па и начело поделе власти, подлежу и модернизацији, да би се њима на рационалан начин изразиле вредности које су уграђене у уставну и политичку културу.

## V

Кад је у питању заштита начела поделе власти, у обављању ове надлежности уставних судова, два се поља деловања делимично преклапају. Наиме, како уставни суд на основу устава мора водити рачуна о подели и равнотежи државне власти, он истовремено мора помно уважавати и границе властитог подручја одговорности. Наиме, чувајући и поштујући поделу власти, уставни суд мора перманентно пазити на равнотежу у вршењу и остваривању сопствене функције и овлашћења, тј. да и сам не залази у домен власти.[45] Свесни оправданости приговора „да запоседају домен власти“, уставни судови (сви одреда и скоро свакодневно) у својим одлукама изражавају становиште „да у њихову надлежност не спада оцена целисходности, оправданости или ефикасности законодавних

[43] Ту мислимо и на заштиту принципа поделе власти у апстрактним споровима о уставности, у којима је овај принцип често присутан и као коректив у одлукама уставног суда. Опширније: B. Nenadić, op. cit., 110–111. и W. Sadurski, op. cit., 51.

[44] Упор. и L. Epstein, J. Knight & O. Shvetsova, op. cit., 117–163 и Д. Стојановић, у *Улога и значај Уставног суда у очувању владавине права,* 129–130.

[45] I. Krbek је говорио да уставни судија „мора скрупулозно пазити да остане у оквиру судске функције, а не да ову пређе и да себи присвоји надлежности неке натпарламентарне власти. Судија који то чини злоупотребљава своју надлежност, уместо да чува устав он га најгрубље вређа.“ Вид. *Ustavno sudovanje*, Zagreb, 1962.

мера“, нити „уређивање друштвених односа“, нити „вођења законодавне политике“, односно да они нису надлежни да по уставној жалби „као инстанциони (виши) суд још једном испитује законитост судских одлука“, „нити да преиспитује правилност примене материјалних прописа од стране судова“, “нити чињенично стање утврђено у судским поступцима“, осим уколико „из разлога наведених у уставној жалби не произилази да се радио произвољној примени материјалног права“ или да је закључивање судова „о чињеницама и оцена изведених доказа у судском поступку било очигледно произвољно и да је због таквог поступања дошло до повреде уставом зајамченог права“[46].

Дакле, као што поједине гране власти морају обављати своју улогу „са дубоким поштовањем према другим властима“ и „по принципу да свака грана остварује своју улогу“, тако се и уставносудска контрола мора обављати са посебном одговорношћу према другим органима, чувајући уставом успостављени домен сваке од грана власти а тиме и дигнитет законодавца (као највишег представничког тела, коме је уставотворац дао широко поље аутономије), као и ауторитет и независност судске власти и њеног највишег суда чији је примарни задатак заштита људских права. На тај начин уставни суд одређује капацитет и границе вршења државне власти, али и границе сопственог делања. Отуда је посебно значајна интеракција и дијалог између уставног суда и органа чија акта контролише, али и посебан опрез уставног суда.[47] Тај дијалог мора ићи „у корист општег добра“, јер све су ове институције успостављене зарад остваривања истог циља – уставне демократије и владавине права.

## VI

Основни „разлог централизоване и универзалне уставносудске контроле у савременој Србији лежи у захтеву да се обезбеди функционисање правне државе која, поред осталог, почива и на подели власти, те „потчињености свих државних органа“ без изузетка „уставу и закону“.

[46] О томе, колико је ово становиште лако написати, а колико тешко остваривати у пракси, посебно уз присуство клаузулу „не, осим“ вид. B. Nenadić, *On Constitutional Review of Judicial Power,* Constitutional Court of Serbia, Beograd, 2014, 1–19.

[47] Опрез уставног суда у решавању ових спорова мора се темељити, како каже A. Barak на два основна разлога: *први,* уважавање начела деобе власти и његовог значаја. То начело постоји не само да би штитило поједине гране власти међусобно, него и да би штитило грађане од злоупотребе и арбитрерности било које власти; *други,* и од сопственог „тријумфализма“. По његовим речима, у свему томе уставни судија „мора штитити и остваривати такву деликатну равнотежу“, што „захтева колико активизам, толико и самоограничење.“ A. Barak,op. cit.,281.

Уставни суд Србије (даље: УСС) има особену историју која га чини специфичном институцијом у породици савремених уставних судова. Уз Уставни суд Југославије, као и уставне судове свих њених република чланица, то је био први уставни суд поникао у једној социјалистичкој архитектури власти, 1963. године. Више од две и по деценије овај суд функционисао је у условима јединства власти (и једнопартијског система), да би се након доношења Устава од 1990. почео прилагођавати условима поделе власти.[48] У савременој Србији, по Уставу из 2006, УСС функционише у присуству изричито прокламованог начела поделе власти на законодавну, извршну и судску власт.[49] У одабиру његових судија учествују представници све три гране власти.

Од свог увођења до данас УСС традиционално има ранг уставног органа. Но, први пут, савремени уставотворац овом органу подарио је посебан одељак у Уставу – Одељак VI, под називом „Уставни суд", док су сви други државни органи систематизовани у Одељку V „Уређење власти". Као „независном и самосталном органу" (како га изричито дефинише Устав), чије су одлуке „извршне, коначне и општеобавезне" (чл. 166.), Суду је дато овлашћење да врши уставну контролу (надзор) над актима и радњама свих органа државне власти без изузетка, те да непосредно штити људска права и слободе (чл. 167). Но, наведено не значи да је тиме апсолвирана расправа о карактеру УСС, његовом месту у систему организације власти, а најмање о домету његових овлашћења у односу на законодавну, извршну и судску власт. Напротив, у српској теорији отворена су стара „нова" питања у погледу улоге, функционисања и одлучивања УСС, али и питања да ли постоји узрочна веза између демократије и уставносудске креативности; да ли је судски активизам саставни део уставносудске функције и да ли се суд тиме бори за сопствену позицију и своја овлашћења, или су његови напори усмерени према заштити устава и његових вредности; може ли УСС бити и остајати

[48] И ако није изричито помињао поделу власти Устав од 1990 га је у чл. 9. претпостављао. За време важења овог устава, УСС је донео и више одлука у којима је констатована повреда начела поделе власти. Вид. *Уставни суд Србије 1963–2008* (ур. Б. Ненадић), Београд, 2008, 349.

[49] Одредбе о подели власти налазе се међу првим одредбама и у савременом Уставу Србије (2006), тј. као његова основна начела. Најпре је држава Србија дефинисана „као држава заснована на владавини права" (чл. 1), док је у члану 3 утврђено да је „Владавина права основна претпоставка Устава и да почива на неотуђивим људским правима", те да се „Остварује слободним и непосредним изборима, уставним јемствима људских и мањинских права, поделом власти, независном судском влашћу и повиновањем власти уставу и закону". Члан 4 Устава, је посвећен подели власти, у коме стоји да „Уређење власти почива на подели власти на законодавну, извршну и судску", да се „Однос три гране власти заснива на равнотежи и међусобној контроли", те да је „Судска власт независна".

у границама свог уставног опредељења ако постане орган који решава, не само најсложеније уставне спорове у земљи, већ и оне који имају изразиту политичку тежину, а посебно оне које му често „трансферишу“ (пребацују) други органи када „осећају немоћ“ или када желе да избегну сопствену одговорност пред јавношћу за доношење непопуларних мера;[50] како обезбедити делотворност уставносудске заштите, имајући у виду да је УСС постао „суд дневне интервенције“ и суд „обичних људи“ (који у току једне године има у раду преко 23 000 предмета) и др.[51]

Одговори на ова питања траже посебну анализу која превазилази оквире овог прилога. Рећи ћемо само да су они од посебног значаја за решавање спорова о подели власти. Ово тим пре што ни Устав Србије не познаје тако стриктну поделу, нити она у реалности као таква постоји, због испреплетаности појединих овлашћења власти. Отуда се неретко, управо од УСС очекује да у поступку уставносудске контроле опредељује и границе делања појединих државних органа у вршењу њихових надлежности.

По својим надлежностима утврђеним Уставом из 1963, УСС се у формално погледу није битније разликовао од својих узора: аустријско-немачког уставног судства. Но, требале су проћи деценије да се УСС позиционира као гарант устава. На то су свакако утицали бројни фактори, а посебно турбулентна дешавања којима је Србија била изложена у последње две и по деценије, на унутрашњем и међународном плану. Но, општа је оцена да савремени УСС има шансу да постане камен темељац конституционализма у земљи, главни симбол владавине права и „ефектан противтег политичким ауторитетима у држави“[52].

## VII

У пракси УСС нису ретки случајеви чије је решавање тражило интерпретацију начела поделе власти, као „базичног принципа“, и то у различитим поступцима који се воде пред Судом, почев од компетенцијских спорова, преко апстрактних и конкретних спорова за заштиту уставности, до спорова о заштити индивидуалних људских права.

[50] Када се политички спорови „пребацују“ суду, тај трансфер значи „масивну виртуално бескрајну делегацију ауторитета политичког одлучивања“. A. S. Sweet, op. cit., 58.

[51] Б. Ненадић, *О јемствима независности уставних судова,* 114–121.

[52] О томе се говори и у бројним рефератима припремљеним поводом обележавања 50 година Уставног суда Србије. Вид. Зборник радова „*Улога и значај Уставног суда у заштити владавине права“,* Београд, 2013.

Поменућемо најпре решавање *тзв. компетенцијских спорова* (спорова о сукобу надлежности) који традиционално спадају у надлежност УСС (чл. 167. ст. 2. Устава). То је ситуација у којој долази до неслагања између државних органа о томе у чијем се делокругу налази одлучивање о одређеном питању. Они се испољавају у своја два облика: тзв. позитивни и негативни сукоб. Будући да над органима законодавне, извршне и судске власти, у складу са чл. 4 Устава, нема надређеног тела које би могло да одлучи у том спору, логично је да његово решавање уставотворац стави у задатак Уставном суду. У овим споровима УСС поступа искључиво као конфликтни суд.[53]

Спорови о подели власти пред УСС се не исцрпљују само у компетенцијским споровима у хоризонталној и вертикалној равни између различитих носилаца власти (с обзиром на територијалну организацију Србије), већ су они врло често садржани у питањима која се односе на заштиту других уставних вредности, а само индиректно задиру у сферу поделе власти. Они су се најчешће односили на функционалне границе, које Устав поставља унутар сваке гране власти. Ево само неких одлука УСС које су изазвале интересовање уставноправне теорије и струке:

а) Решавајући спор у предмету ІУп-153/2008 и оглашавајући неуставном Одлуку Владе, Суд је заузео став да уставни принцип о подели власти „подразумева постојаност функционалне расподеле овлашћења између уставних ауторитета“. У основи ове одлуке стоји становиште да се принцип функционалне расподеле овлашћења „не би смео нарушавати, не само правним одлукама извршне власти, него ни одлукама самог законодавца“. УСС даље прецизира: „да ни Влада не може начином и резултатом своје интерпретације било властитих функционалних овлашћења, било функционалних овлашћења других државних органа, ... да нарушава Уставом утврђену функционалну поделу или Уставом успостављене домене власти, тако што ће, било себи, било другом државном органу, додељивати и она функционална овлашћења која се по Уставу немају или се та овлашћења не могу сматрати иманентним појединим уставним функцијама.“[54] Међутим, за разлику од ове одлуке која је позитивно примљена од стране правне струке, одлука у предмету

[53] Број ових спорова пред УСС, није тако велик. Од 2002–2013 примљено је 636 предмета. По правилу, то су били негативни сукоби, и то најчешће између судова и других органа (органа управе, тужилаштава и сл.).

[54] Ради се о Одлуци УСС о утврђивању несагласности са Уставом Одлуке о Националном савету за инфраструктуру Републике Србије, а којом је Влада у састав Савета именовала председника Републике и определила му функцију председника Савета и послове које у том својству има обављати.

ИУз-231/2012, поводом оцене уставности одредаба Закона о Влади,[55] изазвала је критичке реакције. Изнете су оцене да се у овој одлуци (која је донета већином гласова) УСС није доследно држао свог става, односно да је убрзо довео у питање сопствено становиште о функционалној непромењивости.[56]

б) Још једну групу уставних спорова пред УСС правна теорија је убројила у важне спорове о подели власти, иако су строго гледано ти спорови били везани за карактер посланичког мандата. Суд је тако у последњих десет година у циљу „одбране" слободног парламентарног мандата и позиције парламента као представничког тела грађана (а не политичких партија), касирао одредбе више изборних закона, јер је нашао да нису сагласне Уставу.[57] У теорији је запажено да је УСС у овим случајевима поступао не само као креативни интерпретатор правне норме, већ је унео и зрно идеје о „живом" уставу (И. Пејић). Судска креативност у појединим од ових одлука окарактерисана је и „као одступање од формалног текста устава", с обзиром на изричито норму чл. 102. ст. 2. Устава, по којој 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". УСС је спор решио тако што је „перципирао" представнички систем Србије кроз општа начела демократије утврђена у члану 5. Устава, по коме се „јемчи и признаје улога политичких странака у демократском обликовању политичке воље грађана", али стоји и изричита забрана да „политичке странке не могу непосредно вршити власт, нити је починити себи". У литератури је посебно апострофирано да је УСС био доследан; да приликом доношења одлука о споровима који су се тицали законских решења о престанку мандата народног посланика, односно одборника услед престанка чланства у политичкој странци или пак активирањем тзв. бланко оставке,[58] на Суд „нису утицали дневнополитички захтеви и

[55] Одлука се односи на оцену уставности чл. 13а Закона о изменама и допунама Закона о Влади (ИУз-231/2012), којим је установљен институција „заменика председника – првог потпредседника Владе". Иначе, кад утврђује састав Владе Устав говори само о потпредседницима Владе. Суд је нашао да само речи „заменик председника" нису сагласне Уставу, али не и постојање институције „првог потпредседника Владе".

[56] По речима И. Пејић „Суд се очигледно руководио принципом судске уздржаности, те је делимично касирао законску одредбу, чиме је њен смисао, у основи, остао идентичан ономе који јој је дао законодавац". Op. cit., 66–67.

[57] Вид. Одлуке УСС бр. ИУз-197/2002 и ИУз-42/2008, које се односе на оцену уставности Закона о избору народних посланика, као и одлуке бр. ИУ-66/02, ИУ-201/03, ИУ-249/2003 и ИУз-52/2008, које се односе на оцену уставности Закона о локалним изборима.

[58] Опширније В. Nenadić, *Sur le mandat parlamentaire: exemple de la Serbie,* www.enelsyn.gr и В.

правила игре представника политичке већине и мањине“. Стоји и оцена да се јачањем народног представништва, на темељу принципа о слободном мандату, УСС на позитиван начин „умешао“ у поделу власти, успостављајући потребну меру у односима две гране власти, законодавне и извршне, у којој ова прва непосредно извлачи свој легитимитет из народне суверености.[59]

в) У последњих десет година бројне су и одлуке УСС о проглашењу више одредаба Закона о судијама неуставним, због повреде принципа поделе власти. Суд је посебно истицао повреду принципа независности судске власти. Осим тога, одредбе Устава о начелу поделе власти и независне судске власти врло су често служиле као додатни критеријум у оцени да ли неко законско решење вређа Уставом зајамчену независност судске власти. Суд је посебну пажњу поклањао питању да ли оспорена законска решења пружају могућност политичкој власти да утиче на функционисање судске власти.[60] Међутим, поједине одлуке УСС у овој области у стручној јавности нису биле прихваћене, а посебно Одлука ИУ-43/2009 која се односила на оцену уставности Закона о судијама. Судје наиме, већином гласова, одлучио да су одредбе овог Закона, које су се односиле на општи избор (тзв. реизбор) свих судија, сагласне са Уставом и Уставним законом.[61]

г) Међу најбројније касаторне одлуке УСС у његовој јуриспруденцији уопште, спадају оне којима је Суд касирао акта Владе (пре свега уредбе), јер је у поступку уставне контроле констатовао да је Влада „изашла из оквира своје уставом утврђене надлежности, уређујући питања која су предмет уређивања законом“. Решавајући овакве уставне спорове Суд је заузео став „да Влада ‘као правна власт’ која доноси уредбе није иницијална и ординерна већ секундарна и деривативна“, те да је „уредба по својој правној природи акт извршења закона и да она мора бити сагласна закону“, односно да не може ићи *contra legem,* нити *contra constitutionem*. Укратко, УСС је стао на становиште „да из одредаба Устава које одређују садржину и границе извршне власти, као и међусобни однос аката законодавне и извршне власти, следи да се уредбом не могу уређивати односи на начин који је изван функције извршавања права и обавеза установљених законом за чије се извршавање уредбе доносе,

Nenadić et V. I. Prelić, *Blank Resignation as a specific of termination the representatives mandate in local assemblies-experience of the Republic Serbia*, Mexico, December 2010.

[59] И. Пејић, op. cit., 67. Вид. и Т. Маринковић, *Политика у границама Устава – О начелима представничке демократије у јуриспруденцији Уставног суда Србије*, Ниш, 2011, 161–184.

[60] Вид. Одлуке УСС бр. ИУз-122/2002, ИУз-167/2003, ИУ-42/2009 и ИУз- 733/2011, које се односе на оцену уставности Закона о судијама, односно Закона о судовима.

[61] Вид. V. Rakić Vodinelić i dr., *Reforma pravosuđa u Srbiji 2008–2012*, Beograd, 2012.

нити се могу на другачији начин уређивати односи који су већ уређени другим законом. Такође, ни одсуство потребне законске уређености одређених односа, не даје основа да Влада својим актима надомешћује недостајућу законску регулативу, већ јој таква њена оцена, даје основа само, да у смислу Устава, парламенту предложи доношење закона“[62].

Такође, било је и случајева да је УСС касирао поједине одредбе закона, којима је Народна скупштина преносила на Владу своја овлашћења да уређује одређени друштвени однос који се по Уставу може уредити само законом. Суд је утврђивао да је и Народна скупштина тиме повредила принцип поделе власти, јер се она по Уставу не може „одрицати своје законодавне функције“[63].

д) Заштита људских слобода и права пред УСС, за нешто више од три године од њеног увођења, постала је његова претежна делатност,[64] којом он на посредан начин утиче и на „демократске постулате поделе власти“. Због обима овог рада питање односа УСС и Врховног касационог суда у поступку испитивања уставности судских одлука по уставним жалбама грађана, оставићемо по страни. Указаћемо на један други однос УСС и судске власти. Наиме, поступајући по жалбама неизабраних судија (2009–2012)[65], УСС се нашао у двострукој позицији „чувара“ Устава: као заштитник индивидуалних права субјеката који су се жалбом обраћали Суду и као заштитник правне државе, која почива на подели власти“. УСС је поништио више стотина одлука Високог савета судства и Државног већа тужилаца о престанку судијске, односно тужилачке дужности донетих у поступку „реформе правосуђа“. У овим одлукама УСС је пошао од тога да „независност и самосталност суд-

[62] Поменућемо само неке од одлука којима су касиране поједине уредбе у целини: Одлука ИУ-96/95 (Уредба о мерама за спречавање и отклањање поремећаја на тржишту изазваних злоупотребом монополских положаја), Одлука ИУ-149/2001 (Уредба о стављању на увид одређених досијеа вођених о грађанима Републике Србије у Служби државне безбедности), Одлука ИУ-179/2006 (Уредба о начину остваривања и престанку права из пензијско инвалидског осигурања војних осигураника); Одлука ИУо-870/2012 (Уредба о посебном начину обраде података садржаних у катастру земљишта за АП Косово и Метохију).

[63] Вид. Одлуке ИУ-84/92 од 3.12.1992. и ИУ-55/93 од 3.12.1993. о оцени уставности Закона о порезу на промет.

[64] О значају ове функције говори и чињеница да су уставни судови у транзицијским земљама, у којима је уведена непосредна уставносудска заштита људских слобода и права, „загушени“ огромним бројем ових предмета. И УСС се сусрео са овом појавом, упркос изузетном повећању обима рада и броја решених предмета (у појединим годинама и преко 7 000). О томе говори и чињеница, да је на дан 31. децембра 2013. у Суду било нерешених 15 742 уставних жалби. Вид. Прегледе рада УСС: www.ustavni.sud.rs.

[65] Само током 2010, након општег избора судија и тужилаца, УСС је изјављено 1815 поднесака насловљених као уставне жалбе, односно жалбе.

ства, као принципи правне државе, почивају на претпоставци да функционални капацитет 'треће' власти мора бити заштићен не само према другим гранама, већ и унутар ње саме.“ Суд је нашао да опасности које угрожавају судство „изнутра“ могу бити једнака претња као и сваки облик угрожавања „споља“, који потиче од политичких власти. По оцени Суда повредом позитивних прописа у поступку избора, као и „природног“ начела о сталности судске функције, није нарушено само индивидуално право сваког субјекта у овом процесу. На овај начин „озбиљно је нарушена конструкција поделе власти у коме независно и самостално судство почива на правилу о унутрашњој кохезији и сопственој снази да изгради темељ треће, независне гране власти“[66].

И на крају, поменућемо, да пракса УСС бележи и примере у којима је Суд био у прилици не само да штите поделу власти између законодавне, извршне и судске гране, већ истовремено и сопствену надлежност. Тако је 2010. године, након негативне оцене спроведене „реформе правосуђа“, Народна скупштина, на предлог Владе, донела законе којима је, поред осталог: „окончала поступке пред УСС по жалбама и уставним жалбама неизабраних судија“, односно „неизабраних тужилаца и њихових заменика“, те наложила УСС да конкретне предмете из његове већ засноване надлежности „уступи“ другим државним органима (ВСС и ДВТ). Суд је већином гласова одлучио да су спорне одредбе закона сагласне Уставу (и потврђеним међународним уговорима).[67] Наведене одлуке Суда јасно су показале да у решавању овог спора УСС није имао снаге да одбрани сопствену надлежност утврђену Уставом, и да не допусти ником (па ни законодавцу), да се меша у остваривање његове Уставом утврђене надлежности и да такве противуставне акте законодавца санкционише. То су одлуке које су у очима опште, а посебно стручне јавности,[68] озбиљно умањила углед и ауторитет УСС, јер се Суд „предао“ законодавној и извршној власти.

Такође, УСС није био поштеђен ни још једног облика „интервенције“ политичке власти у његову надлежност. То су ситуације настале када је законодавац својим актима „ширио“ Уставом утврђену надлежност Су-

[66] И. Пејић, op. cit., 67.

[67] Вид. Одлуку УССIУз-1634/2010, са издвојеним мишљењима („Сл. гласник РС“, бр. 26/2011), донету поводом *Закона о изменама и допунама Закона о судијама* („Сл. гласник РС“, број 101/10).

[68] Вид. „Отворени апел политичкој и општој јавности“, који је почетком 2011. године упућен од стране већег броја професора уставног права и теорије државе и права и других правних стручњака, поводом усвајања поменутих закона и упућених захтева за оцену њихове уставности, на www.sudije.rs/sr/aktuelnosti/o-pravosudju-apel-strucne-politickoj-i-opstoj-javnosti...

да.[69] Суд такође није реаговао ни у оваквим случајевима, па се оправдано поставило питање да ли је то својим нечињењем Суд „дао слободу политичкој власти да дела изван устава и права“.

## VIII

Аритметика класичне поделе власти, записана и у бројним уставима савремених европских држава, је у великој мери окруњена и модификована. Има и мишљења да „подела власти“ тако прецизно опредељена на законодавну, извршну и судску постоји још само „у књигама и професорским главама“[70]. У реалности оно је било изложено честим модификацијама, али је најкрупније промене доживело кризом парламентаризма која се у научним радовима уочава и бележи још од прошлог века.[71] Мада институционално установљено далеко касније, у уставној теорији преовлађује становиште да је уставно судство овај принцип ипак очувало, односно да је увелико допринело његовом утемељењу у саме основе европског модерног конституционализма.[72] И сам идејни творац европског уставног судства Х. Келзен, сматрао је да се уставном судству може приписати велика заслуга за очување принципа поделе власти, јер је управо један од основних задатака овог судства било његово овлашћење да испитује да ли се ово начело записано у уставним текстовима поштује у стварности**.** Међутим, истовремено само уставно судство је увелико утицало на његову модификацију, и то управо „повећањем сопствене улоге на подручју владања.“

Све је више писаца који износе становиште да је традиционална доктрина о подели власти у озбиљној кризи. Она тешко може објаснити све оно што се дешава са парламентаризмом, али и шта је све оно што

[69] О ширењу надлежности УСС појединим законима, и неделању УСС у тим ситуацијама вид. Б. Ненадић, *О јемствима независности уставних судова,* 123. О упоредној пракси вид. A. Barak, op. cit., 182–186.

[70] А. Фира, у *Уставни суд Србије – У сусрет новом Уставу*, Београд, 2004, 313.

[71] Чињеница је да парламент над владом поодавно нема контролишућу улогу, а центар одлучивања се заправо померио у врхове политичких странака. С. Јовановић, о томе бележи да теоретичари парламентаризма нису предвиђали ову заједницу политичких интереса између владе и парламента, због које парламент... и није више њен непоткупљиви судија, него њен заинтересовани ортак“. С. Јовановић, *Из историје политичких доктрина,* Београд, 1990, 433.

[72] О томе да су уставне судије „штитиле деобу власти“ вид. A. Sajo, op. cit., 95 и A. Barak, op. cit., 45.

уставне судије раде кад врше уставну контролу власти.[73] Да ли они врше легислативну функцију (кад интерпретативним одлукама тумаче одредбе устава или кад тим одлукама продужавају живот, у суштини, неуставним законима, или кад попуњавају тзв. правне празнине), или судијску функцију (кад уместо судске власти штите људске слободе и права), односно да ли они одлучују као политичка или судска тела. Често се има утисак да је уставна контрола постала нова фаза законодавног, односно судског поступка. У многим европским земљама (међу којима је и Србија), постало је уобичајено да се, након доношења или проглашења, односно ступања на снагу закона, на законодавни процес често „наставља“ поступак уставног надзора, као што се и на судски процес заштите људских права, окончан пред највишим судовима у земљи, „наставља“ пред уставним судом. Тврди се и да границе које одвајају уставну контролу од „политике“, односно политичке (законодавне и извршне) власти, али и судске функције, постају не само еластичне и флексибилне, већ се чине и све мање важним (A. S. Sweet). На нормативном плану надмоћ уставног суда над политичком и судском влашћу је неспорна (на његове одлуке се није могуће жалити, бар на националном нивоу). Једино уставотворна власт може ограничити одлуке уставног суда. Но, реалност не изгледа увек тако.

Након готово једног века постојања и функционисања уставног судства у Европи у условима поделе власти, уставна теорија покушава да сагледа и извуче заједничка обележја уставне јуриспруденције у обезбеђивању архитектуре власти савремених држава. И док се расправе о легитимности уставног судства сматрају увелико апсолвираним, то се још увек не може констатовати за расправе о улози уставног суда у тријадичној подели власти, односно карактеру и природи његових овлашћења у вршењу уставног надзора. И даље се отварају нова „стара“ питања о томе да ли га његов положај и овлашћења могу одредити само као особену државну функцију, која је само утицала на трансформацију вршења класичних грана власти, или пак као орган који је делом запосео домене власти.

[73] Постављено је и питање да ли је уставна контрола сазрела да буде четврта грана власти, „раме уз раме“ са законодавном, извршном и судском.

## IX

И да на крају констатујемо: уставни суд је, као правни коректив, уграђен у структуру поделе власти и она га током низа година није одбацила. Напротив, ова институција, као ретко која друга, доживела је изнова своју ренесансу крајем XX века и увелико повећала улогу уставне контроле (надзора). Посматрано из угла начела поделе власти, као „начела политичке организације“ савремених друштава, функција уставног надзора била је и остала да “заштити политичку демократију“ и њене институционалне претпоставке, али и „да развије конзистентно читање устава у свим гранама и на свим нивоима власти”. Отуда и оцена, како се то у литератури наглашава, да савремени уставни судови имају делати попут „правих носилаца мудрости“ у уставном поретку сваке демократске заједнице.

**Bosa M. Nenadić***

## *Rezúme*

*L'arithmétique de la séparation classique des pouvoirs (notée même dans de nombreux textes constitutifs) s'est considérablement égrenée et modifiée. Selon certaines opinions, „la séparation des pouvoirs", prévoyant précisément l'existence des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire, n'existe que „dans les livres et les têtes de professeurs". En réalité, ce principe a fait souvent l'objet de modifications, mais il a connu les plus grands changements lors de la crise du parlementarisme, constatée et enregistrée depuis longtemps par la science.*

*Ce qui prévaut c'est la position, adoptée par les institutions beaucoup plus tard, selon laquelle la justice constitutionnelle a sauvegardé ce principe, autrement dit qu'elle a considérablement contribué à l'intégration de ce principe dans les bases mêmes du constitutionnalisme européen moderne. L'auteur de la justice constitutionnelle européenne lui-même, H. Kelsen, considérait qu'un grand mérite pourrait revenir à la justice constitutionnelle pour la sauvegarde de ce principe, une des principales missions de cette justice ayant justement été d'examiner si ce principe, qui est noté dans les textes constitutionnels, était respecté en réalité. Par ailleurs, en protégeant la suprématie de la constitution, les cours constitutionnelles ont développé en même temps une lecture «cohérente» de la constitution au sein de «toutes les branches de pouvoir et à tous les niveaux du pouvoir». Cependant, la justice constitutionnelle elle-même influençait à la fois sa modification depuis assez longtemps et cela justement par l'élargissement de son propre rôle en matière de règne. „Les frontières qui séparent le contrôle de constitutionnalité et la «politique», c'est-à-dire le pouvoir politique (législatif et exécutif), mais également le pouvoir judiciaire, deviennent non seulement souples et flexibles, mais «elles semblent également beaucoup moins importantes".*

* Le juge de la Cour constitutionnelle de Serbie et Présidente de cette Cour dans la période de 2007 à 2010, nenadic@ustavni.sud.rs

УДК 342.53

# УЧЕШĆЕ НАРОДНИХ ПОСЛАНИКА У ЗАКОНОДАВНОМ ПОСТУПКУ
## – primer Zakona o ravnopravnosti polova –

**Prof. dr Marijana Pajvančić***
**Mr Ana Pajvančić Cizelj****

***Sažetak:*** *U radu se, uvidom u materijale koji su pratili postupak usvajanja Zakona o ravnopravnosti polova, analizira učešće narodnih poslanika u zakonodavnom postupku i njihov uticaj na oblikovanje zakonskih rešenja. Predmet posebne pažnje su amandmani na predlog zakona, subjekti koji su podneli amandmane, sadržaj predloga iznetih u amandmanima, odnos predlagača prema predlozima i inkorporiranje predloga u Zakon.*

***Key words:*** *direct participation of MP in the legislative procedure, legislative procedure, gender equality, Law of gender equality*

Novina u pravnom sistemu Republike Srbije su antidiskriminacioni zakoni. Jedan od tih zakona je i Zakon o ravnopravnosti polova.

Normativni okvir prava na ravnopravnost, odnosno zabrane diskriminacije, postavljen je Ustavom Republike Srbije iz 2006. godine koji po prvi put reguliše više važnih pitanja koja su unela novine u pravni sistem i postavila pravni okvir za bliže regulisanje načelnog ustavnog pravila o zabrani diskriminacije.[1]

Ustav prihvata međunarodne standarde koji se odnose na diskriminaciju (direktnu ili indirektnu), reguliše status međunarodnih izvora prava i

* **Prof. dr Marijana Pajvančić, Univerzitet Educons, Novi Sad Fakultet za evropske pravno-političke studije**
** **Mr Ana Pajvančić Cizelj, Filozofski fakultet Univerzitet u Novom Sadu**

[1] Više: M. Pajvančić, *Komentar Ustava Republike Srbije, posebno uz članove 15, 16, 18, i 21*, Konrad Adenauer Stuftung, Beograd 2009; M. Pajvančić, *Ustavni okvir ravnopravnosti polova*, Pravni fakultet, Centar za izdavačku delatnost, Novi Sad 2010.

утврђује примат међународних извора права над домаћим законодавством. Устав регулише могућност преузимања посебних мера које су усмерене на стварање једнаких могућности и елиминисање дискриминације по било ком личном својству појединца и прописује да се посебне мере не могу сматрати дискриминацијом. У основним одредбама Устава експлицитно се гарантује равноправност жена и мушкараца, а држава се обавезује да води политику једнаких могућности и предузима посебне мере ради отклањања неравноправности по основу пола. Ове уставне одредбе, поставиле су правни основ за законско регулисање права на равноправност полова. [2]

Активности које су претходиле усвајању Закона, активности које су се одвијале у Народној скупштини у поступку усвајања Закона о равноправности полова, оштре критике у току парламентарне дебате које су народни посланици упутили овлашћеним предлагачима Закона[3] као и број поднетих амандмана и садржај питања на која су се односили, индикатори су који говоре о активном учешћу посланика у овом процесу. Активност народних посланика у законодавном поступку допринела је да се предлог Закона употпуни, садржај законских решења побољша, да се у предлог Закона унесу новине и да се на тај начин подигне квалитет Закона.

Амандманске интервенције на предлог закона, дебата у радним телима и на пленарном заседању Народне скупштине биће у наставку предмет посебне пажње, јер су ове активности показатељ на основу кога се може пратити стварни утицај народних посланика на обликовање садржаја Закона о равноправности полова.

[2] У стручној јавности, рад на припреми Закона о равноправности полова започет је 2005. године. Покрајински секретаријат за рад, запошљавање и равноправност полова, поверио је експертској групи да изради нацрт закона. У парламентарну процедуру закон је упућен 2006. године. Нацрт закона јавно је публикован 2006. године. Током 2006. године вођена је јавна дебата о Нацрту закона и кампања за његово усвајање. Закон је у неколико наврата повлачен из парламентарне процедуре иако је на парламентарној агенди истицан његов приоритет. Закон је напокон усвојен децембра 2009. године. Током овог процеса нацрт закона је модификован у више наврата. Измене су се односиле на редуковање императивних норми, посебно оних које регулишу равноправност жена и мушкараца у политичком животу, казнених одредаба и санкција које су углавном изостале.

Више о законском регулисању равноправности полова: М. Пајванчић, *Правни оквири равноправности полова*, Покрајински завод за равноправност полова, Нови Сад 2008; М. Пајванчић, *Constitutional Warranties for Gender Equality - Case Studies of Serbia and Montenegro*, У: Шашић-Шиловић, Д., (ed.): *Women in Politics : stocktaking in South Easten Europe*, CEE Network for Gender Issues, Budimpešta 2007, 31–41; др. Пајванчић Цизељ, А; *Капацитети политичких странака у Војводини за остваривање родне равноправности*, Покрајински завод за равноправност полова, Нови Сад 2010.

[3] Предлагачи Закона били су Влада и Министарство рада и социјалне политике у оквиру којег делује Управа за равноправност полова као посебна организациона јединица тог министарства.

## Šta nam govore brojke?

Narodni poslanici su podneli amandmane na više od dve trećine članova predloga Zakona. Amandmani su podneti na 38 članova od ukupno 55 članova koliko je sadržao predlog Zakona o ravnopravnosti polova upućen Narodnoj skupštini.

Na predlog Zakona podneto je ukupno 99 amandmana. Najveći broj amandmana podneli su narodni poslanici koji pripadaju parlamentarnoj opoziciji. Poslanici Srpske radikalne stranke podneli su najviše amandmana (41 amandman), poslanici Demokratske stranke Srbije 24, poslanici Nove Srbije 9 i poslanici Liberalno demokratske partije 3 amandmana. Amandmane su podneli i poslanici iz političkih stranaka koje čine parlamentarnu većinu (ukupno 32 amandmana). Među njima, poslanici koalicije Za evropsku Srbiju podneli su 13 amandmana koliko i poslanici G 17+, a Savez vojvođanskih Mađara 6 amandmana.

## Ko su podnosioci amandmana?

Uvidom u skupštinsku dokumentaciju vezanu za proces usvajanja Zakona o ravnopravnosti polova zapaža se da su *najveći broj amandmana podnele narodne poslanice*. Svoje pravo da podnesu amandmane one su koristile znatno više nego narodni poslanici. To je moguće objasniti ne samo sadržajem materije koju Zakon reguliše, već i okolnošću da se na usvajanje ovog Zakona dugo čekalo, da je u društvu tekla organizovana javna debata o tome šta treba regulisati zakonom koji predstavlja novinu u pravnom sistemu Srbije. U ovom dijalogu[4] koji je tekao više godina, aktivno su sudelovale i narodne poslanice. Otvorena javna diskusija u društvu o zakonskom regulisanju ravnopravnosti žena i muškaraca nesumnjivo je bila podsticaj za parlamentarke da se neposredno i aktivno angažuju u postupku usvajanja Zakona.

U ovom kontekstu indikativan je podatak da su sve amandmane koji su potekli od poslanika koji čine parlamentarnu većinu[5] podnele narodne poslanice. Nasuprot tome je primer parlamentarne opozicije. Dve narodne poslanice i narodni poslanik Demokratske stranke Srbije podneli su zajedno većinu

[4] Videti: Zbornik *Javno zagovaranje donošenja Zakona o ravnopravnosti polova – U susret Zakonu o ravnopravnosti polova – evropska budućnost Srbije*, Beograd 2006.

[5] Parlamentarnu većinu činila je Koalicija Za evropsku Srbiju.

amandmana. Poslanici i poslanice Srpske radikalne stranke i Srpske napredne stranke podnosili su amandmane, bilo zajednički bilo samostalno.

Narodne poslanice nastojale su da za amandman koji podnose *pribave i podršku narodnih poslanika* iz svog poslaničkog kluba. Parlamentarna opozicija je u tome uspela, parlamentarna većina ne, o čemu svedoče potpisi podnosilaca amandmana. Zalaganje se bazira na tome da se poštuje ravnopravnost polova koju predlog Zakona reguliše, kao i da se ovaj princip konkretno primeni kroz ravnopravno učešće žena i muškaraca u podnošenju amandmana. To ujedno govori i o odnosu prema ravnopravnosti žena i muškaraca koji su u parlamentarnoj praksi demonstrirali poslanički klubovi.

Amandmane je često *zajednički podnosilo nekoliko poslanika određenog poslaničkog kluba.* Samo izuzetno, amandmane su zajednički podnosile narodne poslanice koje pripadaju različitim poslaničkim klubovima.[6] I ovaj izuzetak zaslužuje komentar. On svedoči o tome da politička pripadnost nije bila prepreka da narodni poslanici zajednički podnesu istovetan amandman, jer je ravnopravnost žena i muškaraca vrednost koju prihvataju i za čije ostvarivanje su spremni da se angažuju.

*Amandmane identične sadržine* na pojedine članove predloga Zakona podnosili su poslanici i poslanice iz različitih poslaničkih klubova, kako onih koji čine parlamentarnu većinu tako i onih koji su parlamentarna opozicija. Sadržaj amandmanâ bio je identičan ali ih poslanici, rukovođeni partijskom pripadnošću nisu podnosili kao zajednički amandman. U ovom slučaju politička pripadnost poslanika imala je prevagu nad sadržajem rešenja koja se u amandmanu predlažu. Ilustrativan je primer amandmana[7] koji osporavaju predložena rešenja, jer pokazuju nespremnost zakonodavca da imperativnom normom propiše obaveze u vezi sa ostvarivanjem ravnopravnosti polova, i kojima se traži jasno i konkretno zakonsko regulisanje obaveza u cilju obezbeđivanja ravnopravne zastupljenosti žena na rukovodećim mestima.

## Sadržaj amandmana i kritika predloženih rešenja

Uvid u podnete amandmane i analiza sadržaja na koje su se amandmani odnosili ukazuje na to da su se poslanici kritički odnosili prema predlogu

[6] Na primer, amandman na član 14. stav 1 koji su zajedno podnele narodne poslanice iz G17+ i koalicije Za evropsku Srbiju).

[7] Na primer, amandman na član 14 predloga Zakona koji reguliše obaveze različitih subjekata, u prvom redu organa državne vlasti da obezbede ravnopravno učešće žena i njihovu zastupljenost na rukovodećim položajima u radnom procesu.

Zakona pre svega u oblastima i u vezi sa pitanjima koja su posebno značajna za ostvarivanje ravnopravnosti žena i muškaraca. Upravo zbog značaja pitanja koja su amandmanima osporavana predmet posebne pažnje biće sadržaj amandmana, jer je on i svojevrsna kritika predloženih zakonskih rešenja.

Najveći broj amandmana[8] podnet je na odredbe predloga zakona koje regulišu obaveze poslodavaca da podnose izveštaj o ostvarivanju ravnopravnosti polova[9], učešće manje zastupljenog pola na rukovodećim mestima u organima javne vlasti i javnim službama[10] i obaveze sportskih društava u oblasti ravnopravnosti polova.[11] Sadržaj ovih amandmana fokusiran je na ustanovljavanje imperativnih i jasnih zakonskih obaveza koje doprinose ostvarivanju ravnopravnosti polova u radnom procesu i ravnomernoj zastupljenosti žena i muškaraca na mestima odlučivanja.

Amandmani podneti na rešenja koja utvrđuju *obaveze poslodavaca koji zapošljavaju određeni broj radnika da podnose izveštaj o ostvarivanju ravnopravnosti polova* odnosili su se na smanjenje broja zaposlenih kao kriterijuma za određivanje kruga poslodavaca koji su u obavezi da državnim organima podnose izveštaj o ostvarivanju ravnopravnosti polova. Amandmanima se predlaže smanjivanje broja zaposlenih sa 500 na 100 ili 50 uz obrazloženje da u privredi Srbije mali broj poslodavaca zapošljava preko 500 radnika, dok najveći broj poslodavaca zapošljava do 50 ili 100 radnika. Kritikuje se predloženo rešenje koje obavezuje na podnošenje izveštaja samo poslodavce koji zapošljavaju preko 500 radnika, jer se njime ne bi postigao cilj, budući da najveći broj poslodavaca ne bi podlegao zakonskoj obavezi.

Sadržaj amandmana koji se odnose na *učešće manje zastupljenog pola na rukovodećim mestima u organima javne vlasti i javnim službama*. Oštro je kritikovana formulacija „nastoje da obezbede“. Umesto opšteg i načelnog pravila koje ne propisuje obavezu, amandmanima se predlaže imperativna norma („obavezni su“) koja uspostavlja zakonsku obavezu i definiše zakonske kvote. U većini amandmana predložena je kvota od najmanje 30%, a prema jednom od amandmana i kvota od 50% manje zastupljenog pola. Kritikovana je i nespremnost zakonodavca da jasno propiše obaveze u vezi sa učešćem manje zastupljenog pola na rukovodećim mestima u organima javne vlasti i javnim službama. Predlozi sadržani u amandmanima idu u pravcu jasnog zakonskog regulisanja obaveze da se na rukovodećim mestima u pomenu-

[8] Po osam amandmana podneto je na svaki od članova predloga Zakona koji regulišu obaveze poslodavaca, javnih vlasti i sportskih udruženja u vezi sa ostvarivanjem ravnopravnosti polova.

[9] Član 34 predloga Zakona.

[10] Član 14 predloga Zakona.

[11] Član 34 predloga Zakona.

tim institucijama obezbedi ravnomerna zastupljenost žena i muškaraca, kao i da se rodno neutralne kvote („manje zastupljeni pol“) za manje zastupljeni pol ustanove kao posebne mere koje doprinose otklanjanju neravnopravnosti žena i muškaraca na rukovodećim pozicijama u organima javne vlasti i javnim službama.

Amandmani u vezi sa *obavezama sportskih društava u oblasti ravnopravnosti polova* odnosili se na jasno i imperativno regulisanje obaveza sportskih društava u ovoj oblasti, kao i na posebne mere (kvota od najmanje 30%) u rukovodećim položajima i na rukovodećim mestima u sportskim društvima. U tom kontekstu veći broj amandmana odnosio se i na zastupljenost manje zastupljenog pola (kvota od najmanje 30%) u rukovodećim telima i na rukovodećim mestima u sportskim društvima.

Po broju podnetih amandmana[12] slede amandmani čiji se sadržaj odnosi na zakonsko regulisanje diskriminacije, na obaveze poslodavaca u vezi sa stručnim usavršavanjem zaposlenih, na ravnopravnost polova pri izboru i imenovanju članova nadzornih i upravnih odbora u javnim službama i na ostvarivanje ravnopravnosti polova u lokalnoj zajednici.

Sadržaj amandmana podnetih na *zakonsko regulisanje diskriminacije*[13] odnosi se na preciziranje samog pojma diskriminacije kao i jasno definisanje oblika u kojima se javlja diskriminacija.

U vezi sa načinom regulisanja *obaveza poslodavaca u odnosu na stručno usavršavanje zaposlenih*,[14] kritika predloga Zakona odnosi se na izbegavanje imperativnog propisivanja obaveza i konkretnog regulisanja sadržaja obaveza poslodavaca. Amandmanima se predlaže da su obaveze poslodavaca da obezbede uslove za profesionalno usavršavanje i da napredovanje regulišu imperativnim normama, kao i da se propišu obaveze preduzimanja posebnih mera (na primer, najmanje 30% manje zastupljenog pola u svim oblicima stručnog i profesionalnog usavršavanja) .

Sadržaj amandmana na odredbe predloga Zakona o *ostvarivanju ravnopravnosti polova prilikom izbora i imenovanja članova upravnih i nadzornih odbora u javnim službama*[15] usmeren je na precizno regulisanje konkretnih obaveza javnih vlasti u vezi sa povećanjem zastupljenosti žena i njihovim

[12] Po 6 amandmana podneto je na svaki od članova predloga Zakona koji definišu diskriminaciju i oblike u kojima se ona javlja, regulišu obaveze poslodavca u vezi sa stručnim usavršavanjem zaposlenih i ostvarivanje ravnopravnosti polova prilikom izbora i imenovanja članova upravnih i nadzornih odbora u javnim službama.

[13] Član 14 predloga Zakona.

[14] Član 19 predloga Zakona.

[15] Član 32 predloga Zakona.

imenovanjem u upravljačka tela u javnim službama, normama imperativne prirode, kao i da se kao posebna mera zakonom ustanovi kvota od najmanje 30% predstavnika manje zastupljenog pola u ovim telima. I u ovom slučaju sadržaj amandmana govori da su kritici bila izložena ona rešenja u predlogu Zakona koja svedoče o nespremnosti zakonodavca da ustanovi jasna, nedvosmislena i konkretna imperativna pravila i posebne mere kao instrumente čija primena bi doprinela unapređenju ravnopravnosti polova na mestima odlučivanja, u skladu sa politikom jednakih mogućnosti na čije vođenje se država obavezuje u osnovnim načelima Ustava.[16]

Na rešenja u predlogu Zakona koja se odnose na *ostvarivanje ravnopravnosti polova u lokalnoj zajednici*[17] podneto je više amandmana u kojima se predlaže preciziranje obaveza lokalne zajednice u domenu rodne ravnopravnosti. Amandmanima se predlaže i formiranje lokalnih mehanizama za ravnopravnost polova kao posebnog oblika institucionalnog delovanja na lokalnom nivou (posebno telo, odgovorni pojedinac) i definišu se njihove nadležnosti i status u strukturi organa lokalne samouprave. Predlozi sadržani u amandmanima posebno su značajni, jer se najveći broj prava u oblasti ravnopravnosti polova ostvaruje upravo na lokalnom nivou. Pred toga, ovim predlozima, u nacionalno zakonodavstvo integrišu se i standardi sadržani u Evropskoj povelji o ostvarivanju ravnopravnosti žena i muškaraca na lokalnom nivou[18].

Veći broj amandmana[19] narodni poslanici i narodne poslanice podneli su na odredbe predloga Zakona u kojima se definišu pojmovi koje zakonodavac koristi[20] i na zakonsko utvrđivanje kvota za manje zastupljeni pol u sastavu delegacija koje predstavljaju Republiku Srbiju u međunarodnim telima.[21]

U predlogu Zakona u kome se definišu osnovni pojmovi koji se koriste u zakonskom tekstu izostalo je definisanje nesumnjivo najvažnijih među pojmovima − pojam roda. Amandmani koji su podneti na član 10 odnose se

[16] Član 15 Ustava Republike Srbije. Više o tome: M. Pajvančić, *Pravo na ravnopravnost polova - demokratsko pitanje i ustavni principi*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu 42/1–2, Novi Sad 2008, 11–28.

[17] Član 39 predloga Zakona.

[18] Evropsku povelju o jednakosti žena i muškaraca na lokalnom nivou usvojio je Savez evropskih opština i regiona 2006. godine. Više u: *Evropska povelja o rodnoj ravnopravnosti na lokalnom nivou,* SKGO, SIDA, UNDP, CCMS CME, Beograd 2013.

[19] Po pet amandmana podneto je na član zakona koji definišu osnovne pojmove koji se koriste u Zakonu, kao i na član Zakona koji reguliše sastav delegacija koje predstavljaju Republiku Srbiju u međunarodnim telima.

[20] Član 10 predloga Zakona.

[21] Član 38 predloga Zakona.

na definiciju roda i pojam diskriminacije po osnovu pola. U parlamentarnoj debati to je bilo predmet kritika. Amandmanima podnetim na ovaj deo predloga Zakona, podnosioci amandmana predlažu da se definišu pojam roda i diskriminacije na osnovu roda.

Sadržaj amandmana koji su podneti u vezi sa sastavom delegacija koje predstavljaju Republiku Srbiju u međunarodnim telima fokusiran je na posebne mere koje obezbeđuju rodno balansiranu zastupljenost u sastavu ovih delegacija. Predloženo je da se zakonom ustanovi kvota od najmanje 30% predstavnika manje zastupljenog pola u delegacijama koje predstavljaju Republiku u međunarodnim odnosima.

Analiza sadržaja amandmana govori o nespremnosti predlagača Zakona da prihvati, prizna i garantuje ravnopravnost polova, naročito u političkom životu. O tome svedoči, na primer, odsustvo posebnih mera u predlogu Zakona na koje Ustav upućuje u osnovnim odredbama u kojima izričito garantuje ravnopravnost žena i muškaraca i obavezuje državu da vodi politiku jednakih mogućnosti i preduzima posebne mere kako bi se unapredila ravnopravnost žena i muškaraca i otklonila diskriminacija zasnovana na pripadnosti polu.

Indikativne su i odredbe predloga Zakona u kojima izostaje utvrđivanje obaveza, posebno obaveza organa državne vlasti u preduzimanju posebnih mera u oblasti političkog života. To govori o odsustvu spremnosti da se politička moć ravnomerno podeli između žena i muškaraca i jasno propišu obaveze države u preduzimanju mera koje doprinose ostvarivanju ravnopravnosti polova u političkom životu. Amandmanima je predloženo da se obaveze države da preduzima posebne mere, formulišu imperativnim i konkretnim normama.

## Odnos predlagača Zakona prema amandmanima

Većinu amandmana Vlada kao predlagač Zakona nije prihvatila. Od 99 amandmana prihvaćeno je 12. Amandmani koje je Vlada prihvatila postali su sastavni deo predloga Zakona, što im obezbeđuje poseban status u zakonodavnom postupku. O njima se poslanici ne izjašnjavaju posebnim glasanjem. O njima se glasa na isti način kao što se glasa o predlogu Zakona.

Sadržaj amandmana koje je Vlada kao ovlašćeni predlagač prihvatila, odnosi se na nekoliko oblasti značajnih za materiju koju Zakon reguliše. To se posebno odnosi na definisanje pojmova koji se koriste u Zakonu (npr. rod,

diskriminacija) i predlozi vezani za rad, zapošljavanje i politički život. Prihvatanje ovih amandmana doprinelo je podizanju kvaliteta zakonskih rešenja. Prihvaćen je i deo amandmana tehničke prirode koji suštinski nisu relevantni za oblast koju Zakon reguliše.

Tri od ukupno prihvaćenih 12 amandmana odnosilo se na *definisanje pojmova* koji se u Zakonu koriste, a značajni su za oblast koju Zakon reguliše.

– Vlada je prihvatila amandmane kojima se, pored diskriminacije zasnovane na biološkim karakteristikama polova, definiše i rodni aspekt ravnopravnosti žena i muškaraca (socijalni kontekst u kome se manifestuje različit status žena i muškaraca i društvene okolnosti koje utiču na status žena i muškaraca). Uz „ravnopravnost polova" dodaje se i „rodna ravnopravnost". Ovaj predlog koji je potekao od poslanika, uneo je u Zakon važan aspekt ravnopravnosti žena i muškaraca. U skladu sa tim izvršene su i tehničke intervencije. U svim odredbama u kojima se pominje ravnopravnost polova, dodate su reči „i rodu". Prihvatanjem amandmana koji su se odnosili na ovo pitanje, predlog Zakona je značajno poboljšan i usklađen i sa međunarodnim standardima ljudskih prava, posebno sa Konvencijom o eliminisanju svih oblika diskriminacije žena koju je Srbija ratifikovala.[22] Amandman su podnele tri narodne poslanice iz poslaničke grupe G17+ koja pripada parlamentarnoj većini.

– Kao predlagač Zakona, Vlada je prihvatila i amandman kojim je predloženo da se u delu Zakona u kome se definiše značenje osnovnih termina uključi i definicija roda („rod je pojam koji označava društveno uspostavljene uloge, položaje i statuse žena i muškaraca u javnom i prihvatnom životu, a iz kojih usled društvenih, kulturnih i istorijskih razlika proističe diskriminacija zasnovana na biološkoj pripadnosti određenom polu").

Amandman su podnele dve narodne poslanice iz poslaničke grupe Za evropsku Srbiju koja pripada parlamentarnoj većini.

– Prihvaćen je i amandman u kome se predlaže izmena teksta predloga Zakona i preciznije definisanje diskriminacije po osnovu pola i sadržaja koji obuhvata ovaj pojam. Sastavni deo predloga Zakona postaje odredba prema kojoj se diskriminacija po osnovu pola definiše kao „svako neopravdano pravljenje razlike ili nejednako postupanje, odnosno propuštanje (isključivanje, ograničavanje ili davanje prvenstva) koje ima za cilj ili posledicu da licu ili grupi oteža, onemogući ili negira priznanje, uživanje ili ostvarivanje ljudskih prava i sloboda u političkoj, ekonomskoj, društvenoj, kulturnoj, građanskoj,

[22] *Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori*, br. 11/81.

породичној и другој области". Прихватањем овог амандмана демонстрирана је спремност да се у национално законодавство укључе међународни стандарди садржани у Конвенцији о елиминисању свих облика дискриминације жена.

Амандман је поднела народна посланица из посланичке групе Лиге социјалдемократа Војводине која припада парламентарној већини.

Један од прихваћених амандмана односио се на обавезе послодаваца у вези са *положајем жена у области рада*.

Рад и запошљавање је једна од најзначајнијих области за остваривање равноправности полова. Прихваћен је амандман у коме је предложено да се смањи број запослених (са 500 на 50) као критеријум који успостављa обавезу послодавца да усвоји план за постизање равноправности полова и утврди мере које ће предузимати како би се у свим сегментима у процесу рада (радно време, одмори, посебна заштита на раду, распоређивање на руководеће положаје и места у процесу рада, конкурси за попуњавање радних места, стручно усавршавање, могућности напредовања на послу и др.) обезбедила равноправност жена и мушкараца. Смањивањем броја запослених значајно је проширен број послодаваца који ће бити обавезни да усвоје овакав план и тако допринесу остваривању равноправности полова у области рада, јер највећи број послодаваца запошљава до 50 радника. Уколико би број запослених остао на нивоу прописаном у предлогу Закона (500 запослених), само мали број послодаваца би имао ову обавезу, па се тим решењем не би постигла сврха јер би се односило на мали број запослених.

Специфичност овог амандмана је у томе што су амандмане идентичне садржине поднели како посланици из опозиције тако и они који припадају парламентарној већини. Амандман је потекао из три посланичка клуба (Демократске странке Србије, За европску Србију и Савеза Војвођанских Мађара). Партијска припадност у овом случају није била пресудан фактор, јер је питање које је посебно важно за равноправност жена и мушкараца окупило посланике око решења које суштински доприноси унапређењу равноправности полова у процесу рада.

Међу прихваћеним амандманима су и три амандмана који се односе на *политички живот*.

– Садржина Закона је побољшана и прихватањем амандмана којим је предложено прецизније регулисање права на удруживање, политичко организовање и конкретизовање обавеза политичких странака, синдиката и струковних удруженја, а посебно: право на учланjење у политичку странку, право на активно учешће у њеном раду и право на учешће у органима политичке странке које

se ostvaruje bez diskriminacije po osnovu pola, a u skladu sa aktima političke stranke; obaveze političke stranke kao i sindikata i strukovnih udruženja da svake četiri godine usvoje plan delovanja i posebne mere za podsticanje i unapređenje ravnomerne zastupljenosti žena i muškaraca u organima ovih organizacija, a ako su u pitanju političke stranke, tada i u slučaju predlaganja kandidata za izbore poslanika i odbornika; obaveze političkih stranaka, sindikata i strukovnih udruženja da na svom sajtu objave ovaj plan; obavezu političkih stranaka čiji su kandidati izabrani za poslanike odnosno odbornike da ove planove dostave i odboru za ravnopravnost polova u Narodnoj skupštini Republike Srbije; rok u kome političke stranke, sindikati i strukovna udruženja imaju obavezu da usvoje planove i mere za podsticanje ostvarivanja ravnopravnosti polova. Usvajanjem amandmana sadržinski je poboljšan predlog Zakona u oblasti političkog života koja je važna za ostvarivanje ravnopravnosti žena i muškaraca. Posebno je značajno to što su planovi na koje amandman upućuje i posebne mere koje čine sadržaj ovih planova, instrumenti na koje upućuje Ustav u kontekstu politike jednakih mogućnosti. Poboljšanje sadržaja zakonskih rešenja rezultat je neposrednog angažovanja narodnih poslanica u zakonodavnom postupku.

Amandman je podnela narodna poslanica poslaničke grupe Za evropsku Srbiju koja pripada parlamentarnoj većini.

– Prihvaćen je i amandman u kome je predloženo uključivanje međunarodnih standarda o ravnopravnoj zastupljenosti žena i muškaraca u sastavu organa za sprovođenje izbora kao i njihovo ravnopravno učešće u radu ovih organa.

Amandman je podnela narodna poslanica iz poslaničke grupe Za evropsku Srbiju koja pripada parlamentarnoj većini.

– Na oblast političkog života odnosi se i amandman u kome se predlaže da se u organima jedinica lokalne samouprave, u okviru postojeće organizacije i akta o unutrašnjem uređenju i sistematizaciji, organizuje stalno radno telo ili odredi zaposleni odgovoran za rodnu ravnopravnost i obavljanje poslova u ovoj oblasti. Prihvatanje ovog predloga značajno je za ostvarivanje ravnopravnosti polova. Time se obezbeđuje da se na nivou lokalne samouprave, u sredini u kojoj građanke i građani zadovoljavaju svoje primarne potrebe i ostvaruju najveći deo svojih prava, obrazuje institucionalni mehanizam koji, u okviru nadležnosti lokalne zajednice i njenih organa, radi na ostvarivanju posebnih mera i politike. Obrazovanje posebnog tela ili osobe zadužene za rodnu ravnopravnost u lokalnoj zajednici, u čijoj nadležnosti su pitanja vezana za ostvarivanje ravnopravnosti polova u lokalnoj zajednici, suštinsko

је побољшање предлога Закона, јер је то тело и инструмент за спровођење Закона .

Амандман су поднеле народне посланице из посланичке групе За европску Србију која припада парламентарној већини.

Преосталих пет амандмана које је Влада прихватила односе се на *техничка побољшања* Закона или интервенције које суштински нису значајне за област коју Закон регулише.

Амандмане су подneли посланици који чине парламентарну опозицију (укупно 3) и посланици који чине парламентарну већину (укупно 2).

О односу Владе према предлозима изнетим у амандманима на предлог Закона илустративно говоре три података. Први, да је од 99 амандмана Влада прихватила само 12. Други, да се, од прихваћених 12 амандмана, пет односи на техничка побољшања Закона која суштински нису значајна за материју коју Закон регулише, а седам амандмана значајно употпуњују и унапређују садржај Закона. Трећи, да је од укупно 12 амандмана прихваћено 10 амандмана које су подneли посланици који чине парламентарну већини, а само три амандмана посланика који чине парламентарну опозицију (један који су подneли посланици Демократске странке Србије и два амандмана које су подneли посланици који припадају посланичкој групи Српске радикалне странке).

Анализа документата који су пратили поступак усвајања Закона о равноправности полова упућује на неколико запажања о активностима и утицају парламентарки и парламентараца на обликовање садржаја законских решења.

Велики број амандмана на предлог Закона указује да предлагач није поклонио дужну пажњу припреми предлога Закона који представља новину у правном систему Србије.

Велики број амандмана на предлог Закона говори и о активном учешћу народних посланица и народних посланика у законодавном процесу.

Чињеница да су народне посланице поднеле највећи број амандмана сведоči о томе да се родна равноправност још увек схвата као „женско питање“.

Настојање народних посланица да за амандмане које предлажу добију подршку народних посланика и тако, између осталог, демонстрираju равноправност полова и на примеру Закона који регулише ту област, имало је ефекат само када се ради о амандманима које су подносили посланици који припадаju парламентарној опозицији (Демократска странка Србије). Амандмане који су по-

tekli od parlamentarne većine podnosile su isključivo narodne poslanice. Ni jedan od amandmana koje su one podnele nije dobio podršku nijednog od narodnih poslanika. Izuzetak su amandmani koje su podneli muškarci poslanici nekih opozicionih stranaka (Srpske radikalne stranke i Srpske napredne stranke).

Sadržaj amandmana pokazuje da su predlozi koji su izneti u njima bili fokusirani na pitanja i oblasti koje su posebno značajne za ostvarivanje ravnopravnosti žena i muškaraca, a posebno na definisanje ključnih pojmova koji se u Zakonu koriste, oblast rada i zapošljavanja i politički život.

Vlada je prihvatila samo mali broj amandmana, od kojih se gotovo polovina odnosi na tehnička poboljšanja Zakona. Među njima su i amandmani koji su potekli od parlamentarne opozicije. Među amandmanima koji upotpunjuju i poboljšavaju sadržaj Zakona prihvaćeni su samo oni amandmani koje su podneli poslanici koji čine parlamentarnu većinu.

Neposredno i veoma aktivno učešće narodnih poslanica i narodnih poslanika u zakonodavnom procesu, doprinelo je da tekst Zakona koji je usvojila Narodna skupština bude bolji od predloga koji je poslanicima bio upućen od strane predlagača.

***Abstract:*** *Authors analyze the participation of Members of Parliament in the legislative procedure and their impact on formulation of laws through examination of the legislative materials that accompanied the Law on Gender Equality adoption procedure. Subjects of special attention are the amendments to the proposals for the law, subjects that submitted the amendments, the contents of the amendment proposals, promoters attitudes towards proposals and incorporation of proposals into the law.*

УДК 342(497.11)

# УТИЦАЈ САВЕ ТЕКЕЛИЈЕ НА РАЗВОЈ СРПСКЕ ПРАВНЕ МИСЛИ И НАСТАНАК МОДЕРНЕ СРПСКЕ ДРЖАВНОСТИ

**Др Александар Ђурђев***

** Мало је ауторитета који су толико дали*
*а од савременика заборављени.*

***Апстракт:*** *Рад је посвећен Сави Текелији и његовој активности у правним наукама, просвети, образовању и политичкој делатности.*

*Текелија је први српски доктор правних наука и Угарској, са дисертацијом написаном и одбрањеном на Правном факултету у Пешти, на латинском језику. Као полиглот и високи интелектуалац, напушта висок положај у државној служби и посвећује цео живот стварању услова за школовање и образовање српске младежи.*

*Донацијом оснива Текелијанум у Пешти, учествује у оснивању Матице српске и целокупно своје богатство оставља овим установама. Цео свој интелектуални потенцијал усмерио је ка обнови српске државности.*

***Кључне речи:*** *докторска дисертација Саве Текелије, Угарска, Арад, Пешта, Текелијанум, Матица српска, држава.*

Сава Текелија рођен је 17/28. августа 1761. године у Араду, у племићкој војничкој породици Поповић, изданку старе српске властелинске лозе. Рано полази у српску школу и учи писменост на црквенословенском језику. Са девет година прелази у латинску школу и успешно овладава латинским језиком. Гимназијско школовање наставља у Буди-

* **редовни професор у пензији, Правни факултет у Новом Саду, Универзитет у Новом Саду**

му и Араду. Одласком у Беч, на универзитету слуша предавања из кривичног, канонског, природног и општег права, физике, анатомије, хемије и ботанике. Поред тога, посвећује се флаути и цртању. Добро је знао немачки, мађарски, енглески, румунски и руски, а учи још и француски, италијански и шпански језик. Пред Први српски устанак, у намери да пређе у Београдски пашалук, учи грчки и турски језик.

Доласком у Пешту, као одличан студент, завршава правне студије. У двадесетој години живота, уз одобрење Достојанственог правног факултета у дворцу Преславног пештанског универзитета, у свечаној сали 26. месеца маја 1786. године стиче докторски ловор одбранивши дисертацију „Шта је узрок и шта је циљ постојања државе“ – QVAE CAVUSA? QVIS FINIS CIVITATIS?

Дисертација је написана и одбрањена на латинском језику. Штампана је са посветом његовом стрицу, руском генералу Петру Аврамовичу Текелији. У издању Матице српске, под уредништвом Чедомира Попова, академика и председника Матице, штампана је књига Саве Текелије Disertatio iuridica de Coe et fine civitatis (Правна дисертација о извору и циљу постојања државе).

На 170. годишњицу формирања задужбине Текелијанум и избора Саве Текелије за председника Матице српске први пут је превођена са латинског на српски, те у оригиналној верзији и преводу, заједно са прилозима на српском и енглеском језику. Објављена је на стогодишњицу завршетка градње нове палате Текелијанума, с надом да ће у том храму науке и просветитељства поново заживети дух текелијанаца.

Сава Текелија је својом дисертацијом показао да и српски народ има капацитет за бављење науком. Његов рад представља камен темељац и путоказ будућим генерацијама, не само правника, него и другим професијама.

Теза открива аутора као врсног познаваоца најзначајнијих правних и филозофских ауторитета из проучаване области. Интелектуална кореспонденција, од Хобса и Русова, хеленских и римских класика, Платона, Аристотела, Хорација, Овидија, Јувенала, Цицерона и других, управо то и потврђује.

Треба скренути пажњу на чињеницу да је дисертација посвећена једном руском генералу Петру Текелији, да је штампана пре одбране и да је у њој аутор бранио схватање супротно тадашњим ауторитетима. То показује на висок степен свести, храбрости и научног достојанства аутора.

Докторске дисертације из Текелијиног времена и садашњег, у области правних наука разликују се по форми, облику и садржини. Општи манир XVIII века била је претераност у посвећивању, што није мимоишло ни Текелију. Уводни део садржи хвалоспев стрицу високодостојанственом господину Петру Текелији генералу Катарине Алексејине (Катарине Велике 1729–1796), владарке целе Русије. Сам текст дисертације надахнут је француском правном енциклопедистиком и просветитељством. Служећи се научном методологијом аутор дефинише значајна животна питања и тражи правне одговоре, што тезу чини јасном и разумљивом. Интердисциплинарност садржаја огледа се у елементима филозофије права, социологије права и у елементима правне аутропологије. Очигледан је енциклопедијски капацитет знања аутора, карактеристичан за најумније људе тога доба.

Дисертација је, у текстуалном смислу, скромна по обиму. Систематизована је у 29 параграфа или тачака. Богатство идеја, залагања, размишљања и закључивања доминирају концизношћу и јасноћом. У трагању за узроком и циљем постојања државе, аутор полази од једноставне заједнице између мушкарца и жене која са потомцима прераста у сложенију заједницу. Такву заједницу карактерише урођена љубав, слобода, једнакост без подређености и повластица. Опстанак карактерише миран и сигуран живот, што је у супротности Хобсовом схватању да је природно стање рат свих против свих. Подржавајући Русоа, аутор сматра да је наступила права штета за човека и друштво када је природно стање замењено државним, а слобода потиснута влашћу и покорношћу. Стога „ради људске среће требало би одмах захтевати смрт онога који је први рекао: ово је моје дрво“ (параграф 16).

Закључивање друштвеног уговора ради потчињавања заједничкој власти Текелија сматра за услов функционисања мирног и безбедног друштва. То је, по њему, прави узрок настанка државе а не божја воља и гушење људског незадовољства. Друштвеним уговором не регулишу се само односи између грађана, већ и односи између грађана и државе. Државна власт је нужна јер обезбеђује чување оних добара због којих су удружени (параграф 24).

Друштво може успешно опстојати само уколико је прецизирана организација политичког тела и друштва. Произвољност води у неједнакост и анархију.

Текелијина залагања су у великој мери под утицајем Аристотела и Цицерона, али и реалног живота који добро познаје. То се огледа

у коришћењу термина: добро живети, добро делати, удобан живот као државни императив.

Супротстављајући се схватању познатог аустријског правника Де Мартинија да је сигурност циљ постојања државе, Текелија сматра да је циљ постојања државе равноправно сигурност и удобност живота. „Сигурност је стање у коме нема бојазни од икакве опасности, а удобан живот је доиста могућност да се себи прибави оно што је потребно за живот кад се ове две ствари сједине, доводи до добра у држави и опше среће“ (параграф 21). Створена је власт на основу друштвеног уговора којој ће се сви покоравати и које се сваки појединац бојао, донети су закони и друге одредбе ради безбедности и угодног живота и опште и заједничке среће. Констатујући да је узрок настанка државне заједнице у неприликама анархичног стања и присвајања ствари, Текелија се посебно усмерио на утврђивање циља њеног постојања. По њему, циљ постојања државне заједнице подједнако је и удобан живот и сигурност човека. Оба елемента, и сигурност и удобан живот грађана, изазов су и данас сваке државе.

Текелија је својим делом, што је од посебне важности, побудио интересовање српске интелигенције за укупан стваралачки опус Жан-Жака Русоа. Тај утицај, не само у области права, него и у књижевности, политичкој филозофији, педагогији, присутан је до данашњих дана.

## Допринос развоју српске науке, просвете и културе

Допринос Саве Текелије у области просвете, културе и науке јасно је показан са оснивањем у Пешти 1826. године Матице српске и њеним деловањем. „Деловање Матице српске је од самог почетка било усмерено на представљање српске културе у Европи, а са друге стране, на просвећивање и европеизацију српског народа“.[1]

Матица српска, оснивањем, инспирише словенске народе. Формира се Матица чешка 1831, Матица илирска 1842. (са новим називом 1874. Матица хрватска), Матица лужичкосрпска 1847, Матица халицоруска у Лавову 1848, Матица моравска 1849. Матица далматинска у Задру 1861, Матица словачка 1863, Матица словеначка 1864, Матица оповска 1877 и Матица у Тешинској кнежевини 1894. (из које настаје Матица шлеска), Матица пољска у Лавову 1882, Матица школска у Тешинској кнежевини

[1] Проф. др Душан Николић, *Сава Текелија*, Матица српска, Нови Сад, 2009, стр. 129.

1885, Матица школска у Варшави 1805, Матица бугарска у Цариграду 1909. и нова Матица бугарска 1989.

Преко основаних матица просветитељске идеје прихватају и други словенски народи.

У српском народу Матица је од самог оснивања представљала кохезивни елемент Српства. Од првих чланова оснивача само један је рођен у главном граду Угарске, док су сви остали завичајем из разних крајева где Срби живе: Далмације, Трпиње, Сомбора, Сремских Карловаца, Вршца, Ковачице. Следећи круг приступних чланова био је из Беча, Новог Сада, Темишвара, Осијека. Интересантан је трећи круг приступних чланова који чине два брата, Јеврем и Милош Обреновић из Србије. „Та географска дисперзија чланова показује да није реч о ускоj, локалној, већ о општесрпскоj институцији“.[2] Велики државник и политички визионар, кнез Милош, схвата значај друштва које оснивају Срби у Угарскоj и уплаћује петоструко већи прилог. Остаје активан и доживотни члан и после уписа у Матицу кнеза Александра Карађорђевића. Нешто касније, 1845. године, Матици приступа и Петар Петровић Његош. Спајањем двеју супротстављених династија у чланству, Матица је својом културном делатношћу трасирала пут за превазилажење политичких сукоба свеколиког Српства.

Међу бројним активностима Матице посебно је значајна њена издавачка делатност. Од оснивања, Матица издаје Летопис Матице српске. Овај угледан часопис излази све до данашњих дана и представља најстарији часопис у свету.

Несебичност и патриотизам Текелије посебно се изражава у његовом задужбинарству. Сава Текелија је у Пешти купио кућу у коју је 1838. године сместио новоосновани Дом српских студената и фонд за његово издржавање. Ова инвестиција добија назив Текелијанум и постаје стециште интелектуалаца, чланова Матице српске и омладине. Исте године Текелију бирају за доживотног председника Матице српске. Те прве године историчари називају цветним добом Матице српске.[3] Текелија је намеравао да од Матице направи прву српску научну установу по угледу на научна друштва и академије које у то време формирају европске државе.[4]

Живот великог српског доброчинитеља и просветитеља угасио се у Араду, 1842. године. Сахрањен је у породичној цркви. Из Матице нико

[2] Божидар Ковачек, *Матица српска 1826–2001*, Нови Сад 2001, стр. 7.

[3] Живан Милисавац, *Историја Матице српске,* I део Нови Сад 1986, стр. 307–635.

[4] Вера Милосављевић, *Сава Текелија и српска мисао*, први део, Београд 1998, стр. 17.

није присуствовао јер се за смрт у Пешти сазнало тек након шест дана. Тада је Матица приредила и парастос у Пешти. Летопис није забележио овај догађај, а Матица није обележила гроб. Тек после 16 година, о трошку Православне српске црквене општине, залагањем проте Драгутина Остојића, у Араду, у патосу цркве, над породичном гробницом уписано је „овде почива Сава Текелија (1761–1842) и његови преци. Слава им"

Велик број младих паметних Срба стицао је знања захваљујући Текелијануму. Питомце Текелијанума средином XIX века чинио је импозантан број интелектуалаца који су допринели културном напредовању и цивилизацијском сазревању српског народа. од знаменитих Срба XX века спомињемо само неке: Богдан Гавриловић, ректор Универзитета и председник Српске краљевске академије наука, Радивој Кашанин, светски математичар, Марко Малетин, уредник Летописа и секретар Матице српске, Тихомир Остојић, историчар књижевности и секретар Матице, Јован Павловић, истакнути публициста, Вељко Петровић, књижевник, председник Матице српске, Лазо Томановић, публициста и председник Владе Црне Горе.

Незаобилазна улога Матице је и светосављу. У Текелијануму је одлуком Матице српске одржана прва Светосавска беседа која од тада постоји стално. То устаљивање је од велике важности за стварање световног култа Светог Саве у српском народу.

Марта 1848. године у Текелијануму је одржана традиционална скупштина Срба, на којој је донет први Српски програм под називом „Захтевање српског народа" у 17 тачака. Већина ових одредаба садржана је у документима Мајске скупштине Срба у Сремским Карловцима.

Текелијанум живи и напредује под мудрим руководством бројних познатих српских личности. Међу њима истичемо, као управника, Змаја Јована Јовановића. Он, за пример текелијанцима, као управник завршава и медицину.

На плацевима старог здања и суседне купљене куће, 1906. изграђена је велелепна зграда, која и данас постоји. До 1952. године преко Текелијанума школовало се око 550 интелектуалаца који су имали значајну улогу у напретку српског народа.

„Сава Текелија оставио је значајан траг и у области планирања обнављања модерне српске државности. Напуштајући државну службу, у Угарској дворској канцеларији Текелија трајно окреће леђа политичким амбицијама у Угарској, према Србима непријатељски расположеној

држави и своје амбиције усмерава према Србији, односно Београдском пашалуку“.[5] Сачињава и штампа географску карту српских земаља са ћириличким словима, објављује на српском језику „Римљани у Шпанији“, уз предговор и коментар 1805. године и шаље српским устаницима и предузима тајне дипломатске кораке, шаљући писма Наполеону (1804) и аустријском цару Францу I (1805), у којима предлаже да помогну Србима у ослободилачкој борби против Османлијске империје.

Текелијина географска карта била је порука српским устаницима да Београдски пашалук није једина српска земља коју треба ослободити већ да постоје и друге земље које треба ослободити.

Таква идеја значила је заправо политички програм који се поклапао са погледима вођства устаника. Мапа је обухватала српске земље са српским именима исписаним ћирилицом и украшеним српским хералдичким симболима. Обухваћене су све српске земље, како на Балкану, тако и делови Панониje, у којима су Срби чинили знатан део становништва. Наш познати историчар Душан. Ј. Поповић мапу је касније назвао мапом српских земаља, а Текелија „Земљоображење Србске, Босне, Далмације, Дубраве, Црногоре и ограничених преједала“.

Текелинијој мапи, као историјском документу о стању националне свести у Срба, није поклоњена дужна пажња. Изложена је касније, у јесен 1992. године, на изложби у Галерији Матице српске поводом обележавања 150. годишњице Текелијине смрти. Године 1997. нашла се на новој постави сталне изложбе Војвођанског музеја.

Књига „Римљани у Шпанији“, коју је Текелија написао, као и географске карте, представљала је значајну поруку Карађорђевим устаницима. Не толико по саветима о вештини ратовања него по указивању на то да треба да се пазе великих сила које би дошле као ослободиоци, а постали нови освајачи. Текелија је изабрао причу о рату између Римљана и Картагине у Шпанији, која није ослобођена него потчињена Римској империји. Један освајач истера другог, а земља и даље покорена.

Не сме се дозволити да ослобађањем од Турака Срби падну у ропство других сила. Као поданик Аустрије, Текелија није смео отворено писати о тешком положају Срба у том царству.

Посебну пажњу заслужују примедбе, или напомене дате у фуснотама. Оне се односе на значају дисциплине, будности у војсци, значају герилског ратовања и диверзантских акција, понашања према подређенима и непријатељу. Посебно указује на неслогу и издају.

[5] Вера Милосављевић, *Сава Текелија и српска мисао*, књига II, Београд 1998, стр. 5.

Текелијине поруке политичког су карактера и садрже смернице за обнову српске државности. Потребан је опрезан однос према савезницима, који од помагача могу постати освајачи. То постижу поделом и раздором народа. Зато је слога у народу императив успеха. Најсигурнија народна одбрана налази се у самом народу који своје личне интересе подређује општедруштвеним. Лични интерес води у пропаст народа, са којима носиоци самих интереса пропадају.

Братска помоћ и слога гарант су успеха народа, који само наоружан може сачувати слободу. Човекољубље може бити јаче од оружја ако постоји ред, разум и вештина ратовања. У ратним невољама треба неговати пријатељство и поштење. Изнад свега, потребан је мудар државник са политичким визијама и понашањем које претходи војној конфронтацији.

У стварању нове државе Текелија предлаже методе Петра Великог. Срби своју државност треба да подижу из помоћи, не само домаћих него и страних стручних, умних и способних људи.

Текелијина књига је до устаничких вођа доспела тек пред крај устанка. Изгледа да она ни касније није читана, иако на актуелности не губи све до данашњих дана.

Текелијин модеран национални програм за обнову српске државе садржи писмо, упућено 1804. године Наполеону, у коме се тражи француска помоћ Првом српском устанку.[6]

Захтев за помоћ Србима Текелија образлаже заједничким европским интересима и правом једног народа на сопствену самосталност. Стварањем јаке српске државе Француска спречава јачање и гомилање других великих сила на подручју српских земаља. Након потискивања Турака са Балкана, познавајући реалну политичку ситуацију, темељније образлаже читаву стратегију и тактику одржавања равнотеже европских велесила.

Стручни углед, политички ауторитет, војнички статус, грађанско достојанство, лична смелост и одговорност мобилисали су Текелију да 1805. године упути писмо и аустријском цару Францу I. У овом својеврсном меморандуму Текелија износи своје погледе о политичкој ситуацији у тадашњој Европи. Сугерише да Монархија треба да помогне побуњеним Србима у стварању њихове државе. Текелија каже да треба створити „српско или илирско краљевство“. Таква схватања одредила су

[6] Сава Текелија, *Описаније живота*, Београд 1966, стр. 171–187.

бечки двор да се са посебним надзором односи према Текелији и целом српству. Предвиђајући пропаст сложене Хабзбуршке империје, Текелија касније пише: „описану опасност Аустрија избећи неће“.[7]

После докторске дисертације, Сава Текелија је објавио дугу књигу „„Расправа о Србима“, 1790. на латинском, а 1791. на немачком језику. Ова издања анонимно су потписана као „угарски патриота“. У расправи је приказано национално питање Срба у Угарској. Срби живе у Угарској одвајкада и она је и њихова земља те као радници привредници заслужују равноправни положај и као грађани и као народ, а не као потчињени и експлоатисани. Аутор је имао намеру да утиче на угарски сабор да законима оснажи политичку равноправност Срба у Угарског обезбеђујући им сва грађанска права.

Дубљи и далекосежнији циљ овог текста је у истицању идеје о јединству српског народа без обзира на државу у којој живе, на веру коју исповедају и на име којим се називају. Расправа је тиме превазишла захтев за побољшањем политичког и укупног друштвеног положаја Срба и добија карактеристику дугорочног националног програма.

У трагању и грађењу основа српског националног програма свакако се не може заобићи Текелијин допринос.

Срби никад нису прихватили статус националне мањине у Угарској. Текелија инсистира на староседелаштву Срба у Угарској. Срби „нису као туђинци у краљевство дошли, него као домаћи к својима, као синови к матери, као браћа к браћи“. Сам Текелија је из српске породице која није дошла са Чарнојевићем, него га је овде дочекала. Интерпретација Чарнојевићевих свих сеоба представља недовољно сагледано време српске историје која има негативног утицаја на српску свест, историјску интерпретацију и државно-правну науку. „Изврћу се чињенице па се говори да су Срби дошли у аустријско царство, а не каже како је стварно било: да је то царство дошло у српске земље“. Тај приступ овој историјској чињеници Срби су примили од мађарских и немачких историчара, па се и данас радо цитирају они угледни српски аутори који су се њима служили“.[8]

Изнети Текелијини ставови у „Расправи о Србима“ објашњавају у великој мери наш однос према овом великану и укупном његовом делу у српству.

[7] Душан Ј. Поповић, *Сава Текелија према Првом српском устанку*, Зборник Матице српске бр. 7, 1954, стр. 122–123.

[8] Вера Милосављевић, ibidem, први део, стр. 121.

Својим укупним делом Текелија је упозоравао и доказивао на угрожавање српства и српског идентитета. У Првом светском рату престаје српска држава. Српским жртвама и српском оружју створена је Југославија. Текелијин народ, истребљиван током два светска покоља, поново подељен границама и ослабљен, без ауторитета и циља, тражи луку спаса.

УДК 342(497.11)

# ЧЕТИРИ ПИТАЊА ИЗ НОВИЈЕ УСТАВНЕ ПРАКСЕ У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ

**Проф. др Владан Петров**[*]
**Проф. др Дарко Симовић**[**]

***Апстракт:*** *У овом раду, аутори кратко анализирају четири питања која су се поставила у новијој уставној пракси у Републици Србији: 1) да ли имунитет штити посланика распуштене скупштине; 2) да ли имунитет неповредивости, према важећем уставном решењу, штити посланика од сваког облика лишења слободе или само од притвора; 3) да ли је добро за јачање ауторитета парламента, или из неких других разлога, увести „ротацију" председника Народне скупштине на годину дана; 4) да ли је одрживо становиште Уставног суда који прави разлику између системских и обичних закона. Аутори указују на то да у уставном и политичком животу Републике Србије постоје питања која, премда нису нова, нису рашчишћена. Такође, кад се приступи једног дана уставној реформи, имунитет неповредивости посланика мора бити редефинисан, а трајање мандата председника Скупштине мора бити дефинисано Уставом.*

***Кључне речи:*** *распуштена скупштина, имунитет неповредивости посланика, „ротација" председника Народне скупштине, уставно редефинисање, системски закон, Уставни суд.*

[*] **Аутор је ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду, и-мејл: vpetrov@ius.bg.ac.rs.**

[**] **Аутор је ванредни професор Криминалистичко-полицијске Академије у Београду, и-мејл: darko.simovic@kpa.edu.rs**

## УВОД

У фебруару ове године, после нешто више од годину и по дана трајања мандата претходног сазива, на образложени предлог Владе, председник Републике је распустио Народну скупштину и расписао превремене парламентарне изборе. У периоду када је Народна скупштина била распуштена, поставила су се три питања у уставној пракси, која су још једном показала да давно усвојена начела и решења парламентарне демократије могу бити доведени у питање, било као последица незнања, било као последица намере политичара да створе спор тамо где не би требало ни смело да га буде.[1]

Прва два питања везују се за хапшење Драгана Томића, народног посланика распуштене Народне скупштине. Питање је било да ли народни посланик распуштене скупштине ужива имунитет и, ако ужива, да ли може бити ухапшен пре него што му Скупштина „скине" имунитет.

Треће питање појавило се на политичкој сцени непосредно пред конституисање Народне скупштине. Изазвано је предлогом председника распуштене скупштине Небојше Стефановића да се у новом скупштинском сазиву председник Народне скупштине бира на годину дана, односно да се уведе институт тзв. „ротирајућег" председника.

Четврто питање односи се на постојећу јуриспруденцију Уставног суда који разликује системске од обичних закона Народне скупштине. Будући да Устав не прави ову разлику постоји дилема да ли је овакво становиште Уставног суда оправдано и одрживо.

## ДА ЛИ ИМУНИТЕТ ШТИТИ НАРОДНОГ ПОСЛАНИКА ОД СВАКОГ ХАПШЕЊА?

Када је 13. фебруара ове године ухапшен Драган Томић, народни посланик и бивши председник ИО Универзал банке, поставила су се два

[1] Вид. В. Петров, „Случај Томић: Устав није прекршен", *Политика* од 18. фебруара 2014, http://www.politika.rs/rubrike/Pogledi-sa-strane/Slucaj-Tomic-Ustav-nije-prekrsen.sr.html; „Кад посланику 'пада' имунитет", *Политика* од 19. фебруара, http://www.politika.rs/rubrike/tema-dana/Kad-poslaniku-pada-imunitet.sr.html.; В. Петров, „Правило је да се председник бира на период као и парламент", http://www.politika.rs/rubrike/Pogledi-sa-strane/Pravilo-je-da-se-predsednik-bira-na-period-kao-i-parlament.lt.html.

уставноправна питања. Прво, да ли је ухапшен народни посланик којег штити имунитет, с обзиром на то да је Скупштина распуштена? Друго, да ли је хапшењем и задржавањем народног посланика који се позвао на имунитет прекршен Устав?

На прво питање није било тешко одговорити. Распуштена скупштина не „умире“ – она „чека“ да буде замењена новом, по окончању превремених избора.[2] До тада, ради само оно што мора, јер демократска држава не сме остати без народног представништва. Према Уставу, распуштена скупштина обавља текуће и неодложне послове одређене законом (члан 109. став 7).[3] Мандат посланика старог, престаје потврђивањем две трећине мандата новог скупштинског сазива (члан 101. став 6). *Дакле, у моменту хапшења, Драган Томић је био народни посланик с правом да се позове на имунитет.*

Друго питање изазвало је много више недоумица. Томићев адвокат поднео је кривичну пријаву против јавног тужиоца због кршења Устава и Закона. У расправи која се водила у Скупштини пре доношења одлуке о укидању имунитета, поједини посланици опозиције истицали су да је повређена уставна одредба према којој „народни посланик који се позвао на имунитет не може бити притворен (...) без одобрења Народне скупштине“ (члан 103. став 3). Речено је да Томић није смео бити ухапшен ни „притворен“ пре него што се о томе изјаснила Народна скупштина и да је тиме извршна власт повредила ауторитет Скупштине.

Ствари друкчије стоје. Устав каже да „лице за које постоји основана сумња да је извршило кривично дело може бити притворено само на основу одлуке суда, ако је притварање неопходно ради вођења кривичног поступка“ (члан 30. став 1). Дакле, *према Уставу, о притварању одлучује суд*. Драган Томић је ухапшен и спроведен надлежном јавном тужиоцу, који је донео решење о задржавању. *Задржавање осумњиченог*, о којем одлучује јавни тужилац или по његовом одобрењу полиција, *није исто што и притварање*, о којем одлучује суд. Задржавање осумњиченог је облик лишења слободе без одлуке суда. Устав одређује да „лице лишено слободе без одлуке суда мора без одлагања, а најкасније у року од 48 ча-

[2] Вид. В. Петров, “Распуштање парламента“; *Права човека 1–2,* 2004, 9–37.

[3] Закон о Народној скупштини (члан 52) прецизира ову уставну одредбу на следећи начин: „У случају распуштања Народна скупштина, односно надлежни одбор Народне скупштине врши само текуће или неодложне послове, а нарочито: 1) решавање мандатно-имунитетских питања, 2) остваривање међународне сарадње у складу са овим законом, 3) поједине случајеве решавања материјално-статусних питања народних посланика и других изабраних и именованих лица, 4) ако су везани за законски рок или то налажу потребе државе.

сова, бити предато надлежном суду, у противном се пушта на слободу“ (члан 29. став 2). Томић је био задржан, али не и притворен. Позивајући се на имунитет, он није могао спречити хапшење и задржавање, али привремено јесте притварање. По окончању поступка, када му је Скупштина одузела имунитет, Томић је притворен, односно суд је донео одлуку о одређивању притвора. Да је Скупштина одлучила супротно, Томић не би био притворен, већ пуштен на слободу. *Уставна одредба о процесном имунитету (привремена) сметња је за притварање посланика, али не и за његово задржавање до изјашњења Скупштине.*

Постоје два различита становишта о процесном имунитету посланика. Према једном, имунитет треба укинути, јер се њиме нарушава начело једнакости грађана пред законом. Тако углавном мисле и грађани, јер схватају имунитет као привилегију посланика која им омогућава да избегну правду. Према другом становишту, процесни имунитет треба задржати, али сузити. То је више примерено. Истина, има устава који дају најширу имунитетску заштиту, јер одређују да „посланик не може бити лишен слободе без одобрења парламента“ (нпр. у Италији, против посланика се може водити кривични поступак, али не може бити ухапшен и притворен без одобрења парламентарног дома). Да таква одредба стоји у нашем уставу, хапшење и задржавање Томића не би било дозвољено. Овако, остаје решење које посланика штити од притварања, али не и од хапшења и задржавања.

*Дакле, у случају Драгана Томића, народног посланика распуштене Народне скупштине, Устав није прекршен. Друго је, међутим, питање да ли оваква уставна одредба треба да опстане у некој будућој уставној реформи. Могућа су два решења. Једно да се имунитет неповредивости народног посланика сасвим сузи, можда и укине. Друго решење било би прецизирање важеће уставне одредбе тако што би изричито стајало да народни посланик не може бити ухапшен, односно лишен слободе. Ако се буду поштовале савремене тенденције у еволуцији посланичких имунитета, прво решење је више вероватно.*

## ТРАЈАЊЕ МАНДАТА ПРЕДСЕДНИКА СКУПШТИНЕ: КАД УСТАВ ЋУТИ НИЈЕ ДОВОЉНА ПОЛИТИЧКА ОДЛУКА

Неколико дана пред конституисање нове Народне скупштине, Небојша Стефановић, председник Скупштине у претходном сазиву,

предложио је да се убудуће председник Скупштине бира на годину дана, што би омогућило и мањим парламентарним странкама да на чело народног представништва дође њихов представник. Предлог је образложио и потребом да Скупштина не буде само „машина за изгласавање закона", него тело које ће контролисати Владу.

За разлику од Устава Србије од 1990, који је предвиђао четворогодишњи мандат председника Скупштине, Устав од 2006. то питање не уређује. Закон о Скупштини и Пословник Скупштине ћуте. Пословник само прописује основе за престанак функције председника Скупштине (оставка, разрешење или престанак мандата народног посланика). Дакле, у уставноправном поретку Републике Србије постоји правна празнина која се не може правдати ниједним ваљаним правним разлогом, јер је функција председника Народне скупштине исувише значајна да би њено трајање било препуштено пролазним политичким одлукама, привременим политичким договорима, односно политичкој пракси. У земљи у којој је уставна и политичка култура још увек на ниском нивоу, то питање је морало бити уређено на највишем, уставном нивоу. Да ситуација буде још мање логична, изгледа да до тог тренутка нико, чак ни међу посленицима уставноправне науке, није приметио да не постоји позитивноправна норма која уређује трајање мандата председника Народне скупштине.

Има узоритих устава који не одређују трајање мандата председника парламента (Немачка, Италија) и оних који то чине (Француска). Уставотворци различито процењују у којој мери треба да задиру у аутономију парламента. Ипак, ретке су државе у којима ово питање није правно уређено, јер се тиме, у извесном смислу, обезвређује институција председника парламента, који није само „први међу једнакима".

Правило је да се председник парламента бира на период на који се бира и сâм парламент. Изузетно, председник се бира за свако заседање (Белгија) или на одређени период у току сазива (у Француској се други дом, Сенат, парцијално обнавља на три године, па се тада бира и председник). „Рекордери" по кратком трајању мандата председника парламента су Сан Марино (шест месеци) и Мексико (месец дана). Дакле, међу земљама које припадају класичној уставности нема примера кратког трајања мандата председника парламента.

Зашто се предлог председника старог скупштинског сазива може сматрати демагошким? Прво, председник Народне скупштине не располаже само овлашћењима председавајућег колегијалног органа, већ и

самосталним овлашћењима која врши без претходне одлуке Народне скупштине (нпр. расписује изборе за председника Републике и за одборнике скупштина јединица локалне самоуправе; кад Скупштина није у могућности да се састане, заједно са председником Републике и председником Владе, одлучује о проглашењу ратног или ванредног стања). Друго, контролна функција Скупштине не јача се скраћивањем мандата њеног председника, већ доследном употребом инструмената попут посланичких питања, интерпелација, анкетних комисија. Она зависи од свести посланика, поготово владајуће већине, да имају аутономију у односу на Владу и да Влада одговара њима, а не они њој. У богатој литератури уставног и парламентарног права не може се наћи аутор који је кратак мандат председника парламента одређивао као инструмент парламентарне контроле. То што би, услед „ротирања" сваких годину дана, на место председника парламента дошао и по који представник парламентарне опозиције сигурно не би ојачало контролну функцију парламента. За изградњу институционалног духа парламента уместо страначког, који редовно прожима рад парламента, „ротација" председника парламента је мера која би, неспорно, остала без позитивног дејства.

Постоји леп опис идеалног председника парламента: „Председавао је с великом уљудношћу и с тихим ауторитетом (...) Од уљудности нисте могли препознати његово властито расположење. Никада није спречавао слободну расправу, али озрачје које је стварао, морални ауторитет који је примењивао, спречавали су небитности, понављање и неплодну расправу. Био је мајстор у избору тренутка: знао је када расправу треба одложити, а када је усмерити на питање. Такође је показивао необичну домишљатост у извлачењу заједничких елемената из различитости, на тај начин сужавајући – ако не увек избегавајући – сукобе". Да ли председник изабран на годину дана може да се примакне овом идеалу?

*У парламентарном животу Републике Србије, којем су још увек својствени низак политички морал и непостојање парламентарних обичаја, трајање мандата председника Скупштине не би смело да се заснива само на политичком договору, ма колико политички чиниоци били спремни да га поштују. Оно мора имати основ у скупштинском пословнику, а најбоље у Уставу, како је било за важења Устава од 1990. Једногодишњи мандат скупштинског председника, у садашњим приликама, пре би водио деградацији ове функције и Народне скупштине у целини, него јачању ауторитета народног представништва.*

Да ли су то схватили из владајуће политичке странке (СНС) или су им на то указали, правно аргументовано, њихови коалициони партнери

(Балинт Пастор, СВМ) или се релативно лако одустало од овог предлога Небојше Стефановића, као што се лако и подносе предлози у политичком амбијенту који још увек не карактерише суштинска политичка стабилност, на то питање није могуће, нити потребно одговорити. Пошто је Народна скупштина Републике Србије конституисана 17. априла ове године, убрзо је добила новог председника (председницу), изабраног на „неодређено" време, односно на период до четири године.

## УСТАВНОСУДСКО РАЗЛИКОВАЊЕ СИСТЕМСКИХ ОД ОБИЧНИХ ЗАКОНА

На самом почетку године, 1. јануара 2014. године, започела је примена Закона о умањењу нето прихода лица у јавном сектору.[4] Доношење овог закона оправдавано је настојањем да се висина буџетског дефицита умањи смањивањем нето прихода запослених у јавном сектору. Осим економске оправданости законска решења су заснована и на принципу солидарности, будући да последице његове примене осећа само она категорија запослених у јавном сектору чија су примања изнад 60.000,00 динара. Међутим, у једном делу стручне јавности оспорена је уставност овог закона. Истакнуто је: „Као и свако недобровољно плаћање држави које није праћено противуслугом и овде је посреди један облик *пореза*. То потврђују и оне одредбе спорног закона које предвиђају да надзор над умањењем нето прихода запослених врши Пореска управа, а на сва неуређена питања се сходно примењују одредбе *Закона о пореском поступку и пореској администрацији*. Проблем је у томе што приходи запослених у јавном сектору који су предмет новоуведеног пореског намета припадају категорији „дохотка", који је већ регулисан *Законом о порезу на доходак грађана*. И не само то, у поменутом акту се изричито каже да се „опорезивање дохотка грађана уређује *искључиво* овим законом". То значи да изузимање једне категорије грађана и опорезивање њихових доходака према неком специјалном закону, сходно установљеној пракси Уставног суда, представља `нарушавање јединства правног поретка Србије`"[5]. Дакле, будући да је, по оваквом начину размишљања, реч о увођењу једне нове врсте пореза, а да је Закон о порезу на доходак грађана предвидео да се опорезивање дохотка грађана може вршити искључиво

[4] „Службени гласник" бр. 108/13

[5] М. Јовановић, "О уставности закона о `смањењу плата`", *Политика*, 3. фебруар, 2014, доступно на: http://www.politika.rs/rubrike/Pogledi-sa-strane/O-ustavnosti-zakona-o-smanjenju-plata.sr.html

тим законом, не постоји могућност доношења *lex specialis*-а, јер се на тај начин нарушава јединство правног поретка Србије. Оваква поставка ствари аргументована је досадашњом праксом Уставног суда Србије који је начело „јединства правног поретка" тумачио као постојање примата системских у односу на обичне законе.

Начело јединства правног поретка Устав је поменуо два пута, али га садржински није одредио (члан 4 став 1, члан 194 став 1). У оба случаја формулација је истоветна: „Правни поредак Републике Србије је јединствен". Уставни суд Србије се у већем броју својих одлука позивао на ово начело, при том, појашњавајући његово значење. Тако је Уставни суд указао да „уставно начело јединства правног поретка налаже да основни принципи и правни институти предвиђени законима којима се на систематски начин уређује једна област друштвених односа буду испоштовани и у посебним законима, осим ако је тим системским законом изричито прописана могућност другачијег уређивања истих питања"[6]. Осим тога, „(У)ставно начело јединства правног поретка подразумева међусобну усклађеност свих правних прописа у оквиру правног система Републике Србије, што начелно искључује могућност да се законом којим се уређује једна правна област могу мењати, односно допуњавати поједина законска решења садржана у закону којим се уређује друга правна област"[7].

Уставни суд је, у својим одлукама, практично установио нову категорију закона, системских закона, којима се на системски начин уређује нека од области друштвеног живота. Непосредна последица оваквог становишта је и примат системских над обичним законима. Појашњавајући једно уставно начело, Уставни суд је заправо установио ново начело – начело примата системских закона које уставни текст не познаје. Наиме, реч је о слободној интерпретацији начела јединствености правног поретка којом се дописује уставни текст. Разуме се, тако нешто је легитимно и очекивано, будући да је задатак уставног судства да прецизира и појашњава уставна начела, али и да попуњава уочене празнине у уставном тексту ради заокруживања једног уставног поретка. Но, поставља се питање да ли је развијањем и прецизирањем начела јединствености правног поретка Уставни суд поступио исправно?

Несумњиво, поменути приступ Уставног суда може бити изложен озбиљној критици. *Прво*, не види се јасна логична веза између начела јединствености правног поретка и начела, изведеног из овог претход-

[6] И Уз 231/2011 од 22. јула 2010. године

[7] И Уз – 225/2005 од 19. априла 2012. године

ног, примата системских закона. Веза би могла да постоји једино под условом уколико би у потпуности избанализовали начело јединствености правног поретка и тумачили га тако да ниједно законско правило не може да трпи изузетке. *Друго*, Устав Србије, за разлику од неких других устава, не познаје различите категорије закона. Своју законодавну власт Народна скупштина остварује искључиво у јединственој законској форми. Не постоји разликовање између системских и обичних закона, а хијерархију међу њима коју установљава Уставни суд, Устав не познаје. *Треће*, поставља се питање да ли Уставни суд може да ограничава законодавну власт Народне скупштине тако што ће је обавезати на постојање системских закона? Овакву обавезу Уставни суд не може наметнути носиоцу законодавне власти. *Четврто*, правна конструкција системских закона подразумева да би законодавно тело само себе обавезивало да решења предвиђена таквим законима не могу бити промењена путем „обичних" закона. Ова доктринарна конструкција самообавезивања законодавца не може имати правно дејство. *Пето*, овакво становиште Уставног суда негира једно неписано правно правило које датира још од античких времена: *lex specialis derogat legi generali*. У судару овог неписаног правног правила, које представља неспорну цивилизацијску тековину, и дописаног уставног начела од стране Уставног суда, предност је свакако на страни овог првоименованог.

Начело јединствености правног поретка, и поред већег броја одлука које га помињу, још увек није довољно јасно и прецизно изграђено, па ће иницијатива за контролу уставности Закона о умањењу нето прихода лица у јавном сектору бити нова прилика да се изнесу ваљани аргументи *pro et contra* опстајања системских закона у јуриспруденцији Уставног суда.

## ЗАКЉУЧАК

Четири, кратко анализирана питања која су се поставила у новијој уставној пракси у Републици Србији указују на следеће. Прво, још увек постоје недоумице у погледу разумевања природе распуштене Скупштине. Премда је ово питање више пута решавано у Републици Србији у последњих десетак година, још има оних који не схватају да Скупштина не престаје да постоји моментом распуштања. Друго, имунитет неповредивости народних посланика морао би бити редефинисан Уставом.

Највероватније да би то редефинисање требало да иде у правцу сужавања обима имунитетске заштите, али не и њеног потпуног укидања, на шта указују и новија упоредна истраживања.[8] Треће, Устав Србије од 2006, и поред одређене пренормираности (нпр. велики број одредаба о људским правима), садржи озбиљне уставне празнине. Једна од таквих је непостојање одредбе о трајању мандата председника Народне скупштине. Док се Устав не промени, Скупштина би морала да попуни ову празнину променом скупштинског пословника. Четврто, досадашња јуриспруденција Уставног суда указује на недовољно развијену доктринарну основу у његовом раду.

**Dr. Vladan Petrov**
**Associate Professor**
**University of Belgrade Faculty of Law**
**Dr. Darko Simović**
**Associate Professor**
**Academy of Criminalistic and Police Studies, Belgrade**

## THE FOUR QUESTIONS RAISED BY THE NEWEST CONSTITUTIONAL PRACTICE IN THE REPUBLIC OF SERBIA

### *Summary*

*In this article, the authors briefly analyse the four questions which were raised by the newest constitutional practice in the Republic of Serbia: 1) does immunity protect the deputy of a dissolved Assembly; 2) does immunity, according to the positive constitutional solution, protect a deputy from any deprivation of liberty or from detention only; 3) is it good for the authority of the Parliament or for any other reasons, to introduce the rotation of the President of the National Assembly following a period of one year; and 4) is the standpoint of the Constitutional Court where it differentiates between system and "regular" laws sustainable? The authors indicate that there are questions in the constitutional and political life of the Republic of Serbia which, although*

[8] Вид. Report on the Scope and Lifting of Parliamentary Immunities, Adopted by the Venice Commission at its 98th plenary session (Venice, 21–22. March 2014), http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD%282014%29011-e.

*not new, are not clear in the public opinion and in the minds of some politicians. When constitutional reform is placed on the agenda one day, the immunity of inviolability has to be redefined, and the tenure of the mandate of the President of the Assembly has to be defined by the Constitution.*

***Key words:*** *A dissolved Assembly – The inviolability of a deputy – The rotation of the President of the National Assembly – The constitutional redefinition – The Constitutional Court.*

УДК 352.07

# ЛОКАЛНА САМОУПРАВА КАО ИЗВОРНИ ОБЛИК ДЕМОКРАТИЈЕ ИЛИ АДМИНИСТРАТИВНЕ ДЕЦЕНТРАЛИЗАЦИЈЕ ВЛАСТИ

**Др Владан Михајловић***

***Апстракт:*** *Локална самоуправа је трајна карактеристика развитка модерне државе и друштвено-политичког живота. Смањењем државног централизма јачале су тенденције и амбиције ка антицентрализму, подстицани су различити облици децентрализације и изворне демократије. Данашње државе, биле федерално или унитарно уређене, суочавају се са проблемом централизма тако што настоје да спроведу већи ли мањи степен децентрализације своје власти. Тај ниво децентрализације је мањи у оним ситуацијама где централна власт и даље одржава различита средства утицаја на ниже територијалне јединице и држи их под већом или мањом правном па и политичком контролом. Локална самоуправа је настала на доктрини, поставкама изворне демократије као антитезе сваком државном мешању и контроли. Тај концепт демократске локалне самоуправе се остваривао на таласу снажног антицентрализма након великих револуција које су означиле крај епохе јаке, ауторитарне државе. Но, то време антицентрализма и слабе државе није дуго трајало. Модерне државе су опет ојачале, проширile своје функције и инструменте свог притиска и утицаја на ниже територијалне колективитете. Не желећи да упадне у клопку претераног централизма, модерна држава је принуђена да тај централизам обуздава и смањује.*

*То постиже различитим облицима персоналне, функционалне, територијалне (регионалне) па и административне децентрализације.*

* **Др Владан Михајловић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици**

*Ти облици децентрализације се још увек остварују на терену државе и у оквиру ње. Највећи изазов за државу и њену власт је развитак таквог облика друштвеног живота који је изван или преко државе и њене власти. Локална самоуправа је замишљена да буде та сфера слободних људских и друштвених односа, самоуправљања у коме грађани сами управљају собом. Такав идеал демократске заједнице још није остварен. Сведоци смо јачања тренда централизма и мешања државе у живот људи на свим нивоима њиховог територијалног организовања.*

*То се односи и на локалне самоуправе које више не могу да опстају као оазе слободе и демократије. Оне су данас под јаким утицајем и мешањем централне државне власти. Постале су елемент државног уређења са израженим дуализмом: једним делом извршавају државне послове (поверени државни послови) где не уживају самосталност, а другим све теже опстају на терену изворне локалне демократије где врше локалне послове и где уживају самосталност.*

***Кључне речи:*** *локална самоуправа као облик демократије, управљање и одлучивање о локалним пословима, антицентрализам локалне власти, локална самоуправа као елемент државног уређења, правна контрола локалне самоуправе, локална управа као облик административне децентрализације, поверени јавни послови, однос локалних и државних органа.*

## УВОД

Идеја демократије у целовитом облику је античко откровење, развијено у атинском концепту или моделу непосредног владања и одлучивања. То „атинско чудо“ било је и остало узор савршенства, нешто што се вековима велича, али не понавља. Истина, антички свет је више преферирао монархијским, аристократским и уопште недемократским режимима него демократији. Атина се у једном периоду, под Периклом, одвојила од такве традиције, окренула човеку, грађанину и исказала веру у његове врлине и способности. Заслугом атинске демократије човек је индивидуализован, постао је грађанин и корисник благодети атинског друштва и политичке заједнице. И пре Периклове Атине, као и касније, антички свет се мање ослањао на појединца и веровао у њега, а више у заједницу. Заједница, друштво, полис и сл. била је призната вредност, а појединац непризната или мало призната вредност. Чак и у

Аристотеловој скали друштвених вредности на првом месту је држава као најорганизованији облик живота, док иза ње следе сеоска и градска заједница, породица и на последњем месту појединац.[1] Зато античка заједница никад није била заједница за човека, услов и извор његове слободе и остварења. То је била више отуђена заједница која апстрахује човека, извор неједнакости и потчињавања човека од човека. На тој критици античке политике, политичке заједнице али и каснијих политика, настао је негативни и разочаравајући однос према политици и владавини уопште.

Маркс је осуђивао капиталистичку државу и власт која производи неједнакост, отуђење и експлоатацију човека. Излаз из таквог стања је видео у општељудској еманципацији – ослобађању човека и враћању његовој суштини.[2] Анархиста Прудон је био још радикалнији и непомирљивији борац против државе и сваке власти. За њега је владање човека над човеком ропство, па је његов план ослобођења човека био повезан са планом рушења, уништења државе као највећег зла. То што се догодило Атини у једном периоду никад се са таквим успехом више није поновило. Атински полис је много векова раније најавио идеју суверености народа (грађанина). Он је развио систем у коме је сам народ вршио власт, суверености без посредника, дакле сам, окупљен у скупштинама – еклезијама и другим скуповима народа. У таквом систему одлучивања није постојала разлика између оних који врше власт и одлучују и оних над којима се врши та власт. Дакле, човек је био и субјект и објект те власти. Овакав модел одлучивања је у античком (атинском) свету био могућ захваљујући томе што су грчки полиси – градови државе – били релативно мали са данашњег гледишта. Они су окупљали мало становништва, њих неколико хиљада који су физички могли лакше да воде политику, врше јавне послове. При томе, и у том атинском схватању демократије, тај непосредни политички живот је окупљао само слободне грађане, био само њихова привилегија. Поуздано знамо да су из њега били искључени робови, жене и странци, да су били обесправљени, третирани као неслободни људи. Но, и са оваквим ограничењима атинска демократија је одушевљавала све присталице као што није остављала равнодушним ни своје противнике. Можемо мирне душе да кажемо да је нестанак (престанак) атинске демократије имао све размере грчке трагедије, али и ове наше, светске (општељудске). Све оне наше, касније демократије

[1] Др Рајко Кузмановић, *Упоредни политички системи,* „Нови Глас“, Бања Лука, 1991. год. стр. 43.
[2] Видети: Карл Маркс, *Прилог Јеврејском питању*, Рани радови, Напријед, Загреб, 1973.

су биле неуспешна имитација атинске и са њом нису могле да се пореде. Много векова после Атине, идеју и праксу непосредне демократије срећемо у енглеским територијалним заједницама – парохијама где се развила пракса непосредног одлучивања. Парохије су биле најниже територијалне заједнице у којима се појавила локална структура власти са мировним судијама и парохијалним збором или скупом свих парохијана, грађана парохије који решавају о локалним питањима.[3] У парохијама се од почетка одлучивало о питањима локалног живота: црквеним стварима, локалним финансијама, организовању локалних служби – полицајаца, надзорника сиротиње, надзорника друмова, црквених чувара и др.[4] Енглеска је и до данас сачувала ту традицију локалног територијалног организовања и у њеној тростепеној локалној самоуправи и даље успешно функционишу парохије. Њих данас има преко 10.000 и то на сеоским подручјима, где успешно организују и обављају бројне локалне функције и послове у области занатства, туризма, јавне расвете, локалног саобраћаја и др.[5]

И САД је под утицајем своје колевке, енглеске краљевине, развио и до данас примењује идеју и праксу непосредне демократије. Поред представничког система власти и институција, САД познаје у мањим заједницама – варошима (town) и облике непосредног одлучивања грађана. Та непосредна демократија реализује се преко зборова грађана на којима ови (грађани) непосредно управљају и одлучују о пословима своје вароши, доносе локална општа акта и бирају локалне службенике.[6]

У Европи, Швајцарска је најдаље отишла у развоју праксе демократског одлучивања у локалним заједницама, општинама као и у кантонима. Њена општинска и кантонална демократија последица је богате демократске традиције у којој су успешно примењене бројне институције демократије: скупштине народа (Landsgemeinde), референдум, народна иницијатива, народни вето и др.[7] Постојање и развој локалне демократије у Швајцарској, али и оне у Енглеској, САД-у и другим земљама последица је идеје и доктрине о народној суверености која се везује за славног

[3] Миодраг Јовичић, *Системи локалне самоуправе у Енглеској, Шведској и Швајцарској, упоредна студија*, Београд, 1963. год. стр. 21.

[4] Ибид стр. 21

[5] Радивоје Маринковић, *Локална самоуправа*, Чигоја, Београд, 1968. год. стр. 90.

[6] Проф др Славољуб Поповић, *Регионализација у свету и код нас, правни аспект*, Београд, 1983. год. стр. 86.

[7] Видети: Проф. Александар Ђурђев, *Локална самоуправа*, Нови Сад, 1997. год., па даље, Миодраг Јовичић, *Системи локалне самоуправе у Енглеској, Шведској и Швајцарској, упоредна студија*, Београд, 1963. год.

философа Русоа. Као што је познато, Русо је развио теорију друштвеног уговора као основу модерне државе. Према тој теорији, сва власт се путем друштвеног уговора преноси са појединца на друштвену заједницу. Та власт није последица споразума између претпостављеног и потчињеног, већ је то легитиман, правичан, чврст и на опште добро користан споразум.[8] При томе, потчињавајући се целој друштвеној заједници, појединац се не потчињава ником лично. Он у ствари улази у састав збирне народне личности чија је воља меродавна и на тај начин он сам собом управља.[9] На тај начин, по Русоу, у друштвеној заједници односно држави нема господара и потчињених јер су сви истовремено и потчињени и господари. У држави све има да буде по тој општој вољи кроз коју се изражава суверености народа. Дакле, суверености је у народу, и то је та општа воља народа по којој се све дешава у друштву. Суверености у ствари значи остварење те опште воље народа. Та општа воља народа се пре свега изражава у законима и тим путем се сазнаје како она гласи и како се по њој треба владати. Ова суверена власт се, дакле, изражава у законодавству, законима које народ непосредно доноси, због чега се Русо с правом сматра творцем доктрине о народној суверености и непосредној демократији. Но, и Русо је био свестан да је немогуће да ту своју вољу народ сам и непрекидно врши окупљен на једном месту. Он је ту непосредну демократију мање схватао као целовит политички систем, а више у смислу примене појединих институција непосредног одлучивања, пре свега у законодавству. Та непосредна демократија је, и пре а и сада, у целовитом смислу могућа само у малим заједницама где се људи познају и могу да се окупе на једном месту и доносе одлуке од значаја за живот своје заједнице. Тако су Русоове идеје непосредне демократије утицале на појаву и развој најважнијих институција непосредног одлучивања грађана. Тако је, рецимо, под његовим утицајем Декларација о правима човека и грађанина од 1793. год. (донета као саставни део Монтањарског устава од 1793. год.) предвиђала право грађана да учествују у доношењу закона, мењању и допуњавању устава[10] и др.

Временом је и у другим земљама заживела и развила се пракса коришћења законодавног и уставотворног референдума, народне иницијативе, народног вета и др. институција, а све по угледу на револуционарне идеје које су се ширили из Француске.

[8] Жан Жак Русо, *Друштвени уговор*, Просвета, Београд, 1949. год. стр. 29.

[9] Ибид, стр. 17.

[10] Видети: Члан 21, 22, 28, 32 и 33 Декларације о правима човека и грађанина од 1793. год. објављено у „Декларације и основни документи“, Савез удружења правника Југославије, Београд, 1968. год. стр. 31–32.

## I

Досадашња политичка пракса показује да се демократија у изворном смислу најуспешније остварује у малим, односно локалним заједницама. У античкој епохи тај демократски амбијент су чинили градови – полиси а много векова касније и данас то су јединице локалне самоуправе. У земљама Европе и света те основне јединице локалне самоуправе углавном чине општине. Без обзира на разлике и њихове бројне организационе облике, локална самоуправа у свим тим варијантама располаже извесним (најмањим) степеном самосталности и самоуправности у односу на друге, шире територијалне облике вршења власти. У гледању на демократичност локалне заједнице, самоуправе, постоје два супротна гледишта. По једном, локална самоуправа је самостална и аутохтона заједница, одвојена и независна од државе и њене власти. По другом схватању (Лабанда, Јелинска, Ориуа и др.) она је изведена из државе, врши власт у њено име, тако да локални органи нису самосталани у вршењу локалних послова већ су подређени државним органима који им преносе послове из своје надлежности.[11] У овом првом значењу самоуправа би представљала изворни облик демократије, због чега је, рецимо, проф. Јован Ђорђевић одваја и разликује од децентрализације. По њему, децентрализација је пре свега административни појам, док је локална самоуправа пре свега политички појам и тако се превасходно одређује.[12] Истина, локална самоуправа данас све више поприма и елементе, обележја административне децентрализације. То је захваљујући томе што се на њу све више преносе административне функције са виших државних на ниже локалне административне органе. Сведоци смо да су свуда значајно проширени послови из пренете надлежности државе на локалне јединице, што свакако смањује опсег њихове изворне самоуправности. Но, без обзира на тај процес укључивања локалне самоуправе у процес административне децентрализације, она још увек истрајава и одржава се. Локална самоуправа је и даље више облик демократије него децентрализације, више значи аутономију локалних органа него одозго пренету управу на локалне административне органе. За Келзена, локална самоуправа је промишљена комбинација идеје демократије и децентрализације из које произилази један нови квалитет.[13] Алексис

[11] Видети: Миле Илић, *Локална самоуправа у Југославији*, Градина, Ниш, 1996. год. стр. 13. и 14.

[12] Проф. Јован Ђорђевић, *Политички систем*, „Савремена администрација“, Београд, 1988. год. стр. 536.

[13] Ханс Келзен, *Општа теорија државе и права*, Архив за правне и друштвене науке Београд, 1951. год., стр. 299.

Токвил је још ближи идеји демократије него децентрализације. Он тврди да у општини (локалној заједници) лежи снага слободних народа, да без општинских институција једна нација може да створи слободну власт али не може да поседује слободарски дух.[14] Тај демократски карактер локалне самоуправе подстичу и дају различити облици и институције непосредног учешћа грађана у вршењу локалних послова. Зато се с правом локална самоуправа третира као школа демократије у којој се грађани уче да сами собом управљају. Ако се тако гледа на локалну самоуправу, онда је она ближе идеји слободе, самосталности и самоуправљања него било каквој вези и зависности од државе и њене власти.

Иако се демократија и децентрализација често не разликују и недовољно одвајају, то је нужно да се чини. Без обзира на њихове могуће комбинације или прожимања у већем или мањем степену, локална самоуправа је ближа демократији него административној децентрализацији. За проф. Јована Ђорђевића, доајена српске политичке мисли и науке, то су и различити термини и појаве. Он, истина, признаје да у свакој децентрализацији као антицентрализму има и елемената самоуправности, али и поред тога (из већ изнете аргументације) не прихвата њихово поистовећивање. И временски гледано, идеја самоуправе је старија, појавила се много пре јаких и централизованих држава. Тек касније се појављује децентрализација као тенденција у развоју модерне државе, уперена на побољшање њене власти, смањење њеног централизма.

Децентрализација је наличје државног централизма, то је идеја и пракса која се супротставља моћној и ауторитарној држави и власти. Док се за централизам везује идеја аутократије, дотле је децентрализација ближа демократији[15] мада, како је речено, то никад не може да буде она права, аутентична демократија. При томе ни децентрализација није без мана као што ни централизам није увек назадан или лишен некаквих предности. Централизам је ближи самом појму државе, јединству власти а и омогућује јефтинију организацију[16], мада носи ризик недемократије. То што децентрализација више погодује демократији не значи да је аутоматски боља од централизма. У ствари, те две тенденције у развоју

[14] Алексис де Токвил, *О демократији у Америци*, издавачка књижарница Зорана Стојановића, Сремски Карловци, 1990. год. стр. 56-57

[15] Јован Комшић, *Теорија о политичким системима*, Институт друштвених наука, Београд, 2000. год. стр. 451.

[16] Миодраг Јовичић, *Регионална држава, уставноправна студија*, Вајат, Београд, 1996. год. стр. 14

државе периодично се смењују па је некада израженија потреба за централизмом него децентрализацијом, као и обрнуто. Живимо у тренду децентрализације, што не значи да је прошло време централизма власти и да се више никад неће повратити јаке и централизоване државе. У ствари, тешко је одвојити централизацију од децентрализације и рећи да у једној држави постоји једно или друго. Дакле, уместо да тврдимо да је једна држава потпуно централизована или потпуно децентрализована, ближе је истини када се каже да у данашњој држави имамо посла или са делимичном централизацијом или делимичном децентрализацијом. Иако супротстављени, и централизам и децентрализација могу да се адекватно примене, да се постигне да се више осете и изразе њихови позитивни ефекти. За нас је идеја децентрализације још увек пријемчивија због своје везе са демократијом која још увек нема алтернативу. Зато је децентрализација добра јер приближава власт човеку и његовим интересима, „спушта" је до локалног нивоа живота на коме се лакше решавају потребе грађана. Децентрализација има у себи више гипкости, прилагодљивости људским потребама. Како каже Слободан Јовановић, она олакшава управној власти боље прилагођавање локалним потребама, чиме се избегава једнообразност државног живота.[17] Приближавајући се човеку, децентрализација погодује и увођењу лаичког елемента у локалној управи, чиме смањује сувишну бирократизацију власти и грађане оспособљава да сами управљају собом.[18]

## II

У свом правом, политичком значењу, локална самоуправа представља управљање и одлучивање у локалним заједницама. То се врши или непосредно од њених грађана или путем њихових представника у локалним представничким телима које грађани сами бирају. Ова локална власт и одлучивање у локалним заједницама не може да постоји и остварује се без веће или мање слободе и самоиницијативе. Права мера сваке локалне самоуправе огледа се у томе колико локално становништво у локалној заједници одлучује о питањима која се тичу његових локалних интереса. Заговорници радикалног гледања на локалну самоуправу виде у њој антипод државној власти или алтернативу будућој

[17] Слободан Јовановић, *О држави, основи једне правне теорије*, Сабрана дела, том 8, БИГЗ, СКЗ и Југославијапублик, Београд, 1990. год. стр. 402.

[18] Ибид, стр. 402

друштвеној организованости ван сваке државе и власти.[19] Без обзира на однос локалне самоуправе према држави, она и даље задржава напредан и демократски карактер, своје предности. Те предности произилазе из њене самосталности и самоорганизованости која се манифестује кроз самоуправне функције локалне заједнице, одговарајућа средства за њихово вршење, нормативну регулативу и сопствену локалну организацију и службе. Локална самоуправа подразумева повезаност и солидарност грађана, њихову упућеност ка заједничким интересима и пословима. Она је синоним за хомогеност сваке врсте (политичке, етничке, културне и др.), комплементарност и гравитирање одређеним установама које задовољавају локалне потребе. Управо овом хомогенизацијом функција локалне заједнице расту и шансе за њихово ефикасно и економично вршење, остваривање.[20] И у условима модерне и тржишне демократије важно је и питање поделе одговорности између различитих нивоа власти – шта припада централном нивоу власти а шта локалном.[21] Ниво локалних послова и функција мора да буде такав да покрива основне потребе грађана у једној локалној заједници. Ти локални послови подразумевају међусобну упућеност и блискост људи у њиховом вршењу, из чега се ствара осећање блискости и солидарности људи у тим заједницама. Локална самоуправа омеђава један круг људи који осећају политичку блискост и имају развијене односе сарадње. Уз то, у вршењу локалних послова и функција грађани треба да испољавају потпуну слободу и иницијативу. То значи да нико нема права да их у томе ограничава, према њима се поставља као тутор.

Своју самосталност и самоуправност локална самоуправа изражава преко своје надлежности или делокруга послова које врши. Иако законска регулатива не прави разлику између локалних заједница, са становишта њихових надлежности у пракси тај обим надлежности није у свим заједницама, општинама исти и зависи од локалних прилика.[22] То значи да на остваривање локалних послова и надлежности, биле оне регулаторне или услужне, утиче и сама оспособљеност и организова-

[19] Александар Ђурђев, *Локална самоуправа*, Правни факултет, Центар за издавачку делатност, Нови Сад, 1997. стр. 6.

[20] Мијат Дамјановић, *Реалитети локалне демократије*, Локална демократија, стање и перспективе, Београд, 2001. год. стр. 18.

[21] Мирослав Прокопијевић, *Без локалне демократије нема демократије*, Локална демократија, стање и перспективе, Београд, 2001. год. стр. 20.

[22] Др Здравко Злокапа, *Локална самоуправа у компликованој држави*, објављено у Моделу организације локалне самоуправе – Словенија, Хрватска, Босна и Херцеговина, Македонија и Србија, „Палго“ центар, Београд, 2007. год. стр. 111.

ност локалне заједнице да их ефикасно обавља.[23] Сви ти послови који се обављају у локалној самоуправи деле се на оне из изворног или самоуправног делокруга и на поверене послове, оне које држава поверава локалним јединицама на вршење. У принципу, у вршењу изворних послова локалне самоуправе не зависе од државе, нису под њеном контролом (сем што су дужне да поштују закон), док код вршења поверених послова зависе од државе и под њеном су контролом. Да би неки послови били у надлежности локалне заједнице, морају да буду од непосредног и општег интереса за локално становништво. Ради прецизности и јасне одређености тих послова, углавном се примењује метод набрајања (енумерације) послова из изворног или самоуправног делокруга. То се чини прво у уставу земље, где се утврђује тај самоуправни делокруг, а затим и у закону о локалној самоуправи који разрађује уставне одредбе о организацији надлежности и другим питањима правног статуса локалне самоуправе. Овако одређени локални послови су обавезни и њих локалне заједнице морају да врше, без обзира на то колико су за њих оспособљене, организоване или материјално опскрбљене. Но, постоје и такви локални јавни послови који нису у уставу и закону утврђени као изворни делокруг послова. То су, рецимо, послови специфични за поједине локалне заједнице или су нови по настанку или их законодавац из неког разлога није укључио у делокруг локалне самоуправе нити искључио из тог делокруга.[24] Ови изворни локални јавни послови изискују постојање локалних јавних служби и грађана који су спремни и мотивисани да их обављају и у свом личном, али и општем, јавном интересу. У представничким и стручним телима и службама локалних заједница треба да се нађу или у њих „уђу“ грађани који имају слуха и афинитета за вршење локалних послова. Ти локални јавни послови траже од грађана који их врше добро познавање различитих области локалног живота и стручност, а не некакве политичке квалитете, припадност једној или другој партији и сл. Ти локални послови имају и политичку и стручну димензију, и од стручног и политичког значаја су за локалну заједницу. У њиховом вршењу учествују грађани изабрани по политичким мерилима пре свега у представничким телима (скупштинама). Но, осим ових тела, локалним заједницама су потребни и одговарајући стручни органи – управа и службе које се појављују као сервис грађана и поседују стручност и компетентност за вршење локалних послова. Као што је речено, у вршењу локалних послова локалне заједнице не подле-

[23] Ибид стр. 111.

[24] Богољуб Милосављевић, *Систем локалне самоуправе у Србији*, Београд, 2005. год. стр. 78

жу никаквим упутствима више, државне власти. Оне према сопственом нахођењу поступају и одлучују како ће те послове и у ком обиму обавити. У томе подлежу само правном надзору у коме се проверава да ли поштују или не законске прописе и то се јасно разликује од стручног или било ког посебног (политичког) надзора.[25]

## III

Локална самоуправа се од почетка развијала као оригинерна политичка заједница, одвојена од било каквог спољашњег надзора и туторства. Она је у правом смислу била школа и извор демократије, у којој су се грађани учили да сами управљају собом и одлучују о својим пословима и интересима. Но, тај идиличан живот и развитак локалне заједнице није био вечит. Са развојем модерне капиталистичке државе, све израженијом економском и политичком централизацијом полако се губила и нестајала изворна слобода и самосталност локалних заједница. Те локалне заједнице су дуго истрајавале и опстајале ван система централне државне власти. Но, временом су све више укључиване у јединствени (хијерархизовани) систем власти, стављене под централну државну власт. Од тада локална самоуправа нема онај значај који је некад имала. То не значи да је изгубљена битка за локалну самоуправу, да је заувек ишчезла идеја самоуправности и да су се људи одрекли борбе против бирократије и централизма, а за демократију. Идеја о демократској локалној заједници још увек је жива. Она је присутна и одржава се у неким државама које су сачувале старе, демократске облике самоуправе (САД, Швајцарска, па и Енглеска). У тим локалним заједницама још су живе успомене на локалну самоуправу из времена када је локално становништво деловало као политички субјект који одлучује о својој судбини и судбини места у коме живи. Но, и те успомене и сећања на срећну прошлост нису могле да спрече снажан тренд централизације у многим модерним државама попут САД-а, Велике Британије, Француске и др. Зато се данас локална самоуправа све више схвата као институција коју образује и овлашћује централни парламент (као у Великој Британији) или скупштине федералних јединица (као у САД-у) па је тако све мање изворни облик демократије а све више институција децентрализације

[25] Gerd Šmid – Ajhšted – *Основне карактеристике и најважнији предуслови за израду и имплементацију закона којима се регулише локална самоуправа у Немачкој*, објављено у Упоредна искуства локалних самоуправа, Београд, 2002. год. стр. 26–27.

државног система.[26] Оваква локална самоуправа се само формално схвата као самостална и типично локална институција одвојена од централне државне власти. У ствари, она све више добија задатке од централних органа и налази се под њиховом контролом. Зато се у савременој политичкој теорији и терминологији све мање употребљава термин локална самоуправа или аутономија, а све више локална влада или управа. То је енглески термин који означава ову радикалну промену и губитак самосталности раније потпуно слободних локалних заједница и њихово све веће стављање под хијерархизован и централизован систем власти. Но, и ове моћне државе попут Велике Британије, Француске и осталих принуђене су да предузимају одређене кораке у правцу децентрализације и деконцентрације власти. На крају, и сама Европска унија се јасно опредељује и заговара идеју децентрализације и децентрализоване Европе.[27] И у овим условима, када је укључена у систем централизоване државне власти, локална самоуправа није лишена повратних средстава и утицаја на централну власт. Тај однос између централне власти и локалне самоуправе није једносмеран и на штету локалне самоуправе. То није и не сме да буде однос доминације, већ однос равнотеже, стабилности и међусобне сарадње.[28] У сваком случају, ниво самосталности локалне самоуправе мери се и односом према држави и њеним органима. Како је већ речено, локална самоуправа данас све мање значи изворну демократију, а све више представља део државног уређења па је као таква и у нужном односу према држави и њеним органима. У том односу локална самоуправа може да има већу или мању самосталност или, гледано из угла државе и њене власти, да буде више или мање укључена у њен систем. То се највише односи на ситуацију када се локалним органима поверавају и одређени државни послови због чијег вршења локални органи морају да буду зависни од државних органа. У вршењу неких од тих послова локални органи могу да имају већу самосталност, а у обављању других послова мању самосталност. Без обзира на то, све је израженија тенденција за смањењем локалне самоуправе, повећавањем обима поверених послова над оним изворним, самоуправним, укључивањем локалне самоуправе у систем државне власти. Зато се локална самоуправа у модерној држави све више појав-

[26] Проф. Јован Ђорђевић, *Политички систем*, „Савремена администрација“, Београд, 1988. год. стр. 540.

[27] Дејан Миленковић, *Уставни и законски оквири односа локалне самоуправе и централне управе у Србији*, Зборник радова са саветовања правника у Будви од 5-9 јуна, 2000. године стр. 156.

[28] Слободан Благојевић, *Локална самоуправа у теорији компаративном искуству и пракси*, „Локална самоуправа“, Ниш, бр. 2. 1997. год. стр. 14.

ље као елемент државног уређења или као институција децентрализације. Но, и таква, локална самоуправа, обављајући послове из свог делокруга, задржава организациону и функционалну самосталност. Односи између ње и државних органа постоје и остварују се као односи међусобне сарадње и обавештавања у питањима од заједничког интереса.[29] Колики год да је степен централизације или децентрализације власти, морају да постоје односи између централних и нецентралних органа. Они су услов стабилног и законитог функционисања система власти и остваривања хармоничног правног поретка. Чак и уз највиши могући облик децентрализације власти, централна власт задржава своју улогу коректора грешака ниже, локалне власти. Централна власт је мање-више фактор ограничавања локалне аутономије и има функцију надгледања законитости рада локалних заједница, али се појављује и у функцији партнера локалне власти.[30] При томе, ови односи између централних и локалних органа нису једносмерни и сведени само на субординацију. Они су постављени на више нивоа, двосмерни су и подразумевају одређени степен сарадње, међусобне комуникације, обавештавања, давања и примања иницијатива, предлога, пружања стручне помоћи и др. За локалну самоуправу је увек актуелно и важно ово питање односа према централној власти. Однос централних и локалних органа јесте мерило поштовања локалне самоуправе.[31] Увек ће бити отворено питање какав и колики надзор треба да буде према локалним органима – да ли треба да буде потпун или делимичан,[32] да ли правни надзор треба да прати и онај политички или не. Наравно, једно је правна контрола рада локалне заједнице, а друго је питање целисходности вођења локалне политике, успешности локалних органа у вршењу локалних послова, решавању потреба својих грађана. То је одвојено једно од другог, али су правна контрола и политичка целисходност локалне заједнице упућене једна на другу. Није сврха успешне локалне самоуправе само у томе да буде добро правно уређена и да поштује и спроводи законе и друге прописе. Мала је корист од локалне заједнице која је заснована на влада-

[29] Проф. Др Невенка Бачанин, *Закон о локалној самоуправи и органи децентрализованих територијалних заједница као вршиоци управе*, реферат објављен у Зборнику радова „Србија и Европско право“, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац, 1999–2000. год. стр. 196.

[30] Др Снежана Ђорђевић, *Локална самоуправа*, Центар за слободне изборе и демократију, Београд, 2002. год. стр. 23.

[31] Миодраг Радивојевић, *Модели и стратегије развоја локалне самоуправе*, објављено у „Реч имају грађани“, Центар за демократску културу, Београд, 2002. год. стр. 75.

[32] Ибид стр. 75.

вини права ако њени органи воде неуспешну и неделотворну локалну политику. Грађанима она не значи много ако их локална бирократија гуши претераним прописима и спутава у раду док локалне институције и предузећа споро и мало раде и од њих мало ко осећа напредак и корист. И Европска повеља о локалној самоуправи инсистира на контроли уставности и законитости рада локалних заједница али је и ставља у однос према целисходности рада локалних органа. Она наглашава да тај правни надзор мора да буде у складу са значајем интереса који се штите у локалној заједници.[33] Правни надзор локалне самоуправе није сам себи циљ нити се оправдава слепим и бирократским поштовањем закона. Он мора да буде и делотворан, да подстиче локалну заједницу да води смелу и предузимљиву локалну политику, покреће иницијативе и спроводи планове који су целисходни, али у границама закона и осталих (подзаконских) прописа.

## IV

Локална самоуправа с променљивим успехом траје већ вековима. Тачније, помиње се још у XI веку и везује за рану, средњовековну епоху. У то време се појављују први средњовековни градови који су се борили и изборили за своју самосталност. То су постизали тако што су од владара разним повељама и другим актима добијали статус слободних градова.[34] Прва таква повеља која помиње и признаје слободе и обичаје градова је чувена Magna charta libertatum у Енглеској.[35] Под утицајем ове повеље али и других аката широм Европе (Француска, Италија и др.) ничу и развијају се слободни градови као језгро будуће модерне локалне заједнице. Ти средњовековни градови доживљавају снажну привредну експанзију захваљујући трговини, занатству и мануфактури па се тако као трговачко-занатски градови појављују као претече модерних индустријских и капиталистичких градова.[36] На почетку, локална самоуправа је испољавала оригинерност и самосталност и подсећала на изворни об-

[33] Видети: члан 8. Европске повеље о локалној самоуправи, преузета из књиге Милета Илића, *Локална самоуправа у Југославији*, „Градина“, Ниш 1996. год.

[34] Миле Илић, *Локална самоуправа у Југославији*, „Градина“, Ниш, 1996. год. стр. 5.

[35] Видети: Велику повељу о слободама из 1215. године објављене у књизи др Љубице Кандић, *Одабрани извори из опште историје државе и права*, седмо издање, „Савремена администрација“, Београд, 1992. године

[36] Јован Ћирић, *Град препознавање и сазнање*, чланак објављен у часопису „Локална самоуправа“, бр. 11/2003. у издању Балканског центра за изучавање локалне самоуправе, Ниш, стр. 2.

лик демократије. Но, тај развитак није текао увек тако, праволинијски, није ишао само узлазном линијом у смислу ширења демократског капацитета локалне заједнице. Супротно очекивању, јачање економског и политичког централизма у модерним државама усмерава локалне заједнице у другом правцу. Од аутохтоне и изворно демократске заједнице, локална самоуправа се претвара у све зависнију заједницу. Она све више губи слободу и самосталност и укључује се у јединствен и централизован систем власти. То се догодило прво у Енглеској али и другим, континенталним европским државама. У Енглеској је на почетку локална управа била самостална, да би касније била ограничена од централне власти. Тај процват енглеске локалне самоуправе је наступио након славне Револуције из 1688. год. Од те револуције Енглеска је окренула леђа централизму и апсолутизму и кренула путем децентрализације и јачања локалног живота и организације. Такав демократски тренд развоја енглеске локалне самоуправе променио се после Другог светског рата, када је парламент централизовао, преузео раније локалне послове и путем многих закона проширио не само надзорна него и мешајућа права министарства у односу на локалне органе.[3737] У Француској је тај процес укључивања локалних органа у централистички систем власти био још израженији. Услед јаког централизма државне власти, Француска нема праву локалну самоуправу, него је то више локална управа подређена контроли централних државних органа. У положају њених локалних органа има и елемената локалне самоуправа (истина ограничено), децентрализације као и централизма оличеног у префекту као представнику владе у департману који представља државне интересе и врши управни надзор локалне територијалне заједнице.[3838] Ови процеси јачања централне власти, повећања њене контроле и ограничавања локалних заједница карактеристични су и за остале европске и ваневропске државе. Државна власт оставља све мањи простор за деловање локалних заједница. Она држи све у својим рукама: регулативу, средства и принуду, због чега многи локални планови и иницијативе пресудно зависе од добре воље и помоћи централне државне власти. На крају, и сам систем финансирања локалних заједница, у коме држава разним трансферима[3939] подстиче активност локалних заједница, доводи ове у директну зависност од планова,

[37] Проф Јован Ђорђевић, *Политички систем*, „Савремена администрација“, Београд, 1988. год. стр. 538.

[38] Мр Млађен С. Мандић, *Организација власти у локалним заједницама са посебним освртом на Босну и Херцеговину*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Нови Сад, 2000. год. стр. 97.

[39] Видети нпр. Закон о финансирању локалне самоуправе Републике Србије од 2007. године

жеља па и ћуди државне власти. Но, без обзира на то што се ограничава и слаби моћ локалних заједница, оне су и даље фактор стабилности и партнер државној власти. Оне су и слика у малом политичког живота и организовања саме државе. Преко њих се прелама и одражава расподела политичке моћи у друштву[4040] и показују какве тенденције владају у самом друштву – централистичке или демократске. Тако се повећавају и шансе за јачање и развој демократије у друштву уколико предлози и демократске иницијативе долазе „одоздо“ а не „одозго“. Досадашње искуство показује да се демократија боље развија или обнавља у оним срединама које имају дужу традицију локалне самоуправе.[4141] И обрнуто гледано, локална демократија је најбоља брана од покушаја успостављања и одржавања сваког вида апсолутизма и централизма.

**Mihajlović Vladan LLD, Faculty of Law in Kosovska Mitrovica**

## LOCAL AUTHORITY AS THE ORIGINAL FORM OF DEMOCRACY OR ADMINISTRATIVE DECENTRALIZATION

*Local self-fovernment was born the idea of the original of democracy and freedom. It is its authentic form, which has rarely been achieved so far. It was successfully achieved only in periods of expressed ant-centralism and weakening of the strong authoritarian state. Modern states are again strengthened centralization of its power but have not renounced the decentralization. The risk of excessive centralization, the state are defend with various forms of personal, functional but also administrative decentralization. Local governments nowadays are less free and self – governing communities and are more under the influence and interference of the state itself. In some countries, local communities are less local self governments than local government. They are, in this case, realized more as a form of administrative decentralization rather than the original democracy or self-government. It's because of the state that more and more jobs transfer to local governments. Over these affairs, the State is increasing influence and control of the local*

[40] Вучина Васовић, *Локална заједница и демократија*, реферат објављен у „Реч имају грађани“, Центар за демократску културу, Београд, 2002. год. стр. 70.

[41] Ибид, стр. 71

*unit. On the other hand it reduces the independence of citizens and their free decision on matters of local and public interest.*

УДК 342.4

# VLADAVINA PRAVA KROZ POŠTOVANJE USTAVA I PRIMJENU PRINCIPA USTAVNOSTI I ZAKONITOSTI

**Проф. др Golijan M. Dragan**[*]
**Mr Stanković D. Vladan**[**]
**Suljagić Admir, dipl.pravnik**[***]

***Sažetak:*** *Vladavina prava je garancija demokratije i pravne države. Poštovanje ustava osnova je vladavine prava. Savremene države štite svoje ustave kroz princip ustavnosti i zakonitosti, a ustavni sudovi dobijaju sve veću ulogu u zaštiti ustava i ljudskih prava koje on propisuje. Princip ustavnosti ostvaruje se usaglašavanjem svih pravnih akata sa ustavom, a poštovanje ustava u vladavini prava je obavezno, upravo zbog toga što je ustav najveći pravni akt i osnovni zakon jedne zemlje.*

***Ključne riječi:*** *država, pravo, vladavina prava, ustav, ustavnost, zakonitost, ustavni sud.*

## UVOD

Ustavnost i zakonitost bitan su instrument ostvarivanja vladavine prava. Ustav i ustavnost su kroz istoriju, a posebno danas, postali osnovni faktori zaštite od samovolje vlasti, kojim se garantuje poštovanje ljudskih prava i sloboda.

Tokom vremena, a različito od države do države, uvođeni su raznovrsni oblici kontrole i zaštite ustava, a samim tim i ustavnosti zakona.

[*] **Golijan M. Dragan, nastavnik, Nezavisni univerzitet Banja Luka**

[**] **Mr Stanković D. Vladan, asistent, Fakultet za poslovne studije i pravo Beograd**

[***] **Suljagić Admir, dipl.pravnik, Visoko sudsko tužilačko vijeće BiH**

Kontrola i zaštita ustava postaje temeljni zadatak ustavnih sudova početkom XX vijeka, kada i otpočinje njihovo formiranje, ali i do tog vremena primjenjivani su neki mehanizmi kontrole od strane parlamenta i redovnih sudova. Tražila se efikasnija zaštita ustava i stvarna primjena njegovih odredaba, a to se ostvarivalo stalnim usklađivanjem i ustavne materije i odredaba sa stvarnošću.

Upravo zbog značaja zaštite ustava i ustavnosti, odluke ustavnih sudova su obavezne, konačne i izvršne.

## Vladavina prava

Većina teoretičara se slaže u određenju pojma vladavine prava – da je to ograničenje državne vlasti, tj. uvođenje svih oblika vlasti u pravni poredak.

„Vladavina prava ili pravna država je poredak u kome se državna vlast ograničava ustavom, pod vladavinom prava može se podrazumijevati i pitanje valjanosti, tj. pravnosti i prava.

Pozitivno pravo treba da sadrži određena načela da bi se pozitivnopravni poredak okvalifikovao kao poredak vladavine prava a to su: legitimnost vlasti, podjela vlasti, nezavisnost sudstva, ustavnost i zakonitost, ustavne garancije ljudskih i građanskih prava, sloboda privrede i dr“.[1]

Savremena država teži da svi akti koje država donosi budu čisto pravni, bez primjese politike. U vladavini prava državna vlast mora biti ograničena ustavom i samo tada se može reći da je vladavina prava demokratsko načelo. Sva zbivanja i ponašanja u državi moraju biti podložna pravu, pa je moguće konstatovati da vladavina prava i pravna država treba da imaju isto pojmovno i demokratsko značenje. Pojam vladavine prava nastao je u staroj Grčkoj i Rimu. U Justinijanovim novelama nalazile su se izreke: Omnes oboediant legi (Nek se svi pokoravaju zakonu) i Lex non a rege est violanda (Ni vladar ne smije da povrijedi zakon).

Pojam vladavine prava nalazimo i u Velikoj povelji sloboda.

Vladavina prava je nezamisliva bez pravne države, mada u hronologiji događaja pravna država nastaje kasnije, možda u periodu Francuske buržoaske revolucije.

Pitanje je koliko možemo govoriti o vladavini prava bez pisanih ustava, a takođe i koliko i o pravnoj državi bez osnovnog zakona.

[1] Marković, Ratko, *Ustavno pravo*, Službeni glasnik, Beograd, 2010, str. 503

Pojava prvih ustava nametnula je obavezu usaglašavanja svih donesenih akata sa ustavom.

Ustavnost i zakonitost postaju jedan od osnovnih principa ustavnog sistema svake savremene države.

„Postojanjem vladavine prava neophodno je zaštititi slobodu pojedinca, smanjiti neograničenu vlast države, svaku samovolju, zloupotrebu i bilo kakvu uzurpaciju vlasti.

Vladavinom prava ćemo ograničiti državnu vlast putem prava, a posebno izvršnu vlast jer je ona u najneposrednijem kontaktu sa građanima. Ustavom i zakonima zajamčena je neprikosnovenost osnovnih sloboda i prava.“[2]

Smatra se da je engleski pravni pisac Albert ven Dajsi najpotpunije ukazao na vladavinu prava kroz tri komponente i to: odsustvo arbitrarne vlasti, jednakost svih ljudi pred zakonom i ustavnost (kroz to i nezavisno i efikasno sudstvo).

„U staroj Grčkoj po prvi put je upotrijebljen izraz ‘isonomija’, koji znači jednakost ljudi pred zakonom, odnosno jednakost zakona za sve vrste ljudi bez obzira na njihove urođene i stečene razlike. Već tada se počinje razmišljati o ideji i mogućnostima ograničenja vlasti.

Kroz ustavni razvoj Srbije da se primijetiti da se položaj građanina (pojedinca) kroz istoriju mijenja te da postoje tri faze: kada građanin uopšte nije tretiran u pogledu ljudskih prava i sloboda, u drugoj fazi građani stiču izvjesna prava i to pretežno lična, a u trećoj fazi predmet ustavne materije su i politička prava“.[3]

Da bismo ostvarili vladavinu prava, neophodno je imati demokratsko državno uređenje, a to znači kvalitetne i zakone i ustav. Zakonodavac mora da usmjeri svoju djelatnost na donošenje propisa, ali često trenutna politička orijentacija utiče na prioritet u donošenju zakona.

Zadatak vlade je da pripremi i predloži zakone skupštini. Ne treba dozvoliti da ustavotvorac kao zakonodavac donese zakone koji nisu u saglasnosti sa ustavom. Zemlje tranzicije nisu dostigle nivo vladavine prava kakav postoji u drugim savremenim državama.

[2] Čavoški, Kosta, *Partijska država kao proricanje vladavine prava*, Pravna država, Beograd, 1991, str. 113

[3] Mikeš, Miroslav, *Bosna i Hercegovina i vladavina prava*, Savremena administracija, Beograd, 2008, str. 63

## Pravna država

Govoriti o vladavini prava bez pravne države ili obrnuto je nemoguće, jer kako objasniti jedno bez drugoga. Kao i vladavina prava, i pravna država se zalaže za ograničavanje i vezivanje državnog aparata, ne dozvoljavajući mu da se otuđi od građana i uvodeći ga u okvire ustava i zakona.

U procesu vlastitog usavršavanja i napredovanja vladavina prava i pravna država su dobijale određena načela, od kojih treba istaći sljedeća:

– Podjela vlasti ne traži potpuno razdvajanje vlasti jedne od druge već da se one uzajamno kontrolišu, dopunjavaju i pomažu zbog toga što je neophodna ravnoteža koja će spriječiti monopol i zloupotrebu.

Iz podjele vlasti proizlazi princip inkompatibilnosti (nespojivosti državnih funkcija). Pravno uređena država mora da ima podjelu vlasti.

– Garantovanje osnovnih prava čovjeka, zaštita ljudskih prava, cilj je svake savremene države. Istina, sloboda čovjeka može i ponekad mora da bude podvrgnuta ograničenjima upravo zbog demokratije i prava na slobodu svih građana (svi, i građani i državni organi, ograničeni su ustavom).

– Kontrola ustavnosti zakona, znači da ni jedan zakonski propis ne može da protivrječi ustavu.

– Sudska zaštita individualnih i kolektivnih prava je imperativ svake države. Sudskoj kontroli podložni su svi državni akti, uključujući i sve radnje državnih organa. Ukoliko su ljudska prava ugrožena ili povređena, organi pravne vlasti su dužni da uključe zaštitne mehanizme kojima raspolažu.

– Prioritet ustava treba da postoji nad svim državnim aktima i zakonima. Svi se obavezuju da rade u skladu sa ustavom. I sudovi i izvršna vlast imaju obavezu da ne primjenjuju zakone za koje smatraju da su neustavni.

Pravna država i vladavina prava mogu se ostvarivati i postojati samo ako se njihova suština zasniva na pravu i pravdi, moralnosti, zakonitosti, pravičnosti i pravnoj sigurnosti.

Bez dobro uređenog normativnog poretka društvo bi bilo prepušteno haosu. Za postojanje pravne države i vladavine prava neophodno je objediniti tri elementa: minimum principa prirodnog prava, moralne principe i pravne principe.

## Ustav kao najviši pravni akt

O vladavini prava i pravnoj državi, pa ni o ustavnosti ne bismo mogli govoriti da nema ustava. Ustav je najviši pravni akt jedne zemlje, akt koji propisuje i svoje sopstveno donošenje, postupak donošenja i promjenu samog sebe. Istom snagom propisuje i donošenje ostalih zakona i akata, tako da u pravnoj državi, državi gdje vlada pravo, sve mora biti u skladu sa osnovnim zakonom – ustavom. Snaga ustava leži u postupku njegovog donošenja, njegovim bitnim svojstvima, ali i u samoj tradiciji, vremenu nastanka i dugoj istoriji. Zbog toga što je njegova temeljna osobina da štiti ljudska prava i slobode, ustav propisuje organizaciju vlasti i međusobne odnose organa vlasti u jednoj državi.

Ustav je složen, sadržajan i značajan dokument, koji ima opšta i posebna svojstva sa najvećom pravnom snagom i političkom moći.

Bitne karakteristike ustava:

a) ustav je odraz postojećeg oblika društva, te mora odražavati i elemente tog društva;

b) ustav je najviši pravni akt, jer se nalazi na vrhu pravne piramide, tako da obavezuje zakonodavca i ostale koji imaju pravo na donošenje akata da sve bude u skladu sa ustavom;

c) iako je osnovni zakon, zakon nad zakonima, njegove odredbe se rijetko neposredno primjenjuju; osnova za donošenje svih drugih zakoni su načela i principi od kojih se ustavne odredbe sastoje, što znači da ustav prethodi svima. Ustav uspostavlja vrhovnu vlast u zemlji;

d) ustav je akt države, jer ga može donijeti samo država (crkva donosi svoj ustav, ali on ne protivrječi ustavu države);

e) ustav je deklarativni akt, jer donošenju ustava prethode razni politički akti (rezolucije, dekleracije i drugo);

f) ustav je ideološko-politički akt, jer vladajuće ideologije mogu da utiču na neko ustavno rješenje, što se mora očekivati s obzirom na to da je i za donošenje ustava potrebna određena skupštinska većina;

g) ustavni akt stabilizacije i ograničenja vlasti, jer mu je zadatak da učvrsti poredak u vrijeme njegove važnosti, te da ograniči postojeću vlast, a sve mu to daje karakteristiku i akta dinamike i akta statike;

h) ustav je mjerilo nivoa demokratije, jer njegova prvobitna, a i današnja svrha je zaštita ljudskih prava i sloboda, tako da se kroz ustav može procjenjivati i nivo demokratičnosti jednog društva i nivo demokratije uopšte u toj državi;

i)ustav je akt koji donosi posebni organ, donosi se i mijenja po posebnom postupku, ne može ga donijeti niti mijenjati bilo koji organ, već to pravo imaju ustavotvorna skupština, redovni parlament ili, što je rijetko, šef države. Ustav se ne donosi po hitnom postupku već u više faza, od kojih su obavezne tri, i to: inicijativa, prijedlog i usvajanje (neki ustavi u svom donošenju imaju i po pet faza). Samo usvajanje ustava zahtijeva kvalifikovanu većinu – najčešće dvotrećinsku ako ga usvaja parlament, ili natpolovičnu većinu ako ga narod donosi na referendumu. Ne postoji standardni način donošenja ustava, jer se on može donositi u različitim okolnostima: donošenje ustava u državama koje nisu imale ustav, donošenje ustava u državama koje su imale ustav i donošenje ustava u novoformiranim državama.

## Ustavnost i zakonitost

Ustavnost i zakonitost su demokratsko-politički principi i značajno dostignuće civilizacije. Rijetki su protivnici ove civilizacijske tekovine .

„U antičkoj državi susrećemo već i pojam 'constitutio', kojim se označava sama supstancija društveno-državnog uređenja, a stari Rimljani su se služili izrazom 'Rem publicam constituere' za označavanje odnosa i razlike ustava i zakona. Aristotel već razlikuje pojam ustava polisa od običnih zakona pri čemu ustav shvata kao bitno određenje države, kao njen identitet.“ [4]

I srednjevjekovni državnopravni i politički dokumenti ukazuju na rađanje i postojanje principa zakonitosti (Magna charta libertatum, vizantijski pravni zbornici i dr.). I u Dušanovom zakoniku ističe se princip vladavine zakona.

Političkopravna teorija buržoaskog društva i na samom je početku isticala i razvijala koncepciju ustavnosti i zakonitosti, te ideju pravne države i vladavine prava. Postojeća vlast treba da svoju ideju razvije u granicama uređenim ustavom i zakonom. Značaj ustavnosti naglašavaju i socijalisti, boreći se protiv birokratizma, partikularizma, samovolje državnih organa. Često se postavlja problem raskoraka između ustavne prakse, tj. društvene realnosti na

[4] Miljanović, Gašo, *Kontrola ustavnosti zakona*, Pravni fakultet, Sarajevo, 2000, str. 17

jednoj strani i propisane norme na drugoj strani, takvom raskoraku nerijetko doprinose političke stranke kao nevidljivi ustavni faktori.

Ustavnost i zakonitost se posmatraju kao jedinstven princip, javljaju se kao istovrsne pojave. Princip ustavnosti je istovremeno i pravni i politički princip. Princip ustavnosti se ostvaruje onda kad je postignuta saglasnost ustava i svih pravnih akata nižih od njega, a svi su niži od ustava. Formalna ustavnost se ogleda u saglasnosti zakona i drugih akata sa ustavom u pogledu forme, što znači da ga je donio organ neposredno ili posredno određen ustavom, pri čemu je utvrđen i postupak donošenja, a materijalna ustavnost podrazumijeva sadržinsku usklađenost zakona i drugih propisa sa ustavom.

„Princip ustavnosti kao politički princip, znači da se ograniči politička vlast, tj. moć nosilaca političke vlasti (politički akti mogu da budu neustavni).

Princip zakonitosti štiti hijerarhijske odnose pravnih akata prema kojima svaki niži akt mora biti u skladu sa višim. Zakoni postaju temelj pravnog poretka jer su izvedeni iz ustava. I kod zakonitosti se srećemo sa formalnom i materijalnom zakonitošću.

Funkcije ustavnosti i zakonitosti su:

– kontrolna zbog kontrole javne vlasti od strane ustavnih organa;

– ograničavajuća, jer se svaka vlast ograničava i obavezuje da se ponaša u skladu sa ustavom i zakonom;

– zaštitna funkcija, koja utvrđuje objektivnost;

– koheziona funkcija, jer obuhvata izgradnju pravnog sistema i pravnog poretka, te utvrđivanje i uspostavljanje preciznih odnosa unutar pravnog sistema.“[5]

Ustavnim načelima su date odredbe o ustavnosti i zakonitosti, a ustav Republike Srpske navodi sljedeće: Zakoni stupaju na snagu protekom određenog vremena i objave u službenom glasilu.

Zakoni i drugi propisi ne bi trebalo da imaju povratno dejstvo, jer retroaktivno dejstvo ugrožava legalno stečena prava, te stvara pravnu nesigurnost. Ustav izuzetno predviđa povratno dejstvo (ako je blaže za učinioca). Uvijek se mora omogućiti pravo žalbe na rješenja državnih organa. Potvrda ustavnosti i zakonitosti je pravo pojedinca da u postupku pred sudom i državnim organima upotrebljava svoj jezik.

Tokom ustavnog razvoja za zaštitu ustavnosti i zakonitosti razvijali su se različiti oblici kontrole:

[5] Kuzmanović, Rajko, *Ustavno pravo*, Pravni fakultet, Banja Luka, 2002, str. 490

– Sistem samokontrole zakonodavca, gdje zaštitu ustavnosti i zakonitosti vrši skupština. Ovaj sistem kroz istoriju se pokazao neefikasnim pa je napušten u većini zemalja.

– Sistem redovne sudske kontrole, nastao u SAD-u, gdje sudovi mogu ocjenjivati ustavnost zakona. „Vrhovni sud SAD ocjenjuje ustavnost zakona u odnosu na ustav, odluke vrhovnog suda vezane za ustavnost i zakonitost moraju se pridržavati svi niži sudovi.“[6] Sudsku kontrolu ustavnosti i zakonitosti sa svojim specifičnostima prihvatile su i neke druge zemlje.

– Ustavnosudska kontrola je savremeni oblik kontrole. Ustavni sud kao posebna sudska ustanova može ukidati zakone i druge opšte akte. Funkcije ustavnih sudova su generalno slične. Bilo je pokušaja da se stvori model ustavnog suda koji bi se primijenio u svijetu. Osnovna funkcija svih ustavnih sudova je sprečavanje ustavnih sporova, a u tom okviru suštinska funkcija je ocjena ustavnosti i zakona.

U nadležnost ustavnog suda spadaju i ocjene podzakonskih normativnih akata.

„Značajno je istaći da apstraktna normativna kontrola najčešće obuhvata: odlučivanje o saglasnosti zakona i drugih opštih akata sa ustavom, prihvaćenim pravilima međunarodnog prava, odlučivanje o saglasnosti prihvaćenih međunarodnih ugovora sa ustavom, odlučivanje o saglasnosti opštih akata sa zakonom i dr.“[7]

Kontrola ustavnih zakona može se vršiti prije ili poslije proglašenja zakona. Preventivna kontrola može da se vrši u toku samog zakonodavnog procesa ili najčešće nakon izglasavanja zakona, ali prije njegove promulgacije.

Nesaglasnost zakona sa ustavom veoma je teško otkriti prije nego što se zakon počne primjenjivati. Neki teoretičari, zavisno od načina kontrole, dijele kontrolu na posrednu ili akcesornu i neposrednu ili apstraktnu .

Ukoliko predmet ocjenjivanja ustavnosti predstavlja glavni spor, radi se o direktnoj, ili apstraktnoj kontroli, a ako se rješavaju samo prethodna pitanja u nekom konkretnom predmetu, tada se govori o posrednom, ili akcesornom ispitivanju ustavnosti i zakona.

Ova podjela podudara se sa podjelom kontrole putem specijalnih ustavnih sudova i kontrole preko redovnih sudova.

Ustav Srbije kaže da postupak za ocjenu ustavnosti i zakonitosti mogu da pokrenu državni organi, organi teritorijalne autonomije i lokalne samou-

[6] Mijanović, Gašo, *Sudska kontrola u SAD*, Dva veka savremene ustavnosti, Beograd, 1990, str. 43

[7] Stojanović, Dragan, *Ustavno pravo II*, SVEN, Niš, 2009, str. 388

prave, te parlamentarne manjine. Ustavni sud može i sam da pokrene postupak (ex offo).

Treba praviti razliku između prijedloga i inicijative. Inicijativu može dati svako pravno i fizičko lice. Ustavni sud može da odbaci inicijativu a o prijedlogu mora meritorno odlučivati. Ustavni sud može obustaviti postupak, odbaciti prijedlog ili donijeti rješenje.

Ustavni sud obustavlja postupak u sljedećim:

– ako se u toku postupka zakon, drugi propis ili opšti akt usaglasi sa ustavom ili ako se drugi propis usaglasi sa zakonom;

– ako se u toku postupka povuče prijedlog za ocjenjivanje ustavnosti i zakonitosti, a sud po sopstvenoj inicijativi ne nastavi postupak.

Odluke ustavnog suda su konačne, opšteobavezne i izvršne (nema mijenjanja niti osporavanja). U praksi ustavnih sudova u svijetu je da mogu donositi odluke ex tunc (od početka, od tada), čime se osporeni akti poništavaju, što znači da se poništavaju sve pravne posljedice spornog akta.

Može se reći da su odluke ustavnog suda ravne zakonu i da se njima dograđuje pravni sistem. Upravo zbog toga sud detaljno tumači osporeni zakon, da bi prije donošenja odluke dokazao njegovu protivustavnost.

Sporovi pred ustavnim sudom nisu ograničeni ničijom voljom već samo vladavinom prava i pravom.

„Potpuna nezavisnost, samostalnost, profesionalnost, depolitizovanost, čvrsta su garancija očuvanja supremacije ustava, stvaranje koherentnog pravnog sistema i premoći vladavine prava. Ustavni sudovi tumače ustav, ali su ipak njemu podređeni.“[8]

## Zaključak

Ustav je najviši pravni akt jedne zemlje, najbolji garant vladavine prava i zaštitnik ljudskih prava. Ustav je temeljni zakon koji daje smjernice za donošenje zakona i ostalih propisa. Dokaz o postojanju potrebe za donošenjem ustava i njegovim usavršavanjem je pojava ustava još u starom vijeku, u antičkim državama Atine i Sparte. Nemoguće je zamisliti a kamoli ostvariti pravnu državu i vladavinu prava bez ustava. Kako štititi ustavnost i zakonitost bez ustavnog suda koji je nezavisan, samostalan, stručan i depolitizovan? To znači da nema pravne države bez ustava i nema vladavine prava bez primjene

[8] Kuzmanović, Rajko, *Eseji o ustavnosti i zakonitosti*, Pravni fakultet, Banja Luka, 2004, str. 162

principa ustavnosti i zakonitosti. Obavezna i potpuna zaštita ustavnosti i zakonitosti kao demokratsko-pravno-političkog principa čini da je ustav jedna od najsavršenijih tekovina civilizacije.

Ustavnost i zakonitost su postali sastavni dio opštečovječanske borbe za slobodu i tekovine opštečovječanske kulture sa kojima mora računati svako društvo.

Priznavanje, ustavnopravno normiranje i svestrano garantovanje ličnih i političkih prava i sloboda smatra se osnovom ustavne vladavine.

Potreba kontrole ustavnosti zakona objašnjava se nastojanjem da se uskladi pravni poredak zasnovan na načelu hijerarhije pravnih akata, uključujući tu i postojanje čvrstog ustava i njegovu nadmoć nad ostalim zakonima.

Ustavni sudovi moraju da budu garant zaštite ljudskih prava, podjele vlasti i kočničar samovolje vladajućih struktura, glavni nosioci zaštite ustavnosti.

## Literatura:

– Čavoški, Kosta, *Partijska država kao proricanje vladavine prava u pravnoj državi*, Pravna država, Beograd, 1991,

– Kuzmanović, Rajko, *Eseji o ustavnosti i zakonitosti*, Ustavno pravo, Pravni fakultet Banja Luka, 2002,

– Marković, Ratko, *Ustavno pravo*, Službeni glasnik, Beograd, 2010,

– Miljanović, Gašo, *Kontrola ustavnosti zakona*, Sudska kontrola u SAD, Dva veka savremene ustavnosti, Beograd, 1990,

– Mikeš, Miroslav, *Bosna i Hercegovina i vladavina prava*, Savremena administracija, Beograd, 2008,

- Stojanović, Dragan, *Ustavno pravo II*, Sven, Niš, 2009.

***Summary***

***The rule** of law is the guarantee of democracy and the rule of law. Respect for the constitution is the basis of the rule of law. Modern nations protect their constitutions the principle of constitutionality and legality and constitutional courts are gaining a greater role in the protection of the constitution and human rights it provides. The principle of legality is achieved agreement of all legal acts with the Constitution and respect the constitution in the rule of law is mandatory, precisely because the Constitution is the highest legal act of the fundamental law of the country.*

***Keywords:** government, law, rule of law, constitution, constitutionality, legality, constitutional court.*

УДК 340.1:342

# PRAVNA DRŽAVA I USTAVNI RAZVOJ

**Dr. sc. Milorad Ćupurdija***
**Željka Vajda Halak****

***Sažetak:*** *Pravna država (njem. Rechstaat) zahtijeva formalnopravnu sigurnost, što znači da djelovanje javnih vlasti mora biti predvidljivo i na temelju zakonskih ovlasti. Sama predvidljivost u funkcioniranju pravne države ne smatra se dovoljnom odnosno potrebna je i materijalnopravna sigurnost koja pretpostavlja opravdano i razumno moralno djelovanje javnih vlasti na temelju pravnih pravila. Polazište pravilnog funkcioniranja pravne države svakako treba biti ustav kao temeljni akt, stoga s motrišta funkcioniranja pravne države ustav je primarno pravni akt države, a ne politički. U ovom radu autori otvaraju pitanja o ulozi modernog ustava koji bi političkoj moći povukao jasne granice, a u svrhu pravilnog funkcioniranja pravne države.*

***Ključne riječi:*** *pravna država, vladavina prava, moderni ustav*

## 1. Uvod

Pravna država (njem. Rechstaat[1]) zahtijeva formalnopravnu sigurnost, što znači da djelovanje javnih vlasti mora biti predvidljivo i na temelju zakonskih ovlasti. Sama predvidljivost u funkcioniranju pravne države ne smatra se dovoljnom odnosno potrebna je i materijalnopravna sigurnost koja pretpostavlja opravdano i razumno moralno djelovanje javnih vlasti na temelju pravnih pravila. Pravna se država temelji najprije na moći kao načelu djelotvornosti provedbe odluka države, ali se ta moć pretvara u zakonsku vlast, od-

* **profesor visoke škole, VSPU Baltazar Adam Krčelić, Zaprešić**
** **dipl. iur., asistentica, Veleučilište Lavoslav Ružička u Vukovaru**

[1] Izraz „Rechstaat“ se prvi put spominje 1798. godine, ali je populariziran knjigom Roberta von Mohla, *Die deutsche Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates.*

nosno država se, djelujući isključivo na temelju pravnih pravila, ograničava kako bi se zaštitila prava građana od proizvoljnog vršenja vlasti. Država, od 17. stoljeća, podrazumijeva sustav normi koji ju konstituiraju, ali ona predstavlja i političko jedinstvo sa određenim načelima svojeg jedinstva i poretka.

Polazište pravilnog funkcioniranja pravne države svakako treba biti ustav kao temeljni akt, stoga s motrišta funkcioniranja pravne države ustav je primarno pravni akt države, a ne politički. U pravnoj državi koja se temelji na četiri temeljna postulata: ograničenju države pravom, moći pravne države da uređuje pravni poredak, diobi vlasti te metapravnoj doktrini i političkom idealu, sve je manje opravdanja u definiciji ustava kao političkog akta. Ustav je akt koji ograničava svemoć države, te se pravna država i promatra u odnosu spram pojedinca kao jamac njegove slobode spram svemoći države. Stoga, pravnu državu treba shvaćati kao cjelinu političkog jedinstva, ali i kao cjelinu socijalnog poretka.

Ustav konstituira političku zajednicu, ograničava vlast, a građanima ostavlja slobodu djelovanja. Dakle, pravna država temelji se na paradigmi po kojoj se čitav politički sustav globalne društvene zajednice u normativnom i idejno-političkom smislu temelji na ustavu. U hrvatskoj pravnoj teoriji i praksi tek se u posljednjih nekoliko godina uspostavlja shvaćanje o primarnoj pravnoj naravi Ustava (koja označava mogućnost pozivanja izravno na njegove odredbe) te o nadređenosti Ustava ukupnom hrvatskom zakonodavstvu, ali i međunarodnim ugovorima. Slična situacija se može uočiti i u drugim europskim zemljama. U Njemačkoj, Ustav (njem. Grundgesetz *für die Bundesrepublik Deutschland*) mijenjan je više od 50 puta, ovisno o političkim prilikama. Francuski ustav koji je na snazi od 1958. (Ustav V Republike) mijenjan je svega 18 puta, ali unatoč tome se tumačio i primjenjivao ovisno o trenutnoj političkoj situaciji. Naravno da utjecaj politike na ustavni razvoj ima svoju fundamentalnu osnovu. S teorijskog motrišta, predmet istraživanja ustavnog prava i politologije se podudaraju. I jedna i druga znanost bave se političkim institucijama, a razlika se ogleda u tome što ustavno pravo promatra političke institucije s normativnog motrišta, a politologija s faktičkog motrišta. Poznato je kako mnogi pravni pisci govore o političkoj osnovi za ustav, odnosno kako je politička volja ta koja određuje i formu i sadržaj ustava, jer ga u konačnici i donosi najviši organ političke vlasti po posebnoj proceduri. Smiljko Sokol: „Pravo je uvijek, uz ostalo, i rezultat odgovarajućeg političkog procesa ili, drugim riječima, svaki pravni propis istodobno je, ako se razmatra društveni aspekt njegova donošenja, više ili manje i politička odluka.“[2] Po Rajku Kuzmanoviću, „politička dimenzija ustava ogleda se u

[2] Sokol, S., Smerdel, B.: *Ustavno pravo*, Informator, Zagreb, 1998., str. 6.

uspostavljanju određenog tipa (oblika) javne vlasti i političkih prava i sloboda, ali i u ograničavanju i kontroli te vlasti.“[3] Po Jovanu Đorđeviću: Ustav je djelo politike i u osnovi predstavlja politički akt…Međutim, ustav je i nešto drugo, ne samo politički akt. On je i pravni akt odnosno zakon i to osnovni i najviši zakon u jednoj zemlji.“[4] Prema sociološkim shvaćanjima (Ferdinand Lassalle), ustav je izraz političkih odnosa, odnosno realni faktički odnos snaga u jednom društvu. Dakle, odnos između ustava i politike, odnosno ustava i političkog sustava (političkih institucija i političkog procesa), jedno je od najsloženijih pitanja ustavnog razvoja.

## 2. Pojam i nastanak pravne države

Korijeni nastanka pojma pravna država (*franc. état de droit, tal. stato di diritto, španj. estado de derecho, engl. state of law, slov. pravna država*) sežu u vrijeme Aristotela i Platona, a osnove pravne države je postavio Immanuel Kant, dok se prva definicija javlja tek u 19. stoljeću u Njemačkoj.[5] Bit čovjekovoga postojanja čini ostvarivanje ljudskih prava i sloboda, jednakost ljudi (kako pred državnim tijelima tako i pred zakonom) te zaštita pred državnom samovoljom. Pravna država ne može garantirati ostvarivanje navedenih prava, ali svakako pretpostavlja postojanje pravnoga okvira koji omogućava to ostvarenje. Da bi se neka država mogla smatrati pravnom potrebno je, prije svega, imati jasnu podjelu između pojedinih vlasti, što ne znači da se radi o mehaničkoj razdvojenosti i apsolutnoj nezavisnosti već da niti jedna vlast nije u nadmoćnijem položaju naspram druge. Podjelu vlasti treba promatrati kao podjelu nadležnosti unutar jedinstvene (suverene) vlasti. Vlast je jedna, jedinstvena i suverena te razvoj suvereniteta prati razvoj ustavnosti i pravne države. Smisao diobe vlasti ogleda se u ograničenju apsolutne vlasti, njihovoj međusobnoj nadopuni i kontroli. „Osiguranje mira suverenošću. Osiguranje slobode sputavanjem vlasti i postizanje društvene pravednosti – tri su bitne faze moderne države i njene ustavnosti.“[6] Prva faza razvoja ustavnosti obilježena je formiranjem moderne suverenosti. Stoga razvoj države i moderne ustavnosti u svojoj biti pretpostavlja formirano političko jedinstvo. Država ne bi bila

[3] Kuzmanović, R.: *Ustavno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Banjoj Luci, Banja Luka, 2002.str.38.
[4] Đorđević, J.: *Ustav i politika*, Eksportpres, Beograd, 1988. str. 28.
[5] Ostali predstavnici teorije o pravnoj državi su Bahr, Gneist, Mohl (liberalna perspektiva –pokušavao ograničiti državu), Stahl (nije pokušavao toliko ograničiti državu koliko je teoriju pravne države smatrao sredstvom racionalne organizacije države), Kelsen i drugi.
[6] Posavec Z., *Sloboda i politika*, Hrvatsko filozofsko društvo, Zagreb, 1995., str. 54.

држава ако није суверена. „Bodin je u formuliranju suverenosti povezao kompetencije zakonodavstva i zapovijesti, te je tu vezu smatrao odlučnim kriterijem suverenosti.“[7] Bodin je utvrdio da je suverenitet neograničen, jedinstven, neodgovoran, stalan i neotuđiv. Kako je Bodin bio zagovornik monarhijskog uređenja, prema njemu vlast monarha dolazi od Boga i jedino njemu odgovara i njime je ograničena. Stoga je Bodin učinio suverena gospodarom zakona („legibus absolutus“) ali ne i gospodarom prava („iure absolutus“). Nakon građanskih revolucija smanjuje se ili potpuno ukida dinastička suverenost i nastaju moderni državnopravni ustavi ili pravne države. Tako se poimanje suvereniteta kretalo relacijom: monarh–država–narod. Međutim, pod utjecajem liberalne ideologije građanskog doba do izražaja sve više dolaze individualističke koncepcije. Upravo u okviru liberalnog učenja o ograničenoj državi, i to s motrišta njezine ovlasti i s motrišta njenih funkcija, prepoznajemo današnje poimanje moderne pravne države. Takvo poimanje pravne države polazi od pretpostavke o ograničenju javnih ovlasti općim normama, a što će naći svoju aplikaciju u temeljnim ili ustavnim zakonima. “Taj ustav u svojoj je osnovi slobodarski, te u prvi plan postavlja pojedinca kao posljednje ishodište svoje političke konstitucije, i to osobnu slobodu, privatno vlasništvo, slobodu ugovaranja, djelovanja, obrta, itd. Država bi u tom sustavu trebala biti strogo kontrolirani sluga društva.“[8] Pravna država priznaje temeljna prava, stoga se i pojam suvereniteta u pravnoj državi dovodi u pitanje. Postavlja se pitanje, tko je uopće u pravnoj državi suveren, vladar, država, narod. Držimo da je Jurieu (Žeri) bio u pravu kada je isticao „da nema nijednog suvereniteta koji ne bi imao svojih granica.“ Također, i Jelinek i Kelsen isticali su da ni država nije svemoguća. Smatrali su da je „suverenitet svojstvo državne vlasti po kome ona ima isključivu sposobnost pravnog samoodređenja… država nema sva moguća vrhovna prava, već uvijek samo ona koja je u danom trenutku sebi dala (normom, ustavom).“[9] Većina ustava u svijetu regulira pitanje suvereniteta na način da se prihvaća načelo narodnog suvereniteta. Međutim, možemo postaviti pitanje, nije li i suverenitet naroda zabluda ili fraza, jer i umjesto naroda netko vlada. Narod ne vlada direktno, već putem posredne demokracije, putem zastupnika u parlamentu. Pravna država počiva na uvjerenju da je pojedinac apsolutna vrijednost, a država samo sredstvo, što u biti predstavlja povratak ka prirodnom pravu, izraženog, prije svega, u pravima čovjeka. Stoga, možemo reći da pojam pravne države uključuje minimum principa

[7] Isto, str. 54.

[8] Isto, str.58.

[9] Kuzmanović R., *Ustavno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Banjoj Luci, Banja Luka, 2002, str. 198–199.

prirodnog prava, moralne vrijednosti i pravne vrijednosti. Naravno, ako tako definiramo pravnu državu onda ostajemo u sferi ideala. Zbog toga, za pravnu državu kažemo da se radi o idealu kojem svi teže a koji nigdje do kraja nije ostvaren. Kao što kaže Michel Villley: „Prava čovjeka nisu 'pravna' u smislu pravnog pozitivizma, nego ideal-uzori ostvarivanja individualne slobode (za Kanta najveće pravne vrijednosti) i jednakosti. Ona su težnje, projekti političkog djelovanja, reforme društva, dobre namjere, „purposes" (kako su ih definirali engleski analitičari."[10]

Izvorne odrednice i vrijednosna načela pravne države su:

– Država, moć države i tijela vlasti su uređeni i podvrgnuti zakonima stupnjevanim formalnim izvorima prava,
– Država uspostavlja zakonska uobličenja odnosno obvezujuće uređenje,
– Potreba za unifikacijom, cjelovitošću i kodifikacijom prava,
– Načelo zakonitosti i neprimjerenost retroaktivnosti,
– Načelo diobe vlasti,
– Nadzor nad djelovanjem izvršne vlasti putem redovitih sudova,
– Načelo neovisnosti sudske vlasti,
– Načelo pravne jednakosti, ravnopravnosti.[11]

### *2.1. Dijakronijski pristup pojmu pravne države*

André Tosel je napravio dijakronijski pogled na razvoj pravne države. Suverenu ili apsolutističku državu smatra prvim povijesnim likom pravne države. Zatim slijedi liberalna pravna država koja uspijeva osigurati građanska i politička prava i slobode. I na kraju, iz liberalne pravne države se razvija moderna ustavna država koja se smatra jedinom primjerenom u današnje vrijeme, a karakteriziraju je ograničavanje i nadzor političke vlasti te neovisnost sudstva (dioba vlasti), federalizam (funkcionalni i teritorijalni), slobodna javnost te pravo na opoziciju.[12]

[10] Michel Villey: *Pravo i prava čovjeka,* Disput, Zagreb, 2002, str. 11.

[11] Miličić, V., *Tzv. pravna država*, Politička misao, 1998, br. 3, str. 148–157

[12] Lalović, D.*, Suverena država – temeljni pravnopolitički projekt moderne (1)*, Politička misao, 2005, br.2, str.10.

### *2.2. Teorija pravne države u Francuskoj*

Teorija pravne države preuzeta je u Francuskoj od njemačkih pravnika u drugoj polovici 19. stoljeća. Posebnu ulogu u preuzimanju teorije te u njezinom intenzivnom razvoju je odigrao R. Carré de Malberg. Po Malbergu, „pravna država je država koja se u svojim odnosima prema podanicima podvrgava vladavini prava, jamčeći podanicima njihov pojedinačni status. Država to čini tako da je njezino djelovanje određeno pravilima od kojih neka određuju prava građana, dok druga pravila unaprijed određuju sredstva i putove koji se smiju primijeniti da bi se ostvarili državni ciljevi.“ Malberg ističe da pravna država treba u interesu građana imati za cilj naoružati ih i obraniti od samovolje državnih autoriteta. Francusko političko mišljenje je tako okrenuto prema dva pojma: *l'État-Nation*[13] i aktivna politička publika.

### *2.3. Teorija pravne države u Engleskoj*

Razlika između pravne države i vladavine prava ogleda se, prije svega, u mjestu i uvjetima njihovog nastanka.

Doktrina vladavine prava (engl. *Rule of Law*) javlja se u 18. i 19. stoljeću u anglosaksonskim krugovima te od njenog nastanka do danas predstavlja moderan pojam zakonitosti.[14]

Uporaba pojmova vladavine prava i pravne država izazivaju u javnim raspravama, ali i u znanstvenim krugovima, različita shvaćanja. Vladavina prava ne implicira samo načelo najvišeg autoriteta zakona i jednakosti zakona, nego i određenu kvalitetu legislative, a prije svega predviđa priznavanje ljudskih i građanskih prava. Za razliku od vladavine prava, pravna država je formalni poredak i ne sadrži supstancijalne niti proceduralne značajke. Dalibor Čepulo tako smatra da „pojam pravne države u javnosti se najčešće vezuje uz pitanja represivne uporabe državne sile, i to ne toliko u smislu zaštite od primjene državne sile, već u smislu poticaja državnih organa na represivno djelovanje u cilju provedbe načela zakonitosti.“

[13] Tip moderne države koji podrazumijeva organizaciju suverene vlasti u kojoj je politička moć podvrgnuta pravu i zakonu, postavši tako jamac pravnog mira i sigurnosti svojih državljana. Opširnije u: Lalović, D., *Suverena država – temeljni pravnopolitički projekt moderne (1)*, Politička misao, 2005, br. 2, str. 9.

[14] Predstavnici doktrine vladavine prava su Montesquie, Rousseau, Lock, Diceey, Laski, Hayek, Goodhart, Jennings, Smith i drugi.

### *2.4. Njemački model pravne države*

U Njemačkoj pravnoj teoriji, učenje o pravnoj državi (Rechtsstaat) razvilo se pod utjecajem prirodnog prava i liberalizma, te s pravom mnogi autori smatraju da je teorija pravne države produkt njemačkog konstitucionalizma. Po toj teoriji, pravna država (Rechtsstaat) pojavljuje se kao povijesni produkt socijalnog kompromisa apsolutne monarhije sa liberalnim građanstvom. Ideja pravne države vuče porijeklo iz učenja Kanta i to kada on govori o društvu u kojem treba ostvariti slobodu. Postoji i ograničenje slobode, a to je sloboda drugih. Kant slobodu čini osnovom pravne nauke. „Pravo ima zadaću ustanoviti uvjete pod kojima se samovolja jednoga može ujediniti sa samovoljom drugih prema općemu zakonu slobode, i pomoću prisile ovih uvjeta osigurati slobodu ličnosti.“[15] Njegov „kategorički imperativ“[16] čini bit osnovnih ideja na kojima počiva vladavina prava na području morala. „Ćudoredni zakon je naprosto zapovijed, kategorički imperativ. On djeluje bezuvjetno i apsolutno, dok su hipotetički imperativi samo relativni.“[17] Njemački autori pod pojmom pravne države[18] prvenstveno su smatrali ograničenje slobodne djelatnosti izvršne vlasti (egzekutive). Po tom shvaćanju sudska i izvršna vlast podređene su zakonu. Razvidno je da teorija koja se razvila u Njemačkoj (Rechtsstaat), a koja je označila dominaciju normativističke teorije, težište stavlja na nadzakonsku snagu ustavnopravnih normi i hijerarhiju izvora prava koja iz nje slijedi. Ova dominacija norme u teoriji prava svoj vrhunac imala je u Kelsenovom poimanju prava. Po toj teoriji, pravo je sistem normi koji se konstruira proceduralnim izvođenjem nižih normi iz viših normi, te na temeljnoj pravnoj normi (Grundnormi) počiva važenje cjeline pravnog poretka. Pravo je po tom učenju samo ono pravo koje je donijela pravna vlast po određenoj proceduri. Kelsen je težio da pravna znanost ostane čista, bez utjecaja bilo kakvih sadržaja sa strane (sociološkiх, aksioloških, politoloških itd.), jer, po njemu, kada se pravne norme stvore, one se osamostaljuju. Stoga Kelsen smatra da država

[15] Wilhelm Windelband: *Povijest filozofije*, Naprijed, Zagreb, str.133.

[16] Osnovni kategorički imperativ po Kantu je: „Postupaj tako da tvoje ponašanje može poslužiti kao opći zakon za ponašanje svih ostalih u istoj situaciji“, Pravna enciklopedija, Savremena administracija, Beograd, 1985, str. 602.

[17] Isto, str. 127.

[18] U teoriji je danas jednoglasan stav da izričaj pravna država izvorno pripada njemačkom jeziku „Rechtsstaat“ (francuski: etat de droit, engl. State of law, španj. estado de derecho, tal. stato di diritto). Naki autori kao misaonog oca pravne države navode Kanta. Hayek navodi da je izraz pravna država prvi upotrijebio K.T. Welcker. R.Gneist i F. Neumann smatraju da je R. Mohl autor pravne države. Prof. Đuro Vuković u svojoj knjizi „Pravna država“ navodi da je pojam pravne države prvi upotrijebio Mohl.

i ustav treba da važe samo kao trebanje te je sukladno tom stavu pravna država samo ona u kojoj se vlada putem prava. U takvoj državi, sve vlasti (zakonodavna, izvršna i sudska) podređene su vladavini prava.

### *2.5. Ruski model pravne države*

Ruski pravni sustav, nastao pod reformama cara Aleksandra II u 19. stoljeću, temeljio se prije svega na njemačkoj pravnoj tradiciji odnosno na doktrini pravne države. Koncept pravne države (ruski: *Правовое государство, pravovoe gosudarstvo*) temeljni je, ali nedovoljno definiran (ili bolje rečeno, nedefiniran) princip koji se pojavljuje u ruskom postkomunističkom ustavu – „Ruska Federacija – Rusija predstavlja demokratsku federativnu pravnu državu s republičkim oblikom vladavine." Mnogi ruski znanstvenici smatraju da je pojam pravne države ne samo pravni već i ekonomski koncept (engl. *constitutional economics*). Naziv ustavna ekonomija razvio je američki ekonomist James M. Buchanan[19] kao područje ekonomije i konstitucionalizma koji opisuje i analizira specifične odnose ustavnih pitanja i funkcioniranja gospodarstva. Naziv ustavne ekonomije preuzela je i Rusija.[20]

## 3. Razvoj prvih ustava

Ustav Sjedinjenih Američkih Država smatra se najstarijim ustavom na svijetu i donesen je 1787. godine, dok su njegovi prvi pratitelji poljski i francuski ustav (oba iz 1791). Dakle, Europa je za Amerikom kasnila samo četiri godine i prvi ustav na tlu Europe donesen je u Poljskoj[21]. Unatoč tome što je revolucija u Francuskoj započela još 1789. godine, ustav je donesen u rujnu 1791. odnosno četiri mjeseca nakon ustava u Poljskoj. Ustav Sjedinjenih Američkih država je i danas na snazi, dok je ustav Poljske bio na snazi svega četrnaest mjeseci i tri dana. Nakon napoleonskih ratova, početkom 19. stoljeća doneseni su ustavi Španjolske iz 1812, Norveške iz 1814, Švedske iz 1809, Belgije iz 1831. godine.

[19] James M. Buchanan je 1986. godine dobio Nobelovu nagradu za ekonomske znanosti upravo radi uvođenja pojma ustavne ekonomije odnosno constitutional economics.

[20] *The world rule of law movement and Russian legal reform*, ur. Neate, F., Nielsen, H., Justitsinform, 2007, Moscow

[21] Najvažnije postignuće prvog poljskog ustava bilo je ukidanje „liberum veta", pravila po kojem je bilo koji plemić u poljskom parlamentu mogao sam dati veto na bilo koju zajedničku odluku. Taj je veto u praksi blokirao rad parlamenta, jer je nekome za stopiranje bilo koje odluke bilo dovoljno potplatiti samo jednog plemića.

Sa ustavima se uvijek povezuje nada u dobar i pravedan politički poredak. To se moglo vidjeti 1776. godine kada su se kolonije u Sjevernoj Americi odvojile od engleske metropole, 1789. godine kada je slomljen režim u Francuskoj. I u Njemačkoj se to moglo vidjeti 1848. godine kada je revolucija nakratko uspjela podržati ustavni pokret, ali se ubrzo slomila zbog unutarnje slabosti i vanjskih odnosa moći. I nakon revolucija u Srednjoj i Istočnoj Europi 1989. i 1990. godine mogla se uočiti težnja za ustavom kao najvišim aktom. Tako je i hrvatski ustav iz 1990. godine konstituirao Republiku Hrvatsku kao nacionalnu državu hrvatskoga naroda.

Potrebu za donošenjem ustava kao svečanog dokumenta u pisanom obliku nije teško shvatiti promatra li se kroz prizmu revolucionarnih zbivanja u 18. stoljeću i kao izraz nastojanja za formuliranjem novih ideja u najvišem aktu u državi. Suština takvog akta sastoji se u ograničavanju vlasti kako bi se u što većoj mjeri zajamčile građanske slobode i prava. Zanimljiva je činjenica da Velika Britanija, kao zemlja koja ponosno ističe svoju tradiciju konstitucionalizma i koja je zasigurno imala veliki utjecaj na razvoj ustavne vladavine, nije nikada donijela ustav kao pisani opći pravni akt koji bi nosio naziv ustav. No, iako nema ustav u formalnom smislu, Velika Britanija ima čitav niz pisanih dokumenata ustavnopravnog karaktera, parlamentarnih običaja i pravila, ustavnih konvencija te sudskih odluka koje se smatraju dijelovima britanskog ustava. Gotovo uobičajeno se u izvore ustavnog prava svrstavaju i radovi priznatih znanstvenih autoriteta na području britanskog ustavnog prava. S druge strane, nezanemariv je broj Britanaca koji smatraju da bi trebalo razmotriti kodificiranje ustava jer bi se tako izbjegle nejasnoće i različita tumačenja.[22]

## 4. Značaj i uloga modernog ustava za pravnu državu

Ustav je, prije svega, temeljni i najviši pravni akt neke države. Zbog njegove nadzakonske pravne snage s njim moraju biti usklađeni svi pravni propisi u okviru pravnog sustava, kao i postupci svih državnih tijela i tijela koja obavljaju javne ovlasti. Ustav se kao pravni akt razlikuje od ostalih pravnih akata ne samo po pravnoj snazi već i sadržajno. Ljudska prava i temeljne slobode te odredbe o državom ustrojstvu obvezuju i samog zakonodavca. Ustav je istodobno i strateški politički akt, koji utvrđuje načela razvitka političkog, gospodarskog i pravnog sustava. Premda teži stabilnosti, moderni ustav ima i funkciju usmjeravanja dinamike održivog razvoja društva i zato

[22] Vorländer, H., *Ustav kao simbol i instrument*, Politička misao, 2001, br. 4, str. 53–58.

on previđa način za svoju izmjenu i prilagodbu zahtjevima koje donosi razvoj. Ustav određuje pravila političkih odluka odnosno utvrđuje tko, kako i koje odluke ima ovlasti donositi. On je i nacrt društvenog poretka koji utvrđuje ciljeve, svrhe i načela društvenog ustroja.

Prema Branku Smerdelu, „kada ustav označimo kao dugoročni strateški plan razvoja, ni u kojem slučaju ne mislimo doslovno. Ustav nije planski dokument niti priručnik. Ustav je skup temeljnih načela propisanih *sine die* za formiranje i funkcioniranje vlasti u političkoj zajednici. Načela su formulirana kratko i općenito, tako da zahtijevaju tumačenje kako bi se mogla primjenjivati u životu.“[23]

Upravo radi potrebe tumačenja normi ustava dolazimo do pojma zbiljskog ili živućeg ustava. Ustav, kao pravni akt (prema klasičnoj liberalnoj političkoj teoriji), izraz je narodnog suvereniteta i zbog toga je on nadređen vlasti i zakonima koje ona donosi. Djelotvornost ustavnih ograničenja i jamstava zavisi o nizu političkih, gospodarskih, kulturnih i drugih čimbenika. Tek kroz međudjelovanje tih čimbenika, u praksi se javlja ono što nazivamo zbiljski ustav. Prema američkom povjesničaru Arthuru F. Schlesingeru, „život pod ustavom, odredio je značenje ustava“.[24] Donošenjem ustava priča ne završava, ona tek počinje jer tada dolazi do procesa njegove provedbe, kojim se riječi zapisane na papiru imaju provoditi u svakodnevnom životu. Sukladno mišljenju Branka Smerdela, možemo zaključiti da se tu ne radi o pukoj logičkoj dedukciji rješenja izvučenih iz normi već se radi o kreativnoj djelatnost pri kojoj veliki utjecaj ima politička kultura, vlast i politika.[25]

Moderni ustavi odlikuju se ograničavanjem moći vladajućima, posebnim mehanizmima odvojenosti i ispreplitanja političkih vlasti kako bi se međusobno nadzirale. On konstituira političku zajednicu i limitira političku vladavinu što nužno dovodi do rasterećenja političke svakodnevnice jer se ne moraju stalno iznova utvrđivati pravila prema kojima bi se provodila politika.

### *4.1. Bitne funkcije modernog ustava – ustav kao instrument i simbol*

Moderni ustavi imaju dvije bitne funkcije. Razlikovanje dvije funkcije potječe od američkog teoretičara Edwarda S. Corvina, a razvijeno je u kon-

[23] Smerdel, B., *Teorija o ustavotvornom inženjerstvu i njezin utjecaj na izgradnju demokratskih ustavnopravnih institucija Republike Hrvatske,* HAZU, Zagreb, 2011, str. 5.

[24] Arthur F. Schlesinger Jr.: *Imperial Presidency,* Houghton-Mifflin. Boston 1973. str 18.

[25] Smerdel, B., loc. cit.

tekstu američke političke kulture. Ustav se tako ne smatra samo instrumentom nego i simboličkim pojmom republikanskog poretka.

Prva bitna funkcija je instrumentalna i ona označava upravljanje političkim procesom putem pripremanja pravila te limitiranja političke moći pripremanjem granica. Moderni ustavi tako konstituiraju politički poredak tako što ga ujedno i limitiraju i od posebne važnosti je da se ta pravila provode jer inače ustav gubi svoju prvu bitnu funkciju, instrumentalnu. Instrumentalna funkcija ima tri podfunkcije: ustrojstvo državne vlasti, organizacijska ili regulatorna funkcija i djelotvorno ograničavanje vlasti u interesu očuvanja sloboda. To je posebno bitno u slučajevima kada vlasti nedopušteno zahvate u zaštićene slobode i prava građanina gdje ustav treba imati određena pravila kako bi se to ispravilo. Odluke o takvim sporovima i sukobima donose većinom sudovi i posebni ustavni sudovi koji pokušavaju provoditi ustav i protiv političke vlasti (što može biti vrlo teško).

Druga bitna funkcija ustava je simbolička funkcija. Ustav se smatra simbolom dobrog i pravednoga političkog poretka. Ustav može legitimirati politički poredak time da uputi na njegovo podrijetlo i posebne okolnosti njegova osnivanja. Najbolji prikaz legitimiranja političkog poretka daje Hans Vorländer: „U činu ustavotvorstva iz 1787. godine zaključili su 'mi, narodi', kako stoji u američkome ustavu iz 1787. godine, sebi dati ustav. Godine 1949. 'njemački narod' sebi daje Temeljni zakon i, time, novi politički poredak. Također se u Temeljnome zakonu ponovno ujedinjene Njemačke iz 1990. godine kaže da je 'njemački narod, temeljem svoje ustavotvorne vlasti, donio ovaj Temeljni zakon'.[26] Francuska prihvaća istu temu, te ustav iz 1791. godine započinje: 'Predstavnici francuskog naroda, konstituirani u nacionalnoj skupštini…odlučili su izložiti u svečanoj izjavi čovjekova prirodna i neotuđiva i sveta prava…'"

Hrvatski je narod također 1990. godine donio ustav primjenjujući pravo na samoodređenje.[27]

### *4.2. Metode tumačenja ustava*

Tumačenje je neophodno za razumijevanje i primjenu normi ustava jer idealni tekst ne postoji. Metode tumačenja određuju se subjektivnom i objek-

[26] Vorländer, H., op.cit., str. 58–60.

[27] U novim ustavima stav o vladavini naroda nalazi se na prvom mjestu u skladu s osnovnim težnjama oslobođenih naroda. Rousseauov stav: „sva vlast proizlazi iz naroda" pronalazi se u svim modernim ustavima.

tivnom teorijom. Subjektivna teorija koncentrira se na volju donositelja ustava u vrijeme njegovog usvajanja, a objektivna uzima, prilikom tumačenja, u obzir suvremene okolnosti. Objektivna teorija je fleksibilnija, ali postoji opasnost od udaljavanja od subjektivne namjere donositelja ustava.

Klasična znanost poznaje četiri metode tumačenja ustava i to bi bile gramatička[28], logička, povijesna i sistemska. Zajedničko im je svima što u središte pozornosti stavljaju sam tekst ustava, što se ne smatra dovoljnim za tumačenje ustava u svijetu koji se stalno i ubrzano mijenja. Zato se sve češće poseže za složenijim metodama tumačenja odnosno onima koje se bave metajuridičkim čimbenicima ili uvjetima i posljedicama primjene zakona. Tu razlikujemo komparativnu metodu te teleološku metodu tumačenja.

Kao pomoćna metoda tumačenja ustava može se uzeti i tekst preambule ustava.[29] Ustavi većine zemalja imaju preambulu kao svečani dio ustava koji prethodi normativnom dijelu ustava. Prva preambula u povijesti pojavila se u Ustavu Sjedinjenih Američkih Država. Prema Sokolu i Smerdelu, preambula je svojevrsni načelni uvod u normativni dio ustava pa je i stil preambule svečan, često i patetičan, a način izražavanja njegovog sadržaja opisan odnosno deklaratoran.[30] Dugo vremena su preambule bile zanemarivane i vrijedila je samo njihova simbolička funkcija. One nisu samo puke riječi već utječu na društvene i političke norme te pomažu boljem razumijevanju ustava. Najbitnija funkcija preambule je ipak pomoć pri tumačenju ustava jer može poslužiti boljem razumijevanju pojedinih ustavnih odredaba.

## 5. Zaključak

*„Bjelodano je dakle kako oni državni poreci koji uzimaju u obzir zajednički probitak, ti su i ispravni, budući prema onome što je naprosto pravedno; oni pak koji se obziru samo na [probitak] vladatelja, pogrešni su i zastrane su ispravnih državnih poredaka; ti su naime samosilnički, a država je zajednica slobodnih ljudi.“*[31]

[28] Gramatičko tumačenje je od velikog značaja jer je jezik radni instrument. Kod gramatičkog tumačenja se, po objektivnoj teoriji, pravilo tumači u sadašnjem značenju, a ne prema situaciji koja je postojala u trenutku stupanja na snagu norme.

[29] Vidi opširnije u: Alijević, M., *Tekst preambule kao pomoćna metoda tumačenja ustava*, Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici, br. 10, god.5.

[30] Sokol, S., Smerdel, B., *Ustavno pravo*, Pravni fakultet, Zagreb 2005, str. 32.

[31] Aristotel, *Politika,* prijevod: Ladan, T., Globus, Zagreb,1988, str. 87.

Država je zajednica slobodnih ljudi i ako je njezin cilj suživot kao ostvarenje sretnoga života, tada su dobri ustavi oni koji koriste zajednici, a loši oni koji koriste samo vladajućima. Tu je od posebnog značaja ustav određene države koji bi trebalo da predstavlja prije svega stabilan pravni dokument. Ukoliko ne postoji stabilan ustavni sustav, ustav postaje instrument svakodnevne politike, uz sklonost radikalnim promjenama. Potrebno je prekinuti s praksom donošenja novih ustava i velikih izmjena svakom promjenom vlasti već se treba okrenuti ustavu kao dugotrajnom dokumentu, temeljitom i okrenutom prema budućnosti.

Ukoliko ne bi postojala pravna država, došlo bi do stvaranja autoritarnih struktura političke moći koja bi blokirala demokratizaciju. To znači da bi se koncentrirala moć u rukama karizmatskih vođa što bi nužno vodilo prema pretvaranju političke u ekonomsku moć, prema formiranju klijentelističkih struktura, razvoju sustava privilegija i korupcije te slomu državnog monopola nasilja.

Pravna država i ustavni razvoj determinirani su problemom ograničenja suverene vlasti, a s ciljem očuvanja slobode pojedinca. Dakle, osnovni smisao pravne države ogleda se u zaštiti temeljnih prava i sloboda čovjeka nasuprot svemoći države. Još od grčkog pojma izonomije, preko ideje o vladavini prava (Rule of Law) i njemačkog koncepta pravne države (Reshtsstaat), svima je bio isti cilj, da je vladavina zakona nadređena vladavini ljudi, te da na ograničenju države pravom treba stvarati društvo u kojem će svi biti jednaki pred zakonom i gdje će građani imati pravnu sigurnost i pravnu predvidljivost. Prema tome, u pravnoj državi postoje temeljna ljudska prava, dioba vlasti, odgovornost vlade, neovisno sudstvo koje se nikakvim suverenitetom (ili suverenom) ne mogu kršiti.

## Popis literature:

a) Knjige

Aristotel, *Politika,* prijevod: Ladan, T., Globus, Zagreb,1988.

Bobbio N., Liberalizam i demokracija, Novi Liber, Zagreb, 1992.

Đorđević, J.: *Ustav i politika*, Eksportpres, Beograd, 1988.

Kuzmanović, R.: *Ustavno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Banjoj Luci, Banja Luka, 2002.

Posavec Z., Sloboda i politika, Hrvatsko filozofsko društvo, Zagreb, 1995.

Sokol, S.; Smerdel, B.: *Ustavno pravo*, Informator, Zagreb, 1998.

*The world rule of law movement and Russian legal reform*, ur. Neate, F., Nielsen, H., Justitsinform, 2007., Moscow

b) Članci

Ćupurdija M**.**, *Pravna država i kontrola rada*, Zbornik radova IX tradicionalnog međunarodnog naučnog skupa „Pravnički dani Prof.dr. Slavko Carić“, Pravni fakultet za privredu i pravosuđe Univerziteta, Privredna akademija u Novom Sadu, Novi Sad, 2012. str.

Dicke, K., *Pravna državnost i socijalna državnost – relativiziranje ili jačanje demokratskoga načela u ustavnoj državi?*, Politička misao, 1998, br. 3

Häberle, P., *Ustav kao kultura*, Politička misao, 2000, br. 3

Lalović, D*., Suverena država – temeljni pravnopolitički projekt moderne (1)*, Politička misao, 2005, br.2

Miličić, V., *Tzv. pravna država*, Politička misao, 1998, br. 3

Posavec, Z., *Nekoliko opaski o pojmu pravne države*, Politička misao, 1997, br. 4

Vorländer, H., *Ustav kao simbol i instrument*, Politička misao, 2001, br. 4

Zakošek, N., *Pravna država i demokracija u postsocijalizmu*, Politička misao, 1997, br. 4

## STATE OF LAW AND CONSTITUTIONAL DEVELOPMENT

***Abstract:*** *State of law requires formal legal security, which means that the action of the public authorities must be predictable and based on the statutory authority. The predictability itself in the functioning of State of law is not considered sufficient and it requires material legal security that implies morally justified and reasonable action by public authorities based on legal rules. The starting point of the proper functioning of the State of law definitely needs to be a constitution as a fundamental act, therefore, from the perspective of the functioning of the State of law, the constitution is the primary legal document of the state and not political. In this paper, the authors raise questions about the role of the modern constitution that would drew clear boundaries to political power, in order for the proper functioning of State of law.*

***Key words:*** *State of law, Rule of Law, modern constitution*

УДК 34(497.6)

# ПРАВДА И ПРАВИЧНОСТ У ДИСТРИБУЦИЈИ ОРТОПЕДСКИХ СРЕДСТАВА У РЕПУБЛИЦИ СРПСКОЈ

**Доц. др Игор Милинковић**[*]
**Прим. Биљана Мајсторовић, др мед.**[**]

***Резиме:*** *Особе са инвалидитетом којима су неопходна ортопедска средства спадају међу најрањивије чланове друштва. Одговорити адекватно на њихове потребе представља један од најсложенијих етичких изазова са којима се друштво суочава. Ограниченост финансијских средстава спречава додјељивање оптималних ортопедских средстава свим пацијентима. Избор између различитих критеријума дистрибуције нужан је, али и екстремно захтјеван задатак, будући да је ризик од дискриминаторског третмана појединих категорија пацијената веома велики. У првом дијелу рада, појам и најутицајније концепције правде и правичности биће подвргнуте анализи и њихов утицај на дистрибуцију ортопедских средстава биће истражен. Потом ће важећа акта, која уређују дистрибуцију ортопедских средстава у Републици Српској, бити размотрена у свјетлу наведених вриједности. Напосљетку, биће упозорено на могуће промјене нормативног оквира. Старост пацијента, као критеријум расподјеле ортопедских средстава, треба бити одбачена када је ријеч о пунољетним пацијентима (једини критеријум дистрибуције требао би бити критеријум мобилности). Овим путем била би осигурана праведнија (правичнија) расподјела ортопедских средстава.*

***Кључне ријечи:*** *правда, дистрибутивна правда, правичност, ортопедска средства.*

[*] **Доцент на предметима Теорија државе и права и Правна етика, Правни факултет Универзитета у Бањалуци**

[**] **Специјалиста физикалне медицине и рехабилитације, Завод за физикалну медицину и рехабилитацију "Др Мирослав Зотовић", Бањалука.**

## 1. Увод

Правда представља једну од најзначајнијих правних вриједности (етичких извора права). Иако се вриједност правде не везује искључиво за сферу права, те поједини аутори пишу, нпр. о моралној или вјерској правди[1], правда се, по правилу, сврстава међу специфичне правне вриједности, назива чистом правном вриједношћу, одн. приписује јој се статус „највише правне међу врлинама“[2]. Бројни аутори сврху права препознају у остваривању правде, одређујући овом чињеницом суштину права и легитимишући егзистенцију правних норми унутар друштвеног поретка. Идеја водиља права[3], правда, средство своје реализације проналази у правним прописима и државном ауторитету који их штити.

Идеја правде има дугу историју. Протекла су готово двадесет и четири стољећа откако је Платоново питање: Шта је правда? означило рађање политичке филозофије у Западном свијету[4]. Међутим, једнако као што учење о правди Платоновог најчувенијег ученика и даље детерминише савремене расправе о правди (правна мисао „и даље класификује проблеме правде у категорије које нам је Аристотел завјештао“[5]), одговор на постављено питање не чини се мање удаљеним у односу на античко доба. Белгијски правни писац Х. Перелман назваће правду једним од најсјајнијих појмова човјековог духовног универзума.[6] Истовремено, констатује Перелман, ријеч је о „идеји безнадежно нејасној“.[7]

Наглашена афективна обојеност чини правду бојним пољем духовног свијета[8], ситуираним изнад стварних бојишница, гдје теоријски ставови, неријетко, одјек проналазе у експлозијама граната или сударању мачева (иако нису ријетке ни ситуације да се звецкање оружјем преточи у вијање правде најподесније да би употреба насиља била легитимизована; бројни освајачи оружане акције нису осмишљавали загледани

[1] Лукић, Р. *Систем филозофије права*, Сабрана дела, Четврти том, Београд, стр. 244.

[2] Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, Second edition, Clarendon Press – Oxford, 1994, p. 167.

[3] „Право може бити неправедно … али оно је право само зато што је његов смисао да буде праведно.” (Радбрух, Г. *Филозофија права*, Београд, 1998, стр. 14)

[4] Barry, B. *Theories of Justice (A Treatise on Social Justice Vol. 1)*, University of California Press, Berkely – Los Angeles, 1989, p. 3.

[5] Fletcher, G. *Basic Concepts of Legal Thought*, Oxford University Press, 1996, p. 80.

[6] Перелман, Х. *Право, морал и филозофија*, Београд, 1983, стр. 4.

[7] Perelman, C. *The Idea of Justice and the Problem of Argument*, New York: The Humanities Press, 1963, p. 5.

[8] Ibid, p. 4.

у удаљени идеал правде, већ су ратне планове настојали учинити мање профаним надограђујући их властитом интерпретацијом праведног). Џ. Флечер владавину права назива „најзагонетнијим од снова који су мушкарце и жене изводили на улице“[9]. Иако је цитирана оцјена сасвим основана, прикладнијим се чини њено везивање за појам правде. „Свака револуција, сваки рат, сваки преврат одувијек су спровођени у име Правде.“[10] То не значи да су се на правду позивали искључиво револуционари. Барјак правде вијорио се и на бедемима намијењеним заштити установљеног поретка.

Утолико би се, сматра Перелман, о правди могло говорити као о универзалној вриједности[11] (универзалној у смислу универзалног консензуса о њеној пожељности, не и сагласности о њеном значењу). „За правду се, као и за слободу, претпоставља да је добра.“[12] И ту се сагласност, у већини случајева, завршава. Општи консензус чини се могућим једино у погледу тзв. формалне правде и њеног захтјева да са једнаким буде поступано једнако, а са неједнаким неједнако, у складу са њиховом различитошћу. На први поглед, наведеној дефиницији не може бити упућен приговор. Ријеч је о оном заједничком именитељу који се провлачи кроз све досадашње концепције правде. Проблем настаје приликом покушаја да се формула формалне правде примијени. Шта је једнако, а шта не, представља дилему на коју није могуће пронаћи једнозначан одговор. Лишена садржине, формална правда не представља адекватан оријентир за доношење одлука, односно управљање човјековим поступцима. Потрага за њеним садржинским елементима враћа расправе о правди у вртлог идеолошких борби и неслагања.

Значај правде као етичког извора права евидентан је и у области здравствене заштите. Према Бучемпу (Beauchamp) и Чилдресу (Childress), правда спада међу темељне принципе биомедицинске етике.[13] Од избора између различитих концепција правде зависиће одговор на читав низ практичних проблема здравствене заштите. Међутим, није само теорија та која треба да осигура оријентир пракси. Адекватност једне моралне теорије не може се процјењивати искључиво ана-

[9] Fletcher, G. *Basic Concepts of Legal Thought*, Oxford University Press, 1996, p. 11.

[10] Perelman, C. *The Idea of Justice and the Problem of Argument*, New York: The Humanities Press, 1963, p. 6.

[11] Перелман, Х. *Право, морал и филозофија*, Београд, 1983, стр. 4.

[12] Weinreb, L.L. *Natural Law and Justice*, Harvard University Press, 1997, p. 184.

[13] Beauchamp, T. and Childress, J. *Principles of Biomedical Ethics*, Seventh edition, Oxford University Press, 2013, p. 13.

лизом апстрактних принципа који је конституишу. Њено рационално оцјењивање подразумијева континуирани процес у склопу кога се општи принципи ревидирају и прочишћавају у конфронтацији са богатом сложеношћу постојећих судова о појединачним случајевима, док се судови о појединачним случајевима постепено изграђују и модификују у складу са привремено прихваћеним општим принципима.[14] Теоретичари правде, до сада, су углавном били фокусирани на разраду веома уопштених принципа, не обраћајући пажњу на конкретна питања здравствене његе.[15] Циљ овог рада јесте да се поменути недостатак ублажи, односно да се у свјетлу доминантних концепција правде размотри једно од најосјетљивијих питања реализације здравствене заштите у Републици Српској – дистрибуција ортопедских помагала (у склопу рада, биће упозорено на посљедице које би прихватање појединих концепција дистрибутивне правде могло имати за рјешавање наведеног проблема; овим путем, не само да се омогућује испитивање етичке оправданости одговарајућих позитивноправних рјешења, већ се идентификују и извјесне слабости анализираних концепција правде и ризици које њихова практична примјена укључује).

## 2. Дистрибутивна правда и расподјела ортопедских средстава

Особе са инвалидитетом којима су неопходна ортопедска средства спадају међу најрањивије чланове друштва. Одговорити адекватно на њихове потребе, један је од најсложенијих етичких изазова са којима се друштво суочава. Ограниченост финансијских средстава онемогућује додјељивање оптималних медицинских средстава свим пацијентима (овај проблем нарочито је изражен у економски недовољно развијеним земљама). Избор између различитих критеријума дистрибуције нужан је, али и екстремно захтјеван задатак, будући да је ризик од дискриминаторског третмана појединих категорија пацијената веома велики. Потреба алокације средстава актуелизује проблем дистрибутивне правде, чији појам се јавља већ код Аристотела (Аристотел дистрибутивну правду, уз комутативну, сврстава у облике посебне правде). Као „облик правде најзначајнији за област здравствене његе“[16], дистрибутивна правда треба

[14] Buchanan, A. „Justice: A Philosophical Review”; in E.E. Shelp (Ed.).1981. *Justice and Health Care*, Reidel, pp. 3–4.

[15] Ibid, p. 3.

[16] Maclean, A. *Briefcase on Medical Law*, Second edition, Cavendish Publishing Limited, 2004, London, p. 7.

да понуди одговор како „друштво или група требају расподијелити оскудне ресурсе или производ међу појединцима са супротстављеним потребама или захтјевима“[17]. У наставку рада, основни модели дистрибуције биће примијењени на проблем адекватне расподјеле ортопедских средстава. Апликацији различитих теоријских концепција правде на ово питање претходиће основне напомене о свакој од њих.

### 2.1. Утилитаристичка концепција правде

Утилитаризам представља најутицајније телеолошко морално учење (доктрина је телеолошка, уколико добро (good) дефинише независно од исправног (right), док исправним сматра оно што води максимизацији доброг).[18] Утилитаризам „добро дефинише као срећу (задовољство итд.), независно од било какве оцјене морално исправног, а потом исправно одређује као оно што максимизује добро“[19] (Бентамовим ријечима, што осигурава „највећу срећу највећег броја“)[20]. У наведеном смислу дефинисана је и сама правда. За утилитаристе, она се састоји у максимизацији среће.[21] Принципи дистрибутивне правде само су нека од правила која максимизују корист. „Сваки стандард или правило правде мора бити засновано на принципу корисности, који захтијева да настојимо произвести максимални вишак позитивне вриједности у односу на негативну вриједност – или најмању могућу негативну вриједност, уколико искључиво нежељени резултати могу бити постигнути“.[22] Поједини утилитаристи, попут Ц. С. Мила, принципима правде приписују посебан значај. Према овом схватању, правда обухвата основна морална правила чије поштовање резултира нарочитом коришћу (због свог значаја за максимизацију користи, принципи правде могу бити принудно реализовани).[23]

[17] Roemer, J. E. *Theories of Distributive Justice*. Harvard University Press, 1996, p. 1.

[18] Buchanan, A. „Justice: A Philosophical Review”; in E. E. Shelp (Ed.).1981. *Justice and Health Care*, Reidel, p. 5.

[19] Ibid.

[20] Bentham, J. *A Fragment on Government*, Clarendon Press – Oxford, 1891, p. 93.

[21] Wacks, R. *Philosophy of Law*, Oxford University Press, 2006, p. 61.

[22] Beauchamp, T. and Childress, J. *Principles of Biomedical Ethics,* Seventh edition, Oxford University Press, 2013, p. 254.

[23] Buchanan, A. „Justice: A Philosophical Review”; in E.E. Shelp (Ed.).1981. *Justice and Health Care*, Reidel, p. 5.

Инсистирање утилитаризма на максимизацији друштвене користи рефлектује се и на подручје здравствене заштите, односно дистрибуцију средстава у овој области. Стремљење „највећој срећи највећег броја" подразумијева да срећа већине може бити плаћена дискриминаторским третманом појединих категорија грађана (пацијената). Утилитаризам не представља егалитаристичко учење: „Никаква посвећеност једнакости права није садржана у утилитаристичком принципу по себи, нити се може говорити о обавези једнаке дистрибуције било какве врсте".[24] Утилитаристички модел дистрибуције, евидентно, укључује потенцијалне губитнике. Са позиција утилитаризма, тешко је оправдати додјељивање средстава маргиналним групама које не могу много понудити друштву, а захтијевају велика улагања у здравствену заштиту.[25] Примијењено на проблем којим се овај рад бави, старији болесници који захтијевају релативно скупа ортопедска средства имали би слабе изгледе да се нађу на страни добитника. Уштеда средстава у односу на наведену групу корисника изгледала би оправдано из перспективе друштва у цјелини, али и посматрано у контексту пацијената са различитим здравственим проблемима. Једина интерпретација утилитаристичког аргумента која би могла ићи у прилог старијим пацијентима, јесте везивање процјене корисности искључиво за пацијенте којима су ортопедска средства неопходна, међу којима, како статистички подаци говоре, велики проценат, или чак већину, чине старији пацијенти (једино у овом случају захтјев за максимизацијом среће могао би ићи у прилог наведеној групи пацијената).

Метод који се, по правилу, повезује са доктрином утилитаризма јесте QALY[26] (принцип „квалитативно прилагођених година живота"). Премиса на којој QALY анализа почива гласи: уколико очекивана година живота здраве особе вриједи један бод, година живота праћена лошим здравственим стањем вриједиће мање. У зависности од тежине болести, односно степена погоршања здравственог стања, преостале године живота вредноваће се различито на скали од 0 до 1 (оцјеном 0 вреднује се стање смрти; стање горе од смрти, чију могућност QALY анализа такође прихвата, имало би негативну вриједност). Средства требају бити тако дистрибуирана да се обезбиједи максималан број QALY бодова. На овај начин, у обзир се узимају како очекивана дужина, тако и квали-

[24] Ibid, p. 15.

[25] Capp, S., Savage, S., Clarke, V. 2001. „Exploring Distributive Justice in Health Care", *Australian Health Review,* 24 (2), p. 41.

[26] Скраћеница за „quality adjusted life years";

тет преосталог живота пацијента.[27] Инспирација утилитаризмом лако је уочљива. Ризик од дискриминације појединих категорија пацијената, такође постоји. Оптужба коју критичари QALY метода најчешће износе, односи се на његов „ејџизам" – „agism" (изведено од енглеске ријечи age – старост), односно старосну дискриминацију, коју QALY анализа подразумијева.[28] Примјена QALY метода приликом дистрибуције ортопедских средстава имала би тешке посљедице по старију популацију, која се појављује као вишеструко рањива. Не само да старијим особама са инвалидитетом не преостаје велики број година живота, већ је и њихов квалитет живљења низак.

### 2.2. Економска теорија правде (Р. Познер)

Сљедећа концепција правде на коју ће кратко бити упозорено, јесте економска теорија правде Р. Познера (Posner). Такав редослијед чини се логичним, имајући у виду да се школа економске анализе права, чији је Познер најистакнутији представник, означава и као практична верзија утилитаризма,[29] односно научна алтернатива утилитаризму.[30]

Према Познеру, између више опција треба се опредијелити за ону која ће резултирати максимизацијом укупног друштвеног богатства (принцип „максимизације богатства", сматра аутор, представља најбољи компромис између утилитаристичког принципа корисности и аутономије).[31] Предност овог критеријума у односу на утилитаризам огледа се у чињеници да је новчану вриједност лакше процијенити него корисност. Примјена овог принципа на алокацију средстава у области здравствене заштите ствара сличне потенцијалне губитнике као и утилитаристички модел дистрибуције.

### 2.3. Либертаријанска концепција правде

Либертаријанска теорија правде није фокусирана на јавну корист нити на испуњавање здравствених и социјалних потреба грађана, већ

[27] Beauchamp, T. and Childress, J. *Principles of Biomedical Ethics*, Seventh edition, Oxford University Press, 2013, p. 239.

[28] B. Harris, J. „QALYfying the Value of Life", *Journal of Medical Ethics*, 13 (3).

[29] Bix, B. *Jurisprudence: Theory and Context*, Sweet & Maxwell, 2003, p. 202.

[30] Freeman, M. D. *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, Eight edition, Sweet & Maxwell, 2008, p. 621.

[31] Bix, B. *Jurisprudence: Theory and Context*, Sweet & Maxwell, 2003, p. 202.

на „несметано функционисање правичних процедура и трансакција под условима које дефинишу право и поредак“.[32] Ова концепција правде заснована је на вјери у способност тржишта да задовољи све људске потребе.[33] Стога ће сваки приједлог државне интервенције усмјерене на ублажавање социјалних разлика бити одбачен као пријетња слободи појединца. Либертаријанци су свјесни да искључиво ослањање на тржишне механизме у области медицинских услуга може резултирати драстичним неједнакостима и стањем у коме би адекватна здравствена њега била недостижна за велики дио популације. Међутим, све док су процедуре које либертаријанци означавају као праведне поштоване, такви исходи неће се сматрати морално проблематичним.

Либертаријански модел правде подразумијевао би слободу пацијента у погледу избора пружаоца услуге и врсте ортопедског средства, под условом да је пацијент способан да трошкове услуге покрије (било непосредно, било на основу осигурања које уплаћује осигуравајућим компанијама по сопственом избору). Отпор сваком државном уплитању у сферу пружања медицинских услуга чини да се либертаријански концепт правде тешко може повезати са системима универзалног и обавезног здравственог осигурања (што умањује његову релевантност за анализу проблема коме је рад посвећен). Чињеница да овај модел правде није у стању уважити потребе оних који су у најнеповољнијем положају,[34] умањује и његову етичку привлачност.

### 2.4. Егалитаристичко схватање правде

Егалитаристичка теорија правде наглашава значај једнаке дистрибуције друштвених користи (захтјев за једнаком дистрибуцијом не треба бити схваћен у апсолутном смислу; ниједна од истакнутијих егалитаристичких теорија правде није инсистирала на једнакој расподјели свих друштвених користи свим особама).[35]

Свој најпознатији израз егалитаристичка концепција правде налази у *Теорији правде* Ц. Ролса (Rawls). Црпећи инспирацију из дјела кон-

[32] Beauchamp, T. and Childress, J. *Principles of Biomedical Ethics*, Seventh edition, Oxford University Press, 2013, p. 239.

[33] Capp, S., Savage, S., Clarke, V. 2001. „Exploring Distributive Justice in Health Care“, *Australian Health Review,* 24 (2), p. 42.

[34] Ibid.

[35] Beauchamp, T. and Childress, J. *Principles of Biomedical Ethics*, Seventh edition, Oxford University Press, 2013, p. 256.

трактуалиста, Ролс развија утицајно схватање „правде као непристрасности“ (намјера аутора, по властитом признању, била је да „генерализује и на виши ниво апстракције подигне познату теорију друштвеног уговора, какву сусрећемо, рецимо, код Лока, Русоа и Канта“).[36] Непристрасност Ролсовим принципима правде обезбјеђују услови под којима странке у првобитном положају врше њихов избор (странке су обавијене „велом незнања“, односно лишене знања о свом класном, имовинском и политичком положају, полу, природним способностима, степену образовања и сл.). Странке у првобитном положају, сматра Ролс, постигле би сагласност о сљедећим принципима правде. Према првом принципу (принципу највеће једнаке слободе): „Свака особа треба да има једнако право на најшири укупни систем једнаких основних слобода, спојивих са сличним системом слободе за све“.[37] Други принцип правде налаже да: „Друштвене и економске неједнакости треба да буду уређене тако да буду: а) од највеће користи за оне у најнеповољнијем положају, у складу са праведним принципом штедње, и б) да се односе на службе и положаје отворене за све под условима непристрасне једнакости могућности“.[38] Иако су, по неким оцјенама, „импликације Ролсових принципа за здравствену његу далеко од јасних“[39], њихов значај ни у ком случају није занемарљив (укључујући и тзв. принцип разлике, који сугерише преферабилан третман најугроженијих категорија).

Ролсову теорију правде, као полазиште за анализу проблема здравствене његе, усваја Н. Данијелс (Daniels). Овај писац залаже се за изградњу система здравствене његе заснованог на Ролсовим принципима правде. Принцип коме Данијелс приписује средишњи значај јесте Ролсова „правична једнакост шанси“. Друштвене институције релевантне за „дистрибуцију здравствене његе требају бити уређене тако да, у највећој могућој мјери, омогуће свакој особи да оствари правичан дио стандардног обима шанси присутног у датом друштву“.[40] Попут Ролсове, и Данијелсова теорија признаје позитивну друштвену обавезу да се умање или отклоне препреке које спречавају реализацију наведеног принципа. Болест и инвалидитет третирају се као неоправдана

[36] J. Rawls, *Theory of Justice*, Original edition, Harvard University Press, 1971, p. 11.

[37] Ibid, p. 302.

[38] Ibid

[39] Buchanan, A. „Justice: A Philosophical Review”; in E.E. Shelp (Ed.).1981. *Justice and Health Care*, Reidel, p. 17.

[40] Beauchamp, T. and Childress, J. *Principles of Biomedical Ethics*, Seventh edition, Oxford University Press, 2013, p. 257.

ограничења могућности за остваривање основних циљева појединаца. Здравствена њега неопходна је да би се достигао, очувао или обновио ниво функционисања потребан за реализацију основних индивидуалних циљева (те се задатак система здравствене његе одређује као спречавање болести или повреда да значајније редукују круг шанси доступних члановима друштва).[41]

Егалитаристичко схватање правде налагало би да свим пацијентима буде осигуран једнак приступ минимуму здравствених услуга. Ролсов принцип разлике обезбјеђује додатни морални оријентир. Уколико је различит третман појединих категорија пацијената нужан, установљене разлике требале би ићи у прилог оним најугроженијим. Неповољнији положај старијих и, по правилу, рањивијих пацијената приликом дистрибуције ортопедских средстава, свакако одступа од овог захтјева.[42]

## 2.5. Комунитарна теорија правде

Комунитарна теорија правде представља хетерогено учење, чији зачеци се могу препознати у појединим елементима Аристотеловог учења (као и дјелима других истакнутих фигура историје филозофије, попут Русоа или Хегела). Новија комунитарна схватања, највећим дијелом, настала су као критичка реакција на либералне концепције правде Џ. Ролса и Р. Нозика. Комунитаристи немају много разумијевања за „теорије засноване на индивидуалним правима и уговорима".[43] Оно што их повезује јесте оспоравање тезе о приоритету индивидуалних права над општим добром. Принципи правде плуралистички су и извиру из различитих концепција доброг, насталих у разноврсним моралним заједницама.

[41] Ibid

[42] Да Ролсова методологија може водити и друкчијим закључцима, свједочи Данијелсово виђење проблема дистрибуције средстава намијењених здравственој њези. Према мишљењу овог аутора, рационални саговорници обавијени велом незнања (тањим, додуше, него што је то Ролс предлагао), опредијелили би се за принцип „разборитог процјењивања цјелокупног животног вијека". Правична дистрибуција средстава између различитих старосних група одговарала би начину на који би хипотетичка рационална особа расподијелила средства између различитих стадијума властитог живота. Сасвим је разборито, сматра Данијелс, да једна особа одузме средства од једног стадијума свога живота и усмјери их ка другом стадијуму, уколико живот у цјелини тако чини бољим. (Daniels, N. *Justice and Justification*, Cambridge University Press, 1996, p. 260) Данијелсов принцип могао би послужити као оправдање за неповољнији третман старијих пацијената.

[43] Beauchamp, T. and Childress, J. *Principles of Biomedical Ethics*, Seventh edition, Oxford University Press, 2013, p. 257.

„Онтологију правде“ чини начин живота једне заједнице.[44] Одговор на питање шта се дугује појединцима и групама налази се у стандардима подржаним од стране заједнице.[45]

Комунитарне теорије правде имају значајне импликације и за расподјелу средстава у области здравствене заштите. Према схватању Д. Калахана (Callahan), јавне политике, у првом реду, требају бити засноване на заједничкој сагласности о добру друштва, не на аргументима индивидуалних права.[46] За овог аутора: „Примарни циљ, највиши приоритет система здравствене његе као куративног подухвата ... треба бити унапређивање општег добра и колективног друштвеног здравља, не индивидуалног добра појединаца“.[47] Приоритет друштвеног здравља не значи елиминисање бриге за индивидуално благостање, већ да „здравље треба бити третирано као заједничка корист, као нешто што је потребно за наш заједнички живот“.[48] Заједничко друштвено здравље служи интересима свих, тако што обезбјеђује функционисање кључних друштвених институција. Примарни циљ система здравствене његе био би „да нам помогне у испуњавању наших професионалних и друштвених улога, помажући нам, истовремено, да ефикасно живимо унутар интерперсоналне сфере наших живота у заједници“.[49]

Дефинисање друштвених приоритета у области здравствене његе треба бити праћено јавним форумима, расправама и едукативним програмима.[50] Према Калахану, одличан примјер таквог, партиципативног приступа доношењу одлука о расподјели средстава представља експериментални модел одлучивања прихваћен у америчкој држави Орегон, који је, нарочито у периоду након 1990. године, укључивао различите облике грађанског учешћа приликом дефинисања приоритетних медицинских услуга.[51]

Комунитарни модел правде подразумијевао би да се, приликом доношења аката који уређују дистрибуцију ортопедских средстава, у об-

[44] Weinreb, L. L. *Natural Law and Justice*, Harvard University Press, 1997, p. 250.

[45] Beauchamp, T. and Childress, J. *Principles of Biomedical Ethics*, Seventh edition, Oxford University Press, 2013, p. 258.

[46] Ibid

[47] D. Callahan, *What Kind of Life?: The Limits of Medical Progress*, Georgetown University Press, 1995, p. 110.

[48] Ibid

[49] Ibid, p. 115.

[50] Ibid, p. 207.

[51] О томе в. Beauchamp, T. and Childress, J. *Principles of Biomedical Ethics*, Seventh edition, Oxford University Press, 2013, p. 281.

зир узимају ставови и вриједности дате заједнице. Када је о регулисању дистрибуције ортопедских помагала у Републици Српској ријеч, шире присуство и утицај јавности нису присутни (иако се консултације са представницима специјализованих здравствених установа, као и удружења која окупљају поједине категорије корисника, практикују).

## 3. Правичност у дистрибуцији ортопедских средстава

Правичност (енг. equity) у области заштите здравља често се поистовјећује са појмом социјалне правде (правичност се схвата као „етички концепт заснован на принципима дистрибутивне правде“[52] и дефинише као „одсуство систематских различитости у погледу здравља (или основних друштвених детерминанти здравља) између друштвених група које посједују различите нивое основних друштвених предности/недостатака – то јест, различите позиције на друштвеној хијерархији“).[53] Овом приликом, међутим, биће упозорено на једно друкчије схватање правичности, према ком правичност представља овлашћење службених лица која примјењују право да могу еластичније реаговати, односно да могу слободније примјењивати, или чак не примијенити, опште правне норме приликом рјешавања конкретних спорова, ако је то потребно ради што потпунијег и издиференцираније остваривања владајућих принципа правде.[54] Да би се осигурало поступање службених лица infra legem, доносиоци норми морају водити рачуна о њиховој материјалној правичности, у смислу у ком овај појам користи Т. Живановић. Према Живановићу, материјална правичност представља „својство правне норме да својом ширином омогућава у примени да се узму у обзир особености ма ког појединачног случаја (дакле индивидуализацију)“.[55] Исувише ригидним одредбама надлежна лица онемогућују се у адекватном остваривању својих дужности и откривању „правде конкретног случаја“.[56] Аналогија са проблемом дистрибуције ортопедских средстава лако је уочљива. Исувише строгим категоризацијама пацијената, одно-

[52] Braveman, P. and Gruskin, S. „Defining Equity in Health“, *Journal of Epidemiology and Community Health*, Vol. 57, Issue 4, 2003, p. 254.

[53] Ibid

[54] Н. Висковић, *Појам права*, Сплит, 1976, стр. 145.

[55] Т. Живановић, *Систем синтетичке филозофије права. Синтетичка филозофија права* I, Београд, 1997, стр. 811.

[56] Радбрух, Г. *Филозофија права*, Београд, 1998, стр. 41.

сно доступних ортопедских средстава, онемогућује се персонализовање третмана пацијената и проналажење оптималних медицинских рјешења (што за посљедицу може имати поступање praeter legem, или чак contra legem, чиме би се додатно угрозило адекватно остваривање здравствене заштите). Већа слобода здравствених радника у проналажењу оптималних медицинских рјешења у сваком конкретном случају, уз одговарајућу контролу њиховог рада како би биле спријечене могуће злоупотребе, дјелује као правилније рјешење.

## 4. Правда и правичност у дистрибуцији ортопедских помагала у Републици Српској

Према Уставу Босне и Херцеговине, регулисање здравствене заштите у надлежности је ентитета. Уставом Републике Српске прописано је да: „Свако има право на заштиту здравља“. (чл. 37 ст. 1 Устава) Ст. 3 истог члана утврђено је да: „Дјеца, труднице и стара лица имају право на здравствену заштиту из јавних прихода, а друга лица под условима утврђеним законом“. Уставом прокламовано право на здравствену заштиту конкретизацију је добило у Закону о здравственој заштити РС[57]. Чл. 11 ст. 2 Закона, утврђена је забрана дискриминације у остваривању здравствене заштите. Законом су, као начела провођења здравствене заштите, предвиђени принципи једнакости, доступности, свеобухватности, континуитета и координације. У чл. 12 Закона могуће је препознати формулу формалне правде. Наиме, законодавац прописује да: „Једнакост у здравственој заштити подразумијева да грађани са истим здравственим потребама остварују исти ниво здравствене заштите, а грађани са различитим здравственим потребама остварују различит ниво здравствене заштите, у складу с одредбама овог закона и других прописа који регулишу ову област“. Анализа одговарајућих уставних и законских одредби показује да је дискриминација по било ком основу искључена.

Дистрибуцију и уградњу ортопедских средстава финансира Фонд здравственог осигурања Републике Српске (као једно од права из обавезног здравственог осигурања).[58] Услови за остваривање права на орто-

[57] *Службени гласник Републике Српске*, бр. 106/09.

[58] Законом о здравственом осигурању као једно од права из обавезног здравственог осигурања наводи се и здравствена заштита. Чл. 19 ст. 7 Закона прописано је да здравствена заштита обухвата „протезе, ортопедска и друга помагала, помоћне и санитарне справе, стоматопротетску помоћ и стоматолошке материјале“. (*Службени гласник Републике Српске*, бр. 18/99, 51/01, 70/01,

педска средства прецизније су уређени Правилником Фонда о праву на медицинска средства.[59] Када је о дистрибуцији ортопедских средстава ријеч, Правилник пацијенте сврстава у три категорије: 1) млађе од 18 година, 2) пацијенте старосне доби од 18 до 65 година, и 3) старије од 65 година. Ортопедска средства сачињена од стандардних материјала у потпуности се финансирају средствима Фонда (осим за оне категорије осигураника које су обавезне плаћати партиципацију).

Анализа ортопедских средстава доступних појединим категоријама пацијената говори о рестриктивном приступу када је о пацијентима старијим од 65 година ријеч. Поменута категорија пацијената ускраћена је за могућност преписивања појединих ортопедских средстава (односно, компоненте предвиђене за израду ортопедских средстава намијењених корисницима млађим од 65 година одликују се бољим квалитетом и функционалношћу, чиме се омогућује и већи степен активности и квалитета живота ових пацијената). Мотиве за прихватање таквог рјешења није тешко објаснити. Недостатак средстава условио је потребу за уштедама, те су се доносиоци Правилника опредијелили да оне буду остварене строжом категоризацијом унутар самог акта (својом логиком прихваћено рјешење одговарало би утилитаристичкој концепцији правде односно QALY анализи). Особе старије од 65 година чине велики проценат пацијената којима су ортопедска средства неопходна. Према подацима из 2013. године, у Заводу за физикалну медицину и рехабилитацију „Др Мирослав Зотовић“, јединој установи у Републици Српској у којој се примарна протетичка рехабилитација спроводи, 51,5% пацијената обухваћених овим видом рехабилитације били су старији од 65 година. Уштеде остварене преписивањем јефтинијих ортопедских средстава старијим пацијентима, дакле, нису занемарљиве.

Чињеница да је мотиве доносиоца Правилника лако разумјети (и да су они, на одређеном нивоу, оправдани − рационализовање потрошње јесте неопходно), не значи и да је усвојено рјешење прихватљиво. Овим путем љекари су онемогућени да ортопедска средства преписују руководећи се медицинским критеријумима, што би, у наведеном случају, представљао критеријум мобилности пацијента. Намеће се питање у којој мјери је прихватљиво подзаконским правним актима утицати на доношење медицинских одлука, нарочито у случајевима гдје одлуке љекара имају далекосежне посљедице за квалитет живо-

51/03, 17/08, 1/09 и 106/09)

[59] *Службени гласник Републике Српске*, бр. 114/12, 59/14.

та појединца (неадекватна ортопедска средства драстично сужавају могућности пацијената које, иначе, одликује висок степен функционалности). Исувише ригидне одредбе медицинских правилника онемогућују љекаре да одлуке доносе на темељу здравственог стања пацијента, што би, ипак, морао бити примарни критеријум одлучивања. Опасност од субјективних процјена и финансијски нерационалног поступања могла би бити умањена ригорознијом контролом процедуре додјељивања ортопедских средстава.

## 5. Закључак

Анализа одговарајућих уставних и законских одредби показала је да је дискриминација у области здравствене заштите у Републици Српској забрањена. Иако значајне, поменуте одредбе не представљају потпуну гаранцију да до извјесних облика дискриминације неће доћи. Одсуство неравноправног третмана по основу националне или вјерске припадности, што су облици дискриминације који први падају на памет и највише заокупљају пажњу јавности и надлежних државних органа, не значи да не пријети опасност од других видова дискриминаторског односа, који, свакако, имају своју етичку димензију и значај. Анализа дистрибуције ортопедских средстава говори о дискриминаторском третману пацијената старијих од 65 година.[60]

Ако је смисао здравствене заштите коју Фонд обезбјеђује осигуравање праведног минимума услуга (пацијентима је дата могућност да преко тог минимума иду властитим средствима), тада је наметање рестрикција унутар овог минимума и ускраћивање могућности пацијентима да добију ортопедска средства прилагођена њиховом здравственом стању не само медицински ризично, већ и етички проблематично. Иако недостатак средстава диктира такве мјере, ослањање искључиво на економске критеријуме води фаворизовању здравијих и потенцијално дуговјечнијих пацијената. Економски одговор на наведена питања у супротности је са фундаменталним моралним принципом који одређује, или би требао одређивати, друштвене и политичке изборе у једној заједници, начелом да су живот и здравље сваке особе драгоцјени

[60] Иако су Законом о здравственој заштити лица старија од 65 година сврстана међу популационе и нозолошке групе од посебног социјално-медицинског значаја. (Чл. 8 ст. 2 т. в) Закона)

и да требају бити једнако вредновани.[61] Систематско дискриминисање појединих категорија пацијената нарушава поменути принцип, односно захтјеве правде. Критеријум мобилности пацијента, стога, осигурао би праведнију (правичнију) дистрибуцију ортопедских средстава. Ризик од субјективног приступа здравствених радника и могућих злоупотреба, као што је истакнуто, могао би бити умањен увођењем нових или унапређивањем постојећих механизама контроле.

**Igor Milinkovic, PhD**
**Assistant Professor, Faculty of Law, University of Banjaluka**
**Prim. Biljana Majstorovic, MD**
**Institute for the Physical Medicine and Rehabilitation 'Dr Miroslav Zotovic', Banjaluka**

## JUSTICE AND EQUITY IN THE ORTHOPEDIC DEVICES DISTRIBUTION IN REPUBLIC SRPSKA

### *Summary*

*Disabled persons in need of orthopedic devices are among the most vulnerable members of society. To respond appropriately to their needs is one of the most complex ethical challenges a society is faced with. Limited availability of financial resources prevents the prescription of optimal orthopedic devices to all patients (this problem is particularly severe in economically underdeveloped countries). The selection between different criteria of distribution is necessary but extremely demanding task because the risk of discriminatory treatment is very high. In the first part of the article, the notions and the most influential conceptions of justice and equity will be analyzed and their implications for the orthopedic devices distribution will be explored. The valid regulations related to the orthopedic devices distribution in Republic Srpska will be analyzed in the light of the above mentioned values. Finally, the possible direction for the legislative changes will be indicated. The patient's age as the criteria of the orthopedic devices distribution should be abandoned in regard to the adult patients (the only criteria should be*

[61] У том смислу, нпр.: Harris, J. „QALYfying the Value of Life", *Journal of Medical Ethics*, 13 (3).

*the patient's mobility). That way, the more just (equitable) distribution of the orthopedic devices would be guaranteed.*

***Keywords:*** *justice, distributive justice, equity, orthopedic devices.*

УДК 342.53(497.6)

# ЗАКОНОДАВНА ФУНКЦИЈА НАРОДНЕ СКУПШТИНЕ РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ *ДИЛЕМЕ И ОГРАНИЧЕЊА*

**Доц. др Горан Марковић***

***Аутор*** *у раду анализира спорна питања нормирања и вршења законодавне функције Народне скупштине Републике Српске. У првом реду, анализирају се правне норме садржане у Уставу Републике Српске и Пословнику Народне скупштине Републике Српске. Аутор врши и политиколошку анализу, јер је, на основу мноштва података, освијетлио како се законодавна функција врши у пракси. Упоредним методом законодавна функција ове скупштине упоређена је са садржином и начином вршења законодавне функције законодавних тијела сусједних држава.*

*Полазећи од закључака до којих је дошао у раду, аутор даје приједлоге који треба да допринесу активнијој улози посланика и грађана у вршењу законодавне функције, чиме би био повећан легитимитет Народне скупштине као законодавног органа.*

***Кључне ријечи:*** *законодавна функција; Народна скупштина Републике Српске; Пословник Народне скупштине; право предлагања закона; право законодавне иницијативе; народни посланици.*

## 1. УВОД

Законодавна функција је основна функција Народне скупштине Републике Српске. Вршење ове функције уређено је Уставом Републике Српске и Пословником Народне скупштине, а дијелом и Законом о референдуму и грађанској иницијативи.

* **Доц. др Горан Марковић, Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву**

Анализом правног основа и начина вршења законодавне функције Народне скупштине моћи ћемо не само да откријемо предности и недостатке позитивноправних рјешења, већ и да испитамо како се она примјењују у пракси. Анализа вршења законодавне функције може нас довести до закључка да поједини субјекти не користе или ријетко користе поједина овлашћења која им припадају у законодавном поступку, као и да у вршењу законодавне функције одређени субјекти имају доминантну улогу. Да ли је то тако и о којим субјектима је ријеч, утврдићемо у раду.

Разумијевање предности и недостатака позитивноправних норми не би било потпуно без упоредноправног приступа, који треба да омогући утврђивање сличности и разлика у вршењу законодавне функције у Републици Српској и у сусједним државама. На тај начин, анализа ће омогућити не само да се опише вршење законодавне функције, већ и да се дају препоруке о томе како ова функција Народне скупштине треба да буде побољшана.

У раду ћемо се бавити само законодавном функцијом у ужем смислу, под којом подразумијевамо функцију доношења закона као општих правних аката. Нећемо се бавити уставотворном и ревизионом функцијом Народне скупштине, које се такође убрајају у законодавну функцију.[1]

## 2. ПРАВО ПРЕДЛАГАЊА ЗАКОНА

Према члану 76 Устава, који је замијењен амандманом XXXVIII, право предлагања закона имају сваки посланик, предсједник Републике, Влада и најмање 3.000 бирача. Недостатак ове уставне норме је у томе што право предлагања закона није довољно широко одређено. Оно је могло бити дато још неким субјектима.[2] На примјер, било би корисно да оно припада представничким тијелима јединица локалне самоуправе, јер доношење одређених закона може бити од значаја за остваривање права на локалну самоуправу. Осим тога, може се претпоставити да ће скупштине јединица локалне самоуправе бити у стању да оцијене које законе треба донијети како би био побољшан положај локалног станов-

[1] Р. Марковић, *Уставно право и политичке институције*, Службени гласник, Београд 2001, 201.

[2] У Републици Србији, на примјер, право предлагања закона имају и Заштитник грађана и гувернер Народне банке.

ништва. Такође, ово право би могло бити дато и појединим правосудним институцијама, о питањима из њихове надлежности, јер ове институције могу уочити недостатке законских рјешења који отежавају вршење њихових функција.[3]

С друге стране, сматрамо да право предлагања закона не треба дати предсједнику Републике.[4] Истина, оно му може припадати ако пођемо од начина његовог избора. Непосредно бирани предсједник Републике треба да има значајна овлашћења. Међутим, ово право, које му даје Устав Републике Српске, доводи у питање Уставом прокламовану равнотежу законодавне и извршне власти. Предсједник Републике може утицати на Народну скупштину у вршењу законодавне функције. Истина је да Народна скупштина није дужна да прихвати приједлог који је потекао од предсједника Републике. Али, како је предсједник Републике, по правилу, истакнута политичка личност, коришћењем права предлагања закона он утиче на Народну скупштину да усвоји његов приједлог. У сваком случају, Народна скупштина је дужна да спроведе законодавни поступак и изјасни се о предсједниковом приједлогу.

Пошто предсједнику Републике припада и право вета, сматрамо да би његов утицај на вршење законодавне функције могао бити велики. Чак и у предсједничком систему, предсједник нема и право иницијативе и право вета, него само ово друго, како показује примјер САД-а. Тим прије, није оправдано да у полупредсједничком систему Републике Српске предсједник Републике има и право предлагања закона и право вета.[5]

Треба указати и на законску норму коју сматрамо спорном. Чланом 42, став 1 Закона о референдуму и грађанској иницијативи[6] предвиђено је да најмање 3.000 бирача може поднијети приједлог за промјену не само закона, других прописа и општих аката него и Устава Републике Српске. Ова норма је спорна по више основа, а може се довести у питање и њена уставност. Прије свега, право на грађанску иницијативу за промјену Устава и закона не може се остваривати под истим условима, јер Устав и закони имају различиту правну снагу. То значи да би

[3] О томе коме припада право предлагања закона у другим државама, вид. у: Маријана Пајванчић, *Парламентарно право*, Фондација Конрад Аденауер, Београд 2008, 153.

[4] Ово право не предвиђају устави Босне и Херцеговине (али је садржано у пословницима домова Парламентарне скупштине), Федерације Босне и Херцеговине, Србије, Црне Горе и Хрватске.

[5] Ни у Француској, која је узор полупредсједничког система, предсједник Републике формално нема право предлагања закона.

[6] Службени гласник Републике Српске, бр. 42/10.

грађани могли предлагати промјену Устава под строжим условима него промјену закона. Требало би прописати да је потребан већи број потписа бирача за промјену Устава него за промјену закона.

Друго, Устав прописује да најмање 3.000 бирача може предложити доношење закона, других прописа и општих аката, док Закон говори о њиховом праву да предложе промјену закона, других прописа и општих аката. На тај начин, изгледа да Закон не признаје грађанима право да учествују у законодавном поступку у једном посебном случају – кад се доноси нови закон, па би се ова одредба поменутог закона могла сматрати неуставном. Истина, неко би могао рећи да се закон мијења и онда кад буде донесен нови закон. Чини нам се да овакво тумачење законске норме не би било ваљано из два разлога. Прво, уобичајено је да се прави разлика између доношења и промјене (односно измјене) закона. Друго, и Устав Републике Српске, кад говори о својој измјени, која се врши амандманима, користи термин „промјена Устава".[7]

Најважније питање је да ли је неуставна законска норма којом се право да предложе промјену Устава даје и грађанима. Устав то не предвиђа, док Закон чини супротно. Уставом је прецизиран круг субјеката којима припада право да предлажу његову промјену. Ти субјекти су предсједник Републике, Влада и најмање 30 народних посланика.[8] Пошто се ради о промјени Устава као највишег правног акта, право предлагања промјене увијек мора бити уређено њиме. Упоредноправна рјешења су идентична. Недопустиво је и супротно природи хијерархије правних аката да нижим правним актом (законом) буде прописано ко може предложити промјену устава. Ово тим прије ако се зна да је Устав Републике Српске направио јасну разлику између субјеката којима припада право предлагања закона и оних којима припада право да предложе промјену Устава. Из свега претходно реченог слиједи да законодавац не може проширивати круг субјеката којима припада право да предложе промјену Устава, јер је то питање изричито прописано Уставом као највишим правним актом.

Иако право предлагања закона припада релативно широком кругу субјеката, они га не користе ни приближно једнако. Грађани уопште

[7] Међутим, Закон већ у наредном члану (чл. 43) говори о приједлогу за промјену или доношење одговарајућег акта, из чега се, супротно чл. 42, може закључити да грађани ипак могу предложити доношење закона. Неопходно је ускладити одредбе чл. 42 и 43 Закона (те ускладити Закон са Уставом), тако што ће чл. 42 бити измијењен и грађанима (тачније, бирачима) бити дато право предлагања доношења (поред промјене) закона.

[8] Сматрамо да Устав треба измијенити тако да се и одређеном броју бирача дâ право да предложе амандмане на Устав. Имајући у виду број бирача којима припада право предлагања закона, сматрамо да право предлагања амандмана на Устав треба да има најмање 6.000 бирача.

не користе право предлагања закона, јер досад није било случајева да је најмање 3.000 бирача предложило доношење закона.[9] Да би грађани остваривали ово право, осим повољних формалних услова, морају бити испуњени и друштвено-политички услови. Први од њих је довољан степен развијености демократске политичке културе. То још није постигнуто, чим грађани и не покушавају да учествују у политичком животу тако што би предлагали законе. Други услов је да демократија нема чисто елитистички и представнички карактер, што значи да се своди на борбу партијских елита за власт, при чему грађани искључиво имају улогу гласачке машине. Мање је вјероватно да ће ad hoc настала група грађана одлучити да оствари своје Уставом гарантовано право предлагања закона. Вјероватније је да ће грађани бити формални предлагачи закона, а да ће носилац политичке иницијативе бити политичке странке или удружења грађана. Ни такав исход није недемократски, поготово ако се зна да је грађанима, за остваривање овог уставног права, потребна извјесна организација, како би прикупили потписе, упознали и придобили јавно мњење са својом иницијативом.

Право предлагања закона ријетко користи и предсједник Републике.[10] Убједљиво најчешће га користи Влада Републике Српске, па се може рећи да је она претпостављени предлагач закона. Оваква ситуација доводи до доминације Владе законодавним поступком, чиме се нарушава равнотежа законодавне и извршне власти, односно начело подјеле власти. Иако законодавна и извршна власт треба да буду равноправне и ограничавају једна другу, за шта су прописани уставни механизми, у пракси се дешава да Народна скупштина усваја скоро све законске приједлоге потекле од Владе, па се оправдано може закључити да се Народна скупштина претвара у гласачку машину. Око 95% усвојених закона предложила је Влада.[11] Од укупно 321 закона усвојена у осмом сазиву

[9] Другачије је у неким сусједним државама. У Црној Гори, на примјер, иако је ово право грађана рестриктивније дефинисано (јер није довољно да грађани прикупе одређен број потписа, него морају пронаћи посланика који би био спреман да буде формални предлагач закона), грађани су користили право предлагања закона. Скупштина је усвојила неколико таквих закона. – Борис Вукићевић, „Законодавна функција Скупштине Црне Горе“, *Демократске перформансе парламената Србије, Босне и Херцеговине и Црне Горе* (ур. Славиша Орловић), Факултет политичких наука Универзитета у Београду – Сарајевски отворени центар – Факултет политичких наука Универзитета Црне Горе у Подгорици, Београд – Сарајево – Подгорица 2012, 128.

[10] У осмом сазиву Народне скупштине усвојена су два нацрта и један приједлог закона потекли од предсједника Републике. – Сви подаци, осим ако није изричито наведено, добијени су љубазношћу стручне службе Народне скупштине Републике Српске.

[11] На примјер, 2008. године Влада је предложила доношење 95 закона, од чега је Народна скупштина усвојила 85, а ниједан није одбачен. – *Мониторинг рада Народне скупштине РС за период*

(укључујући оне које су усвојени у нацрту), само девет су предложили народни посланици и предсједник Републике. У првих девет мјесеци 2011. године, од 63 закона усвојена у форми нацрта или приједлога, 60 је предложила Влада Републике Српске, а само један је предложио клуб посланика једне опозиционе странке.[12] У 2009. години, опозициони посланици су предложили два нацрта закона, које Народна скупштина није усвојила, али је усвојила један приједлог закона који је предложио посланик опозиције. Исте године, Народна скупштина је укупно разматрала два нацрта и један приједлог закона који су потекли од посланика.[13] У 2008. години, усвојена су само три закона која су предложили посланици. У 2013. години посланици су предложили доношење само једног закона. У првом кварталу 2014. године, поднесен је само један посланички нацрт закона (од стране посланика из реда опозиције), који није усвојен.[14]

Вишеструки су разлози оваквог стања. Први треба тражити у распореду политичких снага у Народној скупштини и начину функционисања политичких странака. Будући да политику владајуће странке или коалиције осмишљава Влада, народни посланици који припадају парламентарној већини нису често у ситуацији да предлажу законе, јер њихову улогу преузима Влада. Партијска дисциплина обавезује посланике да не подносе нацрте закона који немају подршку њиховог посланичког клуба, а посредно и Владе. Посланици опозиционих партија, с друге стране, имају већу слободу у коришћењу права законодавне иницијативе, и то не зато што је партијска дисциплина слабија, већ зато што опозициони посланици имају већу слободу изношења приједлога будући да ти приједлози по правилу не бивају усвојени.

Други разлог има везе са самим законодавним поступком. Пословник Народне скупштине Републике Српске[15] у члану 193 предвиђа да нацрт закона мора бити поднесен у форми текста закона. Осим овог текста, нацрт закона треба да садржи, између осталог, изјаву о усклађености са прописима Европске уније, оцјену и изворе потребних средстава за провођење закона, те посљедице које ће примјена закона имати на

*01.01. до 31.12.2008*, Центри цивилних иницијатива, http://cci.ba/monitoring/1/8/2.html, 13.8.2014.

[12] *Мониторинг рада Народне скупштине РС за период 01.01.2011. до 30.09.2011*, Центри цивилних иницијатива, http://cci.ba/monitoring/1/8/2.html, 8.7.2014.

[13] *Мониторинг рада Народне скупштине РС за период 01.01. – 31.12.2009*, Центри цивилних иницијатива, http://cci.ba/monitoring/1/8/2.html, 15.8.2014.

[14] *Мониторинг рада Народне скупштине РС за период 01.01. – 31.03.2014*, Центри цивилних иницијатива, http://cci.ba/monitoring/1/8/2.html, 8.8.2014.

[15] Службени гласник Републике Српске, бр. 31/2011.

материјални и други положај грађана и других субјеката. Испуњавање свих ових услова за подношење нацрта закона може представљати препреку за остваривање права законодавне иницијативе. Очигледно је да Влада и други предлагачи фактички нису у равноправном положају, што је један од разлога због којег ријетко користе право предлагања закона.[16] Наиме, Влади стоји на располагању читав управни апарат састављен од стручњака различитих профила, због чега она може да сачини нацрт закона у складу са захтјевима постављеним у Пословнику Народне скупштине. Посланицима, а поготово грађанима, то је знатно теже. Они не само да, по правилу, не познају номотехничка правила, него им је тешко или немогуће процијенити колико средстава ће бити потребно за провођење закона и одакле обезбиједити та средства.

У крајњој линији, то није ни неопходно. Ако нацрт закона, поднесен од стране појединог посланика или групе бирача, не задовољава правнотехничке стандарде, Народна скупштина може задужити своје радно тијело да отклони недостатке. Ако из нацрта закона није јасно колико средстава ће бити потребно за провођење закона и одакле обезбиједити та средства, Народна скупштина може задужити своје радно тијело да проучи тај проблем, а истовремено може од Владе тражити мишљење о том питању. Сматрамо да Пословником треба правити разлику између нацрта закона предложених од Владе, с једне стране, и нацрта закона предложених од посланика, с друге стране. У другом случају, нацрт закона би требало да садржи текст закона, уставни основ за доношење закона, образложење разлога за доношење закона и циљева који се њиме желе постићи. Нацрт закона предложен од Владе, пак, треба да садржи елементе који су прописани важећим Пословником Народне скупштине.

Кад је у питању право одређеног броја грађана да предлажу законе, Закон о референдуму и грађанској иницијативи прописује да иницијатива мора бити формулисана.[17] Тиме је право грађана да пред-

[16] Занимљиво је да су посланици више парламената указивали на недостатак стручних знања и одсуство стручно-техничке помоћи парламентарних служби као важне разлоге због којих не подносе већи број нацрта закона. На овај проблем су указивали посланици Парламентарне скупштине Босне и Херцеговине и Народне скупштине Републике Србије, а исто мисле и аутори који се баве парламентарним правом. – Marijana Pajvančić, „The National Assembly As a Legislator: Achievements and Limitations", *Public Law in Serbia: Twenty Years After* (ed. Violeta Beširević), European Public Law Series, European Public Law Organization, Esperia Publications Ltd, London 2012, 106–107; Драгана Ђурашиновић Радојевић, „Законодавна функција Народне скупштине Републике Србије", *Демократске перформансе парламената Србије, Босне и Херцеговине и Црне Горе*, нав. дјело, 82; Горан Марковић, „Законодавна функција Парламентарне скупштине Босне и Херцеговине", *Демократске перформансе парламената Србије, Босне и Херцеговине и Црне Горе,* нав. дјело, 106.

[17] О овоме детаљније у: Горан Марковић, „Противрјечности непосредне демократије у Босни и Херцеговини", *Правна ријеч* 35/2013, 280–281.

лажу законе непотребно ограничено, имајући у виду да грађани често немају потребна знања, а не могу се ослонити ни на услуге стручњака или управних органа, у припремању нацрта закона. Сматрамо да овим законом, а потом и Пословником Народне скупштине, треба прописати да грађанска иницијатива може бити како формулисана тако и проста. У том случају, грађани би, ако се опредијеле за просту иницијативу, предложили доношење закона општим изразима, а надлежни одбор би био задужен за израду нацрта закона.

Судбина нацрта закона дјелимично је условљена важним правом Владе Републике Српске да, према члану 90 Устава и члану 194, став 3 Пословника Народне скупштине, дâ мишљење о приједлогу закона који подноси други овлашћени предлагач. Пошто је Влада политички најмоћнија институција, која практично усмјерава законодавни рад Народне скупштине, јасно је да њено мишљење о неком нацрту закона значајно опредјељује његову судбину. Пошто постоји политичка сагласност између Владе и парламентарне већине, негативно мишљење Владе о нацрту закона по природи ствари увијек или најчешће доводи до одбијања тог нацрта од стране посланика.

Поред права предлагања закона, које је уставна категорија, Пословник Народне скупштине познаје и иницијативу за доношење закона (и других аката). Чланом 191 Пословника, ово право је дато широком кругу субјеката: скупштинама општина и градова, привредним друштвима, политичким и другим организацијама, удружењима грађана и грађанима. Сматрамо да је Народна скупштина овим рјешењем барем потенцијално приближила вршење законодавне функције ширем кругу субјеката, што мора бити оцијењено као позитивно. Истина, подношење овакве иницијативе не ствара формалну обавезу Народне скупштине да покрене законодавни поступак. Законодавни одбор Народне скупштине може одлучити да законодавни поступак буде покренут. Практични домашај права на подношење иницијативе је прилично ограничен, пошто законодавни поступак не само да не мора бити покренут, већ о судбини иницијативе не одлучује Народна скупштина него Законодавни одбор. Док је логично да исход иницијативе не мора бити покретање законодавног поступка, било би оправдано да Пословник Народне скупштине буде измијењен тако да о свакој иницијативи одлучује Народна скупштина. Наиме, не треба заборавити да се иницијатива упућује Народној скупштини, с циљем покретања законодавног поступка. Стога, оправдано би било да се о иницијативи изјасни Народна скупштина, јер једино

она има демократски легитимитет, као представничко тијело, да оцијени основаност иницијативе. Законодавни одбор, као радно тијело Народне скупштине, у чијем саставу не морају бити посланици свих парламентарних странака, нема легитимитет да одлучује о овако важном питању.

Занимљиво је указати на теоријску дилему која, као што видимо на примјеру Републике Српске, може имати значајне практично-политичке посљедице. Наиме, поставља се питање да ли је оправдано правити разлику између права законодавне иницијативе и права предлагања закона. По једном мишљењу, ову разлику није оправдано правити, тим прије што је не познају устави и парламентарни пословници.[18] По другом мишљењу, разлика између ова два права постоји.[19] Заиста, у теорији се углавном говори о томе да одређеним субјектима, а то су најчешће чланови парламента, шеф државе и влада (а понекад и одређени број грађана), припада право законодавне иницијативе, у смислу да они подношењем приједлога или нацрта закона покрећу законодавни поступак. Устав Републике Српске изричито говори само о праву предлагања закона, користећи управо тај термин. Право законодавне иницијативе, онако како га одређује Маријана Пајванчић, Устав уопште не познаје. Полазећи од тога, могли бисмо рећи да се под правом предлагања закона подразумијева оно што се у теорији назива правом законодавне иницијативе. Кад теоретичари кажу да шефу државе, на примјер, припада право законодавне иницијативе, под тим не мисле да он може само поднијети иницијативу која не мора довести до покретања законодавног поступка, већ мисле на право ове институције да својим приједлогом обавеже законодавни орган на покретање законодавног поступка. У том смислу, право законодавне иницијативе исто је што право предлагања закона.

Међутим, у Републици Српској није тако. Анализа уставних и пословничких норми показује да постоји јасна разлика између права законодавне иницијативе и права предлагања закона.[20] Из претходно реченог,

[18] „У теорији парламентарног права има писаца који сматрају да не треба изједначавати право законодавне иницијативе и право предлагања закона. (...) Ипак, устави и парламентарни пословници ово разликовање не познају.“ – Владан Петров, *Парламентарно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2010, 127.

[19] „Разлике између права иницијативе и права предлагања закона су у субјектима који имају активну легитимацију, садржају права, поступању са иницијативом односно предлогом, правном дејству и последицама коришћења једног односно другог права и форми у којој се право изражава.“ – Маријана Пајванчић, (2010), 148–149.

[20] Исти случај је у Федерацији Босне и Херцеговине, што можемо закључити анализом одредаба чл. 159 и 160 Пословника Представничког дома Парламента Федерације, као и у Македонији, у

слиједи да су разлике у сљедећем: субјектима којима припадају ова права; условима и начину коришћења ових права; радњама које морају бити предузете; правном дејству коришћења ових права. Дакле, ради се о два права која имају различит правно-политички значај.

## 3. УЛОГА СКУПШТИНСКИХ ОДБОРА У ЗАКОНОДАВНОМ ПОСТУПКУ

Према важећем пословнику, Народна скупштина има двадесет сталних одбора.[21] Ови одбори имају значајну улогу у вршењу законодавне функције, будући да разматрају нацрте закона, дају своје мишљење о њима и на тај начин утичу на њихову судбину.

Оваква улога одбора у законодавном поступку условљена је њиховим саставом. Парламентарне странке су у њима представљене пропорционално својој снази. Пошто су посланици везани страначком дисциплином, ставови посланика – чланова радних тијела и осталих посланика у Народној скупштини који припадају истој странци идентични су. То значи да посланички клуб одређује понашање својих чланова како у радним тијелима тако и на пленарним сједницама Народне скупштине. Могућности слободног дјеловања посланика крајње су ограничене.

Рад одбора може барем дјелимично бити објективнији и квалитетнији уколико у њихов састав обавезно улазе стручњаци који нису чланови политичких странака. Стручњаци би вјероватно више водили рачуна о примјењивости закона и посљедицама које би они имали, јер би се мање (или се не би уопште) поводили за страначким интересима и рачуницама. Дакако, Народна скупштина је политичка институција, тако да нема изгледа да нестраначки стручњаци добију превагу у раду одбора. Међутим, њихова обавезна заступљеност у одборима обезбиједила би да се при доношењу одлука чују аргументи струке, што може имати одређеног значаја. Њихова заступљеност је утолико значајнија уколико се зна да одбори имају право предлагати амандмане на приједлоге закона. Неприхватљива је садашња ситуација да у појединим одборима нема спољних чланова, односно чланова ван Народне скупштине, што је случај и са тако значајним одборима какав је Одбор за политички систем, правосуђе и управу.

којој је ово питање чак уређено Уставом (чл. 71, ст. 2).

[21] Пословник Народне скупштине Републике Српске од 2006. године (Службени гласник Републике Српске, бр. 99/06) предвиђао је постојање седамнаест сталних одбора.

Да би рад одбора био квалитетнији и мање оптерећен дневнополитичким и страначким обзирима, потребно је измијенити Пословник на тај начин да представљеност спољних чланова у одборима не буде пука форма. Наиме, ако спољни чланови одбора буду особе које су чланови политичких странака и у одбор су изабране само или претежно по критеријуму страначке припадности, ништа се неће постићи. Потребно је обезбиједити да Народна скупштина бира у одборе спољне чланове који су аутентични представници својих институција или организација и да их оне предложе за чланове одбора. Пословником би требало прецизирати поступак утврђивања приједлога спољних чланова, тако да се Народна скупштина опредијели за једног од више кандидата које предложи одређена институција или организација (нпр. универзитети, Савез синдиката, пензионерске организације, Гендер центар и др.).[22] На овај начин, демократски режим би био партиципативнији, јер би представници заинтересованих институција и организација учествовали у вршењу законодавне функције. Према садашњем рјешењу садржаном у Пословнику, Народна скупштина може изабрати било кога за спољног члана одбора. Тако, могуће је да парламентарна већина изабере спољног члана који није посебно стручан нити је партијски непристрасан. Ако би се то догодило, а Пословник ту могућност оставља, избор спољних чланова не би имао много смисла.

Однос Народне скупштине и њених одбора мора бити однос доносиоца одлуке и његовог радног тијела. Данас није тако. Пословником Народне скупштине и у пракси треба обезбиједити однос у коме Народна скупштина не мора прихватити ставове одбора. Другим ријечима, негативно мишљење надлежног одбора о нацрту закона не треба да представља препреку да Народна скупштина о њему расправља и заузме став који би био супротан мишљењу надлежног одбора. У супротном, умањује се значај пленарне сједнице Народне скупштине. Вршење законодавне функције се, барем дијелом и фактички, помјера са Народне скупштине на њена радна тијела. Народна скупштина може да предлаже, расправља и одлучује, али се та њена права у већини случајева своде на форму, пошто мишљења радних тијела (и Владе) одлучујуће

[22] Сматрамо неприхватљивим да, на примјер, Савез синдиката нема свог представника у Одбору за здравство, рад и социјалну политику или да универзитети немају представнике у Одбору за образовање, науку, културу и информисање. Пословником би требало изричито предвидјети да ови одбори морају имати једног или више чланова које Народна скупштина бира на приједлог ових организација односно установа. Сматрамо да је добар примјер Одбор за локалну самоуправу, јер Пословник у чл. 94 прописује да Народна скупштина бира једног члана овог одбора на приједлог Савеза општина и градова Републике Српске.

опредјељују коначан исход. Овим се умањује значај мањих опозиционих странака, које немају увијек своје представнике у радним тијелима. Наравно, ове странке могу изнијети свој став на пленарној сједници, али је политички значај тог мишљења мањи, пошто је одлука суштински већ садржана у мишљењу радног тијела.

## 4. ХИТНИ ЗАКОНОДАВНИ ПОСТУПАК – ПОЛИТИЧКА ИЛИ ДРУШТВЕНА ПОТРЕБА?

Пословник Народне скупштине предвиђа могућност усвајања закона по хитном поступку (чл. 221).[23] Тиме се жели омогућити брзо и ефикасно дјеловање Народне скупштине у ситуацијама када је потребно усвојити закон без спровођења свих фаза законодавног поступка, што налажу разлози хитности. Дефинисање разлога због којих закон може бити усвојен по хитном поступку какво је учињено у Пословнику[24] довољно је широко да може бити злоупотријебљено, јер парламентарна већина може одлучити да усваја законе по хитном поступку и онда кад за тим не постоји објективна потреба. Истина је да је Пословник прописао услове под којима се може захтијевати да закон буде усвојен по хитном поступку,[25] али, имајући у виду јединствен наступ посланика који припадају истој политичкој странци, те услове није тешко испунити.

Усвајање закона по хитном поступку требало би да буде само изузетно. Досадашња пракса показује да хитни поступак није коришћен само изузетно, већ и онда кад је парламентарна већина жељела да обезбиједи доношење закона без много расправе.[26] Хитни поступак омогућава да

[23] Пословници Народне скупштине Републике Србије и Хрватског сабора такође познају хитни поступак, док Пословник Скупштине Републике Црне Горе прописује могућност доношења закона по скраћеном поступку.

[24] Пословник је прописао у којим случајевима је могуће усвојити закон по хитном поступку: ако је потребно уредити питања и односе који су настали усљед околности које су нису могле предвидјети, а недоношење закона по хитном поступку би могло проузроковати штетне посљедице по живот и здравље људи, безбједност Републике и рад органа и организација.

[25] „Приједлог закона по хитном поступку, може поднијети народни посланик чији приједлог подржи најмање 15 посланика, или клуб који има 10 или више чланова, те клубови који имају заједно 10 или више посланика.“ – Чл. 221, ст. 4 Пословника.

[26] На примјер, 2007. године око 45% закона усвојено је по хитном поступку. – *Мониторинг рада Народне скупштине РС за период 01.01. – 31.12.2007*, op. cit. У 8. сазиву Народне скупштине (2010–2014. година, тачније до 15. јула 2014. године), усвојено је 56 закона по хитном поступку, што је 20% од укупног броја усвојених закона (не рачунајући законе усвојене у нацрту).

закон буде донесен тако да се избјегну неке фазе законодавног поступка, што омогућава да у расправи о закону не учествује јавност и да радна тијела Народне скупштине немају улогу која им је иначе намијењена.

Сматрамо да пословничка рјешења о хитном поступку нису адекватна, јер сувише широким одређењем услова за покретање овог поступка омогућавају да закони буду донесени без довољно промишљања и легитимитета. Рјешење би могло бити нађено у посебном начину на који се доноси одлука да неки закон буде усвојен по хитном поступку. О том питању би сагласност требало да постигну парламентарна већина и опозиција. Законодавни поступак, између осталог, треба да омогући доношење закона на начин који ће гарантовати учешће свих заинтересованих субјеката и предузимање свих потребних радњи. Хитни поступак не обезбјеђује испуњавање ових услова. Осим тога, пошто се хитни поступак примјењује у околностима које би се могле сматрати ванредним, о постојању такве ситуације не може одлучивати само парламентарна већина.

О усвајању закона по хитном поступку Народна скупштина би могла одлучивати на приједлог Колегијума, који одлуку о томе доноси двотрећинском већином. Постоје два разлога за овај приједлог. Колегијум Народне скупштине чине, поред предсједника и потпредсједника Народне скупштине, представници свих посланичких клубова и посланичких група. Суштина је у томе да у састав Колегијума улазе представници и парламентарне већине и опозиције. Ако Колегијум буде одлучивао о томе да ли постоји потреба за усвајањем закона по хитном поступку, о том питању ће одлучивати и опозиција, па ће бити изгледније да ће о овом осјетљивом и ванредном питању бити различитих мишљења. Што се тиче већине коју предлажемо, треба поћи од чињенице да би доношење одлуке у Колегијуму натполовичном већином вјероватно довело до прегласавања о питању да ли закон треба да буде усвојен по хитном поступку. Двотрећинска већина треба да омогући да се за доношење одлуке о усвајању закона по хитном поступку постигне висок степен сагласности између владајућих и опозиционих странака, како би се спријечило олако посезање за овим поступком одлучивања.

## 5. РАСПРАВА, ГЛАСАЊЕ И ПРОГЛАШАВАЊЕ ЗАКОНА

Предлагање амандмана је важна радња која се предузима током расправе о нацрту закона. Посланици опозиционих странака били су ак-

тивни у подношењу амандмана, али њихови приједлози нису усвајани. Тако су, на примјер, 2007. године опозициони посланици предложили око сто амандмана, од којих је усвојено само девет.[27] У 2008. години, посланици опозиције су предложили 205 амандмана, од којих је усвојено 45.[28] Исте године, од 138 амандмана које су предложили посланици парламентарне већине, усвојено је 120. У 2009. години, прихваћено је само 18% амандмана опозиционих посланика, и скоро сви (98%) амандмани посланика парламентарне већине.[29]

Негативан став парламентарне већине о амандманима који потичу од опозиције условљен је жељом парламентарне већине да обезбиједи усвајање закона онако како су предложени од стране Владе. Одсуство демократске политичке културе, које обухвата негативан став о ставовима опозиције, наводи парламентарну већину да одбацује приједлоге опозиције чак и кад су добри. Другим ријечима, није важно шта опозиција предлаже, докле год приједлози потичу од ње. Парламентарна већина тиме доводи у питање легитимност усвојених закона. Наравно да се може тврдити да су закони легитимни јер их је усвојила већина посланика, а они представљају већину бирача. У овој аргументацији, међутим, постоји проблем. Теоријски, а и према Уставу Републике Српске, Народна скупштина је представништво грађана. Она, дакле, барем формално представља све грађане, што значи и оне који нису гласали за странке парламентарне већине. Закони које Народна скупштина усваја су, опет по Уставу и барем формално, дјело народног представништва, а не представништва грађана који су гласали за странке парламентарне већине. Међутим, ако парламентарна већина игнорише приједлоге опозиције, можемо тврдити да Народна скупштина у пракси не дјелује као представништво народа, јер игнорише вољу оног дијела грађана који су гласали за опозицију.

Могло би се тврдити да је важно то што у Народној скупштини опозиција може да дјелује слободно и што јој нису ускраћена права у вршењу законодавне функције. Опозиција може да предлаже законе и амандмане, а то што их парламентарна већина не прихвата посљедица је тога што ти приједлози нису квалитетни или што постоје значајне политичке разлике између парламентарне већине и опозиције. Оваква

[27] *Мониторинг рада Народне скупштине РС за период 01.01. – 31.12.2007*, Центри цивилних иницијатива, http://cci.ba/monitoring/1/8/2.html, 13.8.2014.

[28] *Мониторинг рада Народне скупштине РС за период 01.01. – 31.12.2008*, Центри цивилних иницијатива, http://cci.ba/monitoring/1/8/2.html, 13.8.2014.

[29] *Мониторинг рада Народне скупштине РС за период 01.01. – 31.12.2009*, нав. дјело.

аргументација није прихватљива. Није довољно то што опозиција може слободно учествовати у вршењу законодавне функције. Потребно је да њено учешће буде ефективно. У супротном, усвојени закони могу имати озбиљне недостатке, а да опозиција не може утицати на њихов садржај. Пословником Народне скупштине не може бити ријешен овај проблем, јер он није правне већ политичке природе. Само развој демократске политичке културе може утицати на смањење неоснованог јаза између парламентарне већине и опозиције у вршењу законодавне функције.

Приједлози закона усвајају се већином гласова од укупног броја народних посланика. Ово рјешење је различито од оног које се примјењује у Парламентарној скупштини Босне и Херцеговине и у парламентима сусједних држава.[30] Нама се чини да је овакво рјешење исправно, иако оно не разликује законе по садржају и важности. У сусједним државама, тражи се посебна већина за усвајање закона који би се могли назвати органским, односно закона који имају посебан значај за уређење власти или положај грађана. Тиме се жели обезбиједити већи степен сагласности за доношење ових закона и спријечити њихово олако мијењање.

Ако би се за доношење појединих закона захтијевала квалификована већина, парламентарна већина би могла бити онемогућена у спровођењу свог политичког програма. Она би била везана законима које су донијели претходни сазиви Народне скупштине. Како би се у том случају двотрећинском већином вјероватно усвајали само најважнији закони, парламентарна већина би била везана политичком вољом неке претходне парламентарне већине. Не би се могло рећи да је то оправдано, јер парламентарна већина не би имала потребан број руку у Народној скупштини, пошто није честа појава да парламентарна већина може обезбиједити двотрећинску већину посланика.

С друге стране, доминантни тип политичке културе не оправдава рјешење по коме би закони били усвајани већином гласова присутних посланика. Ако би то рјешење било прихваћено, парламентарна већина би још лакше могла игнорисати опозицију. Пошто је парламентарна већина склона томе да изгласава законе не водећи рачуна о мишљењу опозиције,

[30] Према чл. 105 Устава Републике Србије, Народна скупштина доноси законе већином гласова присутних народних посланика или већином гласова свих народних посланика, што зависи од закона који се усвајају. Према чл. 91 Устава Републике Црне Горе, Скупштина одлучује већином гласова присутних посланика, већином гласова свих посланика или двотрећинском већином гласова свих посланика. Према чл. 81 Устава Републике Хрватске, Хрватски сабор доноси одлуке већином гласова присутних заступника, док према чл. 82 органске законе доноси већином гласова свих заступника или двотрећинском већином свих заступника.

не желећи чак да уважи њене оправдане примједбе, може се замислити да би се утолико прије тако понашала уколико би јој за усвајање закона била потребна већина од броја присутних посланика. Могло би се догодити и да само једна политичка странка, насупрот вољи коалиционих партнера у парламентарној већини, издејствује доношење закона. Закони би могли бити усвајани вољом посланика који представљају мањину бирача.

Грађани немају никакву улогу у усвајању закона. Није одржан ниједан референдум на коме би се грађани изјашњавали о приједлозима закона. Ако кажемо да је референдум индикатор уставне демократије и да путем њега грађани врше државну власт,[31] можемо рећи да уставна рјешења и политичка пракса у Републици Српској нису склони идеји народног суверенитета. Чак и да су референдуми одржавани, резултати изјашњавања грађана не би били правно обавезујући, јер је Уставом и Законом о референдуму и грађанској иницијативи прописано да референдум има савјетодавни карактер. Ако томе додамо чињеницу да су услови за расписивање референдума рестриктивни,[32] не треба да чуди што у послијератном периоду нису одржавани. Да би грађани могли непосредно учествовати у вршењу законодавне функције, потребно је да Устав и Закон буду измијењени, тако да: 1) референдум буде обавезујући; 2) мора бити расписан ако то захтијева одређен број бирача; 3) није неопходно да на референдуму гласа натполовична већина бирача да би био пуноважан.

Акт о проглашењу закона (указ) доноси предсједник Републике. Умјесто да донесе указ, предсједник Републике може уложити вето на закон усвојен у Народној скупштини. Тиме он постаје чинилац у вршењу законодавне функције. Његово вето је суспензивно, а за поновно усвајање закона не захтијева се квалификована већина. То умањује политички значај права вета предсједника Републике.

Више чинилаца утиче на то да ли ће предсједник Републике користити право вета. Први је однос између предсједника Републике и парламентарне већине. Ако предсједник Републике припада политичкој

[31] Marijana Pajvančić, (2012), 103.

[32] Приједлог за расписивање референдума може поднијети и 10.000 грађана. Међутим, та иницијатива неће сама по себи довести до расписивања референдума, јер одлуку о томе треба да донесе Народна скупштина, која може одбацити приједлог, упркос томе што су грађани захтијевали одржавање референдума. Осим тога, да би референдум био пуноважан, потребно је да на њему учествује већина од укупног броја бирача (што није услов за пуноважност избора, чије политичке посљедице су значајније), што није лако постићи.

странци која формира парламентарну већину, мале су шансе да ће користити право вета, јер ће се слагати са политиком парламентарне већине. Други чинилац је личност предсједника Републике и његово мјесто у хијерархији политичке елите. Ако предсједник Републике нема велики политички значај и утицај, мале су шансе да ће користити право вета, чак и ако јавно мњење не прихвата усвојени закон, па би он, улажући вето, могао стећи већи углед у јавности.

Сматрамо да предсједник Републике не треба да има право вета. Народна скупштина је представнички орган, посредством којег народ, барем формално, врши државну власт. Стога, њена законодавна функција треба да буде неокрњена. Осим тога, иако је предсједник Републике, барем формално, предсједник свих грађана, он је биран гласовима само одређеног броја бирача. За њега, по правилу, гласа мање од половине од укупног броја бирача. Кад одлучује о коришћењу права вета, предсједник Републике полази од својих политичких ставова, идеологије и интереса које барем имплицитно заступа. Он, као изабраник мањине бирача, и носилац одређених интереса и идеолошких ставова, постаје равноправан чинилац са Народном скупштином, као представништвом свих грађана, у којој су закони обично усвојени вољом припадника двије или више партија. Чак и оваква скупштина, у којој већина обично игнорише ставове опозиције, и тиме врши „насиље бројношћу“, ипак је у предности у односу на предсједника Републике, који није представнички орган.

Заговорници предсједниковог права вета сматрају да он овим правом ограничава самовољу Народне скупштине, односно парламентарне већине, поготово ако се има у виду игнорантски однос те већине према приједлозима опозиције. То заиста може бити тако. С друге стране, предсједник Републике може, користећи право вета, иступати као представник парцијалних интереса. Ако би то био случај, он би, као орган изабран гласовима мањине бирача, спријечио ступање на снагу закона који је можда резултат мукотрпног преговарања у Народној скупштини. У том случају, предсједник Републике практично не би поступао као предсједник свих грађана већ као представник појединих друштвених група или појединаца и њихових парцијалних интереса. Одсуство права вета предсједника Републике треба да ојача законодавну функцију Народне скупштине.

У принципу, приједлози изнесени у овом раду треба да допринесу јачању улоге Народне скупштине у вршењу законодавне функције, јер она, упркос уставним рјешењима, није најважнији законодавни чинилац,

што није условљено само политичким односима него и неодговарајућим правним рјешењима.

**Assistant Professor Goran Marković, LL.D.**
**Faculty of Law, University of East Sarajevo**

## LEGISLATIVE FUNCTION OF THE NATIONAL ASSEMBLY OF THE REPUBLIC OF SRPSKA

### *Dilemmas and Limitations*

*The author analyzes all the aspects of the legislative function of the National Assembly of the Republic of Srpska, aiming at discovering the advantages and disadvantages of its norming. The basic method is the legal method for it is used for the analysis of the legal norms contained in the Constitution of Republic of Srpska and the Rules of Procedures of the National Assembly. Beside this, the author also uses the politological analysis in order to explain, using plenty of data, how the legislative function looks in practice. In order to contribute to easier understanding of the legislative function, the author uses the comparative method, for comparison with the legislative function of the legislative bodies of the neighbouring countries.*

*The author drew conclusions based on his analysis and have formulated proposals which have to contribute to more active role of the MPs as well as the citizens in the exercising of the legislative function.*

***Key words:*** *Legislative function; National Assembly of the Republic of Srpska; Rules of Procedure of the National Assembly; Right to submit bill; Right to legislative initiative; Members of parliament.*

УДК 340.13(497.13)

# НАЈВИША ПРАВНА АКТА У АУТОНОМИЈИ ВОЈВОДИНЕ

**Проф. др Слободан П. Орловић***

***Апстракт:*** *Овај рад настоји да дâ кратак преглед свих досадашњих највиших правних аката Војводине, а посебно у светлу доношења новог Статута од 2014. И овакав „немонографски“ преглед може допринети одговорима на нека од „вечитих“ питања у вези са уставноправним системом, од којих је прво како систем учинити функционалним, затим до ког нивоа децентрализовати државу, да ли асиметрија унутрашњег уређења гради или разграђује државу и др.*

*Пример досадашње аутономије Војводине и њених највиших прописа доказ је да у Србији није било трајнијег и доследног поимања аутономије. Покрајина је, кренувши од уобичајеног нивоа аутономије, дошла до степена федералне јединице (државе) који је био потврђен покрајинским Уставом од 1974. Потом је Војводина враћена на статус политичко-територијалне аутономије чији је највиши пропис поново статут, по правној снази – подзаконски пропис.*

*У раду су сумарно обрађена питања хијерархије правних аката, теоријског и компаративног појма аутономије, историје идеје аутономије Војводине и садржинâ ранијих војвођанских статута, Уставног закона и Устава. Све то је било неопходно да би се боље разумеле одредбе новог Статута од 2014. и одредило његово место у правном систему Србије.*

***Кључне речи:*** *покрајинска правна акта, аутономија, устав, статут, Србија, Војводина.*

* **Ванредни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду**

## 1. ХИЈЕРАРХИЈА ПРАВНИХ АКАТА У ДРЖАВИ

**Правни систем је „монолитни блок“ правних аката** у коме постоји формални и садржински склад између њих.[1] Заправо, постоји претпоставка тог формалног и садржинског склада прописа, која практично никад у потпуности није потврђена. Склад правног система је одговор на питања ко је доносилац прописа, у ком поступку се пропис ствара и какву форму (облик) мора да има. Од тих одговора зависи правна снага правног акта и хијерархијско му место у правном систему.

Садржај (материја) правних прописа мора бити усклађен тако да је онај у пропису мање правне снаге одговарајући садржају акта веће правне снаге. Тако од најнижег општег правног акта па све до устава. Али због мноштва органа који стварају право, на хиљаде аката који чине правни систем и стално се мењају, није могуће остварити потпуни и трајан међусобни склад свих делова правног система.[2] Ипак, то стоји као циљ ка коме ствараоци права непрестано треба да иду.

**Усклађености правног система се тежи на два начина**. Један је стварање права тако да оно не буде супротно постојећој норми у пропису веће правне снаге, ни противно целини, духу уставног поретка. Иако је овај захтев јасан и, простом логиком гледано, већ номотехником остварив, ипак се у новим прописима проналази, више или мање, неуставности и незаконитости. Ово с тога јер стварање права није само занатско (номотехничко) писање правне норме, већ је и политичко делање које носи неку идеологију и политички циљ. Ради остварења политичког циља, обавезност правног склада прописâ, тј. њихова уставност и законитост, може се с намером ставити у други план. То доводи до тога да власт политички мотивисаним писањем норми, у форми права, ствара ништа друго до неправо. А оно, попут страног тела, не може остати део правног система јер ствара правну несигурност, па се у поступку оцене уставности и законитости одстрањује из система. Ово елиминисање већ донете правне норме из позитивног права је други, *post festum*, начин којим се непрестано креће ка постулату унутрашње усклађености правног система. Тај поступак брисања неке норме из правног поретка мора бити у надлежности неког другог субјекта, а не политичког органа вла-

[1] Миодраг Јовичић, *Устав и уставност*, Београд 2006, 331.

[2] Када су у питању истоврсни прописи, каснији елиминише ранији (*lex posterior derogat priori*), а посебни пропис дерогира онај који има општи карактер (*lex specialis derogat generalis*). Али, каснијим прописом општег карактера не може се заменити посебни пропис (*lex specialis par generalem non derogatur*). *Ibid*., 331–332.

сти који ствара право. То је надлежност суда или уставног суда, који су по свом уставном положају независни и као такви природно позвани да непристрасно заштите хијерархију правних аката.

У државама постоји бар трихотомија органа власти и њима одговарајућих правних аката: уставотворна власт доноси устав, законодавна власт доноси законе, а извршна власт доноси подзаконска акта.[3] Трострука подела органа власти и прописа за већину данашњих држава није свеобухватна јер и нецентрални органи доносе правне прописе. Прописи нецентралних децентрализованих органа федералних јединица, различитих врста региона (територијалне аутономије) и локалних самоуправа, морају имати своје место у правном систему тако што ће бити усклађени са свим осталим прописима веће правне снаге. Да би се одредило хијерархијско место правног прописа који је донео неки нецентрални орган, мора се **прво знати положај тог нецентралног органа у уставном систему.** Други, допунски критеријум за одређивање правне снаге неког нецентралног прописа у правном систему јесте сложеност поступка доношења.

Нецентрални органи у децентрализованој држави налазе се на три степена, наспрам државног нивоа власти. То су федерализам као највиши степен, средњи је аутономија и најнижи (локална) самоуправа.[4] Одређивање места нецентралног органа на лествици уставног система компликованије је у сложеним него у унитарним (простим) државама. У сложеним државама (федерацијама) постоји више парламената и више влада, који стварају право унутар више правних поредака. Преко правне снаге њихових правних прописа одредиво је и место централних и нецентралних органа у структури власти. Ипак, и поред мноштва централних и нецентралних прописа који чине више правних поредака, у „већини федерација утврђена је неспорна супрематија правног поретка федерације над правним порецима федералних јединица“.[5] Ово казује и да су органи федерације хијерархијски изнад органа федералне јединице.

[3] *Ibid*., 333.

[4] Лазо М. Костић, *Федерација, аутономија, самоуправа*, Нови Сад 1940, 5.

[5] М. Јовичић, 343. „То значи да је успостављен хијерархијски однос не само између устава федерације и устава федералних јединица, закона федерације и закона федералних јединица, и подзаконских прописа федерације и подзаконских прописа федералних јединица, него и између читавог система правних прописа федерације и система правних прописа федералних јединица, тако да би – у екстремном случају – подзаконски пропис неког савезног органа представљао пропис веће правне снаге од устава федералне јединице“. Тако је супрематија права у Немачкој одређена одредбом да „Савезно право ништи право земље“ (чл. 31 Основног закона Немачке од 1949). Супротно, однос савезног правног поретка и правног поретка федералне јединице суштински није био хијерархијски однос у бившој СФР Југославији. *Ibid*., 343–345.

Ни у унитарним државама (осим потпуно централизованих које су данас сасвим ретке) не постоји, строго гледано, само један, државни, правни поредак. И у високо унитарним државама нецентрални органи (регионални и локални) доносе опште правне акте, стварајући тако својеврсне аутономне правне поретке. Док је за локални ниво власти (локалну самоуправу) јасно да доноси само подзаконске акте, на нивоу територијалне аутономије (региони) стварају се, упоредноправно гледано, такође подзаконска правна акта, али и акта законске правне снаге. С тога је и место регионалних органа у структури власти различито. О томе говори и чињеница да и највиша правна акта јединица територијалне аутономије имају различиту правну снагу. Негде је статут (генеричко име највишег правног акта територијалне аутономије) чак веће правне снаге од закона, а ниже од устава; другде има законску снагу, а може бити и обичан или нарочит подзаконски акт. Статути као законска и надзаконска акта постоје у Италији, Шпанији, Данској, Финској, а пример статута као подзаконског акта имамо у Србији.[6]

[6] У Италији статут региона редовног статуса (њих 15) доноси највиши регионални орган, регионални савет, у законодавном поступку. То значи да статут има законску снагу и мора бити у складу (само) са уставом. Региони са посебним статусом (пет) имају статуте које доноси италијански парламент у форми уставног закона, по поступку предвиђеном за доношење Устава (ово је уједно и најважнија разлика између два типа аутономије у Италији. Ратко Марковић, „Политичко-територијална аутономија у Европи“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/1985, 63). То значи да ови статути имају правну снагу већу од закона а мању од устава. У Шпанији статути региона са обичним статусом (њих 14) имају правну снагу органских закона и у последњој фази усваја их шпански парламент (Кортес). Статути региона са посебним статусом (три) имају још већу правну снагу јер се доносе по сложенијој процедури која подразумева већину у регионалним парламентима, одобрење Кортеса и референдум (процедура је веома сложена, вид. чл. 222 и 223 Статута Каталоније, http://www.parlament.cat/porteso/estatut/estatut_angles_100506.pdf, 22. јул 2014. године). Све у свему, статут аутономне заједнице у Шпанији није ни уставни закон јер га не доноси уставотворни орган, а није ни обичан закон (...), већ комплексан акт *sui generis*, управо као што је и тип заједнице у којој тај акт треба да важи. Р. Марковић, 44. Донедавно, Крим је као територијална аутономна јединица Украјине имао свој устав. Тај највиши правни акт територијалне аутономије био је подзаконске правне снаге јер је морао бити у сагласности са уставом државе и законима. Владан Петров, Дарко Симовић, „Статут као подзаконски акт без елемената конститутивности – уз дилему о правној природи Статута АП Војводине од 2009. године“, *Правна ријеч* 35/2013, 144–146. Аутономија Фарских острва унутар Данске (о којој се код нас доста говорило као о, рекао бих сада немогућем, моделу за аутономију Косова и Метохије) уређена је законом (1948) који доноси дански парламент, одобрава парламент Фарских Острва, а потврђује дански краљ. Поред закона као највишег правног акта Фарских Острва, органи Острва имају законодавну и извршну власт и доносе парламентарна акта (чл. 4 Закона). Акт о аутономији Оландских Острва у саставу Финске (такође помињан као модел за Косово и Метохију) доноси се у финском парламенту по уставној процедури и у парламенту Оландских Острва двотрећинском већином гласалих посланика (одељак 69 Акта). Оландски парламент има законодавну власт у набројаним областима (одељак 17 и 18 Акта). Вид. Marijana Pajvančić, *Ustavni okvir regionalne države – primer Srbije*, Novi Sad 2009, 130–131, 328–329.

**Допунски критеријум** за одређивање правне снаге прописа нецентралног органа власти – сложеност поступка доношења, може да помогне али и да закомпликује тражење одговора. Поступак доношења статута најчешће није ни чист уставотворни ни законодавни поступак, нити уобичајена процедура по којој се доносе подзаконска општа акта. Најчешће је тај поступак вишефазан и у њему мериторно учествује, усвајањем или сагласношћу, више од једног органа власти. По правилу, у том поступку субјекти су регионално представничко тело – регионални парламент (Италија – обичне покрајине), национални парламент (Италија – покрајине посебног статуса, Данска, Португалија) или оба та парламента (Украјина, Финска, Србија). Трећи субјекат одлучивања су грађани региона, који се о статуту изјашњавају на референдуму (Шпанија), а у поступку доношења статута може да учествује и посебно тело, формирано само за ту сврху (Шпанија).

И овако сумаран поглед на поступак доношења статута казује да је та процедура компликованија од законодавне. То значи да је статут, као највиши акт аутономије, по овом допунском критеријуму, веће правне снаге од закона. Ипак, ово важи само у уставним системима где у највишем акту или праксом уставног суда није одређена хијерархија правних аката. И пример Србије потврђује ограничен домет овог допунског критеријума. У поступку доношења Статута Аутономне покрајине Војводине практично учествују два представничка тела – усваја га Скупштина Војводине, под условом да добије претходну сагласност Народне скупштине Србије. Та сагласност (потврда) од стране српског парламента Статуту даје само правну ефикасност и он се притом не претвара у комплексан акт који доносе аутономија и држава заједно, нити у закон државе који доноси само држава. Сагласност Народне скупштине је заправо контрола делокруга аутономије од стране органа који је израз народне суверености.[7] И поред тога што у поступку доношења учествују државни и орган аутономије и што се претходна сагласност Народне скупштине даје већином од укупног броја посланика (а закони се, по правилу, доносе већином присутних посланика, под условом да их је на седници више од половине), Статут Војводине је, јасно, по слову Устава Србије, подзаконски акт. Он мора бити сагласан са Уставом и законом (чл. 194 Устава).

[7] Вид. Р. Марковић, 45 и 63.

## 2. ДРЖАВА И АУТОНОМИЈА

С обзиром на то да је могуће направити складан правни систем прописа које стварају централни и регионални (и локални) органи власти, може се рећи да **држава и аутономија нису појмови који се искључују**.[8] Позитивни ставови о аутономији граде се на мишљењима да држава треба да гарантује сва права и слободе, па и оне које су у вези само са одређеним територијалним областима.[9] Даље, успостављена аутономија неке области не негира него афирмише државу тако што чува њену целину. Опет, држава ту лојалност „плаћа" тиме што поштује специфичности тог региона. Држава није у опасности због тога што признаје етничке, језичке, културне, економске, историјске и друге различитости, већ је проблем ако их пренебрегава и бирократски покушава да унификује. Успостављањем аутономије и уважавајући посебности унитарна држава, потенцијално и теоријски, доприноси демократизовању свог уређења.[10] Настојање да се са једног места, централизовано, решавају специфична питања неког региона или мањине, може довести до одговора нетолеранцијом са тог нецентралног нивоа. То значи да ће се гајити сепаратистички интереси и циљеви који угрожавају интересе других области и укупности државе.[11] С друге стране, територијалне аутономије су критиковане да нарушавају начело недељивости репу-

[8] Не постоји јединствена употреба термина „аутономија". То је генерички појам који се користи и при опису положаја федералних јединица у федерацијама, али и у унитарним државама за аутономију територија (региона) које имају релативно малу улогу у државној власти и институцијама. Вид. Yash Ghai, „Etnicity and Autonomy: A Framework for Analysis", *Autonomy and Ethnicity: Negotiating Competing Claims in Multi-etnics States*, Cambridge 2000, 8–9. Штавише, данас се све чешће користи израз „регионална држава" који је шири од правно-теоријског појма „аутономије" и који обухвата и политичко-територијалну аутономију, али који у себи носи и призвук партикуларизма (расцепканости) државе. Вид. Cristopher Harvie, *The Rise of Regional Europe*, Abingdon 1994, 5–6 (о појму регионалне државе вид. Бојан Бојанић, *Регионализација и регионална држава*, Косовска Митровица 2013, 101–104; Милијан Поповић, „Србија као регионална држава?", *Зборник радова Правог факултета у Новом Саду* 3/2003). У даљем тексту под појмом аутономије подразумева се политичко-територијална аутономија, а не неки ужи облици попут: културне, персоналне, економске, административне, институционалне и др. аутономије.

[9] При дефинисању аутономије као облика државног уређења, и социјалне групе се стављају у исту раван као и посебне територије које „због своје посебности имају посебан статус и посебна права утврђена уставом или другим прописима". Aleksandar Fira, „Autonomne jedinice u našem ustavnom sistemu", *Arhiv za pravne i društvene nauke* 2–4/1962, 489.

[10] Ратко Марковић, „Правно-теријски појам политичко-територијалне аутономије", *Анали Правног факултета у Београду* 5–6/1985, 648.

[11] Vjekoslav Žnidaršić, „Teritorijalna autonomija u Italiji", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu* IX/1972, 81.

блике (слаба држава – јака аутономија, и обратно), коче управљање и ефикасну администрацију, производе нерационалне фискалне трошкове[12] и увећавају бирократски апарат, отежавају сваколику комуникацију, поспешују неповерење према држави и према другим унутрашњим целинама, охрабрују расцепканост (насупрот светским интеграционим процесима) и сепаратизам, под утицајем су других држава, неједнако третирају држављане исте земље и др.[13] У прилог последњег иде чињеница да за државу имати аутономну јединицу обично значи имати и асиметрично државно уређење.[14] Оно што још више компликује такво државно уређење је постојање асиметричне аутономије која се, као политичка и вертикална, може назвати дубљом аутономијом специјалног статуса у поређењу са сличним територијама у држави.[15]

Сви ови аргументи за и против аутономије морају се сагледавати у одређеној временској димензији која непрестано мења карактер и права и државе. Како је пре више од седам деценија писао наш чувени правник Лазо М. Костић, држава је променила своје намере у погледу аутономије и уопште законодавне активности. Да би се разумео назив аутономна јединица, „треба имати у виду да образовање права у северној и западној Европи, прописивање правног поретка, не само што није припадало првобитно и првенствено држави, него се јавило као једна од последњих њених функција. Прво је било обичајно право, затим право мањих господара и кнежева, па је тек онда дошло право које прописује укупна држава. Савремена држава, међутим, има намеру да целокупно право образује сама, да монополише функцију доношења закона. Свако препуштање те надлежности другим корпорацијама данашња држава осећа као једно жртвовање, као концесију коју нерадо чини и практикује само у великој невољи. Раније су аутономне области биле истински законодавни субјекти, данас то више нису“.[16] Отуда су и данашње аутономне

[12] Интересантно је искуство да заједнице (територијалне јединице) које захтевају више аутономије су исте оне које требају и највише економске подршке од стране државе. Вид. Wolfgang F. Danspeckgruber, „Self-governance plus regional integration: a possible solution to self-determinations claims“, *Autonomy, Self-governance and Conflict Resolution*, Abingdon 2005, 37.

[13] V. Žnidaršić, 81-82. Наведено по примеру Италије, али примењиво на све државе.

[14] Шпанија је, пак, најближа „симетричној држави аутономија“. То се образлаже тиме да је Каталонија „прва донела статут, који су остале заједнице касније у великој мери копирале и тако им утабала стазу ка аутономији. Штавише, својеврсни „закон угледања“ осталих аутономних заједница на каталонска статутарна решења кључни је узрок успостављања релативно симетричног државног уређења у Шпанији“. Марко Станковић, „Одлука Уставног суда Шпаније о уставности Статута Каталоније и њене последице“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2012, 238.

[15] Susan J. Henders, *Territorijality, Asymmetry, and Autonomy*, New York 2010, 15.

[16] Л. М. Костић, 8–9.

области у конкретним државама различитог положаја и са неједнаким овлашћењима. Оно што је, могло би се рећи, једино општеприхваћено јесте да је територијална аутономија средњи ниво власти.[17] Она је испод нивоа државе и нивоа федералних јединица, а изнад власти локалне самоуправе.

Тај средњи степен децентрализације државе, тј. правно-теоријски појам аутономије, разрађен је од стране професора Ратка Марковића кроз више елемената, као што су: аутономно законодавство, које није самоникло већ изведено од суверене (државне) власти;[18] аутономија је законска категорија – делокруг политичко-територијалне аутономије одређује се државним законима, а само постојање те аутономије предвиђа се у уставу; право надзора државе над актима аутономне јединице (овлашћење контроле уставности, законитости, чак и целисходности); постојање посебног централног органа у аутономијама неких држава (Финска, Уједињено Краљевство, Португалија, Италија, Шпанија); постојање прецизних гаранција, најчешће у закону, аутономног статуса јединица политичко-територијалне аутономије. Такође, правно-теоријски појам аутономије граде и „негативни“ елементи: аутономне јединице по правилу немају оригинерну уставотворну власт нити право организовања (имале су у бившим СССР и СФРЈ), немају институт држављанства (осим финских Аландски острва), немају државне амблеме − заставу, грб и химну (осим у Шпанији и Данској), нити су као посебност представљене у централним државним органима (на одређен начин јесу у Шпанији, Данској и Финској).[19]

Ни овако кратка прича о аутономији и правној снази њених прописа не може бити заокружена без погледа на традицију и историјске околности развоја конкретне државе. Број држава које имају аутономне

[17] „Средњи степен децентрализације“. *Ibid.,* 5.

[18] Из значења термина *autos* (сам) и *nomos* (закон) произлази основна идеја на коју указује концепт аутономије, а која је први пут примењена у грчким градовима-државама. Ти полиси су били аутономни ако су њихови грађани стварали сопствено право (законе), а не примењивали туђе. Gerald Dworkin, *The Theory and Practice of Autonomy*, Cambridge 1988, 12. Неколицина аутономија, које као такве данас не постоје, настало је у империјама XIX века: Великој Британији (Канада 1857, касније Аустралија 1901, Нови Зеланд 1907, Јужна Африка 1910), Отоманском царству (Египат, Бугарска, Босна-Херцеговина, Влашка-Молдавија, Србија, Источна Румелија), у Руском царству Велико кнежевство Финске (1809, готово читав век са великом аутономијом). Ruth Lapidoth, *Autonomy: Flexible Solutions to Etnic Conflicts*, Washington, D.C. 1996, 66. Временом је концепт аутономије ишао различитим путевима разраде тако да се данас аутономије веома разликују од ранијих и по томе што једне имају а друге немају законодавну власт.

[19] Опширније: Р. Марковић, 644–647.

јединице још увек није посебно велик,[20] али свака има нарочите разлоге и начин настанка аутономија па је овде немогуће описати све те посебности. Иако аутономије у Белгији и Шпанији, на пример, имају „здраву друштвену подлогу“ (израз су етничке, културне, историјске и др. разноликости тих земаља), сматра се да је у теоријском смислу политичко-територијална аутономија најчистије постављена у Италији у облику области (покрајине, региони, *le Regioni*) са обичним положајем.[21] Речит је и **пример настанка аутономних јединица у Италији** које поседују законодавну и извршну власт, а чији су највиша правна акта надзаконске снаге. По дуго чеканом италијанском уједињењу у јединствену државу, унитарну монархију (1861), отвориле су се расправе за и против аутономије ужих делова територије. Политичка подела Апенинског полуострва била је вековна традиција и поборници аутономија тражили су да „Италија буде Италија а не проширени Пијемонт“ (Краљевина Сардинија). Због муком стеченог уједињења, с почетка нове државе преовлађивали су ставови о што већем јединству и централистичком уређењу. Тај уграђени централизам чак је проширен успостављањем фашистичке власти (1922). После пораза Италије у Другом светском рату, било је потребно мењати и унутрашњу структуру државе. Ставови су ишли од тога да треба задржати јаку централну власт и оставити самоуправу као облик децентрализације, до тога да државу треба федерализовати (пет федералних јединица). Уставом од 1948. прихваћено је средње решење по којем Италија има покрајине као аутономне јединице (*le Regioni*), уз области које такође имају неке одлике аутономије, али нижег степена (*le Province*), општине као локалне самоуправе (*i Comuni*) и метрополске градове (*le Città metropolitane*) (чл 114 Устава).[22]

Ипак, Италија као „регионална држава“ није једновремено нити једнако остварена. Од 20 покрајина прво су се формирале оне са посебним статусом (пета тек 1964.) и више аутономије, а у наредне три деценије (до 1977.) уобличиле су се и покрајине са „обичним статусом“. Две покрајине имају посебан положај због својих историјских, географских и економских посебности (Сардинија и Сицилија), док су остале три пограничне и са национално мешовитим становништвом

[20] Иако има тврдњи да је број аутономних заједница у свету доста велик (Miodrag Savović, *Iskušenja autonomija od Azije do Španije*, Beograd 2008, 229), политичко-територијална аутономија још увек је претежно европска творевина (десетак држава) која се тек спорадично јавља и у неким ваневропским унитарним државама (Кина, Ирак, Филипини, Индонезија, Никарагва, Конго и др).

[21] Р. Марковић, „Политичко-територијална аутономија у Европи“, 45–46, 66.

[22] Опширније: V. Žnidaršić, 81–86.

(Долина Аосте – *Valle d'Aosta*, Трентино – Јужни Тирол – *Trentino-Alto Adige* и Фурланија – Јулијска Крајина – *Friuli-Venecija Giulia*). Од свих покрајина на својствен начин је уређена Трентино – Јужни Тирол (формирана 1948, реформисана 1972. године) која је, такође, помињана као модел за децентрализацију Србије. Ова покрајина се састоји од две аутономне области, претежно романског Трента и преовлађујуће германског Болцана (*Bolzano*, нем. *Bozen*). Ове аутономне области носе „стварну и ефективну аутономну власт, док је покрајина тело са неколико преосталих функција".[23] Покрајина има надлежности само у стварима од заједничког интереса за обе националности, као и у оним стварима које се не могу поделити између Трента и Болцана. Тако покрајини остаје минимална власт па је у вертикалној структури власти примаран однос државе не са њом већ са две аутономне области.[24]

## 3. АУТОНОМИЈА ВОЈВОДИНЕ И ЊЕНА РАНИЈА НАЈВИША ПРАВНА АКТА

Порекло **идеје о самосвојности, аутономији Војводине**, повезано је са историјом Срба на територији данашње Покрајине Војводине (и шире), са њиховим насељавањем, развојем и јачањем националне свести и политичке активности. Иако се корени ове идеје самосвојности Срба могу тражити још у средњем веку, њена практична политичка реализација је нововековна. Аутономија Војводине заживела је и правним актима потврђена тек после Другог светског рата, у ондашњој социјалистичкој Србији и Југославији (нешто раније прокламована највишим партизанским телом, АВНОЈ-ем).

Политичка и правна акта „аустријских и угарских Срба" током и после „револуције нација" од 1848/49. године нису били потпуно примењени нити су створили трајније правне последице. Заправо, положај Срба у Хабзбуршкој монархији још од краја XVII века мање је зависио од њихових аутономних аката, а више од царских „привилегија" које су „штитиле пре свега верска права Срба и свештенства према

[23] Enzo Reggio D'Aci, *La Regione Trentino-Alto Adige*, Milano 1987, 9. Нав. према Melissa Magliana, *The Autonomous Province of South Tyrol – A Model of Self-Governance?*, Bozen/Bolzano 2000, 48. Вид. *Modified text of the Constitution of the "Trentino ‑ Alto Adige" Region and the Provinces of Trento and Bolzano*, http://www.provinz.bz.it/en/downloads/autonomy_statute_eng.pdf, 30. август 2014. године.

[24] Вид. M. Magliana, 48–49.

верницима“ и омогућавале Србима да се окупљају на црквено-народне саборе.[25] Срби су уживали црквено-школску аутономију на основу историјских привилегија, али је то било далеко од неколико пута захтеване политичко-територијалне аутономије.[26] Од захтева са Темишварског сабора (1790),[27] а посебно од проглашења Српске Војводовине (1848) као посебне територије са сопственим органима власти, може се говорити о покушају формирања српске аутономије и о аутономним политичким и правним актима. У тај низ улазе проглашења и одлуке Мајске скупштине у Сремским Карловцима (1. и 3. мај 1848. године по Грегоријанском календару),[28] покушаји да се признају те одлуке од стране царског двора исте године и најпосле закључци Благовештенског сабора (1861). Ипак, ни царским манифестом од 1848. године, ни Аустријским уставом од 1849. године и проглашењем Војводства Србије и Тамишког Баната, није ни практично, нити у правном систему Хабзбуршке монархије остварена српска аутономија.[29] После Аустро-Угарске нагодбе (1867) па до пропасти Монархије (1918) о аутономији Срба готово да нема ни помена.[30]

По добровољном прикључењу области данашње Војводине (Бачке, Баната и Срема) и Барање Краљевини Србији, одлукама народних скупштина у Руми и Новом Саду (24. и 25. новембра 1918),[31] исцрпило

[25] Љубомирка Кркљуш, „Аутономија Војводине до 1918. године – да ли је постојала, када и каква?“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2010, 15.

[26] Вид. Љубомирка Кркљуш, Лазар Ракић, „Војводина и стварање југословенске државе 1918. године“, *Присаједињење Војводине Србији 1918*., Нови Сад 1992, 5–6.

[27] О српским саборима вид. Љубомирка Кркљуш, „Правни основи захтева за аутономију Срба у Јужној Угарској у XVII и XIX веку“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1–3/2002.

[28] Проглашава се „Српски народ за народ политично слободан и независан под Домом аустријским и обштом Круном угарском“, проглашена је територија Српске Војводовине и „политични савез“ са Троједном Краљевином, формиран је Народни одбор као орган власти, али једино што се одржало после слома револуције (и то све до Првог светског рата) јесте „старо достојинство патријарха српског“. Љубомирка Кркљуш (прир.) „Одлука Мајске скупштине одржане у Сремским Карловцима 1. и 3. маја 1848“, *Одабрани извори из правне историје српског народа*, Нови Сад 2003, 276–279.

[29] Вид. Љ. Кркљуш, Л. Ракић, 16–26.

[30] Захтеви Срба после Благовештанског сабора за аутономном територијом и правима, углавном су се повезивали са говорима и чланцима Светозара Милетића. Вид. Milan Mali, *Socijalistička Autonomna Pokrajina Vojvodina*, Novi Sad 1980, 63–65; Љубомирка Кркљуш, „Кнез Милан Обреновић и Светозар Милетић“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1–2/2007, 109–134.

[31] У том периоду су формирани и органи власти који су функционисали до 11. марта 1919. године: Народна скупштина која је постављала Велики народни савет, а овај је доносио „потребне уредбе и наредбе, постављао Народну управу (владу, *нап. С.О*) и вршио надзор над њом“. Опширније: Љ. Кркљуш, Л. Ракић, 18–20, Љубомирка Кркљуш, *Историја политичких и правних институција Војводине*, Нови Сад 2004, 113–121. Ипак, ови органи, за време свог недугог постојања, нису донели правни акт који би, попут статута, био јединствен највиши пропис Бачке, Барање, Баната и Срема.

се питање аутономије Срба у новој, сопственој држави. Оно што је био природан поклич народне тежње за самоуправом у туђој држави, постало је беспредметно у Краљевини Србији, а затим и у новоствореној Краљевини (Краљевству) Срба, Хрвата и Словенаца, потоњој Југославији. Ипак, као покушај одговора на централистичко уређење Краљевине тињале су, сасвим маргиналне, политичке тежње малог броја Срба у Војводини за аутономијом.[32] Подела државе на бановине (1929) дала је Новом Саду положај центра Дунавске бановине, која је ипак била само облик деконцентрације државне управе, не и децентрализације.

Стварно рађање и развој аутономије Војводине дошли су са ратном победом нове комунистичке идеологије пред крај Другог светског рата. Још раније, Народноослободилачки одбор Војводине, образован 1943. године, приказиван је као највиши орган власти и врховно законодавно и извршно тело Војводине у будућој федеративној Југославији. Поновно, трећеавнојевско (1945) прикључење Војводине Србији, у светлу нових назора тумачено је као удруживање Покрајине са Србијом. Отуда ни Закон о устројству Аутономне покрајине Војводине (1945) који је донео Президијум Народне скупштине Србије наводно није имао конститутивни карактер већ се њиме само констатовало већ постојеће стање.[33] У наредне три деценије аутономија Војводине је правно расла и политички јачала, далеко превазишавши стандарде аутономија у упоредном праву, што је и крунисано Уставом САП Војводине од 1974.

Свој **први Статут** („Статут Аутономне покрајине Војводине у Народној Републици Србији“) донела је Народна скупштина АП Војводине 1948. године. Тај Статут ступио је на снагу након потврде Народне скупштине НР Србије. У њему је Војводина дефинисана као „ау-

[32] Постоје и мишљења да се тада у Војводини и надаље одвијају политички процеси који воде стварању покрета и политичке странке за заштиту посебних интереса Војвођана. Bogumil Hrabak, „Borba demokrata za samosvojnost Vojvodine (1918–1929)“, *Zbornik historijskog instituta Slavonski Brod* 1/1982, 56.

[33] Вид. Чедомир Попов, Јелена Попов, *Аутономија Војводине – српско питање*, Сремски Карловци 2000, 110–111. О политичком и правном настанку аутономне покрајине Војводине ни дан данас нема сагласности – она је „дело режима КПЈ насталог унутрашњим компромисом у владајућој партији (...) (Чедомир Антић, „Историјске традиције АП Војводине“, *Досије Аутономна Покрајина Војводина*, Београд 2014, 65), „Аутономија Војводине рађала се не само као елемената програма револуције и уређења будуће државе, већ све више као израз практичне борбе за његову реализацију“ (M. Mali, 79), „...у време Другог заседања АВНОЈ-а, у одсуству представника Војводине, преовладало је мишљење да аутономна Војводина треба, због свог националног састава, да уђе у састав федералне Србије (Србија никада није била федерална држава, *нап. С.О)*“ (Jovan Veselinov Žarko, „Vojvodina i borba njenih naroda i narodnosti“, *Autonomija Vojvodine*, Novi Sad 1976, 24).

тономна покрајина у Народној Републици Србији“, а Нови Сад је седиште „државне власти и државне управе Аутономне покрајине Војводине“ (чл. 1 и 5 Статута). Енумерацијом (набрајањем) одређене су надлежности Покрајине, а Президијум Народне скупштине НР Србије имао је право да поништи неуставне и незаконите покрајинске одредбе (чл. 8 и 12 Статута). Народна скупштина АП Војводине доноси, између осталог, „покрајинске опште прописе – одредбе“, извршну функцију има „Главни извршни одбор Народне скупштине АП Војводине“ који је одговоран и полаже рачуне Скупштини, а на челу покрајинског правосуђа је Врховни суд АП Војводине испод којег су срески и окружни судови (чл. 22, 35 и 43 Статута).

„Дубоке и корените промене у друштвено-економском развитку наше земље“ довеле су и до тога, како се објашњавало само пет година после првог Статута, да аутономија Војводине није више „административна са извесним елементима културне аутономије“. Сада је карактерише самосталност и право самоуправљања у свим јавним пословима на њеном подручју.[34] **Новим Статутом од 1953**, који је донела Народна скупштина АП Војводине, сада без потврде републичког органа, дограђена је дотадашња аутономија. Војводина је у односу на претходни Статут другачије дефинисана – она је „аутономна покрајина у саставу социјалистичке демократске државе НР Србије (не као раније „у НР Србији“, *нап. С.О*) (чл. 1 Статута). Град Нови Сад је и даље седиште али сада „органа власти АП Војводине“ (чл. 7 Статута). Права и дужности Покрајине дефинисана су не више енумерацијом већ на општији начин – „органи власти АП Војводине врше своја права и дужности на основу и у оквиру Савезног устава, Устава НР Србије, закона и овог Статута“, „уређују послове од општег интереса за Покрајину као целину у областима...“, „старају се о спровођењу закона...“ (чл. 3 и 4 Статута). Статут више не предвиђа да републички орган може да поништи неуставан или незаконит пропис Покрајине, а Народна скупштина АП Војводине има право да поднесе приговор за заштиту аутономних права републичкој Скупштини против аката републичког Извршног већа (чл. 10 Статута). Војвођанска Скупштина (још увек) не доноси законе него подзаконске акте − одлуке којима уређује питања од општег значаја (чл. 10 и 11 Ста-

[34] Експозе поводом Предлога статута АП Војводине поднет Народној скупштини Војводине, 19. марта 1953. године, *Statut Autonomne pokrajine Vojvodine*, Subotica (без године издања), 3−6. Ипак, изражавано је незадовољство тиме што се „аутономија потискује јер се све више предаје републици“, а њена „самосталност и самоуправност (...) долази до изражаја, пре свега у извршној и управној области, док се у законодавној и не осећа...“. M. Mali, 209.

тута). Извршно веће је носилац извршне функције власти и одговорно је Скупштини АП Војводине, организовање правосуђа је у рукама покрајинских органа (чл. 3 и 60 Статута).

У новом **Статуту од 1963**.[35] преузета је новорастућа самоуправна терминологија[36] из савезних и републичких прописа, у складу са „општим процесом деетатизације, као једним од најзначајнијих процеса који се одвија у нашем друштву...“[37] Покрајина „остварује друштвено самоуправљање“, „развија социјалистичке друштвене односе...“ (чл. 8 Статута). Мимо тога, стиче се утисак да се Статутом учвршћује војвођанска аутономија унутар Србије (бар чешћим помињањем Републике), почев од наглашавања када је и како аутономија успостављена.[38] Војводина је „друштвено-политичка заједница у СР Србији“ и, налик преамбули, у истом члану се казује ономад идеолошки прихватљива историја аутономије – „установљена је 1945. године Одлуком Народне скупштине НР Србије, сагласно особеностима њеног историјског и културно-просветног развоја...“ (чл. 1 Статута). Права и дужности АП Војводине су „утврђене Уставом СР Србије и републичким законима“, а врше се и „у складу са општом политиком СР Србије“ (чл. 2 Статута). У односу на претходна два статута нешто је другачија формулација која гласи да је „седиште АП Војводине (је) у Новом Саду“ (чл. 7 Статута). О заштити аутономних права утврђених републичким Уставом и законима сада одлучује „надлежан уставни суд“ (чл. 19 Статута). Покрајинска скупштина је, између осталог, „орган друштвеног самоуправљања“, највиши орган власти АП Војводине који нема законодавну власт већ и даље доноси одлуке, а Покрајинско извршно веће је извршни орган Скупштине са „политичко-извршном функцијом...“ (чл. 38, 39 и 86 Статута). Врховни суд Војводине сада је Одељење Врховног суда Србије. Председника и судије Одељења бира и разрешава Скупштина АП Војводине, а постоји и Покрајинско јавно правобранилаштво (чл. 39 и 101 Статута).

[35] *Службени лист АП Војводине*, бр. 7/63, 13/65, 7/67, 13/67.

[36] Образлажући разлоге писања своје књиге *Муке с речима* (1977) Милован Данојлић описује језик текуће политике као „ружан и неразумљив, пун насилничких обрта, и дивљих нелогичности“ који се не може поправити јер је једино такав он функционалан. „Његови корисници немају избор: лажно мисле, наопако делују па тако и говоре (пишу, *прим. С.О*)“. НИН бр. 3321 од 21. августа 2014. године, 60.

[37] Stevan Doronjski, „Konkretizacija principa samoupravljanja i ravnopravnosti naroda i narodnosti u Vojvodini“, *Autonomija Vojvodine*, 66.

[38] Аутори који су подржавали путању уставног развоја са што више аутономије називали су овај период „осеком аутономије“, а решења Савезног устава у односу на две постојеће аутономије „неискреним и минорним“. M. Mali, 205.

Интересантно је да су дотадашње националне мањине добиле нову кованицу „народности – националне мањине“ (чл. 5 Статута).[39]

На убрзаном путу самоорганизовања, од подзаконског акта, статута, до највишег правног акта, устава, Војводина је донела **Уставни закон од 1969**.[40] У Основним начелима се, битно за статус Покрајине, објашњава да се АП Војводина „удружила у СР Србију, у оквиру СФР Југославије“. Оваквим формулацијама Покрајина је чинила озбиљне кораке политичког и правног измицања државној капи Србије. Војвођанска скупштина се при доношењу Уставног закона правно позвала на одредбе о промени Статута (чл. 51), иако је Уставни закон по својој правној природи и снази другачији од дотадашњих статута. Уставним законом утврђена су права и дужности САП Војводине у складу са *начелима* (*нап. С.О*) савезног и републичког устава (чл. 3 Уставног закона) која су сама по себи апстрактна и тако подложна прагматичном тумачењу и политичком читању. У оквиру својих права и дужности Војводина, попут федералне јединице, „утврђује политику, доноси законе и друга акта“ (II амандман од 1972). Покрајина је „друштвено-политичка заједница, заснована на власти радног народа и самоуправљању (...) у саставу СР Србије (припадност по линији претходног Статута, *нап. С.О*) и СФР Југославије“ (чл 1. Уставног закона). Нови Сад постаје главни град Покрајине (чл. 10 Уставног закона). Скупштина Покрајине је орган друштвеног самоуправљања који добија законодавну власт, готово и уставотворну (доноси Уставни закон). Покрајинско извршно веће има „политичко-извршну функцију“ са основним правом које карактерише све владе − законодавном иницијативом, а Врховни суд стиче и уставносудску надлежност (у свом Уставно-судском одељењу) (чл. 82, 83, 130, 134, 149 и 150 Уставног закона). Уставним законом су народности − националне мањине, преименоване у народности (Преамбула). Оваквим Уставним законом и амандма-

[39] И важећи Статут, по том образцу, има вишезначну кованицу „националне мањине – националне заједнице“.

[40] Основ његовог доношења и садржине претежно је V амандману (1969) Устава СР Србије од 1963. Иначе, по већ устаљеном недореченом правном стилу, нигде није дефинисана правна снага Уставног закона. У самом Уставном закону (Глава седма) наводи се која правна акта морају бити у складу са њим, али не и да ли Уставни закон треба да буде у складу са републичким Уставом или законом. Уставни закон не наводи ни чл. 161 Устава СР Србије који уређује хијерархију правних аката (помиње сва општа акта *у* Републици, а Покрајина је *у саставу* Републике), нити је правна снага Уставног закона одређена амандманима Устава од 1963. Ипак ово није сметало да се Уставни закон назове „новим квалитетом“ (Aleksandar Fira, „Promene u ustavnom sistemu SFRJ“, *Arhiv za pravne i društvene nauke* 1□2/1969, 5), „технички и методолошки“ поистовети са уставом републике (Borivoje Pupić, „Osnovi ustavno-pravnog položaja socijalističkih autonomnih pokrajina“, *Savremenost* 1□2/1973, 240), актом који има „карактер основног закона“. M. Mali, 249.

нима (I–XIV од 1971. и 1972.) пројектоване су комплетна организација власти и надлежности Покрајине какве су биле и у републикама, а које ће бити сасвим заокружене скорим покрајинским Уставом.

Аутономија Војводине достиже свој правно-политички врхунац сопственом уставотворношћу. Несвојствено аутономијама у свету, обе српске покрајине доносе уставе као највише правне акте. Матрица покрајинских устава су устави федералних република који, пак, прате образац југословенског Устава од 1974. Обиман Уводни део **Устава САП Војводине** од 1974. (и сам Устав је изузетно опширан са 430 чланова) нашироко образлаже вишедимензионалну посебност „народа и народности Војводине", дајући Војводини правни квалитет федералне јединице. Уз новонастало својство „конститутивног елемента југословенског федерализма" иде чак и одређени међународноправни капацитет. Потврда правне и политичке удаљености Покрајине од њене матичне федералне јединице Србије је и поновљена одредба Уставног закона да је „САП Војводина (...) друштвено-политичка заједница (...) у саставу СР Србије и СФР Југославије (чл. 1 Устава). Војводина ужива сва права и дужности као и федерална јединица, с тим да њени „радни људи, народи и народности" остварују своја суверена права и у СР Србији када је то у заједничком интересу и утврђено српским Уставом и законом али и покрајинским Уставом (чл. 293 и 294 Устава).[41] Нови Сад је потврђен као главни град Покрајине (чл. 7 Устава). Скупштина САП Војводине има уставотворну и законодавну власт, новоуспостављено Председништво САП Војводине има положај шефа државе, представљајући Покрајину и обављајући друге уставне надлежности. Извршно веће САП Војводине формално је извршни орган Скупштине, а суштински има положај владе која предлаже утврђивање покрајинске политике (чл. 309, 310, 350, 367 и 368 Устава). Покрајина има свој самоуправни судски систем, тужилаштво, правобранилаштво и Уставни суд, све попут република (гл. V и VI Устава). Уставом су националне мањине учвршћене под именом народности (Преамбула).

Војводина није дуже потрајала са оваквим статусом федералне јединице. Уставним амандманима XII–LVII од 1989. на Устав САП Војводине, подржана су решења која је произвела „јавна расправа"[42] па

[41] Устав иначе обилује оваквим недореченим, двосмисленим и противречним одредбама када су у питању границе надлежности Покрајине и Републике.

[42] Како се то званично, увијено објашњавало. Вид. „Уводно излагање...", *Устав Социјалистичке Аутономне Покрајине Војводине са амандманима...*, Нови Сад 1989, 167. Заправо је „јавна расправа" последица српске Антибирократске револуције („Јогурт револуција") која је кулминирала 5. октобра 1988. године и довела до смене тадашњег покрајинског руководства.

је Војводина, као аутономна јединица, делом враћена под сувереност Србије. Мада је Покрајина углавном остала у положају „аутономије републичког квалитета“, неке од амандманских измена казивале су да је развој аутономије променио смер и да ће се пре или касније свести на упоредноправно познату меру. Амандманима је наглашено да је Војводина део Србије (XII), пошло се у реафирмацију запостављеног ћириличког писма (XXXVI), умерена су права и дужности Покрајине (XLI), укинута су ограничења дејству републичких закона (XLII), смањен је међународноправни капацитет Војводине (XLVII), усклађен је положај покрајинских органа власти са Уставом СР Србије (XLVIII–LIV), укинута је немогућност Србије да сама, без покрајина, мења сопствени Устав (LV) и др.

Уставом Републике Србије од 1990. завршен је развој српских аутономија као самоуправних друштвено-политичких заједница које су у свом хиперактивно достигнутом зениту постале конститутивни елемент федерације, на скоро равној нози са републикама (по совјетском узору, имале су тек мањи број делегата у савезном парламенту). Војводина је после више од четири деценије поново уз сагласност Србије донела свој највиши правни акт. **Статут АП Војводине од 1991**. усвојила је њена Скупштина (на заједничкој седници сва три већа) уз претходну сагласност Народне Скупштине Републике Србије, као својствен подзаконски акт.[43] „АП Војводина је облик територијалне аутономије у Републици Србији“ и у њој грађани (државе Србије) самостално остварују своја права и дужности „утврђене Уставом и законом“ (чл. 1 Статута). Избрисана је, дакле, вештачка, идеолошки грађена политичка и правна различитост становништва у Војводини у односу на оно у централном делу Републике. „Посебност“ грађана у Војводини сведена је на то да одлучују о пословима који су у надлежности АП Војводине, а који су побројани у Уставу и Статуту (чл. 109 Устава и чл. 3 Статута). Заштита аутономије поново је враћена у окриље Републике – пред Уставним судом Србије може се покренути поступак оцене уставности и законитости ако су права и интереси Покрајине повређени неким актом државе или локалне самоуправе (чл. 128 Устава). Нови Сад је поново „седиште органа АП Војводине“ (чл. 9 Статута). Скупштина АП Војводине до-

[43] *Службени лист АП Војводине*, бр. 17/1991. Статут, јасно је, није више акт уставне снаге, али није доречен његов однос са (сада једино постојећим ) републичким законом. Статут мора бити у складу са Уставом (чл. 119 Устава), а сва покрајинска општа акта (и управна акта) морају бити у складу са Статутом (чл. 44 Статута). Остаје да се логичким тумачењем изведе да је Статут подзаконски акт – додуше пропис посебних карактеристика због своје садржине – јер га доноси покрајинска Скупштина која више нема законодавну власт.

носи статут (несамостално) и подзаконске акте (одлуке и др), Извршно веће је извршни орган који у првом реду извршава законе и друге опште акте Републике, а потом и опште акте војвођанске Скупштине (чл. 21 и 34 Статута). Правосудни систем и уставносудска власт су централизовани (републички су органи), нема их више у Статуту. У погледу терминологије, Статут је задржао назив народности, насупрот враћеног уставног појма националне мањине (Преамбула).

Прихватајући поставку да су Војводини узета аутономна права стечена током социјалистичког развоја, "петооктобарска" републичка власт је кренула (од 2000) да постепено „освежава" аутономију Војводине. Први такав велики корак је тзв. Омнибус закон којим се „ближе одређују надлежности аутономне покрајине, нарочито у областима у којима Република уређује систем" (чл. 1 Закона).[44] Практичан знак јачања аутономије је да поред надлежности расту и покрајински органи власти и пратећа покрајинска администрација.[45] По доношењу Устава Републике Србије од 2006. кренуло се у израду новог Статута АП Војводине који је написан 2008. године а, по добијеној сагласности републичке Скупштине, усвојен наредне године.[46] **Статутом од 2009.** војвођанска аутономија је враћена на „велика врата" – додуше без законодавне, судске и уставносудске власти а са извршном функцијом, добивши нека обележја која није имала ни за време сопствене уставности. И пре него што је донет, Статут је изазвао научне и стручне полемике не само због предложених решења него и због своје правне природе. Иако га Устав у хијерархији прописа сврстава на место испод закона (чл. 195 Устава) постоје и ставови да Статут са својим „конститутивним карактером" делом и није

[44] Закон о утврђивању одређених надлежности аутономне покрајине (*Службени гласник РС*, бр. 6/2002). Интересантно је да се у наслову Закона не помиње Војводина, што би сугерисало да се он односи на обе српске покрајине, али му се садржај односи само на АП Војводину. У Закону су ближе одређене надлежности Војводине у култури, образовању, службеној употреби језика и писма, пољопривреди и у више од 25 других детаљно описаних области друштвеног живота.

[45] По Одлуци о избору Извршног већа АП Војводине од 30. јула 1992. године, поред председника и два потпредседника, Веће је имало седам чланова на челу секретаријата. По Одлуци о избору Извршног већа АП Војводине од 30. октобра 2004. године, поред председника Веће је имало четири потпредседника и 16 чланова (15 на челу секретаријата од којих је један био и потпредседник, а један члан је био задужен за регионалну и међународну сарадњу).

[46] *Службени лист АПВ*, бр. 17/09. Поштујући рок прописан чл. 10 Уставног закона за спровођење Устава (нова Скупштина АП Војводине ће доставити Народној скупштини предлог новог статута најкасније у року од 90 дана од свог конституисања), предлог Статута је достављен Народној скупштини 14. октобра 2008. године, али због више од године чекања на њену сагласност (уз једно враћање текста на „правно-техничке исправке") Статут је усвојен тек 15. децембра 2009. године.

подређен закону.[47]

Статут дефинише Војводину као „аутономну покрајину грађанки и грађана који у њој живе, у саставу Србије“ (чл. 1 Статута). „Грађанке и грађани који у њој живе“ су грађани Војводине (Преамбула) што је различито од грађана Србије и неприхватљиво с обзиром на то да се уставноправни појам грађанина, као и држављанство, везује за државу. По Статуту грађани Војводине, а не Србије како каже Устав, носиоци су права на покрајинску аутономију“ (чл. 4 и 5 Статута). Такође, враћена је и стара одредница војвођанског Устава о Војводини „у саставу“ Србије.[48] Територија АП Војводине је по први пут дефинисана територијама општина и Бачком, Банатом и Сремом као „њеним географским областима“ (чл. 3 Статута).

Статут, и касније донет Закон,[49] умножавају Војводини Уставом дате надлежности (чл. 183 Устава) тако што проширују области друштвеног живота у којима она уређује „питања од покрајинског значаја“. Такође у Статуту су се међу надлежностима Покрајине и њених органа нашла и питања која не могу бити тек покрајинског значаја, на пример, уређивање и обезбеђивање општег интереса, утврђивање и вођење политике и др. Достојан наставак недоречене и двосмислене терминологије наше касније социјалистичке уставности јесте одредба Статута о Но-

[47] Иако Устав подређује статут закону, одредбама да се статутом, независно од закона, уређује организација покрајинске власти признаје му се конститутивни правни карактер и у том делу статут, по Уставу, није подређен закону. Тамаш Корхец, „Предлог новог Статута АП Војводине – испуњавање уставног оквира или покушај противуставног и противзаконитог стварања државе у држави“, *Предлог Статута АП Војводине*, Београд 2009, 13–15. Другачије: у формалном смислу покрајински статут је подзаконски општи правни акт везан Уставом и законом, а у материјалном смислу је органски акт који садржи норме о организацији и раду покрајинских органа и покрајинских јавних служби и који операционализује уставни концепт а не коригује га нити дограђује. Ратко Марковић, „Осврт на концепцију и садржину Предлога статута Аутономне покрајине Војводине“, *ibid*., 69. Конститутивност као својство неког подзаконског акта да са високим степеном самосталности уређује нека питања није ексклузивно својство само покрајинског статута већ су и статути локалних самоуправа конститутивни у истој мери, тим пре што је локална самоуправа оригинерна а не, као аутономија, деривативна творевина. Владан Кутлешић, „Предлог статута АП Војводине и Устав Србије“, *ibid*., 91–92.

[48] Како су се мењали политички ветрови, тако се и Војводина, путем њених највиших аката, дефинисала као покрајина „у“ Србији (Статути од 1948, 1963. и 1991) или покрајина „у саставу“ Србије (Статут од 1953, Уставни закон од 1969. и Устав од 1974). Ове две одреднице могу се различито тумачити (језички, логички, систематски, циљно) и имати другачије правно значење. Уставноправно, „у“ се може тумачити као интегрални (потпун, целовит, недељив) део једне целине унутар друге, у овом случају Војводине у Србији. „У саставу“, пак, може се уставноправно тумачити и тако да је нека (вештачка, новонастала) целина састављена од делова који се могу и одвојити (раставити) од ње – у овом случају Војводина од Србије.

[49] Други Омнибус закон – Закон о утврђивању надлежности Аутономне покрајине Војводине (*Службени гласник РС*, бр. 99/2009 и 67/2012 – одлука УСС)

вом Саду. Ма колико ова одредба имала тек симболички значај, тешко је докучити шта је Нови Сад – „главни, административни центар АП Војводине“ (чл. 10 Статута) или је „Главни град АП Војводине“ како је насловљен у рубруму тог члана (сходно латинској изреци *nomen est omen* – име је знак).

Статут је у погледу надлежности покрајинских органа власти ипак значајно ближи претходном Статуту него бившем покрајинском Уставу. „Скупштина АП Војводине је највиши орган и носилац нормативне власти“ (чл. 33 Статута) што није законодавна већ „подзаконска власт“. Нормативна власт значи да Скупштина доноси Статут (несамостално), покрајинске скупштинске одлуке, друге подзаконске акте, а чак и да може привремено супституисати (заменити) надлежни републички орган који не донесе акт за спровођење закона на територији Покрајине (чл. 34 и 30 Статута). Извршни орган, по први пут именован Владом АП Војводине, суштински има надлежност парламентарне владе јер „утврђује и води политику...“, извршава законе и подзаконске акте, има чак и међународноправни капацитет („закључује међурегионалне споразуме...“ и др. (чл. 48 Статута). Покрајина нема, као ни по претходном Статуту, судску и уставносудску власт, али је, као ново полурешење, предвиђено да предлаже мрежу свих судова на својој територији (чл. 34 Статута).[50]

Да је овај Статут себи доделило својство „конститутивности“ говори и његова „оригинерна терминологија“. Поред „грађанки и грађана Војводине“, „Владе АП Војводине“, „покрајинских скупштинских одлука“, војвођанских „географских области“, „главног, административног центра“, републичко-покрајинске „Сталне мешовите комисије“, паритетног српско-мањинског „Савета националних заједница“, уведен је и термин „националне заједнице“ (а успут се помиње и назив „националне мањине“). Тај израз је не само језички већ и садржински другачији од уставног, законског и упоредноправно прихваћеног термина „националне мањине“ којим се означавају припадници мањинских народа у држави. Материјални новум је то што су и припадници српског народа у АП Војводини постали националне заједнице, различити од других само утолико што су „припадници националне заједнице која чини бројчану већину у укупном становништву АП Војводине“ (чл. 6 и 40 Статута и даље).

[50] Право предлагања мреже судова пренето је у Статут из првог Омнибус закона од 2002. године (чл. 62).

Све у свему, Статут од 2009, који је искомбиновао одредбе Уставâ, бившег покрајинског Устава и претходног Статута, додајући на то сопствене оригиналности, дошао је под удар уставности. Око две трећине његових одредаба, Одлуком Уставног суда[51] оцењено је неуставним, па се пошло у усаглашавање Статута са Уставом, а заправо у израду новог текста статута.

## 4. СТАТУТ АП ВОЈВОДИНЕ ОД 2014.

### 4.1. Правне и политичке околности пред доношење Статута

Одлуком Уставног суда[52] која је достављена покрајинским органима власти, али не и објављена, „поклоњено" је пола године да се усклади тај покрајински највиши правни акт са Уставом. Тиме је одаслана политичка порука што је, показало се, био добар одговор на политичка трвења између, по праву квалитативно неједнаких, власти Републике и Покрајине. Ти политички односи, често и сукоби, неизоставно су се преламали на свим досадашњим највишим покрајинским прописима, а кулминација је достигнута управо неуставношћу Статута од 2009. За чињеницу да је Уставни суд поступио и као политички актер може се рећи да се то од њега у одређеним приликама и очекује (чине то уставни судови и у другим државама: Немачкој, Мађарској, Француској, САД...).

Упркос неповољним политичким приликама с пролећа 2014. године за израду и усвајање новог или измењеног Статута (ишчекивање и одржавање парламентарних избора, тензије између страначки различитих власти у Републици и Покрајини, оспоравање легитимитета покрајинској власти, непостојање јасне ни искрене воље да се нови статутарни текст напише, оштре критике Уставног суда и др.), нови акт је усвојен у датом шестомесечном року.

Статут је нови пропис (по реду осми највиши правни акт аутономије) иако је већ летимичним погледом уочљиво да се њиме прати структура (форма) претходног Статута. Ипак, својом садржином Статут прави материјални помак у односу на претходни акт. Доказ да је реч о новом пропису стоји у чињеници да је већина старих одредаба измењена или брисана. У погледу појединачних одредаба са поли-

[51] Одлука бр. ІУо–360/2009 од 18. децембра 2013. године.

[52] *Службени лист АПВ*, бр. 20/2014. Рок је истицао почетком јуна, а Статут је усвојен 22. маја 2014. године.

тичком тежином (садржином) и у смислу укупне „политичке природе“, Статут је такође другачији у односу на ранији пропис. Највише одјека у јавности су и изазивале старе статутарне одредбе са политичком нотом, којима се превазилазила уобичајена вредност аутономије и које су носиле призвук државности. Нови Статут није оно што се могло приговорити претходном – копија устава, некакав палијативни „аутономни устав“ са озбиљним политичким плановима, сецесионистички програматски акт и др. Статут није ни „централистички“ гаситељ аутономије. Једноставно у оваквом политичком и свеукупном амбијенту у Србији, Статут је постављен на одговарајуће место у правном систему. Политички је заклоњен Уставом и законом, а по правној хијерархији испод њих и усклађен са њима.

### 4.2. Из садржине новог Статута

Идући од почетка текста види се да нови Статут нема политичко-идеолошку преамбулу са „правима грађанки и грађана Војводине“, „демократијом“, „интересима“ и др, која није одлика устава свих држава (око четвртине данашњих устава немају преамбулу). Сада је преамбула Статута тек правни увод са позивањем на члан Устава (185) као правни основ, односно налик тексту увода у изреку судске пресуде.

**Војводина је у Статуту дефинисана** речима Устава, као „аутономна територијална заједница Републике Србије у којој грађани остварују право на покрајинску аутономију у складу са Уставом и законом“ (чл. 1 Статута).[53] Такође, она је неодвојиви део Србије где се негују „европски принципи и вредности“. „Неодвојиви део“ казује да је Војводина „у“ Србији а не само „у саставу“ Србије. Европски принципи су и поред своје правне недостатности и садржинске хетерогености, као појам из Устава остали и у овом Статуту.

[53] Вид. чл. 182 Устава. Након што је Радна група предала радни текст нацрта Статута, започети су политички преговори и усаглашавања око неколико остављених алтернативних решења, односно неких делова текста где није постигнута једногласност. Једно од тих реткости је и одредба у чл. 1 радног текста нацрта Статута која је гласила „АП Војводина је аутономна (...) *основана Уставом* (*нап. С.О*) у којој (...)“. У предлогу Статута који је усвојен у Одбору за питања уставно-правног положаја Покрајине, а ни у касније усвојеном Статуту није остала одредба о оснивању Војводине, већ је наведена дефиниција аутономије „у складу са Уставом и законом“ (ово позивање на Устав значи обавезу читања уставног текста а тамо пише да су покрајине „основане Уставом“). Овај политички компромис је плод намере да се избегне пат око политички тешког питања историјског настанка Војводине (на њега је, додуше посредно, даље у Статуту и одговорено, у чл. 9 о традиционалним симболима Војводине).

Територија Војводине више није одређена географским областима Бачке, Баната и Срема (а без Барање, што је историјски сасвим нетачно) које се простиру и ван граница државе, већ на начин који је уобичајен и у претходним статутима. Територију Војводине чине територије општина у Покрајини а оне су одређене законом. Тако дефинисана покрајинска територија може се изменити у складу са Уставом и законом (чл. 3 Статута).

Носиоци покрајинске аутономије су грађани у Војводини (чл. 4 и 5 Статута). У том смислу, као субјекти права на аутономију не наводе се више „грађанке и грађани Војводине", већ се, сходно Уставу, користи појам грађана у Војводини. То су грађани Републике у Покрајини који имају иста уставна права као и грађани Србије изван Војводине.

Град Нови Сад је, у већ виђаној рокади, од главног града постао мање политички звучан „административни центар у којем се налази седиште покрајинских органа" (чл. 10 Статута). Овакво дефинисање Новог Сада остало је неусклађено, додуше не толико као у бившем Статуту, са рубрумом (насловом) члана који гласи „Град Нови Сад – седиште покрајинских органа". Јасно је да Нови Сад није „главни град", али је остало недоречено да ли је реч о „центру", „седишту" или нечем трећем.[54]

Пре кратког описа организације власти треба навести још неколико новина из овог Статута које су резултат правних и политичких критика ранијих решења и, конкретно, поменуте Одлуке Уставног суда.

Припадници српског народа нису више национална заједница већ народ, а припадници мањинских народа у Војводини су националне мањине. Предложеном изразу националне мањине накнадно је, пре усвајања Статута, придодат термин националне заједнице. На тај начин се, после Уставног закона од 1969, поново сложеном кованицом „националне мањине – националне заједнице" именују припадници мањинских народа.[55] У погледу захтева за националном равноправношћу, што је један од основних разлога постојања аутономије, Срби нису више први у низу „националних заједница", већ народ са којим ће националне

[54] И овај номотехнички несклад је резултат политичког договора, али на срећу реално сасвим симболичне тежине.

[55] Различито у односу на тај Уставни закон је то што је сада термин националне мањине у редоследу на првом месту, а по Уставном закону су биле на другом – „народности – националне мањине", па је већ 1974. године остао само израз „народности". Иако је Радна група већински предложила уставни термин „националне мањине", у политичким преговорима дошло се до оваквог решења. Оно је мањљиво јер је, на пример, Мађар из Београда „национална мањина", а Мађар из Панчева то и још „национална заједница". Минус је и то што се термином „национална заједница" уопште не може означити појединац – заједница увек значи два или више лица.

мањине, уз допринос АП Војводине, остваривати потпуну равноправност (чл. 6 Статута).[56]

Уставни суд је јасно изрекао да Војвођанска академија наука и уметности не може да постоји, односно не може да буде научне установе таквог имена, али Војводина може да оснива установе у области науке, културе, образовања и др. (чл. 17 Статута). Политичке и стручне критике изазивало је „бриселско представништво" Војводине. Оно је подсећало и на обнављање бившег покрајинског међународноправног субјективитета (из последње фазе самоуправног развоја) па као „представништво у регионима европе и Бриселу" по Одлуци Уставног суда више није могло да постоји (додуше и било га је само на папиру, у претходном Статуту). Сада се може, а не мора, по захтеву Војводине оформити „посебна јединица" унутар државног дипломатско-конзуларног представништва ради јачања привредних, образовних и туристичких капацитета Покрајине (чл. 16 Статута).

Међу симболичко-политичким новинама битна је и она о традиционалном грбу и застави Покрајине, а што су заправо били симболи Војводовине Српске из 1848. године. Уставно право Покрајине да утврди своје симболе (по први пут га је Војводина уопште и добила овим Уставом), Уставни суд је ограничио тиме што то „уређивање" мора бити урађено самим Статутом. Искоришћена је и прилика да се покуша умањити значајно противљење грађана постојећим покрајинским симболима из 2002. и 2004. године, управо одређивањем и увођењем у употребу традиционалних симбола (чл. 9 Статута). За евентуалну промену постојећег грба и заставе до сада није било политичке већине ни у назнакама. Важност традиционалних симбола није само историјска, етничка и психолошка, већ и снажно политичка јер се њима посредно даје одговор на пренапрегнуто и трошено политичко питање – како је и када настала Војводина?

Овај Статут доноси битне промене у односу на претходни, када је у питању **уређење покрајинске власти**, почев од дефинисања покрајинских органа власти, Скупштине и Покрајинске владе, па до њиховог међусобног односа. То је из угла уставног права и најочигледнија разлика између два статута јер се сада војвођански политички систем од парламентарног, где влада владâ, померио ка скупштинском у коме је

[56] Због истог, погрешног схватања положаја припадника српског народа у Војводини престао је да постоји и Савет националних заједница – организациони део војвођанске Скупштине, налик некаквом прототипу горњег дома парламента – који су чинили по пола национална заједница у бројчаној већини, Срби и бројчано мање националне заједнице (остали) (чл. 40 Статута од 2009).

представничко тело прворедно. Статутом је измењен парламентарни систем, ономад креиран по узору на државни ниво тиме што Покрајинска влада није више на истој равни са Скупштином, а још мање је орган који води представничко тело путем својих предлога и активности. Тако, за разлику од бивших решења, у новом акту више се не може распустити Скупштина на образложени предлог извршног органа, приликом избора Покрајинске владе кандидат за њеног председника не износи и не образлаже њен будући програм, нема института интерпелације, гласања о неповерењу влади, оставке владе и др.

Руковођени Одлуком Уставног суда, писци Статута су на хоризонту покрајинске власти истакли Скупштину, што се види већ у дефиницијама покрајинских органа. Скупштина АП Војводине је њен највиши орган који обавља нормативне и друге функције, а Покрајинска влада је извршни орган одговоран Скупштини која и усмерава њен рад (чл. 30 и 44 Статута). Политичка одговорност Покрајинске владе према Скупштини своју кулминацију има у разрешењу председника извршног органа. То је и крај мандата Покрајинске владе. С друге стране, Покрајинска влада нема инструменте којима би утицала на статус Скупштине, већ се ова превремено једино може „самораспустити". За то је потребно да гласа више од половине укупног броја посланика (чл. 40 и 50 Статута). О положају Скупштине и Покрајинске владе казује и однос њихових аката. Једнодомна Скупштина остварује своју „нормативну функцију" тако што доноси Статут (уз сагласност Народне скупштине), покрајинске скупштинске одлуке и друге подзаконске акте. Покрајинска влада, пак, извршава законе и опште акте Скупштине тако што доноси покрајинске уредбе и друге акте који морају бити у складу са свим скупштинским прописима (чл. 31, 45 и 64 Статута).

Ипак, чист скупштински систем, за који је Уставни суд сматрао да је Уставом опредељен за Покрајину, тешко да је икад негде постојао, а поготово не у вишепартијском систему.[57] Стога је у покрајинску организацију власти уграђено (остало) и нешто што може однос Скупштине и покрајинске владе да учини функционалним, а што би се могло препознати као непожељан „парламентарни институт". То су остав-

[57] Скупштински систем је пре компилација (састав) неколико уставноправних и политичких теоријских модела, него што је систем организације власти који има, или је имао, трајније практично остварење у некој држави. Ниједан од скупштинских система који се најчешће таквим именују – јакобински терор (режим), италијански корпоративизам, разни социјалистички режими, политички системи Израела, Швајцарске и др, није се наметнуо као модел-узор скупштинског политичког система изграђеног на начелу јединства власти. Вид. Ратко Марковић, *Уставно право*, Београд 2013, 203–207.

ка председника Покрајинске владе, право кандидата за председника извршног органа да предложи његов састав, неспојивост посланичке и функције члана Покрајинске владе и др. (чл. 47, 48 и 51 Статута).[58] Због свог компактног политичког и стручног састава извршни орган је увек тај који је непрестано активан. Он планира, иницира активности и предлаже одлуке представничком органу чију подршку ужива, а који нема капацитет за свакодневно и брзо одлучивање. Тако је и једна од карактеристика односа Покрајинске владе и Скупштине да прва предлаже акте и мере, а да друга на повременим седницама о њима одлучује.

Што се тиче осталих покрајинских органа власти, измењен је положај „покрајинског заштитника грађана – омбудсмана" тако што је прецизирана његова надлежност и границе деловања у односу на републичког заштитника грађана и локалне омбудсмане (чл. 56 Статута). Направљене су и мање измене у положају покрајинске управе, брисањем права надзора који је имала Покрајинска влада (чл. 55 Статута).

**Надлежности** Војводине остале су у Статуту, иако им, стриктно правно гледајући, ту и није место јер су уређене законом по областима набројаним у Уставу. Ипак, сва досадашња највиша правна акта Покрајине садржавала су и покрајинске надлежности као послове које обавља Војводина, односно њени органи. Сада су покрајинске надлежности у Статуту трећи ниво уређивања, после Устава и закона. Тим покрајинским надлежностима једним делом се конкретизују уставне и законске одредбе по ресорном принципу, а уз то су дефинисане и на општи начин као „питања од покрајинског значаја" у некој области (саобраћај, индустрија, просвета...). С обзиром на претходно и по правној снази јаче регулисање покрајинских надлежности у Уставу и закону, њихова нормативна вредност (снага) у Статуту и није у првом плану, већ су задржане да би попуниле Статут и учиниле га целовитијим прописом. И да нема део о надлежностима, Статут би био највиши пропис Војводине, али сведен само на симболе и организацију власти, уз један број почетних „политичких одредаба".

[58] Могућност оставке председника Покрајинске владе просто је израз његове воље када у једном моменту више не жели (неће или не може) да обавља ту функцију. Када оставка не би постојала тешко би било сагледати последице хипотетичке ситуације да председник Покрајинске владе из неког разлога неће да обавља ту функцију и не обавља је, а формално је и даље председник јер не може да поднесе оставку. Одговор на питање да ли та оставка треба да носи и престанак мандата извршног органа логично произлази из положаја председника Покрајинске владе. Председник предлаже чланове Покрајинске владе (ствара „свој тим"), представља је и води, дакле персонализује је на неки начин. Отуда је правно доследно да његовим силаском са власти, оставком, и органу којим је руководио престане мандат.

Статут је током политичких припрема за његово усвајање **дописан са неколико термина.** Неки од тих израза су комбинација или просто спој два појма која имају исто или слично значење (логично да је онда ту нешто сувишно). По овој карактеристици Статут се донекле вратио на некадашње поље импровизације и стварања „новоговора", посебно негованог у самоуправљању. Већ је поменуто да је термин „националне мањине" проширен са „– националне заједнице", „Град Нови Сад" са „– седиште покрајинских органа", а „Покрајински заштитник грађана" са „– омбудсман". Све ово је плод страначких договарања који првенствено има симболичку тежину, али неспорно квари правни језик Статута.[59] Оно што је у погледу термина највише упадало у очи је то да овај Статут није успео да врати традиционално име покрајинског извршног органа власти.[60] Пре усвајања Статута политичким компромисом је преименован предложен назив „извршно веће" у „покрајинска влада".

Овакав Статут заједно са другим правним актима даје одређену меру аутономије. Да би се **садашњи обухват аутономије Војводине**, а чија је граница повучена Уставом, законом и Статутом, ваљано измерио као много, мало или оптимални (средњи) ниво аутономије, треба га упоредити са напред изнетим елементима правно-теоријског појма политичко-територијалне аутономије.[61] У прилог тврдњама да је оваква аутономија мала или недовољна[62] стоји чињеница да Војводина није законодавни субјект. Она, дакле, нема надлежност да доноси покрајинске

[59] Статут је задржао и термин „покрајинске скупштинске одлуке" из претходног Статута иако је унутар Радне групе за израду нацрта текста Статута било и сугестија да највиша општа акта које доноси војвођанска Скупштина буду „одлуке" (мада је термин одлука генерички, општи, безличан јер се користи за означавање акта који произлази из делатности и одлучивања, на пример, суђење – судска одлука). У прилог израза „одлука" за акта покрајинске Скупштине иде и чињеница да га Устав више пута помиње: „...покрајина доноси одлуке и друга општа акта", чл. 185, затим у чл. 180 помиње се „одлука" о изборима за посланике. У чл. 186 Устава даје се право Влади да покрене поступак за оцену уставности и законитости покрајинске „одлуке", пре њеног ступања на снагу, а потом Уставни суд може одложити ступање оспорене одлуке на снагу. Овде би се уставни термин „одлука" требао тумачити тако да он свакако обухвата и одлуку Скупштине која има и два придева – „покрајинска скупштинска одлука".

[60] Најдуже је коришћено име „Извршно веће" и његове варијације „Покрајинско извршно веће" и „Извршно веће Скупштине САП Војводине", а користили су се и називи „Главни извршни одбор Народне скупштине АП Војводине" и „Влада АП Војводине".

[61] Вид. фн. 19.

[62] Изведено из антитезе да Војводина ономад (1946) није добила статус републике јер је „срозана на улогу ратног плена Србије". Radivoj Stepanov, „Biti ili ne biti (država) pitanje je sad!", http://www.autonomija.info/radivoj-stepanov-biti-ili-ne-biti-drzava-pitanje-je-sad.html, 29. август 2014. године. О приказу сличних погледа на аутономију вид. Слободан Антонић, „Антисрбизам као средство етноинжењеринга и сецесионизма", *Досије Аутономна Покрајина Војводина*, Београд 2014, 191-206 и др.

законе којима би се друштвени односи уредили примарно (а не као сад секундарно), иако се закони аутономијâ и формално разликују од закона државе јер су ниже правне снаге и просторно ужег дејства. Војводина има право да доноси опште правне акте подзаконске снаге (покрајинске скупштинске одлуке и др.) којима се друштвени односи у Покрајини уређују детаљније али и деривативно (после закона).

Остали елементи правно-теоријског појма аутономије говоре у прилог оптималне, чак и истакнуте аутономности Војводине. Аутономија Војводине је у основи уставна категорија, пре него законска, јер је њен делокруг одређен прво Уставом а потом законом свакако детаљније у односу на Устав. Право надзора над уставношћу и законитошћу аката органа Војводине има независан државни орган, Уставни суд, а не политичко тело попут парламента државе (осим када је реч о претходној сагласности на предлог статута). Уставни суд је и чувар аутономног статуса Покрајине јер она може да му се обрати ради заштите аутономних права. Као ретко која аутономија, Војводина има право самоорганизовања („својим статутом уређује надлежност, избор, организацију и рад органа и служби које оснива“, чл. 183 Устава) и право да утврди своје симболе (заставу и грб) и начин њиховог коришћења. Аутономију Војводине јача и то што у њој нема посебног органа државе (гувернера, комесара, делегата, министра – Италија, Шпанија, Финска и др.) који би имао нека надзорна овлашћења. Војводина није као аутономна територијална заједница (целина) представљена у политичким централним органима (парламенту и влади), али неполитички државни органи имају представнике из покрајина – Уставни суд (најмање троје судија), Високи савет судства и Државно веће тужилаца (најмање по једног члана). Уз све ово, грађани у Војводини имају више политичких права него остали српски грађани јер је њихово бирачко право богатије – поред државног и локалних, бирају и покрајинско представничко тело.

### 4.3. Будућност и оцена Статута

На крају, ваља се запитати хоће ли овај Статут потрајати, бити дуговечнији од претходних. Ово свакако не зависи само од правног квалитета текста Статута. Већи је значај многих других разлога, првенствено политичке и интересне природе: снаге „централистичких“ и „аутономашких“ политичких странака, политичке истоврсности или

супротстављености републичке и покрајинске власти, економских услова, спољнополитичких односа и утицаја, општег слабљења или, пак, јачања државе, чак личних веза и интереса политичких првака и др. Гледајући уназад, трајање свих ранијих статута па и војвођанског Устава и Уставног закона, зависило је од уставних промена на нивоу државе. У скоро пола века социјализма измене највишег покрајинског прописа пратиле су и биле последица „динамичког развоја друштва" које је подразумевало готово непрестане уставне промене. Најдуговечнији Статут од 1991. (до 2009) је толико трајао опет не због неког посебног правног квалитета својих одредаба, већ због нарочитих политичких околности пре и после „петооктобарске револуције" из 2000. године.[63]

Садашњем Статуту се век трајања орочава и пре него што је заживео (још нису ни донете најважније покрајинске скупштинске одлуке), понајвише некаквим скорашњим променама Устава. Чује се да кад се измени Устав, силом хијерархије правних аката ће се као и до сада, по „домино систему", мењати и Статут. То је правно и искуствено тачно, али политички сасвим неизвесно. Јер чврст устав, попут нашег, не мења се лако, с обзиром на то да се и грађани изјашњавају на референдуму. А ако се Устав једаред и промени, „домина" ће доћи до Статута само ако се битно изменио део Устава о „територијалном уређењу".[64]

Нови Статут није правно савршен текст (ако такав уопште и постоји), нити је пуно остварење политичких циљева свих значајних политичких странака у Војводини. Али, оставити овом Статуту могућност да изгради и учврсти аутономију Војводине у Уставом оивиченом пољу, најмање је што би му требало дати. Од сада па надаље, на потезу је политика и док се буде одлучивало о дуговечности новог Статута треба добро промислити о уставности и правној сигурности на чији праг Србија већ једном мора стати. А и дужи останак овог Статута у нашем уставном поретку потврдио би правило да све што се с трудом створи жилаво и дуго траје.

[63] До 5. октобра 2000. године стожер у републичкој и покрајинској власти је иста политичка странка (Социјалистичка партија Србије) која је и донела тај Статут па није ни видела разлог да га мења јер се није мењао ни Устав од 1990. После 2000. године нова власт је излазила у сусрет захтевима за што више аутономије, а Статут је постајао све више скрајнут, нарочито Омнибус законом из 2002. године. Тек је нови Устав од 2006. подразумевао и нови Статут, у роковим одређеним спроведбеним Уставним законом.

[64] Дакле, ни евентуална промена уставне преамбуле (о Косову и Метохији), ни заклетве председника Републике (са Косметом), ни смањење броја народних посланика, ни дефинисање брака као полно неутралне заједнице, ни уношење тзв. „интегративне клаузуле" и шта још све не, а чиме се лицитира при критици Устава, неће се тицати овога Статута.

Са оваквим Статутом положај Војводине би остао у некаквој равнотежи, пристојно удаљен од центрипеталних и центрифугалних политичких сила. Као облик аутономије наслеђен из велике Југославије, Војводина је оивичена са два крајња става – оба су додуше данас политички маргинална. Једно је становиште да аутономију Војводине треба укинути, а друго је да је Војводина не тако давно, пре четврт века, стварно имала статус федералне јединице у савезној држави, а све те бивше федералне јединице су сада државе. Дакле, укидање наспрам максималног раста аутономије па чак и отцепљења. Овакав Статут је нека средина та два краја и, једноставно, по мери Устава ни „сепаратистички" ни „гушитељ аутономије".

## ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Један од услова функционисања правног система је усклађеност његових многобројних делова на начин да прописи (норме) мање правне снаге буду сагласни прописима веће правне снаге.[65] Због непрестаног стварања права склад правних аката никада није потпун. Ради тога постоје органи и поступци путем којих се правни систем континуирано проверава, усклађује и тако поправља. Ка том складу правних прописа иде се двојако: у фази доношења прописа проверава се његова уставност и законитост од стране самог доносиоца и/или уставносудског органа (претходна оцена уставности). После доношења акта, уставност и законитост се, по потреби, оцењују од стране посебног уставносудског или судског органа. Уколико се утврди да је норма или сав пропис неуставан или незаконит, он неће ни ступити на правну снагу или ће бити одстрањен из правног поретка. То су услови одржања напред поменуте функционалности система.

Проблем са складом правног система је већи уколико је у држави више субјеката који стварају право. Са те стране ово питање правног система отвореније је у федерацијама него у унитарним државама јер и федералне јединице стварају сопствени правни систем. Што се тиче унитарних држава, у оним државама где постоје аутономне јединице које стварају право, проблем усклађивања прописа потенцијално је већи него

[65] Услови функционисања правног система су и: да правна акта једнаке правне снаге не смеју бити противна међусобно, да су прописи одговарајући стварним животним условима, да развијају друштвене вредности, да имају трајност и др.

у „обично децентрализованим“ простим државама. Хијерархија правног система подразумева да, у првом реду, највиша правна акта ужих политичко-територијалних целина (федералних јединица, аутономија, локалних самоуправа) буду у складу са највишим актом државе, уставом. Управо је Србија пример државе у којој је тај постулат правног поретка био нарушен неуставношћу највишег правног акта аутономије, Статутом Војводине.

Историја аутономије Војводине и њених највиших прописа указује на неколико овде важних чињеница. У Хабзбуршкој монархији политичка и правна самосвојност је као тежња Срба остала неостварена, сведена на неке „историјске привилегије“. У југословенској Краљевини идеја аутономије сасвим је изгубила дотадашњи смисао јер су Срби из бивше туђинске Монархије (већина) постали грађани сопствене државе. Аутономија је политички и правно институционализована након Другог светског рата, што је и почетак доношења покрајинских највиших правних аката. „У“ или „у саставу“ федералне јединице Србије (већ како је јачао или слабио положај Србије према својим покрајинама), аутономна Војводина је, поред осталог, доносила и своја највиша правна акта: статуте, Уставни закон, све до Устава. О усклађености целокупног српског правног система институционално је (ни)мало вођено рачуна јер се динамика што децентрализованијег развоја (до коначне деетатизације) сматрала важнијом. То је довело до тога да је Србија од прелома уставности 1974. године практично федерализована, са себи политички и правно бар равним покрајинама.

Распад државе у којој је институционализована аутономија Војводине, СФР Југославије, довео је и до враћања Војводине у уставноправни систем Србије. Аутономна покрајина, уређена републичким Уставом од 1990. и Статутом од 1991, нема више природу федералне јединице већ је облик децетрализације унитарне државе. Статут је поново највиши покрајински правни акт са подзаконском правном снагом. Следећи Статут од 2009, пак, делом излази из тог подзаконског поља, нарушавајући хијерархију правног система државе. Та два статута различитог правног својства просто су плод другачијих политичких прилика – у потоњим су ојачале политичке снаге које се залажу за што више аутономије на рачун права државе. У фази доношења Статута од 2009. није било одговарајуће превентивне контроле уставности па је Уставни суд деловао репресивно и оценио неуставним већи број његових одредаба.

Нови Статут од 2014. је правно, па и политички, стабилизовао пољуљану аутономију Војводине која се оштро њихала између крајњих тачака путање нашег политичког клатна – укидања аутономије и, супротно, њеног прерастања у федералну јединицу или чак и отцепљења. Без амбиције да буде више од подзаконског прописа који је у складу са Уставом и законом, Статут подржава концепт аутономије уређен Уставом. Такође, преставши, бар на неко време, да буде неуралгична тачка политичког сукобљавања Републике и Покрајине, Статут има услове да учврсти овакав степен аутономије. Тиме ће допринети функционалности целог правног система државе.

Попут других „регионалних држава“, асиметричних и симетричних, Србија је градила сопствени систем аутономије унутрашњих територијалних заједница. Тај систем у протеклих више од шест деценија карактеришу велике амплитуде. Оно што је с тога лако претпоставити је да ће садржај аутономије и убудуће бити допуњаван и мењан али, надамо се, у уставним границама. Сада већ давним напуштањем пута федерализовања и подржављења Војводине (1989), а на који су ономад постепено ступали и највиши прописи Војводине, Србија је Уставом и законом створила својствен систем децентрализације са аутономним покрајинама. Његов један део, усклађен и трећи по важности, је највиши правни акт АП Војводине, Статут од 2014.

**Slobodan P. Orlović, Ph. D.**
**Associate Professor**
**University of Novi Sad Faculty of Law**

## HIGHEST LEGAL ACTS OF THE AUTONOMY OF VOJVODINA

***Summary***

*This article seeks to give a brief overview of all highest legal acts of Vojvodina, especially in the light of adoptions of the new Statute from 2014. Even such „non-monography" overview may contribute to finding answers to some of the „eternal" questions related to constitutional system, the first being how to make the system more functional, then up to which level a state shold be decentralized, whether an asymmetry of internal order builds up or breaks down a state, etc.*

*The example of earlier autonomy of Vojvodina and its highest legal acts is the evidence that in Serbia there has not been permanent and consistent conception of the autonomy. The province, starteing from the ordinary level of autonomy came to the point of federal unit (state) which was confirmed by the provincial Constitution of 1974. Then Vojvodina has been returned to the status of political-territorial autonomy which highest legal act is again the statute –based on the legal force, a by-law.*

*In this article briefly addresses some questions of hierarchy of legal acts, the theory and the comparative notion of autonomy, history of the idea of Vojvodina autonomy and the contents of earlier statutes of Vojvodina, the Constitutional law and the Constitution. All of these were necessery to better understand norms of the new 2014 Statute and determine its place in the legal system of Serbia.*

***Key words**: legal acts of province, autonomy, constitution, statute, Serbia, Vojvodina.*

УДК 342.36/.37

# НЕКИ АСПЕКТИ ЗАКОНОДАВНЕ ДЕЛЕГАЦИЈЕ У ПАРЛАМЕНТАРНИМ СИСТЕМИМА

**Мр Милан Пилиповић***

***Апстракт:*** *Основна надлежност парламента је доношење закона, као најзначајнијих општих правних аката. Изузетно, парламент може пренијети дио законодавних овлашћења на владу, а у ванредним приликама и на шефа државе. Законодавна делегација представља реалност, али и нужност у функционисању савремених парламентарних система. Међутим, њоме се и дерогира уставом предвиђена подјела надлежности између легислативе и егзекутиве, због чега се делегација уређује рестриктивно. У анализи законодавне делегације поставља се више питања: њен појам, основ преношења законодавне функције на извршну власт, субјекти који судјелују у законодавној делегацији, услови и границе законодавне делегације, правна природа делегираних аката, механизми надзора над таквим актима, те законодавна делегација и примјена закона ЕУ. У раду ће се анализирати нека од наведених питања законодавне делегације у редовним околностима.*

***Кључне ријечи:*** *законодавна делегација, парламент, влада, овлашћење, уредба, право ЕУ.*

## Увод

Када се говори о законодавној делегацији, прво и основно питање је основ преношења законодавне функције на извршну власт. Суштину нормативне дјелатности извршне власти представља доношење аката ради примјене закона. Осим тога, ту су и прописи којима се регулишу

* **виши асистент на Правном факултету Универзитета у Бањој Луци**

организација извршне власти (владе) и органа управе. Међутим, треба разликовати уредбе за примјену закона од уредби донесених на основу изричитог законског овлашћења које се називају уредбе са законском снагом. У овом другом случају ради се о преношењу дијела законодавне функције на извршну власт. Уредбе се могу доносити у редовним приликама (обично због потребе за брзим, ефикасним и стручним регулисањем одређених питања) или у вријеме ванредних стања (ратне уредбе).

Имајући у виду, прије свега редовне околности, поставља се питање која се материја може делегирати и зашто, односно које су границе, а који услови делегације законодавне функције. Друго питање које се поставља јесте, којим се органима може делегирати законодавна функција[1], правна природа делегираних аката, механизми надзора над таквим актима, те законодавна делегација у контексту примјене правних аката ЕУ.

Због ограниченог обима рада, овом приликом ћемо анализирати појам делегације законодавне надлежности, одредити субјекте који судјелују у законодавној делегацији, а биће ријечи и о границама и условима законодавне делегације и њене неопходности у примјени права ЕУ.

## Појам и правна природа законодавне делегације

Законодавну делегацију, или како је поједини позитивни прописи називају пренос/давање овлашћења (њем.Ermachtigung, Ubertragung, франц. Habilitation, тал. Delegazione, енгл. Delegation), ваља сагледати у ширем контексту појма делегације као института јавног права. Употреба овог назива датира у прошлост, прије настанка парламентарног система власти. Међутим, значења која су му се приписивала током времена, међусобно су се разликовала. Једна од првих употреба ријечи „делегација“ везана је за системе власти на монократском начелу. Сматрало се да је носиоцу извршне власти у држави, та власт делегирана било од бога, било од народа. Нешто касније се под појмом делегације подразумијевало овлашћење одређених субјеката, нпр. министарских вијећа, која су у почетку дјеловала као продужена рука монарха, а с временом постала самостални носиоци тих овлашћења, уз искључиво формалну везу са монархом који им је изворно „делегирао“ дио својих

[1] У доношењу делегираних аката поставља се питање улоге шефа државе, тј. његова функција промулгације закона.

надлежности.[2] Афирмацијом начела подјеле власти и разграничавањем надлежности између појединих органа власти, развила се тенденција ограничавања располагања и преношења овлашћења. Стога се развијају различита схватања делегације уопште, па тако и законодавне делегације, зависно од тога да ли су њихови творци и заговорници били склонији извршној власти и давању легитимитета њених активности, или су, насупрот, настојали указати на неприхватљивост такве праксе.[3]

Данас не постоји јединствена дефиниција која би обухватила све облике делегације у оквиру јавног права нити свеобухватна дефиниција законодавне делегације која би је прецизно разграничила од изворног уставног овлашћења. Стога је сваку делегацију, па тако и законодавну, најлакше дефинисати описно. Наиме, ради се „о преношењу дијела законодавне власти са парламента на владу. Акта владе, донесена на основу делегације власти, су уредбе са законском снагом, ратне уредбе. Законодавна овлашћења могу се пренијети на владу под одређеним условима (основ за делегацију је у уставу или закону), у посебним околностима (рат, непосредна ратна опасност, ванредно стање), у ограниченом обиму (обим овлашћења се утврђује прецизно) и ограниченом времену (ратне уредбе трају само док постоје разлози који су изазвали увођење ванредног стања). Акта које влада доноси по основу делегације власти, обавезно се подносе на потврду парламенту“.[4] Проф. М. Јовичић истиче да се о делегираном законодавству, односно доношењу уредби са законском снагом, говори онда када парламент своје овлашћење на доношење закона у појединим ситуацијама делегира влади. Техника делегирања овлашћења састоји се у томе што парламент или доноси тзв. законе о пуним овлашћењима, односно законе о хабилитацији, којима овлашћују владу да умјесто њега у потпуности регулише одређене материје, или усваја тзв. оквирне законе (законе-скелете), у којима веома сумарно, путем малог броја начелних и општих одредби, одређује оквире за прецизније регулисање које препушта влади.[5]

Дакле, уочавамо три карактеристике законодавне делегације: давање овлашћења које наликује на пренос дијела овлашћења једног органа на други орган; овлашћење делегирајућег субјекта да одлучује о на-

[2] Пракса делегираног законодавства се најприје јавила у Француској почетком 20 вијека, а касније се проширила и на друге земље.

[3] О еволуцији идеје и теорији о законодавној делегацији види: Сања Барић, *Законодавна делегација и парламентаризам у суврeменим еуропским државама,* Ријека 2009, стр. 8–50.

[4] Маријана Пајванчић, *Парламентарно право*, Београд 2005, стр. 198.

[5] Миодраг Јовичић, *Изабрани списи,* књ. 5, *Уставни и политички системи*, Београд 2006, оп. цит. стр. 428.

станку, садржају и егзистенцији датог овлашћења; дерогација постојећег система надлежности.

Делегација подразумијева само привремени пренос овлашћења у оквиру постојеће расподјеле надлежности, а делегирајући субјект не престаје бити носилац овлашћења. Тако, упркос делегацији, није ограничен у извршавању делегираног овлашћења. Међутим, делегација подразумијева и давање новог овлашћења органу које раније није имало. Наиме, егзекутива на основу овлашћујућег закона добива ново овлашћење – овлашћење дјеловања у домену законодавне надлежности. Основ њеног дјеловања је конкретан овлашћујући закон. Њено је овлашћење створено и ограничено њиме. Стога, иако је створено ново (законодавно) овлашћење егзекутиве, оно је, ипак, различите природе и мањег обима. Наиме, парламент одлучује у којем ће тренутку, у којим границама или којем обиму, овластити егзекутиву да регулише одређене односе. То не значи да је парламент сасвим неограничен у свом одлучивању о делегацији. Парламент дјелује на основу уставног оквира законодавне делегације, било да је она изричито уставом предвиђена, утврђена уставносудским тумачењем или је прихваћена уставним обичајем.[6] Тако нпр. устав одређује која се овлашћења могу пренијети, односно чешће негативним одређењем, која се не могу пренијети, те временско раздобље на које се може дати овлашћење.

Без обзира на уставни основ, парламент, иако овлашћен да делегира дио својих надлежности, није обавезан да то доиста и чини. Конкретна делегација зависи о његовој вољи. Егзекутива којој се може делегирати законодавно овлашћење, није самим постојањем правног основа за делегацију овлашћена и не може захтијевати пренос појединих овлашћења, већ то може само предложити парламенту који ће донијети коначну одлуку.

Међутим, из норми Устава Француске произилази да захтјев владе парламенту да је „овласти да уредбама на одређено вријеме уређује питања која иначе припадају у законодавну надлежност“, а „ради

[6] Проф. С. Сокол истиче како се „у прилог уставности законодавне делегације, када устав о томе шути, наводи и опште правно начело да је допуштено све што није изричито уставом забрањено“, С. Сокол, Б. Смердел, *Уставно право*, Загреб, 1988, стр. 218. Међутим, приклонили би се ставу да је за државне органе примјереније рестриктивно тумачење њиховог положаја и овлашћења у складу са начелом да је њима „дозвољено само оно што је изричито прописано“, уз евентуалну корекцију и проширење схватања појма „изричито прописано“ уставносудским тумачењима, која узимају у обзир вриједности владавине права и заштите људских права и слобода. Законодавна делегација у неким државама, чији је устави не спомињу, добија легитимитет ванредним околностима. Види: А. Бачић, *Парламентарно право Хрватске и поредбене парламентарне процедуре,* Сплит, 2004, стр. 292–293.

провођења свог програма“, представља conditio sine qua non сваке делегације.[7]

Кад се ради о законодавној делегацији, у правилу се делегирана овлашћења заиста и користе, будући да је често егзекутива и тражила законодавну делегацију. Међутим, егзекутива није обавезна да и користи добивена овлашћења, нити се то у правилу може од ње и захтијевати, иако има и супротних ставова (Италија).[8] Обавеза доношења уредби на основу законског овлашћења јавља се првенствено у контексту чланства у ЕУ и правних обавеза које за државе чланице из њега произилазе, о чему ће касније бити ријечи.

Законодавном делегацијом, у сваком случају, дерогира се уставом предвиђена подјела надлежности између легислативе и егзекутиве. Свака делегација, без обзира на постојање уставне (законске) основе, представља више или мање интензивну дерогацију основне подјеле надлежности.

Законодавна делегација изазива расправе, јер доводи у питање принцип правне државе да законодавну власт врше представници народа, изабрани непосредно од стране грађана (бирача). Преношењем основне функције парламента на органе извршне власти, постоји, како то проф. И. Пејић истиче, „опасност да влада узурпира делегирану надлежност и повриједи основни принцип националног суверенитета ... зато се сматра сврсисходним делегирање надлежности само у ванредним ситуацијама да би систем у техничком смислу могао да функционише“.[9]

Упркос томе, коришћење законодавне делегације у савременим парламентарним државама је непобитна чињеница. Делегација се брани разлозима практичне нужности, а са њом се овлашћења не преносе трајно. Осим тога, на парламенту је одлука о свим битним параметрима конкретне законодавне делегације. Стога је кључно питање одређивање граница законодавне делегације и стварање ефикасних механизама њене контроле. Контрола општих правних аката уопште, па тако и уредби донесених на основу делегације, у надлежности је уставних судова.

Делегирано законодавно овлашћење није идентично и законодавним

[7] Устав V републике, чл. 38. ст. 1.

[8] С. Барић истиче да талијанска доктрина сматра да влада, као делегатар, мора извршити делегирану област и то у разумном року. Влада у стварности тако не поступа, а Уставни суд Италије никада није реаговао не недјеловање владе и неизвршавање делегираног законодавног овлашћења. Будући да нема ни изричите уставне норме, у том смислу ни континуиране праксе, јасно је да се не ради о неписаном уставном правилу, већ доктринарном тумачењу уставне норме. Сања Барић, *Законодавна делегација и парламентаризам у сувременим европским државама,* Ријека 2009, стр. 57.

[9] Ирена Пејић, *Парламентарно право*, Ниш 2011, 36.

овлашћењима парламента, као изворном носиоцу законодавне функције. Оно се од њега разликује својим предметом (објектом) и постојањем циља, сврхе, због којег је додијељено законодавно овлашћење.[10]

Делегирано законодавно овлашћење не омогућава егзекутиви нормативну регулацију свих правних односа, што је објект изворне законодавне функције парламента, већ је ограничава на одређену материју утврђену делегирајућим законом. Која је то материја, тј. који ће се друштвени односи моћи регулисати, зависи од политичке воље парламента. Међутим, могући садржај делегирајућих закона, готово је увијек ограничен уставним нормама, било да уставне норме утврђују експлицитно која материја не може бити објект законодавне делегације,[11] било интерпретацијом уставних норми од стране уставних судова. Тако Основни закон Њемачке, поред изричитог утврђења да његове измјене не могу бити предмет законодавне делегације,[12] утврђује да се извршној власти не може делегирати регулација неке материје која би суштински, интезивно, задирала у људска права. Да ли је у неком случају делегације извршној власти регулисања одређених односа дошло до „интензивног, суштинског задирања у људска права", одлучује Савезни уставни суд. Дакле, степен прецизности одређења предмета делегације у уставу може представљати основ за оцјену уставности законодавне делегације, односно делегирајућег закона. У сваком случају, предмет делегираног законодавног овлашћења увијек је ужи од предмета изворних законодавних овлашћења. Другим ријечима**,** пренос законодавног овлашћења са парламента на владу увијек је ограниченог обима. Стога се у „акту којим парламент делегира егзекутиви законодавну надлежност прецизно наводе овлашћења владе у вези са пренесеним законодавним надлежностима, или се прецизно наводе области које се изузимају са листе питања о којима влада може доносити уредбе са законском

[10] Делегирано законодавно овлашћење идентично је законодавном овлашћењу по питању садржаја, а то је нормативна дјелатност која се изражава кроз доношење општих правних аката.

[11] Ради се о материји која је на основу устава у искључивој надлежности парламента као носиоца законодавне власти, односно о материји која може бити нормирана само законом, а не и другим нижим правним актима. Већина правних поредака садржи негативно одређење набрајајући материје које не могу бити предмет законодавне делегације (Италија, Француска, Њемачка, Хрватска).

[12] Основни закон спомиње да је нужно доношење закона у парламенту приликом ратификације међународних уговора којима се уређују политички односи државе или која се односе на законодавна питања (члан 59. ст. 2), измјена Основног закона за које се захтијева 2/3 већина оба дома (чл. 79. ст. 2), те ограничење личне слободе (чл. 104. ст. 1). Савезни парламент Њемачке може делегирати само материју из своје надлежности, а не и материју која је која је у надлежности федералних јединица.

снагом“.[13]

Делегација законодавних овлашћења врши се због постизања одређене законодавне сврхе. Један од услова уставности делегирајућих закона је потребан степен прецизности у одређивању сврхе и циља који се требају остварити коришћењем делегираног законодавног овлашћења.

## Основни субјекти законодавне делегације

Основни субјекти законодавне делегације су делегирајући субјект (делегант) и субјект на којег се преноси делегирано овлашћење (делагатар).

Законодавно овлашћење може делегирати искључиво парламент, као изворни носилац законодавне функције. За делегацију мора постојати уставно овлашћење, али постојање уставног основа не значи да је парламент правно обавезан да је и изврши. О делегацији законодавног овлашћења одлучује се у редовном законодавном поступку. Тако у доношењу делегирајућег закона у Њемачкој судјелују оба дома парламента, с тим да горњи дом (Бундесрат) има право апсолутног вета на све оне законе које регулишу материју за које Основни закон захтијева сагласност Бундесрата.[14] Исто тако, имамо судјеловање горњег дома и у Француској[15] и Италији[16] при доношењу делегирајућих закона које се не разликује од законодавног поступка за законе који не садрже делегирајуће одредбе.

Парламент самостално одлучује када ће донијети закон о делегацији, те у оквиру уставних ограничења одређује његов садржај. Законодавну иницијативу имају исти субјекти као и код неделегирајућих закона.[17] Изузетак од овог правила имамо у француском Уставу, гдје је институт делегације, из члана 38 Устава, инструмент у рукама Владе. Наиме, само Влада може, а не и поједини посланици, поднијети захтјев

[13] Маријана Пајванчић, цит. дј. стр. 120.

[14] Члан 76–78 Основног закона. Иако поједини чланови утврђују нужну сагласност Бундесрата, Основни закон не садржи прецизан попис материје за коју је неопходна сагласност Горњег дома. У крајњој линији о томе одлучује Савезни уставни суд.

[15] Устав Француске члан 45–47. (Домови су у начелу равноправни, али Национална скупштина има предност у односу на финансијске законе те доноси коначну одлуку у случају несагласности, осим ако се не ради о органском закону којег доноси Сенат.

[16] Устав Италије, члан 70–73.

[17] Члан 76 Основног закона Њемачке; Члан 70 Устава Италије; члан 84 Устава Хрватске.

парламенту да је, ради провођења свог програма, овласти да уређује питања која иначе спадају у надлежност парламента. Влада, дакле, од парламента захтијева сагласност за доношење ордонансе за одређени период, и то у области која улази у редовну законодавну надлежност. Посланици чак не могу предложити ни амандман којим би проширили делегирано овлашћење у односу на владин приједлог овлашћујућег закона. Амандмани посланика могу само ограничити предложена владина овлашћења или утврдити посебне поступке надзора над извршавањем делегираног овлашћења.[18] Треба истаћи да протеком рока делегације, влада више не може да мијења своју ордонансу, већ иста материја мора бити уређена законом парламента.

Субјекти на које се преноси делегирано овлашћење (дестинатор) су извршна власт (егзекутива), као и државни органи управе. Ипак, могућност избора органа извршне власти, као конкретних дестинатора, разликују се у појединим државама. У неким парламентарним системима предвиђена је делегација влади, као колективном органу. Тако Устав Француске изричито наводи како уредбе на основу законског овлашћења доноси Министарско вијеће као цјелина.[19] Устав Италије утврђује да је влада једино тијело које може бити овлашћено на доношење уредби са законском снагом.[20] Дакле, у Француској и Италији се не може законодавно овлашћење делегирати појединим министрима или другим органима унутар владе, нити влада може добивено законодавно овлашћење даље делегирати појединим министрима, односно другим управним органима. Иста је ситуација и у Хрватској.[21]

Другачије рјешење, дјелимично условљено и федералним уређењем ове државе, имамо у Њемачкој. Наиме, Основни закон утврђује[22] да овлашћење доношења уредби на основу законодавног овлашћења може бити пренесено Савезној влади, савезном министру или покрајинским владама.[23] Савезни парламент може изабрати субјекат којем намјерава пренијети овлашћење, при чему може овластити више њих, нпр. два или више савезних министара, или савезну владу и савезног министра

[18] Влада може спријечити усвајање сваког законског приједлога или амандмана који се противи претходно усвојеној законодавној делегацији.

[19] Члан 38. ст. 2 Устава Француске.

[20] Члан 76. Устава Италије. Исто тако и члан 77 говори о уредбама из нужде.

[21] Члан 87. ст. 1 Устава Хрватске.

[22] Члан 80. ст. 1.

[23] Пренос законодавних овлашћења покрајинских парламената на покрајинску извршну власт регулисан је појединим покрајинским уставима.

заједно. Имајући у виду федерално уређење државе, савезни парламент не може овластити савезни орган и покрајинску владу, односно двије или више покрајинских влада, да заједно доносе уредбе.[24] У вези с тим, уредбу мора донијети онај на кога је овлашћење пренесено – ако је овлашћен савезни министар, уредбу не може донијети влада у цјелини и обрнуто. Међутим, овлашћујућим законом се може оставити могућност делегатару да овлашћење за доношење уредби пренесе на неког трећег (субделегација), нпр. на савезну или покрајинску управну агенцију или неки други орган са јавним овлашћењима.

Даљна специфичност у избору дестинатара законодавне делегације у Њемачкој произилази из утврђене подјеле законодавне надлежности између савезне државе и појединих федералних јединица (покрајина).[25] Тако је чланом 71 Основног закона утврђено да у подручјима која спадају у искључиву надлежност савезне државе, покрајине могу имати законодавна овлашћења само ако им се такво овлашћење изричито додијели и у оном обиму у којем им се да. Дакле, савезни парламент у Њемачкој може бирати хоће ли дио свог законодавног овлашћења из своје искључиве надлежности пренијети покрајинском парламенту, проширујући његову надлежност (на основу члана 71), или ће овластити покрајинску владу да ту материју регулише својим уредбама (основ члан 80. ст. 1). Уставним амандманима из 1994. године, допуњен је члан 80, те је сада покрајина, у случају када савезни парламент овласти покрајинску владу (законодавно овлашћење) да доноси уредбе са законском снагом, овлашћена да исту материју, и уз иста ограничења, регулише и покрајинским законима. Овлашћена покрајина, дакле, може изабрати хоће ли делегирано овлашћење извршити њен законодавни или извршни орган. Рећи ћемо још да се у Великој Британији делегирање нормативних овлашћења може извршити и појединим министрима, те и другим управним органима, локалним органима итд.[26]

[24] Осим тога, савезни парламент не би могао одредити пренос овлашћења покрајинском министру као појединцу јер покрајински министар није у уставу наведен као субјект којем би се могла пренијети законодавна дјелатност.

[25] Основни закон утврђује искључиве надлежности савезне државе (чл. 73, 105), конкурентну надлежност савезне државе (чл. 74, 74 а, 105); законодавне надлежност покрајина (све остало што није стављено у надлежност савезне државе) у члану 70.

[26] О томе више: Hilaire Barentt, *Constitutional & Administrative Law*, London 2004, 404.

## Услови и границе законодавне делегације

Делегација законодавног овлашћења није сталног карактера, већ је ограничена у временском и материјалном смислу. Наиме, делегацијом, као што смо већ рекли, долази до дерогирања уобичајене подјеле надлежности између законодавних и извршних органа, што на дужи период може довести до трајнијег поремећаја равнотеже између наведених органа, а што на крају угрожава демократију и владавину права. Да би се то спријечило, законодавна делегација не може бити дата на неодређено вријеме,[27] односно многе државе ограничавају трајање делегираног овлашћења. У Француској влада може захтијевати да је парламент овласти „на одређено вријеме“[28] да уредбама уређује питања која иначе спадају у законодавни дјелокруг. Устав није прописао временске границе, већ их одређује сваки појединачни овлашћујући закон. Устав Италије омогућава делегацију само на „одређено вријеме“, не прописујући, притом, максимално трајање преноса овлашћења.[29] Дакле, сваки делегирајући закон одређује (различито) трајање делегираног овлашћења, али оно се свакако креће унутар мандата истог сазива парламента.

Устав Хрватске одређује да Хрватски сабор може овластити Владу „највише на вријеме од годину дана да уређује питања из његове надлежности“.[30] Овлашћујући закони од 1991. године до данас, нису садржавали краћи период унутар којег је влада могла доносити уредбе са законском снагом, већ се протеком године дана од доношења делегирајућег закона, у правилу на првом јесенском засједању Сабора, доносио нови закон истог или сличног садржаја. Међутим, употреба делегирајућих овлашћења унутар године дана, у периоду од 1996. до 1999. године, била је ограничена на период када Сабор не засједа, само „у случају потребе нарочито хитног рјешавања појединог питања“.[31] Од 2000. године Влада Хрватске је овлашћена да доноси уредбе са за-

[27] „Законодавна делегација мора бити изричито дата Влади... уз утврђивање рока коришћења. Делегација не може бити дата прећутно нити за неодређено вријеме.“ (Чл. 84. ст. 3 Устава Шпаније)

[28] „Влада може, ради спровођења свог програма, тражити од парламента овлашћење да путем ордонанси предузима, за одређено вријеме, мјере које редовно спадају у област закона...(члан 38 Устава Француске).

[29] „Вршење законодавне функције може се повјерити Влади, само ако се одреде начела и смјернице овога и само за ограничено вријеме и за одређене предмете“ (чл. 76 Устава Италије).

[30] Члан 87 Устава Републике Хрватске.

[31] Види члан 1 ст. 3 Закона о овлашћењу Владе Републике Хрватске из 1996, 1997, 1998, 1999.

конском снагом искључиво током љетне и зимске паузе када Сабор не засједа (између 15. јула и 15. септембра, те 15. децембра и 15. јануара), односно у раздобљу евентуалног распуштања Сабора до конституисања новог сазива.[32] Њемачки устав не предвиђа временско ограничење делегираног овлашћења, па његово евентуално постојање у цијелости зависи од делегирајућег закона.

Дакле, ограничење овлашћења се разликује у појединим државама, са врло честом непрецизном формулацијом („док за то постоји потреба"). Једино у Хрватској имамо прецизно временско одређење. То не представља проблем будући да се сваке године у исто доба доносе делегирајући закони који су садржавали једнако широка овлашћења.

Поред временског ограничења, законодавна делегација може бити ограничена и у материјалном смислу. Наиме, уставом се дефинише одређена материја, односно појединих друштвени односи који могу бити регулисани само законом чије доношење је у надлежности парламента, чиме се искључује употреба свих других нижих аката.[33] Ради се о материји која је на основу устава у искључивој надлежности парламента, као носиоца законодавне власти. Тако нпр. све одредбе о људским правима из Основног закона у Њемачкој, наводе да се оне могу ограничити само законом, о чему је раније било ријечи. Исто тако, и многе одредбе Устава Италије изричито предвиђају да одређену материју (нпр. већину одредби о људским правима, организација Владе, организација судова итд.) треба законом регулисати парламент. Устав Републике Хрватске такође утврђује да Сабор може овластити Владу да уредбама уређује „појединa питања из његовог дјелокруга, осим оних која се односе на разраду Уставом утврђених људских права и основних слобода, национална права, изборни систем, организацију, надлежност, начин рада државних органа и локалне самоуправе".[34] Устав је тако одредио подручја која су у искључивој надлежности Хрватског сабора. За регулисање наведених области Устав је предвидио доношење органских закона.[35] Наравно, осим материје која се регулише органским законима, сва уставна материја за коју Устав предвиђа доношење уставног закона

[32] Закон о овлашћењу Владе Р. Хрватске да својим уредбама уређује поједина питања из надлежности Сабора, Народне новине бр. 84/2001; 113/02, 159/03, 136 /04, итд.

[33] У литератури се наилази на појам „законодавни резерват" односно „резерва".

[34] Члан 87. ст. 3 Устава Републике Хрватске.

[35] Тако члан 82 Устава утврђује да се закони у овим областима доносе већином гласова свих посланика или чак двотрећинском већином свих посланика, као што је то случај код закона којима се уређују права националних мањина.

(нпр. измјена Устава), такође спада у подручје које не може бити предмет законодавне делегације. Иако то уставни текст не наводи, могло би се закључити да постоји још материје која, по природи ствари, не би могла бити предмет делегације. То су нпр. ратификација међународних уговора, усвајање буџета, завршног рачуна и сл.

Од општег правила да делегација законодавних надлежности није општа, има изузетака. Тако Устав Француске таксативно наводи области у којима се простире законодавна надлежност парламента,[36] али и допушта[37] да управо та подручја буду предмет законодавне делегације.[38] Уставне одредбе не спомињу законске резерве, али наводе да се међународни уговори потврђују „у облику закона“[39], па је очигледно да се њихова потврда не би могла делегирати влади. Сва даљна материјална ограничења одредило је Уставно вијеће, које је својим одлукама утврдило да влада уредбама може регулисати цјелокупну законодавну материју која се иначе регулише обичним законима, укључујући и дијелове фискалне материје, док с друге стране, не може се делегирати материја која се, у складу са уставним одредбама, регулише органским законима. То нпр. укључује изборне законе, број чланова и трајање мандата сваког Дома, оквирно законодавство о јавним финансијама, организација, рад и поступак пред Уставним вијећем итд .[40]

Захтјевом да се одређена материја може регулисати само законом обезбјеђује се да доношење одређених политичких одлука од суштинске важности буде у парламенту као представничком органу народа. Обавеза да се поједина материја регулише законом обезбјеђује и уставним судовима могућност надзора уставности конкретних политичких одлука егзекутиве и легислативе, а уједно ствара и могућност контроле сагласности подзаконских аката са тим законом.

Утврђивање материје која може бити предмет делегације, трајније регулише односе између легислативе и егзекутиве у правцу јачања легислативе (парламента). Међутим, то се не може потпуно тврдити када је у питању секундарно законодавство ЕУ и његова примјена у државама

[36] Члан 34 Устава Француске. Материја (области) која није изричито набројана у овом члану не спада у надлежност парламента, па је уредбодавног карактера, тј. влада те области уређује својим уредбама.

[37] Влада може, ради спровођења свог програма, тражити од парламента овлашћење да путем ордонанси предузима, за одређено вријеме, *мјере које редовно спадају у област закона*...(чл. 38).

[38] Та акта владе (ордонансе) не подлијежу контроли пред Уставним савјетом.

[39] Члан 53 ст. 1.

[40] С. Барић, цит. дј. стр. 134 и 135.

чланицама тј. провођење у национални правни поредак. Овом приликом кратко ћемо се осврнути на питање законодавне делегације у контексту чланства у Европској унији.

## Законодавна делегација у контексту чланства и примјене права ЕУ

У ЕУ постоје пет врста аката које доносе њени органи, између осталих директиве и уредбе. Уредбе се директно примјењују на грађане држава чланица, односно, у начелу, није допуштено доношење националних прописа за њихову примјену и провођење, осим ако саме уредбе то непосредно захтијевају. За разлику од њих, директиве такође обавезују државе чланице с обзиром на резултат који треба постићи, али је за њихову примјену неопходна интервенција државе у облику нормативних аката. Директиве остављају слободу избора облика и начина примјене у унутрашњем поретку, а државе веома често користе институт законодавне делегације,[41] препуштајући владама испуњавање обавеза провођења мјера ЕУ у домаћи правни поредак. Брзина доношења уредби на основу законског овлашћења је главни аргумент који Европски парламент наводи у прилог употребе института законодавне делегације у примјени секундарног законодавства ЕУ.[42] Провођење директива је везано за одређене рокове, обично 18 или 24 мјесеца од дана објављивања у Службеном гласнику ЕУ. У случају да државе не донесу мјере за спровођење директива, унутар назначеног рока, и она може имати директне учинке.[43]

Треба истаћи да и у доношењу уредаба и директива ЕУ, тј. секундарног законодавства, судјелују искључиво представници влада чланица, а не и парламената. Наиме, најважнију улогу у доношењу секундарног законодавства[44] има Савјет ЕУ (неформални назив ове институције је Савјет министара ЕУ), који чине ресорни министри држава чланица. Они представљају своје владе. Тиме се отвара питање надзора над владом

[41] Разлика између законодавне делегације уопште и законодавне делегације ради примјене секундарног законодавства ЕУ, састоји се у чињеници да је велики дио предмета делегације утврђен a priori.

[42] Извјештај Dehousse, Doc. AN br. 38 od 3. maja 1967, према С. Барић, цит. дј. стр. 168.

[43] Миле Дмичић, *Уставно право, допуна основној литератури*, Бања Лука 2011, 223.

[44] Законодавство ЕУ усвајају Европски парламент заједно са Савјетом ЕУ (Савјетом министара), сам Савјет ЕУ министара и Европска комисија са правом законодавне иницијативе односно предлагања аката.

као креатором правних прописа надређених у односу на акте парламената држава чланица, односно питање надзора над владиним судјеловањем у европском законодавном поступку. Судјеловање извршне власти у међународним односима се манифестује у виду склапања међународних уговора. Њихова ратификација у парламенту представља извјестан вид надзора парламента. Међутим, то није примјењиво на секундарно законодавство ЕУ јер, будући да се примјењује на основу Оснивачког уговора, оно није подложно посебној ратификацији. Дакле, парламент државе чланице, који нема могућност директног утицаја на садржај аката ЕУ, има само слободу одлучивања хоће ли секундарно законодавство ЕУ примијенити својим актима (законом) или ће тај задатак делегирати влади, будући да је она и судјеловала (преко свог представника) у европском законодавном поступку.

Стога се поставља питање могућности утицаја парламената држава чланица на креирање секундарног законодавства. На који начин може парламент државе чланице ЕУ остварити надзор над властитом владом у односу на законодавство ЕУ? Навешћемо примјер Њемачке.

Њемачка је измјенама и допунама Основног закона (децембар 1992), између осталог, регулисала питање судјеловања савезног парламента у пословима ЕУ, обавезе Савезне владе у односу на поступак стварања секундарног законодавства ЕУ, те судјеловања покрајина (земаља) преко Савезног вијећа. Наиме, уставним одредбама[45] утврђено је да у пословима ЕУ учествује Бундестаг, а посредством Горњег дома (Бундесрата) и покрајине. Савезна влада је обавезна, у најкраћем могућем року, опширно извјештавати оба дома парламента. Осим тога, Савезна влада, прије судјеловања у изради законодавних аката, мора дати Савезном парламенту могућност изјашњавања. Приликом преговора у органима ЕУ, Влада мора узети у обзир ставове Бундестага. Исто тако, прецизиране су и ситуације у којима је нужно судјеловање Горњег дома, одређујући начин његовог утицаја на Савезну владу. Уставним измјенама предвиђено је и оснивање два тијела за провођење парламентарног надзора сваког дома. Тако је утврђено[46] да Бундестаг именује Одбор за питања ЕУ, којег може овластити да према Савезној влади обавља права Бундестага из члана 23 Основног закона.[47] Бундесрат, ради обављања послова ЕУ, може основати Европско вијеће, састављено од чланова сваке покрајине, чије одлуке важе као одлуке цијелог дома.

[45] Члан 23 Основног закона.

[46] Члан 45.

[47] Сарадња Савезне владе и Бундестага у пословима ЕУ додатно је регулисана Савезним законом из 1993, а рад Одбора за питања ЕУ детаљније је уређен Пословником.

Основне обавезе Савезне владе су пружање информација Бундестагу о свим приједлозима правних аката ЕУ и о документима ЕУ који би могли бити од интереса за СР Њемачку; да током преговора у органима ЕУ своје учешће заснива на ставовима које је о појединим питањима заузео Бундестаг. Ради извршавања ових овлашћења, управо је и основан Одбор за питања ЕУ.[48] Одбор има широке могућности дјеловања. Након добивања овлашћења од Бундестага, овај Одбор може, у сарадњи са другим мјеродавним одборима, донијети за Савезну владу обавезујућа мишљења без расправе и одлучивања у пленуму Бундестага. Надзор поштивања обавеза Савезне владе да приликом преговора у Савјету министара ЕУ узима у обзир упутства која јој је дао савезни парламент, односно Одбор ЕУ, остварује се обавезом Владе да у што краћем року извијести Бундестаг (и Бундесрат) о својим властитим настојањима и резултатима тих преговора. Санкција за непоштивање наведеног, која је у рукама парламента, јесте утврђивање политичке одговорности Владе, што на крају може резултирати конструктивним изгласавањем неповјерења.

Треба истаћи да Одбор није надлежан за надгледање примјене секундарног законодавства, већ је његова основна сврха да осигура судјеловање парламента током креирања европске политике и правних аката. Задатак провођења европског права је у надлежности других сталних одбора мјеродавних за одређена подручја. У Њемачкој се директиве ЕУ најчешће проводе доношењем уредби на основу законског овлашћења, чији је основ у члану 80 Основног закона.[49]

И у другим државама (Француска, Италија, Велика Британија, Хрватска) формирани су посебни парламентарни одбори чији рад се односи на питања ЕУ, који могу имати и нека овлашћења дјеловања у име цијелог парламента или његовог дома, због чега исти не мора засједати у пленуму. Њихов основни задатак је разматрање приједлога аката ЕУ, израда анализа и приједлога ставова парламената о појединим питањима и уопште праћење рада Савјета министара, стања европских интеграција и питања значајних за матичну државу-чланицу. Будући да парламен-

[48] Одбор је састављен од чланова Бундестага и њемачких представника у Европском парламенту, с тим да европски представници немају права гласа у Одбору. Наиме, њихова је улога да се осигура проток информација између националног и Европског парламента.

[49] Johannes Schmidt, *Die Beteiligung des Bundestags beim Erlass von Rechtsverordnungen*, Duncker & Humblot, 2002, оп. цит. 72–73, 85. Законодавна делегација ради примјене законодавства ЕУ врши се доношењем посебних овлашћујућих закона или уврштавањем овлашћујућих одредби у законе који уједно и регулишу исту материју.

ти држава чланица немају директног утицаја на доношење политичких одлука у Бриселу, њихова најважнија могућност контроле домаће владе састоји се у претходном изрицању смјерница којих се владе морају придржавати приликом учествовања у европским законодавним поступцима.

Примјена европских аката је свакако одговорност појединих држава чланица, при чему државе као инструмент провођења користе управо законодавну делегацију.

У БиХ, односно Републици Српској, уставом није предвиђен институт законодавне делегације, а од земаља у окружењу јесте у Хрватској. Међутим, процес евроинтеграције, који представља политички циљ држава на овим просторима, неминовно ће довести до промјена устава, а увођење института законодавне делегације свакако је једно од питања које тада треба размотрити.

## Закључак

Основна надлежност парламента је доношење закона, као најзначајнијих општих правних аката. Изузетно, парламент може пренијети дио законодавних овлашћења на владу, а у ванредним приликама и на шефа државе. Пренос (делегација) законодавног овлашћења са парламента на владу, у редовним околностима, представља одступање од основног уставног правила да парламент доноси законе, због чега се уређује рестриктивно. Делегирање законодавних овлашћења парламента на владу допуштено је само под уставом одређеним условима и у ограниченом обиму. Основ за делегацију законодавне власти на егзекутиву мора постојати у уставу или закону, те тако Влада стиче право да актом подзаконског карактера – уредбом, уређује законодавну материју. Разлози за постојање института законодавне делегације су потреба за стручношћу, могућност израде детаљних и техничких правила, уз истовремену ефикасност и флексибилност, брзина измјена и прилагођавања правних норми. То нарочито долази до изражаја у примјени директива ЕУ чије је провођење у националне правне поретке редовно везано за одређени рок. Стога законодавна делегација представља реалност, али и нужност у функционисању савремених парламентарних система.

## *Conclusion*

*The basic function of the Parliament is making laws, as the most significant general legal documents. Extraordinarily, the Parliament can convey a part of its legislative powers to the Government, and in extraordinary situations to the head of the state. The conveyance (delegation) of legislative functions from the Parliament to the Government, under normal conditions, represents a deflection from a basic constitutional rule which provides for the Parliament enacting laws, as has to be restrictively regulated as such. Delegating legislative powers of the Parliament to the Government is justified only under limited constitutionally defined conditions. Grounds for delegation of legislative power to the executive body must be found in the Constitution or an Act, thus the Government renders the right to regulate a legal matter by way of bylaws – ordinance. The reason for the existence of legislative delegation institute ranges from the need for expertise, possibility to draft detailed and technical rules along with efficiency and flexibility, the readiness to change and accord legal norms. This is evident in the application of the EU directives, whose incorporation into the national legislation is, as a rule, restricted by time frames. Thus, legislative delegation represents not only the reality, but also the necessity in terms of functioning of modern parliaments.*

# УПРАВНОПРАВНА ОБЛАСТ

УДК 346.548

# INSTITUT PORAVNANJA I PREKID POSTUPKA ZAŠTITE TRŽIŠNE KONKURENCIJE OD ZLOUPOTREBE DOMINANTNOG POLOŽAJA[1]

**Dr Sanja Danković Stepanović**[*]
**dr Dobrosav Milovanović**[**]

***Apstrakt:*** *Predmet istraživanja ovog rada jeste upotreba pravnog instrumenta poravnanja u funkciji zaštite efektivne konkurencije na relevantnom tržištu, uz paralelnu primenu poslovnopravnog i upravnopravnog metodološkog pristupa. Opseg analize obuhvata ocenu efekata ostvarenja poravnanja u upravnim postupcima, na primarnom nivou zaštite konkurencije, usled pretpostavljene zloupotrebe dominantnog položaja, u slučaju da nadležni organ prihvati predlog stranke da preduzme mere kojima se otklanjaju moguće povrede konkurencije, sa jedne strane, i pravne razloge za nastavak prekinutog upravnog postupka, sa druge strane. Zaključni stav ovog rada jeste da postoji pravni prostor i društvena potreba za širom primenom instituta nagodbe privrednog subjekta i organa koji ostvaruje primarnu zaštite efektivne konkurencije, posebno u oblasti zloupotrebe dominantne tržišne pozicije.*

***Ključne reči:*** *Zaštita efektivne konkurencije, Odluka o prekidu postupka po osnovu nagodbe, Zloupotreba dominantnog položaja, Mera zaštite konkurencije, Pravilo razumne procene*

***Key words:*** *Effective Competition Enforcement, Commitment decision, Abuse of dominance , Competition protection measure, Rule of the Reason*

[*] **Vanredni profesor Univerziteta u Beogradu, Fakultet političkih nauka, Odeljenje za međunarodne studije i član Saveta Komisije za zaštitu konkurencije RS.**

[**] **Vanredni profesor Univerziteta u Beogradu, Pravni fakultet.**

[1] Ovaj članak rezultat je rada na projektu broj 47026 Ministarstva prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije.

## 1. Zaštita efektivne konkurencije od zloupotrebe dominantnog položaja na tržištu

Pravila savremenog prava konkurencije za predmet zaštite imaju efektivnu konkurenciju i imaju se poštovati kako bi svim privrednim subjektima na određenom tržištu bile obezbeđene iste startne šanse za uspeh po fer pravilima igre i u funkcionalnoj takmičarskoj klimi. Kako je potpuna konkurencija ideal kome se teži, da se nikada trajno ne dosegne, legislativna rešenja su usmerena na ostvarivanje efektivne konkurencije, kao pravnog standarda ustanovljenog kompromisom između pune konkurencije i donjeg praga ispoljavanja tržišne moći ispod koga se nije moglo ići, a da se ne ugroze principi slobode udruživanja i povećanja efikasnosti poslovanja. Svakom tržišnom ambijentu imanentan je sukob interesa privrednih subjekata, koji je neminovan jer proizilazi iz težnje za ostvarenjem istog cilja u određenom poslovnom domenu i na određenom geografskom prostoru. Kauza obavljanja poslovne delatnosti je maksimizacija profita. Ostvarivanje i jačanje ekonomske moći pravno dozvoljenim sredstvima razumljiv je put razvoja svakog poslovnog subjekta. Sa druge strane, on je sa sistemskog aspekta poželjan, jer doprinosi društvenom blagostanju. Kada se takav individualni koncept rasta i rezultat prirodne težnje da se bude uspešan i bolji od drugih stavi u kontekst tržišnih odnosa, stiže se do instituta tržišne moći, a uključivanjem faktora drugih učesnika na relevantnom tržištu i – dominantnog položaja. Na nivou individualne analize ekonomskog rasta i pravnog ponašanja – dominacija je dopuštena, čak razumljiva. Međutim, kada se ta slika stavi u mozaik jednog relevantnog tržišta i funkcionalno poveže sa drugim poslovnim subjektima koji na njemu učestvuju – pravila postaju stroža i rezultat može biti zabrana zloupotrebe dominantnog položaja.

Posedovanje dominantnog položaja prirodna je intencija svakog učesnika tržišne utakmice i izraz njegove težnje za racionalnim i efikasnim poslovanjem, sa jedne, i stremljenja da bude bolji i snažniji u odnosu na konkurente, sa druge strane. Zato sticanje i održavanje dominantnog položaja na tržištu nisu po sebi nedozvoljeni. Ukoliko je jedno privredno društvo sposobno da eliminiše konkurenciju zakonitim sredstvima, nema osnova za zabranu takvog ponašanja. Nema smisla ni osnova kažnjavati nekoga samo zato što je uspešan – a u tržišnoj utakmici to znači da je dominantan.

Tržišna dominacija podrazumeva realnu pravnu ili faktičku moć određenog tržišnog učesnika da se ponaša nezavisno od objektivnih determi-

nanti i uslova na relevantnom tržištu, postojeće ili potencijalne konkurencije i potrošača, odnosno da utvrđuje i nameće svoje uslove poslovanja, a naročito da utiče na politiku cena. Dominantno preduzeće nije izloženo dovoljnom stepenu konkurencije, koji je imanentan odnosnom tržištu. Preduzeće poseduje objektivnu snagu da spreči dalje razvijanje stvarne konkurencije koja mu omogućava da svoju delatnost vrši nezavisno od drugih tržišnih učesnika.[2]

Kategorija tržišne snage učesnika je višekomponentna i promenljiva, utvrđuje se u odnosu na relevantne ekonomske, pravne i druge objektivne pokazatelje, predstavljajući vid slobode ponašanja privrednih subjekata da utiču na tržišne zakonitosti i uslove. Prekomerno kumuliranje tržišne moći je nepoželjno jer vodi povećanju cena i smanjenju ponude na tržištu. Sa druge strane, određeni intenzitet tržišne moći je potreban, jer porast profita omogućava dalja ulaganja u razvoj. Tržišna dominacija je presudom u slučaju *United Brands v. Commission*[3] *definisana kao „pozicija takve ekonomske snage koja preduzeću omogućava da spreči očuvanje efikasne konkurencije na tržištu, budući da je zbog svoje snage u mogućnosti da se ponaša 'dovoljno nezavisno' od konkurencije, klijenata i u krajnjoj liniji od potrošača". Tržišna dominacija predstavlja dinamički proces, pa za kratkotrajne dominacije postoji pretpostavka nepostojanja značajne opasnosti za narušavanje konkurencije.*

*Porast tržišne snage poslovnog subjekta ogleda se u njegovom jačanju u odnosu na konkurente i prikazuje se putem tržišnog učešća, kao indikatora rasta.*[4] *Utvrđivanje stepena učešća poslovnog subjekta na relevantnom tržištu vrši se putem ispitivanja odnosa između poslova koje preduzima određen privredni subjekt i ukupnih aktivnosti koje se realizuju na tom tržištu.*[5] *Kriterijumi za utvrđivanje dominantnog položaja na tržištu obuhvaćeni su praksom Evropskog suda pravde. Presudom u slučaju Hoffmann – La Roche v. Commission* utvrđeno ja da učesnik na tržištu koji ima dominantan položaj "poseduje takvu ekonomsku snagu koja mu omogućava da predupredi delotvornu konkurenciju na tržištu time što mu ona daje moć da se u znatnoj meri ponaša nezavisno od konkurenata, kupaca i potrošača". Za postojanje dominantne pozicije dovoljno je utvrditi da postoji objektivna tržišna moć preduzeća da se ponaša nezavisno od položaja i uslova poslovanja drugih privrednih subjekata. Drugi kriterijumi koji se kumulativno koriste odnose se

[2] Ezrachi A*.: EU Competition Law,* Oxford-Portland, 2010, p. 147.

[3] 1976, C 27/76.

[4] Blanco L.O: *Market Power in EU Antitrust Law,* Oxford-Portland, 2012, p. 68.

[5] Poseban značaj prilikom određivanja položaja jednog u odnosu na druge učesnike na određenom tržištu imaju kriterijumi količine plasirane robe, odnosno usluga i prihod koji je njihovim prometom ostvaren.

na uslove pristupa određenom tržištu, moć kupca, strukturalni koncept konkurentskih odnosa, profitni nivo, stepen proizvodne diferencijacije, apsolutnu veličina privrednih društava, diskriminaciju cena, specifične odlike tržišta i sl. Značajan instrument za utvrđivanje stepena koncentracije određenog tržišta, koji je u dominantnoj upotrebi u američkoj, a znatno užoj u evropskoj praksi – jeste Herfindal–Hiršmanov indeks, kao posebna jedinica mere tržišne koncentracije i stepena u kome određeni broj preduzeća drži određen procenat udela na odnosnom tržištu.

Tržišna dominacija može biti individualna ili kolektivna, koja postoji u slučaju da dva ili više pravno nezavisnih učesnika mogu da ostvare dominantan položaj ako su povezani ekonomskim vezama tako da zajednički nastupaju ili deluju kao jedan učesnik na relevantnom tržištu. Dominantan položaj na tržištu nastaje kao rezultat individualnog ekonomskog rasta ili, znatno češće, usled ostvarenog poslovnog povezivanja. Koncentracija predstavlja izraz autonomnog prava privrednih subjekata na povezivanje i udruživanje, u cilju smanjenja troškova poslovanja, jačanja tržišne pozicije i optimizacije uslova za maksimizaciju profita. Posedovanje dominantnog položaja u praksi često predstavlja međustanicu između poslovne koncentracije i zloupotrebe dominantnog položaja. Razume se, koncentracije poslovnih subjekata na određenom tržištu ne mogu biti *a priori* zabranjene. Poslovna koncentracija se neće smatrati nedozvoljenom čak iako je isključivi cilj bilo povećanje tržišne moći i njena zloupotreba, već potpada pod pravni režim zabrane samo ukoliko se i objektivno učini zloupotreba dominantnog položaja. Ono što savremena zakonodavstva sankcionišu u cilju zaštite efektivne konkurencije jeste objektivna zloupotreba dominantnog položaja, pri čemu se kao relevantno uzima faktičko tržišno ponašanje subjekta, a ne njegovi motivi i namere.[6] Pri tome, savremeno evropsko pravo konkurencije shvata posedovanje dominantnog položaja kao "naročitu odgovornost" poslovnog subjekta da vodi računa o tome da on ne preraste u zloupotrebu[7], dakle kao određenu vrstu obaveze i dodatnog napora koji je potrebno uložiti da se ne pređe osetljiva granična linija i da svojim ponašanjem ne naruši efektivnu konkurenciju na odnosnom tržištu.

Postojanje dominantnog položaja podrazumeva kumulativno ispunjenje triju uslova: znatno tržišno učešće, postojanje barijera za ulazak na tržište i

[6] Za razliku od restriktivnih sporazuma kao drugog oblika povrede konkurencije, koji poznaju subjektivno-objektivni koncept zabrane, u smislu da je do povrede konkurencije došlo usled sporazuma koji je takav efekat imao za cilj ili posledicu – kod zloupotrebe dominantnog položaja na snazi je objektivni koncept zabrane.

[7] 322/81 *Michelin v. Commission* (1983) ECR 3461.

umanjenu snagu kupaca. U slučaju zloupotrebe dominantnog položaja reč je o pravnoj situaciji u kojoj je jedno preduzeće dovoljno ekonomski snažno da ne mora da pravi dogovore sa konkurentima, nego do ograničenja konkurencije kao cilja stiže samostalno.[8] Smatraće se da je pređena granična linija između dopuštene dominacije i njene zloupotrebe na tržištu u slučaju ponašanja preduzeća koje u uslovima postojanja konkurencije na tržištu ne bi bilo moguće.[9] Kriterijumi koji se uzimaju u obzir tom prilikom odnose se, između ostalog, na: utvrđivanje činjenice da li se određeno iskorišćavanje tržišnog položaja može postići samo pri postojanju dominantnog položaja ili i u drugim slučajevima, nastupanje nepravedne štete za treća lica – klijente, konkurente i potrošače[10], i postojanje neadekvatne koristi za privrednog subjekta.

Zloupotreba dominantnog položaja može biti ekskluziona – kada je usmerena prema konkurentima, i eksploatativna – kada je usmerena prema potrošačima[11]. Uporednopravno posmatrano, najznačajniji oblici u kojima se javlja zloupotreba dominantnog položaja sastoje se u: posrednom ili neposrednom nametanju kupovnih ili prodajnih cena ili drugih nepravičnih uslova trgovine; ograničavanju proizvodnje, isporuka ili tehničkog razvoja, na štetu potrošača; primenjivanju nejednakih uslova na istovetne transakcije sa različitim trgovinskim partnerima stavljajući ih u neravnopravni položaj; uslovljavanju ugovaranja posla prihvatanjem dodatnih obaveza od strane partnera, koje po svojoj prirodi ili trgovačkim običajima nisu vezane za predmet ugovora.

Novine uvedene u legislativni prostor prava konkurencije Republike Srbije 2013. godine dominantno su zastupljene u oblasti dominantnog položaja, u dvostrukom smislu. U domenu pravne statike, izmenjena je metodologija utvrđivanja postojanja dominantnog položaja privrednog subjekta na tržištu. U sferi pravne dinamike, uveden je značajan institut poravnanja, odnosno nagodbe na predlog stranke da se postupak ispitivanja povrede konkurencije usled zloupotrebe dominantnog položaja prekine.

[8] Vodiči kroz EU politike – Trgovina, Evropski pokret u Srbiji, s. 86.

[9] Presuda Evropskog suda pravde u slučaju *Hoffmann – La Roche v. Commission.*

[10] O`Donoghue R, Padilla J: *The Law and Economics of Article 102 TFEU,* Oxford and Portland 2013, p. 282.

[11] Osterud E: *Identifying Exclusionary Abuses by Dominant Undertaking Under EU Competition Law,* London, 2010, p. 215.

## 2. Upravnopravni aspekt prekida postupka

Prekid upravnog postupka ima za cilj da se u određenom trenutku iz različitih razloga zastane sa postupkom, ali sa namerom da se po ispunjenju određenih uslova on nastavi i okonča meritornom odlukom. Prekid postupka moguć je npr. zbog potrebe da se u drugom relevantnom postupku odluči o nekom prethodnom pitanju bez čijeg rešenja nije moguće rešiti datu upravnu stvar, ili kada je u slučaju smrti stranke neophodno zastati sa postupkom dok se naslednici ne izjasne da su zainteresovani za dalje vođenje postupka u vezi sa pravima koja su prenosiva. Postupak se prekida aktom kojim se odlučuje o upravljanju procesom – zaključkom. Međutim, moguće je da se iz određenih razloga postupak ne nastavi, već da dođe do njegovog okončanja bez meritorne odluke. To će npr. biti u slučaju da stranka u pomenutom primeru prethodnog pitanja ne pokrene postupak za odlučivanje o tom pitanju kod nadležnog organa u ostavljenom roku, a upravni postupak je bio pokrenut po njenom zahtevu, iz čega sledi da nije zainteresovan za priznavanje prava. U tom slučaju postupak će se obustaviti, takođe zaključkom. S druge strane, predlog novog Zakona o opštem upravnom postupku unosi drugačiji kriterijum za razlikovanje situacija u kojima se donose rešenja ili zaključci. Naime, prema važećeg modelu, zaključci predstavljaju akte kojima se upravlja postupkom ili se rešavaju sporedna pitanja, dok se rešenjima odlučuje o glavnoj stvari kao i o sporednim pitanjima o kojima nije odlučeno tokom postupka. Po predlogu, koji bi u narednom periodu trebalo dograditi, predviđeno je da će zaključci predstavljati akte protiv kojih nije moguće izjaviti žalbu, dok bi rešenja obuhvatala širi krug akata u odnosu na raniji pristup, jer bi tu spadali svi akti protiv kojih se može izjaviti žalba. Stoga bi u rešenja po budućem modelu nesumnjivo spadali zaključci kojima se prema važećem režimu upravlja postupkom, tj. odluke o prekidu ili o obustavljanju postupka.

Imajući u vidu predmet ovoga rada, neophodno je zaroniti u oblast posebne kategorije upravnih poslova – poslove inspekcijskog nadzora. Naime, ovlašćenja koja su na ovom planu dodeljena Komisiji po svojoj prirodi su inspekcijska – neposredni uvid u zakonitost poslovanja određenih subjekata, nezavisno od toga što se ne koristi termin inspekcijski nadzor i što po važećem režimu Zakona o državnoj upravi iz 2005. godine inspekcijske poslove ne bi mogli da obavljaju organi koji spadaju u kategoriju nezavisnih regulatornih tela. S druge strane, posebnim zakonima, kroz funkcionalnu decentralizaciju ili dekoncentraciju upravnih poslova, odnosno javnih ovlašćenja, nezavisna

regulatorna tela, kao subjekti drugačijeg statusa i oblika organizovanja (kao što je Komisija) obavljaju navedene poslove i ovlašćenja kroz kategorije izvornih ili poverenih poslova. To se čini radi obezbeđenja usko specijalizovanih znanja i veština koji su neophodni za kvalitetno delotvorno i efikasno obavljanje ovih poslova, obezbeđenja izvesnog stepena nezavisnosti ili povećane samostalnosti u njihovom vršenju, smanjenja troškova vršenja poslova, rasterećenja organa državne uprave i sl.

Međutim, između ostaloga, i radi prevazilaženja navedene nelogičnosti, Strategija reforme javne uprave u Republici Srbiji, koja je usvojena januara ove godine, obezbeđuje nastavak započetih reformskih aktivnosti i proširuje ih na sistem javne uprave. Ključni razlog proširenja predmeta Strategije sa državne na javnu upravu, odnosi se prvenstveno na potrebu obezbeđenja funkcionalnog jedinstva i standarda kvaliteta aktivnosti kojima se vrše određene vrste upravnih poslova i javnih ovlašćenja, nezavisno od subjekata (organa, organizacija, institucija) koji ih obavljaju (vrše). Cilj ovakvog pristupa je da se uspostave osnove jedinstvenog pravnog režima i sistema standarda za vršenje poslova javne uprave, usklađenog sistema javnih službenika, kao i organizacije i standardizovanih informacionih i komunikacionih sistema, uz poštovanje neophodnih i potrebnih specifičnosti u pogledu organizovanja i načina vršenja pojedinih poslova javne uprave. Ovo posebno važi i za inspekcijske poslove.

U toku je javna rasprava o radnom tekstu Zakona o inspekcijskom nadzoru kojim bi njegova primena, za razliku od postojećeg režima koji važi isključivo za državne organe uprave i (kroz poveravanje poslova inspekcijskog nadzora) na organe proistekle iz teritorijalne decentralizacije, trebalo da se u vidu opštih pravila proširi na sve organe i organizacije koji suštinski vrše ove poslove, nezavisno od statusa koji uživaju (javne agencije, nezavisna regulatorna tela i sl.), pa time i na Komisiju za zaštitu konkurencije. Principi na kojima bi se zasnivala nova rešenja u suštini proističu iz istih ideja iz kojih proističu i rešenja o kojima se u ovom radu govori. Najpre, to je načelo preventivnog delovanja i nastojanja da se obezbedi saglasnost poslovanja sa propisima korišćenjem datih mera, a ne da se dati cilj ostvaruje isključivo ili prevashodno kroz represivne mere, što često još uvek predstavlja preovlađujući način razmišljanja. S druge strane, i dalje su podeljena mišljenja da li bi u slučaju da se naiđe na nezakonitost, nosioci inspekcijskih ovlašćenja imali dužnost da preduzmu ili predlože predviđene sankcije. Istina, u slučaju koji se obrađuje u ovom radu, postoji značajna razlika jer sam subjekat koji je pod nadzorom omogućava otkrivanje određenih nepravilnosti, koje inače nosilac

inspekcijskog ovlašćenja (verovatno) sam ne bi ni otkrio. Stoga je primarni javni interes u ovom slučaju usaglašavanje sa zakonom, a ne kažnjavanje.

Institut prekida postupka u ovom kontekstu služi ostavljanju prostora da se navedeni ciljevi ostvare i da se proveri da li su oni doista ostvareni, pri čemu tome doprinosi mogućnost (pretnja) da se postupak nastavi i da Komisija nakon utvrđivanja nezakonitosti izrekne predviđene represivne mere. Osnov za prekid postupka je svojevrstan formalizovani sporazum između Komisije kao nosioca javnog interesa i subjekta nadzora kao predlagača. Ovaj institut nije uobičajen za tradicionalni pristup inspekcijskog nadzora,[12] gde sam inspektor po utvrđivanju nedostataka u zapisniku nalaže otklanjanje nepravilnosti, a u slučaju da do toga ne dođe u ostavljenom roku, donosi rešenje uz prateće sankcije. U tom pogledu, ovaj institut se pre može uporediti sa sporazumom između javnog tužioca i učinioca krivičnog dela u cilju postizanja značajnijih javnih interesa.

Iz navedenog, sledi da je, pri modeliranju načina zadovoljavanja javnog interesa, neophodno postupati kreativno i kombinovati institute i norme različitih grana prava. U vezi sa tim, potrebno je prethodno jasno definisati prioritetne ciljeve javne politike, razmotriti sve dostupne varijante i obezbediti izbalansirano rešenje koje će obezbediti realizaciju (prioritetnih) javnih interesa na delotvoran, efikasan i ekonomičan način.

## 3. Konkurencijsko-pravni aspekt prekida postupka

Dominantan položaj ne isključuje mogućnost postojanja konkurencije, ali dopušta tržišnom učesniku da značajno utiče na način na koji će se ona ispoljavati. U situaciji kada je postupak ispitivanja povrede konkurencije u toku, moguće je da odlukom nadležnog organa na primarnom nivou zaštite, a na predlog stranke, privrednog subjekta – bude prekinut, sa otvorenom mogućnošću da bude nastavljen. U materijalnopravnom smislu, to je slučaj nagodbe koji značajno doprinosi efikasnosti postupanja, a u perspektivi i maksimizaciji stepena zaštite efektivne konkurencije na odnosnom tržištu. Inicijalno, reč je o jednostranoj, obavezujućoj izjavi volje koju druga

[12] Takođe, on ne bi mogao svoj osnov da pronađe ni u institutu poravnanja iz upravnog postupka. Naime, iako kod poravnanja predviđenog važećim modelom Zakona o opštem upravnom postupku, organ takođe pazi da sporazum ne bude na štetu javnog interesa i interesa trećih lica, ipak je tu reč o sporazumu između dve ili više kolidirajućih ili kontrernih stranaka koje se pojavljuju kao nosioci privatnih ili bar užih interesa, a ne o sporazumu između samog organa kao nosioca javnog interesa i stranke.

strana prihvata – kreirajući sporazum, u smislu razmene obavezujućih i međusobno uslovljenih obećanja. Institut prekida postupka usled nagodbe (*Commitment Decision*) je relativno nov institut u komunitarnom pravu, uveden 2004. godine[13]. Iako se pravila o prekidu postupka usled nagodbe mogu potencijalno primeniti na oba oblika povrede konkurencije: restriktivno sporazumevanje i zloupotrebu dominantnog položaja na tržištu, u evropskoj pravnoj praksi u oblasti nedopuštenih dogovora ovaj institut se susreće samo izuzetno; razlog za to predstavlja njihova pravna priroda, koja podrazumeva postojanje različitih višestranačkih interesa, čije je usaglašavanje, sa jedne strane, upravo suprotno *ratio legis* zaštite konkurencije, a sa druge strane institut prekida postupka usled nagodbe pretpostavlja jednostranu izjavu volje o dobrovoljnom prihvatanju obaveza tržišnih učesnika koji su stranka u postupku po osnovu anticipiranog narušavanja konkurencije. Institut prekida postupka usled nagodbe primenjuje se prevashodno u slučajevima zloupotrebe dominantnog položaja, retko za vertikalne sporazume i nikada za kartele, kao najteži vid povrede konkurencije. Bitni elementi instituta prekida postupka usled nagodbe su: predlog za prekid postupka isključivo podnosi stranka – tržišni učesnik[14]; predlog je preciziran, vremenski oročen i obrazložen; predlog može biti prihvaćen samo ukoliko je podoban da anulira razumnu opasnost po efektivnu konkurenciju (*Competition Concern*); podobnost predloga mora biti tržišno testirana.

Centralni segment postupanja po predlogu stranke za prekidom postupka zloupotrebe dominantnog položaja diferencira se u dve potkategorije: evaluacije i odlučivanja; nadležni organ, uzimajući u obzir dotadašnja saznanja o predmetu, izneta mišljenja, odnosno dostavljene podatke od strane trećih lica, i na osnovu analize relevantnog tržišta – zauzima stav o tome da li sprovođenjem predloženih obaveza stranke, sa visokim stepenom verovatnoće, može ostvariti cilj zakonom predviđenih mera ponašanja koje bi bile primenjene ukoliko bi se postupak okončao odlukom da je do narušavanja konkurencije došlo. Mere imaju dvostruki cilj: otklanjanje učinjene i utvrđene povrede konkurencije i sprečavanje mogućnosti nastanka iste ili slične povrede u budućnosti; mogu biti pozitivno ili negativno profilisane, u smislu nalaganja određenog ponašanja ili uzdržavanja od njega. Dalje, mere

[13] Čl. 9 Uredbe 1/2003, (2003) OJ L 1/1, koja uređuje procesna pitanja uvođenjem značajnih novina u evropsko pravo konkurencije, u domenu primene pravila čl. 101 (o zabrani restriktivnih sporazuma) i čl. 102 (o zabrani zloupotrebe dominantnog položaja) UFEU.

[14] Rok za podnošenje predloga nije preciziran u komunitarnom pravu, pa su moguća dva uporednopravna rešenja: predlog se podnosi do prijema Obaveštenja o bitnim činjenicama (*Statement of objections*) ili do donošenja konačne odluke.

koje se utvrđuju trebalo bi da budu proporcionalne težini i prirodi utvrđene povrede konkurencije, i dodatno – da budu u supstancijalnoj i direktnoj vezi sa radnjama i aktima tržišnog subjekta koji su rezultirali povredom. Strukturna mera se izriče samo izuzetno, ukoliko ne postoji mera ponašanja kojom bi se postigao isti ili približan efekat za zaštitu konkurencije, ili ako je to povoljnije za stranku nego izricanje mere ponašanja, ili ukoliko ranije izrečena mera ponašanja nije u celini realizovana; nužan prethodni uslov za njeno utvrđivanje jeste visok stepen verovatnoće ponavljanja iste ili slične povrede usled objektivne tržišne strukture.

Odluka o predlogu stranke može biti prihvatajuća ili odbijajuća, u slučaju ocene da predložene mere neće rezultirati ostvarenjem cilja u pogledu zaštite efektivne konkurencije.. Odluka o prihvatu predloga ne može biti uslovna, kao što je to slučaj kod uslovnog odobrenja koncentracije, s obzirom na to da je čitav institut prihvata predloga mera stranke po svojoj prirodi – uslovnog karaktera, jer se postupak prekida i može biti nastavljen ukoliko stranka ne bude ispunila predložene i dogovorene obaveze. Nakon odluke nadležni organ nastavlja da kontinuirano i dugoročno prati ponašanje odnosnog privrednog subjekta, koji je obavezan da u dogovornoj dinamici dostavlja obaveštenja o sprovođenju dogovorenih mera, odnosno o izvršenju dogovorenih obaveza. Postupak će biti nastavljen ukoliko nastupe sledeće okolnosti: bitno se izmene pretpostavke na kojima je bio zasnovan zaključak o prekidu postupka; ne budu ispunjene obaveze iz dogovorene mere u roku koji je određen, ili o tome ne budu dostavljeni odgovarajući dokazi; naknadno se ustanovi da je zaključak o prekidu postupka donet na osnovu netačnih, nepotpunih ili prevarnih podataka koje je stranka dostavila. Ukoliko se po nastavku postupka utvrdi narušavanje konkurencije, biće izrečene sankcije, sa velikim stepenom verovatnoće da će kao otežavajuća okolnost biti uzeta u obzir činjenica da se stranci izašlo u susret i da je na njen predlog postupak prekinut, nakon čega ona nije ispunila obećanje i realizovala mere koje je sama predložila. Dodatno, može biti ustanovljeno da je institut prekida postupka usled nagodbe bio iskorišćen bez stvarne namere da se predložene mere zaštite konkurencije realizuju, već sa ciljem procesnog prolongiranja, što je situacija koja se kvalifikuje kao *fraus legis*, odnosno zloupotreba prava.

U postupku zaštite konkurencije usled pretpostavljene zloupotrebe dominantnog položaja, efekat koji se postiže primenom modela prekida postupka usled nagodbe je značajan i dvostruk: podiže se nivo efektivne konkurencije u odnosu na pretpostavljenu tržišnu situaciju bez sprovođenja dogovorenih mera ponašanja, a sa druge strane efikasnost se ogleda u

ostvarivanju pozitivnih posledica u znatno kraćem vremenu nego što bi to bio slučaj da je postupak sproveden redovnim tokom (i okončan utvrđivanjem povrede konkurencije i izricanjem sankcije).

Kauza nagodbe u upravnom postupku odnosi se na očuvanje ambijentalne funkcionalne konkurencije, primenom adekvatnog modela mera i ponašanja tržišnog učesnika, shodno čemu se u situaciji visokog antikonkurencijskog rizika, pa i pretpostavljene povrede konkurencije, pokazuje racionalnim prihvatiti ponudu o prekidu započetog postupka, što konsekventno znači i anuliranje sankcije, uz obavezan nadzor nad daljim tržišnim ponašanjem odnosnog poslovnog subjekta.

U oblasti povreda konkurencije zloupotrebom dominantnog položaja, u komunitarnoj praksi se većina postupaka okončava primenom modela prekida usled nagodbe, a u nacionalnim pravima konkurencije čak i kvalifikovana većina. Stoga prekid postupka na predlog stranke u slučajevima zloupotrebe dominantnog položaja predstavlja aktuelno najznačajniji institut u ovoj sferi nacionalnih prava konkurencije, imajući veliki značaj u pronalaženju osetljive ravnotežne linije između jednoobraznosti postupanja i javnog interesa u oblasti zaštite konkurencije, koja se postiže prevashodno pažljivom primenom principa razumne procene, uz uvažavanje specifičnih odlika i okolnosti svakog pojedinačnog slučaja i postupka.

УДК 35(497.11)

# РЕФОРМА ПОРЕСКЕ АДМИНИСТРАЦИЈЕ У СРБИЈИ

**Др Зоран Исаиловић***

***Резиме:*** *Реформски прописи о функционисању пореске администрације у Србији доносе се у циљу унапређења рада, које ће утицати на повећање поверења пореских обвезника у порески систем и добровољно плаћање пореза. С тим у вези, у оквиру поменутог процеса доношења нових прописа, аутор се залаже за оптимално запошљавање нових радника у пореској администрацији који ће одговарати броју пореских обвезника гледано с аспекта утврђених међународних стандарда. Поред тога, неопходно је побољшање квалификационе структуре радника, и њихова прерасподела са послова пријема и техничке обраде пореских пријава ка пословима ефективне пореске контроле. Најзад, аутор се залаже за даље јачање информатизације пословних процеса и изградње организованог система укрштања података Пореске управе са другим државним органима (Катастром непокретности, Фондом ПИО, локалним управама јавних прихода, МУП, и сл.) итд.*

***Кључне речи:*** *реформа; пореска управа; пореска администрација; порески систем; надлежност; пореска политика; избегавање пореза.*

## 1) Општа разматрања

Због осетљивости материје, природно је да се данас, у турбулентним друштвено-економским условима модерних држава, пореском праву даје видан значај. С тим у вези, опсег фискалног суверенитета у једној држави зависи од организационе структуре, односно друштвено-

* **редовни професор Правног факултета Универзитета у Приштини, са привременим седиштем у Косовској Митровици**

политичког уређења државе. Тако, у федералним државама постоје фискални суверенитети централне власти, и фискални суверенитети власти федералне јединице и локалних тела. У унитарним државама се појављују фискални суверенитети централних органа, округа, општина итд. Сложеност односа који постоје између наведених различитих носилаца финансирања тражи прецизну законску регулативу у погледу права и овлашћења у области јавних прихода. Политички, економски, социјални и други разлози захтевају прецизирање и разграничење фискалних односа међу различитим субјектима финансирања потреба у оквиру државе.[1]

Најважнији односи поменутих субјеката регулишу се уставом и законом. Тако се води одређена координирана политика која је неопходна у овој осетљивој материји. Нигде у свету по правилу фискална овлашћења не припадају у целини само једном субјекту финансирања. Та овлашћења су подељена између одређених политичко-територијалних јединица. У контексту изложеног, у савременим државама заступљено је мишљење да ефикасност пореског система зависи не само од оптималног устава, пореских закона и понашања пореских дужника, већ у великој мери и од успешног рада пореске администрације (управе). С тим у вези, посебно се код земаља у развоју истиче да је незадовољавајуће прикупљање буџетских средстава резултат неефикасног рада пореске администрације, или у већој или мањој мери њеној корумпираности. Пракса је показала да не постоји добра пореска политика без добре пореске управе.

Дакле**,** изузетно је одговоран оперативни посао утврђивања, наплате пореза, контроле плаћања и др., и захтева да их савремене државе повере специјализованим надлежним управним државним органима. У савременим условима ти послови се најчешће поверавају централној власти. Међутим, у савезним државама није редак случај егзистирања пореских администрација на федералном нивоу и нивоу федералних јединица. Такав случај је на пример у САД-у, где се, поред савезне администрације Internal Revenue Service која је надлежна за савезне порезе, појављују у федералним јединицама државне агенције за администрирање пореза које су увеле државе на својој територији.[2] У неким државама, за администрирање локалних пореза овлашћене су јединице локалне самоуправе које су формирале своје органе за обављање

[1] Миодраг Матејић и Миодраг Јовановић, *Финансије*, "Информатор", Загреб, стр. 14.

[2] Harley T. Duncan, Charles E.Mclure, Jr., *Tax Administration Mechanismms for Intergovernental Cooperation*: у The Encyclopedia of Taxation and Tax Policy, ad. by Joseph J. Cordes, Robert D. Ebel, Jane G. Gravelle, The Urban Institute Press, Washington, D.C. 1999, стр, 354.

тог посла. Иако у теорији постоје оспоравања потребе централизације рада пореске управе, ипак преовладава мишљење о оправданости таквог чина у циљу остваривања законитости у раду и ефикаснијег рада.

Конкретизујући значај рада пореске администрације, можемо истаћи, да се њиховим успешним радом могу остварити издашни јавни приходи с истовременим смањивањем високих пореских стопа и ублажавањем постојећих пореских неједнакости различитих група пореских обвезника.[3] Међутим, за успешан рад пореске управе потребно је да се остваре бројне претпоставке које захтевају теорија и пракса. Најпре, неопходно је заложити се за усмереност пореске управе пореским обвезницима, повећање стручности, оспособљености, специјализације и поседовање интердисциплинарних знања пореских службеника итд. Поред тога, за успешну реформу пореског система и управе неопходно је изградити транспарентну и једноставну пореску структуру. Зато су многе земље приликом конципирања нових пореских прописа водиле рачуна о суштинском поједностављењу пореског система, увеле једноставне пореске обрасце, смањили или укинули бројне пореске олакшице, редуковале потребну документацију итд. Поред тога, у земљама ЕУ пореска администрација се обавезује да пружа помоћ у пореском поступку пореским обвезницима, преко пружања информација о релевантним питањима везаним за интересе обвезника приликом плаћања пореза.

Обогаћивање положаја пореског обвезника путем пружања спектра пореских услуга надахнуо је поједине ауторе да се заложе за изједначавање термина порески обвезник и корисник услуге. По мом мишљењу, очито је да се овде неосновано претерује. Ипак, и поред свих видних позитивних промена у односу пореске власти и пореског обвезника, плаћање пореза је појава која је наметнута пореским обвезницима и он је не може избећи да би га могли назвати корисником услуге. Једноставније речено, порески обвезник у овом односу не тражи услуге од стране државе и објективно његов положај је у односу на њу инфериорнији.

[3] Изложени значај рада пореске администрације постојао је и у историјском развоју бројних држава. Инспирисан тим појавама, наш нобеловац је у своме ремек-делу написао: „ Нова држава (Аустроугарска – прим. З. И.) са својим добрим управним апаратом, успевала је да на безболан начин, без насртаја и потреса извуче из народа порезе и намете које му је турска власт отимала нерационалним, грубим методама или просто пљачком, и то да извуче исто онолико, и више, само још брже и сигурније“ (Иво Андрић, *На Дрини ћуприја*, „Просвета“, 1981, Београд, стр. 215).

Уочавајући значај рада пореске управе, у бројним државама се предузимају реформе ове службе и детерминишу циљеви које треба остварити У Србији, најважнији разлози за предузимање реформи Пореске управе су: повећање пореских прихода у циљу смањења буџетског дефицита; неопходност техничке модернизације пореског поступка коришћењем информатичке опреме, која би допринела повећању ефикасности у раду и смањењу трошкова наплате јавних прихода, смањење корупције, али и политичких утицаја политичких странака на рад Пореске управе.[4]

Указивање на премоћну улогу пореске власти у односу на пореске дужнике и на прописана бројна права пореских обвезника у циљу њихове лојалности држави, није довољно у објашњавању сложеног пореskоправног односа који се одвија између поменутих субјеката у пракси. Наиме, односи пореских субјеката због деликатне природе пореза могу се у пракси претворити у „кооперативне“, у негативном значењу (гледано са аспекта интереса државе и друштва), када долазе до изражаја њихови заједнички партикуларни интереси. То ће се пре свега догодити ако држава несмотрено посегне за претерано оштрим порезима, који могу изазвати пореске дужнике да прибегну избегавању пореза, користећи при том потенцијалну могућност да у тој операцији искористе и пореску власт корумпирајући пореску администрацију, политичаре, посланике у парламенту и др. У овом ланцу сваки од поменутих субјеката има своје интересе. Политичар да добије новац, порески службеник новац и/или унапређење на послу а порески дужник да умањи своју пореску обавезу итд. Због избегавања пореза држава ће имати мање средстава него што је планирала ради задовољавања друштвених потреба, те ће морати да изнађе нова средства. До тих средстава ће се често доћи тако што ће се повећати пореско оптерећење оних дужника који су били лојални држави и нису покушали да избегну порез. Тако ће се створити неприхватљиве социјалне разлике, и због тога што су неки дужници платили порез а неки не.

Дакле, појава корупције дејством пореских субјеката се појављује нарушавањем начела непристрасности, незаконитим коришћењем друштвеног положаја и моћи ради личне, породичне или групне материјалне или нематеријалне користи.[5]Због велике друштвене опас-

[4] Видети: Хасиба Хрустић, *Неопходност реформе Пореске управе Србије*, “Право и привреда”, бр. 7–9, 2012. године, Београд, стр. 691.

[5] Видети: Viti Tanzi, *Corruption Around the World: Causes, Consequences, Scope and Cures,* International Monetary Fund Staff Papers, Vol. 45, No. 4/1998, стр. 559–594.

ности[6] неопходно је имати ефикасне одбрамбене механизме путем којих је неопходно сузбити корупцију и тако отклонити изложене нежељене појаве на одвијање привредног и друштвеног живота. Ти механизми су у савременим државама бројни. Поред умереног опорезивања, као најважнији би били: изградња јасног и једноставног пореског законодавства; ослањање на мањи број посебних правних норми којима се регулишу порески расходи[7]; оптимални систем пореских санкција и њихова доследна примена; свођење дискреционог одлучивања пореских службеника на што мању меру; опредељење за стимулативно награђивање пореских службеника уз могућност солидног напредовања у каријери; јачање унутрашње контроле итд.

На корупцију су посебно осетљиви порези који се утврђују решењем пореског органа. Због тога, једна од пореско-политичких мера у функцији борбе против административне корупције требало би да буде веће ослањање на самоопорезивање.[8] Поред тога, код утврђивања пореза по одбитку, неопходно је интензивирање пореске контроле и јачање унутрашње контроле у Пореској управи и увођење електронског пријављивања пореза по одбитку.[9]

---

[6] У међународним оквирима, од укупног коруптивног понашања у јавном сектору, више од половине настаје приликом утврђивања и наплате пореза (Odd-Helge Fjeldstad, Bertil Tungodden, *Fiscal Corruption: A Vice or a Virtue?,* World Development, vol. 31, No. 8, 2003, стр. 1459).

[7] Порески расходи се појављују у виду умањења порезне основице и умањења плаћања пореза. Јављају се у разноврсним облицима као што су: олакшице, порески одбици, пореска умањења, порески изузеци или посебне пореске стопе.

[8] Самоопорезивање је данас у Србији присутно код опорезивања добити правних лица, ПДВ, акциза и код пореза на доходак грађана на приходе таксативно утврђене Законом о порезу на доходак грађана, члан 100а („Службени гласник РС“, 24/01, 80/02, 135/04, 62/06, 65/06 – исправка, 31/9, 44/09, 18/10, 50/11,91/11 (одлука УС), 7/12 (усклађени дин – изн.), 93/12,114/12 (одлука УС) , 47/13, 48/13 – исправка и 108/13). То су:

1) приходи од самосталне делатности предузетника који води пословне књиге;
2) капитални добици;
3) приходи које исплаћује исплатилац који није правно лице или предузетник, и то:
- приходи од ауторских права, права сродних ауторском праву и права индустријске својине;
- камате;
- приходи од издавања непокретности и давања у закуп покретних ствари;
- друге приходи из члана 85. Закона о порезу на доходак грађана.

Ако исплатилац прихода нема обавезу да обрачуна и плати порез по одбитку, обавезу утврђивања и плаћања пореза самоопорезивањем има обвезник који остварује зараде и друге приходе у или из друге државе, код дипломатског или конзуларног представништва стране државе, односно међународне организације или код представника и службеника таквог представништва, односно организације, као и у другом случају када исплатилац прихода нема обавезу да обрачуна и плати порез по одбитку.

[9] Видети: Гордана Илић Попов и Дејан Поповић, *Пореска структура и корупција*, Анали Правног факултета, Београд, бр. 1/2014, стр. 20.

Гледајући са упоредног међународноправног аспекта, у савременим условима улога и значај пореске администрације се појачава. С тим у вези, готово све земље чланице ОЕЦД-а баве се оценом рада пореске управе путем обавезног праћења рада кроз подношење извештаја о раду и предузимању мера за унапређење рада пореске управе. Везано са наведеним, појављују се различити показатељи: износ наплаћених пореских прихода у односу на планиране; учешће трошкова у наплаћеним пореским приходима, односно економичност рада пореске управе; однос између броја пореских обвезника или броја пореских пријава и броја запослених у пореској управи; утврђене грешке кроз плаћене камате пореским обвезницима; резултат жалбеног поступка; број откривених прекршаја; квалитет услуга према пореским обвезницима, односно став пореских обвезника о раду пореске управе итд.[10]

У контексту изложеног, у току развоја односа у ЕУ мислило се да није потребно хармонизовати рад државне администрације (у оквиру ње и пореске управе), и да свака земља чланица треба да изграђује делатност јавне управе у зависности од својих потреба и специфичности. Међутим, каснији токови развоја у овој организацији показали су нужност стварања тзв. Европског административног простора (ЕАП), као скупа принципа, вредности, и стандарда које треба да деле државне администрације (управе). У првом је стадијуму била карактеристична спонтана и неформална размена искустава, увођења заједничких концепата и пракси, док се у последњих петнаестак година увођење „најбоље праксе“ сматра процесом који треба подржати. ЕАП је тиме постао еволуирајући процес уједначавања административних правних поредака и административних пракси земаља чланица. Унутар ЕУ, он постаје све више наднационалан и као последица чланства у овој интеграцији могуће је од земаља чланица захтевати примену заједничких обавезујућих административних вредности, принципа и стандарда, дефинисаних на европском нивоу од стране Европског суда правде.[11]

Може се рећи да су у савременим условима изузетно важни стандарди ЕАП везани за поштовање принципа ефикасности и ефективности од стране пореске администрације. Ефикасност рада је испоштована ако се прикупљање пореза врши брзо, јефтино и квалитетно. То ће се у

[10] Centre for Tax Polici and Administration, General Administrative Principles – Principles of Good Tax Administration – Practice Note, Tax guidance series, Prepared by the OECD Committtee of Fiscal Affairs Forum on Strategic Management Caveat, 21 September, 2001.

[11] Видети: Марина Димитријевић, *Пореска администрација у светлу неких европских захтева*, „Правни живот“, бр. 11, Београд, 2008. стр. 727 и 728.

пракси јасно манифестовати ако пореска управа жељене резултате постиже ангажовањем малог броја службеника, минимума материјалних трошкова и коришћењем релативно кратког времена. С друге стране, може се рећи да је ефективност у раду испоштована ако пореска управа постигне задовољавајуће резултате гледано у односу на утврђене циљеве у задатом периоду и сагласности (позитивне оцене) пореских обвезника са њиховим радом у том периоду.[12] Дакле, у пореској теорији се јасно разликују појмови ефикасности и ефективности рада пореске администрације. С тим у вези, пореска администрација може бити ефикасна имајући у виду ниске трошкове које има приликом наплате пореза, али да је истовремено њен рад неефективан, у случају да није постигнуто у довољној мери добровољно плаћање пореза од стране пореских обвезника.[13]

Не треба потцењивати потребу сусретљивости пореске администрације према пореским дужницима. С тим у вези, у жељи за интензивирањем добровољног плаћања пореза, пореске власти у савременим државама улажу видне напоре да помогну пореским дужницима у испуњавању њихових обавеза. Тако, пореска администрација пружа пореским дужницима услуге у зависности од њихових исказаних захтева. Уопштавајући, ти захтеви пореских дужника манифестују се кроз њихове потребе да пореска власт делује еластично, да је у довољној мери доступна обвезницима, да квалитетно обавља утврђивање и наплату пореза итд.

## 2) Процеси развоја Пореске управе у Србији

Пре увођења реформисаног фискалног система почетком деведесетих година прошлог века, у Републици Србији, послове државне управе у области јавних прихода вршиле су Републичка управа јавних прихода (РУЈП), покрајинске управе прихода и општинске управе друштвених прихода. Овим послом у својим доменима бавиле су се и Служба друштвеног књиговодства преко својих филијала, банке, предузећа и

[12] „Однос пореске администрације према пореским обвезницима (арогантност, шиканирање, несусретљивост и сл.) утиче на отпор плаћању пореза.“ – др Божидар Јелчић, *Финансијско право и финансијска знаност*, Информатор, Загреб, 1998, стр. 189.

[13] Carlos A. Silvani, *Improving Tax Compliance, Improving Tax Administration In Developing Countries*, ed. by Richard M. Bird, Milka Casanegra de Jantscher, IMF, 1992, стр. 274.

др.[14] Практична искуства у времену важења ранијих прописа показала су да је, у целини гледано, цео систем био гломазан и компликован и да није давао оптималне резултате. Он није био ни компарабилан са системима модерних савремених држава тржишне оријентације. Јер, искуства развијених тржишних економија недвосмислена су у истицању потребе постојања јединствене пореске администрације као једног од битних услова за успостављање и ефикасно деловање модерног и тржишним условима привређивања одговарајућег фискалног система. У свим савременим тржишним привредама постоји снажна, технички и кадровски добро опремљена пореска администрација. Зато је и у нашим условима било потребно створити такву јединствену пореску администрацију и поверити јој целокупан поступак разреза, наплате, контроле и инспекције свих друштвених прихода.[15]

Републичка управа јавних прихода је до краја 2003. године била овлашћена за утврђивање и наплату само пореза, који су се утврђивали решењем пореског органа, на основу поднете пореске пријаве, док је ex post контролу вршила код свих јавних прихода. С друге стране, Завод за обрачун и плаћања (ЗОП) је вршио ex ante контролу пореза и доприноса који су се плаћали по одбитку и уплаћена средства усмеравао на прописане уплатне рачуне јавних прихода и истовремено их је расподељивао територијално политичким заједницама којима су припадали. Полазећи од искуства развијених савремених држава, креатори српских реформисаних прописа сматрали су да ту праксу треба напустити. То је учињено доношењем Закона о пореском поступку и пореској администрацији (ЗППА) крајем 2002. године. Конкретно, овим законом објединила се целокупна активност у поступку утврђивања, наплате и контроле пореза и других јавних прихода под окриљем Пореске управе у саставу Министарства финансија. Поред осталог, очекивало се да ће овај управни орган да обезбеди ефикасну наплату наведених јавних прихода. Прецизније, Пореска управа је требало да евидентира уплате и контролише процедуру коју је спровео исплатилац. Од 1. јануара 2003. године пословне банке су преузеле вршење платног промета. Сматрало се да пословне

[14] Главну улогу су ипак имали Управа друштвених прихода и Служба друштвеног књиговодства. Међутим, надлежност Управе друштвених прихода била је ограничена на утврђивање, наплату и контролу друштвених прихода од становништва, док је наплату и контролу друштвених прихода (пореза, доприноса, такса, накнада и др.) који је плаћао тзв. друштвени сектор, вршила Служба друштвеног књиговодства.

[15] Видети: Група аутора, *Служба друштвених прихода и изградња информационог система као услова за ефикасан рад службе*, Економски институт, Београд, и Институт за јавне финанције, Загреб, Београд – Загреб, април, 1990. год, стр. 4 и 5.

банке не могу, нити треба да имају фискалну функцију. Тако је у пракси отпала ex ante контрола пореза и доприноса на зараде, хонораре и друга примања која се опорезују по одбитку, коју је вршио ЗОП. Нажалост, упркос очекивањима, у пракси је дошло до осетног избегавања плаћања јавних прихода. Према неким проценама, од када је Пореска управа преузела контролу наплате доприноса, дуг послодаваца (од неуплаћених доприноса) према пензијском фонду без камата повећао се десет пута. Због тога по, мом мишљењу, законодавац је у овој материји морао да направи значајне промене, путем доношења нових правних решења и напокон почне са ефикасном и доследном наплатом законом утврђених прихода. С тим у вези, најважније је било обавезати банке преко којих се обавља платни промет да онемогуће исплату зарада, без претходно не плаћених дажбина. Поред тога, било је потребно озбиљно повести рачуна приликом прописивања оштрине санкција и њихове ефикасне примене и при том једнако третирати избегавање пореза и доприноса.

Међутим, поменуте потребе у пракси није било лако постићи. То је у правној материји условило осцилаторне потезе пореске власти, док се није дошло до садашњих решења. Наиме, важећим решењима у циљу плаћања пореза по одбитку у Србији се подноси појединачна пореска пријава која представља извештај који порески платилац подноси Пореској управи. По Закону о пореском поступку и администрацији појединачна пореска пријава садржи:

1) збирне податке о обрачунатом порезу по одбитку од стране једног пореског платиоца за све примаоце прихода;

2) појединачне податке о обрачунатом порезу по одбитку од стране једног пореског платиоца за сваког примаоца прихода.

Појединачна пореска пријава подноси се пре сваке исплате прихода на који се обрачунава и плаћа порез по одбитку у складу са законом којим се уређује порез на доходак грађана, као и пре сваког плаћања доприноса за обавезно социјално осигурање када се ти доприноси плаћају без исплате зараде, односно у другим случајевима када постоји обавеза обрачунавања и плаћања доприноса за обавезно социјално осигурање у складу са законом којим се уређују доприноси за обавезно социјално осигурање.

Изузетно од наведеног, код исплате камате на штедне улоге својим депонентима, банка је дужна да поднесе појединачну пореску пријаву, обрачуна и плати порез по одбитку на дан исплате камате, а најкасније

првог наредног дана када ради платни промет, ако у моменту исплате камате платни промет није радио.

Појединачна пореска пријава и измењена појединачна пореска пријава подносе се искључиво у електронском облику.

Ако појединачна пореска пријава садржи недостатке у погледу формалне исправности и математичке тачности, Пореска управа у електронском облику обавештава подносиоца појединачне пореске пријаве о тим недостацима.

Појединачна пореска пријава сматра се поднетом када Пореска управа потврди формалну исправност и математичку тачност исказаних података, додели број пријаве, број одобрења за плаћање укупног износа обавезе по том основу и у електронском облику достави те информације подносиоцу појединачне пореске пријаве. У вези с изложеним, новчаном казном од 5.000 до 100.000 динара казниће се за прекршај одговорно лице у банци која дозволи исплату зарада, накнада зарада, као и других прихода физичких лица по основу којих се плаћа порез по одбитку, ако налог којим се банци налаже исплата тих прихода, као и плаћање пореза по одбитку, не садржи позив на број одобрења за плаћање укупне обавезе по том основу који је доделила Пореска управа на начин утврђен ЗПППА (члан 41), осим исплате камате на штедне улоге својим депонентима (члан 30а ЗПППА ).

У циљу спречавања избегавања пореза, појединачну пореску пријаву по службеној дужности подноси Пореска управа уместо пореског обвезника, односно пореског платиоца, у случају када порески обвезник, односно порески платилац пропусти да је поднесе у року прописаном законом којим се уређују доприноси за обавезно социјално осигурање.

На захтев Пореске управе, Централни регистар обавезног социјалног осигурања у електронском облику доставља Пореској управи податке потребне за утврђивање обавезе и подношење појединачне пореске пријаве по службеној дужности у року од три дана од дана достављања захтева.

### 3) Надлежност и функционисање пореске администрације у Србији

Пореска управа за свој рад одговорна је Влади и Народној скупштини Републике Србије. На њеном челу је директор (поставља га Вла-

да, на предлог министра финансија) који има значајну улогу за ефикасно функционисање послова контроле, утврђивања и наплате дажбина. Своју улогу директор изражава кроз обезбеђивање координације рада и јединствену примену пореских прописа на целокупној територији Републике, која се остварује актима министра финансија (правилници, наредбе, упутства, обавезне инструкције) и непосредним издавањем интерних аката за рад (упутства, наредбе, инструкције и др.).

Надлежност Пореске управе Републике Србије таксативно је одређена ЗПППА. По том пропису Пореска управа:

– врши регистрацију пореских обвезника додељивањем пореског идентификационог броја (ПИБ) и води јединствени регистар пореских обвезника;

– води регистре у области мењачког пословања у складу са прописима којима се уређује девизно пословање, као и у области игара на срећу у складу са прописима којима се уређују игре на срећу;

– врши утврђивање пореза у складу са законом;

– врши пореску контролу у складу са законом;

– врши редовну и принудну наплату пореза и споредних пореских давања;

– открива пореска кривична дела и њихове извршиоце и у вези са тим предузима законом прописане мере;

– издаје прекршајне налоге, односно надлежном прекршајном суду подноси захтеве за покретање прекршајног поступка за пореске прекршаје, прекршаје прописане законом који уређује фискалне касе, прекршаје из области мењачког пословања и других послова сходно закону којим је уређено девизно пословање, као и прекршаје из области игара на срећу;

– одлучује о жалбама изјављеним против решења донетих у пореском поступку од стране организационих јединица Пореске управе;

– одлучује по правним лековима уложеним против пореских управних аката које од 1. јануара 2013. године донесе јединица локалне самоуправе у пореском поступку за изворне јавне приходе из члана 2а став 1. ЗПППА;

– стара се о примени међународних уговора о избегавању двоструког опорезивања;

– развија и одржава јединствени порески информациони систем;

– води пореско рачуноводство;

– планира и спроводи обуку запослених;

– врши надзор над применом закона и других прописа од стране њених организационих јединица и по извршеном надзору предузима мере у складу са законом којим је уређен општи управни поступак;

– врши унутрашњу контролу рада и понашања пореских службеника и намештеника у вези са радом и у случајевима када се утврди противправно поступање или понашање покреће и води одговарајуће поступке ради утврђивања одговорности;

– обавља интерну ревизију свих организационих делова Пореске управе у складу са законом и међународним стандардима интерне ревизије у јавном сектору;

– пружа стручну помоћ пореским обвезницима у примени пореских прописа за порезе које утврђује, контролише и наплаћује, у складу са кодексом понашања запослених у Пореској управи;

– обезбеђује јавност у раду;

– издаје и одузима овлашћења за обављање мењачких послова;

– организује обуку и издаје сертификате за обављање мењачких послова;

– врши контролу мењачког и девизног пословања, у складу са прописима којим је уређено девизно пословање, као и контролу спољнотрговинског пословања и спречавања прања новца и финансирања тероризма, у складу са законом;

– обавља послове државне управе у области игара на срећу, у складу са прописима;

– обавља друге послове у складу са законом;

– обавља и друге послове на основу закључених уговора уз накнаду, у складу са законом.

ЗПППА даје видну улогу и значај поступку пореске контроле коју врши Пореска управа. Тај поступак јасно разликује канцеларијску и теренску контролу, и радње у циљу откривање пореских кривичних дела.[16]

У циљу сузбијања криминалитета у области јавних, прихода у оквиру Пореске управе установљава се Пореска полиција. Она се образује као посебна организационо функционална целина и представља организациону јединицу Пореске управе специјализовану за извршавање послова на откривању и пријављивању пореских кривичних дела и

[16] Видети чл. 116–139 ЗПППА.

њихових извршилаца. На челу Пореске полиције је главни инспектор, који организује и непосредно руководи радом. Поставља га Влада Републике Србије на предлог министра финансија.

У модерним државама, пореске администрације се реорганизују према различитим категоријама пореских обвезника, према њиховој величини и тим путем делује у правцу смањења ризика приликом прикупљања пореских прихода.[17] Делујући у том правцу, а ради ефикаснијег утврђивања наплате пореза и рационалног коришћења расположивих ресурса, у Србији је дошло до посебног законског третмана тзв. великих пореских обвезника. ЗППА је то конкретизовано тако што је омогућено да у оквиру Пореске управе функционише организациона јединица за велике пореске обвезнике, која ће омогућити да се она правна лица чији је фискални потенцијал од посебног значаја за Републику подвргну специјалном третману у опорезивању и пореској контроли. Критеријуми за одређивање великих пореских обвезника и врсте пореза за које организациона јединица надлежна за велике пореске обвезнике извршава пореске послове, утврђени су Правилником који је донео министар финансија.[18]

Осетљивост материје којом се баве порески службеници и намештеници условили су њихову строжу одговорност. Они се не могу бавити пословима који су неспојиви са њиховом службеном дужношћу, а приликом обављања послова из своје надлежности дужни су да поштују правила понашања запослених у Пореској управи. Због неодложности делатности које обављају, запослени у Пореској управи су дужни да послове из своје надлежности, када је то неопходно, обављају и после истека радног времена, суботом, недељом, у дане државних празника и ноћу. Такође, поменути радници су дужни да се стручно образују, оспособљавају и усавршавају према програму Пореске управе. Повезана са овим је и одредба да су у вршењу послова из своје надлежности службена лица Пореске управе дужна да послове обављају у складу са законом, при чему се не могу руководити својим политичким убеђењима.

Истраживања у савременим државама показују да унапређење рада пореске администрације битно утиче на стварање поверења пореских обвезника у порески систем и добровољно плаћање пореза. Имајући из-

[17] Видети: Improving Large Taxpayer Compliance: A Review of Country Experience, Occessional Paper, No. 215, IMF.

[18] Видети: Правилник о критеријумима за одређивање великих пореских обвезника и о врстама јавних прихода за које је надлежан центар за велике пореске обвезнике („Службени гласник РС”, бр. 43/10).

ложено у виду, интересантно је питање како функционише српска пореска администрација. Према подацима из 2011. године, у Пореској управи Републике Србије било је запослено 6.165 лица, што је сходно броју пореских обвезника и међународним стандардима мање од оптималног броја. Од укупног броја, свега 55% запослених је имао високу стручну спрему. Поред тога, превише запослених је радило на пословима пријема и техничке обраде пореских пријава, док је број лица ангажованих на ефективној пореској контроли био мањи од неопходног. Ниске зараде запослених у Пореској управи подстицале су одлив млађих кадрова након стицања одговарајућег искуства на пословима пореске ревизије/контроле, што је негативно утицало на квалитет обављених пореских контрола и укупну ефикасност Пореске управе. Недовољна информатизација пословних процеса, непостојање организованог система укрштања података са другим државним органима (Катастар непокретности, Фонд ПИО, локалне управе јавних прихода, МУП, и сл.), субоптималан механизам одабира обвезника који ће бити контролисани, уз неодговарајућу структуру људских ресурса, утицао је да вероватноћа откривања пореске евазије буде релативно ниска, што подстиче обављање делатности у неформалном сектору.[19]

Поред функционисања Пореске управе као јединствене пореске службе на нивоу Републике Србије, Законом о финансирању локалне самоуправе[20] јединице локалне самоуправе су добиле могућност да преко својих органа могу своје изворне приходе (порез на имовину, локалне комуналне таксе, локалне административне таксе, боравишну таксу итд.) да процесуирају. Главни разлог за овакво решење српски законодавац налази у потреби ефикасније и издашније наплате поменутих јавних прихода, за које се оцењивало да се од стране републичке Пореске управе неоправдано нису постизали жељени резултати. С тим у вези, ЗППА у примени је и у јединицама локалне самоуправе приликом утврђивања, контроле и наплате пореза и споредних пореских давања (и код подношења захтева за покретање прекршајног поступка) које на основу закона наплаћују поменути субјекти. Дакле, надлежни органи и јединице локалне самоуправе приликом утврђивања, наплате, контроле пореза и др., имају права и обавезе које има Пореска управа по ЗППА осим права и обавеза које се односе на: идентификацију и регистрацију

[19] Група аутора, *Сива економија у Србији, Нови налази и препоруке за реформе, Резултати и перспективе*, Фондација за развој економске науке, Београд, 2012, стр. 109 и 110.

[20] Видети чл: 6 и 60 Закона о финансирању локалне самоуправе („Службени гласник РС“, бр.. 62/06 , 47/011 и 93/012).

пореских обвезника; процену пореске основице методом парификације и методом унакрсне процене; откривање пореских кривичних дела; решавање у другом степену у пореским стварима итд.[21]

У контексту изложеног, може се истаћи важна улога јединица локалне самоуправе у конципирању пореске политике, што се посебно може приметити код номиналног пореза на имовину. Наиме, поменутим Законом о финансирању локалне самоуправе, јединице локалне самоуправе добијају значајне ингеренције везане за порез на имовину (осим пореза на пренос апсолутних права и пореза на наслеђе и поклон). Наиме, тим прописом наведени приход постаје изворни приход локалних тела. Овим путем, сада скупштина јединице локалне самоуправе утврђује висину пореске стопе апострофираног пореза. Међутим, стопа не може бити већа од стопе прописане Законом о порезима на имовину. Поред тога, градови и општине утврђују износ пореске основице, на начин прописан Законом о порезима на имовину и одговарајућим подзаконским актима, и утврђују, контролишу и наплаћују поменути порез. Таква правна решења, у контексту егзистирања и других врста јавних прихода (уступљених прихода и трансфера из буџета Републике), омогућавају позитивне процесе децентрализације и самосталности јединица локалне самоуправе. Али истовремено, "овакав режим финансирања локалних самоуправа наводи неке од њих на понашање по принципу моралног хазарда, подстичући их да се у већој мери ослањају на уступљене приходе и трансфере, а да стопу пореза на имовину, обухват и ефикасност наплате учине мањим него што је могуће и оправдано, а ради придобијања политичке подршке грађана."[22] С тим у вези, „потребно је политиком централног нивоа државе снажно мотивисати све локалне самоуправе да максимално користе фискални капацитет за своје изворне приходе и тиме у што већој мери своје финансирање ослањају на њих, а не на трансфер из републичког буџета. У том смислу потребно је и саму формулу за обрачун и расподелу ненаменских трансфера из Републике дефинисати на начин који би јасно узимао у обзир фискални напор сваке локалне самоуправе и јасно „кажњавао" оне локалне самоуправе које се добровољно одричу наплате својих изворних прихода очекујући приходе које долазе из републичког буџета.[23]

[21] Видети чл. 160. тач. 9) , 11б) и 12), чл. 161, 164, и 167 – 170 ЗППА.

[22] Видети: Група аутора, *Реформе пореза на имовину у Србији: Резултати и перспективе*, Фондација за развој економске науке, Београд, 2012.

[23] Оп., цит., стр. 48.

## 4) Корпоративна стратегија

У циљу реформисања рада Пореске управе, у Републици Србији је донет документ под називом Корпоративна стратегија 2013–2018. године.[24] Тај документ представља садржајно упутство за планирање, комуникацију и управљање који описује стратешко понашање ПУРС на основу добро утемељеног разумевања поштовања прописа. Овај документ кохерентан је са потребом приступања Србије Европској унији. Другим речима, он ће омогућити одређени напредак Србије на путу ка Европској унији са својим циљевима повећања прихода и усклађивања са правним тековинама Европске уније. Прецизније говорећи, Корпоративна стратегија усклађена је са стандардима који се спроводе у Европској унији, а који су садржани у документу „Fiscal Blueprints".

У контексту изложеног, Корпоративном стратегијом одређено је осам кључних општих циљева, од којих су четири општа циља везана за основне пословне функције, а четири општа циља везана су за управљање. Четири општа циља везана за основне пословне функције које треба остварити су: подстицање поштовања прописа; одржавање поштовања прописа; обезбеђивање поштовања прописа; пружање подршке у поштовању прописа. Најзад, Корпоративном стратегијом предвиђена су четири општа циља везана за управљање, а то су: организација и управљање; информациона технологија; људски ресурси и развој капацитета. Под окриљем поменутих циљева, петогодишња стратегија требало би да доведе до повећања способности управљања ризиком, омогућавајући Пореској управи Републике Србије да се фокусира на пореске обвезнике који не испуњавају своје пореске обавезе. Истовремено, унапредиће се услуге ове службе поједностављивањем пословања, према врсти пореског обвезника с којим се послује. Ово ће укључивати саветодавне посете новорегистрованим обвезницима и више образовних активности које ће указати на значај плаћања пореза и друштвену корист од истог.[25]

[24] Видети: Република Србије, Министарство финансија и привреде, Пореска управа, „Корпоративна стратегија 2013–2018. године", јун 2013, Београд.

[25] Иван Симич, директор Пореске управе РС, јун 2013, Београд.

## 5) Закључак

Неминовност савремене државе је изградња снажне пореске администрације, која би својим функционисањем омогућила прикупљање обилних финансијских средстава неопходних за подмиривање важних јавних потреба. ЗППА утврђује положај, надлежност и функционисање Пореске управе у Србији. Поред фигурирања поменуте јединствене и снажне Пореске управе на територији целе Републике, одређена значајна овлашћења дата су и пореској администрацији јединица локалне самоуправе, приликом процесуирања њихових изворних јавних прихода.

Основни разлог реформисања пореске администрације променама пореских прописа у Србији јесте омогућавање ефикасног и ефективног начина обезбеђивања оптималних јавних прихода. У контексту изложеног, незаобилазан задатак пореске администрације јесте борба за снажно редуцирање сиве економије, које ће омогућити поштовање уставног принципа општости и равномерности плаћања пореске обавезе.

**Zoran Isailović, PhD**
**Professor at the Faculty of Law University of Priština**

## TAX ADMINISTRATION REFORM IN SERBIA

***Summary:*** *Reform regulations on tax administration managment in Serbia are passed in order to modernize work,that will influence on taxpayers' increased confidence in the tax system and volontarily tax payment. Regarding to that, within the above mentioned process of passing new regulations, the author advocates for optimal employment of new workers in tax administration that would be optimal to number of taxpayers from the aspect of determined international standards.In addition, qualification structure of workers is necessary to be improved as well as their redistribution from the positions of receiving and technical processing of the tax returns to effective tax control tasks. Finally, the author pleads for further strenghtening of business*

*processes computarization and the development of an organized system of tax administration data spreading with other state agencies (Real Estate agency, the Pension Fund, local goverment public revenue, MIA,etc).*

***Key words:*** *tax administration, tax system, jurisdiction, tax policy, tax evasion*

УДК 351.778.511

# IMPLEMENTACIJOM BAZA ZNANJA I PRIMJENOM ONTOLOGIJA DO EFIKASNIJE USLUGE U POSTUPKU IZDAVANJA GRAĐEVINSKE DOZVOLE

**Prof. dr Mladen Radivojević**[*]
**Marijana Nikolić**[**]

***Apstrakt:*** *U ovom radu bavimo se dosadašnjim načinom rada jedinica lokalne samouprave (opština i gradova) i novim tehnološkim rješenjima u postupku dobijanja građevinske dozvole. Postupak je za investitora dosta komplikovan, dug i mnogo ga košta. Uz upotrebu baza znanja, ontologija i novih tehnoloških rješenja, ovaj proces bi se mogao pojednostaviti, ubrzati i učiniti pristupačnijim. Rješenja koja predlažemo biće zasnovana na primjeni ontologija i novih softvera za ažuriranje i održavanje baza znanja. Novi koncept investitorima bi trebao da pojednostavi procedure i postupke dolaženja do građevinske dozvole. U radu takođe predlažemo drugačiji pristup provjerama koje je potrebno provesti kod procedura za izdavanje lokacijskih uslova, procedura za izdavanje odobrenja za gradnju i procedura za izdavanje odobrenja za upotrebu.*

***Ključne riječi:*** *građevinska dozvola, baze znanja, ontologije, nove procedure, jeftinije usluge.*

## UVOD

Procedure i neophodna dokumenta za dobijanje građevinske dozvole u Republici Srpskoj, Federaciji Bosne i Hercegovine te Distriktu Brčkom su različite, a u ovom radu ćemo predložiti kako do jednostavnijeg, jeftinijeg i

[*] **Univerzitet za poslovne studije, Jovana Dučića 23 a, 78000, Banja Luka, Bosna i Hercegovina, (e-mail): radivojevicmladen60@gmail.com**
[**] **Univerzitet za poslovne studije, Jovana Dučića 23 a, 78000 Banja Luka, Bosna i Hercgovina.**

бржег долаженја до грађевинске дозволе у Републици Српској као ентитету, и то уз употребу: нових техноолошких рјешења, онтологија и база знања.

Грађевинску дозволу у Републици Српској издаје надлежни општински орган (јединица локалне самоуправе), а издаје је након што обави инспекцију локације, уколико је захтјев заједно са приложеним документима у реду. Проблем у Републици Српској је долаженје до свих тражених докумената. Процедура је компликована и дуго траје, а цијена грађевинске дозволе и осталих такси и саглаасности је око 150 еура по метру квадратном. У посљедње вријеме стално се најављују реформе у овој области и наводи се да би цијена по метру квадратном требала да буде око 30 евра.

Према новинским натписима, долаженје до грађевинске дозволе у Републици Српској траје и до 1440 дана, иако извјештај Свјетске банке (DOING BUSINESS[1]) указује да је то пуно краће и у посљедње три године износи 179 дана. Босна и Херцеговина је у задње двије године на 172, односно 175. мјесту од промаатраних 189 земаља (Табела 1).

Табела 1. Долаженје до грађевинске дозволе.

| Година | 2006 | 2007 | 2008 | 2009 | 2010 | 2011 | 2012 | 2013 | 2014 |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| Процедура | 14 | 14 | 14 | 17 | 17 | 17 | 17 | 17 | 17 |
| Дана | 491 | 467 | 466 | 298 | 253 | 253 | 179 | 179 | 179 |
| Ранг | | | | | | | | 172 | 175 |

Према извјештају Свјетске банке дошло је до скраћивања времена доласка до грађевинске дозволе са 491 дан у 2006. години, на 179 у 2014. Број процедура се повећао са 14 на 17, а постоје назнаке о повећању броја процедура у неким јединицама локалне самоуправе, а и садашњих 17 је много. Због тога у овом рада желимо указати на другачије могућности рада које могу обезбиједити и смањење броја дана и јефтинију грађевинску дозволу кроз мање процедура.

Инвеститор сада уз захтјев за издавање грађевинске дозволе прилаже: локацијске услове, доказ о рјешеним имовинскоправним односима, уговор о концесији или јавно-приватном партнерству, главни пројекат, извјештај о ревизији техничке документације, извјештај и потврду о нострификацији, еколошку дозволу – утицај на животну средину и друге доказе одређене посебним законима.

Издата грађевинска дозвола мора да садржи: податке о инвеститору, податке о објекту, податке главног пројекта, извјештај о ревизији техничке доку-

[1] http://www.doingbusiness.org

mentacije, rok važenja građevinske dozvole, obavezu investitora da prijavi početak izvođenja radova nadležnoj urbanističko-građevinskoj inspekciji i druge podatke specifične za lokaciju i objekat.

Jednostavno je navesti šta sve građevinska dozvola treba da sadrži, ali je problem doći do svih tih sadržaja. Kako iz baze znanja saznati da li su svi neophodni podaci iz odgovarajućih dokumenata prikupljeni? Problem je to što takve baze ne postoje! Kada početi koristiti stvarne mogućnosti novih tehnologija? Da li je rješenje moguće dobiti uz upotrebu predikacionih pravila (IF … THEN)? Kako ih iskoristiti?

IF podaci o investitoru AND podaci o objektu AND naziv glavnog projekta AND izvještaj o reviziji AND glavni projekat kao sastavni dio građevinske dozvole AND rok važenja dozvole AND obaveze investitora AND drugi podaci specifični za lokaciju i objekat THEN kompletni podaci građevinske dozvole.

Kako pojednostaviti procedure? Kako obezbijediti investitoru (pravnom ili fizičkom licu) jednostavnije, jeftinije i brže dolaženje do neophodne dokumentacije?

## 1. DOKUMENTACIJA

Za uređenje prostora, namjenu, upravljanje, način korišćenja, uređenja i zaštitu objekta koristi se odgovarajuća dokumentacija. Tu dokumentaciju čine:

1. Strateška dokumenta prostornog uređenja: prostorni plan Republike Srpske, prostorni plan područja posebne namjene, prostorni plan jedinice lokalne samouprave, zajednički prostorni plan za teritorije dviju ili više jedinica lokalne samouprave i urbanistički plan.

2. Provedbena dokumenta: zoning plan, regulacioni plan, urbanistički projekat i plan parcelacije.

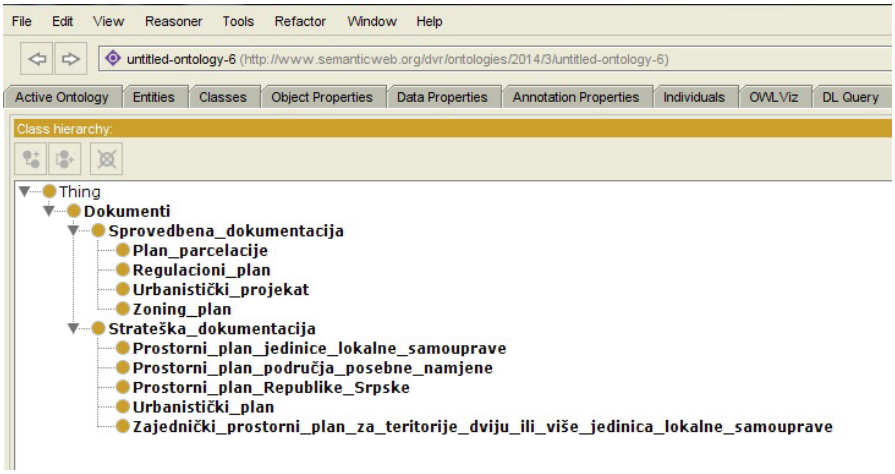
Iskoristićemo ontologiju i Protégé-OWL editor za drugačije predstavljanje dokumentacije. Ontologija opisuje određeno područje kroz zadanu terminologiju (rječnik područja), osnovne koncepte, klasifikaciju tih koncepata, te povezanost koncepata uz definisanje pravila koja vladaju među njima. To je detaljan opis strukture nekog područja znanja, sa formalnim definicijama međusobnog odnosa i veza među različitim elementima tog područja[2]. Ontologi-

[2] K. Klarin, "Ontologija i razvoj informacijskog sustava u javnoj upravi," CASE 23, Zagreb, 2011.

је се користе за приказ знања, управљање и организовање знања, моделирање и обликовање база података, претраживање и преузимање траженог знања[3].

Протégé је платформа отвореног кода која корисницима омогућује: очитавање и спремање OWL и RDF онтологија, ажурирање и визуализирање класа, дефинисање карактеристика логичких класа, извођење узрока те ажурирање. Намјена му је да корисницима омогући приказивање значења термина и односе међу тим терминима. Пруža богат скуп структура за моделовање и активности које подржавају стварање, визуелизацију и манипулацију онтологијама које су заступљене у различитим формативима. Развијен је у Стенфорд истраживачком центру за биомедицинску информатику на Медицинском факултету Универзитета Стенфорд у Калифорнији[4].

Уз употребу Протégé-OWL едитора можемо представити одговарајућу документацију сликом 1. „Стратешка документа".




Слика 1. Стратешка документа

Просторни и урбанистички планови су развојна, стратешка, дугорочна документа просторног уређења којима се дефинишу основни циљеви и принципи развоја у простору.

Проведбена документа просторног уређења су техничко-регулативна документа просторног уређења на основу којих се дефинишу услови за пројектовање и извођење објеката.

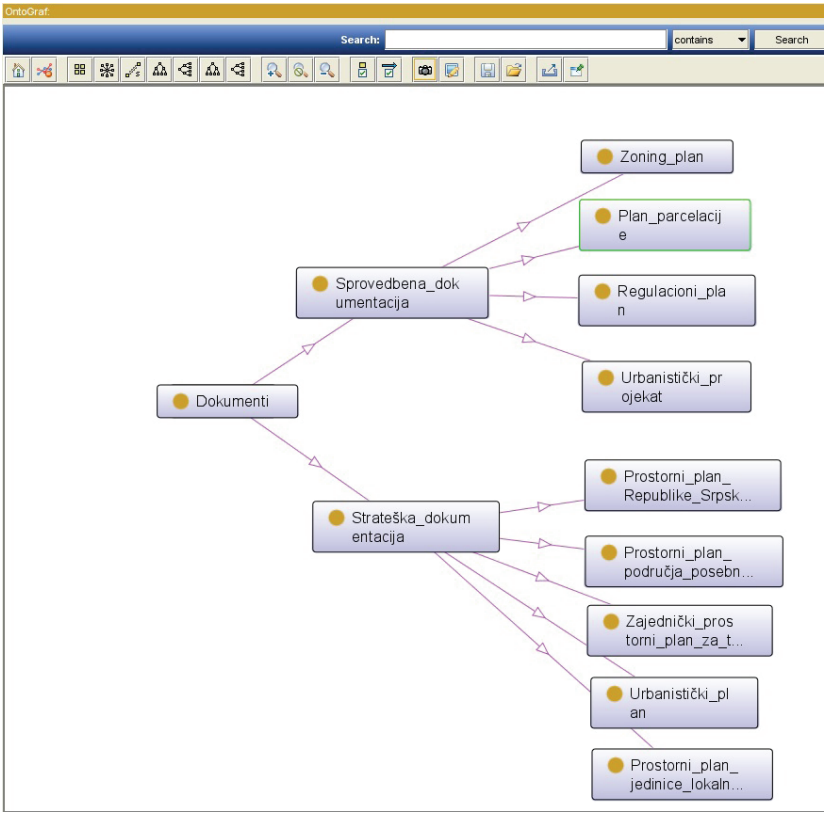
[3] T. R. Gruber, „*A Translation Approach to Portable Ontology Specifications*," Knowledge Acquisition 5(2), str. 199-220, 1993.

[4] B. Smith, C. Welty, „Ontologies: Towards a New Synthesis," FOIS'01, October 17-19, 2001, Ogunquit, Maine, USA, 2001.

Dokumenta prostornog uređenja su:

1. Za područje Republike:

- *Prostorni plan Republike Srpske*, a obuhvata: principe planskog uređenja prostora, koncepciju razvoja, te prioritete razvoja, ciljeve prostornog razvoja, organizaciju prostora, područja koncentracije privrednih djelatnosti, povezanost urbanih i ruralnih područja, sistem naselja, funkcije naselja, objekte i koridore infrastrukture, prirodne faktore razvoja, izgrađenost prostora i posebna područja i objekte, zaštićene prostore i mjere zaštite životne sredine, obaveze prilikom izrade dokumenata prostornog uređenja nižeg reda.
- *Prostorni plan područja posebne namjene Republike Srpske* utvrđuje prioritetne ciljeve u kategorijama prostora i vremena, zaštitne pojaseve i zone, posebna područja i objekte, koncepciju razvoja, mjere za zaštitu prirodnih prostora te mjere za unapređivanje i zaštitu životne sredine i drugo.
- Zoning plan područja posebne namjene.
- Plan parcelacije – za prostore duž autoputeva, magistralnih i regionalnih puteva ili druge objekte linijske javne infrastrukture.




Slika 1A. Graf – Strateška dokumenta

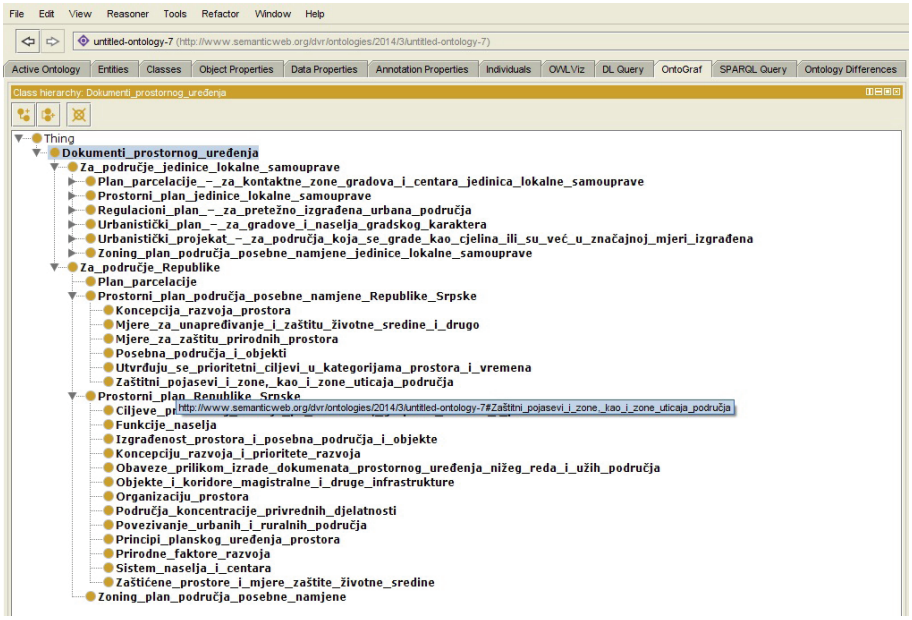
2. За подручје јединице локалне самоуправе:

- Prostorni plan jedinice lokalne samouprave obuhvata: planiranu namjenu površina, mrežu naselja i centara, kriterijume za širenje urbanih dijelova, namjene vanurbanih područja, zone komunalne infrastrukture, objekte od značaja za društvenu infrastrukturu, mjere zaštite životne sredine, mjere zaštite od potresa, mjere sanacije ugroženih područja, mjere zaštite od elementarnih nepogoda, uslove za izgradnju, zone i naselja sa granicama, obaveze prilikom izrade urbanističkih planova te smjernice za sprovođenje plana.
- Zoning plan područja posebne namjene jedinice lokalne samouprave obuhvata: područja zabrane građenja novih objekata, nove namjene (uslužne, turističke i druge) i obavezu izrade regulacionog plana ili urbanističkog projekta za zone.
- Urbanistički plan za gradove i naselja gradskog karaktera reguliše: uređenje prostora, granice zemljišta, kriterijume za formiranje zona, urbani-

стичке и друге услове за уређење градског грађевинског земљишта, распоред и концепцију општих центара, мјере заштите културно-историјског наслеђа, систем зелених простора, мјере заштите људи и добара, рјешења саобраћајне, водне, енергетске, комуналне и друге инфраструктуре, критеријуме и правила за уређење, коришћење и изградњу свих објеката и зона, те услове за спровођење плана документима просторног уређења нижег реда.

- Регулациони план – за претежно изграђена урбана подручја одређује: намјену површина, подјелу простора на просторне цјелине (типологију просторних јединица), типове регулационих и нивелационих рјешења, грађевинске линије, приједлог за измјену парцелације, одређивање граничних параметара за коришћење, обезбјеђење јавног и општег интереса у функционисању простора: саобраћајних површина, зелених и рекреативних површина, простора за развој привреде и услуга, за развој објеката неприврених, односно друштвених служби и друго, услове за опремање свим врстама техничке и комуналне инфраструктуре, урбанистичко-техничке услове за изградњу, доградњу или надоградњу објеката, услови за заштиту, очување и уређење природних ресурса, природне услове за грађење, услове за очување и заштиту животне средине, услове за заштиту људи и добара у случају елементарних непогода, мјере енергетске ефикасности, услове за уклањање баријера за кретање лица са умањеним тјелесним способностима, зоне и дијелове зона и све друго што проистиче из карактера задатог подручја, односно његове изграђености.

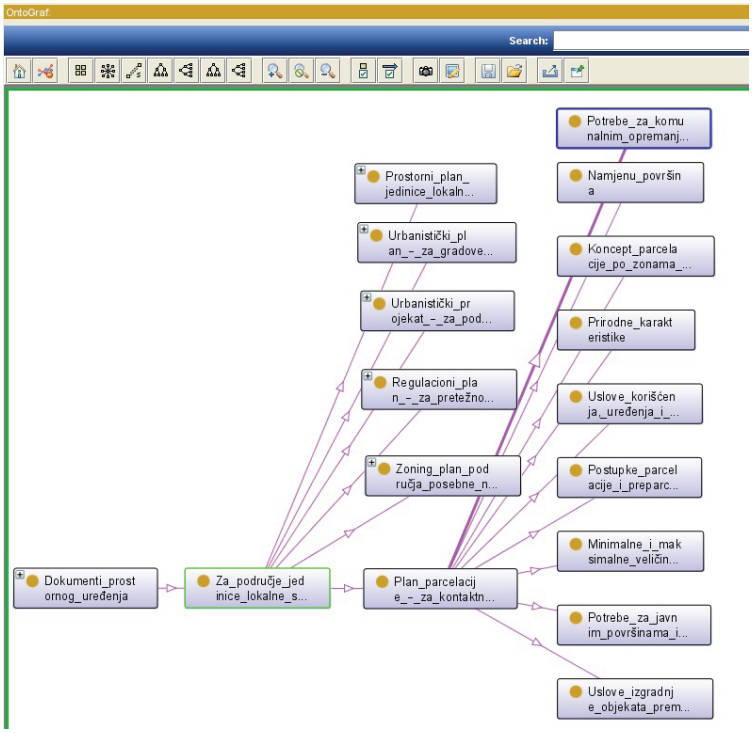
Уз употребу Протégé-OWL editora можемо представити одговарајућа документа просторног уређења сликом 2. "Документа просторног уређења".




Slika 2. Dokumenta prostornog uređenja

Prostorni plan Republike Srpske određuje dugoročne ciljeve i mjere prostornog razvoja u skladu sa planiranim ukupnim ekonomskim i kulturno-istorijskim razvojem.

Prostornim planom utvrđuju se: osnovni principi planskog uređenja prostora, prioriteti razvoja, ciljevi prostornog razvoja, organizacija prostora Republike, područja koncentracije privrednih sistema naselja i centara, objekti i koridori magistralne i druge infrastrukture, izgrađenost prostora i objekata, zaštićeni prostori i mjere zaštite životne sredine, obaveze prilikom izrade dokumenata prostornog uređenja nižeg reda i užih područja, te drugo.




Slika 2A. Graf – Dokumenta prostornog uređenja

Zoning planom detaljnije se razrađuju opredjeljenja iz dokumenta prostornog uređenja kojim je predviđeno njegovo donošenje i definiše se osnovna namjena određenog prostora, odnosno zone, te daje popis kompatibilnih namjena za tu zonu.

## 2. Neophodni podaci

Da bi se procedure mogle automatizovati, a planovi provoditi, pored baza znanja neophodno je na jednom mjestu imati sljedeće podatke:

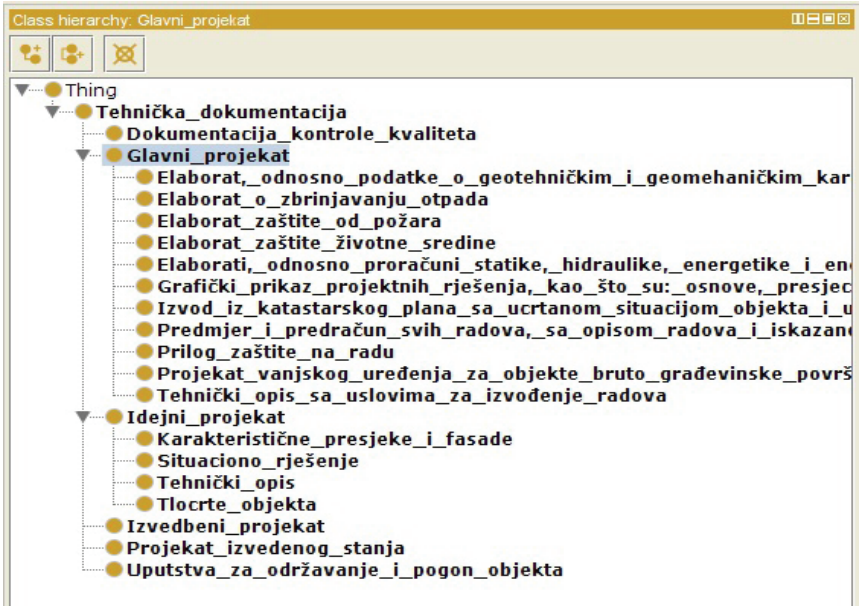
- podatke o dokumentima prostornog uređenja Republike,
- podatke o dokumentima prostornog uređenja jedinica lokalne samouprave,
- satelitske snimke područja Republike i aerofotogrametrijske snimke,
- statističke, kartografske, analitičke i planske podatke,

- podatke o infrastrukturi,
- podatke o privrednim resursima,
- podatke o građevinskom zemljištu,
- podatke o graditeljskom i prirodnom nasljeđu,
- podatke o bespravnoj gradnji,
- podatke o ugroženim područjima (klizišta, plavna područja),
- podatke o izvršenim geotehničkim i drugim sprovedenim istražnim radovima,
- registar zagađivača životne sredine,
- podatke o kadrovima i ustanovama iz oblasti prostornog planiranja,
- registar izdatih građevinskih i upotrebnih dozvola za objekte,
- registar izdatih licenci za fizička i pravna lica,
- registar izdatih certifikata o energetskim karakteristikama zgrada i
- druge podatke koji su od značaja za prostorno uređenje Republike Srpske i za vođenje i održavanje jedinstvenog prostorno-informacionog sistema.

Pored podataka neophodna je i „Tehnička dokumentacija“ koju čine: idejni projekat, glavni projekat, izvedbeni projekat, projekat izvedenog stanja, dokumentacija kontrole kvaliteta i uputstva za održavanje objekta.

Uz upotrebu Protégé-OWL editora možemo predstaviti odgovarajuću tehničku dokumentaciju[5] slikom 3. „Tehnička dokumentacija“.

[5] M. Radivojević, *Concept for Advanced Electronic*, Mobile and Intelligent Government Services, International Journal of Managerial Studies and Research (IJMSR) Volume – 1, Issue-3, H.No: 8-3-229/A/7, 2013.




Slika 3. Tehnička dokumentacija

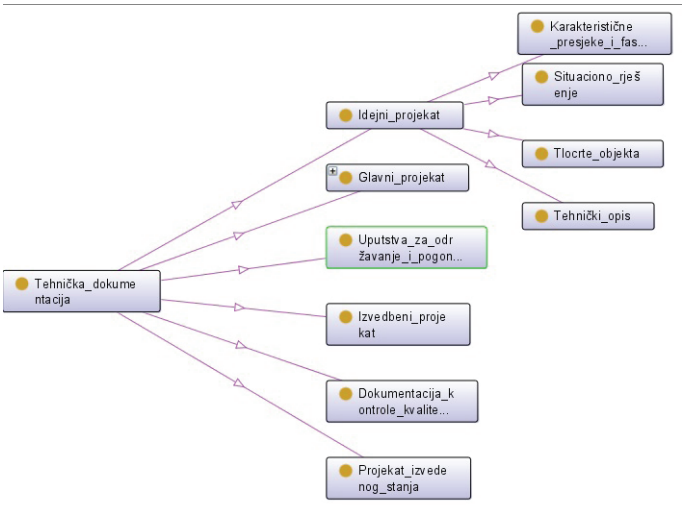
Definisaćemo osnovne pojmove koje koristimo:

Idejni projekat je skup međusobno usaglašenih nacrta i dokumenata kojima se daju osnovna oblikovno-funkcionalna i tehnička rješenja objekta, te prikaz smještaja objekta u prostoru.

Glavni projekat je skup međusobno usaglašenih projekata kojima se daje tehničko rješenje objekta, prikaz smještaja objekta u prostoru, dokazuje ispunjavanje bitnih zahtjeva za objekat, drugih zahtjeva i tehničkih normi. Na osnovu glavnog projekta izdaje se građevinska dozvola koja se trajno čuva.

Izvedbeni projekat se radi po potrebi za objekte kod kojih u glavnom projektu nisu mogli biti dati detaljniji nacrti i njihovi tekstualni opisi za izvođenje.

Projekat izvedenog stanja je dodatak glavnom projektu sa ucrtanim svim izmjenama nastalim tokom izgradnje u dijelu projekta u kome su izmjene vršene, a koje su u skladu sa izdatom građevinskom dozvolom i koje su odobrene od projektanta glavnog projekta.




Slika 3A. Graf – Tehnička dokumentacija

Da bi mogli pojednostaviti proceduru[6] neophodno je poznavati učesnike u građenju, a to su: investitor, projektant, revident tehničke dokumentacije, izvođač i nadzorni organ. Sve učesnike možemo predstaviti pomoću IF ... THEN predikacionih pravila kao:

IF investitor AND projektant AND revident tehničke dokumentacije AND izvođač and AND nadzorni organ THEN poznati svi učesnici u građenju.

Svako ko namjerava da izgradi novi objekat ili da obnovi postojeći mora imati tri dozvole, i to : urbanističku saglasnost, građevinsku dozvolu i upotrebnu dozvolu. Koristeći predikaciona pravila[7] to bismo mogli predstaviti na sljedeći način:

IF urbanistička saglasnost AND građevinska dozvola AND upotrebna dozvola THEN legalan objekat.

Sada se uz zahtjev za izdavanje građevinske dozvole prilažu slijedeća dokumenta: važeća urbanistička saglasnost, tehnička dokumentacija (dvije kopije građevinskog projekta sa dokazom o reviziji projektne dokumentacije i nalazima o njenoj usklađenosti sa urbanističkom dozvolom), dokaz

[6] P. Mika, H. Akkermans, *Analysis of the State-of-the-Art in Ontology-based Knowledge Management*, EU-IST Project IST-2001-34103 SWAP, Vrije Universiteit, Amsterdam 2003. REPORT ON THE ANALYSIS OF THE

[7] H. Paulheim, F. Probst, *Improving UI Integration with Formal Semantics*, SAP Research CEC Darmstadt Bleichstrasse 8 64283 Darmstadt, Germany.

о власништву или правu на коришћење земљишта за грађење или реконструкцију, услови грађевинског мјеста, посебни услови и одобрења који се траже другим релевантним прописима, и по потреби још неки документа.

Након прибављања урбанистичке сагласности потребно је у року од годину дана поднијети захтјев за издавање грађевинске дозволе, и то истом органу који је и издао урбанистичку сагласност, дакле у већини случајева надлежном општинском органу.

Захтјев за издавање грађевинске дозволе подноси се истом органу који је издао урбанистичку сагласност, што сигурно поједностављује процедуре јер нису неопходне сложене мрежне структуре.

На одлуку о грађевинској дозволи издатој од стране јединице локалне самоуправе може се уложити жалба Министарству за просторно уређење Републике Српске у року од 15 дана.

## 3. Procedure које је неопходно провести

### *3. 1. Procedure за издавање локацијских услова*

Локацијски услови представљају техничко стручни документ који одређује услове за пројектовање и грађење.

Документа као основ за издавање локацијских услова су: зонинг план, регулациони план, урбанистички пројекат и план парцелације.

Локацијске услове издаје орган управе надлежан за послове уређења простора у јединици локалне самоуправе на чијем се подручју захтијева градња.

Министарство издаје локацијске услове за изградњу објеката који се изводе на подручју двију или више јединица локалне самоуправе, као и за: објекте високих брана, објекте за производњу и прераду нафте и гаса, објекте базне и прерађивачке хемијске индустрије, енергетске и друге објекте и постројења за производњу електричне енергије, далеководе напона 110 kV и више, међурегионалне и регионалне објекте водоснабдијевања, уређаје за пречишћавање отпадних вода, аутопутеве, брзе путеве, магистралне и регионалне путеве са путним објектима и објекте у заштитном појасу, аеродроме за јавни саобраћај, жељезничке пруге за јавни саобраћај, међународне и магистралне капацитете у области система веза, пловне канале, регионалне депоније и депоније опасних материјала, хидромелиорационе системе за наводњавање површина већих од 50 ha, рибњаке површине 50 ha и више, стадионе за 10.000

i више гледалаца, силосе капацитета 10.000 $m^3$ и више кубних метара, објекте у компleксу граничних прелаза, те радарске центре.

**Правни основ за издавање локацијских услова је:** "Закон о уређењу простора и грађењу" (Службени гласник Републике Српске, број 40/13) те "Одлука о административним таксама" коју доноси свака јединица локалне самоуправе на свом простору.

Неophодне локацијске услове можемо представити помоћу предикационих правила као:

IF урбанистичко-технички услови AND копија катастарског плана AND доказ о легалности постојећег објекта AND опис објекта AND саглаcност на локацију објекта AND рјешење о утицају на животну средину AND идејни пројекат и доказ о власништву или правu грађења THEN издати локацијске услове.

Процедуре за издавање одобрења за грађење, као и оне за издавање одобрења за употребу, због дужине рада, нећемо наводити, а наглаcићемо само то да је **правни основ за издавање одобрења за грађење:** "Закон о уређењу простора и грађењу" (Службени гласник Републике Српске, број 40/13) те "Одлука о административним таксама" коју доноси свака јединица локалне управе на свом простору.

## 4. БАЗА ЗНАЊА

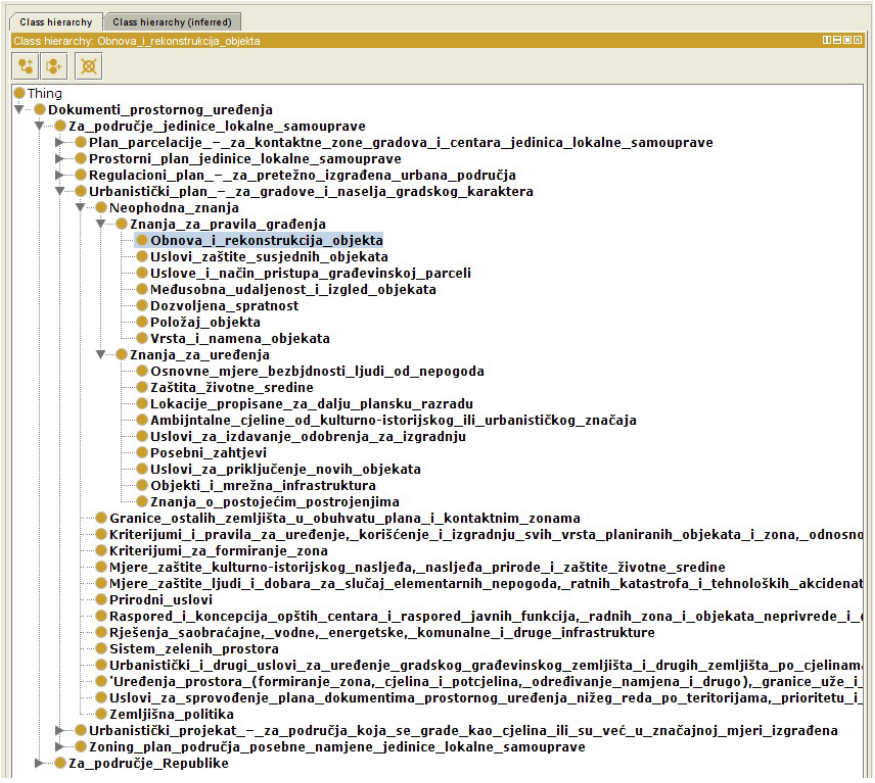
У овом раду промaтрамо само дио знања која се могу добити из "Урбанистичког плана", а то је документ којим се усмјерава и регулише организација простора у насељима.

Неophодна знања за уређење су: знања о постојећим постројењима, објектима и мрежној инфраструктури, услови за прикључење нових објеката, посебни захтјеви, услови и прописи за издавање одобрења за изградњу, амбијенталне цјелине од културно-историјског или урбанистичког значаја, локације прописане за дању планску разрaду, заштита животне средине, основне мјере безбједности људи од непогода, пожара итд[8].

Неophодна знања за правила грађења су: врста и намјена објеката који се могу градити, положај објеката који треба да се граде, дозвољена спратност, међусобна удаљеност и изглед објеката, услови и начин приступа грађевинској парцели и простор за паркирање возила, услови заштите сусједних објеката, обнова и реконструкција објеката итд.

[8] M. Радивојевић, *Од електронског пословања до пословне интелигенције у јавној управи*, ЈУ Службени гласник Републике Српске, Бања Лука 2012., ISBN 978-99938-22-28-8, COBISS.BH–ID 2411288.

Uz upotrebu Protégé-OWL editora možemo predstaviti odgovarajuća znanja za pravila građenja i uređenja slikom 4. „Neophodna znanja“.




Slika 4. Neophodna znanja

## 5. CONCLUSION

In this paper we examine the supporting documents that are requested during an investor`s application for a building permit: site conditions, evidence of resolved property relations, the concession contract, the main design, the audit report of the technical documentation, report on validation, environmental permit, etc. We looked at the current method of operation and proposed modifications that enable automation and the cheapening of the process through the use of pre- defined rules, knowledge bases and ontologies.

We examine the necessary documents for Physical Planning in the Republic of Srpska and local government units and argue that these documents should be digitized and offered to all stakeholders in the process in this form.

In this paper, we have outlined a small part of the knowledge required to complete the process of issuing a building permit.

We examine the current procedures for obtaining information on site conditions and propose new solutions that use new software tools and approaches. We argue that these new approaches, along with the new required knowledge of users and the service provider (the local government units) will deliver a cheaper and faster service of obtaining information on site conditions and therefore a faster and cheaper building permit. By automating the process, the present 17 procedures could be reduced to just two: a request for a building permit and an issued building permit.

## Prilog

Propisi koji se primjenjuju pri proceduri dolaženja do građevinske dozvole:

Zakon o uređenju prostora i građenju (Službeni glasnik Republike Srpske, broj 40/13);

Zakon o prostornom uređenju ("Službeni glasnik RS" br. 84/02, 55/02, 14/03, 112/06, 53/07).

Pored ovih zakona koriste se i određeni propisi, pravilnici, uredbe i uputstva i to:

Pravilnik o uslovima obavljanja djelatnosti na planu zaštite okoliša ("Službeni glasnik RS" br. 15/07);

Pravilnik o sadržaju plana adaptacije za postojeća postrojenja i postrojenja za djelatnost upravljanja otpadom kao i aktivnostima koje poduzima ovlašteni organ ("Službeni glasnik RS" br. 39/05);

Pravilnik o prevozu opasnog otpada ("Službeni glasnik RS" br. 86/05);

Pravilnik o upravljanju medicinskim otpadom ("Službeni glasnik RS" br. 90/06);

Pravilnik o stručnom nadzoru tokom gradnje objekata ("Službeni glasnik RS" br. 7/04);

Pravilnik o vršenju tehničke revizije objekata i izdavanju upotrebne dozvole ("Službeni glasnik RS" br. 37/04);

Pravilnik o uslovima izgradnje benzinskih stanica uz regionalne, magistralne puteve i auto-puteve ("Službeni glasnik RS" br. 58/07);

Uredba o legalizaciji nezakonito izgrađenih objekata („Službeni glasnik RS" br. 55/05);

Uredba o projektima za koje se radi procjena uticaja na okoliš, kao i kriterijima za odlučivanje o obavezi vršenja i obimu procjene uticaja na zaštitu okoliša. ("Službeni glasnik RS" br. 7/06);

Uredba o pogonima i postrojenjima koji mogu biti izgrađeni i pušteni u rad samo ako imaju okolinsku dozvolu ("Službeni glasnik RS" br. 7/06);

Uputstvo o sadržaju studije uticaja na zaštitu okoliša ("Službeni glasnik RS" br. 118/05);

Uredba o ograničavanju vrijednosti emisija otpadnih materija u zrak ("Službeni glasnik RS" br. 39/05);

Uredba o postupnom isključivanju materija koje oštećuju ozonski omotač ("Službeni glasnik RS" br. 94/05);

Uputstvo o postupku izdavanja građevinske dozvole za objekte izgrađene unutar zaštitnog pojasa auto-puteva, brzih cestâ, magistralnih puteva i regionalnih puteva ("Službeni glasnik RS" br. 50/05).

Pored toga koriste se i drugi zakoni koji se odnose na izdavanje dozvole za građenje i samu gradnju, a to su:

Zakon o građevinskom zemljištu ("Službeni glasnik RS", br. 112/ 06);

Zakon o vodama ("Službeni glasnik RS", br. 50/06);

Zakon o upravljanju otpadom (Službeni glasnik RS", br. 53/02);

Zakon o zaštiti prirode ("Službeni glasnik RS", br. 50/02);

Zakon o zaštiti životne sredine ("Službeni glasnik RS", br. 28/07);

Zakon o električnoj energiji ("Službeni glasnik RS", br. 8/02);

Zakon o poljoprivrednom zemljištu ("Službeni glasnik RS", br. 93/06);

Zakon o koncesijama ("Službeni glasnik RS", br. 25/02, 91/06);

Zakon o javnim putevima ("Službeni glasnik RS", br. 101/05);

Zakon o stvarnim pravima ("Službeni glasnik RS", br. 124/08);

Zakon o zemljišnim knjigama ("Službeni glasnik RS", br. 67/03, 46/04, 109/05);

Zakon o šumama ("Službeni glasnik RS", br. 13/94, 21/94).

УДК 35.077.2(497.6)

# ЕКСЦЕПЦИЈА НЕУСТАВНОСТИ И НЕЗАКОНИТОСТИ У УПРАВНОМ СПОРУ У РЕПУБЛИЦИ СРПСКОЈ

**Проф. др Милан Благојевић**[*]

***Резиме:*** *У нашој правној традицији уобичајено је схватање према којем одлучивање о уставности и законитости правних прописа спада у домен уставних судова. У овом раду указано је на могућност која одступа од тога, с обзиром на то да и редовни судови код нас имају могућност да у одговарајућим поступцима који се воде пред њима искључе примјену неуставних или незаконитих прописа, на основу којих би иначе требало да ријеше одређени спор. Овај модел поступања се у науци уставног права назива ексцепцијом неуставности и незаконитости. У раду су приказани законски основи за овакво поступање редовних судова у Републици Српској, након чега су изложени примјери из управносудске праксе редовних судова који говоре у прилог наведеној могућности. Анализирајући случајеве из судске праксе аутор на крају рада излаже своје схватање појма ексцепције неуставности и незаконитости, указујући и на проблеме које овај модел одлучивања може донијети са собом, од чега није имун ни систем централизоване контроле од стране уставних судова.*

***Кључне ријечи:*** *ексцепција неуставности, ексцепција незаконитости, редовни судови, уставни судови, систем ексцепције, систем касације, уставност, законитост.*

[*] **Судија Окружног суда у Бањалуци и ванредни професор на Универзитету за пословни инжењеринг и менаџмент у Бањалуци.**

## I Уводни дио

У науци уставног права постоји више подјела које се тичу начина на који се у држави може организовати систем контроле уставности и законитости прописа. Управо наведено, разумије се, односи се само на оне државе које имају организовану ову врсту контроле, а таквих држава је данас највећи број.

Подјела о којој говоримо врши се у зависности од критеријума којима се користимо при томе. Ако се у обзир узима орган којем се повјерава ова врста контроле, а то је најчешћи критеријум, системи контроле уставности се могу подијелити у двије велике групе. Првој од њих (уједно и старијој од оне друге) својствено је да се контрола уставности повјерава несудским органима. Они могу бити државно-политички органи и институције (каква је, на примјер, био Президијум Народне скупштине ФНРЈ[1]), односно сам законодавни орган (о чему се, опет примјера ради, радило у случају Народне скупштине ФНРЈ према Уставном закону из 1953. године), или се та контрола повјерава посебном тијелу које није судско (за шта се као примјер може навести Уставни савјет у Петој француској републици). Другу велику групу чине системи у којима постоји организована судска контрола уставности и законитости. Ова група је, опет, сама за себе једна велика конгломерација, с обзиром на то да се у њој налазе како државе у којима постоји систем централизоване судске контроле путем уставног судства, тако и оне у којима се ова контрола врши путем редовних судова, са варијацијама према којима ту контролу врши само врховни суд или је врше сви редовни судови.

Од посебне важности за предмет овог рада је подјела на апстрактне и акцесорне моделе оцјењивања уставности, која се јавља унутар система организоване судске контроле уставности и законитости. Суштина ове подјеле у вези је са питањем да ли оцјена уставности, односно законитости, представља једини спор[2] или не. Ако одговор на ово питање

[1] Мада се не смије губити из вида да је, према Уставу ФНРЈ из 1946, Президијум Народне скупштине ФНРЈ ту своју надлежност вршио заједно са савезном Народном скупштином. Ово стога јер је чланом 74. став 1. тачка 4) Устава ФНРЈ из 1946. било прописано да Президијум оцјењује сагласност закона република са Уставом ФНРЈ и савезним законима, *уз накнадну потврду Народне скупштине ФНРЈ*.

[2] Неки би умјесто „једини спор“ рекли „главни спор“, иако то, по нама, не би био најбољи избор. Наиме, потоња синтагма би својом садржином могла значити да поред главног спора у истом предмету постоји и неки споредни спор, који је опет везан за неки други конкретни судски спор,

гласи да је оцјена уставности, односно законитости, једини спор о којем суд расправља и одлучује, онда се ради о апстрактном моделу оцјене уставности. Међутим, уколико суд пред собом има конкретни спор, који не може ријешити без претходног испитивања уставности, односно законитости прописа који би иначе требало да примијени, ради се о акцесорном моделу оцјене уставности.

С обзиром на то да у овом уводном дијелу, прије преласка на предмет рада, говоримо о моделима организације вршења контроле уставности, потребно је, ради цјеловитије слике о овом питању, указати и на сљедеће. Подјеле о којима смо до сада говорили тичу се, у суштини, модела оцјене уставности прописа развијених у европскоконтиненталном, односно англосаксонском правном поднебљу. Међутим, поред њих, егзистира и један посебан модел, развијен у шеријатском правном поднебљу, чија функција је да обезбиједи усклађеност прописа са фундаменталним изворима шеријатског права. У том смислу, посебну пажњу привлачи случај Исламске Републике Иран, из којег за ову прилику издвајамо есенцију тог система, у којој су важна два елемента. Први је везан за посебну институцију (Државно вијеће за процјену интереса Исламске Републике), која функционише као уставни суд Ирана. Суштина функције ове институције огледа се у томе што она доноси коначну одлуку (курзив у тексту је наш) „... у спору између Исламске консултативне скупштине и Вијећа чувара *о томе да ли је неки пропис у складу са шеријатским правом*... При доношењу одлуке у сваком појединачном случају ово вијеће се руководи државним интересом, што може за посљедицу имати и рестрикцију у примјени шеријатског права и узроковати премоћ секуларних или социјалних принципа. ... Државно вијеће одлуку о овим питањима доноси по наредби имама, након што Вијеће чувара одлучи да је неки пропис који је усвојила Исламска консултативна скупштина супротан шеријатском праву“.[3] Други елемент је везан за редовне судове у овој земљи. Према члану 167. Устава Ирана, судија редовног суда је дужан донијети пресуду на основу закона и не може се уздржати од одлучивања у предмету због правне празнине или противрјечности у закону. Дакле, и у овом потоњем случају судија је дужан да разријеши законске противрјечности, што му даје могућност и да

што не одговара истини. Стога се због управо наведеног опредјељујемо за први израз, то јест за израз „једини спор“, јер он својом садржином сасвим јасно говори како су уставност, односно законитост, једина питања којима се надлежни суд бави у моделу апстрактне оцјене уставности.

[3] Проф. др Милан Благојевић: *Исламски конституционализам на ирански начин, Кратка анализа основа уставног уређења Ирана*, Бања Лука, 2012, стр. 61. и 62.

искључи примјену неке законске одредбе. У погледу примјене осталих прописа од важности су одредбе члана 170. Устава Ирана. Према првој, судије редовних судова су обавезне да се *уздрже од примјене прописа који су у супротности са законима* или нормама ислама, након чега је другом одредбом истог члана Устава свакоме дато право да од Управног суда тражи поништење таквог прописа.

Након овог кратког екскурса у другачији свијет оцјене уставности, вратићемо се у наше поднебље, на мјесто везано за подјелу на апстрактне и акцесорне моделе. Ова подјела је од важности за подјелу на системе касације и ексцепције неуставности и незаконитости. За систем касације је својствено да надлежни суд у поступку оцјене уставности укида (касира) неуставни закон (са дејством *erga omnes*), или неке његове дијелове, у зависности од тога да ли је цијели закон или само његов дио предмет те оцјене. Уобичајено је да се систем касације везује за апстрактну оцјену уставности по моделу централизоване судске контроле путем уставног судства. Међутим, и у овом систему наилазимо на случајеве у којима је уставни суд имао надлежност да, уколико је утврди, само констатује неуставност, а не и да касира неуставни закон. Такав примјер пружао нам је Устав СФРЈ из 1974. године, уз напомену да тај устав, имајући у виду његов члан 375, *није прописивао надлежност савезног Уставног суда да одлучује о сагласности републичких и покрајинских устава са Уставом СФРЈ*. Наиме, према члану 384. став 1. тог устава, савезни Уставни суд је могао само да утврди несагласност *савезног закона*, *односно републичког или покрајинског закона*, са савезним уставом, као што је могао само да утврди и да је републички или покрајински закон у супротности са савезним законом. Након тога је надлежна скупштина (према члану 384. став 2. Устава СФРЈ) била дужна да у року од шест мјесеци од дана достављања одлуке савезног Уставног суда, „...усклади закон са Уставом СФРЈ, односно да отклони супротност између републичког или покрајинског закона и савезног закона“, с тим што је наведени рок за усаглашавање закона савезни Уставни суд могао продужити за још шест мјесеци на захтјев надлежне скупштине. Само ако надлежна скупштина у наведеном року није отклонила несагласност, пропис је престајао да важи *ipso constitutione*, због чега је одлука савезног Уставног суда у том правцу имала само декларативан карактер (члан 384. став 4. Устава СФРЈ).

У вези са системом ексцепције неуставности и незаконитости, такође је уобичајено да се он веже за акцесорни модел оцјене уставно-

сти, што је само дјелимично тачно. Наиме, чињеница је да је том систему својствено да се оцјена уставности врши поводом конкретног спора те да суд, и када утврди његову неуставност или незаконитост, не касира пропис већ само искључује његову примјену на конкретни случај у којем је позван да одлучи. Усљед тога, утврђена неуставност или незаконитост прописа не дјелује *erga* omnes, већ *inter partes*. Међутим, у акцесорном моделу оцјене уставности наилазимо и на случајеве у којима је омогућено суду да касира неуставни пропис, и то не само поводом неког претходно покренутог спора пред одређеним судом, већ и по директној тужби која није зависна од одређеног спора. Такав случај је *amparo* систем (присутан, примјера ради, у Мексику), у вези с којим се у уставноправној литератури указује на сљедеће:

„Специфичност је, међутим, овог система, која га разликује од система САД-а, што се оцјењивање уставности не врши само поводом конкретних судских спорова, него и на основу директне жалбе коју суду подносе заинтересовани појединци. Питање уставности се овдје, дакле, не појављује само као претходно питање за рјешавање главног спора, већ и као главно питање које не мора бити проузроковано неким конкретним процесом пред судом. Када суд оцијени да је оспорени закон противуставан, он га ништи. Међутим, то ништење ипак нема апсолутно, већ релативно дејство јер важи само за онога који је поднио тужбу. Закон за све остало остаје на снази. Тако се у крајњој линији, по правном ефекту, овај систем контроле скоро изједначава са системом САД-а. Истина, судови у САД-у не ниште закон, већ само отклањају његову примјену, али је то по ефекту равно ништењу закона са вриједношћу само за странку која је његову уставност оспоравала, као што је то случај са мексичким системом. Ипак је овај систем карактеристичан особито по признавању грађанима права да директном тужбом, неовисно од постојања спора, нападају закон због неуставности.“[4]

Иако треба водити рачуна о претходно наведеним запажањима везаним за комплексност питања о моделима оцјене уставности, ипак је чињеница да је акцесорни модел те оцјене присутан нарочито у англосаксонском правном поднебљу. Тиме се, између осталог, може објаснити зашто је код нас прилично укоријењено схватање о томе да редовни судови нису надлежни за оцјену уставности и законитости прописа, те да они стога не би требало да приступају рјешавању тог питања у редовним судским поступцима. Укоријењености таквог схватања доприноси и то

[4] Проф. др Гашо Мијановић: *Контрола уставности закона*, Српско Сарајево, 2000, стр. 103.

што се наведеном моделу веома често упућују прилично аргументоване критике. Оне се, између осталог, тичу тога што се одлукама судова из поднебља у којем је нарочито присутан акцесорни модел оцјене уставности не укидају закони који су предмет те оцјене. Умјесто тога, суд само одбија да примијени закон на конкретни случај, усљед чега закон (или одређена његова одредба коју је суд одбио да примијени) наставља и даље своје правно постојање. Такође се указује да таква судска одлука има обавезујућу правну снагу само за тај случај, чиме се омогућује том истом суду, као и осталим судовима у држави, да у неком другом случају примијене тај исти закон. Из ове чињенице изводи се сљедећи закључак, који представља наредну критику, а то је да се на тај начин доприноси правној несигурности, која је антипод правне сигурности као једне од врховних вриједности у праву.

Умјесто комбатације са овим критикама, која је излишна, будући да су те критике основане, ми ћемо се на крају овог дијела рада усредсредити на то да укажемо како и систем централизоване контроле уставности путем уставног суда поража проблеме. Наиме, недостатак овог система је то што се у правном поретку појаве и дуго егзистирају прописи (законски и подзаконски), који не наиђу на било какву реакцију надлежног уставног суда. Свакако да тај суд не треба бити критикован због тога, јер се неуставности и незаконитости прописа тешко могу запазити само спекулацијом судије уставног суда. Оне се, наиме, најчешће могу запазити само у пракси редовних судова, усљед чега је та пракса неисцрпни извор за одговарајуће спознаје о овом проблему.

Једна од тих спознаја је свакако и то да се код нас не треба *a priori* одбацивати могућност за редовне судове да у одговарајућем судском поступку и они на својеврстан начин одлучују о уставности и законитости прописа на чију примјену су позвани у конкретним предметима. То одлучивање свакако не може бити у облику да редовни суд у изреци своје одлуке утврђује неуставност или незаконитост одређеног прописа. Умјесто тога, ти судови имају могућност да у конкретном случају искључе примјену прописа за који утврде да је неуставан или незаконит, за шта, како ћемо показати, не постоје правне препреке у Републици Српској.

То је, дакле, предмет овог рада. У њему ћемо, кроз више примјера из судске праксе, указати на проблеме са којима се свакодневно сусрећу редовни судови, а који се тичу неуставности или незаконитости прописа којима је уређена одговарајућа област друштвених односа. Ти примјери

нису само свједочанство о управо наведеном, већ и о још нечему. Наиме, код нас је прилично увријежено схватање да се у таквим случајевима редовни суд не треба упуштати у расправљање о овом проблему, већ треба застати са поступком и покренути одговарајући поступак пред надлежним уставним судом. Свакако да овакво схватање није без правног основа, али оно, како ћемо видјети, није и ефикасно нити је једино исправно. Наиме, чињеница је да поступци пред уставним судом често трају прилично дуго, за које вријеме би, уколико би се наведено схватање апсолутно прихватило, предмети пред редовним судовима требало да чекају до одлуке уставног суда. Када се има у виду да је број предмета у којима се поставља питање уставности и законитости прилично велики у поступцима пред редовним судовима, не треба много времена за закључак како би управо редовни судови у таквим случајевима требало да одбију примјену неуставних, односно незаконитих прописа, нарочито зато што за такво поступање имају упориште у закону, чиме би рад судова био ефикаснији. Ово тим прије јер је, нажалост, много предмета у којима су такви правни дефекти еклатантни, о чему свједоче и примјери које наводимо у наставку.

Овај рад ће у наставку бити подијељен у три дијела. У првом од њих биће изложена одговарајућа уставна и законска рјешења овог питања у Републици Српској, а у другом ће бити анализирано неколико примјера из праксе Врховног суда у Републици Српској који су у вези са овим питањем. У трећем дијелу рада биће изложено више случајева из ауторове судијске праксе у Окружном суду у Бањалуци, који представљају оне еклатантне примјере неуставности и незаконитости прописа које смо малочас поменули. Завршни дио овог рада представљају закључна запажања.

## II Нормативни оквир за оцјену уставности и законитости прописа у Републици Српској

Чланом 115. Устава Републике Српске прописано је да је њен Уставни суд надлежан да: „1. одлучује о сагласности закона, других прописа и општих аката са Уставом; 2. одлучује о сагласности прописа и општих аката са законом; 3. рјешава сукоб надлежности између органа законодавне, извршне и судске власти; 4. одлучује о сагласности програма, статута и других општих аката политичких организација са Уставом

и законом.“ Када се цитираним надлежностима Уставног суда додају и оне које се односе на одлучивање о сагласности закона, других прописа и општих аката Народне скупштине са уставним одредбама о заштити виталних интереса конститутивних народа, као и на праћење појава од интереса за оцјењивање уставности и законитости те обавјештавање највиших уставних органа Републике Српске о стању и проблемима у тој области (амандмани LXXXVIII и L), могло би се закључити да ниједан други суд у Републици Српској не би требало да разматра питања уставности и законитости прописа. Ово тим прије јер се у поглављу Устава посвећеном редовним судовима не наилази на одредбе којима би им *expresis verbis* било дато такво овлаштење. Међутим, цјеловита слика о овом питању код нас не може се стећи само помоћу наведених уставних одредби, већ треба имати у виду и то да је чланом 121. став 3. Устава Републике Српске редовним судовима повјерена задаћа *заштите законитости*. Када се има у виду да је законитост „сагласност нижег правног акта с вишим правним актима; *незаконитост* (*противправност*) је његова несагласност“[5], односно да „реч законитост, односно незаконитост се узима у ширем смислу, тј. не само као сагласност, односно несагласност са законом него са сваким вишим актом“, основано је закључити да Устав Републике Српске не забрањује редовним судовима да у поступцима који се воде пред њима искључе примјену незаконитих прописа ради заштите законитости схваћене на претходно наведени начин. Такав закључак може се извести и анализом одговарајућих одредаба Закона о судовима Републике Српске и Закона о Уставном суду Републике Српске. Уставни основ за доношење ова два закона налази се у члану 122, односно у члану 120. Устава Републике Српске. Чланом 122. Устава је прописано да се оснивање, *надлежност*, организација и поступак пред судовима утврђују законом, док је чланом 120. прописано да се поступак пред Уставним судом, правно дејство његових одлука те друга питања његове организације уређују законом.

Полазећи од наведених уставних овлаштења, законодавац Републике Српске је донио Закон о судовима Републике Српске.[6] У члану 6. тог закона је прописано (курзив у тексту је наш): „Судови штите права и слободе загарантоване Уставом Босне и Херцеговине, Уставом Републике Српске и законом, *те обезбјеђују уставност и законитост* и осигуравају јединствену примјену закона, равноправност и једнакост

[5] Др Радомир Д. Лукић: *Теорија државе и права*, *II. Теорија права*, трећи том, Београд, 1995, стр. 159.

[6] *Службени гласник Републике Српске*, број 37/12.

свих пред законом.“ Како видимо, цитираном законском одредбом редовним судовима је дато у задатак и да обезбјеђују уставност и законитост. Ова задаћа не може се у пуној мјери остварити уколико се редовни судови, без обзира на тоо којој врсти судског поступка је ријеч, не би бавили, када се укаже потреба за тим, и питањем уставности, односно законитости прописа које треба примијенити у конкретном предмету. Било би сувише уско схватање и, по нама, прилично формалистичко, ако би се редовни судови у таквим ситуацијама (којих је, нажалост, у пракси све више) ослањали искључиво на правило из Закона о Уставном суду Републике Српске (члан 4. став 2. тачка д), према којем сваки суд може приједлогом покренути поступак пред Уставним судом Републике Српске, ако се у поступку пред редовним судом постави питање уставности и законитости. Наиме, већ из ове законске одредбе јасно произлази да је то само могућност (не и обавеза) која је остављена редовним судовима, што значи да је тиме и њима омогућено да, уколико се не одлуче да поступе према тој законској одредби, сами расправе питање уставности и законитости. На овакав закључак још више упућује одредба из члана 70. Закона о Уставном суду Републике Српске,[7] која гласи: „Кад је правоснажном судском одлуком одбијена примјена прописа или општег акта због његове несагласности са Уставом или законом, а Суд утврди да таква несагласност не постоји, свако коме је повријеђено неко право може захтијевати измјену те правоснажне судске одлуке, у року од годину дана од дана објављивања одлуке Суда.“.

Иако је ова одредба, када се тумачи само језичким путем, ту како би омогућила странци из судског поступка да тражи ревизију одређене одлуке редовног суда, она има и још једно значење (боље рећи смисао). Наиме, када законодавац у тој одредби каже (а очигледно је да каже) да је редовни суд својом одлуком већ одбио примјену прописа или општег акта, сматрајући да није сагласан Уставу Републике Српске или закону, онда то није само претпоставка диспозиције, већ и правило које овлашћује суд на одређено понашање. Стога се из оваквих прилично ријетких случајева може закључити и о томе како одређени елемент из структуре правне одредбе у исто вријеме може бити не само претпоставка диспозиције, већ и диспозиција. У конкретном случају је несумњиво да дио одредбе који гласи: „Кад је правоснажном судском одлуком одбијена примјена прописа или општег акта због његове несагласности са Уставом или законом...“ представља једну од претпоставки

[7] *Службени гласник Републике Српске*, бр. 104/11. и 92/12.

за диспозицију према којој се, уз испуњење и осталих претпоставки из цитиране законске одредбе, „...може захтијевати измјена те правоснажне судске одлуке, у року од годину дана од дана објављивања одлуке Суда“. Међутим, осим што је претпоставка за наведену диспозицију, она је истовремено и правило које на својеврстан начин овлашћује редовне судове код нас да се понашају на одређени начин, то јест да оцјењују уставност и законитост прописа у поступцима који се воде пред њима.

Према томе, када се смисаоним повезивањем (као врстом систематског тумачења) тумаче претходно наведене одредбе из Устава Републике Српске (члан 121. став 3), Закона о судовима Републике Српске и Закона о Уставном суду Републике Српске, несумњиво је да се из њих може закључити како наш систем не предвиђа само централизовано оцјењивање уставности и законитости прописа од стране Уставног суда Републике Српске, већ такву могућност пружа и редовним судовима у Републици Српској. О томе свједоче и примјери (истина не тако чести) из праксе управног спора о којима говоримо у наставку.

## III Примјери из праксе Врховног суда Републике Српске

У наредним редовима послужићемо се примјерима везаним за упис права својине на стану као посебном дијелу зграде. У овој области код нас, у правном погледу, постоји прилично несређено стање, будући да ни до данас није донесен проведбени подзаконски пропис којим би на свеобухватан начин био уређен поступак уписа наведеног, као и других стварних права, не само на становима који су били предмет откупа (станови на којима је постојало станарско право) него и на осталим становима у одговарајућим јавним евиденцијама. Умјесто тога, руководилац једног републичког управног органа је, допуном подзаконског прописа којим је (према слову одговарајућег закона) могао уредити само поступак укњижбе права својине на становима на којима је постојало станарско право, упркос томе прописао да се одредбе тог правилника односе и на све остале станове као посебне дијелове зграде. Ради се о Правилнику о вођењу књиге уложених уговора о откупу стамбених зграда и станова („Службени гласник Републике Српске“, бр. 45/01. и 6/02), донесеном од стране директора Републичке управе за геодетске и имовинско-правне послове Републике Српске. Тај пропис је руководилац наведеног органа управе донио у извршењу Закона о приватизацији

државних станова („Службени гласник Републике Српске“, бр. 11/00, 18/01, 35/01, 47/02, 65/03, 17/04, 70/04, 2/05, 67/05, 118/05, 70/07, 38/07, 60/07, 72/07. – Пречишћени текст, 59/08, 58/09. и 71/10). Чланом 1. тог закона прописано је да се њиме уређује *приватизација станова у државној својини* која се врши *откупом* станова у складу са одредбама тог закона. Чланом 19. став 1. тог закона прописано је да је *уговор* о *откупу* стана правни основ за стицање права својине на стану као посебном дијелу зграде, права заједничке својине на заједничким дијеловима и уређајима зграде и права коришћења на припадајућем земљишту, под условима и на начин одређен законом, а ставом 2. тог члана је прописано да се права из става 1. стичу уписом у катастар некретнина, односно полагањем уговора код органа управе надлежног за послове катастра некретнина и уписом у књигу о положеним уговорима. И према важећем Закону о приватизацији државних станова („Службени гласник Републике Српске“, број 118/11, члан 19. тог закона) уговор о *откупу* стана је правни основ за стицање права својине на стану као посебном дијелу зграде, права заједничке својине на заједничким дијеловима и уређајима зграде и права коришћења на припадајућем земљишту, под условима и на начин одређен законом, а права из става 1. тог члана се стичу упи-сом у јавну евиденцију, односно полагањем уговора код органа управе надлежног за послове катастра и уписом у књигу о положеним уговорима. Дакле, из наведених законских одредби јасно произлази да су се уписи у књигу уложених уговора могли вршити, а то значи и стицати право својине, само у погледу станова који су били предмет *откупа* према Закону о приватизацији државних станова. То даље значи да су поменута управа и њене подручне јединице могли у управном поступку одлучивати о упису у књигу уложених уговора само права својине стеченог на стану као посебном дијелу по основу уговора о *откупу* стана. Ово стога јер је законодавац у Закону о приватизацији државних станова, у члану 71. (Пречишћени текст – „Службени гласник Републике Српске“, бр. 72/07), овластио директора Републичке управе за геодетске и имовинско-правне послове Републике Српске да донесе Правилник о успостављању и вођењу књиге положених уговора *из члана 19. став 2. тог закона*, а то значи да донесе *правилник који ће се односити само на станове који су били предмет откупа* у поступку прописаном Законом о приватизацији државних станова. То је директор поменуте управе и учинио, донијевши Правилник о вођењу књиге уложених уговора о откупу стамбених зграда и станова.[8] Чланом 1. тог правилника

[8] *Службени гласник Републике Српске*, број 45/01.

прописано је (што је у складу са одговарајућим законом из ове области којим је уређен откуп државних станова) да се њиме уређује облик и обим књиге уложених уговора *откупљених* стамбених зграда и станова, док је чланом 2. став 1. прописано да се стамбене зграде и станови *у државној својини*, који су продати у складу са законом, а нису уписани у земљишну књигу, односно у друге јавне евиденције о некретнинама, уписују у књигу уложених уговора о откупу стамбених зграда и станова. Међутим, након тога, директор поменуте управе је, супротно наведеној законској одредби, донио Правилник о измјенама и допунама овог Правилника, прописавши (у члану 10а тих измјена и допуна) да се у књигу уложених уговора могу уписати и стамбене зграде и станови на којима је стечено право својине на други начин, а не откупом, што је супротно Закону о приватизацији државних станова. И управо ова одредба биће тој управи „правни основ" да врши уписе права својине у књигу уложених уговора и на становима на које се не односи Закон о приватизацији државних станова. Незаконитост оваквог поступања је очигледна када се узме у обзир да је законом из ове области (Законом о приватизацији државних станова – Пречишћени текст[9]) прописано (члан 19. став 1) да је само у случају *уговора о откупу стана* такав уговор правни основ за стицање права својине на стану као посебном дијелу зграде, а да се то право стиче полагањем уговора код органа управе надлежног за послове катастра некретнина и уписом у књигу о положеним уговорима. Према томе, из садржине ових законских одредби сасвим јасно произлази да се односе само на уговоре о откупу станова, а не и друге уговоре (на примјер купопродајне), што је и разумљиво с обзиром на то да се поменутим законом уређује само приватизација државних станова, а не и стицање права својине на становима по неком другом правном основу. Због тога се, дакле, и поменути проведбени подзаконски пропис може односити само на државне станове који су били предмет приватизације, односно на уговоре о откупу тих станова, а не и на станове на којима је право својине стечено на неки други начин.

Када се у конкретном предмету, имајући у виду претходно наведено, у управном спору пред редовним судом као предмет спора појавио стан који није био предмет откупа према Закону о приватизацији државних станова, јер се није радило о стану у државној својини, Окружни суд у Бањалуци је одбио примјену измјена и допуна поменутог правилника.

[9] *Службени гласник Републике Српске*, број 72/07.

Усљед тога се у пресуди Окружног суда у Бањалуци, број 11 0 У 006087 11 У од 28.09.2012. године, каже да:

„Подручна јединица тужене у Бањалуци није била уопште надлежна да у управном поступку донесе наведено првостепено рјешење јер се ради о ствари о којој се, с обзиром на претходно наведене законске одредбе, уопште није могло рјешавати у управном поступку. У вријеме доношења предметног првостепеног рјешења Подручне јединице тужене у Бањалуци, као и у вријеме доношења оспореног рјешења тужене, био је на снази Закон о стварним правима („Службени гласник Републике Српске“, бр. 124/08, 3/09, 58/09) који је у члановима 84. и 85. уређивао не само поступак стицања етажне својине него и надлежност органа за укњижбу права етажне својине. Чланом 84. став 4. тог закона у вријеме доношења наведеног првостепеног рјешења, као и оспореног рјешења тужене, било је прописано да се етажна својина, а о томе се ради у конкретној управној ствари, стиче уписом у *земљишну књигу* као право повезано са одређеним сувласничким дијелом те непокретности, а чланом 85. став 1. тог закона је прописано да је за укњижбу права етажне својине потребно *суду* доставити изјаву о диоби, уговор о диоби и план подјеле посебног дијела зграде који се жели укњижити. Према томе, из управо наведених законских одредби које су ... биле на снази у вријеме доношења наведеног првостепеног рјешења и оспореног рјешења тужене, јасно произлази да се о упису права етажне својине одлучује у одговарајућем судском поступку од стране мјесно надлежног *суда*. Стога је првостепени орган тужене, доносећи рјешење број 21.11/952.2-2471/10 од 16.09.2010. године, одлучивао у ствари из судске надлежности, што то рјешење чини ништавим у смислу члана 252. тачка 1. Закона о општем управном поступку („Службени гласник Републике Српске“, бр. 13/02, 87/07. и 50/10 – у даљем тексту: ЗУП), на шта овај суд пази по службеној дужности у смислу члана 30. став 2. ЗУС-а. Зато је тужена, умјесто што је донијела оспорено рјешење којим је као неосновану одбила жалбу тужиоца на наведено првостепено рјешење, требало поводом те жалбе, а по службеној дужности, да огласи ништавим то првостепено рјешење по основу из члана 252. тачка 1. ЗУП-а, на шта ју је обавезивао члан 253. ст. 1. и 3. ЗУП-а. Како тужена није поступила на тај начин, већ је оспореним рјешењем одбила као неосновану тужиочеву жалбу против првостепеног рјешења, то је и оспорено рјешење тужене ништаво по основу из члана 252. тачка 1. ЗУП-а, на шта овај суд такође пази по службеној дужности у смислу већ поменутог члана 30. став 2. ЗУС-а.“

Оно што је од посебне важности је то да се суд при доношењу овакве одлуке ослонио на ранији пресуду Врховног суда Републике Српске, који је у тој одлуци такође утврдио да се поменути правилник не може примијенити у материји стицања права својине и уписа других пословних зграда, пословних просторија и гаража, које су прометоване по другом законском основу, а не по основу откупа таквих непокретности у државној својини. Позивајући се, дакле, на ту пресуду Врховног суда Републике Српске, у пресуди Окружног суда у Бањалуци од 28.09.2012. године се каже сљедеће (курзив у тексту је наш):

„Одлучујући у предметној управној ствари, овај суд је имао у виду и пресуду Врховног суда Републике Српске, број 11 0 У 001020 10 Увп од 24.11.2010. године. У релевантном дијелу те пресуде Врховни суд Републике Српске указује да су предмет приватизације искључиво пословне зграде, пословне просторије и гараже у државној својини. Оне се, како даље стоји у тој пресуди, „...продају по правилима тог закона и о тој продаји се закључује писмени уговор, који се овјерава код надлежног суда. Право својине се стиче уписом у књигу уложених уговора, која се успоставља правилником. Правилник се доноси у сврху полагања уговора и стицања својине, *али само за некретнине из члана 2. Закона*.", то јест Закона о приватизацији пословних зграда, пословних просторија и гаража. Након овога, у наведеној пресуди Врховног суда Републике Српске се каже:

"Пошто у смислу одредбе члана 121. став 2. Устава РС судови суде на основу Устава и закона, *овај суд налази да се Правилник не може примијенити у материји стицања права својине и уписа других пословних зграда, пословних просторија и гаража, које су прометоване по другом законском основу*, те да усљед тога извршени упис у Књигу положених уговора нема за посљедицу стицање права својине на тим непокретностима. Из овога даље слиједи да управни орган, надлежан за послове катастра некретнина није стварно надлежан за евидентирање таквих уговора, нити за упис права својине и других стварних права темељем тих уговора. С друге стране, тужилац није онемогућен да захтијева остварење права својине, на које претендује, јер је одредбама Закона о земљишним књигама РС („Службени гласник РС" број 67/03, 46/04, 109/05. и 119/08) прописан судски поступак уписа некретнина и права на њима у земљишним књигама. Отуда, овај суд налази да сваки акт који би био донесен у оваквој правној и фактичкој ситуацији је акт донесен од стране ненадлежног органа и супротан одредби члана 17. став 1. ЗОУП.

Без значаја је то што се у овој конкретној ствари ради о процесној одлуци. То значи да је требало донијети закључак о одбацивању захтјева, сагласно одредби члана 113. став 2. ЗОУП, јер апсолутна ненадлежност органа за поступање по захтјеву странке, подразумијева непостојање услова за покретање управног поступка. Како је акт донесен у управном поступку у ствари из судске надлежности ништав, у смислу одредаба члана 252. тачка 1. ЗОУП, суд надлежан за управне спорове у обавези је да по одредбама члана 30. став 2. ЗУС на то пази по службеној дужности. На ту неправилност управног акта у предметној управној ствари обавезна је да пази и тужена страна у поступку доношења одлуке по жалби против тог рјешења, с обзиром на одредбе члана 226. став 1. ЗОУП".

Из претходно цитираног јасно је да је Врховни суд Републике Српске одбио примјену наведеног правилника у материји стицања права својине и уписа других права на пословним зградама, пословним просторијама и гаражама, које су прометоване по другом законском основу. Тиме је, у ствари, оцијенио да је наведена подзаконска одредба (члан 10а Правилника) незаконита и одбио њену примјену у конкретном спору, што је примјер ексцепције незаконитости у управном спору. Таква оцјена суда је једино исправна, а разлог за то је очигледна незаконитост поменуте одредбе тог правилника

Нажалост, Врховни суд Републике Српске је у овој материји накнадно одступио од свог исправног става изнесеног у пресуди број 11 0 У 001020 10 Увп од 24.11.2010. године. Учињено је то готово три године касније, у пресуди Врховног суда Републике Српске, број 11 0 У 006087 12 Увп 19.09.2013. године. Правна неутемељеност таквог поступања је у томе што у пресуди од 19.09.2013. године суд није довео у питање свој исправни став из пресуде од 24.11.2010. године, на основу којег је одбио примјену наведеног правилника у материји стицања права својине и уписа других пословних зграда, пословних просторија и гаража, које су прометоване по другом законском основу. Наиме, у пресуди од 19.09.2013. године, Врховни суд Републике Српске ни на једном мјесту није рекао да је неправилан његов став из пресуде од 24.11.2010. године, према којем се поменути правилник не може примијенити у материји стицања права својине и уписа других права на пословним зградама, пословним просторијама и гаражама, које су прометоване по другом законском основу.

## IV Из ауторове судијске праксе

### *IV 1. Претходне напомене*

На почетку овог дијела даћемо неколико напомена. Наиме, сви примјери о којима говоримо у наставку спадају у материју управног спора, а настали су у пракси аутора као судије Окружног суда у Бањалуци. Да би се боље разумјела предметна проблематика, примјере који слиједе било је потребно класификовати ради њиховог лакшег и прегледнијег праћења. Наша запажања с тим у вези говоре како би све примјере требало класификовати на начин који уважава специфичност својствену свакој од неколико група. Ово због тога што се у свакој од тих група запажају специфични проблеми. Слиједећи, дакле, овај критеријум, ти примјери (који су уједно и примјери ексцепције неуставности и незаконитости у управном спору) могу се класификовати на сљедећи начин:

- предмети у којима се поставља питање *односа између закона на нивоу БиХ и ентитетског закона*, с чим у вези је и питање који од та два закона примијенити;

- случајеви *закона који су у колизији са одредбама Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода*;

- предмети у којима се сусреће са *неуставним прописима* које би, иначе, требало примијенити да није те неуставности;

- предмети у којима се сусреће са *незаконитим подзаконским прописима* којима је на незаконит начин уређена одређена област друштвених односа.

Полазећи од ове класификације, у наставку ћемо изнијети по један примјер за сваки од наведених проблема.

### *IV 2. Савезни закон и ентитетски закон*

У предмету Окружног суда у Бањалуци, број 11 0 У 009916 12 У, поставило се питање односа између Закона о пензијском и инвалидском осигурању Републике Српске и Закона о служби у оружаним снагама Босне и Херцеговине. У тој управној ствари, странка је тражила

да јој се призна право на пријевремену старосну пензију, позивајући се на одговарајућу одредбу поменутог савезног закона којом је прописана пријевремена старосна пензија за одређену категорију војника. Тужени Фонд за пензијско и инвалидско осигурање Републике Српске је одбио тај захтјев, градећи своју одлуку на ставу да законодавство Републике Српске не познаје институт пријевремене старосне пензије. У управном спору који је након тога покренуо тужилац, суд је, у пресуди број 11 0 У 009916 12 У од 03.12.2013. године, с тим у вези рекао сљедеће:

„Наиме, у образложењу оспореног акта (стр. 2) тужени износи и став '... да је област пензијског и инвалидског осигурања у Републици Српској регулисана искључиво Законом о ПИО, који не познаје институт пријевремене старосне пензије.' Међутим, ни овај став туженог није правно основан, а да би се ово разумјело, неопходно је подсјетити на то да Босна и Херцеговина представља сложено (федерално) уређену државу. Такво њено државно уређење има за посљедицу (између осталог) подјелу државне власти између ње и њених федералних јединица (ентитета). У оквиру те подјеле, Босна и Херцеговина има не само своје изворне надлежности (које су јој утврђене чланом III1. Устава Босне и Херцеговине), већ и додатне надлежности које је (у потпуности или дјелимично) преузела по основу из члана III5. Устава Босне и Херцеговине. Предметни Закон о допунама Закона о служби у Оружаним снагама Босне и Херцеговине („Службени гласник БиХ", број 74/10), на чију примјену је пледирано од стране тужиоца, јесте закон којим је Босна и Херцеговина преузела (дјелимично) додатну надлежност у области пензијско-инвалидског осигурања, у дијелу који се односи на војна лица. Конкретно, тим законом је (чланом 1) у већ постојеће изузетке додат још један изузетак за стицање пријевремене старосне пензије војних лица. Према члану 1. тог закона, у члану 48. Закона о служби Оружаним снагама Босне и Херцеговине („Службени гласник БиХ", бр. 88/05, 53/07. и 59/09) иза става 3. додаје се нови став 4, који гласи: „(4) Изузетно, на приједлог Министарства одбране БиХ, право на пријевремену старосну пензију стиче, без обзира на године живота и пензијског стажа, војник који је најмање двије године до 23.12.1995. године био припадник Армије Републике Босне и Херцеговине, Хрватског вијећа одбране или Војске Републике Српске, а који се на дан 1.1.2012. године налазио у војној служби, те му, због немогућности продужења, служба престаје у складу с овим законом". Ова одредба савезног закона у сложено (федерално) уређеним државама не само што има важност на цјелокупној

територији федерације (у овом случају Босне и Херцеговине, а то значи и у свим њеним федералним јединицама), већ та одредба има и јачу правну снагу од закона федералних јединица (уколико су ти закони, у конкретном случају Закон о пензијском и инвалидском осигурању Републике Српске, супротни савезном закону).[10] Ово тим прије јер је Уставни суд Босне и Херцеговине, Одлуком о допустивости и меритуму број У-5/11 од 27.05.2011. године (на коју је основано указано у тужби), утврдио да поменути Закон о допунама Закона о служби у Оружаним снагама Босне и Херцеговине („Службени гласник БиХ“, број 74/10) није у супротности са Уставом Босне и Херцеговине.“

Дакле, суд је у овом случају у управном спору расправио и о односу између савезног и ентитетског закона, јер је одбио да предметни спор ријеши примјеном ентитетског закона (који не познаје пријевремену старосну пензију), умјесто којег је примијенио поменути савезни закон у којем је то право изричито прописано за одређену категорију војника. Иако, *stricto sensu*, то што ентитетски закон не познаје пријевремену старосну пензију не значи да је тиме овај закон супротан поменутом савезном закону, ипак је чињеница да је суд, одбивши примјену ентитетског закона, учинио својеврсну ексцепцију тог закона у конкретном управном спору, што је био разлог да овај случај наведемо као примјер у раду.

### *IV 3. Европска конвенција о заштити људских права и основних слобода и домаћи закон*

За овај дио рада одабрали смо два примјера који имају нешто заједничко. Наиме, и у једном и у другом случају, ради се о односу домаћих закона и Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода. У сваком од тих примјера, домаћи закон је у колизији са овом конвенцијом, због чега је суд ту конвенцију непосредно примијенио у управном спору.

Први примјер се тиче Закона о пензијском и инвалидском осигурању који је изазвао посебну пажњу јавности у Републици Српској (о чему свједочи приличан број иницијатива за оцјену уставности појединих

[10] С тим у вези, суд је у пресуди указао на то да од овог правила постоји изузетак уколико је савезни уставни суд утврдио да је савезни закон супротан *савезном уставу*, али се о томе није радило у конкретном случају. Штавише, Уставни суд Босне и Херцеговине је у одлуци број У-5/11 од 27.05.2011. године утврдио да поменути савезни закон није у супротности са Уставом Босне и Херцеговине.

његових одредби[11]). За ову прилику издвојили смо пресуду која се односи на одредбе члана 172. ст. 4. и 5. тог закона, а у вези су са Европском конвенцијом о заштити људских права и основних слобода која, према Уставом Босне и Херцеговине, има приоритет над свим осталим домаћим законима. Ради појашњења, потребно је рећи да је ставом 4. поменутог члана прописано да ће се постојеће пензије поново одредити (то у пракси значи смањити) одређеној категорији лица (нпр. борцима прве категорије из посљедњег рата у БиХ), док је ставом 5. истог члана прописано да се одређеним лицима (као што су учесници НОР) раније одређене пензије неће поново одређивати (то јест смањивати). С тим у вези, у пресуди Окружног суда у Бањалуци број, 11 0 У 010649 12 У од 07.04.2014. године, суд је одбио примјену члана 172. став 4. Закона о пензијском и инвалидском осигурању (на којој одредби је тужени управни орган темељио свој управни акт) уз сљедеће образложење:

„...Осим из претходно наведених разлога, оспорени акт је ваљало поништити и због сљедећег. Из образложења тог акта, као и из образложења првостепеног рјешења од 03.02.2012. године, поуздано произлази да су донесени по основу из члана 172. став 4. Закона о пензијском и инвалидском осигурању („Службени гласник Републике Српске“, број 134/11). По оцјени овог суда, та законска одредба представља вид дискриминације, која је забрањена чланом II4. Устава Босне и Херцеговине. Ова уставна одредба мора се посматрати у вези са чланом 1. Протокола број 12. уз Европску конвенцију о заштити људских права и основних слобода, која се директно примјењује у Босни и Херцеговини *и има приоритет над свим осталим домаћим законима* (члан II2. Устава Босне и Херцеговине). Чланом 1. Протокола број 12. уз Европску конвенцију прописана је општа забрана дискриминације, што подразумијева да ће се уживање *свих права одређених законом* осигурати без дискриминације по било којем основу, те да јавна власт (а то значи и законодавац као дио те власти) никога не смије дискриминисати по било ком основу. Одредба из члана 172. став 4. Закона о пензијском и инвалидском осигурању представља вид забрањене дискриминације која се проводи међу носиоцима права, односно корисницима *пензија*. Ово стога јер је одмах након поменуте одредбе прописано (у члану 172. став 5. Закона) да се ипак неће поново одређивати пензије за одређене кориснике (као што су, на примјер, учесници НОР-а или корисници породичне пензије иза пензије учесника НОР-а). Учеснике НОР-а суд на-

[11] *Службени гласник Републике Српске*, број 134/11.

води примјера ради, између осталог и због тога јер је и њима чланом 87. раније важећег Закона о пензијском и инвалидском осигурању (према посљедњој измјени тог закона објављеној у „Службеном гласнику Републике Српске“, број 118/09) такође (као и борцима из посљедњег рата који су прва категорија) пензија увећана за 30%, док је борцима посљедњег рата који су друга категорија пензија увећана за 15%, а борцима треће и четврте категорије пензија је увећана за 10%. Стога одредба члана 172. став 4. важећег Закона о пензијском и инвалидском осигурању у практичном погледу има ефекат да се одређеним групама лица (у коју групу спада и тужитељкин супруг као борац прве категорије) раније увећане пензије њеном примјеном имају смањити, док се одређеној групи лица (као што су учесници НОР-а) пензије које су раније увећане (према истом законском основу – члан 87. раније важећег Закона) ипак неће смањивати. То је, по оцјени овог суда, недопуштена дискриминација људи у истој правној ситуацији, јер је и лицима којима је припадао тужитељкин супруг (иза којег је тужитељка остварила право на породичну пензију као његова супруга), као и учесницима НОР-а, једно заједничко (идентично), а то је *право на пензију*. Овакво поступање законодавца представља забрањену дискриминацију, јер се на такав начин уживање права (њихов новчани износ) по основу пензијског и инвалидског осигурања (па и оних која су већ правноснажно стечена) осигурава без било каквих сметњи (умањивања) за једну категорију становништва, док се та иста права (која су иста јер се и у случају учесника НОР-а и оних лица која то нису ради о *пензији*) не осигуравају (односно умањују се) другим корисницима, што се не може оправдати било каквим јавним интересом, будући да нема тог јавног интереса којим се може оправдати дискриминација међу људима у истој правној ситуацији.“

Други примјер тиче се Закона о правима бораца, војних инвалида и породица погинулих бораца Одбрамбено-отаџбинског рата Републике Српске.[12] Чланом 84. став 4. тог закона било је прописано да се приликом утврђивања постојања војног инвалидитета чињеница да је болест наступила под околностима из чл. 2, 4. и 7. тог закона утврђује само на основу медицинске документације која потиче из времена службе у оружаним снагама и периода од 30 дана по отпуштању из оружаних снага (овакво рјешење садржи и сада важећи закон из ове области). Наведена одредба је остала на снази за све вријеме важења поменутог закона (неколико година). У пресуди Окружног суда у Бањалуци, број 11 0 У

[12] *Службени гласник Републике Српске*, бр. 46/04, 20/07, 59/08. и 118/09.

008570 11 У од 21.10.2013. године, указано је на својеврсну неуставност те одредбе на сљедећи начин:

„...Међутим, овакво поступање љекарске комисије и туженог, као и наведена законска одредба, нису прихватљиви са становишта примјене члана II2. Устава Босне и Херцеговине у вези са чланом 6. Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода, која се (као и њени протоколи) директно примјењује у БиХ и има приоритет над свим осталим законима. Према члану 6. те конвенције, приликом одлучивања о његовим грађанским правима и обавезама, свако има право на правично суђење. Ова одредба, која се сходно примјењује и у управном поступку пред надлежним управним органима, подразумијева право странке (у овом случају тужиоца) да се, без временског ограничења на које законодавац пледира поменутом законском одредбом, користи доказима ради утврђивања његових права и обавеза. Дакле, правичном поступку и одлучивању пред судским и управним органима инхерентно је ово право странке, усљед чега спречавање странке (а наведена одредба Закона о правима бораца је облик таквог спречавања) да се користи доказима од важности за утврђивање њеног права или обавезе (у судском или у управном поступку) представља повреду права на правично суђење из члана 6. поменуте конвенције.“

Другим ријечима, суд је рекао да се у оваквој ситуацији има непосредно примијенити та конвенцијска одредба, чијој примјени има мјеста у оваквим управним стварима јер се ради о одлучивању о *грађанском* праву тужиоца (*његовом праву на имовину*), будући да ће доћи до увећања те имовине уколико се на основу одговарајућих медицинских доказа (чије коришћење у поступку не смије бити ограничено временом из којег потичу) утврди право тужиоца на војни инвалидитет. Дакле, и овај примјер, као и онај претходни, указује на постојање потребе да и редовни судови искључе примјену неуставних или незаконитих одредби одређеног прописа при рјешавању одређеног спора, у ком случају се ради о ексцепцији неуставности или незаконитости.

### *IV 4. Устав и неуставни пропис*

У управносудској пракси наилази се на *подзаконске прописе којима се прописују обавезе за правне субјекте* (физичка или правна лица), што их чини незаконитим, а тиме и неуставним, на основу којих управни

орган, између осталог, рјешава конкретну управну ствар. Поред тога, ти прописи нису објављени, усљед чега се ради о правно непостојећим актима, а тиме и неуставним актима, па они и због тога не могу бити основ за одлучивање како у управном поступку, тако и у управном спору. Ове неуставности и незаконитости за резултат имају поништење оспореног управног акта. Као примјер наводимо пресуду Окружног суда у Бањалуци, број 11 0 У 010773 12 У од 07.05.2014. године, у чијем образложењу се каже (курзив у тексту је наш):

„...Позивање првостепеног органа, а потом и туженог у оспореном акту, на *инструкцију туженог*, број 16-01-56-838/10 од 29.09.2010. године, као и на Споразум о сарадњи туженог и Министарства рада и социјалне политике Републике Србије, није у складу са Уставом Републике Српске и Законом о правима бораца. Наиме, *обавезивање* било ког лица, па тако и тужиоца, *на евентуално враћање примљеног износа новчаног примања* може бити извршено само по неком од основа прописаних у члану 109. став 1. тач. 1–3. Закона о правима бораца, *а не по основу било какве инструкције* туженог *нити по основу споразума који је тужени закључио са Министарством рада и социјалне политике Републике Србије*. *Ово стога што се обавезе, каква је и предметна из ове управне ствари, могу прописивати само законом, а не подзаконским прописом у виду инструкције на коју се позива тужени, нити у виду споразума о сарадњи који је тужени закључио са Министарством рада и социјалне политике Републике Србије*.

Осим тога, у образложењу оспореног акта тужени не наводи да су поменута инструкција, односно споразум, објављени у било ком службеном гласилу, што поуздано указује на то да ни та инструкција, а ни поменути споразум, нису објављени. Стога се ради и о правно непостојећим актима, имајући у виду члан 109. Устава Републике Српске. Према ставу 1. тог члана Устава Републике Српске, закони, *други прописи и општи акти* ступају на снагу најраније осмог дана *од дана објављивања,* осим ако из нарочито оправданих разлога није предвиђено да раније ступе на снагу. Чланом 109. став 2. Устава Републике Српске прописано је да се прије ступања на снагу закони, други прописи и општи акти државних органа *објављују у одговарајућем службеном гласилу.* Према томе, наведене уставне одредбе као услов за постојање општег правног акта (његово ступање на снагу), захтијевају да буду објављени у одговарајућем службеном гласилу, о чему се не ради када је ријеч о поменутој инструкцији туженог, односно споразуму о сарадњи између туженог и Министарства рада и социјалне политике Републике Србије.

Осим што су ти акти супротни члану 109. Устава Републике Српске, неопходно је указати да је поменута инструкција туженог супротна и члану 70. став 2. Закона о републичкој управи („Службени гласник Републике Српске“, бр. 118/08, 11/09, 74/10, 86/10. и 24/12). Ово стога јер је том законском одредбом прописано да *у доношењу подзаконских прописа органи управе не могу установљавати физичким и правним лицима права и обавезе које нису већ установљене законом или прописом Владе Републике Српске*. На ово суд указује због чињенице да тужени у образложењу оспореног акта (стр. 2, други пасус одоздо) наводи да је тужилац „...двоструки корисник *у смислу члана 1. став 2. Инструкције* о начину рада у предметима двоструких корисника, број 16-01-56-838/10 од 29.09.2010. године“, а да првостепени орган у образложењу рјешења од 28.09.2011. године наводи (стр. 3) да је „...*према одредби члана 3. став 3. цитиране инструкције, дужан да донесе рјешење о накнади штете*“. Све ово указује да су наведене одредбе поменуте инструкције (које иначе нема у управном спису) биле основ како првостепеном органу, тако и туженом да, мимо члана 109. Закона о правима бораца, обавежу тужиоца на враћање примљених износа новчаног примања. Такво поступање није законито, јер се оваква обавеза не може установљавати нити у појединачним случајевима одређивати на основу подзаконског прописа, већ само и искључиво на основу неке од одредаба из члана 109. став 1. тач. 1–3. Закона о правима бораца, као закона на основу којег је одлучивано у управном поступку.“

### *IV 5. Закон и незаконити подзаконски пропис*

Примјер који наводимо у наставку важан је из два разлога. Његова важност огледа се у томе што је ријеч о једном у низу доказа о учесталој пракси доношења подзаконских прописа чије одредбе су супротне закону. Поред тога, из овог примјера може се видјети како суд, утврдивши у управном спору незаконитост одредби подзаконског прописа, не само што врши њихову ексцепцију *него у таквој ситуацији спорни однос рјешава примјеном одговарајуће законске одредбе*. Дакле, у пресуди Окружног суда у Бањалуци, број 11 0 У 008721 12 У од 07.10.2013. године, суд о овим питањима износи сљедеће разлоге за одлуку којом је одбио примјену одредби подзаконског прописа за које је утврдио да су незаконите:

„...Међутим, у преосталом дијелу тужбу је ваљало уважити из разлога који ће бити изложени у наставку. У том дијелу, оспорени акт се побија тужбом по два основа. Најприје се, у битном, истиче да тужени и његов првостепени орган у конкретном случају на предметне дневнице нису могли примјењивати Правилник о примјени Закона о порезу на доходак ("Службени гласник Републике Српске", бр. 129/06, 72/07. и 81/07), то јест одредбу члана 13. став 2. тог правилника. У овом дијелу тужбом се основано указује да је доносилац тог подзаконског акта ... чланом 13. став 2. увео ограничења којих нема у Закону у порезу на доходак („Службени гласник Републике Српске", бр. 91/06, 128/06, 120/08, 71/10. и 1/11), као материјалног закона на основу којег је тужени одлучивао у овој управној ствари. Наиме, чланом 2. Правилника о измјенама и допунама Правилника о примјени Закона о порезу на доходак („Службени гласник Републике Српске", број 72/07) у члану 13. додат је нови став 2, којим је одређен појам службеног путовања:

„Службеним путовањем, у смислу овог правилника, сматра се путовање запосленог по налогу послодавца ради обављања одређеног посла ван мјеста свог сталног рада, а да обављање посла на том путовању не представља свакодневне текуће послове за чије је обављање радник засновао радни однос код налогодавца."

Ову одредбу ресорни министар уводи подзаконским прописом, иако га на тако нешто не овлашћује наведени Закон о порезу на доходак ради чије примјене је тај подзаконски пропис донесен. Стога, уводећи цитирану одредбу подзаконским прописом, његов доносилац (ресорни министар финансија Републике Српске) поступа супротно Закону о порезу на доходак. Наиме, чланом 7. став 1. тачка ж) тог закона прописано је да се порез на лична примања не плаћа на накнаде путних трошкова *и дневница у сврху пословних путовања* или привременог обављања радних задатака, исплаћене до висине по посебним прописима. Дакле, предметном законском одредбом законодавац није одредио појам службеног путовања (пословног путовања) тако што би рекао да се под тим путовањем има сматрати путовање запосленог по налогу послодавца ради обављања одређеног посла (ван мјеста свог сталног рада), а да обављање посла на том путовању не представља свакодневне текуће послове запосленог. Такве одредбе нема у наведеном закону, а она се може прописивати *само законом,* а не и подзаконским прописом. Ово зато што би таква одредба својим садржајем, у суштини, значила да се њоме истовремено установљавају и права и обавезе. Наиме, таквом законском

одредбом (када би постојала) било би установљено право за радника у ограниченом обиму, које право му не би припадало у случају обављања послова који не представљају свакодневне текуће послове радника. С друге стране, таквом одредбом би била успостављена обавеза за послодавца који би у том случају био дужан да обрачунава и исплаћује дневнице за службена путовања само у случају да обављање послова на том путовању не представља свакодневне текуће послове радника.

Према томе, имајући у виду претходно изнесене разлоге, правно недопуштено се наведеним подзаконским прописом, умјесто законом, желе прописати права (за запослене), односно обавезе (за послодавце), иако то предметним Законом о порезу на доходак није уопште прописано на начин на који се жели исходити поменутим чланом 13. став 2. Правилника о примјени Закона о порезу на доходак („Службени гласник Републике Српске“, број 129/06, 72/07. и 81/07). Усљед тога је одредба члана 13. став 2. тог правилника супротна члану 7. став 1. тачка ж) Закона о порезу на доходак. Поред тога, одредба члана 13. став 2. поменутог правилника је супротна и члану 109. став 4. Закона о административној служби у управи Републике Српске („Службени гласник Републике Српске“, бр. 16/02, 62/02, 38/03, 42/04, 49/06. и 20/07), као закона који је био на снази у вријеме доношења наведеног правилника. Ово стога јер је том законском одредбом прописано да се правилником (као подзаконским прописом) не могу установљавати права и обавезе које нису засноване на закону. Имајући у виду претходно наведене разлоге, незаконито поступа најприје првостепени управни орган, а након тога и тужени када у оспореном акту обавезује тужиоца на плаћање пореских обавеза по основу предметних дневница, позивајући се при томе на наведену одредбу члана 13. став 2. поменутог правилника, која је супротна члану 7. став 1. тачка ж) Закона о порезу на доходак.

Суд сматра потребним да укаже и на погрешан став туженог, према којем се његов првостепени орган погрешно позвао на одредбу члана 14. став 2 Правилника о примјени Закона о порезу на доходак („Службени гласник Републике Српске“, број 127/08). Према туженом, примјена тог правилника нема утицаја на другачије рјешење предметне управне ствари, из чега произлази да је у овом предмету, према туженом, умјесто наведеног правилника првостепени орган требало да примијени Правилник о примјени Закона о порезу на доходак („Службени гласник Републике Српске“, бр. 129/06, 72/07. и 81/07), будући да је прије тога тужени у оспореном акту навео да су предметне дневнице за службена путовања

исплаћене у 2007. години, када је био на снази овај потоњи правилник. Иако оно што ће бити наведено у наставку не представља разлог због којег је ваљало уважити тужбу, суд сматра потребним да ради правилног поступања укаже на сљедеће. Наиме, предметни управни поступак је покренут и вођен од стране првостепеног управног органа 2010. године. У тој години најприје је извршен инспекцијски надзор (24. децембра), након чега је 31.12.2010. године донесено првостепено рјешење. У то вријеме, на снази је Правилник о примјени Закона о порезу на доходак („Службени гласник Републике Српске“, број 127/08). Чланом 87. став 1. тог правилника прописано је да његовим ступањем на снагу престаје да важи Правилник о примјени Закона о порезу на доходак („Службени гласник Републике Српске“, бр. 129/06, 72/07. и 81/07). Имајући у виду ову одредбу, јасно је да се у овој управној ствари може примјењивати само Правилник о примјени Закона о порезу на доходак („Службени гласник Републике Српске“, број 127/08), без обзира на то што су предмет инспекцијског надзора биле дневнице за службена путовања које су исплаћене у 2007. години. У вези с тим правилником, суд такође сматра потребним указати на то да је одредба из његовог члана 14. став 2. идентична одредби из члана 13. став 2. раније важећег Правилника о примјени Закона о порезу на доходак („Службени гласник Републике Српске“, бр. 129/06, 72/07. и 81/07). Стога је и она супротна члану 7. став 1. тачка ж) Закона о порезу на доходак, и то из истих оних разлога који су претходно већ изложени, али с једном разликом у односу на те разлоге. Наиме, одредба члана 14. став 2. поменутог правилника је, поред члана 7. став 1. тачка ж) Закона о порезу на доходак, супротна и одредби члана 70. став 2. Закона о републичкој управи („Службени гласник Републике Српске“, број 118/08), који закон је на снази у вријеме доношења тог правилника. Чланом 70. став 2. Закона о републичкој управи („Службени гласник Републике Српске“, бр. 118/08, 11/09, 74/10, 86/10. и 24/12) прописано је да подзаконским прописима (правилником, наредбом и упутством) органи управе не могу установљавати права и обавезе физичким и правним лицима које нису већ установљене законом или прописом Владе Републике Српске.“

Указавши, дакле, на незаконитост одговарајућих одредби подзаконског прописа, суд је у управном спору учино не само то (ексцепција незаконитости), већ је указао и да у новом управном поступку управни орган дати однос треба расправити и одлучити примјеном члана 7. став 1. тачка ж) Закона о порезу на доходак, а не примјеном незаконитог подзаконског прописа.

## V Закључна разматрања

Досадашње излагање било је посвећено одговарајућим класификацијама система контроле уставности и законитости, као и изношењу примјера из домаће судске праксе који указују на потребу ексцепције неуставности и незаконитости од стране редовних судова у поступцима пред њима. Наведени примјери, нажалост, нису усамљени, што указује на важну спознају. Наиме, усљед знатног броја прописа који садрже неуставне и незаконите одредбе, што је, како искуство показује, својеврсна константа у понашању различитих нормотвораца код нас, редовни судови се све чешће суочавају са проблемом таквих прописа. Искуство показује и да се приличан број тих прописа дуго задржи у правном поретку и буде примјењиван, а да не наиђе на одговарајућу реакцију надлежног уставног суда. И када дође до покретања поступка пред уставним судом, такви поступци трају дуже. За то вријеме би, ако би се ослањало само на правило да је за ова питања надлежан уставни суд, поступци пред редовним судовима требало да чекају на одлуку уставног суда о уставности или законитости прописа на чију примјену су позвани редовни судови приликом рјешавања спорова. Стога би ексцепција таквих неуставних и незаконитих прописа од стране редовних судова, по нама, учинила редовно правосуђе ефикаснијим, што не би било на уштрб уставности и законитости у њиховом раду.

Пажљивом читаоцу свакако неће промаћи чињеница да се до сада нисмо бавили објашњењем појма ексцепције неуставности и незаконитости од стране редовних судова код нас. Учинили смо то с разлогом, јер смо кроз претходно изношење примјера из судске праксе, као и приказом одговарајућих уставних и законских рјешења о овом питању код нас, жељели најприје извршити својеврсну анализу елемената од којих је изграђен овај појам. Шта нам показује та анализа?

Као прво, може се рећи да се у сваком од наведених случајева радило о поступцима пред редовним судовима, који нису надлежни да одлуче о уставности или законитости било ког прописа снагом одлуке *erga omnes*. Умјесто тога, редовни судови, *de lege lata*, имају правну могућност да само искључе примјену неуставног или незаконитог прописа у конкретном судском спору, уколико то утврде у одређеном предмету. Након тога слиједи обавеза суда да за такав свој став изнесе одговарајуће разлоге у одлуци, која има правно дејство само у том

предмету. С обзиром на то да се тиме од стране суда само искључује примјена одређеног прописа, који би иначе требало да буде примијењен да није неуставан, односно незаконит, сљедеће питање које се поставља је то како ће суд у таквој ситуацији расправити и пресудити спорни однос. Другим ријечима, поставља се питање који пропис ће примијенити суд. Из претходних примјера могу се извући одређени закључци који могу бити од помоћи у тражењу одговора на ово питање. Ти закључци су сљедећи:

1. ако је редовни суд утврдио да је одређени подзаконски пропис (или његова одредба) неуставан или незаконит, спорни однос треба ријешити примјеном одговарајуће одредбе из непосредно вишег прописа, ако она постоји. Такав непосредно виши пропис не мора нужно бити само закон, већ то може бити и неки други виши подзаконски пропис. На примјер, може бити незаконита одређена одредба неког правилника, у ком случају се може примијенити одредба одговарајуће *уредбе* која је такође подзаконски пропис;

2. ако нема такве више одредбе, спорни однос треба ријешити примјеном одговарајуће *законске* одредбе, ако она постоји;

3. ако нема ни законске одредбе или је редовни суд утврдио њену неуставност, спорни однос би се могао ријешити примјеном одговарајуће *уставне* одредбе. При томе, кад помињемо уставну одредбу, то може значити и да се на основу ње, у ствари, непосредно примијени одговарајућа одредба Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода (или неког другог ратификованог међународног уговора), односно да у сукобу између савезног и ентитетског прописа суд примијени савезни пропис (према правилу *bundesrecht bricht landesrecht*), као што показују примјери којима смо се претходно послужили.

Међутим, не треба искључити могућност наступања и таквих екстремних ситуација код којих се, у овом својеврсном тражењу вишег прописа који треба примијенити, наиђе на то да таквог прописа напросто нема. У том случају би се радило о својеврсној правној празнини, коју редовни суд не би требало да попуњава својом одлуком. Умјесто тога би у таквој ситуацији требало пред надлежним уставним судом покренути поступак за оцјену уставности или законитости прописа за који сматра да је неуставан или незаконит. Свакако да би одлука уставног суда којом је одлучено да се не ради о неуставном или незаконитом пропису била од пресудне помоћи редовном суду. Но, могуће је да и уставни суд утврди неуставност или незаконитост спорног прописа, након чега

поново остаје правна празнина, коју ни уставни суд не може попунити својом одлуком, будући да ни он није надлежан за тако нешто, као ни редовни суд. Таква ситуација представља заиста сложено питање, на које је тешко понудити задовољавајући одговор који би био општеприхваћен. Једно од рјешења би могло бити да нормотворац накнадно донесе нови пропис, чије поједине одредбе би, под условом да се ради о закону и да није ријеч о питањима материјалног кривичног права, могле имати ретроактивно дејство на спорни однос о којем суд још није одлучио. Ако, међутим, ни то није од помоћи, онда не преостаје ништа друго до да редовни суд позове у помоћ одговарајућа правна начела и да њиховом непосредном примјеном ријеши спорни однос, с обзиром на правило *iura novit curia,* које обавезује суд да и у таквим екстремним ситуацијама не може одбити да пресуди у спорном односу.

То су, дакле, суштински елементи (и потенцијални проблеми које ти елементи носе са собом) од којих је изграђен појам ексцепције неуставности и незаконитости код нас, а то значи и ексцепције неуставности и незаконитости у управном спору у Републици Српској. Стога би се у покушају дефинисања овог појма могло рећи да је ексцепција неуставности и незаконитости модел одлучивања од стране редовних судова код нас, којим се у судском поступку искључује примјена неуставног или незаконитог прописа у одређеном предмету, са важношћу за тај предмет, након чега се спорни однос расправља и рјешава примјеном одредаба из непосредно вишег правног прописа, што у крајњем може значити рјешавање спорног правног односа и примјеном правних одредби, односно начела, садржаних у највишим општим правним актима из домаћег правног поретка.

Завршавајући овај рад, можемо рећи како анализирани и бројни други примјери указују на учесталост праксе одговарајућих нормотвораца да доносе неуставне и незаконите прописе, на чију примјену су потом позвани редовни судови. Стога би управо ти судови требало да реагују сваки пут када у судском спору утврде постојање неуставног или незаконитог прописа, и то на начин што ће искључити његову примјену у конкретном случају сваки пут када је то правно могуће. На тај начин редовни судови ће истински остваривати своју задаћу заштите законитости, прописану чланом 121. став 3. Устава Републике Српске, односно обезбјеђивања уставности и законитости како је прописано чланом 6. Закона о судовима Републике Српске.

***Summary***

*In our legal tradition it is usual understanding according to which the questions of constitutionality and legality are in the domain of constitutional courts. In this paper the attention is directed to the possibility which deviate from that understanding, since our regular courts has possibility to exclude implementation of unconstitutional or illegal rules in its decisions brought in the procedures in which these courts has a duty to decide in the disputes. In the science of Constitutional law this model is named as an exception of unconstitutionality and illegality. In the paper the legal grounds for this model in the Republic of Srpska are exposed, and after that the author has also exposed examples from administrative judicial practice that corroborate this possibility. By analysing the examples from judicial practice the author has exposed his understanding of the notion of exception of unconstitutionality and illegality, also showing which problems can arise from this model, from which problems neither the model of centralised control by constitutional courts is not immune.*

***Key words:*** *exception of unconstitutionality, exception of illegality, regular courts, constitutional courts, system of exception, system of cassation, constitutionality, legality.*

УДК 35.077(497.11)

# ПРЕДМЕТ УПРАВНО-СУДСКЕ КОНТРОЛЕ У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ**

**Доц. др Зоран Лончар***

***Сажетак:*** *У оквиру управно-судске реформе која је претходних година спроведена у Републици Србији проширивање предмета управног спора представља једну од најважнијих новина, која је са аспекта правне заштите грађана извршена у овој врсти судске контроле управе. У раду се кроз анализу предмета управног спора указује на његову неусаглашеност са међународним стандардима и упоредноправним решењима, и констатује у којој мери је у судској пракси заиста увећан степен делотворне правне заштите грађана.*

***Кључне речи:*** *судска контрола управе, управни спор, предмет управног спора, управни акт.*

## 1. Уводно разматрање

Успостављање свеобухватне контроле над управом представља једну од основних карактеристика савремене правне државе. Данас, у готово сваком правном систему, независно од облика државног уређења и конкретног типа организације власти, постоји широк систем правне и ванправне контроле која се остварује над управом. У сваком правном

* **Правни факултет Универзитета у Новом Саду**

** Рад представља резултат истраживачког рада на пројекту "Хармонизација српског и мађарског (домаћег) права са правом ЕУ и прекогранична сарадња", чији су носиоци Правни факултет у Новом Саду и Правни факултет у Сегедину (Мађарска), који је делом представљен на научном скупу у Сегедину 16. децембра 2013. године и публиковани у тематском Зборнику радова "Хармонизација српског и мађарског права са правом Европске уније", Нови Сад, 2014, књига II, стр. 521–537.

систему судска контрола управе представља најважнији облик правне контроле управе. Њен основни смисао огледа се у контроли законитости рада управе од стране независне власти ради обезбеђења пуне заштите права и правних интереса грађана, али и објективне законитости. Стога се у теорији судска контрола управе сматра најзначајнијим спољним обликом контроле управе и најјачом гаранцијом законитости њеног рада. Истовремено, у судској контроли управе види се и гарант равнотеже управне и законодавне власти, као основи начела подела власти, на коме почива савремена правна држава.[1]

У оквиру судске контроле над управом, управни спор представља најзначајнију врсту контроле. Поред управног спора, у оквиру кога суд контролише законитост вршења управне делатности, судови контролишу управу и у погледу њене остале, неуправне делатности.[2] Тако, Уставни суд врши контролу уставности и законитости општих акта органа управе (правилници, наредбе и упутства), док се појединачни акти и радње управе којима се повређују права и слободе зајемчене Уставом, пред овим судом могу контролисати путем уставне жалбе. За законитост рада управе значајна је и контрола коју врше редовни судови опште надлежности. Тако, кривични суд одлучује о постојању кривичне одговорности службених лица органа управе за дела учињена у вршењу службене дужности. Прекршајни суд одлучује о постојању прекршајне одговорности службених лица органа управе (функционера и државних службеника), док парнични суд одлучује о накнади штете настале услед незаконитог или неправилног рада управе, при чему о штети која настане као последица вршења управне делатности, односно незаконитог акта оспореног у управном спору, може да се одлучује евентуално и у овој врсти судског спора, као о супсидијарном захтеву, ако управни суд процени да утврђено чињенично стање пружа довољно поуздан основ за то.[3]

[1] И. Крбек, Диоба власти, Хрватски издавалачки библиографски завод, Загреб, 1943, стр. 80, Р. Марковић, *Управо право*, „Слово“ АД, Београд, 2002, стр. 508.

[2] У теорији се говори о судској контроли управе у ширем смислу, под којом се подразумева сваки вид судске контроле где је управа контролисани субјект, без обзира на то шта је предмет контроле, и судску контролу управе у ужем смислу, под којом се подразумева само контрола чији је предмет законитост вршења управне функције. Видети: Д. Милков, *Управно право*, Нови Сад, III, 2013, стр. 40-41.

[3] Видети: И. Крбек, *Однос управе и судова*, Архив за правне и друштвене науке, број 3, 1952, стр. 306-314; Д. Милков, *Однос управе и судова*, Зборник Правног факултета у Новом Саду, број 2, 2009, стр. 89–100.

У погледу управног спора, као најважнијег вида судске контроле управе, постоје данас битне разлике у различитим правним системима. Као што се срећу разлике у погледу врсте судова који контролишу управу,[4] тако постоје битне разлике и у погледу предмета управног спора, односно онога што судови контролишу у оквиру ове посебне врсте судског спора. Предмет управног спора могу бити, према правној природи, веома различите активности управе, као што су на пример акти и радње управе, општи и појединачни акти, акти чињења и нечињења, ауторитативни и неауторитативни акти управе итд.[5] Од начина на који је одређен предмет управног спора у неком правном систему зависе и границе до којих суд може ићу у контроли управе, а од тог питања у великој мери зависи и делотворност правне заштите грађана од незаконитих активности управе. У оквиру реформе правосудног система, која је претходних година спроведена у Републици Србији, битно је реформисана и управно-судска контрола, најпре успостављањем мешовитог система управног судства, са основом надлежношћу за одлучивањем Управног суда и завршном Врховног касационог суда,[6] а затим и доношењем битно новог Закона о управним споровима.[7] Кроз приказ измена које су извршене у погледу предмета управног спора настојаћемо да укажемо на његове специфичности у односу на друге правне системе, као и да утврдимо у којој је мери данашњи систем судске контроле управе у Србији, у погледу предмета управног спора, усаглашен са међународним правним стандардима, и да ли је тиме заиста повећан степен делотворне правне заштите грађана у овој врсти судског спора.

## 2. Предмет управног спора у упоредном законодавству

У погледу начина одређивања предмета управног спора у упоредном законодавству у основи се могу разликовати два система, *француски* и *германски* систем. Француски систем подразумева шири, а германски ужи начин одређивања предмета управног спора.

[4] Видети: Р. Радошевић, *Системи судске контроле управе*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, број 3, 2013, стр. 459–474.

[5] Видети: А. Стојановић, *Судска контрола аката управе – Аустрија, Енглеска, Француска, Италија, Савезна Република Немачка, Сједињене Америчке Државе*, Београд, 1963.

[6] Члан 29 и 30 став 1. Закона о уређењу судова, „Службени гласник Републике Србије“, број 116 од 22. децембра 2008. године.

[7] Закон о управним споровима, „Службени гласник Републике Србије“, број 111 од 30. децембра 2009. године.

У ***Француској*** је предмет управног спора одређен веома широко, пошто је основни критеријум за вођење управног спора формалноправне природе и тиче се доносиоца акта – управе. Према схватању Државног савета, управни спор се може водити против свих правних аката управе, а то значи да предмет оцене законитости могу бити *појединачни ауторитативни правни акти управе* (управни акти), *општи акти* (прописи) управе и *управни уговори*. Разлог за овако широк предмет управног спора у Француској треба тражити пре свега у чињеници да у овој држави управно судство, на челу са Државним саветом, није део судске, већ управне власти, као и у чињеници да не постоји посебан уставни суд који би контролисао уставност и законитости свих општих аката, као што је то случај у већини других европских држава. Иако је предмет управног спора у Француској веома широко постављен, ипак се и тамо среће негативна енумерација. Наиме, могућношћу контроле законитости у управном спору нису обухваћени одређени акти који се у теорији називају *актима владе* и *мерама унутрашњег реда*,[8] а које увек конкретно утврђује Државни савет. Без обзира на то што се листа ових аката временом смањивала, она увек традиционално обухвата акте помиловања, дипломатске акте, расписивање референдума, акте који се тичу општих мера националне безбедности, односа са страним државама или међународним организацијама, али и акте којима се изричу дисциплинске мере појединим цивилним функционерима, као и ученицима и затвореницима, у погледу којих се данас у теорији износе аргументи и захтеви за изостављање са листе, односно за омогућавање судске контроле њихове законитости у управном спору.[9]

У ***Немачкој*** је предмет управног спора неупоредиво уже постављен, пошто предмет оцене законитости могу бити само *појединачни ауторитативни правни акти* (управни акти) и *управни уговори*, као и евентуално општи акти (прописи) управе који нису у надлежности Уставног суда. Према немачком Закону о управном судству, прописано је да је судска заштита у управном спору могућа „у свим јавно-правним споровима, који нису уставноправног карактера, уколико савезним законом решавање тог спора није стављено у надлежност неког другог суда“.[10]

[8] Видети: G. Braibant, B. Stirn, Le droit administratif français, Dalloz, Paris, 2002, p. 306-311; J. Waline, Droit administratif, Dalloz, 23-e édition, Paris, 2010, p. 574-583; Ch. Debbasch, F. Colin, Droit administratif, Economica, 7-e édition, Paris, 2004, p. 569-578.

[9] G. Braibant, B. Stirn, Le droit administratif français, p. 311.

[10] & 4, став 1, Verwaltungsgerichtsordnung, Bundesgesetzblatt, I s. 686/1991, I s. 1010/2008, I s. 2248/2010, I s. 3533/2013.

Предмет управног спора у ***Аустрији*** још уже је одређен него у Немачкој. У управном спору у Аустрији се може вршити оцена законитости само *управних аката*, док о оцени законитости општих акта управе по правилу одлучује Уставни суд. Само изузетно, по принципу енумерације, поједини прописи управе могу бити предмет управног спора, као што је то случај на пример са упутствима која се издају колегијалним школским управама, која су већ наведена у самом Уставу (члан 81а, став 4).

За разумевање данашњег предмета управног спора у Републици Србији од значаја може бити и начин на који је одређен предмет ове врсте судског спора у појединим бившим југословенским републикама, с обзиром на то да смо више деценија имали заједнички правни режим ове врсте судске контроле над управом, а да данас пролазимо кроз исте интегративне процесе.

Од свих бивших југословенских република, концепт управног спора заснован на старом Закону о управним споровима СФРЈ из 1977. године,[11] који је у погледу предмета спора почивао на аустријском моделу, задржан је данас само у ***Босни и Херцеговини***. На сва четири нивоа власти у чијим надлежностима је законско регулисање материје управног спора, предмет управног спора је јединствено уређен и односи се само на (коначан) *управни акт*, као појединачни акт којим се решава о правима и обавезама физичких и правних лица у управним стварима.[12] Такође, задржана је у целини и негативна енумерација, према којој се управни спор и даље не може водити против три категорије правних аката: 1. донесених у стварима у којима је судска заштита обезбеђена ван управног спора, 2. код којих је према изричитој одредби закона управни спор искључен, и 3. аката највиших органа власти донесених непосредно на основу уставних, односно статутарних овлашћења.[13] Поред тога, у управном спору може да се одлучује још и о *ћутању управе*, које и даље има негативни значај, а као споредан предмет у управном спору се може

[11] Закон о управним споровима, „Службени лист СФРЈ“, број 4/1977.

[12] Члан 7. став 1. Закона о управним споровима Републике Српске, „Службени гласник Републике Српске“, број 109 од 16. новембра 2005. године и број 63 од 26. августа 2011. године, члан 8. став 1. Закона о управним споровима Федерације БиХ, „Службене новине Федерације Босне и Херцеговине“, број 9 од 16. фебруара 2005. године, члан 6. став 1. Закона о управним споровима Брчко Дистрикта, „Службени гласник Брчко Дистрикта Босне и Херцеговине“, број 2 од 3. августа 2000. године, члан 8. став 1. Закон о управним споровима Босне и Херцеговине, „Службени гласник Босне и Херцеговине“, број 19 од 3. јула 2002. године.

[13] Члан 9. Закона о управним споровима Републике Српске, члан 11. Закона о управним споровима Федерације БиХ, члан 9. Закона о управним споровима Дистрикта Брчко, члан 10. Закона о управним споровима Босне и Херцеговине.

још јавити и захтев за *накнаду штете* или *повраћај ствари.*[14]

Најшире је предмет управног спора од свих бивших југословенских република постављен у законодавству ***Хрватске***. Предмет оцене законитости у управном спору у Хрватској данас могу бити не само *управни акти*, већ и *управне радње* које се предузимају приликом вршења управних овлашћења, као и *управни уговори* и *ћутање управе.*[15] Такође, битну новину у хрватском правном режиму управног спора представља и могућност оцене законитости *општих аката* јединица локалне самоуправе, подручне (регионалне) самоуправе и правних лица која имају јавна овлашћења (члан 3. став 2. Закона о управним споровима).

С обзиром на то да према Уставу Хрватске оцена уставности и законитости свих прописа спада у надлежност Уставног суда (члан 125. став 2), у новијој хрватској правној теорији се улаже значајан напор како би се објаснило да се ипак не ради о пропусту законодавца и неуставној одредби, када је у новом Закону о управним споровима (члан 12. став 3. тачка 2) прописана надлежност Високог управног суда да цени законитост општих аката јединица локалне и подручне (регионалне) самоуправе и правних лица која имају јавна овлашћења, пошто се таква надлежност по мишљењу појединих аутора не односи на оцену законитости свих општих акта наведених субјеката, већ само оних који се према ставу Уставног суда не могу подвести под прописе управе, а под којим се данас сматрају сви акти општеобавезног карактера, донесени на основу уставног или законског овлашћења од стране надлежних тела државне власти, или тела јединица локалне и подручне (регионалне) самоуправе, те других правних лица са јавним овлашћењима, који уређују односе на општи начин и који се односе у правилу на неодређени круг адресата, у које би спадали на пример просторни планови и сл.[16]

[14] Видети детаљније: П. Кунић, Управно право, Бања Лука, 2010, стр. 515–517; М. Рађеновић, Право управног спора, Бања Лука, 2010, стр. 65–76; Сања Голијанин, *Предмет управног спора у правном систему Босне и Херцеговине*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, број LVIII, 2011, стр. 177–187; М. Рађеновић, *Предмет управног спора*, Модерна управа, Бања Лука, децембар 2012, стр. 7–16; Горан Бранковић, Судска пракса и управни спор, докторска дисертација, Ниш, 2012, стр. 181–184.

[15] Члан 3. став 1. Закона о управним споровима, „Народне новине“, број 20 од 12. фебруара 2010. године.

[16] Видети детаљније: J. Omejec, Prilog reformi upravnog spora – odnosi između upravnog i ustavnog sudovanja u Republici Hrvatskoj, *Upravno pravo i upravni postupak u praksi – aktualna pitanja i problemi*, Inženjerski biro, Zagreb, 2006, str. 19–21; D. Đerđa, *Upravni spor u Hrvatskoj: sadašnje stanje i pravci reforme*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, broj 1, 2008, str. 10-11; D. Đerđa, *Neka rješenja novog uređenja upravnog spora u Hrvatskoj*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, broj 1, 2010, str. 73–74.

Упркос знатном проширивању предмета управног спора на различите врсте аката и радњи управе, у Хрватској је и даље задржана негативна енумерација, која се односи на немогућност вођења управног спора у погледу: ствари у којима је судска заштита обезбеђена изван управног спора, процесних одлука донетих у управном поступку, при чему је изричито наведено да се суд у управном спору не може упуштати у правилност дискреционе оцене код дискреционих управних аката (члан 4. Закона о управним споровима). Исто тако, и у Хрватској се у управном спору може одлучивати о *накнади штете* и *повраћају ствари* као споредном предмету спора (члан 59. Закона о управним споровима).[17]

У ***Словенији*** је предмет управног спора такође проширен у односу на старо југословенско законодавство, али је ипак нешто ужи него у Хрватској, пошто се у управном спору може испитивати законитост коначних *управних аката*, као и других аката за које је то изричито предвиђено законом.[18] При томе, по систему негативне енумерације, изричито је прописано да се под актом против кога се може водити управни спор не сматрају: акти које носиоци законодавне и судске власти доносе на основу својих уставних овлашћења, као и акти носилаца извршне власти засновани на политичкој дискрецији, који су донети на основу уставних и законских овлашћења (члан 3. Закона о управним споровима). Такође, предмет оцене законитости у управном спору могу бити и *појединачни акти и радње управе којима се ометају уставна права и основне слободе грађана*, уколико не постоји друга судска заштита (члан 4), као и *ћутање управе* (члан 5. став 3. Закона о управним споровима). У управном спору у Словенији такође се може одлучивати и о споредном захтеву за *повраћај ствари* или *накнаду штете* настале као последица незаконитог управног акта (члан 7. став 2. Закона о управним споровима).[19]

Тенденција проширивања предмета управног спора у значајној је мери присутна и у правном систему ***Македоније***, где оцени законитости у управном спору поред *појединачних аката* органа државне и локалне

[17] Видети детаљније: I. Koprić, *Europski standardi i modernizacija upravnog sudovanja u Hrvatskoj*, u: Europeizacija upravnog sudovanja u Hrvatskoj, Institut za javnu upravu, Zagreb, 2014, str. 12–34; A. Rajko, *Novi upravni spor – ni parnica, ni prijašnji upravni spor*, Hrvatska pravna revija, broj 7-8, 2012, str. 1–7; B. Ljubanović, *Upravni ugovori i upravno sudovanje*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, broj 1, 2010, str. 37–52.

[18] Члан 2. Закона о управним споровима, „Uradni list Republike Slovenije“, broj 105 od 12. juna 2006. godine.

[19] Видети детаљније: T. Jerovšek, *Upravni postopek in upravni spor*, Fakultet za upravu, Ljubljana, 2007, str. 125-134.

управе и организација које врше јавна овлашћења, а којим одлучују о правима и обавезама физичких и правних лица у појединачним управним стварима, подлежу и *прописи* наведених субјеката, када се њима уређују појединачни односи.[20] Специфичност предмета управног спора у Македонији тиче се чињенице да се он односи и на оцену законитости *аката донетих у прекршајном поступку* (члан 1), као и на решавање свих *изборних спорова* и *сукоба надлежности* између државних и локалних органа и носилаца јавних овлашћења, када није предвиђена другачија судска заштита (члан 2. став 1. и 5). Такође, предмет управног спора у Македонији могу бити и *управни уговори* (члан 2. став 2), као и *ћутање управе* (члан 8. став 3), док се као споредан предмет може јавити захтев за *повраћај ствари* или *накнаду штете* (члан 11).[21]

За разлику од већине бивших југословенских република, у ***Црној Гори*** је предмет управног спора само незнатно измењен у односу на старо југословенско законодавство. У Црној Гори предмет управног спора може бити само оцена законитости *управног акта* и евентуално још, неког *другог појединачног акта* када је то законом одређено.[22] При томе се под управним актом у Црној Гори и даље подразумева акт којим државни орган, орган локалне самоуправе, као и установа и друго правно лице у вршењу јавних овлашћења одлучује у управним стварима о правима, обавезама или правним интересима физичког или правног лица (члан 2. став 1), а под другим појединачним актом акт којим државни орган, орган локалне самоуправе или установа и правно лице у вршењу јавних овлашћења одлучује о правима, обавезама или правним интересима

[20] Члан 1. и члан 2. став 2. Закона за управните спорови, „Службени весник на Република Македонија“, број 62 од 22. маја 2006. године и број 150 од 18. новембра 2010. године. Идентична формулација прописа као „аката којима се уређују појединачни односи“ који може бити предмет управног спора и у Македонији и у Хрватској, упућује на очигледно исти извор при креирању законских текстова у обе ове државе, с обзиром на то да је последњих година готово постала устаљена пракса да иста група страних експерата у већини бивших југословенских република припрема све најважније правне прописе у области управе, због чега се они често међусобно битније не разликују.

[21] Видети детаљније: B. Davitkovski, A. Pavlovska-Daneva, *Realizing Citizens' Rights through the Administrative Procedure and Administrative Dispute in the Republic of Macedonia,* Hrvatska javna uprava, broj 1, 2009, str. 125-140; Б. Давитковски, *Управно-судската контрола во Република Македонија во согласност со новиот Закон за управни спорови*, Зборник од научната расправа „Реформата на институциите и нејзиното значење за развојот на Република Македонија“, Македонска Академија на науките и уметностите, Скопје, 2009, стр. 233–244; Б. Давитковски, А. Павловска-Данева, „*Управни спор у Републици Македонији*“, Правни живот, број 10, 2007, стр. 849–859.

[22] Члан 1. Закона о управном спору, „Službeni list Crne Gore“, broj 60 od 28. oktobra 2003. godine i broj 32 od 1. jula 2011. godine.

физичког или правног лица у другим правним стварима (члан 2. став 2). У правном систему Црне Горе и даље је задржана негативна енумерација, с обзиром на то да се управни спор не може водити против аката донетих у стварима у којима је судска заштита обезбеђена ван управног спора, као и у стварима о којима непосредно на основу уставних овлашћења одлучује Скупштина и председник Републике Црне Горе (члан 8). Поред тога, предмет управног спора може бити још и *ћутање управе* (члан 7. став 3), а као споредни предмет се може јавити и захтев за *накнаду штете* или *повраћај ствари*, о коме Управни суд може да одлучи ако утврђено чињенично стање пружа поуздан основ за то (члан 37. став 3).[23]

## 3. Предмет управног спора у Републици Србији

Нови Закон о управним споровима ј, почев од 2010. године, донео неколико битних новина у погледу предмета управног спора. Најважнија новина везана је за проширивање предмета управног спора. До сада је предмет оцене законитости у управном спору у Србији могао бити само коначан *управни акт* (појединачни правни акт којим државни орган и предузеће или друга организација у вршењу јавних овлашћења решава о одређеном праву или обавези физичког лица или правног лица или друге странке у управној ствари),[24] при чему се, према систему негативне енумерације, управни спор није могао покренути против аката који су донети: у стварима у којима је судска заштита била обезбеђена ван управног спора, у стварима о којима се по изричитој одредби закона није могао водити управни спор, као и у стварима о којима су непосредно на основу уставних овлашћења одлучивали највиши државни органи, попут Народне скупштине и председника Републике (члан 9. став 1). Основни недостатак досадашњег правног режима у погледу предмета управног спора био је везан за чињеницу да је законски појам управног акта, против кога се једино и могао водити управни спор, био везан за доношење акта у управној ствари, која међутим не само да законом није била прецизно дефинисана, већ је и у теорији управног права представљала једно од најспорнијих питања.[25]

[23] Видети детаљније: С. Лилић, *Управно право Црне Горе*, Подгорица, 2012, стр. 388–390; Ђ. Блажић, *Управно право Црне Горе*, Подгорица, 2008, стр. 262–265; Ђ. Блажић, *Управно-судски поступци Црне Горе*, Подгорица, 2010, стр. 308–311.

[24] Члан 1. Закона о управним споровима, „Службени гласник Савезне Републике Југославије“, број 46 од 4. октобра 1996. године.

[25] Видети: Д. Милков, *Појам управне ствари*, Анали Правног факултета у Београду, број 5, 1986,

Као последица овог законског недостатка јавили су се у судској пракси различити ставови о управном акту, као могућем предмету управног спора, који су довели до појаве неједнаке правне заштите странака. Наиме, веома често је у истим правним стварима суд различито поступао. Штавише, правни ставови у погледу могућности вођења управног спора против неког правног акта понекад су се разликовали чак и између самих судских већа истог суда. Тако се на пример решење о именовању, постављењу или разрешењу функционера појединих органа од стране суда различито прихватало, некада као акт располагања против којег није дозвољено вођење управног спора, пошто се не ради о управном акту, а некада се прихватало и да је у питању управни акт и дозвољавало се вођење управног спора.[26] Слична ситуација је била и са решењима о оснивању појединих школских установа,[27] решењима о додели службених станова на коришћење,[28] решењима о избору директора домова здравља,[29] као и чланова општинских већа у јединицама локалне самоуправе[30] итд.

Из тог разлога проширивање предмета одлучивања новоформираног Управног суда представља најважнију измену која је извршена у управном спору у Србији доношењем закона из 2009. године. За разлику од досадашњег Закона о управним споровима, према коме су судску заштиту у управном спору уживали само коначни *управни акти*, као појединачни акти којима се одлучивало о правима и обавезама странака у управним стварима, данас је могућност судске заштите странака у управном спору проширена и на све друге коначне *појединачне правне акте*, независно од тога да ли се доносе у управним стварима. Овакво проширивање предмета управног спора је у великој мери обесмислило законско одређивање појмова управног акта („појединачни правни акт којим надлежни орган, непосредном применом прописа, решава о одређеном праву или обавези физичког или правног лица, односно друге

стр. 531–542; Н. Бачанин, *Управна ствар у југословенском праву*, Правни живот, број 7–8, 1993, стр. 767–776; Н. Бачанин, *Закон о управним споровима и управна ствар*, Правни живот, број 10, 2011, стр. 251–263.

[26] Видети: Пресуда Врховног суда РС, број У.3939/2006 од 28. фебруара 2007. године; Пресуда Врховног суда РС, број Увп. I 404/2004 од 15. јуна 2005. године, Пресуда Врховног суда РС, број Увп. I 259/2001 од 30. јануара 2002. године; Пресуда Врховног суда РС, број Увп. I 10/2007 од 29. јануара 2009. године.

[27] Видети: Решење Врховног суда Републике Србије, број У.1965/2002 од 4. децембра 2002. године.

[28] Видети: Решење Врховног суд РС, број У. 3501/2000 од 13. јуна 2001. године.

[29] Видети: Пресуда Врховног суда РС, број У. 1079/2002 од 26. септембра 2002. године.

[30] Видети: Пресуда Врховног суда РС, број Увп. I 215/2004 од 28. октобра 2004. године.

странке у управној ствари“, члан 4), и саме управне ствари („појединачна неспорна ситуација од јавног интереса у којој непосредно из правних прописа произилази потреба да се будуће понашање странке ауторитативно правно одреди“, члан 5), као једних од најважнијих теоријских новина које су у новом закону коначно засноване на одавно познатим и досад најаргументованијим ставовима изнетим у домаћој теорији управног права,[31] пошто се у управном спору данас може одлучивати о сваком појединачном правном акту, независно од тога да ли је у питању управни или неки други правни акт.[32]

У погледу осталих појединачних правних аката против којих се може покренути управни спор, разликују се две групе аката. Најпре, то су сви појединачни акти којима се решава о праву, обавези или на закону заснованом интересу странке, код којих *није предвиђена нека друга судска заштита* (члан 3. став 2). Поред њих, предмет оцене законитости у управном спору могу бити и било који други појединачни правни акти *када је то неким законом изричито предвиђено* (члан 3. став 3). У случају прве групе појединачних правних аката, вођење управног спора јавља се као супсидијарна правна заштита грађана, а код друге групе акта искључиво из разлога што је неким посебним законом превиђено да се провера њихове законитости врши баш у управном спору, а не у неком другом судском поступку. Према природи ствари, о тим актима би се вероватно одлучивало у неком другом судском поступку, да посебним законом није изричито предвиђено да се о њима одлучује баш у управном спору.[33]

Овакво проширивање предмета управног спора последица је усаглашавања управног спора у Србији са Европском конвенцијом о заштити људских права и основних слобода[34] и Препоруком о судској контроли управних аката Савета Европе.[35] Наиме, право на приступ суду, као

[31] Видети: Д. Милков, Појам управног акта, докторска дисертација, Београд, 1983; Д. Милков, *Управни и судски акт*, Зборник Матице српске за друштвене науке, број 94-95, 1993, стр. 261–279; Д. Милков, „*Управна ствар*, Анали Правног факултета у Београду, број 5, 1986, стр. 490–504.

[32] Видети: Д. Милков, *О управном спору у Србији*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, број 3, 2011, стр. 125–128.

[33] Тако је на примјер, Законом о изменама и допунама закона о локалним изборима („Службени гласник Републике Србије“, број 54 од 20. јула 2011. године) прописано да се против решења скупштине јединице локалне самоуправе о именовању председника и чланова изборне комисије, као и одлуке о престанку мандата одборника и о потврђивању мандата новом одборнику, може изјавити жалба Управном суду (члан 3. и члан 9).

[34] Закон о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, „Службени лист СЦГ“, број 9, од 26. децембра 2003. године.

[35] Recommendation Rec (2004) 20 of Committee of Ministers to member states on judicial review of administrative acts – усвојена на 909. седници Комитета министара одржаној 15. децембра 2004.

саставни део права на правично суђење из члана 6. став 1. Конвенције, подразумева да се мора пружити могућност покретања управног спора против сваког акта управе којим се одлучује о грађанским правима и обавезама.[36] Препоруком о судској контроли управних аката, пак, изричито је предвиђено да сви акти управе, чак и они којима се не одлучује о грађанским правима и обавезама, треба да буду подвргнути судској контроли.[37] Штавише, Препоруком је изричито предвиђена могућност судске контроле законитости и правно везаних елемената код дискреционих управних аката.[38] Истовремено, ова новина у Закону о управним споровима је и последица обавезе његовог усаглашавања са новим Уставом из 2006. године (члан 198. став 2), којим је, из разлога поштовања међународноправних стандарда, прописано да законитост коначних појединачних аката којима се одлучује о праву, обавези или на закону заснованом интересу подлеже преиспитивању пред судом у управном спору, ако у одређеном случају законом није предвиђена другачија судска заштита.

С обзиром на то да је предмет управног спора проширен на сваки појединачни акт којим се одлучује о праву, обавези или на закону заснованом интересу странке, сасвим је разумљиво што је данас изостављено навођење управних аката против којих је унапред искључена могућност судске контроле законитости у управном спору. Као последица неопходности проширивања предмета управног спора неминовно је морало доћи и до промене начина његовог одређивања, тако да је мешовити систем генералне клаузуле са негативном енумерацијом морао бити замењен системом енумерације. Изостављање раније негативне енумерације, као начина одређивање предмета управног спора, нужна је последица чињенице да такво решење није у складу са правом на приступ суду из Конвенције и Препоруке о судској контроли управних акта, који, као што је истакнуто, захтевају судску контролу свих управних аката. Једино што је данас остало у правном систему јесте одредба да се управни спор не

године на нивоу заменика министара.

[36] Формално посматрано, прва пресуда Европског суда за људска права којом је појам грађанских права из члана 6. Европске конвенције проширен и на управни спор била је пресуда донета у случају Рингајзен против Аустрије (Ringeisen v. Austria) од 16. јула 1971. године. О проширивању начела права на правично суђење у области заштите грађанских права на управни спор детаљније видети: А. Јакшић, *Европска конвенција о људским правима* – коментар, Центар за публикације Правног факултета у Београду, Београд, 2006, стр. 164–168.; Н. Мол, К. Харби, *Право на правично суђење*, водич за примену члана 6. Европске конвенције о људским правима, Савет Европе, Београд, 2007, стр. 25–31.

[37] Recommendation Rec (2004) 20, Principle 1 a.

[38] Recommendation Rec (2004) 20, Comments on Principles, paragraf 30.

може водити ако је предвиђен други вид судске заштите, која је морала остати да би се избегла двострука судска контрола једног истог управног акта.

Исто тако, остала је и могућност вођења управног спора у случају *ћутања управе*, односно због недоношења управног или другог акта који може да буде предмет управног спора, пошто и ћутање управе такође представља правни стандард предвиђен Препоруком о судској контроли управних акта Савета Европе.[39] При томе би требало нагласити да суд у случају управног спора, код ћутања управе не одлучује само о основаности ћутања управе, како се у једном делу домаће теорије данас истиче,[40] већ и о основаности, односно законитости захтева странке поднетог у управном поступку.[41]

Важну новину у вези са ћутањем управе као предмета управног спора представља и овлашћење суда да може сам да реши захтев странке у спору пуне јурисдикције, без враћања предмета органу управе. Суд може тако да поступи увек под условом да располаже потребним чињеницама и да природа ствари то дозвољава (члан 44). Ова новина такође је последица усаглашавања управног спора са правним стандардом предвиђеним Препоруком о судској контроли управних аката Савета Европе и у складу је са општом тенденцијом афирмисања управног спора пуне јурисдиције.[42]

И приликом последње законодавне реформе управног спора нажалост није до краја исправљена грешка у погледу различитог начина

[39] До сада се предмет управног спора због ћутања управе односио само на случај недоношење управног акта, па је вероватно из тог разлога и у новом Закону о управним споровима задржана идентична одредба (члан 15), којом је прописано „да се управни спор може покренути и када надлежни орган о захтеву, односно жалби странке није донео управни акт, под условима предвиђеним овим законом". Међутим, како је основни предмет управног спора сада проширен и на друге коначне појединачне правне акте, а да је Законом о управним споровима предвиђено да се одредбе тог закона које се односе на управни акт примењују и на друге акте против којих се може водити управни спор (члан 3. став 4), несумњиво да предмет управног спора због ћутања управе може бити и сваки други правни акт који иначе може бити предмет управног спора.

[40] Видети З. Томић, *Коментар Закона о управним споровима*, Службени гласник, 2012, стр. 421–422.

[41] „Странка не покреће управни поступак, па ни управни спор, ради тога да о њеном захтеву буде решено, него да буде *позитивно* решено. Странка хоће да стекне неко право или да јој буде умањена, односно укинута нека раније наметнута обавеза. Стога се не би могло рећи да је циљ покретања управног спора због ћутања управе само у томе да се обезбеди доношење управног акта. Циљ је и у томе да странка оствари и заштити своја права и правне интересе, ако то није успела пред надлежним органима управе". Д. Милков, *Управно право*, III, Нови Сад, 2013, стр. 89. У истом смислу о ћутању управе се говори и код: М. Рађеновић, *Предмет управног спора*, Модерна управа, Бања Лука, децембар 2012, стр. 15–16; Н. Бачанин, *Закон о управним споровима и управна ствар*, Правни живот, број 10, 2011, стр. 251–263.

[42] Recommendation Rec (2004) 20, Comments on Principles, paragraf 30.

одређивања рока за ћутање управе у управном поступку и у управном спору, на шта је у стручној јавности одавно указано.[43] Позивањем на рок који је предвиђен законом којим се уређује управни поступак решено је питање рока за покретање управног спора само у случају ћутања другостепеног органа управе, али је и даље у Закону о управним споровима рок за покретање управног спора због ћутања првостепеног органа против чијег акта се не може изјавити жалба остао „60 дана", иако за исту процесну радњу у Закону о општем управном поступку рок износи „два месеца".[44]

Поред оцене законитости аката који могу бити основни предмет одлучивања суда у управном спору, а о којима је до сада било речи, у овој врсти судског спора у Србији се и даље може као о споредном предмету одлучивати и о захтеву за *повраћај одузетих ствари* и *накнаду штете* нанете извршењем акта који се оспорава. О захтеву за повраћај одузетих ствари или накнаду штете Управни суд увек може да одлучи као о споредном (акцесорном) захтеву тужиоца, ако утврђено чињенично стање пружа поуздан основ за то. У супротном, суд је дужан да упути тужиоца да свој захтев остварује у парничном поступку пред надлежним судом (члан 16 и 45).

Упркос видном напретку у погледу проширивања предмета управног спора у новом закону, као основни проблем у погледу могућности проширивања и стварне правне заштите грађана у овој врсти судског спора јавља се пракса Управног суда. Иако је изричито прописано да се на све управне спорове који су покренути након 1. јануара 2010. године примењују одредбе новог Закона о управним споровима (члан 77), којим је предмет управног спора поред управног акта проширен и на оцену законитости других коначних појединачних правних аката код којих не постоји други вид судске заштите, Управни суд се након пуне четири го-

[43] Видети: Д. Милков, Управно право, III, Нови Сад, 1998, стр. 75-76; З. Лончар, *Пледоаје за нови Закон о општем управном поступку*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, број 3, 2009, стр. 189–190.

[44] „Према Закону о општем управном поступку рок за доношење другостепеног решења износи два месеца, што се по правилу не може поклапати са шездесет дана (једино у преступној години уколико рок почиње да тече првог јануара или првог фебруара два месеца представљају шездесет дана). Због ове неусклађености два закона (ЗУП-а и ЗУС-а), поставља се питање који пропис треба примењивати. За органе управе важи Закон о општем управном поступку и они нису учинили никакву повреду и ако не донесу решење у року од 61 или 62 дана (зависно од месеци). С друге стране, за судове важи Закон о управним споровима и странка може већ после 60 дана предузимати радње неопходне за покретање спора због ћутања управе (опомињање органа управе и чекање на протек новог рока од седам дана)". Д. Милков, *Управно право*, III, Нови Сад, 2013, стр. 91.

дине у пракси и даље задржао на старом предмету управног спора. Наиме, када утврди да се у поднетој тужби не ради о управном акту, у смислу како је он одређен новим Законом о управним споровима (члан 4), без улажења уопште у оцену питања да ли се у том случају можда ради о другом коначном појединачном правном акту против кога не постоји други вид судске заштите, Управни суд решењем одбацује тужбу, о чему сведочи бројна судска пракса.[45]

Не прихватајући за предмет одлучивања у управном спору оцену законитости коначних појединачних аката којима је одлучено о правима и обавезама странака или њиховим правним интересима кад нису управни акти, грађани се у Србији, супротно уставном праву на правну заштиту у управном спору (члан 198. став 2) и праву на правно средство (члан 36. став 2), остављају без значајне могућности судске заштите у овој врсту судске контроле управе. При томе би требало имати у виду да је судска заштита грађана у управном спору предвиђена као резервна правна заштита за све оне случајеве у којима провера законитости појединачних правних аката управе није обезбеђена у неком другом судском поступку. Дакле, упркос знатном законском проширивању предмета управног спора судска заштита грађана у Србији у пракси ипак није битније унапређена у односу на ранији период, када је предмет оцене законитости у овој врсти судске контроле управе могао бити само управни акт.

Да се не ради о случајном пропусту, види се и из чињенице да ни у једном од наведених примера из судске праксе решење о одбацивању тужбе, које се увек доноси у претходном поступку, није донео судија појединац, већ увек искључиво судско веће, с обзиром на то да се у случају доношења решења од стране судије појединца, странци оставља могућност изјављивања *приговора* посебном судском већу, што представља једну од значајнијих новина у погледу процесне заштите права странака у Закону о управним споровима (члан 27), док против

[45] Видети: Решење Управног суда број У. 18727/10 од 16. јула 2010. године; Решење Управног суда број У. 18767/10 од 23. јула 2010. године; Решење Управног суда број У. 22704/10 од 22. октобра 2010. године; Решење Управног суда број У. 4800/11 од 19. маја 2011. године; Решење Управног суда број У. 2173/11 од 14. јула 2011. године; Решење Управног суда број У. 5081/11 од 03. новембра 2011. године; Решење Управног суда број У. 5802/11 од 29. децембра 2011. године; Решење Управног суда број 22165/10 од 20. јануара 2012. године; Решење Управног суда број У. 4507/11 од 16. марта 2012. године; Решење Управног суда број У. 21723/10 од 30. априла 2012. године; Решење Управног суда број У. 4429/12 од 04. маја 2012. године; Решење Управног суда број У. 18237/10 од 13. јула 2012. године; Решење Управног суда број У. 26002/10 од 29. августа 2012. године; Решење Управног суда број У. 13830/11 од 04. октобра 2012. године; Решење Управног суда број У. 17340/10 од 09. децембра 2011. године.

решења судског већа о одбацивању тужбе не може да се употреби, не само приговор, већ ни било које друго (редовно или ванредно) правно средство. Такво решење тада истовремено постаје и коначно и правноснажно. Чак ни изричит став Врховног касационог суда из децембра 2012. године да странци припада право на правну заштиту у управном спору, независно од тога што се не ради о управном акту у смислу одредаба Закона о управним споровима увек у случају ако је у питању коначан појединачан правни акт код кога законом није предвиђена другачија судска заштита,[46] није променио праксу Управног суда.[47]

## 4. Закључно разматрање

Ради потребе усаглашавања управног спора са Уставом, као највишим правним актом, као и са основним правним стандардима, који подразумевају остваривање права на приступ суду из Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода и Препоруке Савета Европе о судској контроли управних аката, од великог је значаја то што је у новом Закону о управним споровима предмет управног спора знатно проширен, са испитивања законитости коначних управних аката, и на сваки други коначан појединачни акт којим се решава о праву, обавези или на закону заснованом интересу странке у случају када није предвиђена друга судска заштита, као и на све коначне појединачне акате код којих је то неким посебним законом изричито прописано. Поред тога, као основни предмет одлучивања у управном спору и даље се може јавити ћутање управе, а као споредан предмет пред суд се може поставити и захтев за повраћај ствари или накнаду штете, као последице извршења незаконитог акта који се оспорава, о коме суд може да одлучи уколико нађе да утврђено чињенично стање пружа поуздан основ за то.

Упркос проширивању, предмет управног спора је у Србији и даље знатно ужи него у другим државама. Данас је предмет управног спора у Србији ужи, не само у односу на Француску и Немачку, од којих се

[46] Видети: Пресуда Врховног касационог суда Узп 121/11 од 07. децембра 2012. године.

[47] Видети: Решење Управног суда број У. 4838/11 од 17. јануара 2013. године; Решење Управног суда број У. 1066/13 од 08. фебруара 2013. године; Решење Управног суда број У. 17261/12 од 14. фебруара 2013. године; Решење Управног суда број У. 1550/12 од 16. маја 2013. године; Решење Управног суда број У. 5889/13 од 16. маја 2013. године; Решење Управног суда број 4211/13 од 11. јула 2013. године; Решење Управног суда број У. 11990/12 од 17. октобра 2013. године; Решење Управног суда број У. 3539/11 од 24. октобра 2013. године; Решење Управног суда У. 14392/13 од 18. октобра 2013. године; Решење Управног суда У. 12967/12 од 07. новембра 2013. године.

правни режим управног спора увек битно разликовао, већ и односу на државе попут Словеније, Хрватске и Македоније, са којима смо све донедавно имали готово потпуно идентичан правни режим судске контроле рада управе. Изван домашаја контроле Управног суда у Србији су и приликом последње законодавне реформе управног спора остали управни уговори, као и све врсте општих правних аката. Провера њихове законитости и даље се налази у надлежности редовних судова (управни уговори), односно Уставног суда (општи правни акти).

Да би се заштита права грађана у управном спору у Србији заиста подигла на ниво који налаже поштовање међународних стандарда, није неопходно и даље проширивати предмет управног спора, које би се могло ускоро очекивати, с обзиром на тенденцију у законодавству да се будућим Законом о општем управном поступку предмет управног поступка прошири на управне уговоре и на пружање јавних услуга, који ће у том случају неминовно захтевати проширивање предмета управног спора. За остваривање правне заштите странака у овој врсти судске контроле управе на нивоу европских правних стандарда неопходно је, пре свега, да предмет управног спора, који је законски задовољавајуће одређен, на исти начин буде прихваћен и у судској пракси. То за сада, нажалост, још увек није случај, с обзиром на то да Управни суд предмет одлучивања углавном своди на оцену законитости коначних управних аката. Све док се не промени постојећа неадекватна судска пракса, правна заштита странака у управном спору, као најважнијем виду судске контроле управе, неће моћи да буде на нивоу међународних стандарда, а рад Управног суда неће бити у складу са Уставом Републике Србије.

Да би се такав циљ остварио, неопходно је пре свега даље институционално и кадровско јачање управног судства, као и увођење правних стандарда за рад судија, до којих би се могло доћи увећањем укупног броја судија, примереног броју примљених предмета и одређивањем месечне норме за рад сваког судије. Тиме би могле бити створене основне правне претпоставке, не само за остваривање предмета управног спора какав је предвиђен Законом о управним споровима, већ и других правних стандарда које, у овом тренутку, Управни суд није у стању да оствари, попут одржавања усмене расправе као основног правила за утврђивање чињеничног стања, значајнијег одлучивања у спору пуне јурисдикције, као и о одлагању извршења оспорених управних аката, те могућности остваривања редовне правне заштите странака у овој врсти судске контроле над управом.[48]

[48] Видети: З. Лончар, *Примена европских стандарда у управном спору у Србији*, Правни живот, број 5–6, 2013, стр. 83–100.

**Zoran Lončar, Pf. D., Assistant Professor**
**Faculty of Law, University of Novi Sad**

## Subject of administrative dispute

***Abstract:*** *To comply administrative dispute with international legal standards , which means the exercise of the right of access to court under the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms and Recommendation Rec (2004) 20 of Committee of Ministers to member states on judicial review of administrative acts, as well as comply with provisions of the Constitution of the Republic of Serbia, and also with new Law on administrative disputes, the subject of an administrative dispute is significantly expanded. In Serbia today, through administrative disputes it can be examined the legality of administrative acts, but also each of the final individual legal acts which solves the rights, obligations or lawful interests of the client, when there is no other judicial protection, as well as all legal acts, where special law expressly provides. Subject of administrative dispute it may be also silence of the administration, but as a secondary subject it may be presented a request for return of property or compensation for damage caused as a result of an illegal act, so the court can decide, if the established facts provides a reliable basis for it. However, in order to protect rights of citizens in this country, and to achieve international legal standards, it is essential that the subject of administrative dispute, even though it is formaly legaly expanded, has to be fully accepted in the case law, what currently is not case, considering the fact that the object of decision-making in Administrative court is focused on assessment of the legality of Administrative acts*

***Key words:*** *judical control of administration, administrative proceedings, subject of administrative dispute, administrative act*

УДК 004:35

# ЕЛЕКТРОНСКА УПРАВА – ПУТ ДО МОДЕРНОГ ДРУШТВА

**Доц. др Милица Тепшић**[*]
**мр Дијана Тепшић**[**]

***Апстракт:*** *Електронска управа представља само један елемент слагалице на путу ка много вишим циљевима развоја информационог друштва. Технолошки развој и грађанство које све више, зна отвара нове могућности и захтијева од јавне управе многе нове, другачије, брже, квалитетније и јефтиније услуге. Процес стварања модерне јавне управе подстакнут је ширењем нових технологија, али претпоставка за њихово коришћење јесте и промјена правне регулативе. У раду се описују и искуства неких европских и балканских земаља, те анализа стања е-управе у свијету, региону, а посебно у Босни и Херцеговини и Републици Српској.*

***Кључне ријечи***: *јавна управа,* електронска управа*, информационо-комуникационе технологије*

## 1. УВОД

Будући да се људско друштво налази у непрестаном развоју и кретању, потребе за услугама јавне управе постају све веће, при чему и сам развој јавне управе зависи од општег развоја. Развија се информационо друштво које почива на два основна процеса: технолошким иновацијама и глобалном повезивању. Модерна, напредна и економски престижна друштва, са развијеним демократским стандардима, конти-

[*] **Министарство управе и локалне самоуправе Републике Српске, Бања Лука, Трг Републике Српске 1, e-mail: m.tepsic@muls.vladars.net**

[**] **Гендер центар Владе Републике Српске, Бања Лука, Вука Караџића 4, e-mail: d.tepsic@gc.vladars.net**

нуирано раде на успостављању нових стандарда и процедура. Све ове промјене додатно су подстакнуте општим трендовима глобализације економског, политичког, правног, друштвеног, технолошког и културолошког контекста. На почетку 21. вијека долази до све већег приближавања и уједначавања правних норми. Већа економска међузависност и растући значај међународног повезивања и укључивања у еЕвропску и свјетску заједницу захтијева стално прилагођавање управе новим задацима. Развија се систем европског права *Acquis Communautaire*[1], које се примјењује у 28 држава чланица Европске уније. Неопходно је стално усклађивање са системом правних инструмената Европске уније, како би био створен правни амбијент који Европа разумије. Међутим, не постоји јединствен ЕУ модел за развој електронске управе (е-управа), јер су и управноправни оквири и пракса широм Европске уније разнолики, стога не постоје јединствени стандарди за развој е-управе, али ипак постоји тежња ка „заједничком европском административном простору". Еволутивни развој јавне управе дијели судбину значајних цивилизацијских промјена: карактера државе, односа између централне и локалне власти; јавног, мјешовитог и приватног сектора; начина организације власти; парламентаризма; демократизације; конституисања органа власти и њиховог функционисања; нових националних и интернационалних заједница и њихових корелација; социјалних реформи; проширивања и обогаћивања слобода и права грађана.

Јавна управа има пресудну улогу за развој једне заједнице, јер она припрема и извршава одлуке, те од њене стручности, знања и професионалне етике умногоме зависи квалитет политичких одлука носилаца политичке власти. Модерна јавна управа треба да омогући: ефикасно остваривање права и интереса грађана, јер извршава законе и друге прописе и обезбјеђује њихову примјену; заштиту људских права; примјену одређених политичких одлука; заштиту јавног интереса; ефикасну организацију правосуђа; ефикасну контролу саме себе (да унутрашњом контролом спријечи сваки вид самоволје), и инспекцијски надзор над радом и актима недржавних субјеката; стручну и квалитетну припрему рационалних закона и других прописа; те побољшање квалитета живљења сваког грађанина (организацијом и координацијом у раду јавних служби).

Реформа јавне управе има за циљ да доведе до суштинских промјена начина и метода рада управе, уз мијењање понашања и систе-

[1] Обавезујућа језгра закона ЕУ коју чини 35 поглавља, као основа за преговоре о чланству

ма вриједности према захтјевима времена у коме живимо. Провођење реформи подразумијева промјену структуре, организације и правила рада. Управа треба своју активност обављати на бољи начин, са мање средстава уз стално прилагођавање и одржавање корака са окружењем, уз примјену најновијих знања. Задаци реформе јавне управе су: ускладити правни оквир у области информационо-комуникационе технологије (ИКТ) са захтјевима *Acquis Communautaire*; имплементирати Акциони план за е-управу; повећати рачунарску писменост државних службеника; имплементирати 20 е-услуга из е-Европе 2005; промовисати е-управу; пратити напредак у процесу увођења е-управе. На самом почетку примјене ИКТ-а, владе су тежиле да изврше аутоматизацију својих административних пословних процеса како би их брже и једноставније обављале[2]. Иако у литератури обилују предности ИКТ-а, међу којима су умрежавање, бржа испорука услуга[3], ефикасност и ефективност[4], децентрализација, транспарентност и могућност веће контроле[5], не треба занемарити чињеницу да технологија сама по себи не нуди рјешења и не значи изградњу ефикасне и ефективне е-управе. Увођење нових технологија мора бити пропраћено трансформацијом јавне администрације и обезбјеђивањем људских ресурса који имају потребна знања и способности како би се технологија примијенила на прави начин, што ће резултирати не само краћим редовима у органима јавне управе, већ и мањим трошковима за пословни и јавни сектор, чиме се повећава ниво конкурентности, транспарентности јавног сектора, доступност јавних услуга седам дана недјељно по 24 сата[6]. Временом, е-управа је престала да представља вид модернизације друштва, а постала је његова есенцијална потреба и препознаје се као стандард развијености[7].

[2] Schelin, S. H. (2003). E-Government: An overview. In G. David Garson (Ed.), *Public information technology*: Policy and management issues (pp. 120−137). Hershey, PA: Idea Group Publishing

[3] Bekkers, V. J. J. M., & Zouridis, S. (1999*). Electronic service delivery in public administration*: Some trends and issues. International Review of Administrative Sciences, 65(2), 183−196.

[4] Richard Heeks, *Understanding e-Governance for Development*, 2001

[5] McGregor, E. B., Jr. (2001). Web page accountability: *The case of public schools*. Paper presented at the National Public Management Research Conference, Bloomington, IN

[6] Stability Pact eSEE Initaitive, (2006*). E-Governance Centre for South East Europe*, Strategy Paper, Brussels, Ljubljana

[7] Милица Тепшић: *Електронска управа*, Удружење информатичара РС, Бања Лука, 2009.

## 2. ПОЈАМ И РАЗВОЈ Е-УПРАВЕ

Појам *Government* нема јединствену дефиницију и његово тумачење варира у различитим културама. У САД-у, под овим се појмом подразумијева укупна власт, што укључује све нивое власти. У Великој Британији, као и у Француској *Government* и Њемачкој *Regierung*, под овим се појмом подразумијева извршна власт, док се у САД-у за овај појам употребљава термин *Administration* или администрација. Постоје различити појмови који се тичу употребе ИКТ-а у функционисању управе, па се тако за означавање технолошки напредне администрације користе термин е-влада (е-*Government)*. Е-управа *(e-Governance)* свеобухватнији је појам и односи се на све функције јавних институција, које се одвијају уз коришћење ИКТ-а. У основи терминолошког разликовања између е-администрације (*Mäenpää* је назива и е-владом)[8] и е-управе (коју с друге стране неки такође називају е-владом, у ширем смислу[9]) стоји схватање према којем употреба ИКТ-а чини органе власти више оријентисаним на кориснике и ефикасност, али не унапређује нужно и квалитет администрације.

Е-управа се односи на примјену ИКТ-а како би се олакшала и убрзала испорука услуга грађанима, пословним партнерима и запосленима у јавној управи, тако што ће се услуга пружити подношењем поднесака са једног мјеста, у било које доба дана или ноћи, без обзира на географску удаљеност и број различитих ентитета који учествују у њеном извршењу.

*Howard Gammon* се сматра зачетником идеје о е-управи, чије је темеље поставио у свом раду из 1954. године, *The Automatic Handling of Office Paper Work*, указавши на примјену технологије на редизајниране пословне процесе, умјесто да се, како се то уобичајено ради, постојећи процеси без преиспитивања аутоматизују, истичући значај неопходних вјештина и знања пословних процеса, с једне, и технологије, с друге стране.

Седамдесетих година прошлог вијека многе земље свијета започеле су са преиспитивањем капацитета гломазне јавне управе. Све више

[8] Mäenpää, O. 2004, „*E-Governance: Effects on civil society, transparency and democracy*", рад представљен на конференцији E-governance: challenges and opportunities for democracy, administration and law conference, IIAS-IISA, Seoul, стр. 11–24.

[9] Bertelsmann Foundation Study: *E-government- Conecting Efficient Administration and Responsive Democracy* (2001:4), dostupno na: http://www-it.fmi.uni-sofia.bg/eg/res/balancede-gov.pdf.

се критикују традиционалне, бирократске форме организовања јавне управе и првенствено западне земље се опредјељују за њено смањење, а повећање ефикасности њених услуга.

Осамдесетих година су многе, претежно англоамеричке земље, започеле реформе у оквиру такозваног новог јавног менаџмента (*New Public Management*). Нови јавни менаџмент укоријењен је у нео-класичној економској теорији, и односи се на пренос модела управљања из приватног у јавни сектор. Представља помак ка тржишној оријентацији и напуштање традиционалног Веберовог бирократског модела јавне управе[10]. Међутим, без обзира на далекосежне реформе широм свијета, нови јавни менаџмент је од самог почетка оспораван од стране бројних аутора. Критичари су углавном истицали да је превелик фокус стављен на ефикасност, без узимања у обзир побољшања ширих политика, тј. без да је нужно постигнута ефективност политика. Грађани, такође, нису имали превише значајну улогу у доношењу одлука које се тичу политика и услуга[11]. Демократија базирана на перцепцији грађанина као клијента је, према томе, довела до повећања јаза између управе и грађана и смањења повјерења грађана у управу[12].

Први зачеци е-управе у облику у којем је познајемо данас, везују се за настанак интернета 90-их година прошлог вијека, када је препознато да је е-управа фактор који може имати велики утицај на реформу јавног сектора и побољшање ефикасности, јачање конкурентности и успостављања односа са интересним групама. Према расположивим подацима, Јужна Кореја је прва држава у којој је систем е-управе почео са функционисањем, и то 1. новембра 2002. године. Убрзо затим су је слиједиле све развијеније и економски јаке земље. Европска унија је још 1999. године започела пројекат *e-Europe* у циљу стварања дигитално писмене Европе. Велики број држава у Европи (Велика Британија, Француска, Холандија, Шведска, Данска, Норвешка и Финска) израдило је сопствене планове развоја електронске комуникације још 1994. и 1995. године. Усвајањем Лисабонске стратегије 2000. године и дефинишући циљ да ће Европа „до 2010. да постане најконкурентнија и најдинамичнија

[10] Макс Вебер је неколико својих најзначајнијих дјела посветио питању бирократије, те се „класична" или „традиционална" бирократија углавном веже уз његово име.

[11] Sanderson, I. 2001, „*Performance Management, Evaluation and Learning in 'Modern' Local Government*", *Public Administration*, god. 79, br. 2, стр. 297–313.

[12] Welch, E. W., Hinnant, Ch. C. i Moon, M. J. 2005, „*Linking Citizen Satisfaction with E-Government and Trust in Government*", Journal of Public Administration Research and Theory, god. 15, br. 3, стр. 371–391.

економија у свијету која се заснива на знању, са усавршеним моделом запошљавања и повећаном социјалном кохезијом", европски лидери су потврдили своје опредјељење да Европу трансформишу у ново информационо друштво, како би Европа не само задржала свој економски ниво развоја у новим условима, већ и суштинским промјенама у области законодавства, регулативе, стандардизације, образовања, социјалне политике и привреде обезбиједила свој даљи напредак. Акциони план по коме ће се суштинске промјене у Европској унији одвијати назван је „e-Europe" и до сада су реализовани акциони планови „e-Europe 2002" и „e-Europe 2005" и акциони план „e-Europe+" за земље у статусу кандидата. У склопу свих ових планова развој е-управе је био базични дио планираних активности. И поред чињенице о постојању специфичних потреба сваке националне, регионалне и локалне владе у Европи, оне међусобно могу у великој мјери сарађивати, размјењивати најбоља искуства из праксе и заједнички радити на развоју стандарда и креирању јединственог европског простора.

Стратешки документ „i2010 – *A European Information Society for growth and employment"*, усвојен у јуну 2005, а као што се види из његовог назива, оријентисан је ка развоју информационог друштва у служби економског раста и запошљавања. У документу „i2010" Европска комисија предлаже сљедеће акције које даље доприносе развоју концепта е-управе у ЕУ[13]: 1) усвајање Акционог плана о е-управи и стратешког опредјељења да јавне услуге буду омогућене и расположиве употребом ИКТ-а (2006); 2) покретање акција усмјерених на унапређење квалитета живота и то: а) технологије за помоћ старијем становништву, б) интелигентна возила која ће бити паметна, сигурнија и еколошки здравија и в) креирање дигиталних библиотека које ће мултимедијалне и мултикултурне европске садржаје учинити доступним свима (2007); 3) покретање активности са циљем превазилажења географских и социјалних „дигиталних разлика", које би биле обједињене у европској Иницијативи о е-укључењу (2008).

Значајно заостајање Југоистока Европе (ЈИЕ) у изградњи информационог друштва указује на евидентну потребу да се интензивирају акције усмјерене ка бржем развоју ИКТ сектора на овим просторима[14]. Иницијатива која за сада на регионалном плану окупља земље ЈИЕ у акцијама развоја информационог друштва је Иницијатива eSEE

[13] European Commission, (2002). *eEurope 2005*, Brussels

[14] UNDP, (2004*). ICT Sector Status Report*, Sarajevo.

(*Electronic South East Europe*) Пакта за стабилност Југоисточне Европе[15] која је усмјерена на ширење и прихватање информационих технологија у земљама Југоисточне Европе. У оквиру дјеловања ове иницијативе активности везане за развој е-управе заузимају једно од водећих мјеста. У Европској унији потрошња на истраживање ИКТ-а износи само 40% од нивоа у Сједињеним Америчким Државама, тј. 37 милијарди евра наспрам 88 милијарди евра у 2007. години. Ове препреке указују на то да ЕУ у овој области заостаје за својим индустријским партнерима, као што су САД, Јапан и Јужна Кореја. Због тога је Европска комисија у мају 2010. године покренула Дигиталну агенду 2010–2020 за Европу (*A Digital Agenda 2010 – 2020 for Europe*). Њена сврха је да дефинише кључну улогу коју ће имати ИКТ у реализацији планова до 2020. године. За креирање Дигиталне агенде коришћени су различити извјештаји и стратегије из претходних периода, те препоруке са јавних консултација које је провела Европска комисија 2009. године[16]. Европске владе су посвећене томе да услуге е-управе, усмјерене ка корисницима, персонализоване и мултиплатформске, постану раширене у употреби до 2015. године. Због тога би владе требало да предузму кораке да избјегну било какве непотребне техничке захтјеве, као нпр. апликације које функционишу само у специфичном техничком окружењу или у специфичним уређајима. Већина јавних услуга преко интернета не функционише преко граница на штету мобилности грађана и пословања, па Европи треба боља административна сарадња како би развила и употријебила прекограничне јавне услуге. Дигитална агенда за Европу има за циљ да од Европе направи генератор паметног, одрживог и инклузивног раста на свјетској сцени. Свих седам стубова Дигиталне агенде имају међународну димензију. Интероперабилност и стандарди који су препознати на свјетском нивоу могу помоћи да се промовишу брже иновације смањењем ризика и трошкова нових технологија. Бављење пријетњама компјутерског криминалитета који је у порасту, такође, мора се одвијати у међународном контексту. Европска комисија је у Дигиталној агенди предложила 101 мјеру, од чега је 31 законодавна.

Декларација о е-управи[17], потписана 18. новембра 2009. у Малмеу од стране министара ЕУ приказује заједничку визију е-управе

[15] Stability Pact eSEE Initaitive, (2006). *E-Governance Centre for South East Europe*, Strategy Paper, Brussels, Ljubljana

[16] http://ec.europa.eu/information_society/eeurope/i2010/index_en.htm.

[17] Malmö Ministerial Declaration, http://www.epractice.eu/files/Malmo%20Ministerial%20Declaration%202009.pdf

и дефинише приоритете које треба достићи до 2015. године. Нови Акциони план за е-управу[18] који прати декларацију из Малмеа, потписан је 15. децембра 2010. у Бриселу, током конференције под називом „Lift-Off Towards Open Government". Акционим планом предвиђено је да се у периоду 2011–2015. остваре кључни циљеви дати декларацијом из Малмеа. Планом је предвиђено повећање броја корисника е-сервиса, као и креирање прекограничних е-сервиса. 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.

## 3. АНАЛИТИЧКИ ОКВИР ЗА ПРОЦЈЕНУ РАЗВОЈА Е-УПРАВЕ

Важно је осврнути се и на чињеницу да је развој е-управе сложен концепт, те мониторинг таквог развоја нужно укључује разматрање различитих фактора, попут капацитета локалних органа власти за развој е-управе, правног и друштвеног контекста и политичке воље за унапређењем различитих функција е-управе, укључујући и партиципаторне потенцијале.[19] Тако *Mäenpää* (2004: 14–15) сматра да су кључни фактори који утичу на развој е-управе: ИКТ, културални, финансијски, правни и људски фактори. У складу с тим, такође се користе различити приступи и критеријуми процјене развоја е-управе,[20] гдје су неки фокусирани само на карактеристике *on-line* присуства органа власти, док други подразумијевају праћење интерних капацитета органа власти и ефеката програма е-управе.

Свјетски економски форум (*World Economic Forum – WEF*) у својим редовним годишњим процјенама е-спремности држава у обзир узима низ индикатора, попут фактора окружења (инфраструктура, политичко

[18] 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

[19] Оно што је посебно проблематично кад је ријеч о развоју електронске партиципације јесте да се партиципација међу доносиоцима одлука још увијек неријетко сматра беспотребном компликацијом, што води ка мањку политичке воље да се искористе потенцијали ИКТ-а. Видјети нпр. *Bertelsmann Foundation study*, 2010:10.

[20] Mechling, J. `*Building a Methodology for Measuring the Value of E-Services*`, Booz Allen Hamilton – Final Report for the Social Security Administration, April 2002

и регулаторно окружење, тржишно окружење), спремности (индивидуална, владина и пословна спремност) и употребе ИКТ-а (индивидуално, пословно и владино коришћење ИКТ-а).

Одјељење за економска и социјална питања Уједињених нација сваке двије године објављује *E-Government Survey*. У 2014. години, по први пут је извјештајем обухваћено свих 193 државе чланице УН-а. Због бројних фактора, постоје велике разлике међу регионима и земљама, али упркос озбиљним економским, социјалним и еколошким изазовима с којима се многе земље сусрећу, ипак настоје превазићи сва та ограничења како би постигле значајан развој е-управе. У Извјештају за 2014. годину свјетски и регионални лидери у е-управи представљени су у сљедећој табели:

Table ES.1. World and regional e-government leaders

| *World e-government leaders* | *Regional e-government leaders* | |
|---|---|---|
| Republic of Korea | AFRICA | Tunisia |
| Australia | | Mauritius |
| Singapore | AMERICAS | United States of America |
| France | | Canada |
| Netherlands | ASIA | Republic of Korea |
| Japan | | Singapore |
| United States of America | EUROPE | France |
| United Kingdom | | Netherlands |
| New Zealand | OCEANIA | Australia |
| Finland | | New Zealand |

Ранг првих десет држава које су свјетски лидери у е-управи је како слиједи: Кореја (1), Аустралија (2), Сингапур (3), Француска (4), Холандија (5), Јапан (6), САД (7), Велика Британија (8), Нови Зеланд (9) и Финска (10). Три посљедње (191, 192, 193) јесу афричке државе Нигер, Еритреја и Сомалија.

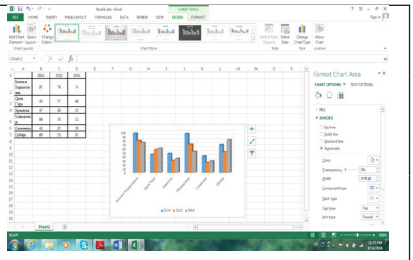
Република Кореја задржала је прво мјесто и 2014. године. Као и претходних година, Извјештај за 2014. показује да Европа и даље води са највишим регионалним индексом, а водеће државе у Европи су Француска (4), Холандија (5), Велика Британија (8) и Финска (10). Слиједи Америка са САД-ом (7), прати је Азија, гдје предводи Република Кореја (1), затим Океанија – предводи Аустралија (2), и Африка – предводи Тунис (75).

Иако Европа остаје глобална сила при развоју напредних технологија и наставља да буде глобални лидер у развоју е-управе, у

претходном извјештају (2012) међу првих 10 било је седам европских земаља, у овом извјештају (2014) су четири европске земље. Ипак, 11 од укупно 20 земаља, а 26 од 40 земаља су европске земље. Због финансијске кризе, незапослености и старења становништва, европске земље активно траже иновативна рјешења како би остале конкурентне и да би могле да понуде широк спектар јавних услуга својим грађанима. Глобални тренд је вишеканално пружање јавних услуга путем различитих средства: од традиционалног, путем телефона и *Call* центара, веб-портала, и-мејла, SMS-а, мобилних портала, мобилних апликација, друштвених мрежа, инфо-киоска... Достигнути ниво развијености земаља пресудно утиче на степен у коме ће се прихватити и примијенити концепт е-управе. Развијене земље имају добро успостављену владу и економију, остварују константан економски раст, раст продуктивности, висок стандард живота за разлику од земаља у развоју чије владе нису конституисане на прави начин, а њихове економије испољавају бројне слабости. Добро оспособљено техничко особље, висок ниво техничких знања и способности, добра инфраструктура и приступ интернету за све грађане и запослене, те рачунарска писменост, у великој мјери доприносе развоју и примјени е-управе. Супротна ситуација у земљама у развоју представља ограничавајуће факторе за развој е-управе[21].

У табели која слиједи представљен је ранг из посљедња три извјештаја за земље из региона, из кога је видљиво да је БиХ 2014. године рангирана на 97. мјесто од 193 земље, те да континуирано заузима све нижу позицију.

| Земље | Ранг по годинама | | |
|---|---|---|---|
| | 2014 | 2012 | 2010 |
| Босна и Херцеговина | 97 | 79 | 74 |
| Црна Гора | 45 | 57 | 60 |
| Хрватска | 47 | 30 | 35 |
| Македонија | 96 | 70 | 52 |
| Словенија | 41 | 25 | 29 |
| Србија | 69 | 51 | 81 |



[21] Chen Y. N., Chen, H. M., Huang W., Ching R.K.H. (2006) *E-Government Strategies in Developed and Developing Countries*: An Impelemntation Framework and Case Study, Journal of Global Information Management, 14(1), 23-46

## 4. ИСКУСТВА ЗЕМАЉА ИЗ РЕГИОНА У РАЗВОЈУ Е-УПРАВЕ

**Црна Гора,** у складу са Стратегијом реформе јавне управе 2011–2016, у 2014. годину припремила је Приједлог закона о управном и Приједлог о измјенама и допунама Закона о јавним набавкама и усвојен је Закон о електронској управи. Успостављено је тијело за координацију и праћење реформе државне управе. Неке од активности које слиједе у 2014. години су: обука државних службеника који раде на припреми нормативних аката; припрема приједлога подзаконских аката на основу новог ЗУП-а; повећање броја *online* сервиса на порталу е-управе; обуке службеника за коришћење портала е-управе; примјена електронског канцеларијског пословања у сваком органу државне управе у ком је извршена продукција еДМС-а; обуку државних службеника и намјештеника за рад у еДМС окружењу. Црна Гора је једина од република из бивше Југославије, према Извјештају УН-а *E-Government Survey,* континуирано напредовала у развоју е-управе у посљедњих шест година (2010. – 60. мјесто, 2012. – 57. и 2014. – 45. мјесто).

Најзначајније активности **Републике Хрватске** везане за е-управу су:

– оптимизација коришћења електронске комуникационе инфраструктуре за потребе јавне управе, с нагласком на искоришћавање ресурса у власништву Републике Хрватске;

– стварање регистарски уређене државе повезивањем база података;

– обједињавање и међусобно дијељење информатичких ресурса (хардвер, софтвер и знање) у јавној управи;

– модернизација законодавног оквира за бржу и ефикаснију примјену ИКТ-а у јавној управи;

– реализација обједињених поступака јавне набавке за робу и услуге из подручја ИКТ-а;

– јачање међународних активности у подручју е-управе и стварање услова за боље искоришћавање страних извора финансирања за ИКТ пројекте.

**Република Македонија** проводи низ активности и пројеката, као на примјер: компјутер за свако дијете; интернет у свакој средњој и основној школи; бесплатан интернет приступ у студентским домовима; основан је Универзитет за информационе технологије 2009. године; стипендије за талентоване студенте из области ИКТ-а; бесплатне интернет клубове у 15 градова са по три запослена информатичара који одржавају рачунарску опрему и помажу посјетиоцима клубова. Брз и континуиран развој информационог друштва Влада Републике Македоније поставила је као један од најзначајнијих стратешких приоритета. Формирано је министарство за информационо друштво како би се постигао координиран и систематски приступ у реализацији стратешких циљева, јер у ново информационо и комуникационо доба, лидери ће бити они који на вријеме донесу праве одлуке базиране на суштинском схватању нових глобалних трендова.

Е-управа **Републике Словеније** освојила је прву награду на UNPSA[22] Уједињених нација за најбоље ИКТ рјешење у категорији „Промовисање свеобухватног рјешења јавне управе у информатичком добу“. Форум Уједињених нација и награда UNPSA 2013, који је одржан у Бахреину, потврдио је напредак Словеније у развоју е-управе. На највећем свјетском догађају у области информационих услуга у јавној управи, који су се десили под насловом „Конверзија е-управе и иновације: стварање боље будућности за све“, словеначка јавна управа побиједила је у категорији „Промовисање свеобухватног рјешења јавне управе у информатичком добу“, за подручје Европе и Сјеверне Америке. Концепт е-управе у Словенији заснива се на седам стубова информационог друштва, те *Cloud Computing* представља мноштво већ доступних јавних услуга (е-Архив, е-Здравство, е-Социјално, е-Катастар, интегрисане услуге нове генерације (е-Управа, е-Полицајац, е-ЈавнаНабава, *Government2Citizen*), услуге паметних градова (*Smart City*), итд. Међутим, главни проблем представља чињеница да корисници услуга у Словенији користе само 15% доступних е-услуга.

**Република Србија** је још 2004. почела да уређује правни оквир у области информационог друштва, али је проблем што се многи од тих прописа у пракси још увијек не проводе. Потпуна употреба е-сервиса примјењује се само у Пореској управи од марта 2014. године. Према званичним подацима Пореске управе, укинуто је 5,5 милиона пореских образаца које се привредни субјекти годишње предавали на шалтерима. У

[22] UNPSA stands for United Nations Programme on Space Applications

мјесецу марту 2014. повећана је наплата пореза за 11 милијарди динара у односу на март 2013. године. Увођењем електронских сервиса у порески систем нестале су гужве на шалтерима на којима су службеници губили 65% свог радног времена. Грађани Србије путем интернета, преко портала е-Управе, могу да поднесу захтјев за замјену старих возачких дозвола, а једини услов је да имају електронску личну карту из које би могла да се преузме фотографија, као и стару, папирну возачку дозволу. Након добијања потврде да је захтјев успјешно поднијет, корисник може да изврши онлајн плаћање, или да одштампа уплатницу са збирним износом такси и изврши уплату на класичан начин. Завршетак процедуре представља информација на порталу која кориснику ставља до знања да је дозвола спремна за уручење, након чега је потребно отићи у одговарајућу полицијску станицу. На овај начин је, за нешто више од мјесец дана од пуштања апликације у рад, око 3.900 возача, преко портала е-Управа замијенило возачку дозволу. У 2013. години 840.000 грађана је користило електронске сервисе, што је добар податак за будућност[23]. На овај начин се држави остварују значајне уштеде, а директна уштеда грађанима је и то што се сада провизија наплаћује само једном, јер постоји само једна уплатница, умјесто три. Србија је прва земља у региону која је пустила такав систем и међу првим земљама у Европи и свијету. Због интензивније примјене ИКТ-а и јачања е-управе, Република Србија је донијела Стратегију развоја електронских комуникација до 2020. и Стратегију развоја информационог друштва до 2020. године.

Земље у региону на различите начине настоје убрзати развој е-управе. Један од начина је свакако едукација службеника у јавној управи, грађана, а посебно младих, путем свих нивоа система образовања, па изучавањем е-управе на факултетима. Иако су ријетки, ипак се на неким факултетима изучава предмет Електронска управа, нпр.: на Правном факултету у Загребу, на Правном факултету у Сплиту, на Факултету за управу у Сарајеву, на Техничком факултету „Михајло Пупин“ у Зрењанину, на Бања Лука *College*-у у Бањој Луци, као и на неким економским факултетима у региону.

[23] http://www.personalmag.rs/tag/e-uprava/#sthash.3s1ypKwk.dpuf

## 5. РАЗВОЈ Е-УПРАВЕ У БОСНИ И ХЕРЦЕГОВИНИ И РЕПУБЛИЦИ СРПСКОЈ

Иако је у Босни и Херцеговини, као и Републици Српској, опште стање развоја е-управе незадовољавајуће, постоји низ позитивних примјера, као што су: информатизација пословних процеса у матичним службама, канцеларијском пословању, електронске сједнице Влада, вебпортали, идентификациона документа, е-законодавство... Иако постоје помаци, степен развијености е-јавних услуга још је увијек низак, само су неке е-услуге достигле ниво потпуне доступности. Потпуна доступност значи да поред електронског приступа услузи није потребна нека друга формална процедура (лична или папирна комуникација) да би се остварила јавна услуга, као и да је таква услуга доступна свима. Постојеће стање још увијек карактерише: недовољно развијена заједничка информационо-комуникациона инфраструктура; неразвијеност службених евиденција у електронском облику, као база података неопходних за развој е-услуга; незаобилазност папирних докумената у већини поступака; недовољна стандардизација и координација развоја информационих система у органима управе; недостатак компетентних кадрова.

Доказ да грађани све више користе ИКТ је да интернет у БиХ, према подацима из децембра 2013. године, користи 3.042.656 лица, што представља повећање од 40,33% у односу на 2012. годину, објавила је Регулаторна агенција за комуникације БиХ (РАК), што представља значајан пораст у односу на претходне године. У децембру 2013. у БиХ било је чак 3,5 милиона претплатника мобилне телефоније (*prepaid* и *postpaid*), показују посљедњи подаци РАК-а[24]. Међутим, степен корисности ИКТ-а ће бити сразмјеран опсегу и квалитету правне регулативе, јер ма колико се примјена ИКТ-а интензивно одвијала, непостојање одговарајућег правног оквира представља опасност од правне несигурности, те угрожавање неких од елементарних вриједности правног система. Због тога увођење ИКТ-а у различите аспекте јавне управе нужно мора да прати одговарајућа регулатива, усклађена са трендовима који постоје у савременим друштвима, те да се на ширем, европском и међународном нивоу ради на унификацији електронског права[25]. У наше

[24] http://www.vijestio.com/zanimljivosti/internet-u-bih-koristi-vise-od-tri-miliona-osoba/

[25] Дарко П. Голић, Јелена Д. Матијашевић-Обрадовић: *Информационе технологије као средство демократизације јавне управе*, Синтеза, међународна научна конференција Универзитета Сингидунум, Београд, 2013

законодавство потребно је унијети промјене засноване на позитивном упоредном искуству развијених држава. Ту мора наћи мјесто савремено комуницирање (успостављање контакта) органа са странкама, употребом нових технологија (рачунара, телефона, мобилних уређаја и других савремених уређаја). Садашњи прописи који регулишу рад јавне управе на нивоу Босне и Херцеговине, а такође и у Републици Српској, прилагођени су традиционалном начину рада јавне управе и њеном постојећем стању, а мање потреби њезине модернизације. Иако је Народна скупштина Републике Српске донијела сет закона који чине подлогу за увођење е-управе, а то су: Закон о електронском пословању Републике Српске[26], Закон о електронском потпису Републике Српске[27] и Закон о електронском документу Републике Српске[28], те Закон о информационој безбједности[29] и усвојила Стратегију развоја локалне самоуправе за период 2009–2015. (која, такође, предвиђа јачање е-управе) и Стратегију развоја електронске Владе – е-*Government* Стратегија (2009–2012), ови прописи се готово и не примјењују.

Многе државе из нашег окружења донијеле су Закон о електронској управи, на примјер Аустрија и Италија још 2004. године, Црна Гора 2014. године и готово све су донијеле или су у фази доношења новог закона о управном поступку. Зато је и у БиХ и Републици Српској неопходно ревидирати доста прописа, а поготово Закон о општем управном поступку, који би требало да буде један од кључних инструмената модернизације не само управног поступка него и цјелокупног рада јавне управе[30]. У дугом временском периоду овај закон је био веома добар правни основ за дјеловање јавне управе на основу права и обезбјеђивао је правну сигурност у поступцима доношења управних аката и других одлука, као и довољан степен правне заштите грађана у односу на те управне акте и одлуке. Узимајући у обзир чињеницу да је у посљедњих неколико деценија јавна управа попримила нове организационе облике који преузимају извршавање њених функција, као и брз развој ИКТ-а који доприноси промјени друштвеног окружења и услова у којима живимо, нормално је да се и јавна управа мора прилагодити тим промјенама како би испунила улогу друштвено корисне и потребне у функцији друштвеног на-

[26] „Службени Гласник РС“, број 59/09

[27] „Службени Гласник РС“, број 59/08

[28] „Службени Гласник РС“, број 110/08

[29] „Службени Гласник РС“, број 70/11

[30] Овакво мишљење засновано је на бројним аргументима који у обзир узимају потребу озбиљне реформе и модернизације јавне управе.

претка. Важећи закон не обухвата све модерне врсте административних активности и, самим тим, не пружа потпуну правну заштиту у односу на те активности. Он предвиђа релативно компликован, дуготрајан и скуп управни поступак и не обезбјеђује неопходан општи правни оквир за е-управу. Према важећим закону, „поднесак се предаје органу надлежном за пријем поднесака, а може се предати сваког радног дана у току радног времена"[31]. „Достављање се врши радним даном и то дању."[32] Поред увођења електронске писарнице у републичким органима управе у Републици Српској, још увијек се поднесци предају готово искључиво на шалтеру, уз обавезно прилагање документације која се може прикупити углавном у току радног времена (до 16 часова). На примјер, шта нам значи потпуно организована и припремљена могућност електронског подношења неког обрасца, ако то није предвиђено прописима, или ако се доказ о уплати таксе и даље, углавном, регулише преко таксене маркице или путем копије уплатнице, или је и даље доказ о предаји поднеска број који се добије на шалтеру, а кретање предмета може само да прати писарница и службеник коме је предмет додијељен у рад, док странка то још увијек не може. Земље региона су осавремениле и прописе о канцеларијском пословању, нпр. Република Србија је донијела Уредбу о електронском канцеларијском пословању органа државне управе[33] и Упутство за електронско канцеларијско пословање[34] како би се бар дио ових проблема ријешио.

Дакле, нови закон о општем управном поступку треба да успостави законски основ за развој е-управе, али и да не буде на штету оних грађана који немају приступ интернету или не познају информационе технологије. Међутим, без обзира на потребу за доношењем новог закона о општем управном поступку, и поред тога што јавна управа многе службене евиденције води у електронској форми, и даље се не спроводи одредба члана 124. став 3. Закона о општем управном поступку, која гласи: „Службено лице прибавиће по службеној дужности податке о чињеницама о којима се води службена евиденција", а ово би сигурно убрзало дуготрајне управне поступке.

[31] Члан 53. Закона о општем управном поступку ("Сл. гласник РС", бр. 13/02, 87/07 и 50/10)

[32] Члан 70. Закона о општем управном поступку ("Сл. гласник РС", бр. 13/02, 87/07 и 50/10)

[33] Службени гласник Републике Србије, број 40/10

[34] Службени гласник Републике Србије, број 102/10

## 6. ЗАКЉУЧАК

Кључни проблеми у развоју е-управе су: образовање и разумијевање онога што е-управа јесте и које су јој предности. За разлику од увријеженог мишљења, финансирање не представља главни изазов у примјени е-управе, посебно узевши у обзир да се многи е-пројекти суфинансирају средствима донатора из међународне заједнице. У данашње вријеме је сасвим уобичајено да се већина банкарских услуга може користити од куће путем интернета, па чак и путем мобилних телефона, а сличан (врло висок) ниво информатизације је присутан и код других врста пословних субјеката.

Јавна управа представља онај сегмент друштва који се најспорије прилагођава потребама организационог и функционалног прилагођавања захтјевима ефикасног дјеловања у сложеним и промјенљивим условима информационог друштва.

Ни најбоље технолошке претпоставке не могу осигурати задовољавајућу модернизацију јавне управе ако за то не постоји воља или ако непремостиву препреку представљају неодговарајући или застарјели прописи, односно неприкладна организација читавог система јавне управе.

Е-управа је дугорочни пројекат и мора да пролази кроз фазе, односно стадијуме развоја, постепеним повећавањем нивоа сервиса у односу на ниво технологије. Због заостајања у развоју е-управе у Босни и Херцеговини, као и Републици Српској, ово је тек започет пројекат, који ће своју експанзију доживјети са усклађивањем прописа са потребама примјене информационих технологија и увођењем електронског потписа у пракси.

## CONCLUSION

*Key issues in the development of e-government are education and understanding of what e-government is and what are her strengths. In contrast to the widely held opinion, the funding is not a major challenge in the implementation of e-government, especially considering that many e-projects co-financed by donors from the international community. Nowadays, it is common*

*that most banking services can be used from home via the Internet, and even on mobile phones, a similar (high) level of computerization is also present in other types of businesses.*

*Public administration is the one segment of society with the slowest adapting to the needs of organizational and functional adaptation requirements for effective responses in complex and variable conditions of information society.*

*Neither the best technological conditions can not provide satisfactory modernization of public administration if there is no will, or if an insurmountable obstacle is inadequate or outdated regulations, and inadequate organization of the whole system of public administration.*

*Because of that E-government is long-term project and have to go through stages, and stages of development, gradually increasing the level of service in relation to the level of technology. Due lag behind in developing e-government in Bosnia and Herzegovina and the Republic of Srpska this has just started as a project, that will expand and develop with the harmonization of regulations with the needs of the application of information technology and the introduction of electronic signatures in practice.*

УДК 35.077

# УПРАВНОСУДСКА ПРАКСА КАО СЕКУНДАРНИ ИЗВОР ПРАВА

**Доц. др Горан Бранковић***

***Апстракт:*** *И поред одређених контрадикторних мишљења, већина теоретичара је сагласна с тим да се судови односе према нормама насталим у управносудској пракси као да су законске норме по којима се обавезно мора поступати. Потребно је нагласити да је управносудски систем наше земље још увијек недовољно развијен, с мноштвом недоречености и празнина које у пракси отежавају рад судова. Због тога је неопходно да судска пракса допуњује закон у случају да се у прописима који регулишу управни спор појави правна празнина, и да прилагоди садржину норми стално промјењивим друштвеним односима. То је и потврда веће адаптираности управносудске праксе у друштвеном животу од закона на основу чега се може извести закључак о потреби да управносудска пракса у одређеном дијелу замијени закон као основни извор управно судског права и у европскоконтиненталном правном систему.*

***Кључне ријечи:*** *судска пракса, извор права, законске празнине, управносудске норме.*

## 1. УВОД

У нашој земљи, као и у већини европских држава, развијен је управно судски систем државне регулативе европског континенталног типа. То значи да је већина правно релевантних управносудских односа уређена нормама које у форми закона и других општих правних аката доносе органи законодавне и извршне власти. Сходно начелу подјеле власти које је прокламовано уставом, судови у управном спору су дуж-

* **Доц. др Горан Бранковић, професор на Универзитету за пословне студије у Б. Луци.**

ни да досљедно примјењују општа правна правила. Судска власт је независна и судови у оквиру управних спорова суде на основу устава и закона.

У модерној правној теорији није више спорно да судија, рјешавајући у управним споровима, има извјесну самосталност у примјени права. И поред одређених контрадикторних мишљења, већина теоретичара је сагласна да се судови односе према нормама насталим у управносудској пракси као да су законске норме по којима се обавезно мора поступати. Потребно је нагласити да је управносудски систем наше земље још увијек недовољно развијен, с мноштвом недоречености и празнина које у пракси отежавају рад судова. У таквим околностима, судови у управном спору, по логици ствари, имају значајнију улогу у процесу тумачења правних норми и попуњавања законских и правних празнина.

Судска пракса настала у управним споровима битно је утицала на подизање нивоа стручности управносудских кадрова а својим ауторитетом и аргументованошћу знатно је допринијела побољшању и стабилизацији управносудског поступка.

Другим ријечима, управносудска пракса није сматрана формалним извором права али је имала несумњиву улогу и важност у управном спору.

## 2. УПРАВНОСУДСКА ПРАКСА КАО ИЗВОР УПРАВНОСУДСКОГ ПРАВА

Управносудска пракса може постати извор управносудског права у оним случајевима у којима судија има релативну слободу у рјешавању управних спорова. Та слобода је неспорна када судија рјешава случај који није предвиђен у правним прописима. Већина правних теоретичара се слаже да у случајевима постојања правних празнина и њиховим рјешавањем од стране суда у управном спору настају опште правне норме судског поријекла. Извјесни аутори неоправдавано поричу могућност да управносудска пракса постане извор управносудског права у оваквим ситуацијама. То порицање нема основа, јер норме с недовољно одређеним појмовима дају судији у управном спору само опште упутство за рјешавање конкретне спорне ситуације. У таквим ситуацијама судија има пуну слободу да прецизира значења ових појмова сход-

но обиљежјима конкретног управног спора. Судије у примјени норми које садрже недовољно одређене појмове имају велики степен слободе. Та слобода је толико велика да готово брише сваку разлику између судијског попуњавања празнина и утврђивања садржине недовољно одређених појмова.

За разлику од англосаксонског права, у европскоконтиненталном праву једна судска пресуда представља обавезни прецедент у управном спору само изузетно. То ће бити једино у случајевима када је судску пресуду донио највиши суд у земљи. Врховни судови у модерним европским земљама поштују сопствене прецеденте и ако не постоји правни пропис који их обавезује да у новом спору једнако пресуди као и у претходном управном спору исте врсте. Због положаја врховног суда као сувереног тумача закона, нижи судови се према њиховим пресудама односе као према општеобавезним законским нормама. Слично дејство имају прецеденти врховних судова и према грађанима. Међутим, врховни судови нису апсолутно вјерни својим прецедентима и од њих одступају углавном не зато што су измијенили своје првобитно правно мишљење, већ због промијењених друштвених околности које изискују нова правна рјешења. Врховни судови налазе за потребно да готово увијек укажу на разлоге напуштања сопствених прецедената. Наиме, сва модерна европска позитивна права предвиђају нарочити поступак уколико једно одјељење врховног суда жели да напусти већ изражено правно схватање другог одјељења. Кад се има у виду и чињеница да се у пракси управног спора поштују прецеденти врховног суда, не постоји стварни разлог да им се не призна својство секундарног извора управносудског права. Овдје треба истаћи да обавезну снагу нема управносудска пракса у цјелини. Значај управносудског правила могу стећи једино образложења као обавезни дио управносудске праксе која садрже разлоге за доношење одлука и правни принципи који су примијењени при рјешењу конкретних случајева. У англосаксонском праву обиљежава се термином ratio decidendi, који би се могао прихватити и за друга права и превести као разлог за доношење одлуке.

Поред одлука највишег редовног суда у земљи, у европскоконтиненталном правном систему својство прецедента у управносудском праву могу стећи и пресуде уставних судова. То проистиче из саме природе управносудске правне ствари јер није могуће да општи правни пропис буде незаконит у једном а законит у другом случају. У теорији и управносудској пракси готово да нема спора о томе да ли пресуда

уставног суда има прецедентно дејство у управном спору. Иако постоје одређене специфичности у доношењу пресуда уставних судова, чини нам се претјерана тврдња о пресуди уставног суда као законодавном акту. Како и ове пресуде носе санкције, постоји потреба њиховог увртавања у управносудске акте. На тај начин неспорно је да пресуде највиших редовних судова и одлуке уставних судова могу стећи својство прецедента у управном спору и у европскоконтиненталном праву. Овде је потребно нагласити да је за европскоконтинентално право карактеристично да се као извор управносудског права не јавља једна, већ више сагласних пресуда којима су ријешена истовјетна правна питања. Управносудска пракса на тај начин се ствара постепено, и у њену дефиницију обавезно се мора унијети елемент понављања и сталности. Сталност значи да је управносудска пракса општа и да су се о њој изјаснили различити степени судске хијерархије. Потребно је да се одржи одређени временски период и да је судови у управном спору прихватају слободно, без протеста и оклијевања. Сами разлози због којих судови то чине нису релевантни. Значај управносудске праксе у модерним правним поредцима најбоље се види по томе што јој је општепризнат ауторитет у области управног спора. Разлике постоје само у чињеници што аутори истих или сличних гледишта извлаче супротне закључке о томе да ли она представља секундарни управносудски правни извор или само ауторитет у праву. Према нашем мишљењу, управносудској пракси треба признати квалитет секундарног управноправног извора, јер се кроз њу и преко ње стварају општеобавезне правне норме у области управног спора. Као централни проблем остаје утврђивање основа обавезности управносудске праксе као секундарног извора управносудског права.

## 3. СНАГА УПРАВНОСУДСКЕ ПРАКСЕ

У европскоконтиненталном праву, управносудска пракса нема формалноправну обавезну снагу за будућност. Исти или други судија правно је слободан да у оквиру управног спора од ње одступи и у потпуно идентичним ситуацијама. Потребно је нагласити да судије то ријетко чине и, рјешавајући у управном спору, примјењују правила настала у управносудској пракси као да су законска. Та чињеница утиче и на однос правних стручњака и грађана према нормама управносудског порјекла. Непоштовање норми насталих у управносудској пракси повла-

чи за грађане исте правне посљедице као и повреда закона. Због тога је потребно утврдити основ обавезности управносудске праксе као извора права. Рјешење овог проблема одређено је како гледиштем о појму управног спора тако и схватањем правне природе управносудске праксе као извора права. Уколико се појам управносудског права искључиво посматра као позитивно право донијето од стране државе, а управносудска пракса схвата као секундарни правни извор, основ за обавезност норми управносудског поријекла може се тражити само у ауторитету судова као органа јавне власти. Ову чињеницу с правом истичу бројни аутори, указујући на то да је државна власт јединствена а да је само њено вршење подијељено на законодавне, управне и судске органе. Сви су ови органи овлашћени на доношење правних норми, а разлике постоје само у погледу врсти норми које доносе. Законодавни органи су овлашћени да директно доносе опште, а судски и управни органи појединачне правне норме. Међутим, није и не може бити апсолутно позитивноправно искључена могућност индиректног стварања општих правних норми судским и управним актима. То посебно важи за судове као суверене тумаче закона, који су надлежни да одреде право значење правних норми. Важење и правна снага правних норми првенствено зависи од могућности органа државне власти да обезбиједи санкцију нормама које доноси. Према томе, карактер општих правних норми имаће све норме које судови ефективно примјењују при рјешавању неодређеног броја истоврсних случајева у оквиру управних спорова. Основ обавезности општих правних норми управносудског поријекла налази се у принудности и ефикасности управно судске власти. То посебно долази до изражаја кад се непосредно једном пресудом врховног или уставног суда ствара општа правна норма за регулисање свих идентичних управносудских случајева. Овлашћење за укидања пресуда омогућава врховном суду да своја правна схватања ефикасно намеће нижим судовима који рјешавају у оквиру управних спорова. Ово не значи да ће свака пресуда врховног суда па и када је донијета за случај који представљају правну празнину бити општеобавезни управносудски прецедент. Понекад пресуда врховног суда наилази на енергичне отпоре нижих судских инстанци који одлучују у оквиру управних спорова. У таквим случајевима је потребно више истовјетних управносудских пресуда врховног суда како би се прихватило у њима садржано правно схватање. Ставови врховног суда изражени у пресудама ријетко имају искључиви карактер. Наиме, када врховни суд разматра недовољно проучена правна питања, обич-

но се уздржава од строгог формулисања принципа како не би себи везао руке за будућност. У таквим ситуацијама пресуде се често доносе с подвојеним мишљењима судија. То представља јасан знак да је могућ преокрет и да за такве случајеве неће бити довољна једна пресуда да би се створило општеобавезујуће правило. Пресуда мора по својој природи бити таква да се из ње са сигурношћу може закључити да представља коначно мишљење врховног суда о спорном управносудском питању. Потребно је нагласити да се основ обавезности правних норми судског поријекла у оквиру управног спора не огледа у дуготрајности њиховог поштовања, већ у ауторитету судова као органа јавне власти, и његовим овлашћењима у хијерархијски уређеном управносудском поступку.[1]

## 4. ПРЕОБРАЖАЈ УПРАВНОСУДСКЕ ПРАКСЕ

Специфичност управносудске праксе у европскоконтиненталном правном систему јесте и начин престанка њихове обавезне снаге. Довољна је понекад једна пресуда за укидање правног принципа формулисаног у управносудској пракси. Уколико је тај принцип утврђен једном пресудом, укида се редовно новом прецедентном одлуком врховног суда супротне садржине.

Врховни суд је само теоријски слободан да у оквиру управног спора увијек поступи на наведени начин. Као што смо већ указали, постоје и правна ограничења те слободе. Ово се не односи у правилу на ситуацију када исто одјељење врховног суда жели да одступи од своје прецедентне одлуке, већ само на случај када то тежи да учини друго одјељење врховног суда.

Управно одјељење које жели да одступи од сопственог управносудског прецедента чини то врло опрезно, тражећи често да се у томе изјасни и на сједници одјељења или пленуму врховног суда. Такав поступак је логичан, јер је циљ осигурање униформне примјене права у оквиру управног спора. Због тога је очекивано да управно одјељење врховног суда неће олако прелазити преко својих јавно изречених правних мишљења. Ово је омогућило да изабрани облик правне регулативе у надлежности врховном суду буде значајно средство за уравнотежено

[1] M. Walине је развио учење да, уколико изостане реакција законодавца на правила настала у судској пракси, то се има сматрати њиховом прећутном потврдом. *Le pouvoir normatif de la jurisprudence*, Зборник Scelle, Париз, 1950, стр. 260.

остваривање правне сигурности и правичности у оквиру управног спора.

Наиме, врховни суд је обавезан да поштује своје раније одлуке при рјешавању истовјетних управносудских питања, али и истовремено овлашћен да од њих одступи из оправданих разлога.[2] Кад врховни суд новим управносудским прецедентом укида стари, редовно наводи разлоге како ни би била угрожена правна сигурност. У највећем броју случајева разлог замјене старих правила новим промијењени су друштвени управносудски односи. Рјеђи је случај да се узроци укидања прецедената налазе у погрешној примјени материјалног права.

Потребно је нагласити да и нижи судови могу бити иницијатори за укидање управносудског правног става врховног суда. Наиме, врховни суд ће бити приморан да напусти сопствени управносудски прецедент зато што уважава правну аргументацију нижих судова или због њиховог противљења да се приклоне његовим правним схватањима. Овај други случај је карактеристичан више за федералне него за унитарне државе. То је посљедица природе и овлашћења који имају врховни судови у управном спору организованом на федеративним основама.

Једном пресудом врховног суда којим је одлучено у управном спору може се укинути не само раније постојећи правни став већ изазвати и пореображај управносудске праксе. Остали судови у оквиру управних спорова, иако нису правно обавезни, у правилу прихватају ново правно схватање врховног суда, што води формирању нове и укидању старе управносудске праксе. Кад се нова управносудска пракса устали, судови у управним споровима ће поштовати насталу норму као обавезано правно правило. Константном управносудском праксом не уноси се само сигурност у правни поредак, већ се и управносудско законодавство и управни спор чине гипким, што представља један од њених основних задатака.[3]

## 5. ОДНОС СУДСКЕ ПРАКСЕ И ЗАКОНА

Закон представља најважнији примарни извор права и други правни извори стоје према њему у одређеним односима зависности. По-

[2] Иако се правни прописи који регулишу надлежност врховног суда у појединим државама разликују, уочљива је тежња да се онемогући брзоплето напуштање донијетих одлука, што је утицало на настанак и судске праксе.

[3] Б. Кошутић, *Пресуда као извор права*, Београд, 1973, 137–145.

требно је нагласити да се законом не могу искључити остали секундарни извори права, али се може ограничити њихова садржина и границе њиховог важења. То ограничење најчешће је изричито одређено у самом закону, али може да проистиче и из његове садржине. Остали секундарни правни извори не смију прелазити границу утврђену садржином самог закона, што посебно важи за управносудску праксу. Судови су у правилу позвани да у управним споровима примјењују законе. У случајевима неодређености или недостатка законских одредаба, судија мора имати у виду исте правне разлоге као и законодавац. Ово практично значи да није дозвољена управносудска пракса contra legem већ само евентуално praeter legem.

Потребно је нагласити да управносудска пракса не смије противрјечити закону, због чега је искључена могућност да својство извора права стекну незаконите пресуде и у њима формулисани правни принципи. Због вишег мјеста које има на хијерархијској љествици, законом се може укинути опште правно правило утврђено у ставовима врховног суда и изазвати промјена устаљене управносудске праксе. Ово значи да судија има много мања овлашћења од законодавца. Док је законодавац правно слободан да ствара правне норме, судија је увијек ограничен у свом законодавном раду принципима и духом позитивног права. Ова ограничења остављају судији у управном спору релативно широк простор за слободу стваралаштва, али су ипак довољна да истакну његову подређеност законодавцу. Та подређеност судије законодавцу није увијек иста и зависи од степена апстрактности правних норми односно од врсте правних празнина. Уколико су норме у оквиру управног спора апстрактније, а празнине обимније, судијска слобода је већа, и обрнуто.

Из ове детерминисаности судије као законодавца духом и принципима позитивног права проистиче супсидијерност управносудске праксе као извора права у односу на закон. Она треба да допуни закон у случају да се у управном спору појави правна празнина, и да прилагоди садржину његових норми стално промјењивим друштвеним односима.

Ова улога управносудске праксе врло је значајна јер пружа већу извјесност у примјени права, а закон чини гипким и вјечним. Наиме, управносудском праксом се често законским нормама дају значења која оне нису имале у тренутку њиховог доношења, али која одговарају новонасталим друштвеним односима. Та значења објективно су садржана у тексту закона и судија их, судећи у управном спору, само објелодањује,

што представља горњу границу судијске слободе. Судија највише може да тумачи правну норму мимо али не и против закона.

Управносудска пракса према закону има не само супсидијарно већ и ретроактивно дејство. За разлику од закона који се доноси унапријед, прије него што су се десили случајеви на који се односи, управносудска пракса уобличује опште правно правило након конкретних случајева који су били предмет судског рјешавања у оквиру управног спора. Дакле, предмет судске функције је рјешавање конкретних спорних случајева а не директно стварање општих правних норми.

Опште норме управносудског поријекла настају изненадно и то при рјешавању конкретних случајева. Тако настале опште норме примјењују се ретроактивно на случај који је био повод за њено доношење. Дакле, закон стиче својство секундарног правног извора самим моментом ступања на снагу, док ће управносудска пракса постати извор права тек када буде примијењена на рјешавање конкретних случајева у оквиру управног спора.

Да би се управносудском праксом створила општа правна норма, потребно је да се једном ријешени случај у оквиру управног спора понови и да се тај правни принцип садржан у прецеденту потврди у управном спору од стране истог или неког другог суда.

Ово нарочито важи за случај када једна пресуда није довољна за заснивање општеобавезног правила, већ се захтијева множина сагласних управносудских пресуда. Опште правно правило судског поријекла не може бити у супротности са друштвеном стварношћу, чиме се искључује могућност рјешавања друштвених односа у управним споровима на дијаметрално супротан начин.

Ако би се тако нешто дешавало у управносудској пракси, био би то сигуран знак да је старо правно правило престало да важи. Непримјењивање управносудског правила увијек за посљедицу има престанак његове обавезности. Важење и ефикасност нераздвојно су повезани код управносудске праксе, док закон важи и кад није ефикасан, ако представља дио важећег правног поретка.

## 6. ПРЕДНОСТИ УПРАВНОСУДСКЕ ПРАКСЕ

Значај управносудске праксе огледа су у њеној гипкости и у бољој адаптираности конкретним управносудским ситуацијама. Ово из раз-

лога што управносудска пракса настаје тек са настанком управног спора, а то даје могућност свестраног разматрања свих правно релевантних чињеница и избора најбољег рјешења. Ова могућност не постоји при доношењу закона јер се њиме настоје предвидјети спорне ситуације, при чему се полази од типичних а не конкретно датих друштвених односа. Судија у оквиру управног спора може брже од законодавца да увиди застарјелост појединих закона и да за њих брже изнађе нова и правилнија рјешења. Поступак доношења закона врло је спор, тако да само суд може слиједити брзи ритам друштвеног живота, што је главна одлика управносудске праксе.

Због своје апстрактности и релативно тешке промјенљивости, закон може због неадекватности својих рјешења представљати кочницу за даљи развој тих још недовољно уобличених управносудских односа. Стога, управносудска пракса у оквиру управног спора јавља се као нека врста нужности, потребна да се регулисање спорних друштвених односа препусти нормативној дјелатности управносудских субјеката.

Управносудска пракса је погодно средство за остварење тог задатка првенствено због лаког одступања од у њој утврђеног општег правног принципа. Ова еластичност управно судске праксе омогућава да се усвојено рјешење у оквиру управног спора напусти чим се увиди да оно није више погодно за регулисање датих управносудских односа. Сем тога, рјешења до којих се долази кроз судску праксу у оквиру управног спора служе законодавцу као нека врста експеримената за одабир најбољег правца правне регулативе конкретних управносудских односа.

Законодавац често користи стечена искуства у судској пракси у оквиру управног спора и прихваћена рјешења само уграђује у чланове појединих закона. То је и потврда веће адаптираности управносудске праксе у друштвеном животу од закона, али се из тога не може извести закључак о потреби да управносудска пракса замијени закон као основни извор управносудског права и у европскоконтиненталном правном систему. Иако неспорно доприноси правној сигурности и једнакости, да би се извео правилан закључак о стварном значају управносудске праксе на управни спор и управно законодавство потребно је, поред неспорних предности, испитати и њене евентуалне недостатке.[4]

[4] Б. Кошутић, 148.

## 7. НЕДОСТАЦИ УПРАВНОСУДСКЕ ПРАКСЕ

Потребно је нагласити да управносудска пракса, поред многих предности, има и одређених недостатака. Ови недостаци огледају се првенствено у специфичном начину настанка управносудске праксе. Циљ управносудске праксе је рјешавање конкретног спорног случаја поводом кога се води управни спор а само индиректно и то под одређеним условима може створити општу управносудску норму. Та околност може неповољно утицати на прихватање истог правног принципа у оквиру управног спора а при рјешању другог идентичног спорног управносудског случаја.

Овдје је потребно нагласити да конкретни случајеви у оквиру управног спора нису никад у потпуности истовјетни, а судије слободно оцјењују значај појединих елемена. Ова чињеница често доводи до тога да оцјене битних елемената за рјешење идентичних управносудских спорова могу бити доста различите. Кад се томе дода да сваки судија у управном спору има своје осјећање правде помоћу кога покушава да у оквиру постојећих правних прописа ријеши конкретан спор, постаје очигледна опасност универзалне примјене од њега раније прихваћеног управносудског принципа.

Судије у управним споровима често су склоне да прво донесу одлуку за конкретни управносудски спор, а да тек онда траже правну норму односно правни принцип за образложење и оправдање те одлуке. Недостатак управносудске праксе огледа се првенствено у њеној усмјерености на конкретне случајеве.

Наиме, тек кад се јави спор између странака и оне се обрате суду и покрену управни спор, објективно може доћи до расправе и рјешења спорне управносудске ситуације. Због овога велики број управноправних односа остаје изван сваке регулативе суда, тако да право створено кроз управносудску праксу никад не може бити потпуно и самодовољно. Сем тога, да би настала управносудска пракса, потребан је и одређени временски период. У правилу, потребно је да прође више година да спорни случај стигне пред врховни суд и да он о њему заузме одређено правно становиште.

Овдје је потребно посебно нагласити да и већ оформљена управносудска пракса испољава одређене слабости. Оне се огледају првенстве-

но у релативној неодређености и несигурности управносудске праксе. У правилу, утврђивање правог значења правних норми судског поријекла насталих у оквиру управног спора много је теже од тумачења закона. Може се с правом закључити да је само правним стручњацима доступно сазнање ових правила утврђених управносудском праксом, док су обични грађани њега у правилу лишени.

На правну несигурност утиче и чињеница што се не може предвидјети вријеме преображаја управносудске праксе. Преокрет управносудске праксе опаснији је него промјена закона, јер судови, мијењајући своју досадашњу управносудску праксу, стварају нове опште норме које имају ретроактивно дејство. Када се узму у обзир изнијети недостаци управносудске праксе, произилази да је закон погоднији средство за регулисање управноправних односа и остварење правне сигурности и заштите права и слобода грађана у оквиру управног спора.[5]

При доношењу оваквог закључка у обзир су узете и чињенице да у друштву, па и у оквиру управног судства, постоји самовоља и корупција и да на њих ни судије нису у потпуности имуне. Дакле, у европскоконтиненталном правном систему, и поред наведених недостатака, значај управносудске праксе непрестано расте имајући првенствено у виду имплементацију хуманитарног права и приближавања англосаксонском правном систему, због чега се управносудској пракси не може порећи квалитет секундарног извора управносудског права.[6]

## 8. ЗАКЉУЧАК

У модерној правној теорији није више спорно да судија, рјешавајући у управним споровима, има извјесну самосталност у примјени права. И поред одређених контрадикторних мишљења, већина теоретичара је сагласна да се судови односе према нормама насталим у управносудској пракси као да су законске норме по којима се обавезно мора поступати.

Потребно је нагласити да је управносудски систем наше земље још увијек недовољно развијен, с мноштвом недоречености и празнина које у пракси отежавају рад судова.

Стога, управносудска пракса у оквиру управног спора јавља се као нека врста нужности, потребна да се регулисање спорних друштвених односа препусти нормативној дјелатности управносудских субјеката.

[5] Р. Лукић, *Увод у право*, стр. 231.

[6] Б. Кошутић, 146–149.

То је и потврда веће адаптираности управносудске праксе у друштвеном животу од закона, на основу чега се може извести закључак о потреби да управносудска пракса у одређеном дијелу замијени закон као основни извор управносудског права и у европскоконтиненталном правном систему.

**Goran Branković,**
**M.Sc. Economic school.**

***Abstract:*** *Despite some contradictory opinions, the majority of scholars agree that the courts apply to the standards created in the Administrative practice as to the legal norms that must be handled. It should be emphasized that the administrative judicial system of our country is still underdeveloped, with many ambiguities and gaps that impede the practice of courts. It is therefore essential that the case law amends the law if there is a legal loophole in the administrative dispute, and adjust the content of its rules to constantly changing social relations. That is also a proof that administrative court practice has adapted to social life to higher extent than the law. To draw a conclusion, there is a need for replacement of the law with constitutional judical practice in some parts as the main source of law governing common law and European-continental legal system.*

***Keywords:*** *Jurisprudence, sources of law, legal loopholes, administrative judicial norms.*

УДК 35

# УПРАВНОПРАВНИ АСПЕКТ НАЧЕЛА СРАЗМЕРНОСТИ И ЗАШТИТЕ ЛЕГИТИМНИХ ОЧЕКИВАЊА

**Мр Зоран Филиповић***

***Апстракт:*** *У процесу придруживања Србије Европској унији значајну улогу заузима и хармонизација домаћег управног права са правом Европске уније. Пракса Европског суда правде је веома важна у дефинисању општих начела уније, при чему начела сразмерности и заштите легитимних очекивања све више добијају на значају. Ова начела су у управном праву Србије релативно нова, а домаћа правна теорија и пракса се до сада њима нису значајније бавиле. Због тога постоје бројне недореченост и недоумице у њиховом теоријском схватању и практичној примени. Правилно разумевање ових начела, њихово прецизно појмовно и садржинско дефинисање нужно је за остварење принципа „квалитетне управе“ (good administration).*

***Кључне речи:*** *начело сразмерности, начело заштите легитимних очекивања, Европско право, квалитетна управа.*

## 1. Уводне напомене

Србија је добијањем статуса кандидата и отпочињањем преговора за прикључење Европској унији преузела обавезу да свој правни систем усклади са правом Уније. Један од битних принципа Уније је да грађани имају право на „квалитетну управу“ (*good administration*). Најважнија начела „квалитетне управе“ могу се условно поделити на материјална и процесна.[1] У материјална начела ЕУ спадају: начело законитости, на-

* **мр Зоран Филиповић, генерални секретар Вијећа народа Републике Српске.**

[1] Александра Рабреновић, *Начела„квалитетне управе“у праву Европске уније*, Јавна управа,

чело пропорционалности, начело једнакости (забране дискриминације) и начело заштите легитимних очекивања и конзистентности. При томе, начело сразмерности (пропорционалности) и начело заштите легитимних очекивања добијају све већи значај.

## 2. Управни систем Европске уније

Правна правила која регулишу поступање управних органа у Европској унији нису кодификована у једном акту, већ имају различите изворе, што значајно отежава њихово утврђивање, а самим тим и њихово систематизовање и једнообразност управног поступка.[2] Правна правила управног поступка изводе се из одредаба Оснивачких уговора, те из других извора примарног права Уније, затим из бројних уредаба и препорука које чине секундарно право.[3] Раније је наведено да су у недостатку правних прописа, нека важна правила формулисана у облику општих правних начела која произилазе из културе чланица и рефлексија су основних вредности на којима се темеље правни системи држава чланица.[4] Управно право Европске уније не формира се доктринарним или легислативним путем, него у процесу постепеног обликовања физиономије управног права Европске уније, при чему је веома битна улога Европског суда за људска права,[5] али прије свега Европског суда правде.[6]

Европски суд правде[7]значајно учествује у дефинисању великог броја начела управног права која су заједничка за земље чланице, при чему су материјална начела управног права у највећем броју случајева

бр. 1/2002, Савет за државну управу, Београд 2002. стр. 157; Ауторка наводи с обзиром да материјална начела „квалитетне управе" представљају у највећем броју случајева општа начела ЕУ, управноправна наука није до сада дала прецизан одговор на питање да ли су ова начела у суштини начела управног права или се ради о општим принципима уставног права.

[2] Дарио Ђерђа, *Правила управног поступка у еуропском праву*, Правни факултет Свеучилишта Ријека (1991) в. 33. бр. 1, 109–144, 2012, стр. 117.

[3] Исто.

[4] Стеван Лилић: *Европски суд правде и управно право Европске уније;* Правни капацитет Србије за европске интеграције, Правни факултет, Београд 2007, стр. 22–36.

[5] О томе види: Зоран Лончар, Дејан Вучетић, *Принцип сразмерности у европском и српском праву, управноправни аспекти*, Часопис за друштвене науке„Теме", стр. 1617–1642, Ниш 2013. http://www.teme.junis.ni.ac.rs/teme4-2013/teme%204-2013-07.pdf (јануар 2014)

[6] Стеван Лилић, Катарина Голубовић, *Европско управно право*, Правни факултет, Београд 2011, стр. 58.

[7] Званични назив суда је Суд правде Европских заједница са сједиштем у Луксембургу, а познат је под различитим називима: Европски суд правде, Суд правде, Суд Европске уније.

и општа правна начела Уније. Позивањем на ова општа правна начела могу се оспоравати, како појединачне одлуке, тако и опште одлуке органа Уније. Наиме, општа правна начела представљају обавезујућа правна правила која су судови дужни да примењују без обзира на то да ли на њих изричито упућују оснивачки уговори.

У теорији је присутан став да у материјална начела поред начела законитости и начела једнакости, односно забране дискриминације, спадају и начело пропорционалности, и начела заштите легитимних очекивања и конзистентности.[8]

Начело сразмерности, историјски гледано, једно је од новијих начела у правним системима многих чланица Европске уније, које је међутим већ одавно присутно у праву Уније, и као такво „...је једно од ријетких правила која се примјењују на вођење управног поступка, а изричито је прописано у Оснивачким уговорима.“[9] У складу са чланом 5, став 4. Уговора о Европској унији, садржај и облик мере који предузима нека институција или тело Уније не сме премашити оно што је нужно за постизање циља Уговора.[10]

Такође и Савет Европе својом Препоруком ЦМ/РЕЦ (2007)7 о доброј управи налаже свим телима која воде поступке да у поступању и одлучивању увек поштују начело сразмерности. Ова тела могу одредити мере које утичу на права и правне интересе странака само када је то нужно и у мери која је неопходна да би се постигао циљ прописан законом. То значи да ова тела требају водити рачуна о равнотежи између штетног учинка које њихова одлука може имати на права или интерес(е) појединаца и сврхе коју предузимањем те радње требају остварити, а нарочито приликом одлучивања слободном оценом.[11]

Начело сразмерности у раду управе, утврђено је и Европским кодексом доброг управног поступања. Наиме, службеник треба обезбедити да све предузете мере буду сразмерне сврси која се треба постићи у поступку, због чега институције и тела Уније треба нарочито да избегавају ограничавање права или наметање обавеза појединцу, када год ово ограничење или обавеза није у разумном односу са сврхом коју налаже материјални пропис којим се решава управна ствар.[12] То даље значи да

[8] Стеван Лилић, Катарина Голубовић, *Европско управно право*, Правни факултет, Београд 2011, стр. 64. и 65.

[9] Д. Ђерђа, н. д. стр. 135.

[10] Исто.

[11] Исто, наводи члан 5. Препоруке ЦМ/РЕЦ (2007)7 о доброј управи.

[12] Исто.

приликом одлучивања службеник треба поштовати правичну равнотежу између интереса приватне особе и општег јавног интереса“.[13]

Као што је то и наведено, да би легитимна очекивања грађана могла бити задовољена, органи Уније морају доносити конзистентне управне одлуке, а начело конзистентности треба да је уско повезано са начелом једнакости, те да повреда једног у правилу представља и повреду другог. Ипак, за разлику од начела законитости, пропорционалности и једнакости, повреда начела заштите легитимних очекивања и конзистентности често не представља довољно јак основ за оспоравање одлука Уније.[14]

У пракси Европског суда правде заштита стечених права улази у садржај начела правне сигурности као општег начела права којем суд пружа заштиту.[15] Заштита легитимних очекивања уско је повезана са заштитом стечених права и представља један аспект начела правне сигурности. У немачкој доктрини примењује се начело заштите легитимних очекивања, а у неким другим чланицама Уније, као што су Француска[16] и Италија,[17] развијена је заштита стечених права. Иако су оба начела с једнаком важношћу призната у пракси Европског суда правде, тешко је повући јасну разлику између концепта стечених права и легитимних очекивања странака.[18] Међутим, то више одражава уважавање различитости правних система и традиција држава чланица Уније од стране Суда, него становиште да су то два потпуно одвојена концепта. Због уске повезаности заштите стечених права и лемитимних очекивања странака у теорији се они најчешће разматрају заједно.[19]

Према начелу пропорционалности управа може грађанима наметати обавезе само до границе која је неопходна да се постигне сврха одређене мере. То значи да усвојене мере морају бити пропорционалне циљевима који се желе постићи. Овај принцип први пут је уведен

[13] Исто, (наводи члан 6. Кодекса доброг управног поступања).

[14] А. Рабреновић, *н. д.* стр. 165.

[15] Марко Шикић, Лана Офак: *Нова начела управног поступка с посебним нагласком на размјерност, легитимна очекивања и стечена права*, Зборник Правног факултета у Ријеци, (1991) в. 32. бр. 1, 127-153, Ријека 2011. стр. 138; према: J.Schwarze, *European Administrative Law*, Office forOfficial Publications of the European Communities, Sweet and Maxwell, London 2006, стр. 886.

[16] Исто, према: J.Schwarze, н. д.(биљ. 44), стр. 874.

[17] Исто, према: J. Schwarze, н. д. стр. 917.

[18] Исто, према: J. Schwarze, н. д. стр. 954.

[19] Исто, према: J.Schwarze, н. д.(биљ. 44), стр. 867-1172; према:Schønberg, Søren, *Legitimate Expectations in AdministrativeLaw*, Oxford University Press, New York 2000.

у Право Европске уније одлукама Европског суда правде. У том смислу наводимо познати случај *Liselotte Hauer v. Land Rheinland-Pfalz*,[20] у којем је тужитељка, *Liselotte Hauer*, поднела тужбу Европском суду правде за поништење одлуке којом је одбијен њен захтев за узгајање винограда на земљишту у области *Bad Dukheim*. Њен захтев одбијен је на основу Регулативе Европског Савета бр. 1162/76, којом су усвојене мере за прилагођавање капацитета узгајања винограда тржишним условима. Чланом 2. Регулативе забрањује се давање дозволе за узгајање нових винограда у периоду од три године. Након испитивања чињеничног стања, Европски суд правде заузео је становиште да није дошло до несразмерног и недопуштеног задирања у право својине тужиље, и да, стога, начело пропорционалности није нарушено. Сходно томе, суд је тужбу одбио.

Суд је у својој одлуци у овом случају дефинисао начело пропорционалности на следећи начин: „Рестриктивне мере које Европска заједница предузима морају бити у сразмери са општим интересом Заједнице, при чему, имајући у виду циљ који се жели постићи, оне не смеју несразмерно и недопуштено задирати у субјективна права грађана“.[21]

Суд Европске заједнице се руководио се начелом сразмерности и у случају *Rutili v. Ministre de I Interieur*[22] и случају *R v. Bouchereau,*[23] констатујући тим поводом у својој одлуци да се дерогација принципа слободног кретања радника може прихватити само у случајевима који представљају стварне и озбиљне претње државној политици, па чак и да тада донесена мера мора бити рестриктивна у најмањој могућој мери у датим околностима.

Сразмерност у доношењу одлуке је разрађена и у другим пресудама Европског суда правде.[24] Суд у својим одлукама констатује да јавна власт не сме одредити обавезе појединцима осим оних које су у јавном интересу нужне како би се остварила сврха прописа Уније, тако да се за спровођење начела сразмерности, у сваком конкретном случају морају тврдити разумна веза између средства које се користи и циља који треба постићи. Она захтева да буде очигледно како ће мера која се одређује остварити циљ, те да терет који се намеће одређеном појединцу буде у

[20] Случај 44/79, *LiselotteHauer v. Land Rheinland-Pfalz*, (1979), Е.Ц.Р., стр. 3728.

[21] С. Лилић: *Европски суд правде и управно право Европске Уније*, н.д.; исто.

[22] Случај 36/75 *Rutili v. Ministre de I Interieur* (1975.), Е.Ц.Р. стр. 1219.

[23] Случај 30/77 *R. v. Bouchereau* (1977.), Е.Ц.Р. стр. 1999.

[24] Д. Ђерђа, н. д. стр. 135. наводи случај 5/73, *Balkan-Import-Export GmbH v. Hauptzollamt Berlin-Packhof*, (1973.), Е.Ц.Р., стр. 1091; Случај 114/76, *Bela-Mühle Josef Bergman v. Grpws-Farm*,(1977.), Е.Ц.Р. стр. 1211.)

складу са јавним интересом. Дакле, институције и тела Уније и држава чланица су дужна да се уздрже од сваке радње која ће имати ефекат супротан ономе који је прописан законом, јер ће у противном прекршити своја управна овлашћења. Сразмерност посебну важност добија у случајевима дискреционе оцене, те у ситуацијама када постоји директан сукоб између права странака и јавног интереса.[25]

У погледу заштите легитимних очекивања, пракса Европског суда правде је оскуднија у односу на разраду других начела. У случајевима који се тичу односа Уније и њених службеника, као нпр. у случају *Lauwage v. Commission,*[26] Суд је, испитујући валидност интерног управног прописа, стао на становиште „...да неконзистентна примена, односно измена интерних, правно необавезујућих аката без ваљаног основа, доводи до повреде конзистентности управног понашања, а тиме и до повреде начела једнакости. Пошто се интерним управним прописом установљава одређена пракса управног понашања, управа не сме одступати од дате праксе уколико нема ваљан разлог за то.“

Међутим, кад је у питању везаност органа управе Уније својом претходном управном праксом, Суд правде нема конзистентан став. У великом броју предмета Суд је одбацио принцип везаности органа управе претходном управном праксом, али је у случају *Riw-Schelde-Velme v. Commission*,[27] ипак ...“узео у обзир легитимна очекивања странака, заснована на претходној управној пракси, и тиме признао могућност примене начела конзистентности када је управна пракса у питању.“[28] Међутим, својим наредним одлукама Суд је поново истрајао на ставу о одбацивању идеје везаности органа управе за њихове претходне одлуке, чиме је онемогућено установљавање начела конзистентности управне праксе као основе за оспоравање одлука Уније.[29] Ипак, у случају *Commission v.Council,*[30] Суд је, позивајући се на заштиту легитимних очекивања, делимично поништио интерни акт Савета којим је промењен режим плата особља, у вези са променом стопе инфлације.

[25] Исто, стр. 135.

[26] А. Рабреновић, н. д. стр. 165. Наводи: случај бр. 148/73 *Lauwage v. Commission* (1974) Е.Ц.Р. стр. 81–89.

[27] Случај бр. 223/85 *Riw-Schelde-Velmev. Commission* (1987) Е.Ц.Р., стр. 461.

[28] Исто, стр. 16; ауторка наводи конкретне случајеве и предмете у којима је одбачена, односно прихваћена идеја везаности управних органа ранијом управном праксом.

[29] Исто.

[30] Случај 81/72 *Commission v. Council* (1973), Е.Ц.Р., стр. 575.

Надаље, Првостепени суд Европских заједница је у предмету *Крафт против Комисије*[31] заузео став да у ситуацијама када се одлуком Комисије само намећу обавезе или се њоме кажњава појединац, Комисија није спречена ставити ван снаге такву одлуку позивањем на заштиту легитимних очекивања и стечених права адресата одлуке.

Случај *Аубин,*[32] иако пример из праксе Државног савета, а не Европског суда правде, због своје репрезентативности ипак заслужује да буде поменут. У овом случају господин Аубин, који је живео и радио на обе стране француско-белгијске границе погрешно је обавештен од стране службеника француских власти да се треба пријавити за накнаду за незапослене особе у Белгији. Када је то учинио, у складу са француским прописима, изгубио је право на пријаву у Француској, а то право није могао остварити ни по позитивним прописима Белгије, нити по прописима Заједнице. Државни савет утврдио је да су француска тела одговорна за Аубинов губитак накнаде. Овакав став о одговорности француских тела заузет је без обзира на чињеницу да је та информација господину Аубину дата само као савет и да је била нејасна тачна интерпретација правила права Заједнице.

Сличан случај је и из праксе Европског суда правде у случају *Ноиуоих против Комисије*[33] у којем је Европски суд правде доделио накнаду запосленици Заједнице због губитка новчане помоћи, до ког је дошло због тога што је она неблаговремено поднела захтев, јер се поуздала у информације из летка Кадровске службе Комисије које су се показале нетачним.

## 3. Управни систем Србије

Дисолуцијом СФРЈ, на простору некадашње савезне државе, настало је шест различитих држава са исто толико правних система.

Све новонастале државе, укључујући и Србију и Црну Гору до њиховог осамостаљења, преузеле су савезни Закон о општем управном поступку, донесен 1956, и то у пречишћеном тексту из 1986. године. Овај Закон је након доношења био допуњаван и мењан четири пута и то 1965, 1977, 1978, і 1986. године. Међутим, овим изменама и допунама основна

[31] М. Шикић, Л. Офак, н. д., стр. 146; *наводи* случај Т-227/95 *Kraft v. Commission,* пар. 91.

[32] *Исто*, стр. 150. *наводи* случај СЕ 20/1-88 *Aubin RDP* (1988), стр. 903.

[33] Исто, наводи случај (176-177/86) *Ноиуоих против Комисије*.

концепција закона и најважније процесне одредбе нису мењани. За све то време основна начела управног поступка су такође остала иста.

У међувремену су у већини ових држава донесени или су у процесу доношења нови закони о општем управном поступку којима би, између осталог, општи управни поступак требало да се прилагоди управном праву Европске уније. Доношењем нових закона велики део раније праксе и научних и стручних радова имаће прије свега правно-историјски значај. ЗУП захтева научну и стручну анализу низа нових процесних института, укључујући и нова начела управног поступка.

Начело сразмерности уграђено је у уставе већег броја земаља, укључујући и Србију.[34] Ово уставно начело је разрађено кроз Закон о државној управи[35] и Закон о полицији,[36] а у Закону о општем управном поступку[37] у највећем делу заступљено је кроз начело заштите права грађана и заштите јавног интереса. Законом о државној управи сразмерност се дефинише кроз обавезу органа управе да у управним поступцима и при предузимању управних радњи користе она средства која су за странку најповољнија, ако се њима постиже сврха и циљ закона.[38] Домаћи теоретичари заступају тезу да је у српском управноправном систему принцип сразмерности, према Закону о општем управном поступку и Закону о државној управи, подређен начелу законитости.[39] У том смислу наводи се да се примена овог принципа своди на обавезу службеног лица органа управе, да (као и код коришћења дискреционог овлашћења), када му закон пружа могућност избора једне од више мера за остварење циља, изабере ону меру која је за странку најповољнија. То даље фактички значи да када службено лице нема избора, односно када му на располагању стоји само једна мера, онда он и није дужан да води рачуна о принципу сразмерности већ ће ту, једину меру применити без обзира на то да ли ће она изазвати штетне последице несразмерне циљу овог закона.[40] Са друге стране, према Закону о полицији у одређивању садржине принципа, неопходно је постојање сразмере између примене

[34] Устав Републике Србије, „*Службени гласник РС*“ бр 98/2006. чл. 20.

[35] Закон о државној управи, „*Службени гласник РС*. бр. 79/2005, 101/2007 и 95/2010.

[36] Закон о полицији, „Службени гласник РС“ 101/2005, 63/09 – одлука Уставног суда и 92/2011.

[37] Закон о општем управном поступку „Службени лист СРЈ“, бр. 33/97 и 31/2001 и „Службени гласник Републике Србије“, бр. 30/2010.

[38] Закон о државној управи, чл. 10. ст. 1.

[39] З. Лончар, Д. Вучетић, н. д. стр. 1638. http://www.teme.junis.ni.ac.rs/teme4-2013/teme%20 4-2013-07.pdf (јануар, 2014.),

[40] Исто.

полицијских овлашћења и интереса због којег се предузимају, те да примена ових овлашћења никада не сме изазвати штету већу од оне која би настала њиховим непримењивањем, а ова нужност постоји и онда кад закон предвиђа само једну меру за остварење циља.[41]

Кад је у питању Закон о општем управном поступку, као што је већ наведено, принцип сразмерности у највећој мери је заступљен кроз начело заштите права грађана и јавног интереса. Ово начело обавезује органе који воде управни поступак да остваре два циља. Прво да заштите права грађана са једне, и јавни интерес са друге стране, и друго, да се старају истовремено о заштити јавног и заштити појединачног интереса.

Домаћи теоретичари истичу да ова два циља делују комплементарно и складно тако што се заштитом права грађана истовремено остварује и заштита јавног интереса.[42] У том случају примена овог принципа није тешко остварива. Али, исто тако, постоје и ситуације када овај општи принцип може бити у колизији, односно да је заштита права појединца у супротности са јавним интересом. У таквом случају, кад су приватни и јавни интерес у колизији, у теорији је неспоран примат јавног интереса. Тако се наводи „да управно извршавање објективног права има за првенствени циљ задовољавање јавних потреба, па тек онда остваривање појединачног интереса који је ангажован у конкретном типу ситуације.“[43] Међутим, овлашћено лице које води поступак дужно је да у току целог поступка води рачуна да не угрози права странке и обавезно је да је упозори на њена права у току поступка, и да јој укаже на правне последице њених радњи или пропуштања у поступку. Уколико се на основу закона странкама у управном поступку налажу обавезе, према њима се примењују прописима повољније мере ако се таквим мерама постиже сврха закона.[44] У том смислу, јавни интереси су оквир, „максимални домет“ заштите приватних интереса, а заштита приватних интереса истовремено је и заштита јавних интереса.[45] „Према томе, управно деловање прати непрекидна преосетљивост јавног интереса... Правни режим којем је подвргнуто решавање у управном поступку и само покретање поступка, затим његово одвијање, у свим фазама,

[41] Исто.

[42] Предраг Димитријевић: *Управно право, општи део*, Правни факултет Ниш, 2012. стр. 311.

[43] Исто.

[44] Саша Перишић:*Организација и принципи инспекцијског надзора* (докторска дисертација), Правни факултет у Нишу, 2010, стр. 202.

[45] Мирјана Рађеновић, *Право општег управног поступка,* Правни факултет Бања Лука, 2004, стр. 31.

укључујући на крају извршење и одговарајућу судску заштиту, подешен је тако да испуни у крајњој линији јавну сврху.“[46]

У циљу отклањања дилеме у погледу значења појма јавни интерес и његовог обима треба разликовати јавни интерес од општег интереса, односно државног интереса. Наиме, теоријски јавни интерес је правна категорија, а општи интерес је више социолошког карактера, док се државни интерес појављује као део јавног интереса.[47] Овде се може извршити класификација ових појмова и према њиховом обухвату, односно обиму. Тако се наводи да је јавни интерес ужи од општег интереса и да је он његов саставни дио, његов конкретан облик, да је државни интерес део јавног интереса, који се у том државном интересу остварује. Међутим, он се у њему не исцрпљује будући да „јавни интерес реализују и недржавни јавно правни колективитети. „Јавни интерес представља друштвену предност која је „антипод“ приватним интересима, али не и „супротан“ са њима, већ треба да их обухвати и настоји да их задовољи.“[48] Имајући то у виду, Нацртом новог ЗУП-а Србије, начело сразмерности предвиђено је као једно од основних начела управног поступка.[49] Истовремено, у домаћој теорији постоје и неслагања са оваквим решењем, првенствено због, како се наводи, недоследности законодавца кад је у питању заштита овог принципа. Наиме, наводи се да је новим законским решењима изостављена ранија конкретна норма којом се ово начело разрађује, односно овлашћење другостепеног органа да измени првостепено решење због несразмерности.[50]

Начело заштите легитимних очекивања није предвиђено као основно начело у управном поступку Србије. Међутим, заштита легитимних очекивања странака уско је повезана са заштитом стечених права која се остварују кроз правоснажност одлуке. Суштина правоснажности је у неопозивости одлуке од стране јавно правног тела, изузев ако је то законом изричито предвиђено. „Поступање носиоца управних овлаштења, при доношењу управних аката, странкама мора да улива сигурност и

[46] П. Димитријевић, н. д, стр. 312.

[47] Исто.

[48] Исто, стр. 312. према Предраг Димитријевић: *Јавни интерес и креативности управне функције*, „Стварање права“, Трећи скуп Југословенског удружења за теорију, филозофију и социологију права, Милочер, Београд 2000, 24-25.

[49] http://www.mpravde.gov.rs/obavestenje/2417/izvestaj-o-sprovedenoj-javnoj-raspravi-o-nacrtu-zakona-o-opstem-upravnom-postupku.php (децембар 2014).

[50] Драган Милков, *Поводом нацрта Закона о општем управном поступку*. Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 1/2013, стр. 93. (Критички став аутора заслужује подробнију теоријску анализу, али то превазилази циљ и обим овог рада).

не сме изневерити њихова легитимна очекивања... Уобичајено, стереотипно поступање органа јавне управе у истим или сличним правним случајевима (управним стварима), даје право грађанима и правним лицима као странкама у управном поступку, да верују да ће се и убудуће управа према њима у таквим случајевима исто односити и да неће бити изненађени наглом променом прописа, која би довела до неочекиваних и евентуалних тежих правних последица.“[51] У теорији је неспорно да је суштина овог принципа у тзв. конзистентности у доношењу одлука од стране управе. Органи управе, приликом одлучивања, својом сталношћу и уједначеношћу поступања у истим или сличним случајевима, обезбеђују поузданост и заштиту легитимних очекивања грађана. Право на заштиту легитимних очекивања грађана као странака у поступку, мора бити заштићено позитивним правним прописима.[52] С тога је, како је наведено у образложењу Нацрта новог ЗУП-а Србије „...због делотворнијег задовољења јавног интереса и појединачних интереса грађана и правних лица у управним стварима...“, између осталог, и начело заштите легитимних очекивања предвиђено као једно од основних начела управног поступка.[53]

## 4. Начело сразмерности

У теорији је заступљен став да принцип „сразмерности“ (*лат*. „*proportionales“)* своје порекло заснива на коренима школе природног права и ране либералне мисли XVII века.[54] Према овом схватању, држава настаје као друштвена заједница у коју појединци улазе како би заједнички штитили своје животе, слободу и имовину, те да је сврха оснивања друштвене заједнице у заштити њихових темељних права, а самим тим и циљеви државе су ограничени сврхом стварања друштвене заједнице.[55] Сразмерност се као позитивноправни принцип, јавила у оквиру пруског управног права у другој половини 19. века и дефинисана је у оквиру тзв. Полицијског права (*Polizeirech*t) које је служило као општи оквир управног права Пруске. Најзначајнију улогу у развоју

[51] П. Димитријевић: *Управно право,* н. д., стр. 323.

[52] Исто, стр. 323.

[53] http://www.mpravde.gov.rs/obavestenje/2417/izvestaj-o-sprovedenoj-javnoj-raspravi-o-nacrtu-zakona-o-opstem-upravnom-postupku.php (децембар 2014).

[54] Марко Шикић, Лана Офак, н. д. стр. 131.

[55] Исто.

овог принципа имао је Врховни управни суд Пруске, који је својим пресудама у великом броју случајева установио незаконитост полицијских мера управо због несразмерности. Временом је принцип сразмерности постао општи принцип, не само управног већ целокупног немачког права, те је делимично или у потпуности преузет и у друге правне системе.[56]

Кад је у питању сразмерност као правило у поступању свих органа Европске уније, она је дефинисана у Уговору о Европској заједници, кроз начело пропорционалности као једног од општих начела Европске уније, којим се заједно са принципом супсидијарности регулишу надлежности Уније. Ово начело обавезује институције Европске уније да чувају пропорционалности између циљева које треба постићи и средстава која се могу користити за њихово постизање, односно да мере које предузимају институције буду у границама оног што је потребно за остварење циљева. Начело пропорционалности налаже и да се Европска унија, када су јој на располагању различита средства, мора одлучити за приступ који оставља највећу слободу државама чланицама и појединцима.[57] Према начелу пропорционалности, управа грађанима може наметати обавезе само до границе која је неопходна да се постигне сврха дате мере. То значи да усвојене мере морају бити пропорционалне циљевима који се желе постићи.[58]

Овај општи правни принцип разрађен је у управном законодавству земаља чланица Уније, али и законодавству Србије. У правном систему Србије принцип пропорционалности (сразмерности) регулисан је и Уставом, којим је предвиђено да су сви државни органи при ограничавању људских и мањинских права дужни „… да воде рачуна о суштини права које се ограничава, важности сврхе ограничења, природи и обиму ограничења, односу ограничења са сврхом ограничења и о томе да ли постоји начин да се сврха ограничења постигне мањим ограничењем права.“[59] Органи управе који воде управни поступак, обавезни су да странкама олакшају заштиту својих права и интереса, али тако да то не буде на штету правних интереса и права других лица, те да никако не сме бити у супротности са законом утврђеним јавним интересима.[60]

---

[56] З. Лончар, Д. Вучетић, н. д., стр. 1622. http://www.teme.junis.ni.ac.rs/teme4-2013/teme%204-2013-07.pdf (јануар, 2014).

[57] http://www.dei.gov.ba/dokumenti/default.aspx?id=5696&langTag=bs-BA(децембар.2014.) Дирекција за еврпске интеграције БиХ, документ – начело пропорционалности (сразмјерности).

[58] Стеван Лилић: *Европски суд правде и управно право Европске уније*; н. д. исто.

[59] Устав Републике Србије, „Службени гласник РС“ бр. 98/2006. чл. 20. ст. 3.

[60] Предраг Димитријевић: *Управно право, општи део*, н. д., стр. 311. и 312.

Међутим, ово начело је у општем управном поступку Србије[61] у највећој мери садржано у начелу „заштите права грађана и заштите јавног интереса“. Њим је обухваћена сразмера између јавног интереса и интереса грађана. Међутим, у управном поступку као странка се појављују не само грађани као појединци, него и државни орган, организација, насеље, група лица и др. који немају својство правног лица, али који могу имати својство странке.[62] Према томе, начело сразмерности односно пропорционалности је, у односу на субјекте које штити, ширег обухвата од начела заштите права грађана и заштите јавног интереса.

Иако се пропорционалност као једно од основних начела у праву Уније у теорији сврстава у материјална начела[63], као што је наведено, овај принцип обавезује органе управе да подједнако штите права странака и јавни интерес у материјалном, али и у процесном смислу.

## 5. Начело заштите легитимних очекивања

Појам легитимних очекивања није до краја дефинисан у правној теорији, а његове се границе још увек истражују и у међународној и у домаћој судској пракси. Начело заштите легитимних очекивања (*Vertrauensschutz*) је такође европско начело преузето из немачке правне традиције, а његов теоријски основ лежи у принципу правне сигурности.[64] Држава грађанима гарантује правни континуитет и сигурност. Они имају право да очекују уобичајено понашање државних институција.[65] Они такође не смеју имати штете због нагле промене прописа који се по уобичајеном току ствари нису могле предвидети. Ово значи да је држава дужна водити рачуна о легитимним правним очекивањима својих грађана, те да је начело конзистентности само други појавни облик принципа заштите легитимних интереса.[66]

[61] Закон о општем управном поступку, „Службени лист СРЈ“, бр. 33/97 и 31/2001 и „Службени гласник Републике Србије“, бр. 30/2010. чл. 6.

[62] Закон о општем управном поступку, „*Службени лист СРЈ*“, бр. 33/97 и 31/2001.“ и „Службени гласник РС“ бр. 30/2010. чл. 39. до 41. („Државни орган, организација, насеље, група лица и др. који немају својство правног лица, могу бити странке ако могу бити носиоци права и обавеза или правних интереса о којима се решава у поступку. Странка може бити и синдикална организација ако се поступак односи на неко право или правни интерес члана те организације.“) и чл. 37. ЗУП-а Црне Горе (слично као и ЗУП Србије).

[63] Стеван Лилић, Катарина Голубовић, н. д., стр. 65.

[64] А. Рабреновић, н. д., стр. 165.

[65] Исто.

[66] Исто.

Појам „легитимна очекивања“ везује се за начело правне сигурности изабран у повратног дејства прописа, односно стечена права, посебно у контексту промене прописа.[67] Дефинисање овог појма требало би разјаснити да ли је могуће применити нови пропис на ситуацију која је започела пре његовог ступања на снагу, али није довршена. Када би, наиме, била довршена, радило би се о стеченом праву где се примењује правило о забрани ретроактивности. Такође се применом начела легитимних очекивања може оценити дозвољеност изрицања одређених нових (каснијих) појединачних мера јавне власти на правне односе који су коначни.[68] Већ је наведено да је начело легитимних очекивања уско везано за начело конзистентности. Ово се односи и на органе Европске Уније, који су дужни доносити конзистентне управне одлуке да би заштитили легитимна очекивања. Осим тога, начело конзистентности уско је повезано и са начелом једнакости. Ово даље значи да, ако орган Уније, без ваљаног основа, одступи од уобичајене праксе, он ће повредити не само начело конзистентности управног поступања, већ и начело једнакости.[69]

## 6. Закључак

У процесу придруживања Србије Европској унији значајну улогу заузима и хармонизација управног права са правом Уније, при чему ће потпуно инкорпорисање општих начела Уније у правни систем Србије бити једно од најважнијих задатака. Отуда су начела сразмерности и заштите легитимних очекивања, као материјална начела Уније, посебно важна. Кад је у питању сразмерност као правило у поступању свих органа Европске уније, оно је дефинисано у Уговору о Европској заједници, кроз начело пропорционалности као једног од општих начела, којим се заједно са принципом супсидијарности регулишу њене надлежности. Ово начело обавезује институције Европске уније да чувају пропорционалности између циљева које треба постићи и средстава која се могу користити за њихово постизање, односно да мере које предузимају институције буду у границама онога што је потребно за остварење циљева. Због саме структуре Европске уније, њено управно право не формира се законодавним путем, као што је то случај у праву једне

[67] Исто.

[68] Инга Везмар Барлек, *Примјена начела легитимних очекивања у пракси Управног суда Републике Хрватске*, Зборник Правног факултета Ријека (1991) в. 32, бр. 1, 569–581 (2011), стр. 569.

[69] А. Рабреновић: н. д. исто, стр. 165 .

државе. Оно настаје кроз процес постепеног усвајања и моделирања најоптималнијих теоријских и практичних правних решења земаља чланица и постојећих управноправних прописа Уније, при чему је у том процесу веома битна и пракса Европског суда правде.

Европски суд правде значајно учествује у дефинисању великог броја начела управног права која су заједничка за земље чланице, при чему су материјална начела управног права у највећем броју случајева и општа правна начела Уније. Њима се могу оспоравати како појединачне одлуке, тако и опште одлуке органа Уније. Тако у пракси Европског суда правде заштита стечених права улази у садржај начела правне сигурности као општег начела права којем суд пружа заштиту, чиме пракса Европског суда правде значајно утиче на прецизније дефинисање и примену начела сразмерности и заштите легитимних очекивања.

Иако се ради о веома важним принципима, правно регулисање и примена сразмерности и заштите легитимних очекивања, у српској правној теорији и пракси до сада нису биле довољно заступљене.

Према начелу пропорционалности, управа може грађанима наметати обавезе само до границе која је неопходна да се постигне сврха дате мере. То значи да усвојене мере морају бити пропорционалне циљевима који се желе постићи. У српском праву принцип пропорционалности (сразмерности) представља Уставну категорију, а разрађен је кроз Закон о полицији, Закон о државној управи док је у Закону о општем управном поступку у највећем делу заступљен кроз начело „заштите права грађана и заштите јавног интереса“. Овим начелом обухваћена је сразмера између јавног интереса и интереса грађана. Међутим, ово начело се не може у потпуности поистоветити са принципом сразмерности. Наиме, у управном поступку као странка се не појављују само грађани као појединци, него и државни орган, организација, насеље и др. који немају својство правног лица, али који могу имати својство странке. Према томе, начело сразмерности, односно пропорционалности, у односу на субјекте које штити, ширег је обухвата од начела заштите права грађана и заштите јавног интереса. Осим тога, пропорционалност се као једно од основних начела у праву Уније, у теорији сврстава у материјална начела, али као што је наведено, начело сразмерности обавезује органе управе да подједнако штите права странака, као и јавног интереса, како у материјалном тако и у процесном смислу. Неки домаћи теоретичари (Лончар, Вучетић) критикују начин разраде овог принципа у Закону о државној управи и Закону о општем управном поступку, с об-

зиром на то да је он, како истичу, подређен начелу законитости, те да се најчешће своди на обавезу службеног лица органа управе, да изабере ону меру која је за странку најповољнија. При томе, када закон предвиђа само једну меру, она ће се применити без обзира на то да ли ће изазвати штетне последице несразмерне циљу ових закона. Ово није случај са Законом о полицији, чијим одредбама се захтева примена принципа сразмерности у пуном његовом обиму, укључујући и случај када му је на располагању само једна мера. Закључујемо да је ова критика разраде принципа сразмерности потпуно оправдана, као и став истих аутора да се овом принципу треба дати шири смисао, тако што би управа уопште, а не само полиција као њен део, била у обавези да стално води рачуна о односу између штетних последица које могу настати применом управних овлашћења и циља који се има постићи, укључујући и ситуације кад закон предвиђа само једну меру за остварење циља. У том случају службено лице органа управе морало би одустати од њене примене због нецелисходности односно несагласности са циљем закона, јер би у противном могла бити правно оспорена, па и поништена. На овај начин знатно би се повећао обим заштите права странака, те би могућност настанка штете коју трпе грађани и цело друштво била значајно спречена.

Ни начело заштите легитимних очекивања није потпуна новост у нашем управном законодавству. Наиме, већ је наведено да је начело легитимних очекивања уско везано за начело конзистентности и стечених права. Начело конзистентности уско је повезано и са начелом једнакости. Ако орган Уније, без ваљаног основа, одступи од уобичајене праксе, он ће повредити не само начело конзистентности управног поступања, већ и начело једнакости. Кад су у питању стечена права, мисли се пре свега на институт правоснажности. Правоснажни управни акти могу само бити изузетно подложни промени у строго одређеним случајевима предвиђеним законом.

Дакле, основни смисао овог начела садржан је у обавези носиоца управних овлашћења, да у свом поступању при доношењу управних аката, странкама морају да обезбеђују сигурност и да не смеју изневерити њихова легитимна очекивања. Значи, од органа јавне управе очекује се уобичајено поступање у истим или сличним правним случајевима. Грађани и правна лица као странке у управном поступку, имају право да се поуздају да ће се и убудуће управа према њима у таквим случајевима исто односити, односно да не могу трпити теже правне последице услед неочекиване и нагле промене прописа. Да би ово право било адекватно

заштићено, оно мора бити заштићено позитивним правним прописима. Из тих разлога је у Нацрту новог ЗУП-а Србије, начело заштите легитимних очекивања предвиђено као једно од основних начела управног поступка. Међутим, ако ово начело коначно буде уврштено у нови Закон о општем управном поступку, тек ће његова примена у пракси показати да ли су обезбеђене све теоријске и практичне претпоставке и да ли се њиме заиста делотворније штити јавни и појединачни интерес грађана и правних лица у управним стварима.


## *Summary*

*The harmonization of domestic administrative law to the European Union law has an important role in the process of accession of Serbia to the European Union. The practice of the European Court of Justice is very important when defining the Union's general principles, while the principles of proportionality and protection of legitimate expectations keep getting more and more importance. These principles are relatively new to the administrative law of Serbia, and domestic legal theory and practise have never dealt with them yet. Accordingly, there are many ambiguities and doubts regarding their theoretical understanding and practical application. The proper understanding of these principles, the precise definition of terms and contents, is important for achieving the principle of good administration.*


***Key words**: The proportionality principle, the principle of legitimate expectations, European law, good administration*

# РАДНОПРАВНА ОБЛАСТ

УДК 331.104

# ЗАКОНСКО УРЕЂИВАЊЕ НОВЧАНИХ ПРИМАЊА ИЗ РАДНОГ ОДНОСА

**Жељко Мирјанић***

***Апстракт:*** *Правна анализа показује да постоји међусобна повезаност између уређивања права, обавеза и одговорности из радних односа у земљама региона, а која проистиче из учешћа у процесу европске интеграције, захтјева (незавршене) транзиције, сличности економских и социјалних околности и проблема, правне традиције. Промјене законских одредаба о новчаним примањима радника показују тенденцију да се у овим земљама смањи износ бруто зарада увођењем накнаде за минули рад само за период рада код посљедњег послодавца, укидањем накнаде за смјенски рад, смањењем отпремнине.*

***Кључне ријечи:*** *право на плату (зараду), накнаде и друга примања, најнижа плата, право на отпремнину.*

## Увод

Законско уређивање новчаних примања из радних односа предмет је закона о раду и посебних закона који се односе на примања лица запослених код корисника буџета. Предмет уређивања закона о раду су право на плату (зараду), накнаде и друга примања радника (запослених), заштита ових права и ограничења за послодавце која се односе на исплату плате, накнада и других примања. Предмет ове кратке правне анализе јесте уређивање новчаних примања из радних односа у Закону о раду Републике Српске[1], а које анализирамо из угла промјена из-

* **Жељко Мирјанић редовни професор Правног факултета Универзитета у Бањој**

[1] Закон о раду – пречишћени текст („Службени гласник Републике Српске“, бр. 55/07) .

вршених у току 2014. године у Закону о раду у Републици Србији[2] и у Закону о раду у Републици Црној Гори[3], представља предмет могућих промјена. Промјене радног законодавства у овим земљама подржане су од представника Европске уније као дио реформи важних у процесу европске интеграције; подржане од представника водећих међународних финансијских организација као мјере усмјерене на достизање економске и финансијске стабилности, бољег пословног амбијента и привлачење страних инвестиција. Поставља се питање које то су промјене у законском уређивању новчаних примања из радних односа дио реформе и како ће оне утицати на положај и међусобне односе послодаваца и радника? Република Српска и Федерација Босне и Херцеговине, односно Босна и Херцеговина у цјелини, налазе се у сличним економским, финансијским и социјалним околностима као поменуте земље, пред истим или сличним условима постављеним у процесу европске интеграције, а што само по себи представља мотив за поређење. Сличност поменутих околности и обавеза показују да различит ниво учешћа у процесу европске интеграције између земаља које су стекле својство кандидата за пријем и земље која је потенцијални кандидат да стекне то својство (Босна и Херцеговина), није релевантан за ову анализу. Обавезе у процесу усклађивања домаћег законодавства са правом Европске уније предмет су споразума о стабилизацији и придруживању, којим започиње процес европске интеграције, а прије стицања својства кандидата за пријем. Ове обавезе су основ и оквир за усклађивање домаћег радног права са правом Европске уније.

Може се поставити питање да ли постоји и у којој мјери међусобни утицај између радног законодавства земаља у региону везан за процес европске интеграције. У питању је неформални утицај повезан са захтјевима постављеним у процесу европске интеграције, захтјевима међународних финансијских организација, обавезама проистеклим из регионалних и других економских и финансијских споразума, затим са економским и социјалним околностима проистеклим из недовршене транзиције и правном традицијом. Питање међусобног утицаја промјена (радног) законодавства у сусједним земљама у региону означеном од стране Европске уније као Западни Балкан није истражено. Полазећи од предмета истраживања, може се поставити теза да промјене закона о раду у појединим земљама региона утичу на садржај и динамику

[2] Закон о раду („Службени гласник Републике Србије“, бр. 24/05,61/05, 54/09, 32/13 и 75/14)

[3] Закон о раду („Службени гласник Републике Црне Горе“, бр. 49/08, 59/11, 66/12 и 31/14).

промјена у другим земљама региона под утицајем поменутих захтјева и околности. У том оквиру могуће је поставити питање да ли и како промјене закона о раду у другим земљама могу послужити као мотив и показатељ за израду новог Закона о раду у Републици Српској, будући да је службени пречишћени текст Закона о раду објављен 2007. године и да формално више нису могуће измјене и допуне овог закона. Према Пословнику Народне скупштине Републике Српске, послије објављивања службеног пречишћеног текста није могуће донијети закон о измјенама и/или допунама тог закона, већ само нови закон.

Одредбе о новчаним примањима из радних односа једно су од основних питања у току расправе о промјени радног законодавства и предмет расправе и дијалога између социјалних партнера од почетка до краја законодавног процеса. Доношење системских закона по природи ствари и по правилима за израду закона обухвата стручну и друштвену расправу у којој социјални партнери и други друштвени субјекти могу да изнесу различита мишљења и анализе и дају приједлоге о будућем закону. Расправа се наставља и послије усвајања закона и то у оквиру колективног преговарања у циљу закључења колективних уговора. Расправа и социјални дијалог наставља се и ван процеса аутономног уређивања радних односа стога што промјене одредаба о новчаним примањима из радних односа одређују социјални статус и животни стандард радника и што је расподјела кључно питање друштвених односа. Питање расподјеле добија све већи значај као предмет социјалног дијалога у току економске и социјалне кризе, а постепено и као предмет ширег друштвеног дијалога о промјени радних односа.

У јавним и стручним расправама различити су и супротстављени ставови синдиката и удружења послодаваца. Синдикати бране достигнута права радника и у оквиру тог приступа и права која се односе на новчана примања из радних односа, а послодавци траже смањење појединих права. Социјални партнери у Социјално-економском савјету Републике Српске, слично као и други социјални партнери у земљама у региону, полазе са супротних позиција, али и поред тога није упитна теза да је социјални дијалог неопходан да би се приступило промјени радног законодавства и то првенствено институционали трипартитни дијалог у оквиру овог савјета. У земљама незавршене транзиције неопходан је шири друштвени дијалог у оквиру јавне и стручне расправе у законодавном поступку, али и ван тог поступка. Пораст социјалних разлика и пораст броја незапослених лица у околностима незавршене транзиције тра-

жи социјални и друштвени дијалог, чини га незамјењивим, а у случају његовог неуспјеха води ка социјалним споровима и сукобима.

Предмет поређења у овој анализи су поједине одредбе Закона о раду Републике Српске које се односе на ону врсту новчаних примања која су предмет промјена у посматраним законима. Анализа промјена Закона о раду Србије и Закона о раду Црне Горе које се односе на зараду, накнаду зараде и друга примања, обухвата одредбе о праву на једнаку зараду за једнак рад или рад исте вриједности, право на увећану зараду, минималну зараду, право на отпремнину.

## 1. Право на плату (зараду)

Законско уређивање права на плату (зараду) обухвата, у правилу, уређивање висине плате, начина исплате, обустављања исплате и заснива се на правилима да за исти рад или рад исте вриједности припада једнака плата, да се висина плате одређује у уговору о раду, да се плата (зарада) може увећати под одређеним условима, да се плата исплаћује у новцу, да је послодавац обавезан да уручи писмени обрачун плате.

У посматраним законима о раду гарантује се једнака плата (зарада) за исти рад или рад исте вриједности код послодавца. Одлука послодавца или споразум са радником (запосленим) који нису у складу са овим правилом су ништавни, а у случају повреде овог права, радник (запослени) има право да покрене поступак за накнаду штете. Разликују се дефиниција појма рад исте вриједности: према Закону о раду у Републици Српској, под радом исте вриједности код послодавца се подразумијева рад за који се захтијева исти степен стручне спреме, иста радна способност, одговорност и физички и интелектуални рад. Истовјетна одредба Закона о раду Србије промијењена је и под радом једнаке вриједности се подразумијева рад за који се захтијева исти степен стручне спреме, односно образовања, знања и способности, у коме је остварен једнак радни допринос уз једнаку одговорност. Према Закону о раду у Републици Црној Гори, под радом исте вриједности подразумијева се рад за који се захтијева исти степен стручне спреме, односно квалификације нивоа образовања или стручне квалификације, одговорност, вјештине, услови рада и резултати рада.

Висина плате је предмет уговора о раду и послодавац не може раднику исплатити мању плату од оне која је утврђена у складу са ко-

лективним уговором, правилником о раду, а периоди за исплату плата не могу бити дужи од 30 дана. Према законима о раду у Србији и Црној гори, уговор о раду садржи: новчани износ основне зараде; елементе за утврђивање основне зараде, висину коефицијента и елементе за утврђивање радног учинка, накнаде зараде, увећане зараде и друга примања запосленог; рокове за исплату зараде и других примања на која запослени има право. На права и обавезе која нису утврђена уговором о раду примењују се одговарајуће одредбе закона и општег акта (колективног уговора). Исто тако, према Закону о раду у Републици Српској, уговор о раду који не садржи податке податке о плати, новчаним накнадама и другим примањима радника по основу рада не губи функцију правног основа за заснивање радног односа, чиме се штити радник од престанка радног односа. Умјесто ових података, према овом закону могуће је у уговору о раду навести одредбе одговарајућих закона, колективних уговора и правилника о раду којима су та питања уређена и онда се непосредно примјењују наведене одредбе. За заштиту права радника на новчана примања значајно је да навођење одговарајућих одредаба закона, колективних уговора и правилника о раду не може бити услов за примјену ових одредаба будући да су у питању изори права чија је примјена обавезна, као и правило да се колективним уговором, правилником о раду и уговором о раду не може одредити мањи обим права радника од оног који је одређен законом, али се могу одредити повољнија права.

Плата (зарада) се може увећати у складу са колективним уговором и уговором о раду за: прековремени, ноћни и минули рад, рад у дане државних и вјерских празника који су законом утврђени као нерадни дани, по основу отежаних услова рада и за друге случајеве утврђене колективним уговором. Измјенама Закона о раду Србије предвиђено је да се општим актом и уговором о раду може уредити увећање зараде по основу рада у смјенама (прије тога, запослени је по закону имао право на увећану зараду за рад у смјенама). Према измјенама, право на накнаду по основу минулог рада износи 0,4% по години рада код послодавца, а при обрачуну минулог рада рачуна се и вријеме проведено у радном односу код послодавца претходника и код повезаних лица са послодавцем. Прије измјена овог закона запослени је имао право на увећану зараду по основу времена проведеног на раду за сваку пуну годину рада остварену у радном односу, независно од тога код којег је послодавца остварио минули рад.

Анализирани закони о раду одступају од правила да се плата исплаћује искључиво у новцу у случају уговора о раду кућног помоћног особља (уговор за обављање послова у домаћинству) и допуштају уговоре исплата дијела плате у натури (обезбјеђивање становања и исхране, односно само обезбјеђивање становања или исхране). Вриједност дијела давања у натури изражава се у новцу, а најмањи проценат плате који се обавезно исплаћује у новцу не може бити нижи од 50% плате. Ако је плата уговорена дијелом у новцу, а дијелом у натури, за вријеме одсуствовања са рада уз накнаду плате, послодавац је дужан да раднику накнаду плате исплаћује у новцу. Измјене и допуне Закона о раду у Србији уносе новине по којима се овај уговор не може закључити са супружником, усвојиоцем или усвојеником, крвним сродником у правој линији без обзира на степен сродства и у побочној линији до другог степена сродства и са тазбинским сродником до другог степена сродства.

Ограничења која се односе на све раднике тичу се обустављања исплате дијела плате. Према анализираним законима, послодавац не може без пристанка радника или без правоснажне одлуке надлежног суда (а према Закону о раду Црне Горе и у случајевима утврђеним законом) своје или туђе потраживање према раднику наплатити обустављањем од плате или накнаде плате. На основу правоснажне одлуке надлежног суда, послодавац може од плате, односно од накнаде плате радника, одбити највише до 50% на име обавезе законског издржавања, а за остале обавезе радника највише до једне трећине плате, односно накнаде плате. Циљ овог ограничења је заштита социјалног положаја радника будући да би већи одбици од плате могли довести у питање подмиривање основних животних трошкова радника и његове породице.

Заштита права запосленог на исплату новчаних потраживања из радног односа обухвата и обавезу послодавца да раднику уручи писмени обрачун плате (зараде) приликом сваке исплате, укључујући и мјесец за који није извршио исплату плате (зараде) и накнаде зараде. Обрачун зараде, односно платни лист, може да послужи запосленом као доказ у парничном поступку. Запослени коме је зарада и накнада зараде исплаћена у складу са обрачуном или му није исплаћена има право да пред судом затражи заштиту својих права. Према Закону о раду Црне Горе, послодавац који на дан доспјелости није могао да исплати зараду или је не исплати у цјелини дужан је да, до краја мјесеца у којем је доспјела исплата зараде, запосленом уручи обрачун зараде коју је био дужан да исплати, а који има снагу вјеродостојне изјаве. Према измјенама и допунама

Закону о раду у Републици Србији, у складу са развојем и постигнутом употребом информатичке технологије, предвиђено је да се обрачун у цијелости може доставити у електронској форми.[4] Допунама овог закона појачана је заштита права запосленог на новчана потраживања тако што је уведено да обрачун зараде и накнаде зараде коју је дужан да исплати послодавац представља извршну исправу и тиме дата могућност принудне наплате плате с рачуна послодавца у случају кашњења ако на рачуну послодавца има новца за исплату. На овај начин поступак наплате је поједностављен посебно када је уређен редослијед наплате тако да заостале плате имају предност. Разлог за ову промјену јесте немогућност запослених да наплате заостале зараде. Да ли ће се увођење обрачунског листића као извршне исправе која би радницима требало да олакша наплату неисплаћених зарада показати као ефикасна гаранција, о чему постоје различити ставови, показаће судска пракса. Није могуће предвидјети да ли ће се послодавци одговорније понашати према обавези да исплате зараде и шта ће се десити ако се велики број радника у кратком времену обрати судовима већ претрпаним споровима или ако велики број послодавца уложи приговоре и тако покрену парнични поступак. Упоредо с тим поставља се питање да ли су извршене промјене довољне у околностима када није уређено да неисплаћивање зарада представља кривично дјело.

## 2. Право на најнижу плату

У циљу заштите социјалног положаја радника предвиђена је најнижа плата (минимална зарада), а што представља изузетак од правила да висина плате зависи од рада и резултата рада. Најнижа плата (минимална зарада) служи да би се обезбиједио егзистенцијални минимум радника и његове породице. При утврђивању минималне цијене рада полази се од низа критеријума, од којих су најважнији: егзистенцијалне и социјалне потребе радника и његове породице изражене кроз вриједност минималне потрошачке корпе, кретања стопе запослености, кретање бруто

[4] Мјесечна евиденција о заради и накнади зараде садржи податке о заради, заради по одбитку пореза и доприноса из зараде и одбицима од зараде, за сваког запосленог. Измјенама овог закона уређено је да евиденцију потписује лице овлашћено за заступање или друго лице које оно овласти, а брисане су одредбе да евиденција не може да садржи непопуњена и брисана мјеста и накнадно уписане податке, као и да евиденцију овјерава директор, односно предузетник или запослени кога они овласте.

домаћег производа, кретање потрошачких цијена, кретање продуктивности, кретања просјечне зараде. Према измјенама и допунама Закону о раду у Републици Србији, ако дође до значајне промјене неког од ових елемената, Социјално-економски савјет је обавезан да размотри образложену иницијативу једног од учесника овог савјета за отпочињање преговора за утврђивање нове минималне цијене рада.

У Републици Српској се начин остваривања и усклађивања најниже плате одређује колективним уговором, осим износа најниже плате као основе за потраживање радника у стечајном поступку. У овом случају је законом утврђена висина од 45% просјечне плате исплаћене у Републици у мјесецу који претходи отварању стечајног поступка. Према измјенама и допунама Закону о раду у Републици Србији, послодавац је дужан да исплати минималну зараду у висини која се одређује на основу одлуке о минималној цијени рада која важи за мјесец у којем се врши исплата.[5] Минимална цијена рада (прије измјена: минимална зарада) утврђује се одлуком Социјално-економског савјета, а ако то не учини Савјет, одлуку о висини минималне зараде доноси Влада. Општим актом, односно уговором о раду, утврђују се разлози за доношење одлуке о увођењу минималне зараде. По истеку рока од шест мјесеци од доношења одлуке о увођењу минималне зараде послодавац је дужан да обавијести репрезентативни синдикат о разлозима за наставак исплате минималне зараде.[6] Послодавац може у случају погоршања услова привређивања и пословање са губитком прибјећи мјерама рационализације, а у оквиру тога смањивању зарада. Према Закону о раду Црне Горе, запослени има право на минималну зараду за стандардни учинак и пуно радно вријеме, односно радно вријеме које се изједначава са пуним радним временом. Минимална зарада не може бити нижа од 30% просјечне зараде у Републици у претходном полугодишту. Износ минималне зараде утврђује Влада на приједлог Социјалног савјета Црне Горе, на полугодишњем нивоу.

[5] Минимална цијена рада одређује се до 15. септембра текуће године, за цијелу наредну годину и примјењује се од 1. јануара наредне године, а не може се утврдити у нижем износу од минималне цијене рада утврђене за претходну годину. Најнижа цијена рада, иако реално утврђена, може значајно изгубити вриједност у наредним мјесецима када се примјењује због инфлације и раста потрошачких цијена, кретање просјечних зарада, а што су неки од елемената на основу којих се израчунава.

[6] Општим колективним уговором утврђују се услови под којима послодавац и запослени могу уговорити минималну зараду.

### 3. Право на отпремнину

Право на отпремнину припада раднику којем радни однос престане отказом уговора о раду на неодређено вријеме од стране послодавца. У Републици Српској то право припада раднику након најмање двије године непрекидног рада код послодавца, с тим да послодавац није дужан да исплати отпремнину раднику коме радни однос престане због теже повреде радне обавезе или који се не врати на рад у року од пет радних дана од дана истека неплаћеног одсуства или мировања права из радног односа. Послодавац и радник могу закључити посебан споразум о томе да се раднику обезбиједи неки други вид накнаде умјесто отпремнине. Висина отпремнине утврђује се колективним уговором, правилником о раду и уговором о раду, а зависи од дужине рада радника код послодавца. Она износи најмање једну трећину просјечне мјесечне плате радника исплаћене у посљедња три мјесеца прије престанка уговора о раду, за сваку навршену годину рада код послодавца. Исто тако, у Републици Србији, према измјенама Закона о раду, висина отпремнине утврђује се општим актом или уговором о раду и не може бити нижа од збира трећине зараде запосленог за сваку навршену годину рада у радном односу код послодавца код кога запослени остварује право на отпремнину (зарадом се сматра просјечна месечна зарада запосленог исплаћена за посљедња три мјесеца која претходе мјесецу у којем се исплаћује отпремнина). За утврђивање висине отпремнине рачуна се и вријеме проведено у радном односу код послодавца претходника у случају статусне промјене и промјене послодавца, и код повезаних лица са послодавцем. Запослени не може да оствари право на отпремнину за исти период за који му је већ исплаћена отпремнина код истог или другог послодавца. Прије измјена и допуна Закона о раду Србије, запослени који су проглашени за технолошки вишак, а којима послодавац не може да обезбиједи останак на послу, имали су право на исплату отпремнине у висини утврђеној општим актом или уговором о раду, с тим да она није могла бити нижа од збира трећине зараде запосленог за сваку навршену годину рада у радном односу за првих десет година проведених у радном односу, и четвртине зараде запосленог за сваку наредну навршену годину рада у радном односу преко 10 година проведених у радном односу. Овим рјешењима узимало се укупно вријеме проведено у радном односу. Код права на отпремнину због одласка у пензију смањен је

износ отпремнине са три на двије просјечне плате запосленог. Према измјенама Закона о раду Црне Горе, запосленом који без своје кривице остане без посла исплаћује се отпремнина у висини од двије минималне нето зараде, умјесто три просјечне зараде и то посредством Фонда рада. Запосленом који је остварио право на отпремнину престаје радни однос, односно отказује се уговор о раду, даном када је исплата извршена.

Осим исплате отпремнине, послодавац је дужан да раднику (запосленом) у случају престанка радног односа, односно отказа уговора о раду, исплати све неисплаћене зараде, накнаде зараде и друга примања која је запослени остварио до дана престанка радног односа, као и да уплати доприносе за социјално осигурање. Исплату потраживања послодавац је дужан да изврши прије доношења рјешења о отказу уговора о раду. Запослени коме послодавац после исплате отпремнине откаже уговор о раду због престанка потребе за његовим радом остварује право на новчану накнаду и право на пензијско и инвалидско осигурање и здравствену заштиту, у складу са прописима о запошљавању.

## Закључак

Анализа показује да су поједина правила садржана у промјенама Закона о раду у Србији и Закона о раду у Црне Горе, усвојеним 2014. године, слична или истовјетна правилима садржаним у Закону о раду Републике Српске. Истовјетне или сличне околности и захтјеви доводе до истовјетних и сличних рјешења и стога постоји међусобни утицај. Правна анализа показује да постоји међусобна повезаност између уређивања права, обавеза и одговорности из радних односа у земљама региона, а која проистиче из учешћа у процесу европске интеграције, захтјева (незавршене) транзиције, сличности економских и социјалних околности и проблема, правне традиције. У току друштвеног дијалога о потреби промјене радног законодавства у Републици Српској, питање новчаних примања из радних односа налази се у средишту пажње радника и послодаваца, слично као у другим земљама у региону**.** Институционални трипартитни социјални дијалог између социјалних партнера води се са супротних позиција – синдикат је против, а удружења послодавца за доношење новог закона о раду.

Анализиране промјене ових закона о раду показују тенденцију да се смањи износ бруто зарада увођењем накнаде за минули рад само за

период рада код посљедњег послодавца, укидањем накнаде за смјенски рад, смањењем отпремнине. Са друге стране, да би се обезбиједила редовна исплата новчаних потраживања, користи се правило да обрачунски лист има снагу извршне исправе, односно вјеродостојне исправе, али се тако не може обезбиједити пуна заштита права радника који нису примили плате више мјесеци, посебно ако није истовремено уређено и ако се не проводе кривичне санкције за неисплаћивање плата и других новчаних потраживања. Тако се оставља могућност послодавцима који су у финансијским тешкоћама да у дилеми између пословања и исплате плата дају предност пословању, из разлога што радници избјегавају радни спор са послодавцем у околностима високе стопе незапослености. Исто тако, недостају одредбе о заштити права запослених од злоупотребе института најниже плате, односно минималне зараде од стране послодаваца.

У Србији и Црној Гори нису донесени нови закони о раду, већ промијењени важећи закони, и остаје питање да ли ће ускоро услиједити доношење нових закона о раду стога што се промјенама даје реформски карактер, а реформе се, у правилу, проводе кроз доношење нових закона са новим или промијењеним концептом радних односа или промијењеним приступом уређивању најважнијих института радног права, а што се односи и на уређивање новчаних примања из радних односа. У том процесу социјални дијалог представља кључну фазу, а посебно дијалог између представника репрезентативних синдиката и удружења послодаваца, како би се избјегли штрајкови и други облици колективне акције радника, односно социјалних немира.

УДК 331.91:349.2(4–672) EU

# RANG KONVENCIJA MEĐUNARODNE ORGANIZACIJE RADA I DIREKTIVA EUROPSKE UNIJE U SIGURNOSTI NA RADU

**Prof. dr sc. Marinko Đ. Učur***

***Apstrakt:****Konvencije Međunarodne organizacije rada (MOR-a, ILO, OIL) su univerzalni izvori prava. Direktive Europske unije (EU) za države članice su pravna pravila "nadređena" nacionalnom (državnom) pravu. Iako počivaju na istim načelima suvremenog prava sigurnosti i zaštite zdravlja na radu (načelo zaštite osobe na radu, načelo zaštite prava na radu i, u vezi s radom, načelo primjene povoljnijeg prava za radnika i dr.), javlja se dvojba u određivanju ranga među tim pravnim pravilima, što predstavlja predmet ovog rada.*

***Ključne riječi:*** *rang, konvencija, direktive, slobode, prava na zaštitu zdravlja*

## 1. UVOD

Brojnost pravnih normi u propisima svih klasifikacija (prostornih, vremenskih, po donositeljima, po sadržaju i po formi) opterećuju zbilja složen odnos nezavisnog stanja sigurnosti i zaštite zdravlja radnika na radu.

Sigurnost i zaštita zdravlja radnika na radu uvrštena je u temeljna prava i slobode i zaštićena najvišim pravnim normama (ustavom, općim deklaracijama, međunarodnim paktovima, statutima specijaliziranih organizacija Ujedinjenih naroda, konvencijama i preporukama, primarnim i sekundarnim vrelima prava Europske unije (EU), nacionalnim zakonodavstvom (heteronomne i autonomne prirode) svih razina.

* **dipl. pravnik, znanstveni savjetnik, sveučilišni profesor u trajnom zvanju iz Rijeke**

Prvenstveno je naglašena preventivna zaštita zdravlja radnika na radu i sigurnost na radu kao sastavni dio proizvodnje. Propisana su sredstva i mjere koje trebaju sprečavati nastanak ozljeda na radu, a ako do njih dođe radniku treba priznati prava u skladu s načelima zaštite osobe na radu, uzajamnosti, solidarnosti, osobnosti, neprenosivosti i nezastarivosti.

Suvremeni sustav zaštite na radu gradi se u zahtjevnoj praksi determiniranom globalizacijom, recesijom i krizom, pa se njima pravdaju neprimjena propisanih mjera i sredstava. U tom sustavu posebno mjesto, pored države moraju imati poslodavci i sindikati kao socijalni partneri. To je sada periferno, a socijalni dijalog zanemaren i prizemljen. Sindikatima, koji su inače razjedinjeni, osporava se posebna funkcija u zaštiti na radu.

Tržište rada ne funkcionira.

Sada se javlja još jedan problem: kako primijeniti univerzalne izvore prava zaštite na radu, prvenstveno one međunarodne konvencije rada (MOR-a, ILO, OIT) odnosno kako "rangirati" sekundarne izvore prava, prvenstveno direktive EU u primjeni. I to na svojevrstan način stvara pravnu nesigurnost. Istina, to se javlja i u drugim područjima i odnosima, ali sigurnost i zaštita zdravlja na radu spada u najosjetljivija prava čovjeka i različita mišljenja o pojedinim propisima su neuputna, čak i štetna.

U svim državama i njihovim pravnim sustavima koje su prihvatile monistički princip važenja prihvaćenog, objavljenog, na snazi i u primjeni univerzalnog prava, multiliteralnih i bilateralnih ugovora, nema dvojbe. Norme tih akata su tako sastavni dio pravnog sustava države i po pravnoj snazi su iznad zakona. Što je još bitnije: primjenjuju se neposredno. Sada se javlja "nadređeno" pravo utvrđeno u sekundarnim izvorima prava EU, što predstavlja pravnu stečevinu, odnosno *acquis communautaire*.

Direktiva je sve više i u radnopravnim i socijalnopravnim odnosima. Tehničko-tehnološki razvoj je brz. Zahtjevi tržišta su sve snažniji. Kapital često zanemaruje postavljene "standarde" u zaštiti na radu i uvjetima rada općenito.

Rješenja nudi Sud Europske unije, pozivom na primarne i sekundarne izvore prava EU, dosljedno primjenjujući doktrinu izravnog učinka odredbi direktiva. Suprotna rješenja u konvencijama MOR-a ne mogu se primjenjivati. Hijerarhija je određena. Sve je manje autonomnosti i poštivanja specifičnosti. Posredno se dovodi u pitanje originalnost u autonomnim općim aktima (kolektivnim ugovorima, sporazumima, pravilnicima o zaštiti na radu i drugima).

## 2. NORMATIVNA AKTIVNOST MEĐUNARODNE ORGANIZACIJE RADA

Preporuke i konvencije Međunarodne konvencije rada (MOR-a, ILO, OIT), su pisana univerzalna vrela suvremenih (kolektivnih i individualnih) radnih odnosa. Uz osnovne univerzalne dokumente Ujedinjenih naroda (UN), to su najznačajnija i najsveobuhvatnija vrela Radnog prava, odnosno temeljnih ljudskih prava i sloboda u tim odnosima.

Donesene su od 1919. godine (osnivanjem MOR-a), a njihov redoslijed "predstavlja svojevrsno kazivanje o razvoju Radnog prava, odnosno briga za radne i životne uvjete radnika".[1]

Posljednjih godina sve su naglašenije promjene koje djeluju na radnopravne (i socijalnopravne) odnose. Njih treba pratiti bez obzira koliko to bilo teško. To se odnosi na sekundarne izvore prava EU, prvenstveno na direktive. Teško je, ali i nepotrebno tražiti "zamjenu" za ono što je napisano u sadržaju konvencija MOR-a, bez obzira na "pravni režim" navedenih vrela prava. U konvencijama su sadržani temeljni pojmovi, kategorije, instituti i odnosi preuzeti u radno zakonodavstvo brojnih suvremenih država.

Predmet sadržaja konvencija MOR-a je rad za drugoga i u službi drugoga, rad za plaću i prema pravilima drugoga (ili objektivnim pravilima), prema uputi drugoga (poslodavca). Rad (stvaranje, usluga) je odrednica radnih odnosa. Rad je individualni ili zajednički, najčešće smišljen, organiziran i usklađen s radom drugih.

"Loši uvjeti rada donose velikome broju osoba nepravdu, bijedu, siromaštvo, što ima za posljedicu nezadovoljstvo koje ugrožava svjetski mir... Ostvarenje tih ciljeva moguće je propisivanjem broja sati, određivanjem maksimalnog trajanja dnevnog i tjednog radnog vremena, borbom protiv nezaposlenosti, garantiranjem nadnica koje osiguravaju normalne uvjete egzistencije, zaštitom protiv općih ili profesionalnih bolesti i nesreća na poslu, zaštitom djece i žena, davanjem starosnih i invalidskih mirovina itd... Rad nije roba, odnosno radna snaga ne smije više biti roba koja se kupuje i prodaje... Zadaće MOR-a su: pomaganje zapošljavanja radnika na poslovima i zanimanjima kojima će moći najviše iskazati svoje sposobnosti... normalno radno vrijeme i druge uvjete rada ...osigurati suradnju poslodavaca i radnika radi stalnog poboljšanja organizacije proizvodnje ...osigurati zaštitu djece i majčinstva...".[2]

[1] Učur, Marinko, Laleta, Sandra, *Konvencije MOR-a (s komentarima)*, Pravni fakultet Rijeka, Tim press, Zagreb 2007.

[2] Učur, Marinko, *Radnopravni status pomoraca*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka 2003, Ustav Međunarodne organizacije rada, str. 171–173.

Konvencije MOR-a su međunarodni ugovori (mnogostrani međunarodni ugovori). MOR je međunarodnopravni subjekt. Država daje suglasnost da bude vezana konvencijom MOR-a.

Ne treba zanemariti niti jedno pitanje i odnos koji su uređeni pojedinim konvencija MOR-a. To su: sloboda udruživanja, kolektivnog pregovaranja i kolektivnih ugovora; zabrana prisilnog rada i jednakost mogućnosti i obrazovanja odnosno osposobljavanja.[3]

Drugu grupu čine one o zapošljavanju (politici zapošljavanja); službama za zapošljavanje i posredovanje; stručno usmjeravanje i osposobljavanje i sigurnost posla (Konvencije br. 122 o politici zapošljavanja – 1964; Konvencija o službi za zapošljavanje – 1948; Konvencija o prestanku radnog odnosa na inicijativu poslodavca br. 158 (1982) i dr.).

O pitanjima radnih odnosa, pored plaća, osnova radnih odnosa i socijalnog osiguranja, posebne su konvencije koje se odnose na zaštitu na radu (osnovna pitanja, zaštita od posebnih rizika odnosno u posebnim djelatnostima). Temeljna je Konvencija br. 155 o sigurnosti na radu, zdravstvenoj zaštiti i radnom okruženju (sredini) iz 1981. godine. Tu je i ona o službama medicine rada br. 161 (1985) i one o zaštiti u graditeljstvu, lukama, trgovini i dr.

U oblasti socijalne sigurnosti konvencije uređuju: minimalne norme (konvencija br. 102 (1952); o jednakosti "domaćih" i stranih radnika; jednakosti u invalidskom, mirovinskom osiguranju; o zdravstvenom osiguranju u industriji, trgovini; o davanjima za slučaj bolesti, nesreće na poslu, profesionalne i druge bolesti.

Slijede konvencije o posebnoj zaštiti žena, djece i mladeži, starijih radnika, migranata i posebnih skupina kao što su i pomorci, ribari, lučki radnici i drugi radnici. Za okvir ovoga rada dovoljno je naglasiti da je u pitanju složena i uspješna aktivnost MOR-a na donošenju konvencija i preporuka, prvenstveno onih koje se odnose na sigurnost i zaštitu zdravlja radnika na radu.

Obveze država koje ratificiraju konvenciju su veće bez obzira da li prihvaćaju monistički ili dualistički metod njihovog "unošenja" u svoj pravni sustav.

Formalne ratifikacije konvencije provode se i registriraju pod uvjetima utvrđenim Statutom MOR-a, a potom i primjenjuju. Svakom konvenci-

[3] Konvencija br. 87 o sindikalnim slobodama i pravima (1948); Konvencija br. 98 o načelu prava organiziranja i kolektivnog pregovaranja (1949); Konvencija br. 135 o sigurnosti i olakšicama za predstavnike radnika u poduzeću (1971); Konvencija br. 151 o radnim odnosima u javnim službama (1978); Konvencija br. 29 o prisilnom odnosno obveznom radu (1930); Konvencija br. 100 o jednakom nagrađivanju muške i ženske radne snage za jednaki rad (1951) i druge. Vidi: Polonca, Končar, *Mednarodno delovno pravo*, Urodni list, Ljubljana 1993; Tekstovi konvencija su objavljeni u knjizi Učur, M., Laleta, S.-cit.

jom određuje se početak primjene njezinih odredaba "i poduzimanje mjera za njihovu provedbu". I još je zahtjevniji rok i postupak otkazivanja pojedine konvencije i kada otkaz počinje djelovati. Ako se država odluči da otkaže ratificiranu konvenciju onda mora u svemu poštivati njezine odredbe o otkazu, odredbe Statuta MOR-a i zakone koji reguliraju taj postupak.[4]

## 3. SEKUNDARNI IZVORI PRAVA EUROPSKE UNIJE (EU)

Direktive EU iz područja sigurnosti i zaštite zdravlja radnika na radu uređuju posebna pitanja u tim odnosima precizno (temeljito i specifično). Sada su na snazi 35 direktiva o tome.[5]

Pored direktiva, kao vrelo prava EU primjenjuje se okvirni sporazum europskih socijalnih partnera (stres na poslu, uznemiravanje i nasilje na radu). Kao sekundarni izvori prava (pored uredbi i dr.) direktive se "prenose" u nacionalno pravo (pravo države članice EU).

Praksa je utvrdila odnos između prava EU i prava država članica (pogotovo praksa suda EU). Odredbe prava EU imaju izravan učinak.

Pravo EU nadređeno je pravu država članica. "Direktivom, kao posebnom vrstom pravnog akta EU, koji je adresiran državama članicama, propisana je obveza država članica da donesu zakone i druge propise potrebne za usklađivanje s direktivom, rok za ostvarivanje te obveze, kao i obveza da o tome odmah obavijeste Komisiju..." (dostavljanjem teksta propisa... na kojeg se direktiva odnosi).[6]

Ako država tako ne postupi, više se ne može pozivati "na pravila nacionalnog prava koja su suprotna direktivi". Komisija EU može pisanim putem zahtijevati od države da u roku od dva mjeseca uskladi nacionalno pravo s direktivom.[7]

Poslije toga slijedi postupak pred sudom EU.

Kada komisija EU podnosi tužbe protiv država članica onda je najčešće riječ o neprimjeni "okvirne" Direktive 89/391/EEZ od 12. lipnja 1989. go-

[4] Bečka konvencija o pravu međunarodnih ugovora, Beč, 23. svibnja 1969. (NN-M.U. 12/93–9/98; Bečka konvencija – prava međunarodnih ugovora između država i međunarodnih organizacija ili između međ. organizacija (1986) NN-M.U.1/94); Zakon o sklapanju i izvršavanju međunarodnih ugovora NN 28/96.

[5] Šokčević, Svjetlana, Praksa suda EU u vezi s posebnim direktivama iz područja sigurnosti i zaštite zdravlja radnika na radu, Radno pravo, Zagreb, 03/14 str. 60.

[6] Isto, str. 60.

[7] Ugovor o funkcioniranju EU (UFEU), SL C 326, 26.10.2012. (pročišćeni tekst), Šočević, isto.

dine o uvođenju mjera za podsticanje poboljšanja sigurnosti i zaštite zdravlja radnika na radu (SL.L 183, 29.06.1989. godine), ali i drugih "posebnih" direktiva. Komisija EU, u tužbama tvrdi da je postupak donošenja direktiva složen sa detaljnim konzultacijama sa socijalnim partnerima (na europskoj razini i u državama članicama). Direktive se usvajaju jednoglasno. Kada države ne udovoljavaju zahtjevima iz direktiva u propisanom vremenu ili imaju propise a u njima su uvjeti rada i praksa sigurnosti i zaštite zdravlja na radu ispod razine koju zahtjeva direktiva, slijedi tužba sudu.

"Posebne" direktive su i: 76/207/EEZ od 09. veljače 1976. godine o provedbi načela jednakog postupanja prema muškarcima i ženama u pogledu pristupa zapošljavanju, strukovnom osposobljavanju i napredovanju, te uvjeta rada (SL.L 39,14.02.1976) koja govori o individualnom pristupu u tim odnosima; Direktiva Vijeća 93/103/ EZ od 23. studenoga 1993. godine o minimalnim sigurnosnim i zdravstvenim zahtjevima pri radu na ribarskim brodovima; Direktiva Vijeća 96/82/EZ od 09. prosinca 1996. o kontroli opasnosti od teških nesreća koje uključuju opasne tvari (SL.L 10. 14.01.1997); Direktiva 2006/54/EZ od 05. srpnja 2006. godine o provedbi načela jednakih mogućnosti i jednakog postupanja prema muškarcima i ženama u pitanjima zapošljavanja i rada (SL.L.204, 26.07.2006. godine).

Sve su to pitanja koja se mogu svrstati u radnopravne odnose (pristup zapošljavanju i pravima dok radni odnos traje).

Odredbe nacionalnog prava moraju biti u skladu s odredbama direktive. Praksa suda EU upućuje da države članice EU moraju poštivati "svoje obveze" iz ugovora s državama koje nisu članice EU, a stvorene su prije nego što je država postala članica EU, ne dovodeći u pitanje primjenu direktive.[8] I tu se javlja problem: nadređenosti direktiva nacionalnom pravu i njihov primat (prioritet u hijerarhiji) u odnosu na sklopljene, objavljene i na snazi međunarodne ugovore koje "obvezuju" državu članicu i prije nego je stekla taj status. Stav je suda EU da te ugovore treba otkazati. To se odnosi i na konvencije MOR-a koje nisu u skladu s obvezama iz prava EU.

Analiza sadržaja navedenih propisa je nužna. Polazište mora biti u zaštiti radnika i njegovih prava na sigurne uvijete rada i zaštitu zdravlja na radu. Sud EU "dosljedno primjenjuje doktrinu izravnog učinka odredbi direktiva".[9] To je obveza i nacionalnih sudova država članica EU.

[8] Predmet C-345/89 od 25. srpnja 1998. *Criminal proceedings against Alfred Stoeckel*, ECR 1991, p. I–4047

[9] Šokčević, cit.; Ugovor o EZ (pročišćeni tekst) SL C 321E, 29.12.2006.; Ugovor o funkcioniziranju EU (proč. tekst) SL C 326, 26.10.2012. Odluka suda Europe: C-26/62 od 05. veljače 1963. NV Algemove Transporten Expeditie Onderneming Van Gend & Loos v Nederlandse Inland revenue Administration, ECR 1963. p. 1; i C-6/64 od 15. srpnja 1964., Flaminio Costa v E.N.E.L. ECR 1964.p.585

Potrebno je "dubinsko snimanje" sadržaja konvencija kao univerzalnih vrela prava, koje obvezuju državu članicu i prije nego što je postala članica EU, i direktiva EU, kao sekundarnih izvora prava EU, ali i propisa države koji se odnose na sigurnost i zaštitu zdravlja na radu. To bi pokazalo ima li i u čemu je koalizija.

U pokušaju objašnjenja različitih rješenja u Konvencijama MOR-a i direktivama EU, treba poći od načela prava zaštite osobe na radu, zaštite temeljnih ljudskih prava i sloboda. Načela su ispred pravne norme, u pravnoj normi ali i u primjeni prava sigurnosti i zaštite zdravlja radnika na radu.

Nadalje, treba poći od vremenskog i prostornog važenja normi navedenih propisa. Konvencije koje se odnose na sigurnost i zaštitu zdravlja na radu donose se od 1919. godine, a direktive EU od druge polovice 1970. godine. Trebalo je da imaju isti cilj (svrhu)... "sustavno unapređivanje sigurnosti i zaštite zdravlja radnika i osoba na radu, sprečavanje ozljeda na radu, profesionalnih bolesti i drugih bolesti u vezi s radom".[10]

U statutu MOR-a naglašena je sigurnost i zaštita zdravlja. U osnivačkim ugovorima (primarnom pravu) EU još od 1950. godine garantira se zaštita zdravlja i sigurnosti radnika.

Konvencija MOR-a br. 155 (1981) o sigurnosti i zaštiti zdravlja na radu i u radnom okruženju i Direktiva Vijeća 89/391/EEZ od 12.06.1989. godine o uvođenju mjera za podsticanje poboljšanja sigurnosti i zdravlja radnika na radu, utvrđuju pravni okvir (općenito) za primjenu multidisciplinarnog sustava zaštite zdravlja i sigurnosti na radu. Na temelju navedene konvencije i direktive, donesene su druge konvencije i direktive (pojedinačne direktive) kojima se pojedina pitanja i odnosi uređuju specifičnije i konkretnije. Svrha je prevencija ali i sve drugo što čini sigurnost i zaštitu zdravlja na radu: aktivnosti socijalnih partnera a prvenstveno poslodavca i radnika.

Države su na različite načine usklađivale svoje zakonodavstvo s ratificiranim konvencijama MOR-a. Sada države članice EU u vrlo kratkom vremenu to čine "doslovno" prenoseći direktivu u odredbe svojih propisa. U suprotnom slijedi sankcija bez obzira što ostaje obveza primjene određene direktive. Sankciju izriče sud EU, a njegove presude "imaju učinak *erga omnes*".[11]

U svakoj konvenciji MOR-a upisano je što se očekuje od država koje konvenciju ratificiraju. Ugovorom o EU (S L C 326, 26.10.2012. pročišćeni tekst) utvrđuje se od država članica EU lojalnost pravu EU-e poduzimanjem odgovarajućih mjera (općih i posebnih). Ugovor o funkcioniranju EU ( S L C 326, 26.10.2012. pročišćeni tekst) u tom smislu je još precizniji. Državu ob-

[10] Vidi Zakon o zaštiti na radu NN 71/14: čl. 1. st. 2 (u RH)

[11] Šokčević, cit. str. 63

vezuje direktiva "u pogledu rezultata koji je potrebno postići, a odabir metoda i oblika postizanja tog rezultata prepušten je nacionalnim tijelima".[12]

Konvencije najčešće postavljaju "minimalne standarde" u pravima, obvezama i odgovornostima subjekata (kolektivnim i individualnim) u odnosima prava zaštite na radu.

Europsko pravo je supranacionalno. Razina zaštite u EU mora se poštivati (zahtjevi iz primarnog i sekundarnog prava EU) u svim odnosima pa i zaštiti zdravlja i sigurnosti radnika na radu. Europska komisija i sud Europe imaju u tome pravo nadzora.

Pravo zaštite na radu, u okvirima EU, ipak treba razlikovati od drugih odnosa (ekonomski, zajednička vanjska politika i sigurnost; pravosuđe i unutarnji poslovi).

Adresati direktive EU su države članice EU. Države su dužne donijeti zakone i druge propise kojima se "direktiva transformira u odredbe nacionalnog pravnog poretka".[13]

"...Objektivno pravo mora živjeti u praksi odnosno primjenjivati se i stvarati, mijenjati i uzrokovati prestanak subjektivnih prava". Direktiva se, kao pravilo treba "učinkovito primjenjivati u praksi". O tome, u krajnjem slučaju, odlučuje sud Europe.[14]

Prava na radu uređuju se zakonom, pa se u pravni sustav RH sadržaj direktiva o sigurnosti i zaštiti zdravlja "prenosi " Zakonom.[15]

Pravo EU je novi pravni poredak nadređen nacionalnom pravu država-članica EU. To proizlazi iz odluka Europskog suda koje se pozivaju na načelo lojalnosti država članica prema EU i obvezi da ni na koji način ne štete provedbi prava EU. Sud je u tome precizan. Treba otkazati Konvenciju MOR-a koja je suprotna pravu EU.

Standardima moraju udovoljavati sredstva rada i radni okoliš (minimalni uvjeti). Sve to treba rezultirati sigurnošću i zdravljem na radu. Konvencija je jače pravne snage od zakona.

Direktiva 89/391/EEZ primjenjuje se na "sve sektore djelatnosti, kako javne tako i privatne".

Kao što se može zaključiti, brojni su adresati kojima su konvencije i navedena direktiva upućene. Cilj je da se njima obuhvati što je moguće veći broj zaštićenih osoba. Kada se to karakterizira onda se vodi računa o "priro-

[12] Isto

[13] Isto

[14] Šokčević, S., *Zakon o zaštiti na radu*, Tim press Zagreb, 2009, str. 30 i dr.

[15] Zakon o zaštiti na radu NN 71/14 čl. 2.

di" poslodavca (registriranoj i realiziranoj djelatnosti, rizicima za sigurnost i zdravlje radnika i dr.).

Bez poslodavca, u konkretnom obliku, vremenu i prostoru, nema rezultata. Poslodavac procjenjuje sve rizike na radu, primjenjuje procjenu, prilagođava je, ažurira, inovira kao trajan zadatak. Konvencija može samo principijelno, direktiva nešto konkretnije urediti određene rizike, ali preciznost i jasnost moraju biti "prepuštene" autonomnoj regulativi. To čini pravnu sigurnost u konkretnim odnosima bez obzira što to povećava troškove i obveze. Interna organizacija preventivnih, zaštitnih i drugih mjera i poslova velika su garancija primjene prava zaštite na radu. Prevencija i zaštita od profesionalnih rizika "počinje na radnom mjestu", ali prvenstveno prema "nacionalnim" propisima i praksi. Time se i na takav način može nadomjestiti nedovoljno precizno reguliranje tih odnosa u konvencijama i direktivama bez obzira na njihovu zahtjevnost.

Država može postati državom članicom EU ako ispuni sve uvjete za to. Vijeće Europe je 1993. godine u Copenhagenu precizno odredilo da je jedan od uvjeta ulaska države u članstvo EU obvezno usvajanje cjelokupnog acquis communautaira. U tom smislu treba razumjeti i načela izravnog (direktnog) učinka, posrednog učinka i nadređenosti prava EU. To se najbolje razabire iz presuda Europskog suda, po kome je Europsko pravo "uspostavljeni novi pravni poredak". To je zajednički pravni sustav koji ima primat nad nacionalnim pravom. Sudovi su dužni primijeniti norme europskog prava i slučaju da su nacionalne norme drukčije "riješile". Oni su dužni primijeniti europsko pravo u cijelosti... i "izuzeti iz primjene svaku odredbu nacionalnog prava koja bi mogla biti suprotna europskom pravu" bez obzira je li donesena prije ili nakon pravnog pravila EU".

Nacionalni sud ne može ukinuti takvu pravnu normu iz nacionalnog propisa ali je neće primijeniti.

Članstvom u EU država-članica prihvaća "novi nadnacionalni Ustav" (Europsko ustavno pravo). Monistička koncepcija priznaje primat međunarodnim ugovorima (ratificiranim u određenoj državi) nad zakonima države.

Ustavni sud države ovlašten je ocjenjivati usklađenost zakona s Ustavom i usklađenost drugih propisa s Ustavom i zakonom, pa "ima pravo i dužnost brinuti se o međusobnoj usklađenosti propisa različite pravne snage koji čine pravni poredak države."[16]

Odnos u hijerarhiji direktiva i nacionalnog propisa u državi-članici jeste odnos "višeg" i "nižeg" propisa. Takva "rješenja" u nacionalnom zakonodav-

[16] Ustavni sud RH: Odluka U-I-745/1999 od 08.11.2000. NN 212/2000

stvu već su "viđena". To se rješava u prijelaznim i završnim odredbama Zakona. Tako, npr. u Zakonu o zaštiti na radu (NN 59/96, 94/96, 114/03, 100/04, 86/08, 116/08, 75/09 i 143/12) u odredbama članka 116. piše: "Poslodavci su dužni svoje opće akte uskladiti s odredbama ovoga Zakona i potvrđenom procjenom opasnosti u roku od tri mjeseca od dana potvrde procjene, a najkasnije od godinu dana od stupanja na snagu ovog Zakona". No, za provedbu te odredbe nije propisana kazna (vidi čl. 103–112 navedenog Zakona). I pored toga neizravno je moguće postaviti pitanje odgovornosti u kolektivnom (industrijske akcije) i individualnom radnom sporu. Odgovornost subjekata u tim odnosima je, u skladu s načelom pravne sigurnosti, učiniti dostupnim sve aktivnosti, mjere i sredstva za sigurnost i zaštitu zdravlja radnika, u što spada i autonomno uređivanje navedenih odnosa.

Norme tih akata treba tumačiti u svjetlu i iz formulacija iz Zakona.

Država-članica EU dužna je poštivati načelo obveznog tumačenja nacionalnog prava u skladu s pravom EU. Rješenja u pravnom poretku države-članice moraju biti u skladu sa zahtjevima iz direktive sve dok je direktiva na snazi.

Takva shvaćanja odnose se i na države prije članstva u EU, koje Sporazumima o stabilizaciji i pridruživanju idu ka tome cilju. To je faza usklađivanja "postojećeg i budućeg" zakonodavstva s pravnom stečevinom EU (acquis).

Polazište za usklađivanje u radnopravnim i socijalnopravnim odnosima je "postići razinu" u tim odnosima u državi ravno razini EU (to se odnosi i na razinu sigurnosti i zaštite zdravlja radnika na radu).

Pitanja i odnosi politike sigurnosti i zaštite zdravlja na radu te radnog okruženja spadaju u vrlo osjetljiva i složena pitanja koja se uređuju i realiziraju u zavidnom socijalnom dijalogu i što je moguće većem konsenzusu. Sprečavanje nesreća na radu, profesionalnih bolesti i drugih bolesti u vezi s radom je uvijek konkretna obaveza svih subjekata u kolektivnim i individualnim odnosima politike socijalne sigurnosti. Svaki rad ima određene štetnosti i opasnosti pa ih treba, ako ne eliminirati, onda umanjiti. Prioritetno je zdravlje osobe na radu "koje ima tjelesne, duševne, moralne i socijalne aspekte". Tu su preventivne mjere nezamjenjive (njihovo planiranje i poduzimanje u svim radnim procesima kod poslodavca) "s ciljem sprečavanja ili smanjenja rizika na radu". To je uvijek konkretna aktivnost utemeljena na originalnim općim aktima kod poslodavca, dakako u skladu s "višim"propisima.

## 4. ZAKLJUČAK

U pitanjima i odnosima sigurnosti i zaštite zdravlja na radu svaki konkretan slučaj treba vidjeti kao dio jednog korpusa i tako ga analizirati i rješavati.

Uz sve brojnije paradokse globalizacije, recesije i krize, treba riješiti i pitanje ranga propisa zbog pravne sigurnosti i vladavine prava. Ali mora se postaviti pitanje za koga se danas donose propisi i kome su namijenjeni propisi u radnopravnim i socijalnopravnim odnosima. Kolektivni i individualni subjekti u tim odnosima moraju uređivati, realizirati i zaštićivati ih u dobroj vjeri. Ako države posegnu za otkazivanjem konvencija MOR-a da im bude lakše i "sigurnije" primjenjivati europsko pravo, brzo će izgubiti univerzalnu vjerodostojnost, a navedene odnose svoditi u uže vremensko i prostorno djelovanje. U tom smislu treba biti oprezan. Dugotrajna nezaposlenost je sve veća. Ljudski kapital propada. I u krizi mora vladati načelo vladavine prava. Usklađenost nižih s višim propisima mora se uvažavati, ali se mora propitivati kako i zašto je jedan propis postao "viši". To, dakako vrijedi i za odnos direktiva EU i konvencija MOR-a. Budućnost taj odnos mora "pomiriti".

## Conclusion

In questions and relationships regarding the safety and protection of health at work every single case should be regarded as a part of one complex corpus and as such should be analysed and solved. Along with more and more numerous globalisation paradox, recession and crises, even the question of a single act, because of legal certainty and rule of law, should be regarded as important. On the other hand, we should pose a question for who Acts are being enacted and who are the subject of labour and social law legislation. Collective and individual subjects in those relationships must edit, realise and protect the legislation in good faith. If Member States will denounce ILO conventions on a sole ground to easily and safely implement EU law, the Conventions will lose its international credibility and the relationships in question will be defined with restricted space and temporary scope. In that sense, we should be careful. Long unemployment is getting increasing. Human capital is collapsing. Even in the time of crises, the principle of rule of law must be respected. Harmonisation of lower legislation with higher legislation must be

respected, but on the other hand we should pose a question why some legislation is "higher". Certainly, this apply also in the relationship between EU Directives and ILO Conventions. The future should "reconcile" their relationship.

---

(Rang – fr. = red, vrsta, stupanj, čin, dostojanstvo, kategorija, stepen, položaj, po Bratoljubu Klaiću (*Rječnik stranih riječi*, Zora, Zagreb 1962, str. 1227), "Stepen u nekom društvenom ili duhovnom radu. ...prvi u rangu prvi po redu (s obzirom na vrednost ili položaj); po Milanu Vujakliji (*Leksikom stranih reči i izraza*, Posveta, Beograd 1966, str. 801).

УДК 351.83(497.6)

# ШТА И КАКО ТРЕБА МИЈЕЊАТИ У ЗАКОНУ О РАДУ РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ

**Доц. др Рајко Кличковић***

***Апстракт:*** *Закон о раду практично се примјењује више од 13 година. У току примјене уочене су извјесне празнине и недореченост, које је неопходно отклонити, како би се Закон могао несметано спроводити у свим својим сегментима. У посљедњих пет година поднесено је више иницијатива за измјене Закона о раду, а поднијеле су их Унија удружења послодавца Републике Српске, невладин сектор и поједини надлежни органи (министарства и фондови) и све те године у Плану рада Народне скупштине и Владе Републике Српске планирано је доношење Закона о раду.*

*Припреми и доношењу Закона није се приступило због тога што су ставови социјалних партнера у вези са потребом измјена Закона о раду различити и непомирљиви. Влада Републике Српске и Министарство рада и борачко-инвалидске заштите су става да постоји потреба прецизнијег и јаснијег дефинисања појединих одредаба и њихово усаглашавање са међународним стандардима и новим законима у Републици Српској који су донесени након ступања на снагу Закона о раду.*

*Унија удружења послодавца Републике Српске и Влада Републике Српске су става да треба приступити измјенама Закона о раду али се са тим не слаже трећи социјални партнер, Савез синдиката Републике Српске, јер сматра да је то ерозија радничких права. С обзиром на досадашња искуства и ставове социјалних партнера када је ријеч о измјенама Закона о раду, неопходно је дати одговор како треба мијењати Закон о раду.*

*Сматрамо да би одговор требало да буде у чињеници да приједлози за измјене буду усмјерени ка постизању равнотеже између интереса*

* **Правни факултет Универзитета за пословне студије, Бања Лука**

*радника и послодаваца и постизању што веће сагласности око тог питања јер се консензус сигурно не може постићи.*

***Кључне ријечи:*** *Закон, иницијатива, радници, права, усаглашавање, социјални партнери, равнотежа, међународни стандарди, консензус.*

## УВОД

Радно законодавство Републике, у времену од преко 20 година постојања, прошло је више фаза свог развоја, почевши од примјене бивших државних и републичких прописа, припреме и доношења властитих прописа у вријеме рата, послијератног усклађивања са међународним стандардима и посљедње реформе када је донесен Закон о раду[1], о којем говоримо у овом раду, а који је ступио на снагу 16.11.2000. године.

Закон о раду је у вријеме свог ступања на снагу назван реформским законом, јер је то и био, с обзиром на новине које је унио у систем рада Републике Српске.

Закон је био резултат реформе законодавства у области рада и запошљавања и укупне транзиције друштвено-економских односа, која се заснивала на промјени својинских односа и приватизацији државног капитала.

Нови друштвено-економски односи захтијевали су ново законодавство у области рада и запошљавања и друкчији коцепт радних односа. Због тога је овај закон на друкчији начин уредио правне односе између радника и послодаваца, у складу са међународним радним стандардима.

У овом раду нећемо се бавити развојем радног законодавства до 2000. године. Међутим, важно је напоменути да је до тада, како је наведено у извјештајима министарства надлежног за рад надлежним органима МОР-а, извршено усаглашавање прописа из области рада са стандардима рада садржаним у конвенцијама МОР-а,[2] и то по питањима основних права као што су радно вријеме, дужина годишњег одмора итд.

[1] Закон о раду („Службени гласник Републике Српске“ број: 38 /00, 40/00, 47/02, 38/03, 66/03. и 20/07).

[2] Извјештај о стању у области радног законодавства Републике Српске поднесен на Трипартитној конференцији о стању радног законодавства у БиХ, у организацији МОР-а, маја 2003. године, у Сарајеву.

## ИНИЦИЈАТИВЕ ЗА НОВЕЛИРАЊЕ ЗАКОНА О РАДУ

У посљедњих пет година поднесено је више иницијатива за измјене Закона о раду, а поднијеле су их Унија удружења послодаваца Републике Српске, невладин сектор и поједини надлежни органи (министарства и фондови).

Прва иницијатива за новелирање Закона о раду након посљедњих измјена, из 2007. године, била је резултат заједничких активности социјалних партнера које су произашле из Стратегије за сузбијање непријављеног рада у грађевинском сектору у Републици Српској. Стратегија је била дио шире активности МОР-а и пројекта „Јачање социјалног партнерства у БиХ: Разматрање проблема непријављеног рада у грађевинском сектору кроз социјално партнерство".

Социјални партнери и представници МОР-а су на конференцији у Бањој Луци у мају 2009. утврдили листу прописа које треба измијенити како би се елиминисале одредбе које доводе до злоупотреба и омогућавају непријављени рад. Међу тим прописима, на првом мјесту био је Закон о раду.

Иницијатива за измјене и допуне Закона о раду Републике Српске покренута је исте године од стране Уније удружења послодаваца Републике Српске. Приликом закључивања Општег колективног уговора[3] 5. маја 2010. године, закључен је споразум између социјалних партнера, којим је Влада Републике Српске преузела обавезу да у наредних 18 мјесеци, од дана ступања на снагу Општег колективног уговора, припреми и у процедуру Народној скупштини Републике Српске достави Закон о раду. До данас није дошло до реализације тог споразума. Припрема и доношење Закона о раду планирано је у мјерама Економске политике Владе Републике за 2011. и 2012. годину и у Плану рада Владе и Народне скупштине Републике Српске за те године.

Иницијативе за измјене Закона о раду подносила су поједина министарства у Влади Републике Српске и Савјету министара Босне и Херцеговине, надлежни органи и јавни фондови Републике Српске. Иницијативе су се односиле на питања: престанка радног односа отказом уговора о раду због навршавања година живота и стажа осигурања; мировања радног односа радника који раде у Републици Српској а именовани су на јавне функције у заједничким институцијама Босне и Хер-

[3] „Службени гласник Републике Српске", број. 40/10.

цеговине; трајања породиљског одсуства; основице за накнаде плата за вријеме породиљског одсуства као и питања која се односе на плаћена одсуства и имунитет синдикалних представника.

Када је у питању однос Владе у вези са промјенама у Закону о раду, Министарство рада и борачко-инвалидске заштите, које је надлежно за ову област, сматра да, поред оправданих разлога у поднесеним иницијативама, постоје и други разлози за измјене и допуне Закона, као што су усклађивање са међународним и регионалним стандардима и новим законима који су у међувремену донесени у Републици Српској а чија рјешења имају утицај на овај закон.

До доношења Закона о раду није дошло у 2011. години, јер је Влада Републике Српске у тој години припремила и Народној скупштини доставила на разматрање два системска прописа из области социјалног осигурања и борачко- инвалидске заштите. То су: Закон о пензијском и инвалидском осигурању и Закон о правима бораца, ратних војних инвалида и породица погинулих бораца одбрамбено-отаџбинског рата.[4] Влада је сматрала да доношење трећег системског закона треба одложити за наредну годину, када се о томе постигне консензус социјалних партнера.

У 2012. години, такође, није дошло до припреме и израде Закона о раду, због непомирљивих ставова социјалних партнера у вези са тим питањем.

Министарства рада и борачко-инвалидске заштите је у складу са Планом рада Владе и Народне скупштине Републике Српске у септембру 2013. године отпочело активности на припреми и изради радног текста Закона о раду и образовању трипартитне радне групе за припрему и израду Преднацрта Закона о раду. Те активности су на досад непримјерен и неуобичајен начин одбијене од стране Савеза синдиката Републике Српске, који је путем медија и међу чланством оспорио радни текст новог Закона о раду. До оспоравања радног текста дошло је због, како синдикат истиче, „погоршања положаја радника“ у његовим одредбама и због „испуњавања жеља послодавца“ кроз понуђени радни текст иако је овај текст достављен само члановима радне групе као полазни материјал и није добио никакву службену верзију.

Након оваквог става Синдиката реаговали су и послодавци отказивањем Општег колективног уговора и захтјевом за доношењем новог закона о раду. Министарство рада и борачко-инвалидске заштите, које

[4] „Службени гласник Републике Српске“, број. 134/11.

у оквиру своје надлежности води рачуна о квалитету и извршавању Закона о раду, у више је наврата усмјеравало активности у циљу постизања договора у вези са припремом и доношењем новог закона о раду али без успјеха. Синдикат је и даље био против тога и изјавио да је важећи закон спреман бранити свим средствима синдикалне борбе.

Имајући у виду овакве ставове социјалних партнера, посљедњу ријеч око Закона о раду у 2013. години дала је Влада Републике Српске, тако што се у 2013. години одустало од припреме и израде новог закона о раду и та активност поново предвидјела у Плану рада Владе Републике Српске и Народне скупштине Републике Српске за 2014. годину.

## ЗБОГ ЧЕГА ТРЕБА МИЈЕЊАТИ ЗАКОН О РАДУ

Када се анализира Закон о раду и његова примјена готово више од 13 година, видљиво је да постоје одређени разлози да се приступи измјенама истог.

Пратећи његову примјену у пракси, надлежни органи и сви који се баве његовом примјеном уочили су извјесне празнине и недореченост, које је било неопходно отклонити, како би Закон могао несметано спроводити у свим његовим сегментима. Упућени у процес доношења овога закона знају да су празнине и недореченост већим дијелом посљедица веома сложеног начина припремања и доношења Закона о раду, у којем су учествовала четири међународна ауторитета, Свјетска банка, Међународна организација рада, Међународни монетарни фонд и Канцеларија високог представника за Босну и Херцеговину, који су снагом ауторитета утицали на нека законска рјешења.

Измјене овог закона вршене су у 2002, 2003. и 2007. години, када је дошло до усаглашавања појединих одредаба са међународним стандардима и препорукама одређених пројекта проведених у Босни и Херцеговини, након којих је урађен Пречишћен текст Закона о раду.[5]

Према одредбама члана 231. Пословника о раду Народне скупштине Републике Српске („Службени гласник Републике Српске", број 23/11), након објављеног Пречишћеног текста закона не могу се вршити измјене и допуне истог закона, већ се мора приступити припремама потпуно новог текста. То значи да се нису могле прихватити иницијативе послодаваца да се иде на измјене Закона о раду.

[5] „Службени гласник Републике Српске", број. 55/07.

У својим јавним иступима везаним за питање доношења новог закона о раду, Влада Републике Српске и Министарство рада и борачко-инвалидске заштите су изнијели став да постоји потреба прецизнијег и јаснијег дефинисања појединих одредаба и њихово усаглашавање са међународним стандардима и новим законима у Републици Српској који су донесени након ступања на снагу Закона о раду. Министарство надлежно за послове рада при том је посебно нагласило да треба постићи највиши степен сагласности сва три социјална партнера о питањима шта и како треба мијењати у Закону о раду јер је потпуни консензус немогуће постићи између синдиката и послодавца.

Као истичу познати правни теоретичари, закони се могу мијењати из стратешких или номотехничких разлога. Стратешко новелирање изискује економске социолошке, демографске и друге анализе, којих нема.[6]

Из службених саопштења Владе и надлежног министарства, када је ријеч о измјенама Закона о раду Републике Српске, може се закључити да се не ради о измјенама из стратешких разлога, већ да се ради о промјенама из номотехничких разлога и потребе усаглашавања појединих одредаба Закона о раду са међународним стандардима и правним системом Републике Српске.

Свако ко се озбиљно бави примјеном Закона о раду и облашћу рада и запошљавања може закључити „да је у току примјене Закона дошло: 1) до промјена у друштвено-економским односима; 2) да је при завршетку процес приватизације, 3) да је Босна и Херцеговина а тиме и Република Српска закључила Споразум о стабилизацији и придруживању са ЕУ; 4) да постоји обавеза усклађивања и са европским документима 5) да су у Републици Српској донесени нови закони са којима треба извршити усклађивање и 6) да у складу са тим законима треба уредити флексибилне облике рада“.[7]

Министарство рада и борачко-инвалидске заштите, а што је познато и јавности, заузело је став да ће се у поступку измјена или доношења новог закона о раду, имати у виду: 1) достигнути ниво права радника, 2) достигнути степен усаглашености Закона о раду са међународним стандардима, 3) достигнути ниво социјалног дијалога у области рада,

[6] Др Зоран Ивошевић, *Тридесет разлога за новелирање Закона о раду*, „Заштита права у области рада“ Зборник радова, ИП „Глосаријум“ Београд, 2011, стр, 5.

[7] Мр Рајко Кличковић, *У сусрет новелирању Закона о раду Републике Српске*, „Заштита права у области рада“ Зборник радова, ИП „Глосаријум“ Београд, 2013, стр, 21.

4) улогу и значај колективних уговора у систему рада и 5) обавезе Републике Српске преузете Споразумом о стабилизацији и придруживању Европској унији.

## ШТА ТРЕБА МИЈЕЊАТИ У ЗАКОНУ О РАДУ

С обзиром да смо се напријед у раду осврнули на неке од иницијатива за измјене Закона о раду и постојање одређених разлога, предлажемо шта то треба промјенити у Закону о раду уз напомену да има промјена које су неопходне и оних које су мање битне. Сматрамо да је тај приједлог добро приказати по поглављима важећег Закона о раду.

### Основне одредбе

У овом дијелу Закона, одредбама чл. 1. до 13, уређен је предмет и примјена Закона, утврђени и дефинисани основни појмови и субјекти радних односа, право на синдикално и послодавачко организовање и општи акти којима се ближе уређују права по основу рада.

Постојећа законска рјешења нису довољно јасна и прецизна и треба их доградити и прецизирати на следећи начин.

1. Прецизније дефинисати предмет Закона о раду као би се предмет односио и на уређење радног односа и других односа по основу рада као и начина заснивања радног односа.

2. Када је ријеч о дефинисању и значењу појмова из овог закона, потребно је прецизније дефинисати појам: радника, послодавца, синдиката, удружења послодаваца, колективног уговора, акта о систематизацији, правилника о раду, радног стажа, радног искуства и радне способности у струци и ван ње и друге појмове око којих је до сада било дилема.

3. Један од разлога за прецизније дефинисање појмова је доношење нових закона и то**:** Закона о привредним друштвима[8] који је на друкчији начин дефинисао и уредио оснивање и дјелатност привредних субјеката и Закона о систему јавних служби[9] који је уредио оснивање јавних установа и служби у којима се радни односи уређују Законом о раду.

[8] „Службени гласник Републике Српске" број 127/08, 58/09 и 100/11, 68/07).

[9] „ Службени гласник Републике Српске" број 68/07),

4. Законом, треба, такође, обавезати послодавца да раднику приликом ступања на рад уручи идентификациону исправу која ће му служити у сврху евидентирања присуства на послу и идентификације приликом инспекцијске контроле.

5. Када је у питању организовање синдиката и послодаваца, чланом 6. Закона о раду утврђено је право на организовање, док је питање оснивања и услова за оснивање уређено Законом о удружењима и фондацијама.[10] Сматрамо да би се и питање оснивања и услова за оснивање синдиката и удружења послодаваца требало ријешити овим законом имајући у виду да су синдикати и удружења послодаваца субјекти колективних радних односа. У контексту ових рјешења требало би предвидјети обавезе послодавца у вези са обрачуном и уплатом синдикалне чланарине, по захтјеву синдиката.

6. Одредбе које се односе на Регистар колективних уговора треба преиспитати у правцу да ли је неопходно да се колективни уговор прије објављивања у јавном гласилу региструје и које су посљедице нерегистровања.

## Закључивање и примјена уговора о раду

Одредбе Закона о раду које се односе на закључивање и примјену уговора о раду на одређено вријеме, иако су дограђиване у посљедњим измјенама Закона о раду, нису довољно прецизне, због чега настају бројни радни спорови које судови различито рјешавају и које треба преиспитати.

1) Када је ријеч о продужењу рада на одређено вријеме, потребно је преиспитати одредбу члана 16. став 1. Закона о раду која се односи на максимално трајање уговора о раду на одређено вријеме које не може бити дуже од двије године. Међутим, у пракси се дешава да одређени пројекти или привредне активности које изводе послодавци из других земаља, ангажујући домаћу радну снагу, трају дуже од двије године (нпр. изградња аутопута, и других инфраструктурних објеката који трају 48 мјесеци), па и такво запошљавање треба третирати запошљавањем на одређено вријеме.

У ставу 2. истог члана утврђено је да је закључивање уговора о раду на одређено вријеме условљено постојањем објективног разлога

[10] „Службени гласник Републике Српске" број 51/01),

као на примјер, извршавања посла који траје до шест мјесеци; привременог повећања обима посла; замјене одсутног радника до годину дана; обављања посла чије је трајање унапријед одређено природом и врстом посла.

Надаље, ставом 3. истог члана утврђено је да се уговор о раду који закључе послодавац и радник супротно наведеним случајевима утврђеним претходним ставом, сматра уговором о раду на неодређено вријеме.

Ова одредба омогућава прерастање уговора о раду на одређено вријеме у уговор о раду на неодређено вријеме и друкчија права код престанка уговора (отказни рок, отпремнина итд.), и за послодавце а посебно стране инвеститоре који обављају орочене послове, представља обавезу и финансијски терет и одбија их да на подручју Републике Српске обављају дјелатност привременог карактера.

То значи да треба измијенити одредбе о продужењу дужине трајања рада на одређено вријеме и уредити питање начина обрачуна отпремнина код таквог рада јер се не ради о радном односу на неодређено вријеме и проглашењу радника технолошким вишком, већ о престанку рада на одређено радно вријеме.

2) Распоређивање радника за вријеме важења уговора о раду уопште није уређено Законом о раду, након што је уговор о раду постао акт заснивања радног односа. Законодавац је покушао да то питање ријеши кроз одредбу члана 137, отказивањем уговора о раду са понудом закључивања уговора о раду под измијењеним условима, што у пракси изазива велике проблеме.

У циљу практичног рјешавања измјена уговорених услова рада због потреба процеса рада и интереса радника, сматрамо да би у Закону о раду требало предвидјети друкчије рјешење. Друкчије законско рјешење би се односило на то да се распоређивање, односно премјештај запосленог на други одговарајући посао због потреба процеса рада или по његовом захтјеву**,** врши рјешењем послодавца а не отказом постојећег уговора о раду и понудом за закључивање уговора под измијењеним условима, како је сада предвиђено. Распоређивање рјешењем било би уређено у самом уговору о раду, о чему би се послодавац и радник сагласили приликом закључивања уговора. Када говоримо о распоређивању, односно премјештају запосленог, не мислимо на „првобитно распоређивање“[11]

[11] Зоран Ивошевић, *Радно право*, четврто измијењено и допуњено издање, Правни факултет Универзитета Унион у Београду и Јавно предузеће „Службени гласник“, Београд, 2009, стр, 106.

које се догађа у поступку заснивања радног односа и које не може бити једино.

Одговарајућим послом подразумијева се посао за чије се обављање захтијева иста врста и степен стручне спреме који су утврђени уговором о раду.

Предложено рјешење тражи измјену одредаба члана 19. Закона о раду које се односе на садржај уговора о раду и члана 137. Закона о раду која се односи на отказивање уговора о раду са понудом закључивања уговора под измијењеним условима.

## Радно вријеме

У дијелу Закона који се односи на радно вријеме, нејасно су дефинисани поједини аспекти радног времена, пуног радног времена, непуног радног времена, прековременог рада, прерасподјеле радног времена и ноћног рада.

1) Пуно радно вријеме радника уређено је чланом 40. Закона о раду. Међутим, у тој одредби недостаје јасна дефиниција радног времена посебно када је ријеч о приправности и дежурству, посебно у здравству, што значи да би исту требало допунити у том правцу. Када је ријеч о распореду радног времена и правима послодавца да утврђује распоред радног времена, сматрамо да је потребно прописати трајање радне седмице на пет радних дана и право послодавца да утврди распоред радног времена у току радне седмице или на друкчији начин, ако то захтијева процес рада.

2) Непуно радно вријеме није дефинисано важећим Законом о раду, али је предвиђено да послодавац може са радником закључити уговор о раду са непуним радним временом. Сматрамо да би Законом о раду требало утврдити да се уговор о раду може закључити са непуним радним временом али не краће од ¼ (10 часова) седмичног пуног радног времена и да се радна мјеста на којима се закључује уговор о раду са непуним радним временом утврђују актом о систематизацији, у зависности од природе посла и организације рада.

3) Прековремени рад се према одредби члана 43. Закона о раду уводи само у изузетним случајевима, када је радник дужан да ради и ограничен је на 10 часова седмично, са изузетком продужења на још 10

часова на захтјев послодавца, уз пристанак радника. У циљу заштите радника од злоупотребе прековременог рада сматрамо да у Закону треба ограничити прековремени рад на најдуже осам часова седмично и најдуже четири часа дневно, по раднику.

Међутим, треба предвидјети да здравствена установа може да уведе рад дужи од пуног радног времена (дежурство), ако новим запошљавањем, увођењем рада у смјенама или прерасподелом радног времена не може да обезбиједи непрекидну болничку и ванболничку здравствену заштиту.

4) Ноћни рад је уређен чланом 50. и 51. Закона о раду, тако што је утврђено шта се сматра ноћним радом и којим категоријама радника је забрањен ноћни рад. Међутим, у овим одредбама не постоје ограничења у броју ноћних смјена које радник може радити у току мјесеца или године и обавеза послодавца да код рада организованог у смјенама, који укључује ноћни рад, мора осигурати измјену смјена. То значи да ове одредбе треба доградити у том правцу.

## Одмори и одсуства

Када су у питању одмори и одсуства, важећи Закон о раду садржи доста добра рјешења. Међутим, у том дијелу Закона требало би преиспитати одредбе о дневном одмору у току радног времена и годишњем одмору.

1) Дневни одмор у току радног времена уређен је одредбом члана 54. Закона о раду и предвиђа право на дневни одмор у току рада у трајању 30 минута за пуно радно вријеме, чији распоред утврђује послодавац. Оваква одредба није дала одговор каква су права на одмор у току рада радника који ради са непуним радним временом. Рјешење донекле нуди одредба члана 42. став 3. у којој стоји да „за рад с пуним радним временом радник остварује плату и друга права из радног односа сразмјерно радном времену одређеном уговором о раду“. То значи да радник који ради са непуним радним временом од три часа има право на сразмјерни одмор у току рада у трајању од дванест минута. Овакво рјешење доводи у неравноправан положај раднике, посебно у случају када је за вријеме одмора у току рада организована исхрана. Сматрамо да би у овом правцу требало доградити члан 54. Закона о раду и у члану

42. став 3, предвидјети изузетке да се одређена права радника који раде са непуним радним временом, као што су дневни одмор у току радног времена и трошкови превоза, не могу остваривати сразмјерно радном времену.

2) Годишњи одмор као врста одмора уређен је одредбама чл. 57. до 65. Закона о раду. Сматрамо да постоји потреба измјена одредаба које се односе на годишњи одмор. Прије свега потребно је извршити усклађивања дужине трајања годишњег одмора са прописима Европске уније, која износи најмање четири радне недјеље, а тренутно је чланом 57. Закона о раду утврђено трајање од 18 радних дана.

Питање права на сразмјерни годишњи одмор треба уредити прецизније јер има доста дилема око примјене члана 58. Закона о раду. Сматрамо да би то питање требало уредити тако што би се утврдило право на дванаестину годишњег одмора за мјесец дана рада у календарској години, слично рјешењима садржаним у Закону о раду Републике Србије.

Према предложеном рјешењу сразмјерни годишњи одмор би се одређивао у двије ситуације. Прва ситуација се односи на прву годину рада у којој запослени први пут заснива радни однос и у случају да у тој години није имао шест мјесеци непрекидног рада. Друга ситуација би се односила на остале године рада у којима запослени, након прекида рада дужег од 30 дана, не оствари шест мјесеци непрекидног рада у тој календарској години. Значи у обје ситуације раднику припада једна дванаестина пуног годишњег одмора за сваких мјесец дана рада.
„Сразмјерни годишњи одмор се одређује зависно од трајања пуног годишњег одмора. Тај одмор припада за цијелу календарску годину. Пошто она има дванест мјесеци, сразмјерни годишњи одмор се одређује тако што се за сваки мјесец рада одобрава једна дванаестина годишњег одмора“.[12]

Питање коришћења годишњег одмора радника који ради непуно радно вријеме код више послодаваца и тиме остварује пуно радно вријеме, треба такође уредити. Сматрамо да би послодавци требало да о том питању постигну споразум, у противном дужни су раднику омогућити коришћење годишњег одмора према његовом захтјеву.

Такође, потребно је поново уредити питање накнаде штете за неискоришћени годишњи одмор у случају да радник кривицом послодавца не искористи годишњи одмор. Накнаду штете одредити у висини

[12] Ibid, стр. 132.

просјечне плате у претходна три мјесеца, утврђене колективним уговором и уговором о раду. Разлог за ово је чињеница да одређени број послодаваца не омогућава и ограничава коришћење права на годишњи одмор.

## Заштита радника

У овом дијелу, Закон о раду садржи доста добра рјешења али постоје иницијативе које траже новелирање одредаба које се односе на посебну заштиту жене и материнства и заштиту и посебну заштиту болесних и инвалидних радника. Поред оправданих иницијатива постоји и потреба усаглашавања са Законом о пореском поступку[13] и Законом о пензијском и инвалидском осигурању.

1) Пријава на социјално осигурање уређена је чланом 74. Закона о раду, којим је утврђена обавеза послодавца да све раднике пријави на социјално осигурање и да их колективно осигура од несреће на послу. Имајући у виду да је у Републици Српској од 2010. године уведен Јединствен систем регистрације, контроле и наплате доприноса при Пореској управи, потребно је измијенити члан 74. Закона о раду и прописати да је послодавац дужан да све запослене раднике пријави Пореској управи – Јединствен систем регистрације контроле и наплате доприноса у року прописаним законом. Рокови за пријављивање утврђени су Законом о пореском поступку.

Такође, и даље треба задржати обавезу послодавца да раднику достави овјерену фотокопију пријаве на осигурање, а рокове те доставе ускладити са роковима пријаве. На овај начин непријављени рад се сузбија у самом почетку, односно онемогућава се такав рад.

2) Посебна заштита болесних и инвалидних радника, важећим законом је уређена одредбама чл. 86. до 88. Ове одредбе је неопходно усагласити са одредбама Закона о пензијском и инвалидском осигурању, које уређују питање утврђивања и оцјене радне способности запослених и њихових права у случају смањења радне способности.

3) Посебна заштита жене и материнства. Одредбе важећег Закона о раду које се односе на ову заштиту често су биле предмет анализа од стране Уније удружења послодаваца и Јавног фонда за дјечју зашти-

[13] ‘’Службени гласник Републике Српске” бр. 102/11 и 108/11.

ту који спроводи овај закон у дијелу који се односи на исплату накнаде за вријеме породиљског одсуства. Ова два субјекта су и покретачи иницијатива за новелирање Закона о раду у правцу скраћења трајања породиљског одсуства и накнаде за вријеме истог. Није спорно да треба преиспитати одредбе које се односе на породиљско одсуство и прецизније уредити права породиља у контексту иницијатива Јавног фонда за дјечју заштиту и Уније удружења послодаваца, али не у правцу скраћења овог одсуства већ можда у правцу друкчијег начина коришћења и друкчијег регулисања основице за утврђивање накнаде за породиљско одсуство.

Код измјена овог дијела Закона морамо имати у виду Закон о дјечјој заштити и достигнуте стандарде дјечје заштите у Републици Српској као алтернативу за евентуално скраћење или друкчији начин коришћења породиљског одсуства.

## Плате и накнаде

Када је ријеч о платама и накнадама, евидентно је кршење овог права од стране послодаваца а које се огледа у неисплаћивању, ограничавању и кашњењу исплате плата и накнада. Такође је забрињавајуће неуплаћивање доприноса или њихово исплаћивање на основицу коју чини најнижа плата. Ови проблеми нису питање лоших законских рјешења већ питање надзора и контроле над примјеном Закона о раду. Међутим, у овом дијелу Закона требало би јасније дефинисати питање неисплаћивања и кашњења исплате плате и накнаде, тако што би се обрачуну плате дала снага извршне исправе.

Најнижу плату треба, такође, у потпуности уредити Законом о раду и утврдити је у одређеном проценту од просјечне плате исплаћене у Републици Српској, у мјесецу који претходи почетку исплате, према подацима Завода за статистику Републике Српске.

## Одговорност за повреду обавеза из уговора о раду и материјална одговорност

Ова питања су, поред Закона о раду, уређена Општим колективним уговором и посебним (гранским) колективним уговорима. Међутим,

проблем у пракси представља ситуација која се односи на мјере које се изричу за почињене повреде радних обавезе и непотпуне одредбе које се односе на удаљење радника са рада.

1) Мјере за повреду радних обавеза. Закон о раду није на јасан и прецизан начин утврдио мјере које се изричу за учињене повреде радних обавеза. У члану 98. став 3. помињу се: писмено упозорење и престанак радног односа али не и новчана казна која је утврђена у члану 41. став 1. Општег колективног уговора у висини 30% од нето плате радника, у трајању од три мјесеца. Полазећи од тога да се мјере, односно казне, за повреде радних обавеза могу утврђивати само законом, потребно је у овом правцу извршити допуну Закона о раду.

2) Удаљење радника са рада питање је које је уређено у поглављу о престанку радног односа одредбом члана 133. Закона о раду. Међутим, има потребе да се питање удаљења радника са рада уреди и у дијелу који се односи на одговорност за повреду обавеза из уговора о раду. У овом случају ријеч је о посебном облику удаљења због повреде радне обавезе или непоштовања радне дисциплине.

## Заштита права радника

Заштита права радника уређена је одредбама чл. 116. до 121. Закона о раду. У поднесеним иницијативама за новелирање Закона о раду имамо само два озбиљна приједлога за промјене у овом дјелу.

Први се односи на продужење рока од 30 дана за рјешавање захтјева за заштиту права радника који су сложени и који траже више времена за рјешавање.

Други се односи на то да се овим законом послодавци и радници упуте на споразумно рјешавање спорних питања, у складу са законом о мирном рјешавању спорних питања.

У том правцу би требало доградити одредбу члана 117. став 5. Закона о раду и одредбу члана 119. Закона о раду које уређују споразумно рјешавање спорних питања између послодавца и радника.

Рок подношења тужбе за заштиту права надлежном суду, утврђен одредбом члана 118. став 2. у трајању од једне године од дана сазнања за повреду права а најдаље у року од три године од дана учињене повреде, многи послодавци сматрају дугим. Сматрамо оправданим захтјеве

за скраћивање ових рокова који би обезбиједили већу правну сигурност када су у питању и радник и послодавац, што треба омогућити новелирањем наведене одредбе.

## Престанак радног односа

Одредбе Закона о раду којима је уређен престанак радног односа нису у потпуности прецизне и доречене а неке нису усклађене са новим Законом о пензијском и инвалидском осигурању, што често представља проблем у практичној примјени. Веома су присутне повреде права код престанка радног односа по више основа а посебно када је у питању масовно отпуштање радника**.** Да би се поштовала права на законити престанак уговора о раду, односно радног односа, потребно је у овом дијелу Закона извршити измјене појединих одредаба.

1) Престанак уговора о раду, утврђен чланом 125. став 1. тачка г), потребно је ускладити са одредбама новог Закона о пензијском и инвалидском осигурању којим су утврђени друкчији услови за стицање права на старосну пензију, и умјесто ранијих 20 година стажа осигурања, сада је за услов предвиђено најмање 15 година стажа осигурања, док се услов од 40 година пензијског стажа сада такође везује за године живота осигураника.

Међутим, постоји потреба доградње овог члана и утврђивање изузетака: да радник који наврши 65 година живота може да остане на раду код послодавца, ако је то неопходно за обављање одређеног посла, на основу одлуке директора односно извршног директора; затим да радник може да настави да ради и послије навршених 65 година живота, ако није навршио 15 година стажа осигурања, до испуњења тог услова; и да радник који обавља васпитно-образовну дјелатност у васпитно-образовној установи, односно научно-наставну дјелатност у високошколској установи, који је испунио услов за престанак радног односа у погледу година живота утврђених законом, може да настави да ради до истека текуће школске године, на основу одлуке надлежног органа послодавца.

2) Отказ уговора о раду од стране послодавца уређен је одредбама чл. 126. до 132. Закона о раду. Иако се на први поглед чини да је ово питање у потпуности уређено, у пракси се јављају одређени проблеми посебно када су у питању разлози који се често злоупотребљавају. То

значи да би Законом о раду требало утврдити и неоправдане случајеве отказа уговора о раду, поред заштите прописане за поједине категорије запослених у смислу члана 132. Закона о раду. Случајеви неоправданих разлога би могли бити: привремена неспособност за рад због болести или повреде; подношење жалбе или тужбе, односно учешће у поступку против послодавца због повреде закона, другог прописа или правилника о раду, обраћање радника надлежним органима; обраћање радника због оправдане сумње на корупцију или подношење пријаве о тој сумњи надлежним органима.

Одредба члана 131. Закона о раду о отказу уговора о раду изабраном представнику радника, ствара проблеме код давања сагласности за такав отказ од стране министарства надлежног за рад, јер не постоје одређени критерији и процедуре за давање сагласности. То значи да приликом промјена Закона о раду то питање треба прецизније уредити утврђивањем критерија и процедура Законом или упутити на подзаконски акт којим би се то детаљније уредило.

3) Отказ уговора о раду од стране радника, као један од основа престанка уговора о раду а тиме и радног односа, уређен је чланом 134. Закона о раду. Он изазива одређене недоумице код примјене, посебно када је у питању став 3. тог члана. Ставом 3. овог члана, утврђено је да радник има сва права по основу рада као и у случајевима када је послодавац незаконито отказао уговор о раду. Ова одредба је непрецизна, јер у случају незаконитог отказа радник између осталих права има право да се врати на посао, па се оправдано поставља питање шта ће ово право раднику који је сам отказао уговор о раду и не жели више да ради код тог послодавца. Према томе, ову одредбу треба преиспитати и утврдити раднику права која су остварива.

4) Масовно отпуштање радника уређено је одредбама чл. 138. до 140. Закона о раду. Сматрамо да би требало извршити допуне ових одредаба у правцу да се: прецизно утврди који послодавци и који је минимум, пет радника или 10% радника који се отпуштају; временски ограничити мјере (скраћење радног времена, исплата најниже плате, чекање... што потврђује пракса) и прописати критерије за утврђивање вишка радника који би се разрадили општим актима послодаваца. Такође је неопходно дефинисати да ли се члан 140. Закона о раду примјењује само у случајевима масовног отпуштања или у свим случајевима отказа из економских, организационих и технолошких разлога.

## Репрезентативност синдиката и послодаваца

У овом дијелу Закона јављају се проблеми у примјени који се огледају у захтјевима за утврђивање репрезентативности од стране струковних синдиката, који сматрају да Законом нису јасно дефинисани критерији репрезентативности. Струковни синдикати истичу да немогућност утврђивања репрезентативности за ове синдикате ограничава слободу синдикалног организовања. Захтјеве за утврђивање репрезентативности код синдиката организованих на струковној основи Одбор за утврђивање репрезентативности не рјешава, јер репрезентативност споре чланови одбора испред Савеза синдиката Републике Српске. Међутим, прије доношења важећег Закона о раду, кроз подзаконска акта о упису синдикалних организација у регистар био је предвиђен и упис синдиката организованих на струковној основи.

Сматрамо да се Законом о раду треба омогућити упис и утврђивање репрезентативности за синдикате организоване на овакав начин јер у противном то представља ограничење слободе синдикалног организовања и дјеловања.

Оправдано се намеће питање утврђивања репрезентативности синдиката и удружења послодаваца, јер Одбор за утврђивање репрезентативности чине по три представника сваког социјалног партнера. Полазећи од тога да они консензусом утврђују приједлог и упућују га министру надлежном за рад, који затим доноси рјешење, приликом чега често долази до ситуације да се не може донијети одлука, нарочито када се ради о преиспитивању репрезентативности на нивоу Републике или гране. У овом случају не може се примијенити Закон о раду, те је потребно предложити друго рјешење, тј. да у овим случајевима одлуку о репрезентативности доносе окружни судови.

## Колективни уговори

Основни проблем везан уз колективно преговарање јесте питање страна, односно питање легитимитета за закључивање колективног уговора. Надаље, у овој области неопходно је извршити прецизније дефинисање начина вођења поступка колективног преговарања и

закључивања колективних уговора, односе међу колективним уговорима различитих нивоа и вријеме на које се закључују исти.

Такође, треба прецизно дефинисати и уредити: ко закључује колективне уговоре (ситуација са више синдиката од којих су неки репрезентативни а неки нису); питање правног дејства (обавезности) колективних уговора, питање регистра колективних уговора; објављивања колективних уговора у јавном гласилу; посљедице нерегистровања; улогу министарства у регистрацији колективних уговора и надлежну институцију која може испитивати усклађеност колективних уговора са Законом о раду и Општим колективним уговором.

## Посебне одредбе

У овом дијелу има потребе извршити новелирање с обзиром на то да су након доношења и ступања на снагу Закона о раду донесени посебни закони који имају утицаја на одредбе овог закона, посебно на одредбе које уређују питање економско-социјалног савјета и радне књижице.

1) Економско-социјални савјет је уређен са једном одредбом у Закону о раду, којом је предвиђено његово оснивање и нека друга питања која су детаљније уређена Законом о економско-социјалном савјету.[14] Међутим, потребно је ову одредбу новелирати и њоме упутити да ће се сва остала питања, осим оснивања, уредити посебним законом.

2) Мировање радног односа. Ово питање уређено је чл. 172. до 174. Закона у раду. У њиховој примјени јављају се проблеми, посебно приликом именовања или постављења лица/радника из Републике Српске или именовања или постављења на јавне функције од стране надлежних институција Босне и Херцеговине, и због тога се мировање радног односа мора уредити према Закону о раду Републике Српске или Закону о државним службеницима[15], а нови радни статус Законом о раду у институцијама Босне и Херцеговине.[16] Због тога треба извршити новелирање одредбе члана 173. Закона о раду и предвидјети да се јавном функцијом сматра реизборна функција на коју је радник, поред осталог, изабран и од стране надлежног органа Босне и Херцеговине.

Поред наведеног, када је ријеч о мировању радног односа, сматрамо да је потребно проширити разлоге за мировање радног односа због

[14] „ Службени гласник Републике Српске“ број 110/08.

[15] „Службени гласник Републике Српске „ бр. 38/08,117/11 и 37/12.

[16] „Службени гласник БиХ“, бр. 12/02, 26/04, 7/05,48/05 и 60/10.

издржавања казне затвора, мјере безбједности, васпитне или заштитне мјере, у трајању до шест мјесеци.

3) Радна књижица је увођењем Јединственог систем регистрације контроле и наплате доприноса при Пореској управи, изгубила улогу средства за доказивање стажа осигурања. Понекад је и сметња код преласка радника на рад код другог послодавца, који због неплаћених доприноса не уручује раднику радну књижицу а без које се не може извршити пријава у Јединствени регистар.

Према томе, потребно је измијенити члан 175. Закона о раду и новим рјешењем утврдити да радник мора посједовати радну књижицу коју предаје послодавцу приликом ступања на рад и да је радна књижица јавна исправа којом се доказује вријеме проведено на раду код послодавца, чиме ће се отклонити дилеме око утврђивања стажа осигурања односно, пензијског стажа као основа за престанак радног односа.

## КАКО ТРЕБА МИЈЕЊАТИ ЗАКОН О РАДУ

Чињеница да смо у овом раду указали на потребу измјене Закона о раду, предложили их у 13 поглавља важећег закона, од укупно 16, без обзира што су неке веома важне за даљу примјену Закона а неке и нису важне у толикој мјери, довољно говори о потреби промјена у Закону о раду Републике Српске. Када смо говорили о томе шта треба мијењати у Закону о раду, нисмо предложили увођење двају нових поглавља, која се односе на привремено запошљавање и рад ван радног односа с обзиром на то да су ти приједлози били садржани у радном тексту Закона о раду које је припремило министарство надлежно за послове рада и да су исти изазвали највише реакција синдиката.

У овом раду ријеч је о промјенама Закона о раду из номотехничких разлога, мада има случајева промјене суштине законских одредаба. С обзиром на досадашња искуства и ставове социјалних партнера када је ријеч о измјенама Закона о раду, неопходно је дати одговор како треба мијењати Закон о раду.

Сматрамо да би одговор требало да буде у чињеници да приједлози за измјене буду усмјерени ка постизању равнотеже између интереса радника и послодаваца и постизању што веће сагласности око тог питања јер се консензус сигурно не може постићи.

Неизвјесно је давати процјене како ће се и у ком правцу вршити измјене појединих важећих законских рјешења, с обзиром на различите ставове социјалних партнера по овом питању. Тачно је да је ово врло захтјеван и одговоран посао јер се ради о системском закону из радноправне области. Ту одговорност треба да носе сва три социјална партнера с обзиром на то да су заједнички креирали законска рјешења и у ранијим измјенама важећег закона.

Међутим, није извјесно да ће се у 2014. години радити на припреми и доношењу новог Закона о раду, јер до избора није било никаквих активности прије избора а након избора неоправдано је очекивати да ће се нешто конкретно урадити с обзиром на конституисање органа власти на бази изборних резултата.

Приликом припреме текста измјена или новог Закона о раду, обрађивач мора имати у виду аргументе из иницијатива, међународне радне стандарде, хармонизацију са европским прописима и новим законима који су у међувремену донесени у Републици Српској. Обрађивач мора селективно приступити аргументима изнијетим у иницијативи и захтјеву Уније удружења послодаваца, с обзиром на то да има приједлога за нова законска рјешења која би значила смањење права радника, чак испод минимума утврђеног међународним стандардима.

Пред Владом стоји задатак да снагом аргумената доведе до усаглашавања ставова Савеза синдиката Републике Српске и Уније удружења послодавца везано за промјене у постојећем Закону о раду или припреми и изради новог Закона о раду како би се промијенили ставови и неповјерење које је исказано у посљедње четири године у вези са промјенама Закона о раду.

Сматрамо да би предложена рјешења у знатној мјери побољшала систем рада и Закон о раду и у пракси обезбиједила Уставом гарантована права и слободу рада. Измјенама и допунама постојећег или изради новог Закона о раду треба приступити тек ако се постигне одређени консензус међу социјалним партнерима око садржаја и обима питања која ће се обухватити промјенама. Питање увођења флексибилних облика рада и додатних облика рада ван радног односа и законско регулисање права извршилаца таквог рада, у складу са међународним и европским стандардима, иако би привукла стране инвеститоре и омогућило економски и привредни опоравак Републике Српске, сматрамо да не треба отварати док се не постигне потпуни консензус јер се ради о новинама.

Промјене у Закону о раду односно нови Закон о раду, с обзиром на процедуралне препреке, неминовност су у систему рада Републике Српске. Да ли ће доћи до измјена Закона о раду или доношења новог Закона о раду у овој години или касније, зависи од степена усаглашености ставова социјалних партнера по овом питању и одлучности Владе Републике Српске да реализује како свој тако и План рада Народне скупштине Републике Српске, водећи при том рачуна да не угрози достигнути ниво социјалног дијалога и партнерства у Републици Српској.

***Abstract:*** *The Labour Law is practically applied for more than 13 years. In the application we noticed some gaps and incompleteness that need to be removed, as the Law may be implemented smoothly in all its segments. In the last five years, number of initiatives were applied to amend the Labour Law, by the Union of Associations of Employers of Republic of Srpska, NGOs and individual competent authorities (ministries and funds), and all these years adoption of the Labour Law was at the Work Plan of the National Assembly and the Government of the Republic of Srpske.*

*Preparation and adoption of the Law was not approached because the views of the social partners regarding the need to change the Labour Law are different and irreconcilable. The Government of the Republic of Srpska and the Ministry of Labour and Veterans attitudes, that there is a need of more precise and clearer definition of certain terms and their harmonization with international standards and new legislation in the Republic of Srpska who were adopted after the entry into force of the Labour Law.*

*The Union of Associations of Employers of Republic of Srpska and the Government of the Republic of Srpska consider that changes that need to be provided, but the third partner, the Trade Union of the Republic of Srpska is not in alignment with previous; they believe it is the erosion of workers' rights. Given the experiences and social partners' views when it comes to the Labor Law changes it is necessary to give an answer as to change the Labor Law.*

*The answer should be in the fact that the proposals for amendments are aimed at achieving a balance between the interests of workers and employers and achieving the highest permissions on that issue, because certainly no consensus can be achieved.*

***Key words:*** *the Law, initiative, workers' rights, alignment, social partners, balance, international standards, consensus.*

УДК 349.2/.3(497.6)

# ОБЛИЦИ И РАЗВОЈ СОЦИЈАЛНОГ ДИЈАЛОГА И КОЛЕКТИВНОГ ПРЕГОВАРАЊА СА АКЦЕНТОМ НА ПРАВНИ ПОРЕДАК РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ

**Др Борислав Радић***

*Социјални дијалог као трипартитни облик сарадње традиционалних партнера – синдикалних организација и организација послодаваца са државом односно владом као носиоцем извршне власти и колективно преговарање које се по правилу одвија бипартитно (уз одређена одступања кад уз синдикате и послодавце као потписник колективних уговора учествује и држава – тј. влада, што је карактеристика правног поретка Републике Српске), на свом путу развоја може се посматрати кроз одређене фазе. Развој се може посматрати од почетка индустријске револуције те појаве радничких покрета и признавања права на радничко организовање у свијету, преко одређених револуционалних покрета и оснивања првих заједничких тијела социјалних партнера, затим појаве и развоја аутономног радног права односно колективних уговора, па до различитих фаза настанка радног законодавства Републике Српске.*

## А. Развој социјалног дијалога и колективног преговарања до почетка Првог свјетског рата

На основу неких научних и техничких открића, индустријска револуција која је отпочела у Енглеској у XVIII вијеку најавила је изградњу нових друштвених односа и друштва у цијели. Друштва у којем ће доћи до радикалних промјена у начину производње, тј. увођења и превласти машинске производње. Поред научних и техничких промјена, и друге промјене су утицале на стање и односе у друштву.

* **Др Борислав Радић, директор ЈУ„Агенција за мирно рјешавање радних спорова“**

Тако, процес индустријализације повећао је број радника. Дошло је до повећања броја радника код послодавца, али и због радних миграција дошло је и до повећања броја радника у индустријским центрима.

Јака индустријализација и све већа производња на једној страни, довешће до акумулације капитала и стварања буржоазије у којој је било концентрисано богатство, док ће, на другој страни, индустријализација довести до даљег израбљивања радника и њиховог рада, ускраћујући им основна права из радног односа (плаћеног рада, одмора и других права).

У овом временском раздобљу тешко је говорити о сарадњи социјалних партнера и њиховом дијалогу, те било каквом или привидно једнаком положају радника и послодаваца, када он то није био. Ово је и период када сама држава не интервенише у област радних односа, већ се однос између радника и послодавца регулисао правилима римског права о најму радне снаге *(locatio conductio operarum)*. Такође, у овом раздобљу, радни однос је третиран и као правни однос између власника капитала који има улогу послодавца и власника радне снаге који има улогу радника. Другим ријечима, радни однос је представљао купопродају радне снаге за новац. Државе су полазиле од става да су послодавци и радници равноправни субјекти на тржишту радне снаге и капитала и да је искључиво њихова ствар да ли ће међусобно закључити уговор о најму радне снаге и какав ће садржај тог уговора бити.

Међутим, овакав став и понашање државе и њено формално прокламовање једнакости није значило и стварну једнакост између радника и послодавца. Као економски јача страна, богатија, у условима велике понуде радне снаге, послодавац је тај који диктира услове рада и запошљавања. Радник је имао само једну могућност, или да прихвати та правила или да их одбије, а било какво преговарање око тих правила није било могуће. С обзиром на свој положај, угрожену животну егзистенцију, радници су само могли прихватити те услове рада. Конкуренција радне снаге била је тада, као и данас, један од битних услова који су утицали на то да слобода рада и прокламована једнакост буду само декларације а не стварност у животу радника.

Поред оваког става државе, неопходно је указати и на друге ствари и ставове државе у овом периоду. Тако, држава је обично прописивала кривичну одговорност радника за случај обуставе рада код послодавца, док је у исто вријеме, због незаконитог поступања послодавца према радницима, предвиђала грађанску одговорност која се састојала у накнади штете. Разлоге оваког односа државе према радним односима у овом

периоду треба тражити у њеном схватању односа између радника и капитала, односно схватању према којем би свака интервенција државе у те односе кочила привредну експанзију и дестимулисала даља улагања послодаваца.[1]

Ово је и период када се код радника буди свијест о потреби организовања ради побољшања свог материјално-правног положаја, вријеме када радници почињу да се организују и да стварају своја удружења ради заједничког супротстављања послодавцима, односно држави и њеним ставовима према радним односима.

## *1. Појава радничких покрета*

Раднички покрети који су у првој мјери узроковани индустријском револуцијом[2], нехуманим условима рада и тешким животом радника, јављају се крајем XVIII и почетком XIX вијека, с циљем да радници заједничким активностима побољшају свој материјални и социјални положај.

Раднички покрети се одређују као укупност радничких организација које се боре за остваривање радничких интереса[3], односно као раднички покрет сматра се свака дјелатност коју радници заједнички предузимају с циљем заштите својих интереса од експлоатације[4].

У почетку настајања, радничке покрете карактерисало је претежно чланство производних радника[5]. Замјена ручног рада машинским, што је донијела индустријализација, сматрана је главним узроком лошег положаја радниче класе. Стога су радници, у својим првим спонтаним реакцијама, ломили алат, уништавали машине и фабрике. Масовно су се борили против капиталистичких предузетника, тако да су од 1811. па до 1816. године уништавали стројеве и машине, рушили фабрике. Овакав

[1] Др Предраг Јовановић, *Радно право – друго измијењено и допуњено издање*, Универзитет у Новом Саду, Нови Сад, 1998. година, стр. 44.

[2] Индустријска револуција допринијела је квантитативном и квалитетном расту радничке класе. Проналазак парне машине и машине за прераду памука убрзао је раст запослених и радника, а што је представљало техничку претпоставку за појаву радничких покрета.

[3] Др Чедо Волаш, *Социологија синдиката*, Завод дистрофичара, Бања Лука, 2003. година, стр. 71.

[4] Др Бошко Перић, *Радно право*, Свеска I, Увод и историја радног права, Сарајево 1948. год, стр. 40.

[5] Б. Прибићевић, *Социјализам свјетски процес*, стр. 22.

први покрет појавио се у Енглеској у XIX вијеку. Назван је „лудитски“[6] покрет. Током 1812. године донесен је закон против „лудита“ према ком се њихова дјела кажњавају смрћу, тако да ће у неколико идућих година велики број радника смртно страдати. Сличе реакције јављају се и у другим земљама.

Временом, радничка класа је схватила да узрок њеног лошег положаја нису машине, већ њихова капиталистичка примјена, па су стога своје активности усмјерили у правцу борбе против капиталистичких друштвених односа.

Посебно инспиративан покрет радника у првој половини XIX вијека био је чартистички покрет у Енглеској. Покрет је добио назив по народној повељи (енг. peoples charter – повеља, исправа) коју су радници донијели 1837. године. Покрет је трајао до 1848. године[7], а карактерише га јаче политичко интонирање радничких захтјева (нпр. опште право гласа). Захваљујући чартистичком покрету, нешто касније (1840. године) дошло је до формирања Националне чартистичке организације[8] (Лондонско удружење радника) која је затражила опште право гласа, право на рад, скраћивање радног дана, повећање наднице и друго. Кроз ову организацију је показано да радници своја права не могу остварити само политичком ангажованошћу, већ и борбом на економском плану кроз своје професионалне организације[9].

Међутим, чартистичком покрету претходила је побуна лионских ткача 1831. године, која је била усмјерена на обарање власти послодаваца и њиховог повлашћеног положаја у друштву. Ова побуна, иако није дала значајне резултате, посебно је битна из разлога што је наговијестила рађање свијести код радника те других модерних покрета радника.

Током 1848. године у Европи се развијају револуционарни покрети који у својој основи имају за циљ рјешавање и социјалних питања. Преломни период десио се са Фебруарском револуцијом у Француској (1848. године), када је право на рад по први пут изражено као захтјев радничких покрета. Француска револуција доноси радницима три

[6] Покрет је назван по раднику Неду Луду (Nedu Luddu), који је сам поломио свој сто и алат, као знак протеста због тешког економског положаја.

[7] Због сукоба са влашћу и парламентаризмом у Енглеској, покрет је наведене године разбијен и никада се није опоравио.

[8] Покрет је прво настао због права гласа. Када послије либералне реформе парламента 1832. године није дато изборно право радницима под вођством Виљема Ловерта (Williama Loverta), покренут је покрет за даљу демократизацију изборног права.

[9] Др Предраг Јовановић, op. cit, стр. 44.

значајна инструмента за даљу борбу, а то су: право гласа, право на професионално организовање (стварање синдиката) и право на политичко организовање (оснивање политичких странака). На овај начин радници су добили могућност да се успјешније и ефикасније боре за остваривање и заштиту својих економских, социјалних, политичких и других циљева и интереса.

Недуго потом долази до оснивања првих професионалних организација радника (синдиката) које су одиграле значајну улогу у побољшању положаја радника. Синдикалне организације својим колективним иступањем и преговарањем са послодавцем лакше штите права и интересе радника у споровима са послодавцем, односно успјешније могу заштитити права из радног односа и поводом радног односа.

На другој страни, кроз појаву радничких партија у овом периоду, отвара се и поље политичког дјеловања радника, што ће за посљедицу имати јачи државни интервенционизам у уређивању односа између радника и послодаваца, односно синдиката и послодаваца.

Све ово довело је до побољшања положаја радника и њиховог признавања као друштвене класе.

## *2. Развој законодавства и признавање права на радничко организовање*

У досад наведеном видјели смо да је држава била индиферентна према тешком положају радника и њиховом материјалном положају, односно да се држала по страни у односу на раднике и послодавце због чињенице што је у то доба владало увјерење да у односе који се успостављају између рада и капитала држава не треба да се мијеша.

Али због сурове експлоатације радника, тешких и нехуманих услова рада, болести и високе стопе морталитета радника, недостатка здраве радне снаге, те незадовољства радника који представљају сталну пријетњу за владајућу буржоаску класу[10], појава синдиката и политичких партија приморала су државу да интервенише правним нормама у односе између послодаваца и радника.

Својом активношћу држава почиње да ограничава преговоре, односно слободу уговарања између радника и послодавца. Прво својим

[10] Др Ратко Пешић, *Радно право*, Београд, 1976. година, стр. 20.

нормама ограничава и забрањује успостављање радних односа са појединим категоријама радника као што су дјеца, затим забрањује исплату зарађених плата у натури, ограничава радно вријеме, прописује најнужније мјере у области заштите на раду.

Прве интервенције државе у односе између радника и послодаваца најприје се биљеже у Енглеској, затим у Француској и Њемачкој. Тако, 1802. године у Енглеској је донесен Закон о здравственој и духовној заштити ученика и других лица запослених у предионицама и ткачницама памука и у другим фабрикама[11]. У стручној литератури овај закон се означава и као Закон о заштити дјечјег рада[12], а забрањивао је рад дјеце млађе од девет година и њихов ноћни рад. Ноћним радом сматран је сваки рад који се одвијао између 21 час и четири часа изјутра. Овај закон је утврђивао и одређене стандарде о условима живота и смјештаја ученика и шегрта, који су у то вријеме живјели у фабричким заједницама[13]. Без обзира на ограничен домет и на круг лица на које се односио и број питања која су њиме била уређена и непрописивања санкција за његово кршење, поменути закон поједини теоретичари сматрају зачетником радничког законодавства и снажним иницијатором државног интервенционизма и у другим земљама и по другим питањима.[14]

Кад су у питању колективна права радника односно њихове колективне акције, исте су најчешће оштро осуђиване и често квалификоване као кривична дјела за која су прописиване строге казне. Незадовољство радника је постајало све веће због чега су и њихове акције, које су биле усмјерене на превазилажење таквог стања, из године у годину биле све организованије и све чешће. Појачане активности радника морале су довести до ублажавања појединих забрана. Захваљујући томе укида се забрана синдикалног организовања и дјеловања у Енглеској 1827. године, док у другим земљама право на синдикално организовање се признаје касније.[15]

[11] Више: П. Јовановић, наведено дјело, стр. 45.

[12] Др Живко Кулић, *Индустријски односи*, Мегатренд универзитет, Београд, 2007. година, стр. 25.

[13] Б. Прибићевић, op. cit, стр. 22.

[14] По истом питању у Енглеској су донесена још два закона, и то 1819. и 1833. године, са казненим одредбама и са институцијом инспектора рада у вези са заштитом дјеце. Под утицајем чартистичког покрета, средином XIX вијека у Енглеској долази и до скраћивања радног времена на десет сати, прво за дјецу, а послије за омладину, жене и друге раднике.

[15] Право на синдикално организовање у Француској први пут је признато 1848. године и извјесно вријеме је било ван снаге, да би 1884. године дошло до његовог поновног признања. Слобода синдикалног организовања у Њемачкој признаје се 1871. године, а у Краљевини Југославији тек од 1922. године.

Политичко организовање радника и стварање радничких партија у Француској имало је свој посебан значај. Тако је под притиском Радничке партије социјалиста, 1848. године, донијето неколико декрета који су трасирали даљи развој радничког законодавства. Тако је ограничено радно вријеме на десет сати, доноси се посебан Закон о ограничавању радног времена на 12 сати дневно за све раднике и у свим фабрикама, док се 1851. године доноси Закон о скраћивању радног времена за шегрте.

Посебан значај за развој радног законодавства и синдикалног покрета имала је Прва интернационала, основана у септембру 1864. године у Лондону, на иницијативу енглеских, њемачких, француских, италијанских, ирских и пољских радника[16], која се сматра првим међународним радничким удружењем. Током XIX вијека радници су добили право на удруживање.[17]

На првом конгресу у Женеви 1866. године[18], Прва интернационала је посебан акценат ставила на потребе доношења радног законодавства ради ограничења радног времена за дјецу и омладину у свим гранама индустрије гдје рад може имати штетно дејство на њихов организам, забрану ноћног рада за жене и рада у тешким условима, затим ограничење радног времена на осам сати, увођење обавезног одмора, забрану исплате зараде у натури итд.[19] Својим функционисањем она је извршила одређени утицај на развој идеје о међународном радном законодавству и упућен је захтјев свим државама да донесу јединствене законе о заштити радника. Посебан значај конгреса у Женеви био је и због усвајања „Резолуције о синдикату“, што значи да је питање синдиката било једно од централних питања Прве интернационале. У синдикате се гледало као у основну снагу радника која мора бити масовна и јединствена да би могла вршити своју улогу борца за права радника. У том смислу је истакнуто да синдикат мора посветити пажњу омасовљавању и јачању

[16] Ово је временски период у којем организације радника постају све бројније у многим европским земљама и запажају се настојања радника да се повежу на међународном плану. Тако 1864. године, делегација француских радника долази у Лондон са приједлогом пројекта за стварање Међународног удружења радника. Управо у Лондону је, 28. септембра 1864. године, основана Прва интернационала под називом Међународна удружења радника (више: Предраг Рађеновић, *МОР и признавање права на рад*, Ревија за међународно право, бр. 2-3/1965. год.).

[17] Прва синдикална организација која постоји и данас основана је 1868. године у Енглеској, под називом Удружење радничких синдиката (Trade Union Congress) – Видјети више: www.tuc.org.uk

[18] Поред Конгреса у Женеви, Прва интернационала одржала је још пет конгреса и то: Лозана 1867. године, Брисел 1868. године, Базел 1869. године, Хаг 1872. године и Филаделфија 1876. године.

[19] Др Ратко Пешић, op. cit, стр. 25.

јединства радника, а посебно да утичу на јачање њене свијести. Наглашено је и то да синдикат мора бити независан у односу на било коју партију, јер би у противном синдикат изгубио сврху свог постојања.

За историју радничког законодавства и синдикалног покрета незаобилазна је и Париска комуна из 1871. године. Она представља прву револуцију у историји у којој су радници успоставили своју власт, која је трајала тек 72 дана[20]. Успостављањем комуне пренесена је власт са предузећа и радионица на раднике. Управљање је повјерено радницима који су формирали радничке савјете као облике своје владавине. На овај начин радници су по први пут били у ситуацији да управљају национализованим предузећем. За кратко вријеме свог постојања и дјеловања комуна се изборила за значајно побољшање положаја радника у процесу рада односно друштву. Да је то тако потврђује и чињеница да је захваљујући њој успостављена тзв. потрошачка корпа, којом се обезбјеђује минимум егзистенције радника и њихових породица, установљено је судство за радне спорове, забрањен ноћни рад у пекарама и слично.

За даљи развој радног законодавства и права на радничко организовање значај има и Друга интернационала, основана 14. августа 1889. године у Паризу на Међународном конгресу радника и социјалиста.[21] На овом конгресу усвојени су документи о питањима развоја радничког покрета и о радничком законодавству. Документи о радничком законодавству односили су се на увођење осмосатног радног дана, на забрану дјечјег рада, једнаке плате за једнак рад, те увођење празновања 1. маја као дана међународне солидарности радничке класе[22], чиме је 1. мај постао међународни празник рада.[23] Резултати Друге интернационале били би много већи и значајнији да се убрзо послије

[20] Револуцији је претходило владино срамно примирје с Њемачком и распуштање Националне гарде. Започињу сукоби и влада одлази у Версај (Versailles) а власт преузима радничка класа. Француска је тако била прва радничка држава. Париску комуну је угушила војска, ком приликом је убијено више од 30.000 људи у догађају познатом под називом „Крвава недјеља".

[21] Оснивач и организатор оснивачког конгреса Друге интернационале била је Социјалистичка партија Француске. Оснивачком конгресу је присуствовало 400 делегата из 18 држава. Поред Конгреса у Паризу, Друга интернационала је одржала конгресе и у: Бриселу 1891. године, Цириху 1893. године, Лондону 1896. године, Паризу 1900. године, Амстердаму 1904. година, Штутгарту 1907. године, Копенхагену 1910. године и Базелу 1910. године.

[22] Боривоје М. Шундерић, *Право Међународне организације рада*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2001. година, стр. 39.

[23] Прво је Америчка федерација рада, 1888. године, одлучила да се празнује 1. мај из разлога солидарности према погинулим радницима у демонстрацијама у Чикагу 1886. године, на којима је учествовало преко 40.000 радника. Захтијевано је осмосатно радно вријеме и бољи услови рада. Међутим, током демонстрација долази до сукоба са полицијом, у којем је страдао велики број радника.

оснивања није суочила са одређеним фракцијама и борбама које су је из дана у дан све више разарале и онемогућавале за успјешно дјеловање.

Развој радног законодавства наставио се и у XX вијеку. Овај период карактерише ширење круга питања обухваћених радничким законодавством (заштита од тешких услова рада, одмори, минималне наднице, скраћивање радног времена за поједине категорије радника – за рударе, жене и омладину). Посебно треба подвући да се радничко законодавство све више шири и на домен социјалног осигурања, односно заштите радника од појединих социјалних ризика: болести, повреда на раду, старост[24].

Признавање права радника да организују синдикат, прво у Енглеској, потом у Француској и другим државама, било је од великог значаја за развој радничког покрета. Број радника учлањених у синдикат значајно се повећава од средине XIX вијека. Посебно значајна је и чињеница да се у XX вијек ушло са већ започетом и прихваћеном праксом колективног уговарања услова рада тј. са институцијом колективних уговора[25], који ће директно утицати на даљи развој радничког законодавства.

Долази и до удруживања синдикалних организација у федерације, којима се групишу радници исте професије[26], док се у појединим државама стварају синдикалне централе[27]. Било је и међународно повезивање синдиката по занатима и дјелатностима. Оно што је било заједничко свим синдикалним организацијама у овом периоду, и то оних синдикалним организацијама насталим у националним оквирима и за међународне синдикалне организације, јесте то да су се оне залагале за стварање међународног радничког законодавства.[28]

Што се тиче стварања и развоја радног законодавства у овом периоду на нашем подручју, треба рећи да је у њима постојао својеврсни правни партикуларизам, због чињенице да су поједини дијелови били или саставни дијелови Аустрије или под влашћу Мађарске, односно Турске (Босне и Херцеговине[29]) или као самосталне државе (Србија и Црна Гора).

[24] Др Предраг Јовановић, op. cit, стр. 46-47.

[25] Први колективни уговор закључен је 1896. године у Аустрији између синдиката графичких радника и њиховог послодавца.

[26] У Француској 1895. године, а у Шпанији 1906. године, створене су конфедерације рада.

[27] У САД-у оснива се Америчка федерација рада.

[28] Више: др Борислав Благоев, *Радно право I*, Београд, 1973. година, стр. 124–137; др Ратко Пешић, *Међународна организација рада*, Нови Сад, 1969. година, стр. 6–10.

[29] У Босни и Херцеговини се до 1878. године примјењивало турско законодавство, односно Отомански грађански законик и други прописи. Након анексије, примјењивало се аустријско законодавство, то јест примјењивао се Аустријски грађански законик, Трговачки законик за Босну и Херцеговину од 1883. године, Рударски закон из 1881. и други.

Радно законодавство у овим државама дошло је релативно касно, јер су то биле земље са слабо развијеном привредном структуром, без индустрије, радничке класе и радничког покрета, осиромашене сталним ратовима. Али треба указати на то да је у Србији 1910. године донијет Закон о радњама (lex Јаша Продановић) којим је уведено здравствено осигурање за случај болести и несреће на послу. Овим законом успостављена су правила која су се ослањала на њемачки систем осигурања. Интересантно је истаћи да је у посматраном периоду за подручје Црне Горе важио Општи имовински законик за Црну Гору из 1888. године (Богишићев Грађански законик), који је имао неколико одредаба из области радних односа и области за случај болести.[30]

Међутим, у овом периоду дешавају се преломне и радикалне промјене у радном законодавству. Од појаве првобитних радних односа па до Првог свјетског рата запажа се континуирано и постепено настајање и развијање посебних облика заштите запослених лица (радно законодавство, синдикати, колективни уговори), које је почетком XX вијеку кулминирало првим кодификацијама. Може се рећи да све до окончања Првог свјетског рата долази у већој мјери до доношења закона – декларација о правима радника на боље услове рада итд., него до правног регулисања стварне заштите лица у радном односу.[31]

## Б. Развој социјалног дијалога и колективног преговарања између Првог и Другог свјетског рата

У периоду између два свјетска рата, сарадњу социјалних партнера (трипартитну и бипартитну) карактеришу велике супротстављености, незадовољство радника због лошег економског и социјалног положаја, расте револуционарно расположење, шире се раднички покрети. Поред радника, незадовољство јача и код сељака и осјети се све јача супротстављеност између радника и послодаваца.

Овај период карактеришу и први штрајкови радника у индустријски развијеним земљама, као што су Француска, Њемачка, Енглеска. Радницима се придружују и сељаци, било учествујући у протестима заједно са њима или у заузимању фабрика и власти, као што је то био случај у Италији.

[30] Др Предраг Јовановић, op. cit, стр. 47.

[31] Др Никола Тинтић, *Основи радног права*, I свеска, Загреб, 1955. година, стр. 36–37.

Најзначајнија чињеница која је утицала на односе између рада и капитала у овом временском периоду је Октобарска револуција из 1917. године[32] у Совјетском Савезу, те Трећа интернационала, основана 1919. године у Москви. Побједа извојевана у Октобарској револуцији имала је утицај на даљи развој радног законодавства из разлога што је совјетска влада том приликом донијела одређене документе (декрете) који се тичу осмосатног радног времена, трајања и распореда радног времена, уређена су била и друга права радника као што су право на одмор у току дана, обављање прековременог рада, заштита малољетних радника. Исте године донесени су одређени документи који се односе на осигурање радника у случају незапослености и болести.

Годину дана касније, у Совјетском Савезу прокламује се принцип права на рад[33], приступа укидању приватних уреда за запошљавање и оснивају се прве берзе рада са задатком да се старају о радној снази и правима за вријеме незапослености[34].

Исто тако, и у другим земљама по окончању Првог свјетског рата појачане су активности влада на изради радног законодавства. Тако 1918. године у Њемачкој, Великој Британији и Француској, доносе се прописи о осмосатном радном дану, прописи о рјешавању радних спорова, колективним уговорима, док се у исто вријеме у другим земљама доносе прописи о социјалном осигурању радника.

У периоду између два свјетска рата дошло је и до оснивања Треће интернационале у Москви, 1919. године[35]. Оснивањем Коминтерне због политичких идеја комуниста, убрзан је распад јединственог радничког покрета. Коминтерна доводи до цијепања међународног радничког покрета на два супротстављена блока – на једној страни су били комунисти, а на другој социјалисти. Али, без обзира на наведено, процес индустријализације довео је до даљег јачања улоге не само државе и носиоца власти већ и рада и капитала. Радници, њихови покрети и синдикални покрети чији је лик уобличен крајем XIX вијека, постају рефлектујући фактор у друштву и борац за остваривање и заштиту

[32] Др Љубица Кандић, *Одабрани извори из опште историје државе и права*, Савремена администрација, Београд, 1992. година, стр. 377–395.

[33] Први Совјетски кодекс Закона о раду (1918. година). Рад је проглашен дужношћу свих грађана и уведена је парола „Ко не ради не треба ни да једе“. Други кодекс Закона о раду донијет је 1922. године, и садржавао је одредбе о уговорима о раду, заштити права радника, радним споровима итд.

[34] Др Живко Кулић, op. cit, стр. 29.

[35] Комунистичка интернационала – Коминтерна.

својих права и интереса у друштву. На другој страни, и власници капитала постају све организованији, и до њих допире глас радника. У таквим околностима и због све чешћих и добро организованих штрајкова, носиоцима власти није преостало ништа друго него да почну поштовати рад и капитал, и водити дијалог са њима.

Процес колективног преговарања почиње нагло да јача и све више добија на значају. Ово стање приморавало је представнике државне власти да се у поступку уређивања односа између радника и послодаваца с већом пажњом односе према њиховим ставовима.

Међутим, користећи велику економску кризу крајем 20-их и почетком 30-их година XX вијека, која је задесила готово све земље свијета, користећи незапосленост и све теже услове живота и рада, јача фашистички покрет у Европи, прво у Италији, а затим у Њемачкој. Овај покрет само се декларативно залагао за идеје радничких покрета, а стварно их је обезвређивао с циљем да својој идеологији обезбиједи мјесто и улогу у радном законодавству. Све ово рађено је са циљем да се синдикати и њихово јединство „разбије“ те да прихвате фашистичку идеологију, а радници увуку у фашистичке редове.

У том смислу поједине синдикалне организације, нарочито у Италији, биле су укључене у државну организациону структуру и поред њихових основних циљева придодају им се још политички и државни циљеви, с циљем да фашистичка идеологија добије већу подршку. На другој страни, фашизам у Њемачкој није био ништа блажи у односу на италијански у погледу синдикалних организација. Њемачки фашизам у суштини је допринио то да синдикалне организације, иако формално постоје, не раде, односно њихове функције се преносе на послодавце односно саму државу.

Почетни успјех Октобарске револуције на једној страни, али на другој страни појава Коминтерне и фашизма, на одређен начин успориле су развој радног законодавства у овом временском периоду и довели до озбиљне стагнације социјалног дијалога у многим земљама.

Оно што је најзначајнија карактеристика овог периода, а чији ефекти и сам значај ће се видјети након Другог свјетског рата а и данас, јесте чињеница да се 1919. године оснива Међународна организација рада и појављују први облици заједничке сарадње државе, радника и послодаваца. Ово је период када долази и до признања и успостављања радног права као правне дисциплине у већини земаља.

### *1. Оснивање Међународне организације рада*

По завршетку Првог свјетског рата јавила се идеја о оснивању институције на међународном глобалном плану која ће на одређен начин репрезентовати заједничке интересе радника, послодаваца и држава, односно институције кроз коју би се ти интереси усклађивали и уређивали између трипартитних субјеката. Рат није зауставио протагонисте ове идеје и сам покрет[36] усмјерен ка изградњи међународног радноправног режима. Штавише, рат је стимулативно дјеловао на приставлице међународног уређивања рада и радних односа. Њихов циљ је био утврдити минимална међународна правила о условима рада, која би се касније пренијела у национална законодавства. И сама радничка класа је увидјела да своје активности мора усмјерити на побољшање животних и радних услова.[37]

Током рата уочена је улога и значај радне снаге, која је још више дошла до изражаја послије рата, због чињенице да је привреда била разорена. Рат је зближио радника са државом односно послодавцима. У овом временском периоду производња и услови рада морали су бити прилагођени војним потребама и ратним условима привређивања. Радници су радили и производили искључиво за потребе фронта, а послодавци често мијењали производну дјелатност, па самим тим и радници су радили различите послове и на различитим мјестима рада.

Мање или више, државе су се суочавале са истим проблемима и озбиљно су схватале ситуацију која је настала послије рата. На једној страни је била ратом разорена привреда, а на другој страни идеја о интернационализацији потребе за успостављањем хуманих услова рада, те све јачи ауторитет и активности радничких организација.[38]

У таквим околностима, на конференцији у Паризу, 28. јуна 1919. године, Версајским уговором о миру основана је Међународна организација рада и постала је прва специјализована агенција Уједињених нација

[36] Долазили су приједлози од појединих синдикалних организација да се у Уговору о миру одреде услови рада. Исто тако, међу првима су француска Генерална конференција рада и Америчка федерација рада затражили од својих влада да у своје делегације које ће преговарати о Уговору о миру укључе и представнике радника, а који су уједно били и протагонисти идеје око стварања међународне институције. Њихове идеје су касније прихваћене и од синдикалних организација које су долазиле из других земаља.

[37] Више: Боривоје М. Шундерић, наведено дјело, стр. 47-52.

[38] Ch. Wrigley, *The second world war and state intervention in industrial relations, 1939-1945,* Cheltenham, UK, 1996, стр. 12–44.

1946. године.[39] Од свог оснивања, ова организација је јединствена по својој трипартитној структури у којој радници и послодавци учествују у раду управних органа организације као равноправни партнери владама.[40]

Оснивању Међународне организације рада претходио је рад Комисије за међународно радничко законодавство коју су образовале државе, свјесне потребе да заједнички мир, који је потребан човјечанству, не може бити остварен само кроз политичко поље дјеловања, већ је исто тако потребан и заједнички социјални мир. Рад у Комисији није био лак и прије доношења било каквих одлука претходили су међусобни сукоби, неповјерења и жучне расправе. Ово из разлога што су чланови Комисије који су били представници држава, односно националних влада, инсистирале на томе да се осигура такав начин гласања који ће омогућити да њихови гласови имају превагу приликом доношења одлука, у односу на гласове радника и послодаваца. Овоме су се супротставили радници и послодавци из разлога што је такав вид гласања и одлучивања за њих био неприхватљив.[41] На крају, овај став радника и послодаваца није прихваћен; и данас је познато да половину чланова Међународне организације рада чине представници држава, док другу половину, односно по једну четвртину, чине представници радника и послодаваца[42]. Сваки делегат има један глас приликом гласања и овај принцип није никад мијењан. Делегати гласају према својој савјести и свом опредјељењу, независно од тога како гласају остали чланови делегације.[43]

Најважнији облици доношења норми су конвенције и препоруке. Оне се сматрају усвојеним ако за њих гласа већина од двије трећине гласова свих присутних делегата.

Неспоран је утицај Међународне организације рада на побољшање радних услова и стандарда, од свог оснивања па све до данас. Кроз своју нормативу активност – конвенције и препоруке, те практичним

[39] За први Устав МОР-а се сматра 13. дио Версајског уговора о миру 1919. године, који су редефинисани и допуњени Филаделфијском декларацијом из 1944. године. Од 1920. године сједиште МОР-а је у Женеви.

[40] http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/history/lang--en/index.htm

[41] Др Живко Кулић, op. cit, стр. 28.

[42] Делегацију сваке државе чланице Међународне организације рада чине четири делегата: два представника владе и по један представник послодаваца и радника. Чланови делегације немају обавезу да усаглашавају своје ставове у вези са гласањем.

[43] Ilo between the two world wars 1919–1939 (више: www.ilo.org/public/english/support/lib/century/index.htm)

дјеловањем, ова институција допринијела је хармонизацији радног законодавства у цијелом свијету. Кроз хармонизацију радног законодавства, одређене радне стандарде, те мијењајући и унапређујући национална законодавства, заслуге ове институције за побољшање материјалног и социјалног положаја радника несумњиво су велике.

Организациона структура Међународне организације рада, базирана на принципу трипартизма, утицала је и на друга заједничка тијела социјалних партнера.

### *2. Оснивање првих заједничких тијела социјалних партнера*

Сарадња социјалних партера и сам социјални дијалог данас се у свим земљама свијета схвата као процес који нема алтернативу.

Оно што свакако одликује заједничка тијела, а економско-социјални савјети су најзначајнија тијела социјалних партнера, јесу чињенице да су то тијела у којима се одвија комуникација између владе, синдиката и послодаваца, затим редовна размјена мишљења са циљем проналажења компромиса, доносе политичке одлуке, разматрају политике и други стратешки документи, дају мишљења о законима, а све са циљем постизања социјалног и индустријског мира. Савјети се оснивају у циљу успостављања и развоја социјалног дијалога у питањима од значаја за остваривање економских и социјалних права и слобода човјека, затим ради побољшања материјалног, економског, социјалног положаја радника и послодаваца. Циљеви оснивања заједничких трипартитних тијела посматрају се и кроз развој демократије и културе колективног преговарања те подстицања рјешавања спорова мирним путем.

Прво трипартитно тијело, Национални економски савјет, основан је 1925. године у Француској[44]. Његовим оснивањем настављен је континуитет постепеног јачања и унапређивања сарадње између социјалних партнера. Кроз овај савјет, радничке и послодавачке организације су добиле могућност да се преко својих представника, заједно са представницима државе односно јавне власти, изјашњавају о појединим законима и другим актима у области економске и социјалне политике.

[44] Енг: Economic and Social Council; Фр.: Conceil Economique et Social (CES). Видјети више: www.my-world-guide.com/.../france/ или www.ces.fr

Економско-социјални савјети[45] данас представљају најзначајније и најраспрострањеније институционализоване форме сарадње државе, синдиката и послодаваца. Њихове надлежности и трипартитна структура чини их подесним моделом сарадње и усклађивања интереса социјалних партнера.

Када је у питању данашњи простор Европске уније, неопходно је указати и на Европски економски и социјални савјет[46] који је 1957. године основан Римским споразумом. Има 334 члана, које именује Савјет Европске уније, на приједлог влада држава чланица. Ово мултипартитно тијело основано је са циљем да се различите економске и друштвене интересне групе укључе у формирању заједничког тржишта и да се обезбиједи институционални капацитет како би своје савјете давали члановима Европске комисије и Савјету министара Европске уније, те другим тијелима и институцијама Уније. Јединственим европским актом из 1986. године, као и каснијим измјенама оснивачких уговора (Уговор из Мастрихта – 1992, Уговор из Амстердама – 1997. и Уговор из Нице – 2000) улога Европског економског и социјалног савјета ојачана је и проширена[47]. По појединим питањима консултовање савјета може бити обавезно или факултативно (опционо).

Данас, у националним оквирима држава чланица Европске уније социјални дијалог је уставна категорија, који се одвија кроз економско-социјалне савјете[48], док се колективно преговарање (такође уставна категорија) заснива на бипартитним принципима – између радника и послодаваца, односно њихових организација.

[45] У већини других европских земаља економско-социјални савјети се оснивају по завршетку Другог свјетског рата или у посљедњој деценији XX вијека. Тако, Економски савјет у Белгији је основан 1948. године, Холандији 1950, Италији 1957, Данској 1962, Ирској 1973, Португалу и Шпанији 1991, Грчкој 1994, Хрватској и Бугарској 2001, Србији 2001.

Када је у питању Република Српска, први економско-социјални савјет, споразумом социјалних партнера је основан 1997. године. Даља функционална унапређења у раду овог тијела и сама институционализација извршена је доношењем Закона о економско-социјалном савјету („Службени гласник Републике Српске“ број 110/08).

[46] www.eesc.europa.eu/?i=portal.en.about-the-committee

[47] Јединственим европским актом и Уговором из Мастрихта продужен је низ питања за која Савјет мора бити консултован а то су посебно регионална и еколошка питања и политике. Уговором из Амстердама проширује се круг питања када ово тијело мора бити консултовано од Европског парламента прије доношења одлуке.

[48] Имена институција варирају. Постоје велике разлике према саставу али суштина је свуда иста.

### *3. Социјални дијалог и колективно преговарање у Краљевини Југославији између два свјетска рата*

У земљама које су 1918. године ушле у састав старе Југославије, у зависности од окупационе силе, важили су различити политички, привредни и правни режими. Овај правни партикулизам у Краљевини Југославији, а чији је званичан назив до 1929. године био Краљевина Срба, Хрвата и Словенаца, постојао је све до 1921. године, имајући у виду различито правно насљеђе из претходног временског периода.

У раздобљу између два свјетска рата, најзначајнији период за сарадњу социјалних партнера и развој радног законодавства је период од 1921. године па до Шестојануарске диктатуре 1929. године, када је донијет већи број прописа у области заштите радника и њихових права и интереса. Донесени прописи примјењивали су се на простору цијеле Краљевине.

Видовдански устав из 1921. године садржавао је одређена прогресивна рјешења у заштити радника. Рјешења су се тицала заштите посебне категорије радника[49] кроз посебне законе, предвиђено је социјално осигурање за ризике старости, инвалидности, смрти и незапослености те су признате синдикалне слободе.

Поред затечених прописа, који су се примјењивали, сходно уставном овлашћењу и правном основу (Видовдански устав из 1921. године) почиње и доношење закона од значаја за радне односе. Тако, рецимо, донесени су: Закон о инспекцији рада (1921), Закон о заштити радника (1922), Закон о социјалном осигурању (1922), Закон о радњама (1931). Посљедњи закон је од нарочитог значаја за ову тему, из разлога што од тренутка његовог ступања на снагу, субјекти колективног преговарања су имали обавезу да преговарају и да по окончању преговора закључе колективни уговор[50].

И поред чињенице да су закони били прогресивни за то вријеме, нису могли да у потпуности заживе у пракси. Више се радило о нормативној прокламацији права радника, с циљем да се задовоље и донекле умире покрети радника и сељака, него што су се ти закони

[49] Под посебним категоријама радника у овом периоду подразумијевају се жене и малољетни радници.

[50] Колективним уговорима уређивала су се питања: одмора, зараде и других примања запослених, дужине радног времена, прековременог рада, отказни рокови, дужина и начин отказивања колективних уговора, санкције за непоштивање колективних уговора.

примјењивали. Примјена је зависила од односа снага у друштву, односно стања социјалног партнерства и моћи радничких покрета и синдиката у том периоду[51].

Међутим, и поред свих прогресивних идеја и позитивних чињеница као што су економско-социјални савјети, Међународна организација рада, у Краљевини Југославији и другим земљама Европе и свијета наступа извјесна стагнација и назадовање, како у даљем развоју радног законодавства тако и у самим односима социјалних партнера. На нашим просторима, томе је у великој мјери допринијела Шестојануарска диктатура, као и сам фашистички покрет са својом идеологијом и велика свјетска криза у којој су се радници нашли у тешком положају.

## В. Развој социјалног дијалога и колективног преговарања након Другог свјетског рата

У току самог рата постало је јасно да су државни органи немоћни да самостално рјешавају нагомилане проблеме. Рат и ратни услови привређивања и живота приморали су државе и њене органе да успостављају још чвршће односе са социјалним партнерима. И сами социјални партнери су били принуђени да сарађују јер је то био готово једини начин за успостављање одрживих односа у области економско-социјалне политике.

По завршетку рата долази до даље сарадње социјалних партнера. Постало је јасно, и у капиталистичким и социјалистичким земљама, да је главни терет рата поднијела радничка класа, и да је због тога потребно у њихову корист учинити одређене уступке, односно посветити знатно већу пажњу уређењу услова рада и радних односа гарантовањем одређених права из радног односа.[52]

Позитивне тенденције у постратном развоју односа социјалних партнера највише су дошле до изражаја у индустријски (капиталистичким) развијеним земљама[53], а посебно у земљама Западне Европе и САД-а. То је и логично ако се има у виду чињеница да су то биле

[51] Више: Др Предраг Јовановић, наведено дјело, стр. 48-49.

[52] Исто: др Ратко Пешић, *Радно право*, стр. 27; др Предраг Јовановић, *Радно право*, стр. 51; др Живко Кулић, *Индустријски односи*, стр. 40–41.

[53] Капиталистичке државе карактерише много већа флексибилност и прилагодљивост социјалним токовима и захтјевима радника. То је утицало на даљи развој радног права. Уводе се нови облици у организацији рада, проширује се рад радника на друге послове, допушта се саодлучивање радника на радном мјесту.

земље са најјачом индустријом, јаким радничким покретом и најдужом традицијом у области колективног преговарања.[54]

За разлику од капиталистичких земаља, у социјалистички оријентисаним земљама, због саме идеје социјализма у којем су синдикати имали само маргинализовану улогу са декларативним надлежностима али без стварног утицаја на економске токове и социјалне прилике у земљама, политике запошљавања, на само законодавство у коме колективног преговарања готово да није било, остваривање и функционисање социјалног дијалога почиње да се развија касније, 70-их и 80-их година прошлог вијека.[55]

У овим земљама, социјално оријентисаним привредним системима, функционисање социјалног дијалога је било само симболично. Развој аутономног радног права готово и да није постојао због чињенице да је у оквиру приватног сектора функционисало око 5% послодаваца. На другој страни, стварно уређивање односа између послодаваца и радника искључиво је вршено законском и другом регулативом државе. Све ово је успоравало развој међусобних односа између државе, радника и послодаваца до посљедње декаде прошлог вијека, када готово у цијелом свијету долази до распада социјалистичких привредних система и земље се окрећу капиталистичком начину производње. На једној страни, јача улога и значај социјалног дијалога и појављују се институционализовани облици сарадње социјалних партнера, док у исто вријеме јача процес колективног преговарања радника и послодаваца, па самим тим и значај колективних уговора као недржавних извора радног права.

У периоду по окончању Другог свјетског рата јачају синдикалне активности, а чему је у великој мјери допринијела Међународна организација рада. Кроз своју нормативну активност, конвенцијама и препорукама, поспјешује колективно преговарање и доприноси сталном јачању социјалног партнерства.

Послије рата, иако је број предузећа био у порасту, њихова улога се није могла мјерити са улогом државе[56], а што је и разумљиво јер је у краћем периоду по окончању рата држава била принуђена да се и даље мијеша у рад и пословање предузећа, како би се остварили стратешки национални државни интереси. Својим прописима држава је примора-

[54] Др Предраг Јовановић, op. cit, стр. 51.

[55] У социјализму, приватна својина и приватни сектор био је сведен на минимум због чињенице да је од стране носиоца власти привредни сектор подруштвљен.

[56] О односима и утицајима између државе и предузећа, опширније: P. Drucker, *The new society*, The anatomy of industrial order, 1962. година, стр. 36.

вала послодавце и раднике да поступају у складу са наведеним интересима.[57]

Послије обнове ратом разорене привреде, период карактерише и висока стопа привредног раста и развоја и стварање великих предузећа са великим бројем радника. С овом чињеницом одржива је и чињеница да „синдикати постају све већи и моћнији под стручним руководством искусних вођа, што је појачало њихову улогу у политичкој сфери"[58]. У исто вријеме владе појединих земаља све више се интересују за економију и привредне субјекте, а држава постаје спремнија да допринесе бољем функционисању радноправног законодавства.

У том смислу и радноправни положај радника у државној администрацији почиње да се уређује нормама аутономног права, односно нормама колективних уговора.[59] У овој фази развоја, радно право је готово у свим земљама свијета у мањој или већој мјери самостална и развијена грана права, па се постојећи прописи модификују, проширују или доносе нови.

Међутим, 70-их година наступа период економске кризе и стагнације, број незапослених у свим земљама расте, смањује се јавна потрошња и буџети. У том смислу, различитим прописима и другим интервенцијама, држава ограничава и отежава остваривање и функционисање социјалног дијалога. Незадовољство радника и њихових синдикалних удружења често се манифестује у виду организовања штрајкова и других облика отпора. Дешавају се и различите економске, технолошке и социјалне промјене које доводе до стагнације и слабљења трипартитне сарадње.

Без обзира на повремене тешкоће и препреке, сарадња између државе и социјалних партнера се наставља. Посебно треба истаћи да од 90-их година почиње значајна афирмација како социјалног дијалога и трипартитних односа, тако и колективних уговора као резултата бипартитних односа, готово у већини земљама Социјалистичке Федеративне Републике Југославије, па и у Републици Српској као дијелу Босне и Херцеговине настале Дејтонским мировним споразумом.

[57] Др Живко Кулић, *Трипартизам на прагу трећег миленијума*, ЈП „Службени лист СРЈ" Београд, Београд, 1999. година, стр. 32.

[58] M. Dimock, *Business and Goverment*, *Issues of Public Policy*, fourth edition, New York, 1961. година, стр. 16.

[59] Ibidem, fusnota 57, стр. 33.

## Г. Социјални дијалог и колективно преговарање у настајању радног законодавства Републике Српске

Настанку радног законодавстава у Републици Српској претходила је посљедња фаза развоја радног законодавства у Социјалистичкој Федеративној Републици Југославији (СФРЈ) и Социјалистичкој Републици Босни и Херцеговини (СРБиХ).

Период су обиљежили Закон о основним правима из радног односа[60] и Закон о радним односима[61], који је донијет на основу савезног закона. Према концепту уређивања радних односа, предмет савезног закона била су основна права из радног односа, а предмет републичког закона начин остваривања ових права, кроз норме које су служиле за аутономно уређивање радних односа.

Прије настанка радног законодавства у Републици Српској, наведени закони су били на снази, у складу са чланом 12. Уставног закона за спровођење Устава Републике Српске[62]. До доношења одговарајућих закона Републике, примјењивани су закони и други прописи СФРЈ и СРБиХ. Услов за примјену био је да закони буду у складу са Уставом Републике Српске и да нису у супротности са законима и другим прописима донијетим на основу Устава.

Тако је обезбијеђен континуитет радног законодавства на територији Републике Српске у периоду послије ступања Устава на снагу. Истовремено, обезбијеђен је континуитет развоја радног законодавства и радног права у Републици у односу на претходно раздобље развоја радног законодавства у СФРЈ и СРБиХ и у односу на историјски развој радног права, од настанка и развоја током прошлог вијека, до реформе на почетку овог вијека.

### *1. Настанак радног законодавства и прва фаза у развоју социјалног дијалога и колективног преговарања*

Формирање радног законодавства у Републици Српској започело је 1993. године, доношењем првих закона: Закона о радним односима и

[60] „Службени лист СФРЈ“, број: 60/89 и 42/90.

[61] „Службени лист СРБиХ“, број: 20/90.

[62] „Службени гласник Републике Српске“, број: 21/92.

Закона о запошљавању и остваривању права незапослених лица[63] и Закона о заштити на раду.[64] Послије су донијети и други закони којима се уређују права и обавезе из радних односа и други дијелови предмета радног права и тако успостављен систем радног законодавства у Републици. Донијети су: Закон о радним односима у државним органима[65], Закон о штрајку[66], Закон о инспекцији рада[67], Закон о евиденцији у области рада и здравственог осигурања[68].

Развој радног законодавства кроз доношење, измјене и допуне закона слиједи, по правилу, развој уставноправног система. Наведени закони су донијети на основу Устава Републике Српске из 1992. године. Послије доношења ових закона, ступио је на снагу Устав Босне и Херцеговине, као Анекс IV Дејтонско-париског споразума из 1995. године, а којим је Уставом уређен континуитет закона и подзаконских прописа донијетих прије њега.

Сви закони који су донијети прије ступања на снагу Устава Босне и Херцеговине остали су важећи закони. Услов је био да закони који буду на снази у тренутку кад Устав ступи на снагу, буду у складу са њим. Поменути закони из радног законодавства, претходно донијети, остали су на снази послије ступања на снагу Устава Босне и Херцеговине, чиме је обезбијеђен континуитет радног законодавства послије ступања на снагу Устава Босне и Херцеговине.

За ову фазу радног законодавства Републике Српске, са доминантном друштвеном својином, која је трајала у периоду од 1993. до 2000. године, можемо рећи да је карактерише привременост као и мјешавина обиљежја претходних и радних односа у настајању, а што посебно долази до изражаја кроз измјене и допуне, важења и примјену закона, те сам концепт уређивања радних односа.

Радно законодавство у овом периоду представља везу између посљедње фазе у развоју радног законодавства у СФРЈ и СРБиХ, у којој већ започиње постепени прелазак од концепта међусобних радних односа у концепту уговорних радних односа, а који карактерише другу

[63] „Службени гласник Републике Српске“, број: 25/93. Ступањем на снагу Закона о радним односима престали су да важе поменути савезни закони о основним правима из радног односа и републички Закон о радним односима и започео развој радног законодавства у Републици Српској.

[64] „Службени гласник Републике Српске“, број: 26/93.

[65] „Службени гласник Републике Српске“, број: 11/94 и 6/97.

[66] „Службени гласник Републике Српске“, број: 10/98.

[67] „Службени гласник Републике Српске“, број: 8/97.

[68] „Службени гласник Републике Српске“, број: 18/94.

фазу развоја радног законодавства у Републици Српској. Ову фазу, фазу социјално оријентисаног привредног пословања, са наглашеним државним интервенционизмом и друштвеном својином, карактерише одсуство колективног преговарања те привредни и друштвени амбијент у којем аутономни извори радног права, у данашњем облику, нису могли бити развијени.

Облици и форме сарадње социјалних партнера нису били развијени. Без обзира на ову констатацију, ово је период када долази до првих видова сарадње социјалних партнера. Појављују се прва тијела трипартитног карактера, почиње се колективно преговарати и закључују се први колективни уговори[69], између Владе Републике Српске, Савеза синдиката Републике Српске и Привредне коморе Републике Српске, која је представљала једини облик удруживања послодаваца у том периоду. Међутим, најзначајнија карактеристика овог периода за даљи развој социјалног дијалога јесте Споразум о образовању Економско-социјалног савјета, као првог трипартитног тијела савјетодавног карактера. Споразум је закључен крајем 1997. године.[70]

## *2. Друга фаза у развоју социјалног дијалога и колективног преговарања*

Друга фаза развоја радног законодавства започела је 2000. године, када су донесени и објављени Закон о раду[71] умјесто Закона о радним односима и Закон о запошљавању[72] умјесто Закона о запошљавању и остваривању права незапослених лица. Фазу карактерише и доношење Закона о административној служби у органима управе Републике Српске[73] умјесто Закона о радним односима у државним органима.

[69] „Службени гласник Републике Српске“ број: 06/97.

[70] Савјет су сачињавали по два члана Владе, Коморе и Синдиката. Разматрао је и дао мишљења о питањима из области радноправних односа, запошљавања, пензијско-инвалидског осигурања, социјалне заштите и мјере социјалне политике. Савјет је радио јавно, у сједницама, са присутним бројем чланова, уз могућност да у раду (са правима и дужностима чланова Савјета) учествују научни и стручни радници. До доношења Закона о раду 2000. године, Савјет је одржао мали број сједница (седам, укључујући конститутивну), и то готово све у периоду израде поменутог реформског закона. Међутим, његов значај за социјални дијалог је од изнимне важности.

[71] „Службени гласник Републике Српске“, број: 38/00. Закон је мијењан четири пута, а 2007. године урађен је пречишћен текст („Службени гласник Републике Српске“, број: 55/07).

[72] „Службени гласник Републике Српске“, број: 28/00.

[73] „Службени гласник Републике Српске“, број: 16/02.

Законом о раду наставља се континуитет развоја радног законодавства на начин да су између њега и претходних закона којима су били уређени радни односи значајније разлике него сличности. Разлике одражавају промјену концепта уређивања радних односа и промјене у правном систему и правном животу настале у процесу транзиције. Разлике одражавају промјене и у другим областима, од којих су за уређивање радних односа најважније прелазак на тржишну економију и у оквиру тог успостављање тржишта рада, приватизација предузећа, развој менаџмента итд.

Промјену садржаја прате и терминолошке промјене, од чега је највидљивија промјена назива закона. Кроз промјену садржаја и термина настоји се успоставити компатибилност у односу на упоредно радно законодавство. Транзиција радног законодавства наслања се на достигнути ниво развоја радног законодавства у европским земљама и хармонизацију с тим законодавством, као и на стандарде утврђене од стране Међународне организације рада.

Карактер и величину разлика у наведеним фазама развоја радног законодавства илустративно показују промјене у одређивању (дефинисању) основних појмова у радном праву, као што су радни однос, радник, послодавац. Појам радних односа и појам субјеката индивидуалних радних односа различито су одређивани, као посљедица постепене промјене радног законодавства у правцу преласка на другачији концепт радних односа.

Радници и послодавци, Законом о раду, поред индивидуалних имају и своја колективна права и интересе. Ова права и интересе остварују посредством синдиката, удружења послодаваца, кроз колективне преговоре и закључивање колективних уговора. У овом периоду јача сарадња социјалних партнера и социјални дијалог. Сарадња јача што под даљим утицајем транзицијских процеса на једној страни, док су на другој страни то друштвено-економске прилике. Наиме, Република Српка започиње са приватизационим процесима и изградњом модерних облика привредног пословања у којем доминантну улогу има приватни капитал.

Јача и процес колективног преговарања. Оснивају се удружења послодаваца. Успостављају се и други облици сарадње, бипартитног и тripартитног карактера. Ово је и разумљиво ако се узме у обзир постратни период, разорена привреда, незапосленост, транзицијски и интеграциони процеси, те сама потреба консензуса носиоцима власти.

Поред терминолошких промјена у дефинисању појмова, даљег признавања и развоја колективних права и интереса радника и организација послодаваца, бипартитних и трипартитних односа социјалних партнера, ова фаза у развоју социјалног дијалога и колективног преговарања значајна је и по томе што Закон о раду, по први пут, садржи већи број одредаба који се односе на савјет радника, колективно преговарање и закључивање колективних уговора, те на оснивање и рад Економско-социјалног савјета као трипартитног тијела Владе Републике Српске и социјалних партнера – синдиката који окупља највећи број чланова у Републици и асоцијације послодаваца која окупља највећи број послодаваца у Републици[74].

### *3. Актуелна фаза у развоју социјалног дијалога и колективног преговарања*

Данас у Републици Српској можемо говорити и о трећој фази развоја радног законодавства, из разлога што социјални дијалог и колективни уговори представљају значајну компоненту у друштвено-политичким односима.

Сама транзиција и други реформски процеси оснажили су улогу репрезентативних социјалних партнера у Републици Српској. Постала је уобичајена пракса да се прописи из области рада доносе након постигнутог консензуса социјалних партнера.

О новој фази можемо говорити и због чињенице да су данас у Републици Српској на снази нови законски прописи који одговарају тренутним друштвено-економских односима, са доминантном приватном својином и уговорним концептом радног односа као што су Закон о штрајку[75], Закон о Економско-социјалном савјету[76], Закон о мирном рјешавању радних спорова[77], Закон о заштити на раду[78], Закон о професионалној рехабилитацији, оспособљавању и запошљавању инва-

[74] То су били чланови 109–111 (Савјет радника), чл. 128–139 (Колективни уговори) и чл. 140–141 (Економско-социјални савјет) Закона о раду из 2000. године („Службени гласник Републике Српске“ број: 38/00).

[75] „Службени гласник Републике Српске“, број: 111/08.

[76] „Службени гласник Републике Српске“, број: 110/08.

[77] „Службени гласник Републике Српске“, број: 71/09 и 100/11.

[78] „Службени гласник Републике Српске“, број: 1/08.

лида[79], Закон о посредовању у запошљавању и правима за вријеме незапослености[80], Закон о државним службеницима[81], и други закони.

За овај рад, односно за развој социјалног дијалога и трипартизма као и јачање социјалне кохезије, од посебне важности је Закон о Економско-социјалном савјету Републике Српске[82]. Ово из разлога што је значајно да Влада и њене институције поштују принципе репрезентативности, добровољности, независности, аутономије и немијешања у унутрашња питања синдикалних и послодавачких организација, а што је у складу са конвенцијама, препорукама и стандардима Међународне организације рада и Европске уније, који се односе на поштовање основних права на слободу удруживања и колективног преговарања[83], посебно Конвенцију број 98 – О правима радника на организовање и колективно преговарање из 1949. године.

Полазећи од принципа равноправности социјалних партнера, закон обезбјеђује да учешће у раду институционализованог Економско-социјалног савјета, као најважније институције социјалног дијалога, буду укључени представници синдиката, послодаваца и Владе и да на одговоран и конструктиван начин обликују економско-социјалну политику, што има позитиван утицај на област рада, предузетништва, конкурентности и развоја економије Републике Српске, односно на подизање капацитета социјалних партнера, те подизање свијести о социјалном дијалогу у друштву и праћење међународних конференција на тему социјалног дијалога.

О новој фази у развоју радног законодавства можемо говорити и због чињенице да данас колективни уговори представљају значајније аутономне изворе права. У прилог овоме говори и број важећих колективних уговора. Међутим, на овом мјесту неопходно је указати на још увијек присутну специфичност у процесу колективног преговарања у Републици Српској. Та специфичност (изузетак) у односу на друге земље тиче се улоге Владе Републике Српске, која се појављује као једна од страна у поступку колективног преговарања и закључивању колективног уговора (Општег) са репрезентативним организацијама радника и послодаваца. Међутим, објашњење за ову чињеницу морамо тражити у привредном

[79] „Службени гласник Републике Српске“, број: 37/12.

[80] „Службени гласник Републике Српске“, број: 30/10.

[81] „Службени гласник Републике Српске“, број: 118/08.

[82] „Службени гласник Републике Српске“, број:110/08.

[83] Рајко Кличковић – Борислав Радић, *Збирка прописа из области рада и запошљавања*, Удружење за радно право и социјалну заштиту Републике Српске, Бања Лука, 2011. година, стр. 135.

систему, недовршеним приватизационим процесима (највећи послодавац је држава) али и самом периоду транзиције и условима економске кризе. На овај начин, односно сама улога Владе у процесу колективног преговарања и закључивања колективног уговора, даје већи значај самом том процесу, али и додатну гаранцију у примјени тог уговора у пракси.

УДК 331.104

# NAČINI ZASNIVANJA RADNOG ODNOSA U OPŠTEM I POSEBNOM REŽIMU RADNIH ODNOSA

**Mr sc. Aleksandra Vuković***

***Apstrakt:*** *Univerzalnost principa jednakosti građana u sticanju i uživanju prava i sloboda čini osnov pravnog sistema i podrazumijeva da su prava i slobode predviđene ustavom i zakonom jednaka za sve građane jedne države.*

*U opštem i posebnom režimu radnih odnosa uslovi za zapošljavanje mogu se podijeliti na materijalnopravne i formalnopravne. Kao pravne pretpostavke za zasnivanje radnog odnosa i materijalnopravni i formalnopravni uslovi za zasnivanje radnog odnosa temelje se na načelu slobode rada i načelu jednakosti u zapošljavanju i na radu. Međutim, u pogledu načina zasnivanja radnog odnosa načelo jednakosti u zapošljavanju i na radu, kao načelo u kome su apstrahovani načelo jednakih šansi i postupanja i načelo zabrane diskriminacije, nije doživjelo punu afirmaciju.*

*Javno oglašavanje, kao jedan od formalnopravnih uslova za zasnivanje radnog odnosa, nije u funkciji socijalne konkurencije i realizacije transparentnosti postupka stvarne procjene sposobnosti kandidata u cilju da najbolji kandidati budu izabrani za zasnivanje radnog odnosa.*

*Pored proklamacije niza akata kojima se štiti pravo na rad kao osnovno ljudsko pravo, a istovremeno i jačanjem svijesti u društvu o negativnosti diskriminacije kao globalne društvene pojave, činjenica je da ostvarenje prava na rad, i u okviru njega načela jednakosti šansi u zapošljavanju, često ostaju samo deklarativnog karaktera, što otvara mogućnosti za različite oblike diskriminacije prilikom zapošljavanja, odnosno načina odabira kandidata za zasnivanje radnog odnosa, za što postoji uporište i u zakonskim odredbama, koje praktično, na prećutan način, vrše asimilaciju diskriminacije na radu.*

***Ključne riječi:*** *uslovi za zasnivanje radnog odnosa, načelo javnog oglašavanja, načelo slobode izbora kandidata, način zasnivanja radnog odnosa, opšti i poseban režim radnih odnosa.*

* **Mr sc. Aleksandra Vuković, pomoćnik direktora za nemedicinske poslove i načelnik Službe za pravne, opšte i kadrovske poslove u Javnoj zdravstvenoj ustanovi Dom zdravlja Trebinje.**

## 1. Uvod

Pravni institut zasnivanja radnog odnosa predstavlja mehanizam realizacije ustavom i zakonom proklamovanog prava na rad. Imajući u vidu da materijalni osnov društva nije toliko razvijen da bi se moglo obezbijediti zaposlenje svakom pojedinom građaninu koji želi da radi i koji ispunjava uslove za zasnivanje radnog odnosa, neophodno je utvrditi pravila i kriterijume koji će se primjenjivati prilikom realizacije zasnivanja radnog odnosa. Pozitivnopravno regulisanje mehanizma zasnivanja radnog odnosa ustavom, zakonom, kolektivnim ugovorima i drugim opštim aktima, podrazumijeva da sve radnje u postupku zasnivanja radnog odnosa moraju biti preduzete u skladu sa pozitivnopravno utvrđenim režimom zasnivanja radnog odnosa.

S obzirom na to da pravni institut zasnivanja radnog odnosa obuhvata razradu niza pitanja koja čine mehanizam zasnivanja radnog odnosa, u ovom radu biće ukazano na određene nedorečenosti pozitivnog radnog zakonodavstva Republike Srpske u odnosu na pojedina pitanja vezana za pravni institut zasnivanja radnog odnosa, odnosno pojedine radnje u postupku zasnivanja radnog odnosa i u opštem i u posebnom režimu radnog odnosa.

Dakle, može se zaključiti da pravni režim zasnivanja radnog odnosa predstavlja skup pravnih normi kojima se reguliše mehanizam zasnivanja radnog odnosa, „počev od sistematizacije radnih mjesta preko uslova, načina i postupka zasnivanja radnog odnosa, do pitanja ostvarivanja zaštite prava radnika u vezi sa zasnivanjem radnog odnosa“.[1]

Pravni režim radnih odnosa predstavlja *principium divisionis* opšteg i posebnog radnog prava. Za razliku od posebnog pravnog režima radnih odnosa koji se odnosi na pojedine kategorije zaposlenih, najčešće državne službenike i namještenike, opšti pravni režim radnih odnosa u principu odnosi se na sve subjekte radnog odnosa, zaposlene i poslodavce.

U slučaju sukoba pravnih normi u oblasti radnog prava, kada opšti i posebni propisi regulišu isto pitanje, važi pravilo da poseban propis isključuje (derogira) opšti (*lex specialis derogat legi generali)*. U vezi sa navedenim, kada je u pitanju način zasnivanja radnog odnosa, određene specifičnosti uticale su na činjenicu da su načini zasnivanja radnog odnosa uređeni različito u opštem i posebnom režimu radnih odnosa. Međutim, formulacija odredaba kojim je uobličen način zasnivanja radnog odnosa u oba režima, pored određenih nedorečenosti, utiče i na činjenicu da njihova praktična primjena derogira pravo na rad kao jednako pravo pod jednakim uslovima.

[1] P. Jovanović, *Radno pravo*, Treće izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Novi Sad, 2002, str. 185.

## 2. Zasnivanje radnog odnosa u opštem režimu radnog odnosa (na određeno i neodređeno vrijeme)

U radnom zakonodavstvu Republike Srpske opšti režim radnih odnosa uređen je Zakonom o radu.[2] Navedeni zakon primjenjuje se direktno na sve zaposlene i poslodavce, ukoliko posebnim zakonom nije drukčije određeno. Poseban režim radnih odnosa najvećim dijelom uređen je Zakonom o državnim službenicima[3], kao i drugim zakonima koji sadrže odredbe o radnim odnosima.[4] Zakon o državnim službenicima u odnosu na Zakon o radu predstavlja *lex specialis*, što podrazumijeva njegovu djelimičnu i supsidijernu primjenu ukoliko određena prava i dužnosti državnih službenika nisu uređena Zakonom o državnim službenicima.[5]

Pored toga što „za suštinu radnog odnosa trajanje nije od značaja, jer radni odnos uvijek postoji ako je uspostavljena određena priroda radnog odnosa“[6], značajno je sagledati norme koje regulišu način zapošljavanja.

U opštem režimu radnih odnosa način zapošljavanja radnika po osnovu ugovora o radu i na određeno i na neodređeno vrijeme zahtijeva izvršenje određenih obaveza poslodavca. S tim u vezi, značajno je podsjetiti na to da navedene obaveze, odnosno radnje u postupku zasnivanja radnog odnosa nisu regulisane samo Zakonom o radu, već i Zakonom o posredovanju u zapošljavanju i pravima za vrijeme nezaposlenosti, prema kojem postoji obaveza poslodavca da Zavodu za zapošljavanje Republike Srpske dostavi prijavu o potrebi za radnicima, a potom i izvještaj o zaposlenju radnika, bez obzira na to da li se radni odnos zasniva po osnovu ugovora o radu na određeno ili ugovora o radu na neodređeno vrijeme.

Iako „načelo slobode rada (slobode izbora zanimanja) i načelo jednakosti šansi i postupanja u zapošljavanju i na radu su uzajamno povezana i uslovljena osnovna načela radnog prava, koja omogućavaju socijalnu kon-

[2] Zakon o radu – Prečišćeni tekst („Službeni glasnik Republike Srpske“, broj: 55/07).

[3] Zakon o državnim službenicima („Službeni glasnik Republike Srpske“, broj: 118/08, 117/11 i 37/12).

[4] U posebne zakone koji, pored Zakona o državnim službenicima, predstavljaju *lex specialis* u oblasti radnih odnosa spadaju: Zakon o lokalnoj samoupravi („Službeni glasnik Republike Srpske“, broj: 101/04, 42/05 i 118/05), Zakonom o policijskim službenicima („Službeni glasnik Republike Srpske“, broj: 43/10 i 78/11), Zakon o visokom obrazovanju („Službeni glasnik Republike Srpske“, broj: 73/10, 104/11 i 84/12) i dr.

[5] Vidi član 9. Zakona o državnim službenicima („Službeni glasnik Republike Srpske“, broj: 118/08, 117/11 i 37/12) i član 4. Zakona o radu – Prečišćeni tekst („Službeni glasnik Republike Srpske“, broj: 55/07).

[6] B. Lubarda, *Radno pravo*, Rasprava o dostojanstvu na radu i socijalnom dijalogu, Pravni fakultet Univerzita u Beogradu, Beograd, 2012, str. 35.

kurenciju“,[7] nesporno je da u pozitivnom radnom zakonodavstvu Republike Srpske, u opštem režimu radnih odnosa, načelo javnog oglašavanja, odnosno oglašavanja od strane Zavoda za zapošljavanje, kao javne službe za zapošljavanje, nema za cilj da u oblasti zapošljavanja omogući ostvarenje načela jednakih šansi i postupanja.

Shodno navedenom, analizirajući odredbu člana 18. Zakona o posredovanju u zapošljavanju i pravima za vrijeme nezaposlenosti zaključuje se da postoji mogućnost izigravanja zakona (*fraus legis*) i degradiranja svrhe postojanja javnog oglašavanja iz razloga što poslodavac može zahtijevati da mu Zavod za zapošljavanje umjesto javnog objavljivanja potrebe za radnicima neposredno ponudi izbor kandidata za zasnivanje radnog odnosa. Pri tome, značajno je pomenuti terminološku neprimjerenost izraza „javno objavljivanje“, jer bi s obzirom na etimološko porijeklo, odnosno značenje riječi „konkurs“ u konkretnom slučaju primjereniji izraz bio „javni konkurs“.[8] Međutim, s obzirom na to da u radnom zakonodavstvu Republike Srpske u pogledu postupka za zasnivanje radnog odnosa načelo javnog oglašavanja može, ali i ne mora da predstavlja formalan uslov za zasnivanje radnog odnosa, postojeća terminologija je neprihvatljiva dijelom i zbog činjenice što zakonom nije određeno šta se podrazumijeva pod „javnim objavljivanjem potrebe za radnicima“.

Pored navedenog, poslodavac ima pravo da samostalno odluči o izboru kandidata za zasnivanje radnog odnosa i to između onih koje je ponudio Zavod (odnosno pravno ili fizičko lice koje ispunjava uslove za obavljanje poslova u posredovanju u zapošljavanju) i drugih kandidata koji su se neposrednim putem obratili poslodavcu radi zasnivanja radnog odnosa.[9]

Dakle, primjena navedene odredbe praktično predstavlja zakonsku asimilaciju diskriminacije u zapošljavanju koja se vrši uskraćivanjem jednake dostupnosti svih radnih mjesta pod jednakim uslovima. Pomenuta odredba znači da mogućnost javnog objavljivanja predstavlja čistu zakonsku formalnost koja, čak, nije ni imperativna. Na taj način vrši se povreda prava na rad i povreda slobode rada, kao jednog od temeljnih, Ustavom zagarantovanih ljudskih prava. Odredba Ustava kojom je određeno da je svako slobodan u izboru zanimanja i zaposlenja i da je svakome pod jednakim uslovima dostu-

[7] B. Lubarda, *Socijalna prava i dostojanstvo na radu*, Radno i socijalno pravo – Časopis za teoriju i praksu radnog i socijalnog prava, Beograd, 2008, str. 12.

[8] Konkurs (lat. concursus) – takmičenje više osoba za neku stvar, povlasticu, nagradu, neki položaj, naticanje, utakmica. Vidi: M. Vujaklija, *Leksikon stranih reči i izraza*, Prosveta, Beograd.

[9] Član 18. stav 3. Zakona o posredovanju u zapošljavanju i pravima za vrijeme nezaposlenost („Službeni glasnik Republike Srpske“, broj: 30/10).

pno svako radno mjesto i funkcija,[10] ne može biti realizovana bez imperativne proklamacije i primjene načela javnosti oglašavanja. Konkretizacija navedenog načela „pretpostavka je za jednaku mogućnost obaviještenosti, bez koje ne može biti jednakih šansi ili jednake dostupnosti svakog radnog mjesta pod jednakim uslovima".[11]

Konstatujući da se u postojećem socijalnom i društvenom ambijentu, a posebno u javnom sektoru, takav način zapošljavanja loše odražava na kvalitet u odabiru kandidata, najbolje zakonsko rješenje predstavljalo bi ono kojim bi se, kada je riječ o zasnivanju radnog odnosa (posebno radnog odnosa na neodređeno vrijeme) imperativno morala javno objaviti potreba za radnicima. Javno oglašavanje slobodnih radnih mjesta, odnosno podnošenje prijave o potrebi za radnicima posebno je važno zbog poštovanja principa slobode rada i jednake dostupnosti svih radnih mjesta svim zainteresovanim pojedincima koji ispunjavaju uslove oglasa. Međutim, da bi radno mjesto bilo jednako dostupno svim zainteresovanim pojedincima, ono mora biti javno objavljeno. Na taj način daje se inicijativa za zasnivanje radnog odnosa neodređenom broju pojedinaca koji imaju pravo na rad pod jednakim uslovima, a prvi uslov ostvarenja jednake dostupnosti radnog mjesta pod jednakim uslovima jeste obaviještenost pojedinaca o postojanju slobodnog radnog mjesta. Uvažavajući navedene konstatacije, trebalo bi u cilju nenarušavanja jednakosti mogućnosti ili tretmana u zaposlenju reformulisati odredbu člana 18. Zakona o posredovanju u zapošljavanju i pravima za vrijeme nezaposlenosti na način da se onemogući izigravanje zakona i degradiranje instrumenata javnog oglašavanja potrebe za radnicima.[12]

[10] Član 39. stav 3. Ustava Republike Srpske („Službeni glasnik Republike Srpske", broj: 21/92) i Amandmani na Ustav Republike Srpske („Službeni glasnik Republike Srpske", broj: 28/94, 8/96, 13/96, 15/96, 16/96, 21/96, 21/02 i 30/02).

[11] B. Lubarda, *Radno pravo – Rasprava o dostojanstvu na radu i socijalnom dijalogu*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2012, str. 307.

[12] U ranijem sistemu radnog zakonodavstva postojali su konkurs i oglas, kao dva instrumenta javnog oglašavanja potrebe za radnicima. Mada je razlika među njima najviše bila terminološka, postojali su periodi kada je postojala određena razlika, koja je imala akonotaciju na utvrđivanje procesne legitimacije učesnika oglasa da pobijaju izbor. Izvjesna razlika između pomenutih instrumenata javnog oglašavanja postojala je u Osnovnom zakonu o radnim odnosima iz 1965. godine, prema kojoj su, za razliku od oglasa, učesnici konkursa, odnosno lica prijavljena na konkurs imala pravo da podnesu prigovor preduzeću i tužbu sudu ako su smatrali da je neko njihovo pravo u toku postupka povrijeđeno. Iako navedena razlika nije postojala prema Zakonu o međusobnim odnosima radnika u udruženom radu iz 1973. godine, izvjesna razlika postojala je u smislu da su putem oglasa mogla biti popunjena sva radna mjesta osim rukovodećih radnih mjesta. Zakonom o osnovnim pravima iz radnog odnosa iz 1989. godine postojala je obaveza poslodavca da sva radna mjesta javno objavi posredstvom organizacije za zapošljavanje, kao i putem oglasa, pri čemu su izuzetak predstavljala samo radna mjesta poslovodnog organa koja su se popunjavala putem obavezno raspisanog konkursa u sredstvima javnog informisanja. Iz navedenog proizilazi da je raspisivanje konkursa bila obaveza društvenog preduzeća za razliku od

Pored navedenog, javno objavljivanje upražnjenog radnog mjesta imalo bi potpuniji smisao ukoliko bi prethodno od strane poslodavca internim opštim aktom bio utvrđen sistem bodovanja kandidata. Sistem bodovanja trebalo bi najvećim dijelom da bude utemeljen na kvalifikacijama kandidata, a ne na „subjektivnom" ili unaprijed određenom izboru, što je uglavnom karakteristično za javni sektor. U tom slučaju obaveza poslodavca bila bi da u javnom oglasu navede i opšte i posebne uslove koje treba da ispunjavaju učesnici javnog oglasa, odnosno konkursa.[13] Međutim, s obzirom na načelo slobode izbora kandidata od strane poslodavca, kao drugog formalnopravnog uslova u pogledu zasnivanja radnog odnosa i nadležnosti poslodavca za donošenje odluke o izboru kandidata, pomenuti sistem bodovanja kandidata nije obavezujući, ali bi kao takav doprinio da se okvirno procijene sposobnosti kandidata, sa ciljem da budu izabrani kandidati koji imaju najbolje kvalifikacije.

Pored određenja opštih uslova za zaključivanje ugovora o radu, Zakonom o radu Republike Srpske u pogledu zasnivanja radnog odnosa određeni su samo vrsta i trajanje ugovora o radu. Iako akt o sistematizaciji radnih mjesta predstavlja temeljno polazište prilikom zasnivanja radnog odnosa (u smislu potrebnog broja izvršilaca na određenom radnom mjestu i uslova koji se zahtijevaju za zasnivanje radnog odnosa na tim radnim mjestima), zanimljivo je istaći da Zakon o radu Republike Srpske ni u jednoj odredbi ne upućuje na navedeni akt, niti na organ koji ga donosi.[14]

U skladu sa Zakonom o radu, prava i obaveze iz radnog odnosa nastaju sa danom kada radnik na osnovu ugovora o radu stupi na rad kod poslodavca. Iz navedenog proizilazi da ugovor o radu predstavlja konstitutivni akt u zasnivanju radnog odnosa, ali i da se prava i obaveze iz radnog odnosa po tom osnovu stiču od momenta stupanja radnika na rad kod poslodavca.

raspisivanja oglasa čije raspisivanje je predstavljalo obavezu organizacije za zapošljavanje. Vidi šire: V. Brajić, *Radno pravo*, Savremena administracija, Beograd, 2001. i P. Jovanović, *Radno pravo*, Treće izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Novi Sad, 2002.

[13] Sadržina javnog oglasa ili konkursa trebala bi u svemu da odgovara aktu o sistematizaciji radnih mjesta. S tim u vezi i stav sudske prakse je da izostavljanje uslova u oglasu koji su određeni opštim aktom, utiče na zakonitost sprovođenja postupka za zasnivanje radnog odnosa i odluke o izboru kandidata. Vidi: Odluka Suda udruženog rada Srbije, broj: 3729/82.

[14] Za razliku od Zakona o radu Republike Srpske koji ni u jednoj odredbi ne pominje pravilnik o unutrašnjoj organizaciji i sistematizaciji radnih mjesta, članom 24. Zakona o radu Republike Srbije („Službeni glasnik Republike Srbije", broj: 24/2005, 61/2005, 54/2009 i 32/2013) određeno je da: „Radni odnos može da se zasnuje sa licem koje ima najmanje 15 godina života i ispunjava druge uslove za rad na određenim poslovima, utvrđene zakonom, odnosno pravilnikom o organizaciji i sistematizaciji poslova. Pravilnikom se utvrđuju organizacioni dijelovi kod poslodavca, vrsta poslova, vrsta i stepen stručne spreme i drugi posebni uslovi za rad na tim poslovima. Pravilnik donosi direktor, odnosno preduzetnik. Obaveza donošenja pravilnika ne odnosi se na poslodavca koji ima pet i manje zaposlenih."

S obzirom na konstitutivni karakter ugovora o radu, potrebno je u pogledu zasnivanja radnog odnosa u opštem režimu radnih odnosa napraviti osvrt na praktičnu primjenu pojedinih zakonskih odredaba. U vezi sa navedenim, Zakonom o radu određeno je da se ugovor o radu može zaključiti na neodređeno ili na određeno vrijeme. Ugovor o radu u kome nije naznačeno vrijeme trajanja radnog odnosa smatraće se ugovorom o radu na neodređeno vrijeme.[15]

Ugovor o radu na određeno vrijeme može se zaključiti u zakonom određenim slučajevima i to: 1) radi izvršavanja posla koji traje do šest mjeseci, 2) radi privremenog povećanja obima posla, 3) radi zamjene odsutnog radnika do godinu dana, i 4) radi obavljanja posla čije je trajanje unaprijed određeno prirodom i vrstom posla. Značaj naglašavanja jednog od osnova prilikom zaključivanja ugovora o radu na određeno vrijeme izuzetno je važan s obzirom na to da bi se ugovor o radu na određeno vrijeme, koji bi bio zaključen suprotno odredbi koja taksativno nabraja slučajeve u kojima se može zaključiti takav ugovor, imperativno smatrao ugovorom o radu na neodređeno vrijeme.

Iako je zakonom određeno da se poslodavac i radnik mogu sporazumjeti da se važenje ugovora o radu na određeno vrijeme jednom ili više puta produži za određeni period, ali najduže do dvije godine od dana zaključivanja ugovora o radu na određeno vrijeme, računajući i prekide koji su trajali do dvije sedmice, bolje zakonsko rješenje bilo bi ono kojim se ne bi vremenski ograničavali slučajevi kao što su izvršenje posla do šest mjeseci ili zamjena odsutnog radnika do godinu dana.

Međutim, navedeno rješenje ima osnovu i u činjenici što se određenom radniku koji zasnuje radni odnos na određeno vrijeme radi zamjene odsutnog radnika, nakon jedne godine može dati rješenje o prestanku radnog odnosa radi isteka roka važenja ugovora o radu na određeno vrijeme ili ponuditi ugovor o radu na određeno vrijeme po nekom od preostalih slučajeva određenih zakonom, koji možda konkretno i ne predstavljaju objektivne razloge za zasnivanje radnog odnosa na određeno vrijeme.[16] Stoga, bolje zakonsko rješenje predstavljalo bi ono kojim se nijedan slučaj zasnivanja radnog odnosa na

[15] Član 15. Zakona o radu – Prečišćeni tekst („Službeni glasnik Republike Srpske“, broj: 55/07).

[16] Klasičan primjer potrebe za zasnivanjem radnog odnosa na određeno vrijeme radi zamjene odsutnog ranika i to na period duži od jedne godine najčešće postoji između poslodavaca i radnika u oblasti zdravstva, iz razloga što specijalizacije zdravstvenih radnika i zdravstvenih saradnika traju od tri do šest godina. U takvim slučajevima objektivno postoji potreba za zaključivanjem ugovora o radu na određeno vrijeme radi zamjene odsutnog radnika. Međutim, u navedenoj oblasti zaključivanje takvog ugovora ograničeno je na period do jedne godine, uz mogućnost da se sa istim radnikom zaključi ugovor o radu na određeno vrijeme, uz navođenje nekog drugog slučaja npr. privremenog povećanja obima posla, što u konkretnom slučaju možda objektivno i ne postoji.

određeno vrijeme ne bi vremenski ograničavao, s tim da se zadrži postojeće zakonsko rješenje da se ugovor o radu na određeno vrijeme ne može zaključiti na period duži od dvije godine.

Pored navedenog, Zakonom o radu određeno je da će se smatrati da je radnik zasnovao radni odnos na neodređeno vrijeme ukoliko, nakon isteka roka od dvije godine, uz izričitu ili prećutnu saglasnost poslodavca nastavi da radi. Ista posljedica će nastupiti i u slučaju ako se radnik nakon prekida rada zbog isteka roka određenog ugovorom o radu, više puta na osnovu ugovora o radu na određeno vrijeme zapošljava kod istog poslodavca i na taj način ostvari 24 mjeseca rada u toku posljednje tri godine. Navedena rješenja predstavljaju komponentu stabilnosti zaposlenja, kao jedan od ciljeva čijem se ostvarenju teži u radnom pravu. Takođe, postoji mogućnost da se formuliše prijedlog izmjena i dopuna Zakona o radu, slično odredbi Zakona o radu Crne Gore koja glasi: „Ugovor o radu na određeno vrijeme može trajati i duže od 24 mjeseca, samo ako je to potrebno zbog zamjene privremeno odsutnog zaposlenog, obavljanja sezonskih poslova ili rada na određenom projektu do okončanja tog projekta, u skladu sa zakonom i kolektivnim ugovorom.“[17]

Pravna fikcija prerastanja ugovora o radu na određeno vrijeme u ugovor o radu na neodređeno vrijeme na sličan način normirana je i u uporednom zakonodavstvu, odnosno u zakonodavstvu zemalja u regionu, Srbiji, Hrvatskoj i Crnoj Gori.[18]

[17] Član 25. stav 4. Zakona o radu Crne Gore („Službeni list Crne Gore”, broj: 49/08, 26/09, 88/09, 26/10 i 59/11)

[18] Pravna fikcija „prerastanja“ ugovora o radu na određeno vrijeme u ugovor o radu na neodređeno vrijeme postoji i u radnom pravu Republike Srbije, Republike Hrvatske i Republike Crne Gore. S tim u vezi, članom 23. stav 3. Zakona o radu Republike Srbije („Službeni glasnik Republike Srbije“, broj: 24/2005, 61/2005, 54/2009 i 32/2013) određeno je da: „Radni odnos zasnovan na određeno vrijeme postaje radni odnos na neodređeno vrijeme, ako zaposleni nastavi da radi najmanje pet radnih dana po isteku roka za koji je zasnovan radni odnos”. Članom 11. stav 4. Zakona o radu Republike Hrvatske („Narodne novine Republike Hrvatske“, broj: 149/09, 61/11, 82/12, 73/13), određeno je da: „Ako poslodavac u roku iz stavka 3. ovoga člana ne sklopi sa radnikom ugovor o radu u pisanom obliku ili mu ne izda pisanu potvrdu o sklopljenom ugovoru, smatra se da je sa radnikom sklopio ugovor o radu na neodređeno vrijeme, osim ako poslodavac u roku od godine dana od početka rada ne dokaže suprotno“. Članom 27. Zakona o radu Crne Gore („Službeni list Crne Gore”, broj: 49/08, 26/09, 88/09, 26/10 i 59/11) određeno je da: „Ako je ugovor o radu na određeno vrijeme zaključen suprotno Zakonu ili ako zaposleni nastavi da radi kod poslodavca nakon isteka roka na koji je zaključio ugovor o radu, smatra se da je ugovor o radu zaključen na neodređeno vrijeme, ako zaposleni pristane na takvo zaposlenje.“

## 3. Zasnivanje radnog odnosa u posebnom režimu radnih odnosa - radni odnos državnih službenika

U komparativnoj analizi radnog prava vidljivo je da se razvojem moderne države mijenjao položaj i broj državnih službenika, njihovo mjesto i značaj u okviru pojavnih oblika radnih odnosa, postajući na određeni način *speciffica diferentia* u odnosu na opšti režim radnih odnosa, uređen opštim propisima o radu. Pravno uređenje radnopravnog položaja državnih službenika nije uređeno na jedinstven način u svim zemljama, što predstavlja refleksiju razgraničenja prava državnih (javnih) službenika i radnog prava.

Međutim, „kada su u pitanju državni službenici u uporednim službeničkim sistemima", odnos lične podređenosti pri vršenju službe za poslodavca (državu) uspostavlja se po pravilu na osnovu akta javnog prava (njemačko pravo), odnosno upravnog akta (rješenja starješine državnog organa u domaćem pravu) ili ugovora o radu javnog prava (francusko pravo), a rjeđe po osnovu ugovora o radu privatnog prava (britansko pravo)[19]. Zakonom o državnim službenicima Republike Srpske[20] uređen je poseban režim radnih odnosa kojim se normira radnopravni status državnih službenika. Na prava i dužnosti državnih službenika koja nisu posebno uređena Zakonom o državnim službenicima primjenjuju se opšti propisi na radu.[21]

Državni službenici, u pravilu, zasnivaju radni odnos na neodređeno vrijeme. U republičkom organu uprave na radnom mjestu državnog službenika može biti zaposleno lice koje ispunjava opšte i posebne uslove, određene zakonom i aktom o unutrašnjoj organizaciji i sistematizaciji radnih mjesta.[22] Za zapošljavanje i popunjavanje upražnjenih radnih mjesta državnih službenika potrebno je da je radno mjesto sistematizovano pravilnikom o unutrašnjoj organizaciji i sistematizaciji radnih mjesta u republičkom organu uprave i da odgovara kadrovskom planu republičkog organa uprave za tekuću godinu.[23]

Zasnivanje radnog odnosa državnih službenika u republičkim organima uprave vrši se putem javnog konkursa, koji se od strane Agencije za

[19] B. Lubarda, *Radno pravo, Rasprava o dostojanstvu na radu i socijalnom dijalogu*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2012, str. 54.

[20] Zakon o državnim službenicima („Službeni glasnik Republike Srpske", broj: 118/08, 117/11 i 37/12).

[21] Član 9. Zakona o državnim službenicima („Službeni glasnik Republike Srpske", broj: 118/08, 117/11 i 37/12).

[22] Član 29. Zakona o državnim službenicima („Službeni glasnik Republike Srpske", broj: 118/08, 117/11 i 37/12).

[23] Član 30. Zakona o državnim službenicima („Službeni glasnik Republike Srpske", broj: 118/08, 117/11 i 37/12).

државну управу, на захтјев и у име републичког органа управе, расписује и објављује у средствима јавног информисања. Поред наведеног, Законом о државним службеницима и Правилником о јединственим правилима и процедури јавне конкуренције за запошљавање и постављење државних службеника[24] прецизно је одређен поступак спровођења јавног конкурса и интерног огласа, избор кандидата за запошљавање и постављење државних службеника, као и друга питања у вези са запошљавањем и постављењем државних службеника.

С тим у вези, Агенција за државну управу именује конкурсну комисију за спровођење поступка избора државног службеника путем јавног конкурса и интерног огласа,[25] који подразумијева провјеру испуњавања услова јавног конкурса и улазни интервју са кандидатом. Након утврђивања коначних резултата јавне конкуренције о спроведеном поступку, конкурсна комисија за спровођење поступка избора државног службеника путем јавног конкурса и интерног огласа утврђује листу успјешних кандидата, коју са комплетном документацијом доставља Агенцији за државну управу.[26] Након што Агенција за државну управу на интернет страници објави резултате јавне конкуренције повођом јавног конкурса, императивно мора спровести поступак избора кандидата у року од 60 дана и доставити приједлог Влади, односно руководиоцу републичког органа управе у законом одређеном року.[27] Након достављања приједлога листе успјешних кандидата од стране Агенције за државну управу, доноси се акт о постављењу руководећих државних службеника (од стране Владе), односно рјешење о заснивању радног односа државног службеника (од стране руководиоца републичког органа управе).

Међутим, одредба Закона о државним службеницима, којом је одређено да јавни конкурс или интерни оглас није успио *„уколико Влада не донесе рјешење о постављењу у року од 30 дана од дана пријема приједлога Агенције, односно руководилац органа не донесе рјешење о заснивању радног одно-*

[24] Правилника о јединственим правилима и процедури јавне конкуренције за запошљавање и постављење државних службеника („Службени гласник Републике Српске“ број: 68/09).

[25] Чланом 34. став 2. Закона о државним службеницима одређено је да: „Комисију сачињава пет чланова, од којих су три члана државни службеници из републичких органа управе на које се јавна конкуренција односи и који имају најмање исти степен школске спреме која је пропisана за радно мјесто које се попуњава. Два члана Комисије именују се са листе коју Агенција утврђује и објављује у 'Службеном гласнику Републике Српске' након спроведене процедуре избора чланова Комисије, а на основу критеријума које утврди Влада.“

[26] Види шире: М. Влатковић, *Службеничко право,* Бесједа, БЛЦ, Бања Лука, 2009, стр. 346–348.

[27] Чланом 24. Правилника о јединственим правилима и процедури јавне конкуренције за запошљавање и постављење државних службеника („Службени гласник Републике Српске“ број: 68/09) одређено је да се поступак постављења државних службеника мора завршити најкасније у року од 60 дана од дана пријема приједлога Агенције, за државне службенике које поставља Влада, а за остале државне службенике у року од 30 дана од дана пријема приједлога Агенције.

*sa, odnosno rješenje o raspoređivanju u roku od 15 dana od dana prijema prijedloga Agencije"*, apsolutno derogira svrsishodnost postojanja instituta javnog konkursa, a u određenim okolnostima može da predstavlja nejednako postupanje i narušavanje ustavom zagarantovanog osnovnog ljudskog prava – prava na rad.

Davanje diskrecione moći Vladi ili rukovodiocu organa, da svojom pasivnom radnjom, odnosno nečinjenjem, nedonošenjem rješenja o zasnivanju radnog odnosa ili rješenja o raspoređivanju u zakonom određenom roku, utiče na činjenicu koja predstavlja razlog ili pravnu fikciju za neuspjeh javnog konkursa i koja, s tim u vezi, direktno onemogućava predloženom kandidatu zasnivanje radnog odnosa, nije u skladu sa osnovnim načelima sadržanim u ustavnim odredbama, a posebno da je svakome pod jednakim uslovima dostupno svako radno mjesto i funkcija.[28]

Analizirajući zakonske odredbe koje se odnose na formalnopravne uslove u smislu postupka za zasnivanje radnog odnosa i nadležnosti organa za donošenje odluke o izboru kandidata, zaključuje se da je praktična primjena navedenih odredaba suprotna cilju da se omogući ostvarenje ustavnog načela slobode rada i jednakih šansi u zapošljavanju. Imajući u vidu navedenu odredbu, značajno je podsjetiti da je Ustavom Republike Srpske određeno da svako ima pravo na rad i slobodu rada, da je svako slobodan u izboru zanimanja i zaposlenja i da mu je pod jednakim uslovima dostupno radno mjesto i funkcija.[29] Takođe, potrebno je ukazati na činjenicu da je Sporazumom o stabilizaciji i pridruživanju, zaključenim između evropskih zajednica i njihovih država članica i Bosne i Hercegovine, određeno da će Bosna i Hercegovina postepeno usklađivati svoje zakonodavstvo sa zakonodavstvom Zajednice u oblasti uslova rada, naročito zdravlja i sigurnosti na radu, te jednakih mogućnosti.[30] S tim u vezi, upitno je koliko je predmetna odredba u stvarnosti usklađena sa načelom jednakosti ili, preciznije rečeno, koliko njena praktična primjena može pod određenim okolnostima dovesti do povrede načela jednakosti i Ustavom garantovanog prava na rad. Pored navedenog, u postupku usklađivanja pozitivnog zakonodavstva sa tekovinom Zajednice, odnosno pravom Evropske unije, značajno je podsjetiti na Preporuku Komiteta minis-

[28] Član 39. Ustava Republike Srpske („Službeni glasnik Republike Srpske", broj: 21/92) i Amandmani na Ustav Republike Srpske („Službeni glasnik Republike Srpske", broj: 28/94, 8/96, 13/96, 15/96, 16/96, 21/96, 21/02 i 30/02).

[29] Ustav Republike Srpske („Službeni glasnik Republike Srpske", broj: 21/92) i Amandmani na Ustav Republike Srpske („Službeni glasnik Republike Srpske", broj: 28/94, 8/96, 13/96, 15/96, 16/96, 21/96, 21/02 i 30/02).

[30] Član 77. Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju između Evropskih zajednica i njihovih država članica i Bosne i Hercegovine. Dostupno na: www.dei.gov.ba/bih

tara državama članicama o statusu državnih službenika u Evropi R (2000) 6,[31] koja se temelji na načelima dobre prakse koja se primjenjuju na sve državne službenike. Iz konteksta pomenute preporuke proizilazi da bi zapošljavanje državnih službenika trebalo da bude utemeljeno „na principu jednakosti pristupa javnim radnim mjestima i odabiru na osnovu sposobnosti, pravednim i otvorenim konkurisanjem i odsustvom diskriminacije".[32] S tim u vezi, značaj postupka zapošljavanja (ugovornog, sistema napredovanja u karijeri ili statutarnog sistema) prethodno podrazumijeva jasno utvrđena pravila čija primjena bi bila transparentna, sa ciljem da se, poštujući načelo jednakosti, „na radno mjesto postavi najbolji kandidat koji će zadovoljiti specifične potrebe date službe ili organizacije".[33]

S obzirom na sve navedeno, trebalo bi odredbu člana 40. stav 1. tačka g. Zakona o državnim službenicima izmijeniti da glasi: *„Poslije sprovedenog javnog konkursa i utvrđivanja od strane Agencije da je javni konkurs sproveden u skladu sa zakonom, Vlada donosi rješenje o postavljenju u roku od 30 dana od dana prijema prijedloga Agencije, odnosno rukovodilac organa donosi rješenje o zasnivanju radnog odnosa, odnosno rješenje o raspoređivanju u roku od 15 dana od dana prijema prijedloga Agencije"*.

Na taj način bi se, prihvatanjem sličnog rješenja, koje je bilo zastupljeno prije stupanja na snagu osporavane odredbe, u dodatnoj mjeri osnažio instrument javnog konkursa, kao dijela procedure i formalnog uslova za zasnivanje radnog odnosa. Takođe, bila bi izbjegnuta mogućnost da Vlada, odnosno rukovodilac organa, nedonošenjem rješenja o postavljenju u zakonom određenom roku od dana prijema prijedloga Agencije izvrši nejednako postupanje prema predloženom kandidatu, dovodeći ga na taj način u diskriminatorski položaj. Primjena zakonske odredbe kojom se utiče na stvaranje pravne situacije kojom se smatra da javni konkurs nije uspio ukoliko Vlada, odnosno rukovodilac organa ne donese rješenje o raspoređivanju, odnosno rješenje o zasnivanju radnog odnosa u zakonom određenom roku, rezultira degradiranjem javnosti konkurencije i nezasnivanjem radnog odnosa sa kandidatom koji „bi trebalo" da ima najbolje profesionalne i stručne sposobnosti.

S tim u vezi, opravdano se postavlja pitanje svrsishodnosti i odredbe Pravilnika o jedinstvenim pravilima i proceduri javne konkurencije za

[31] Vidi: S. Panović-Đurić, G. Arackić, *Zbirka odabranih preporuka Savjeta Evrope*, Savjet Evrope, Kancelarija u Beogradu, Beograd, 2004.

[32] S. Lilić, K. Golubović, *Evropsko upravno pravo – Sa osvrtom na upravno pravo Srbije u kontekstu evropskih integracija*, Beograd, 2011, str. 101.

[33] Ibidem.

запошљавање и постављење државних службеника[34] којом је одређено да правила и процедуре прописане предметним правилником садрже и обезбјеђују праведнost и јавност конкуренције и избор кандидата који посједују најбоље професионалне и стручне способности.[35]

Питање сврсисходности наведене одредбе Правилника о јединственим правилима и процедури јавне конкуренције за запошљавање и постављење државних службеника доводи у питање одредба истог правилника, којом је одређено да „јавни конкурс није успио уколико комисија утврди да ниједан кандидат не испуњава услове прописане за избор кандидата или ако Влада не донесе рјешење о постављењу у року од 60 дана од дана пријема приједлога Агенције, односно ако руководилац органа не донесе рјешење о заснивању радног односа у року од 30 дана од дана пријема приједлога Агенције".[36] Дакле, претходне одредбе указују на могућност деградирања отворености и транспарентности поступка јавне конкуренције који има за циљ да се на основу процјене способности изврши одабир најбољих кандидата за државну службу. Таква могућност поништавања јавног конкурса оправдано наводи на постављање питања да ли се таквим актом, односно пасивном радњом (радњом нечињења) од стране Владе или од стране руководиоца органа, штити јавни интерес.

Такође, оправдано је поставити питање да ли у наведеном случају постоји одговорност за штету која је настала због преговора од стране органа или тијела које је водило преговоре, без намјере да закључи уговор (што се највише односи на кандидата који је остварио највећи број бодова). Иако „јавни оглас не представља понуду уговора, него само позив упућен јавности да они направе понуду уговора под објављеним условима",[37] наведено законско рјешење било би оправдано само у случају ако је у међувремену престала потреба за попуњавањем упражњеног радног мјеста или у случају да је јавни конкурс расписан за упражњено радно мјесто које није систематизовано правилником и које не одговара кадровском плану републичког органа управе за текућу годину.[38]

[34] Правилник о јединственим правилима и процедури јавне конкуренције за запошљавање и постављење државних службеника („Службени гласник Републике Српске", број: 68/09).

[35] Члан 1. став 2. Правилника о јединственим правилима и процедури јавне конкуренције за запошљавање и постављење државних службеника ( „Службени гласник Републике Српске", број: 68/09).

[36] Члан 29. став 1. Правилника о јединственим правилима и процедури јавне конкуренције за запошљавање и постављење државних службеника ( „Службени гласник Републике Српске", број: 68/09).

[37] М. Константиновић, *Обligације и уговори, скица за законик о обligацијама и уговорима*, Центар за документацију и публикације Правног факултета у Београду, Београд, 1969.

[38] Чланом 30. Закона о државним службеницима одређено је да је за запошљавање и попуњавање упражњених радних мјеста потребно да је радно мјесто систематизовано правилником и да одговара

Такође, потребно је указати на неуједначеност појединих термина садржаних у Закону о државним службеницима и Правилнику о јединственим правилима и процедури јавне конкуренције за запошљавање и постављење државних службеника, попут термина „комисија за избор кандидата“, који је садржан о поменутом закону и термина „конкурсна комисија за спровођење поступка избора државног службеника путем јавног конкурса и интерног огласа“, који је садржан у поменутом правилнику.

Поред наведеног, битно је указати и на одређене неадекватне термине садржане у Правилнику о јединственим правилима и процедури јавне конкуренције за запошљавање и постављење државних службеника. С тим у вези, у дијелу правилника који се односи на спровођење јавне конкуренције у члану 7. одређено је да кандидати који се пријављују на јавни конкурс и интерни оглас, морају испуњавати опште услове.

Међутим, умјесто термина „кандидати“ био би примјереniји израз „учесници јавног конкурса“, с обзиром на то да су учесници конкурса лица која су благовремено поднијела пријаве на конкурс, независно од тога да ли заиста испуњавају услове одређене конкурсом. У односу на наведено, кандидате би требало да представљају учесници који су благовремено поднијели пријаве на јавни конкурс и који испуњавају услове прописане конкурсом.[39] Дакле, једино са таквим кандидатима било би свршисходно вршити тестирање или улазни интервју, а тек потом међу кандидатима који су успјешно завршили тестирање вршити избор, односно утврђивати листу успјешних кандидата. Наведено указује на то да би законодавац требало да уважава разлике у положају појединих лица пријављених на јавни конкурс и да, сходно томе, утврди одговарајућу законску терминологију која би имала практичну примјену.[40]

У контексту теме овог рада важно је истаћи да надзор над спровођењем Закона о државним службеницима врши министарство надлежно за послове управе путем управне инспекције. С тим у вези, на основу Закона о државним службеницима и Закона о управној инспекцији,[41] управној инспекцији дата су овлашћења да врши управни надзор и изриче законом утврђене мјере, које могу бити превентивне, корективне и репресивне природе. Из наведеног произилази да

---

кадровском плану републичког орагана управе за текућу годину.

[39] Vidi šire: P. Jovanović, *Radno pravo*, Treće izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Novi Sad, 2002, str. 196-197.

[40] Рјешењем Суда удруженог рада Републике Србије, број: 11080/84, од дана 10.12.1984. године, одређено је да „статус учесника огласа имају само она лица која су поднијела уредне и благовремене пријаве. Лице које поднесе неуредну пријаву нема статус учесника огласа, па самим тим ни статус кандидата за заснивање радног односа.“

[41] Закон о управној инспекцији („Службени гласник Републике Српске“, број: 1/09)

su u posebnom režimu radnih odnosa državnih službenika upravnoj inspekciji data ovlašćenja koja ima inspektor rada u opštem režimu radnih odnosa. U smislu načina zasnivanja radnog odnosa državnih službenika poslovi nadzora odnose se na usklađenost pravilnika o unutrašnjoj organizaciji i sistematizaciji radnih mjesta sa zakonom i podzakonskim propisima, zakonitost sprovođenja internog oglasa i javnog konkursa, zakonitost raspoređivanja, premještaja i napredovanja državnih službenika, blagovremenost i pravilnost dostavljanja podataka koji se upisuju u Centralni registar državnih službenika (kadrova), usklađenost popunjavanja radnih mjesta sa kadrovskim planom, kao i na druga pitanja u vezi sa radnim odnosom u republičkim organima uprave.[42]

Imajući u vidu navedeni nadzorni mehanizam, može se zaključiti da je njegova upotreba ograničena upravo iz razloga što je postojećim zakonom uspostavljena pravna, formalna jednakost ili jednakost *de iure*. Međutim, navedena formalna jednakost je do te mjere fleksibilna da pod određenim okolnostima postaje „porozna“, pri čemu „rezultat te jednakosti ne mora biti i jednakost *de facto* (stvarna, faktička jednakost)“.[43]

Kao što je navedeno, radni odnos državnih službenika u pravilu zasniva se na neodređeno vrijeme[44] upravnim aktom, odnosno rješenjem Vlade ili rukovodioca organa nakon sprovedenog javnog konkursa, iako u skladu sa zakonom, radni odnos državni službenik izuzetno može zasnovati i na određeno vrijeme.

S tim u vezi, odredbe Zakona o državnim službenicima Republike Srpske u dijelu kojim se uređuje radnopravni status državnih službenika u republičkim organima uprave, odnosno zapošljavanje i popunjavanje upražnjenih radnih mjesta, prilično su disperzivne i nekoherentne, neadekvatno formulisane, a „pod određenim okolnostima“ mogu se tumačiti i kao diskriminatorske.

Pomenuta disperzivnost i nekoherentnost, između ostalog, ogleda se i u činjenici da je članom 31. Zakona o državnim službenicima, kao prvim članom kojim se uređuje zasnivanje radnog odnosa, zakonodavac formulisao da se zasnivanje radnog odnosa u republičkim organima uprave vrši putem javnog konkursa, da bi tek u dijelu kojim se određuje trajanje radnog odnosa (član 50) zakonodavac odredio da „izuzetno radni odnos može se zasnovati

[42] Član 115. Zakona o državnim službenicima („Službeni glasnik Republike Srpske“, broj: 118/08, 117/11 i 37/12).

[43] M. Paunović, B. Paunović, I. Krstić, *Međunarodna ljudska prava*, Beograd, 2010, str. 62.

[44] Član 50. Zakona o državnim službenicima („Službeni glasnik Republike Srpske“, broj: 118/08, 117/11 i 37/12).

na određeno vrijeme“. S tim u vezi, bolja formulacija člana 31. stav 1. Zakona o državnim službenicima glasila bi da: „Zasnivanje radnog odnosa u republičkim organima uprave vrši se na neodređeno ili na određeno vrijeme“, dok bi odredba stava 2. istog člana mogla da glasi: „Zasnivanje radnog odnosa u republičkim organima uprave na neodređeno vrijeme vrši se putem javnog konkursa, a zasnivanje radnog odnosa na određeno vrijeme vrši se u slučajevima određenim ovim zakonom“.

Pored navedenog prijedloga za reformulaciju člana 31. Zakona o državnim službenicima, važno je napraviti osvrt na slučajeve u kojima je moguće zasnovati radni odnos na određeno vrijeme. U tom kontekstu Zakonom o državnim službenicima taksativno je određeno da državni službenik može zasnovati radni odnos na određeno vrijeme: a) radi zamjene odsutnog državnog službenika, do njegovog povratka, b) zbog privremeno povećanog obima posla, najduže do šest mjeseci i v) radi obuke pripravnika, dok traje pripravnički staž. Iako je članom 50. stav 5. Zakona o državnim službenicima određeno da „radni odnos na određeno vrijeme ne može da preraste u radni odnos na neodređeno vrijeme“, nesumnjivo je da navedena formulacija može dovesti do različitih načina izigravanja zakona u smislu što „uopštene formulacije kriju mogućnost izigravanja (*Fraus latet in generalibus)*.[45]

Zavisno od konstelacije okolnosti, zasnivanje radnog odnosa na određeno vrijeme može dovesti do izigravanja pravila o javnom konkursu i trajanja pomenutog radnog odnosa izvjestan vremenski period i to po osnovu kumulacije navedenih slučajeva, kao i ponovnog zasnivanja radnog odnosa po osnovu privremenog povećanja obima posla po isteku roka od šest mjeseci, vodeći računa da po tom osnovu nakon šest mjeseci dođe do prestanka, a potom ponovnog zasnivanja radnog odnosa. S obzirom na to da Zakonom nije određena vremenska granica do koje radni odnos na određeno vrijeme može da traje, već je samo određeno da radni odnos na određeno vrijeme ne može da preraste u radni odnos na neodređeno vrijeme, iz razloga pravičnosti, a dijelom i pravne sigurnosti, trebalo bi u članu 50. poslije stava 5. dodati novi stav kojim bi se uredilo da*: „Radni odnos na određeno vrijeme može trajati najduže do dvije godine, uključujući kumulaciju zakonom određenih osnova za zasnivanje radnog odnosa na određeno vrijeme“*.

Imajući u vidu da se popunjavanje upražnjenih radnih mjesta državnih službenika može, između ostalog, izvršiti i aktom o postavljenju vršioca dužnosti iz reda zaposlenih, na sličan način trebalo bi precizirati odredbu zakona

[45] D. Stojković, A. Romac, *Dicta et regulae iuris – Latinska pravna pravila, izreke i definicije sa prevodom i objašnjenjima*, Savremena administracija, Beograd, 1989, str. 176.

kojom je određeno da Vlada imenuje vršioca dužnosti na period od 90 dana bez provođenja postupka javne konkurencije, s tim da se za isto radno mjesto akt o postavljenju može donijeti dva puta uzastopno.

Istovremeno, u vezi sa navedenim, opravdano se postavlja pitanje da li vršiocu dužnosti koji je imenovan rješenjem, prestaje radni odnos po sili zakona istekom roka na koji je imenovan (ukoliko je imenovan iz reda zaposlenih koji su zasnovali radni odnos na određeno vrijeme), odnosno da li državni službenik (imenovan iz reda zaposlenih na neodređeno vrijeme) koji je rješenjem postavljen za vršioca dužnosti, po isteku roka koji je naznačen u rješenju o postavljenju, ima pravo da i dalje obavlja funkciju vršioca dužnosti. Tu se, s jedne strane, radi o slučajevima u kojima Vlada nije donijela rješenje o razrješenju, pa se postavlja pitanje da li se istekom roka koji je naznačen u rješenju o postavljenju, vršilac dužnosti po sili zakona raspoređuje na radno mjesto na koje je bio prethodno raspoređen rješenjem na neodređeno vrijeme i, s druge strane, da li su zakoniti akti i radnje koje preduzima vršilac dužnosti, čije je rješenje o imenovanju isteklo.

## 4. Zaključna razmatranja

Pravne pretpostavke za zasnivanje radnog odnosa u smislu materijalnopravnih i formalnopravnih uslova za zasnivanje radnog odnosa temelje se na načelu slobode rada i načelu jednakosti u zapošljavanju i na radu. Međutim, u pogledu načina zasnivanja radnog odnosa načelo jednakosti u zapošljavanju i na radu, kao načelo u kome su apstrahovani načelo jednakih šansi i postupanja i načelo zabrane diskriminacije, nije doživjelo punu afirmaciju. S tim u vezi, formulacija odredaba kojima je uobličen način zasnivanja radnog odnosa u oba režima, pored određenih nedorečenosti, utiče i na činjenicu da njihova praktična primjena derogira pravo na rad kao jednako pravo pod jednakim uslovima.

Takođe, nesporna je činjenica da javno oglašavanje, kao jedan od formalnopravnih uslova za zasnivanje radnog odnosa, nije u funkciji socijalne konkurencije i realizacije transparentnosti postupka stvarne procjene sposobnosti kandidata u cilju da najbolji kandidati budu izabrani za zasnivanje radnog odnosa.

U pozitivnom radnom zakonodavstvu Republike Srpske, u opštem režimu radnih odnosa, načelo javnog oglašavanja, odnosno oglašavanja od strane

Zavoda za zapošljavanje, kao javne službe za zapošljavanje, nema za cilj da u oblasti zapošljavanja omogući ostvarenje načela jednakih šansi i postupanja, jer postoji mogućnost izigravanja zakona (*fraus legis*) i degradiranja svrhe postojanja javnog oglašavanja iz razloga što poslodavac može zahtijevati da mu Zavod za zapošljavanje umjesto javnog objavljivanja potrebe za radnicima neposredno ponudi izbor kandidata za zasnivanje radnog odnosa. Konstatujući da se u postojećem socijalnom i društvenom ambijentu, a posebno u javnom sektoru, takav način zapošljavanja loše odražava na kvalitet u odabiru kandidata, najbolje zakonsko rješenje predstavljalo bi ono kojim bi se, kada je riječ o zasnivanju radnog odnosa (posebno radnog odnosa na neodređeno vrijeme) imperativno morala javno objaviti potreba za radnicima, što upućuje na potrebu da se reformuliše odredba člana 18. Zakona o posredovanju u zapošljavanju i pravima za vrijeme nezaposlenosti na način da se onemogući izigravanje zakona i degradiranje instrumenata javnog oglašavanja potrebe za radnicima. Osim toga, javno objavljivanje upražnjenog radnog mjesta imalo bi potpuniji smisao ukoliko bi prethodno od strane poslodavca internim općim aktom bio utvrđen sistem bodovanja kandidata, koji bi bio utemeljen na kvalifikacijama kandidata, a ne na „subjektivnom“ ili unaprijed određenom izboru, što je uglavnom karakteristično za javni sektor.

Pored navedenog, značajno je pomenuti terminološku neprimjerenost izraza „javno objavljivanje“, sadržanu u Zakonu o posredovanju u zapošljavanju i pravima za vrijeme nezaposlenosti, jer bi s obzirom na etimološko porijeklo, odnosno značenje riječi „konkurs“ u konkretnom slučaju primjereniji izraz bio „javni konkurs“. Neadekvatna terminologija sadržana je i u Pravilniku o jedinstvenim pravilima i proceduri javne konkurencije za zapošljavanje i postavljenje državnih službenika, u kome bi umjesto termina „kandidati“ bio primjereniji izraz „učesnici javnog konkursa“, s obzirom na to da bi učesnike konkursa činila lica koja su blagovremeno podnijela prijave na konkurs, nezavisno od toga da li zaista ispunjavaju uslove određene konkursom, dok bi kandidate trebalo da predstavljaju učesnici koji su blagovremeno podnijeli prijave na javni konkurs i koji ispunjavaju uslove propisane konkursom.

Kada je u pitanju zasnivanje radnog odnosa, Zakonom o radu određeno je da se ugovor o radu može zaključiti na neodređeno ili na određeno vrijeme. Iako je navedenim zakonom određeno da se poslodavac i radnik mogu sporazumjeti da se važenje ugovora o radu na određeno vrijeme jednom ili više puta produži za određeni period, ali najduže do dvije godine od dana zaključivanja ugovora o radu na određeno vrijeme, bolje zakonsko rješenje predstavljalo bi ono kojim se nijedan slučaj zasnivanja radnog odnosa na određeno

vrijeme ne bi vremenski ograničavao, s tim da se zadrži postojeće zakonsko rješenje da se ugovor o radu na određeno vrijeme ne može zaključiti na period duži od dvije godine. Takođe, postoji mogućnost da se formuliše prijedlog izmjena i dopuna Zakona o radu, slično odredbama iz uporednog zakonodavstva u smislu da ugovor o radu na određeno vrijeme može trajati i duže od 24 mjeseca u zakonom određenim slučajevima.

Radnopravni status državnih službenika uređen je kao poseban režim radnih odnosa normiran Zakonom o državnim službenicima Republike Srpske. Zasnivanje radnog odnosa državnih službenika na neodređeno vrijeme u republičkim organima uprave vrši se putem javnog konkursa. Međutim, pojedine odredbe Zakona o državnim službenicima apsolutno derogiraju svrsishodnost postojanja instituta javnog konkursa, a u određenim okolnostima mogu da predstavljaju nejednako postupanje i narušavanje ustavom zagarantovanog osnovnog ljudskog prava – prava na rad. S tim u vezi, davanje diskrecione moći Vladi ili rukovodiocu organa da svojom pasivnom radnjom, odnosno nečinjenjem, nedonošenjem rješenja o zasnivanju radnog odnosa ili rješenja o raspoređivanju u zakonom određenom roku, utiče na činjenicu koja predstavlja razlog ili pravnu fikciju za neuspjeh javnog konkursa i koja, s tim u vezi, direktno onemogućava predloženom kandidatu zasnivanje radnog odnosa, nije u skladu sa osnovnim načelima sadržanim u ustavnim odredbama, a posebno da je svakome pod jednakim uslovima dostupno svako radno mjesto i funkcija. S obzirom na to da bi zapošljavanje državnih službenika trebalo biti utemeljeno na principu jednakosti pristupa javnim radnim mjestima i odabiru na osnovu sposobnosti, pravednim i otvorenim konkurisanjem i odsustvom diskriminacije, trebalo bi odredbu člana 40. stav 1. tačka g. Zakona o državnim službenicima izmijeniti da glasi: „Poslije sprovedenog javnog konkursa i utvrđivanja od strane Agencije da je javni konkurs sproveden u skladu sa zakonom, Vlada donosi rješenje o postavljenju u roku od 30 dana od dana prijema prijedloga Agencije, odnosno rukovodilac organa donosi rješenje o zasnivanju radnog odnosa, odnosno rješenje o raspoređivanju u roku od 15 dana od dana prijema prijedloga Agencije“. Na taj način u dodatnoj mjeri bi se osnažio instrument javnog konkursa i izbjegla mogućnost da Vlada, odnosno rukovodilac organa, nedonošenjem rješenja o postavljenju u zakonom određenom roku od dana prijema prijedloga Agencije izvrši nejednako postupanje prema predloženom kandidatu, dovodeći ga na taj način u diskriminatorski položaj.

U odnosu na pomenutu zakonsku formulaciju opravdano se postavlja pitanje svrsishodnosti odredbe Pravilnika o jedinstvenim pravilima i proce-

duri javne konkurencije za zapošljavanje i postavljenje državnih službenika kojom je određeno da pravila i procedure propisane predmetnim pravilnikom sadrže i obezbjeđuju pravednost i javnost konkurencije i izbor kandidata koji posjeduju najbolje profesionalne i stručne sposobnosti. Mogućnost poništavanja javnog konkursa opravdano navodi na postavljanje pitanja da li se takvim aktom, odnosno pasivnom radnjom (radnjom nečinjenja) od strane Vlade ili od strane rukovodioca organa, štiti javni interes.

Iako državni službenici u pravilu zasnivaju radni odnos na neodređeno vrijeme, državni službenik radni odnos izuzetno može zasnovati i na određeno vrijeme. Zavisno od konstelacije okolnosti, zasnivanje radnog odnosa na određeno vrijeme može dovesti do izigravanja pravila o javnom konkursu i trajanja pomenutog radnog odnosa izvjestan vremenski period i to po osnovu kumulacije zakonom određenih slučajeva, kao i ponovnog zasnivanja radnog odnosa po osnovu privremenog povećanja obima posla po isteku roka od šest mjeseci, vodeći računa da po tom osnovu, nakon šest mjeseci, dođe do prestanka, a potom ponovnog zasnivanja radnog odnosa. S obzirom na to da zakonom nije određena vremenska granica do koje radni odnos na određeno vrijeme može da traje, već je samo određeno da radni odnos na određeno vrijeme ne može da preraste u radni odnos na neodređeno vrijeme, iz razloga pravičnosti, a dijelom i pravne sigurnosti, trebalo bi u članu 50. poslije stava 5. dodati novi stav kojim bi se uredilo da*:* „Radni odnos na određeno vrijeme može trajati najduže do dvije godine, uključujući kumulaciju zakonom određenih osnova za zasnivanje radnog odnosa na određeno vrijeme“. Pored toga, imajući u vidu da se popunjavanje upražnjenih radnih mjesta državnih službenika može, između ostalog, izvršiti i aktom o postavljenju vršioca dužnosti iz reda zaposlenih, na sličan način trebalo bi precizirati i odredbu zakona kojom je određeno da Vlada imenuje vršioca dužnosti na period od 90 dana, bez provođenja postupka javne konkurencije, s tim da se za isto radno mjesto akt o postavljenu može donijeti dva puta uzastopno.

**Mr sc. Aleksandra Vuković***

# PRINCIPLES OF EMPLOYMENT ESTABLISHING IN GENERAL AND SPECIAL REGIME OF EMPLOYMENT

***Summary:*** *In general and special regime of employment conditions for employment may divide on material- legal (substantive) and formal. As a legal supposition for employment and material and formal, conditions for employment are based on principals of freedom of labor and equality principles in employment and work. However, in ways of methods of employment establishing the principles of equality in employment and work, as a principle in which the principle of equal opportunities and actions as well as principles of discrimination prohibition are abstracted including measures of positive action, did not live up to its full affirmation.*

*Public advertizing as one of the formal conditions for employment start is not in the function of social competition and realization of transparency of procedure for real estimate of candidates' abilities with goal to select best candidates for employment. Universality of citizens an equality principle in gaining and enjoying rights and freedoms make a base of the legal system and implies that rights and freedoms provided by Constitution and law equal for all citizens of one state.*

*Besides proclamation of series of acts protecting right to work as a basic human right, and at the same time strengthening the awareness of the society about negativities of discrimination as global social phenomenon, the fact is that achieving a right to work and within a principles of equality of opportunities for employment are often only declarative which opens possibilities for different forms of discrimination at employment or the ways of employment candidate selection , which is supported also in legal regulative which practically, silently, assimilate discrimination at work.*

***Key words:*** *Conditions of employment, principles of public advertizing, principles of candidate selection freedom, principles of employment establishing, general and special regime of labor relations.*

# МЕЂУНАРОДНОПРАВНА ОБЛАСТ

УДК 341.6(497.15)

# КОМПРОМИСОРНА КЛАУЗУЛА У АРБИТРАЖИ ЗА ОБЛАСТ БРЧКО

**Академик проф. др Витомир Поповић***

***Апстракт:*** *Компромисорна клаузула у арбитражи за област Брчко чини дио Споразума о разграничењу и односним питањима као Анекса 2 Општег оквирног споразума за мир у Босни и Херцеговини. Њоме је заснована међународна арбитража sui generis, која се бавила рјешавањем питања јавноправне природе везаних за разграничење између ентитета у области Брчко, али и правни статус привредних и других субјеката у области Брчко, који овој арбитражи дају елементе међународног трговачког карактера.*

***Кључне ријечи:*** *компромисорна клаузула, међународна арбитража, арбитража за област Брчко.*

## Историјски развој и значај арбитражног рјешавања спорова

Арбитражни начин рјешавања спорова води своје поријекло још из периода настанка људске цивилизације, иако тачно вријеме њеног настанка није могуће прецизно утврдити. Нарочито бројне писане изворе за рјешавање спорова путем арбитраже оставила је античка Грчка, из којих је видљиво да су арбитраже рјешавале бројна питања и спорове имовинскоправне природе, али и одређене спорове политичке природе. Предмет арбитраже често су била и одређена питања која се могу сврстати у поступак међународне арбитраже, јер су то били спорови између грчких градова, који су у то вријеме били организовани као по-

* **Академик проф. др Витомир Поповић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци**

себне државе.[1] Према неким мишљењима, арбитража је, као идеја, стара колико и људски род, а њен прави зачетак везује се за античко доба и рјешавање спорова између држава-градова. У том смислу се нарочито цитира мисао Аристотела, који каже да „арбитар тежи за правичношћу, судија за законом, а арбитража је створена да би се првичност могла примијенити". Цицерон говори да се „од пресуде тражи, да би се све добило, или све изгубило, а да се арбитраже узимају са намјером да се све не изгуби, нити све добије".[2] Најзад, ту је и Сенекина опаска да странке, које су сигурне у своја права и остварења својих права, радије иду пред судију, него пред арбитра. Наравно да арбитража о којој говоре Аристотел, Цицерон и Сенека, није ова данашња, највјероватније више значи облик мудрог посредовања или мирења странака у спору и она у ствари представља идеју о таквом начину дјеловања међу људима, као праоблик и претеча ангажовања приватног судије, који ће на захтјев странака спор ријешити објективно и неутрално.[3]

Због велике самосталности странака у уговарању и одређивању арбитара, арбитража је често коришћена и у римском праву класичног периода. Арбитражни поступак се водио пред судијом грађанином, кога су бирале саме странке „iudex privatus", а тек ако се оне не би сложиле око његовог избора, тада га је коцком одређивао претор. Изабрани судија није се могао упуштати у правна питања, јер је био везан правном квалификацијом спора, коју је претходно, у виду формуле, утврдио претор, већ му је био задатак да путем доказивања утврди чињенице из преторове формуле.[4] Извршење арбитражног уговора обезбјеђивано је уговорном казном, која је од оне стране која је прекршила уговор могла да тражи друга страна. По том је арбитражна одлука имала снагу судске пресуде: *Arbitrium est iudicium* – Арбитража је суђење (арбитража има снагу и дејство суђења).[5]

[1] Тибор Варади, *Међународно приватно право*, Нови Сад 1990, 178.

[2] Поближе видјети, Ch. Jarrosson, *La notion de L'arbitrage*, Paris, 1987, p. 1; такође: M. Landrau, *L' arbitrage dans le droit anglais et franc ais compare's*, Paris, 1932, p.11.

[3] Поближе о томе видјети, Миодраг Трајковић, *Међународно арбитражно право*, Београд 2000, 19–20.

[4] Сањин Омановић, *Арбитраже*, Сарајево 2001, 508, према Бранко Чалија – *Римски грађански поступак у свјетлу пружања саверемене правне заштите*, Годишњак Правног факултета у Сарајеву, 1975, 241.

[5] Драгомир Стојчевић и Анте Ромац, *Dicta et regulaeiuris*, Београд 1974, 70. М. Пак, *Међународно приватно право*, Београд 2000, 170, наводи да ће арбитража, као један од начина рјешавања спрова, наставити свој развој и за вријеме Јустинијанове владавине, у коме ће арбитражној одлуци бити придаван посебан значај. Међутим, распадом Римског царства наступа и период стагнације арбитраже која ће се одржати у нешто измијењеном облику и наставити свој развој кроз средњи вијек.

Традиционални облик арбитраже задржао се од Француске буржоаске револуције, иако ни данас није потпуно ишчезао. Развој капиталистичких односа, који је услиједио, афирмација приватне својине, слободе уговарања и аутономије воље, чиниле су арбитражу најпогоднијим методом за рјешавање спорова међу грађанима.[6]

Развој производних снага и производних односа сам по себи је произвео и повећани број спорова између уговорних страна и истовремено наметнуо потребу за њиховим бржим и ефикаснијим рјешавањем, чиме су арбитраже као много погоднији облик за рјешавање спорова у односу на судове посебно добиле на значају и још више постале препознатљиве. Оне су се почеле развијати и као институције за рјешавање унутрашњих спорова, али и као институције за рјешавање спорова са елементом иностраности. Многи аутори и правни историчари који су се бавили арбитражом сматрају Француску за колијевку европског арбитражног права и то како прије тако и послије Француске револуције, која ће својим уставом 1791. године гарантовати право грађана да је користи. Развој арбитраже у Француској имаће своју узлазну путању све до Наполеоновог права и доношења Кодекса о грађанском поступку, 1806. године, који је прихватао да арбитри повремено пресуде понеки спор, али само ако странке тачно знају суштину и обим свог спора. Другим ријечима, коришћење услуга арбитара на основу ранијег договора странака, односно на бази компромисорне клаузуле о рјешавању будућег евентуалног спора, опет је постало неприхватљиво. Наиме, полазило се од претпоставке како у правној доктрини, тако и у пракси, да се опредјељивање странака унапријед за арбитражно рјешавање спора сматра покушајем одузимања права судији, као јединим овлашћеном представнику државе, да одлучује и дијели правду у спорним ситуацијама. Борба за афирмацију арбитраже ће трајати све до реформе Трговачког кодекса из 1925. године, у коме ће нарочито доћи до изражаја њена пуна судска функција и валидност компромисорне клаузуле, односно споразума о арбитражи.[7]

Сличну еволуцију у развоју арбитраже и арбитражног права имамо и у Енглеској, која је читав низ година признавала супериорност судовима над арбитражом и арбитража се сматрала неправном и другораз-

[6] Француски устав из 1791. године гарантовао је „право грађана да дефинитивно ријеше спор путем арбитраже, не може бити угрожено никаквим актом законодавне власти“, Јелена Перовић, *Уговор о међународној трговинској арбитражи*, Београд 1998, 11.

[7] О историјату француског арбитражног права видјети: Д. Митровић, *Међународна трговинска арбитража у француском праву*, у Зборнику „Међународна трговинска арбитража, страна права, закони“, Београд 1996, 31–33.

редном категоријом и то све до 1856. године, када је у случају *Scott vs. Avery* Дом лордова први пут одлучио да није супротно јавном реду ако се у неком уговору предвиди да се странке обрате за помоћ редовном суду, само након што прво покушају да спор ријеше пред арбитражом, а што ће представљати прекретницу и повјерење у арвитражно рјешавање спорова. Закон о арбитражи из 1979. године (*Arbitration Act)* то правило је санкционисао до краја, тако да се прави јасна дистинкција између правних питања, када редовни суд може да интервенише на захтјев једне од странака и фактичких питања када то није могуће.[8]

За разлику од Француске и Енглеске, развој арбитраже у Италији био је много једноставнији и флексибилнији. Законик о грађанском поступку из 1865. године говори о значају компромисорне клаузуле уколико је она унијета у уговор странака, мада ће у односу на ову клаузулу постојати разна ограничења, и то како у погледу форме, тако и у погледу контроле рада од стране државних органа. Међутим, даља еволуција доћи ће до изражаја и добити позитивнији ток, јер се арбитража пробија својом једноставношћу и ефикасношћу, неспојивом са карактером талијанског класичног суда.[9]

Крајем прошлог вијека у Русији се, као посебна арбитражна тијела, афирмишу тзв. избране комисије или избрани судови при робним берзама. Стварањем Совјетског Савеза престаје ранија еволуција арбитражног система, али се брзо са развојем спољнотрговинског промета са свијетом опет буди потреба за арбитражом и 1932. године се формира спољнотрговинска арбитража. Послије распада СССР-а, она прераста у нову међународну арбитражу под именом Међународни трговински арбитражни суд при Трговинској индустријској комори Руске Федерације.[10]

Сједињене Америчке Државе су 1925. године донијеле Закон о арбитражи на савезном нивоу, а Кина је 1994. године донијела Закон о арбитражи.[11]

У бившој Југославији Међународна трговинска арбитража под именом „Спољнотрговинска арбитража при Трговинској комори

[8] Поближе о томе видјети, М. Трајковић, 22.

[9] Гаша Кнежевић, *Италијанско арбитражно право*, Зборник радова „Међународна трговинска арбитража, страна права и закони“, Београд 1996, 49.

[10] Поближе о томе видјети, Александар Ћирић, *Међународна трговинска арбитража у праву Русије*, Зборник радова „Међународна трговинска арбитража, страна права и закони“, Београд 1996 године, 91.

[11] Поближе о томе видјети, М. Трајковић, *Кинеско право*, Зборник радова „Међународна трговинска арбитража, страна права и закони“, Београд 1996, 3.

Југославије“, основана је Уредбом о Трговинској комори ФНРЈ 1946. године, а њен Правилник о раду је донијет 1947. године, мада први писани документ о формирању арбитражног суда датира из 1857. године из Указа књаза Србије Александра Карађорђевића о оснивању Трговачког одбора (Трговачке коморе у Београду), у оквиру које се образује Изабрани суд за рјешавање трговачких спорова.[12]

По угледу на бившу југословенску арбитражу, арбитраже су основане и у Словенији, Хрватској, Македонији, Црној Гори, Србији (ова арбитража је правни насљедник бивше југословенске арбитраже) и у Републици Српској.[13]

Данас, скоро сви већи међународни трговачки центри имају основане међународне трговачке арбитраже, које су постале препознатљиве у рјешавању читавог низа међународних трговачких спорова и чије одлуке, односно арбитражна пракса, имају огромног значаја на развој не само арбитражног права, као посебне гране права, већ и међународног пословног права и међународне трговине. Мада се ми у овом раду нећемо посебно бавити правном природом трговинске арбитраже, предностима арбитражног у односу на судско рјешавање спорова, арбитражним поступком, арбитражном одлуком, њеним признањем и извршењем, сматрамо значајним напоменути да арбитражно право данас познаје читав низ подјела и врста ових арбитража, од који за нас јесте посебно значајна подјела на ad hoc (повремене или привремене арбитраже), које су, историјски посматрано, настале много раније и представљају претечу сталних или институционалних арбитража и сталне или институционалне арбитраже.

У ad hoc, односно привремене арбитраже спада и Арбитража за област Брчко, настала на основу арбитражне клаузуле садржане у члану 5 Споразума о разграничењу и односним питањима.[14]

[12] Мирко Васиљевић, *50 година спољнотрговинске арбитраже при Привредној комори Југославије у Београду*, Зборник реферата, Београд 1997, 3.

[13] Спољнотрговинска арбитража при Привредној комори Републике Српске основана је одлуком Скупштине Привредне коморе, 2. јула 1998 године.

[14] Споразум о разграничењу и односним питањима представља други по реду од 11 анекса Општег оквирног споразума за мир у БиХ усаглашеног у Дејтону, Охајо, САД, 1–21.11.1995. г., који је потписан и ступио на снагу 14.12.1995. г. у Паризу у форми међународног уговора јавноправног карактера.

## Услови за међународну трговинску арбитражу

Теорија и пракса међународног трговинског арбитражног права за формирање арбитраже захтијевају испуњење и постојање најмање трију услова: спор у питању по својој природи мора бити међународни, по својој садржини трговински (трговачки), а у погледу начина рјешавања конципиран од стране странака.

### а) Међународни спор

У правној теорији и пракси не постоје јединствена гледишта у односу на сваки од ова три наведена елемента. Тако нпр. када анализирамо први услов, „међународни спор“, односно термин „међународни“, то не значи искључиво везивање арбитражног спора и арбитражног суђења за одредбе међународних конвенција, међународних трговачких обичаја и других извора међународног права, с обзиром на то да је и национално право, такође, присутно код међународне трговинске арбитраже, било у домену прописа о грађанском поступку који се примјењују у току арбитражног поступка, или као материјално право о коме, по жељи странака, арбитри суде и доносе одлуку о спору. Још је мање убједљив покушај коришћења организационог критеријума по коме је међународни спор онај који рјешава међународна арбитража, а домаћи или унутрашњи онај у коме се правно изјашњава домаћа арбитража. Постојање ове арбитраже није унапријед одређено неким административним или организационим критеријумом, већ зависи од елемента иностраности уговора и природе спора, које странке договором пред њу износе.[15] Тако нпр. Француска и Енглеска, двије земље са највећом арбитражном традицијом у Европи, различито гледају на овај проблем, јер прва сматра да је услов испуњен када је у спору неспоран интерес спољне трговине, без обзира на националност странака, док друга тражи да једна од странака буде странац.

Европска конвенција о међународној трговинској арбитражи из 1961. године одређује критеријум за квалификовање међународне трговинске арбитраже, тако што се изјашњава у корист „арбитражних уговора, закључених у циљу рјешавања спорова из послова међународне трговине између физичких и правних лица, која у вријеме закључења

[15] Поближе о томе видјети, М. Трајковић, 14–15.

арбитражног уговора имају пребивалиште или сједиште у различитим државама.“[16]

Логику ове конвенције слиједило је и бивше југословенско право, односно Закон о парничном поступку и Правилник спољнотрговинске арбитраже.

За разлику од Европске конвенције о међународној трговинској арбитражи из 1961. године, модел закон UNCITRAL-а прописује да је арбитража међународна: ако су странке из арбитражног споразума у вријеме закључења овог споразума имале пословна сједишта у различитим земљама; ако се изван државе у којој странке имају своја пословна сједишта налази арбитража (уговорена или накнадно договорена), или се налази мјесто гдје највећи дио обавеза из трговачког односа страна треба да се изврши, или мјесто с којим је предмет спора у најужој вези; ако су странке изричито уговориле да се предмет спора из арбитражног споразума односи на више од једне земље.[17]

Прописи међународног приватног права у БиХ опредјељују одређени спор као међународни тако што га посматрају кроз држављанство, пребивалиште, боравиште или сједиште страна у одређеном спору, које треба да је у различитим државама, да је предмет трговинских односа прешао бар једну државну границу, да се обавеза изврши или да је мјесто закључења или извршења трговинског спора у иностранству.[18]

У правној теорији и доктрини не само да постоје различити приступи у дефинисању тзв. „међународног карактера спора“, него они постоје и у дефинисању „трговинског спора“. Овдје постоје двије теорије, објективна (Француска, Швајцарска, Белгија, Шпанија, Латинска Америка), која се своди на то да се одређени послови сматрају трговачким, без обзира на то ко их обавља, и на њих се примјењују правила трговачког права, и субјективна (Њемачка), која појам трговачког посла одређује кроз појам трговца. Према овој теорији, трговачки послови су сви послови које закључује трговац за потребе своје трговине, а трговцем се сматра оно лице које обавља неки од изричито одређених основних послова у виду занимања, као и акцесорних послова који су трговачки, јер их обавља трговац за потребе основних трговачких послова.[19]

[16] Поближе о томе видјети, члан I/a Европске конвенције о међународној трговинској арбитражи из 1961. године.

[17] Поближе о томе видјети, модел-закон о међународној трговинској арбитражи UNCITRAL-а (Комисије Уједињених нација за међународно трговинско право) из 1985. године, члан 1. став 3.

[18] Као упориште за овакав закључак служи нам схватање изнесено у дјелу Дика, Кнежевић, Стојановић, *Комнетар закона о међународном приватном и процесном праву*, Београд 1991, 10.

[19] Поближе о томе видјети, М. Васиљевић, *Пословно право*, Београд 2001, 498–499.

Сљедећи услов за заснивање међународне трговинске арбитраже јесте постојање арбитражног споразума којим се спор на основу израза воље странака и иницијалног акта за формирање Међународне трговинске арбитраже рјешава. Овај трећи услов детаљно је разрађен вољом странака, али и другим правним изворима међународне трговинске арбитраже, као што су национални закони о арбитражи, међународне конвенције, правила арбитража и остале одредбе које употпуњују вољу странака.

## Појам и значај арбитражног споразума

Арбитражни споразум је уговор странака којим оне, сагласношћу воља, своје настале или будуће имовинскоправне спорове повјеравају на рјешавање одређеној арбитражи. Њиме се искључује надлежност државног суда за доношење мериторне одлуке и истовремено конституише надлежност арбитраже. Он представља основ за конституисање арбитражне надлежности, али осим тога одређује и условљава правну судбину одлуке и фаза кроз коју цио поступак пролази. Од његове пуноважности зависи ваљаност одлуке арбитраже и њена извршивост.[20] Арбитражни споразум може се појавити у два облика, и то у облику компромисорне клаузуле и компромиса.

Компромисорна клаузула је такав облик арбитражног споразума гдје се при закључењу основног посла, као посебна клаузула или као анекс уговора предвиђа рјешавање евентуалних спорова од стране одређене арбитраже. За разлику од компромисорне клаузуле, која се уноси у текст основног уговора одмах при његовом закључењу, компромис представља такав облик арбитражног споразума у коме се странке, када је већ дошло до спора, споразумијевају да ће настали спор повјерити на рјешавање одређеној арбитражи.

Међународна арбитражна пракса и у једном и у другом случају изричито инсистира да компромисорна клаузула и компромис морају бити закључени у писаној форми. Већина међународних арбитража установљавају своју посебну форму које су странке дужне унијети, било у основни уговор или анекс при закључењу уговора, било накнадно, када дође до компромиса.[21]

[20] Витомир Г. Поповић, Радован Д. Вукадиновић, *Међународно пословно право*, Општи дио, Бања Лука – Крагујевац, 2005, 432–433.

[21] Радомир Ђуровић, *Међународно привредно право*, Београд 2004, 218.

## Арбитражни споразум за област Брчко

Четрнаестог децембра 1995. године, послије три и по године рата у Босни и Херцеговини, Република Босна и Херцеговина, Федерација Босне и Херцеговине („Федерација“), и Република Српска („РС“) су у оквиру Општег оквирног споразума о миру за Босну и Херцеговину (ООСМ или Дејтонски споразум) потписали Анекс 2 тог споразума, који је ступио на снагу одмах након што су га стране[22], потписале и који предвиђа успостављање „међуентитетске границе“ између Федерације и РС широм Босне и Херцеговине. Пошто се у току преговора у Дејтону стране нису споразумјеле око расподјеле контроле међу ентитетима у области Брчко, члан 5 Анекса 2 под називом „Арбитража за област Брчко“ предвидио је да стране „пристају на обавезујућу арбитражу у вези са спорним дијелом међуентитетске границе у области Брчко“.[23]

Члан V Споразума о разграничењу и односним питањима као Анекса 2 Општег оквирног споразума за мир у Босни и Херцеговини у нарави представља арбитражни споразум у форми компромисорне клаузуле која гласи:

Стране су сагласне да се подвргну обавезујућој арбитражи спорног дијела граничне линије између ентитета у области Брчког приказаног на мапи приложеној у додатку.

Најкасније шест мјесеци након ступања овог споразума на снагу, једног арбитра ће именовати Федерација, а једног арбитра ће именовати Република Српска. Трећи арбитар ће се одабрати споразумом између именованих арбитара страна у року од тридесет дана. Уколико се они не сагласе, трећег арбитра ће именовати предсједник Међународног суда правде. Трећи арбитар ће предсједавати арбитражним трибуналом.

Уколико се стране другачије не договоре, поступак ће се водити у складу са правилима UNCITRAL-a. Арбитри ће примјењивати релевантне правне принципе и принципе једнакости.

Уколико се не постигне другачији договор, област назначена у горњем ставу 1. биће и даље под управом каква је сада.

[22] Преамбула Анекса 2 дефинише „стране“ као Републику Босну и Херцеговину, Федерацију Босне и Херцеговине и Републику Српску.

[23] Поближе о томе видјети, Витомир Поповић, Владимир Лукић, Документи, Дејтон–Париз, Бања Лука 1999. година, Одлука Арбитражног трибунала за спор око међуентитетске границе у области Брчко од 15. марта 1998. године, 143

Арбитри ће донијети своју одлуку најкасније годину дана након ступања овог споразума на снагу. Одлука ће бити коначна и обавезујућа, а стране ће је примјењивати без одлагања.

Чланом VI, који носи наслов „Прелазни период“, прописано је:

„У оним областима које се преносе од једног ентитета другоме у складу са овдје описаним разграничењем, постојаће прелазни период да би се обезбиједио уредан пренос власти. Прелазни период ће се окончати четрдесет пет (45) дана послије преноса власти са команданта UNPROFOR-а на команданта IFOR-а како је описано у Анексу 1-А.“

Чланом VII, који носи наслов „Статус додатка“, прописано је да ће „додатак сачињавати интегрални дио овог споразума“, док члан VIII, прописује да „овај споразум ступа на снагу послије потписивања“.

Карактеристике овог споразума садржане у форми компромисорне клаузуле могле би се састојати у следећем:

Овај споразум, односно компромисорна клаузула чини саставни

дио Споразума о граничној линији између ентитета и односним питањима као Анексу 2 Општег споразума за мир у Босни и Херцеговини, који у нарави чини Међународни споразум о регионалној стабилизацији и регулисању међусобних питања између Републике Српске и Федерације Босне и Херцеговине проузрокованих троипогодишњим грађанским ратом у овој бившој југословенској републици.

Овим споразумом, који представља један од 11 анекса Споразума о регионалној стабилизацији означеном као Анекс 1-Б, врши се разграничење између Републике Српске и Федерације Босне и Херцеговине и прописује да ће граница између ових страна, дефинисана као гранична линија између ентитета, бити онаква како је одређена на мапи у додатку, затим, на који начин се врши одређивање и обиљежавање граничне линије. Међутим, како у току преговора о Дејтону није дошло до споразума око расподјеле контроле међу ентитетима у области Брчко, стране су се обавезале да „пристају на обавезујућу арбитражу у вези са спорним дијелом међуентитетске границе у овој области“.

С обзиром на то да се ради о компромисорној клаузули којом се рјешавају питања границе између Републике Српске и Федерације Босне и Херцеговине, дефинисане као „линија разграничења“ између ентитета, спор по својој правној природи не спада у класичне трговачке спорове, него у спорове јавноправне природе. Међутим, специфичност се састоји у томе да се не ради о утврђивању спорног дијела границе између

двије државе, него о утврђивању спорног дијела „линије разграничења“ између ентитета, Републике Српске и Федерације Босне и Херцеговине, од којих се Босна и Херцеговина, као међународноправно признати субјект права, састоји.[24]

Ако то посматрамо у односу на неопходна три услова која се траже за међународну трговинску арбитражу, односно на његов први услов који говори о томе да спор у питању по својој природи мора бити „међународни“, по својој садржини трговачки, видјећемо да овом компромисорном клаузулом нису испуњени услови на основу којих би се могао извести закључак о постојању елемента „међународни“, с обзиром на то да се њоме рјешавају питања разграничења између ентитета од којихсе Босна и Херцеговина састоји.

Међутим, имајући у виду чињеницу да су уговорне стране овим споразумом, односно „својом вољом“ за рјешавање овог спора предвидјеле да ће се поступак водити у складу са „правилима UNCITRAL-a“ и да ће арбитри примјењивати „релевантне правне принципе и принципе једнакости“, односно уколико се арбитри страна у предвиђеном року не усагласе у погледу избора трећег арбитра, да ће трећег арбитра именовати „предсједник Међународног суда правде“, и да ће он предсједавати овим трибуналом, као и да су арбитражна засједања одржавана ван територије Босне и Херцеговине (Рим, Вашингтон, Беч, Лондон), чини се логичним  извести закључак да у конкретном случају, компромисорном клаузулом није заснована унутрашња, него међународна арбитража, мада постоје и другачија схватања.

Ова арбитражна клаузула не испуњава ни класични други услов

који се тражи за међународну трговинску арбитражу означен као трговински спор, мада је за њу предвиђено да ће се она водити према UNCITRAL правилима, који се, у правилу, уговарају код класичних међународних трговачких спорова, првенствено везаних за продају робе и сл. Вјероватно су ова правила уговорена ради њихове флексибилности у примјени, односно могућности странака на измјене појединих одредаба, нпр. везаних за рокове давања одговора на поједине процесне радње, итд.

Одредба по којој ће „арбитри примјењивати релевантне правне-принципе и принципе једнакости“ широко је постављена и у правилу подразумијева примјену међународних релевантних правних принципа

[24] Поближе о томе видјети, члан 1 тачка 3 Устава Босне и Херцеговине као Анекса 4 Општег оквирног споразума за мир у Босни и Херцеговини.

и принципа једнакости, будући да домаћа искуства у овој области не постоје, такође потврђује чињеницу да се ради о компромисорној клаузули, којом се заснива међународна, а не унутрашња арбитража, односно ради се о међународној арбитражи, *sui generis*.

Ова клаузула садржи неке друге специфичности које је могуће анализирати кроз арбитражни поступак и арбитражне одлуке, али ми се тиме овом приликом, полазећи од правног карактера овог рада, нећемо бавити.

## Закључак

Компромисорна клаузула у арбитражи за област Брчко представља специфичну клаузулу којом је уговорена надлежност арбитраже за рјешавање спорног дијела линије разграничења између ентитета у области Брчко. Ова арбитража по својој правној природи и суштини има елементе унутрашње арбитраже и међународне арбитраже; с обзиром на то да претежу ови други, може се третирати међународном арбитражом. Овдје се, прије свега, мисли на начин избора арбитара, односно трећег предсједавајућег арбитра, страног држављанина, од стране предсједника Међународног суда правде, примјену процесног права садржаног у правилима UNCITRAL-a, затим материјалног права садржаном у „релевантним правним принципима и принципима једнакости“, а касније и у извршењу арбитражне одлуке од стране међународне заједнице. Овом клаузулом није заснована класична међународна трговачка, а ни међународна јавноправна арбитража, него међународна арбитража *sui generis*, јер су њоме рјешавана и питања разграничења спорног дијела граничне линије између ентитета у области Брчко, али и правна питања статуса привредних и других субјеката у области Брчко. Многи су овај спор између Републике Српске и Федерације БиХ, с обзиром на његов значај по уговорне стране, називали спором стољећа.

УДК 347.7(497.11)

# НАЧЕЛА СПОЉНОТРГОВИНСКОГ ЗАКОНОДАВСТВА СРБИЈЕ И НОВА ОБЕЛЕЖЈА МЕЂУНАРОДНИХ ПОСЛОВНИХ ОДНОСА[1]

**Проф. др Александар Ћирић**[*]

***Апстракт:*** *Аутор своја истраживања заснива на анализи која читавом раду даје дводелну структуру, а базирана је на: прво, на перцепцији значаја нових националних правних стандарда држава и слободних царинских територија, на примеру законодавне праксе Србије, и њиховог утицаја на реализацију међународних пословних односа, и друго, на утврђивању постојања елемента међународности, или иностраности, у пословном односу. Аутор истиче да одређивање тих елемената има и изузетан практичан значај, пре свега, са аспекта сврставања конкретне пословне операције у категорију међународног пословног односа и његовог разграничења од пословних односа у националном правном промету. За разлику од ранијих схватања, на основу којих се елемент међународности одређивао према критеријуму постојања уговора о пословном односу, закљученом између страна чија су седишта на територијама различитих држава, према савременим схватањима, постојање елемента иностраности цени се на основу дејства међународног пословног односа, које се простире у најмање две државе, или две самосталне царинске територије. Аутор закључује да се коначно тумачење о томе да ли постоји елемент иностраности, који је довољан да би се конкретни однос могао квалификовати као међународни пословни однос, препушта трибуналу.*

***Кључне речи:*** *Међународни пословни однос; Закон о спољнотрговинском пословању Србије; Стандард пропорционалности;*

[*] **Проф. др Александар Ћирић, Правни факултет Универзитета у Нишу**

[1] Рад је резултат истраживања на Пројекту Правног факултета Универзитета у Нишу, бр. 179046, који финансира Министарство образовања и науке Републике Србије.

*Конвенција ОУН о уговорима о међународној продаји робе (Бечка конвенција); Закон о арбитражи Србије; Арбитражна пракса.*

## 1. Увод

Традиционално најразвијенија и најстарија форма међународне трговинске сарадње је међународна трговина. Она подразумева трговинске односе једне земље, или слободне царинске територије, са другим државама и другим царинским територијама, које обухватају плаћени увоз и извоз робе. На подлози планског приступа у спровођењу спољнотрговинске политике, као скупу мера које једна земља спроводи у регулисању трговинског промета са иностранством, успостављају се виши облици сарадње, остварују се кооперативни односи, обављају привредне делатности у иностранству и др. Поред тога, класични спољнотрговински послови омогућавају извоз производа, робе и услуга којих има довољно, или више него што то захтевају потребе домаћег тржишта. На тај начин, спољнотрговинско пословање сваке државе служи реализацији прерасподеле њеног националног производа на међународном тржишту. Осим продаје, интерес је домаће државе и њеног тржишта да тако стеченим девизним средствима увезе недостајућу робу, производе и услуге, као и да усмерава део стечених девиза у економски оправдана улагања са спољашњих страна својих државних граница. Реализација тог циља остварује се закључивањем конкретних спољнотрговинских послова, чији су учесници правна и физичка лица са седиштем или домицилом у различитим државама. У том смислу свака држава испољава посебан интерес да контролише, усмерава, као и да нормативно уређује сегмент спољнотрговинског пословања својих привредних субјеката са иностранством. Она то чини нормативним регулисањем и одређивањем формално-правних оквира за обављање спољнотрговинске делатности. Иако је мера учешћа државе све скромнија, услед утицаја међународноправног режима на национални легислативни капацитет, она још увек има незаменљиву улогу на плану регулативе и праксе спољнотрговинског пословања. За разлику од унутрашње трговине, спољна трговина обезбеђује кретање робе међу државама, што неизбежно условљава потребу решавања бројних питања која произлазе из дистанционог карактера послова, протека времена, различитих националних формално-правних оквира, као и динамике и

промена у схватањима појединих обележја међународних пословних односа, у ширем смислу.

Механизмом повратне снаге, правна регулатива, поред особине регулатора, дужна је да омогући даљи и бржи развој спољнотрговинских односа. Регулаторни оквир међународно-правног режима спољнотрговинског законодавства Србије почива на две основне групе извора. Прву групу извора творе акта националног законодавства државе, док другу чине извори права деривативног карактера, чија посебност произлази из непосредног учешћа Србије у својству субјекта конкретних односа међународне трговинске сарадње уговорне и друге природе, попут чланства у међународним трговинским организацијама. Без обзира на све изразитије ставове у јуриспруденцији према којима читаво међународно право има перспективу једино уколико се на планетарном нивоу успостави сценарио ефективне мултилатерализације,[2] што би требало да омогући реализацију процеса хармонизације и унификације спољнотрговинских правних система појединих нација, формално-правно, национални законодавци располажу, иако знатно суженим, али, ипак, аутономним националним легислативним капацитетом.

Наша истраживања, за потребе овог рада, обухватају анализе које имају дихотомни циљ, и одликују га дводелном структуром, заснованом: прво, на перцепцији значаја и утицаја нових националних правних стандарда држава и слободних царинских територија, на примеру законодавне праксе Србије, на реализацију међународних пословних односа, и друго, на значају елемената међународности у пословном односу у светлу његовог уплива на измену традиционалних схватања у погледу појмовних обележја међународног пословног односа у уговорној и међународној арбитражној пракси. Одређивање тих елемената има теоријски, али и изузетан практичан значај, пре свега, са аспекта одређивања и сврставања конкретне пословне операције у категорију међународног пословног односа, и његовог разграничења од пословних односа у националном правном промету.

[2] Krejči O., *Geopolitics and International Law, Tracing the Global Crisis 2010, Czech Yearbook of International Law, Volume I, Praha, 2010, p. 207-219.*

## 2. Новација садржаја темељних начела спољнотрговинског пословања у праву Србије

Закон о спољнотрговинском пословању Србије[3], сходно законодавној пракси највећег броја држава у свету, у својим уводним одредбама (чл. 5−11. Закона), прокламује начела спољнотрговинског пословања, која су одраз усклађивања са правом Светске трговинске организације (СТО) и правом Европске уније (ЕУ). У најважније од њих Закон сврстава следеће руководне идеје:

1) Слобода спољнотрговинског промета робом. Овај стандард подразумева да је спољнотрговински промет робом слободан и да се обављање међународних пословних односа у тој области може ограничити само у складу са одредбама Закона. Домаћа и страна правна лица, њихови огранци, као и предузетници, стичу право и обављају спољнотрговински промет робом под једнаким условима.

Међународна слободна трговина подразумева постојање међусобних трговинских односа између држава на основама уређеног и организованог слободног приступа тржишту робе, услуга, капитала и радне снаге.[4]

Садржина слободе трговине у МТО утврђује се националним прописима, међудржавним уговорима и конвенцијама, као и правилима међународних трговинских организација регионалног и универзалног карактера. Према Закону о спољнотрговинском пословању Србије, обављање те делатности је слободно и може се ограничити само у складу са одредбама Закона. Правна лица и предузетници у обављању спољнотрговинског пословања имају иста права као и у домаћем промету.[5]

[3] „Сл. гласник РС, бр. 36/2009, 36/2011 – др. закон и 88/2011.

[4] Начело организоване слободе трговине одликују следећа права и обавезе држава:

а) право на ступање у МТО;

б) право на слободно закључење билатералних и мултилатералних уговора, чији су предмет МТО;

в) право удруживања у међународне организације трговинског карактера;

г) право учешћа у решавању међународних питања у области МТО;

д) обавеза држава да развијају међусобну трговину, не наносећи штету трговинским интересима других држава;

ђ) обавеза учвршћивања мултилатералног трговинског система, уз примену норми СТО и др. О томе више видети: А. Ћирић, *Међународно трговинско право*, Ниш, 2012. стр. 47–52.

[5] Члан 5. Закона.

Царинске администрације, као државне службе које контролишу и надгледају међународно кретање робе, имају овлашћење и дужност да обезбеде већу сигурност учесницима у међународним пословним односима, уз обавезу да предузимају конкретне мере поједностављења поступака контроле при преласку робе на границама.

Роба која се извози, увози, транзитира или се налази у неком царинском поступку, подлеже испуњењу санитарних, ветеринарских и фитосанитарних формалности. Међутим, контрола испуњења таквих услова не може да има за последицу додатно ограничење извоза, увоза или транзита (чл. 25. Закона).

Са друге стране, и технички пропис, у смислу законских одредаба, којим се уређују технички захтеви за производе и оцењивање усаглашености, може се применити на увоз робе, а његова примена не може имати за последицу додатно ограничење увоза. Усаглашеност са стандардима није услов за увоз робе. [6]

2) Третман најповлашћеније нације. Начело најповлашћеније нације примењује се у спољнотрговинском промету са државом или царинском територијом којој је овај третман додељен међународним споразумом или одлуком Владе[7].

Систем најповлашћеније нације у односу на робу подразумева да се све предности, погодности, повластице или изузећа које Србија одобри било којој роби пореклом из друге државе или царинске територије, или роби која је намењена другој држави или царинској територији, на основу закљученог међународног пословног односа, одмах и без одлагања одобравају истој или сличној роби пореклом из било које државе или царинске територије, или роби која је намењена било којој држави или царинској територији.[8] У ст. 2. чл. 6. Закон предвиђа изузетке од третмана најповлашћеније нације у односу на услове који су одобрени споразумом о слободној трговини, споразумом о царинској унији, аранжманом о пограничној трговини и услове одобрене или засноване на прелазним споразумима о успостављању зоне слободне трговине или царинске уније.

Положај најповлашћеније нације у односу на услуге, које су предмет међународног пословног односа, подразумева третман услуга и пру-

[6] Више о начелу слободе трговине у: А. Ћирић, *Међународно трговинско право – Општи део*, Центар за публикације Правног факултета у Нишу, Ниш, 2012, стр. 47-52.

[7] Више о третману најповлашћеније нације у: А. Ћирић, *Третман „најповлашћеније нације" у међународним трговинским односима*, „Правна ријеч", Удружење правника Републике Српске, Бања Лука, 2012. бр. 33, стр. 41–58.

[8] Чл. 6. ст. 2 Закона.

жаоца услуга, који потичу из једне државе или царинске територије, који није неповољнији од третмана сличних услуга и пружаоца сличних услуга из било које друге државе или царинске територије.

3) Национални третман. Закон о спољнотрговинском пословању предвиђа да страна роба увезена на територију Србије, која је предмет уговора из међународног пословног односа, неће имати мање повољан третман од третмана који има слична домаћа роба[9]. Национални третман у односу на услуге подразумева да све мере које утичу на услуге које потичу из друге државе или царинске територије, као и на пружаоце услуга из друге државе или царинске територије, не могу бити неповољније од мера које се примењују на сличне домаће услуге или на домаће пружаоце услуга. Услуге које потичу из друге државе или царинске територије, као и пружаоци услуга из друге државе или царинске територије, уживају национални третман на основу међународног споразума.

Права интелектуалне својине страних лица неће имати мање повољан третман од третмана који је дат правима интелектуалне својине домаћих лица.

4) Забрана квантитативних ограничења. Иако квантитативна ограничења нису без изузетка забрањена, њихова примена је регулисана и ограничена на минимум. Прво ограничење односи се на немогућност увођења и задржавања мера квантитативних ограничења која нису прописана Законом о спољнотрговинском пословању. У спољнотрговинском промету робом не могу се уводити нова, нити задржавати постојећа квантитативна ограничења, осим оних која су прописана законом. То значи да Влада, министарство или неки други орган управе, не може подзаконским актима уводити и примењивати поједине облике квантитативних ограничења која нису прописана Законом о спољнотрговинском пословању.

Законодавство Србије забрањује увођење нових, а не допушта ни задржавање постојећих квантитативних ограничења, осим оних која су прописана законом.[10] На тај начин је право Србије усаглашено са Декларацијом министара Уругвајске рунде трговинских преговора из 1986. године, на основу које су се потписнице тадашњег GATT-а обавезале да:

а) не предузимају нове мере трговинских ограничења, које су у супротности са правилима GATT-а (standstill klauzula) и да

[9] Више о начелу националног третмана у: А. Ћирић, Међународно трговинско право – Општи део, Центар за публикације Правног факултета у Нишу, Ниш, 2010, стр. 146.

[10] Видети чл. 8. Закона о спољнотрговинском пословању.

б) постепено, на нереципрочној основи, укидају рестриктивне мере, које су у супротности са начелима GATT-a (rollback клаузула).[11]

Ипак, у интересу оправдане заштите националне привреде, одступања од међународно-правног режима спољнотрговинског пословања су допуштена увођењем рестриктивних мера, чија примена:

а) не доводи до произвољне или неоправдане дискриминације међу државама односно царинским територијама, у којима су на снази исти услови;

б) нема за циљ прикривено ограничавање међународне трговине, или

в) има за циљ заштиту: јавног морала; живота и здравља људи, животиња или биљака; правила трговине златом и сребром; права интелектуалне својине; уметничког, историјског или археолошког блага; необновљивих природних богатстава; извршења обавеза из међународних споразума; животне средине, природних реткости и угрожених биљних и животињских врста, или заштиту безбедности.

5) Стандард пропорционалности, ико није експлицитно проклама-мован, произилази из осталих стандарда и одредаба Закона. Ради се о принципу којим се успоставља баланс права држава на заштиту националног тржишта, са једне стране, и прокламованог начела слободе спољнотрговинског промета робом, у међународним изворима права, са друге стране.

Циљ система пропорционалности се исцрпљује у успостављању равнотеже између остваривања начела слободе трговине на међународном тржишту и очувања права држава чланица да сопственим мерама штите националне јавне интересе. Са тог аспекта, његова примена не само да није спорна, већ је и нужна. Овај принцип, такође имплицитно, представља црвену нит у праву СТО, и садржан је у свим најважнијим споразумима ове Организације.

Суштина принципа пропорционалности огледа се, најпре, у испитивању интереса који се штити одређеном заштитном мером националног карактера, као и врста мере и оправданост њене примене. Мере су допуштене једино уколико се њима штите друштвени интереси који имају већи значај од интереса слободне спољнотрговинске размене. Ради се о јавним интересима, попут јавног здравља, морала, потребе за спашавањем озбиљно угрожене националне привреде, очување природ-

[11] О томе: А. Ћирић, *Међународно трговинско право*, 2010, op.cit. str. 277.

них ресурса итд. Други аспект принципа пропорционалности састоји се у начину на који се заштитне мере примењују. Заштитне мере се могу применити једино уколико су неопходне да би се заштитио одређени јавни интерес. Потребно је да се он не може заштити ни једном другом мером. Мера која се примењује треба да одговара оном обиму, односно степену, који је довољан да би се постигао циљ заштите одређеног интереса. Било која заштитна мера, која би ишла изван ових граница, представљала би злоупотребу од стране државе и прикривени протекционизам, што се сматра недопуштеним понашањем и нарушавањем међународног спољнотрговинског режима у савременим условима.

### 2.1. Изузеци од темељних стандарда и мере ограничења у спољнотрговинском промету Србије

Законом о спољнотрговинском пословању (чл. 11), предвиђена је листа „интереса" за чије остваривање се могу предузети регулаторне мере којима се ограничавају или искључују напред наведени принципи. Изузеци ове врсте у вези су са применом стандарда пропорционалности, јер установљавају у којим случајевима се могу применити ограничавајуће мере. Ради се о јавним интересима, за које се сматра да треба да уживају већи степен заштите од интереса слободне спољнотрговинске размене.

Члан 11. предвиђа да се одредбе Закона неће тумачити на начин који би спречавао увођење или примену мера које утичу на спољнотрговински промет робом. При томе је потребно да се ове мере не примењују тако да чине произвољну или неоправдану дискриминацију међу државама, односно царинским територијама у којима су на снази исти услови. Оне не смеју бити коришћене као прикривено ограничавање међународне трговине.[12]

[12] Националне регулаторне мере су оправдане под условом да се: уводе или примењују у циљу неопходне заштите јавног морала; уводе или примењују у циљу неопходне заштите живота и здравља људи, животиња или биљака; односе на увоз или извоз злата или сребра; уводе или примењују као неопходне да обезбеде усаглашеност са прописима који нису у супротности са одредбама споразума СТО, укључујући примену царинских прописа, прописа којима се уређује заштита патената, жигова и ауторских права, као и спречавање довођења у заблуду; односе на производе израђене у затворима; уводе у циљу заштите уметничког, историјског или археолошког блага; односе на заштиту необновљивих природних богатстава, ако се те мере примењују упоредо са ограничењем домаће производње или потрошње; предузимају у циљу поштовања обавеза из међународног робног споразума који је у сагласности са критеријумима поднетим чланицама СТО, или који је поднет чланицама СТО, а чланице СТО нису имале примедаба; односе на ограничавање извоза сировина произведених у Србији и потребних да се домаћој прерађивачкој

Мере ове врсте не могу се примењивати тако да чине произвољну или неоправдану дискриминацију међу државама односно царинским територијама, или као прикривено ограничавање међународне трговине. Регулаторне мере могу се предузимати само у оном обиму који је неопходан да би се постигао њихов основни циљ, опредељен према критеријумима принципа пропорционалности.

Примена ових изузетака један је од најосетљивијих сегмената спољнотрговинског пословања, посебно за чланице СТО и за државе које су посвећене пријему у њено чланство, као што је Србија. Било која регулаторна мера државе мора да испуни услове из члана 11. да би била квалификована као валидно учињени изузетак од пуне примене одредаба Закона, односно правила СТО.[13]

## 3. Карактеристике и особине међународног пословног односа

Паралелно са новинама у општем правном режиму у међународном трговинском промету, дешавају се и промене у природи и карактеру међународног трговинског пословног односа. Разумевање појединих послова МТП захтева претходно утврђивање конститутивних елемената појма међународног трговачког пословног односа, односно међународне пословне операције. У доктрини се истиче да се под међународним трговачким послом подразумева „посао закључен између уговорних страна којима је признато својство трговца, чије се дејство простире у најмање две државе. [14] Из реченог произлази да међународни трговачки пословни однос има два конститутивна елемента: постојање својства трго-

индустрији обезбеде неопходне количине тих сировина у периодима када се домаћа цена одржава на нивоу испод светске цене по одлуци Владе у оквиру стабилизације тржишта те робе, под условом да то ограничавање нема за последицу повећање извоза или заштите за ту домаћу индустрију и да се том мером не врши никаква дискриминација; уводе или примењују због несташице производа (опште или локалне) како би се ти производи прибавили или расподелили, под условом да све државе имају право на правичан удео у снабдевању овим производима и да се такве мере укидају када престану да постоје разлози због којих су уведене, или уводе или примењују у циљу заштите безбедности ако се: односе на фисионе материјале или материјале од којих они потичу; односе на промет оружја, муниције и средстава за вођење рата, као и на промет друге робе и материјала који се врши посредно или непосредно за потребе снабдевања оружаних снага; предузимају у време рата или других ванредних ситуација у међународним односима, или уводе или примењују у циљу испуњавања обавеза из Повеље Уједињених нација у смислу одржавања међународног мира и безбедности.

[13] Ова одредба Закона заснована је на чл. *XX GATT*, који уређује право државе потписнице да одступи од принципа СТО.

[14] Видети: Р. Вукадиновић, *Међународно пословно право*, Крагујевац 2012, стр. 338.

ца на страни субјеката, који у њему учествују, и постојање елемента међународности (иностраности) у погледу његовог дејства.

### 3.1. Међународни пословни односи као инструмент спољнотрговинског промета Србије

Законом одређен појам спољнотрговинског пословања, у основи, обухвата два подручја: спољнотрговински промет и обављање привредних делатности у иностранству.

Закон дефинише спољнотрговинско пословање као спољнотрговински промет робе и услуга и обављање привредних делатности страног лица у Србији и домаћег лица у другој држави или на другој царинској територији.[15]

Сложен карактер предмета спољнотрговинске размене обухвата трговину готовим производима, машинама и опремом, трговину сировинама и услугама. Спољнотрговинско пословање у ужем смислу је регулисано прописима који се односе на делокруг рада домаћих трговачких друштава и других лица у промету робе и услуга са иностранством.

Законом о спољнотрговинском пословању, који је ступио на снагу 2009, са изменама 2011. године, извршено је даље усклађивање законодавства Србије са правилима Светске трговинске организације и правом Европске уније.

Међународни пословни односи, закључени најчешће у форми уговора, истовремено су и инструмент спољнотрговинског промета робе и услуга, који се реализују извозом робе у иностранство, или увозом робе из иностранства, у складу са царинским прописима. Карактерише их скуп правних прописа, инструмената и мера којима се регулише пословање привредних субјеката у промету робе и услуга са иностранством. Према Закону о спољнотрговинском пословању, спољнотрговински промет је промет између домаћих и страних лица који се обавља на основу уговора закључених у складу са домаћим прописима и међународним споразумима.[16] Иако их Закон не наводи, ови послови најчешће обухватају:

[15] Чл. 1 ст. 2 Закона. За разлику од претходно важећег закона, а сагласно одредбама Споразума о оснивању СТО из Маракеша и Општег споразума о царинама и трговини, термин „иностранство“ замењен је изразом „друга држава или царинска територија“.

[16] Чл. 2. ст. 1 Закона. За разлику од претходно важећег Закона, којим је спољнотрговински промет одређиван као “прекогранични промет робе и услуга“, новим Законом је тај промет одређен као „промет између домаћих и страних лица“. Дакле, уместо територијалног принципа,

извоз и увоз робе и услуга; увоз робе и услуга који представљају инвестициона улагања страних лица; увоз и извоз робе по основу уговора о дугорочној производној кооперацији, компензационе послове са иностранством, реекспортне послове, малограничний промет, међународне сајамске компензационе послове, прибављање и уступање права индустријске својине, знања и искуства (know-how) и др.

Са гледишта правне технике, међународни пословни однос је врста сложеног правног односа који се дели фазно, уз примену два критеријума: хронолошког (према времену предузимања фазних операција) и телеолошког (према циљевима предузимања фазних операција).

Према хронолошком критеријуму, међународни пословни однос се може поделити у три фазе:

а) закључење трговинског уговора;

б) међународни транспорт и

в) међународна плаћања.

Наведена подела има методолошки карактер, али може послужити лакшем разумевању међународног пословног односа. [17]

Према телеолошком критеријуму, којим се опредељују циљ, место и начин трансфера вредности, међународни пословни односи се могу поделити на: послове увоза, извоза, транзита робе и трансфера капитала.

Увоз и извоз робе, промет новца и других имовинских вредности су узајамно условљени односи. У ове комплементарне операције ангажовани су не само интереси уговорних страна, већ и циљеви њихових држава (увознице и извознице).

Увоз робе се реализује на основу међународног пословног односа, чија реализација обухвата уношење, допремање, односно испоруку робе са територије једне државе, или царинске територије, на територију друге државе, у складу са њеним царинским прописима.

Извоз робе је изношење, слање, односно испорука робе са територије једне на територију друге државе, у складу са царинским прописима земље извознице. [18]

спољнотрговински промет се, новим законодавством, одређује према седишту лица која у њему учествују. Карактеристично је да Закон предвиђа да се спољнотрговински промет поједином врстом робе и услуге може посебно уредити у складу са правилима СТО и прописима ЕУ, док се спољна трговина наоружањем, војном опремом и робом двоструке намене уређује посебним законом (ст. 2–3. чл. 1 Закона).

[17] А. Ћирић, Р. Ђуровић, *Међународно трговинско право, посебни део*, Ниш, 2005. стр. 4-6.

[18] Видети чл. 17. Закона о спољнотрговинском пословању Србије („Сл. гласник РС“, бр. 36/2009, 36/2011. и 88/2011).

Транзит је међународни посао који се састоји у преласку робе или других материјалних вредности преко територије трећих држава с циљем реализације извоза, односно увоза. [19]

Закон о спољнотрговинском пословању не уређује спољну трговину појединим специфичним врстама робе. Према Закону о спољнотрговинском пословању, спољнотрговински промет поједином врстом робе и услуге може се посебно уредити у складу са правилима СТО и прописима ЕУ. [20]

Правне инструменте реализације међународног пословног односа, као и читавог спољнотрговинског промета, чине различите врсте уговора између привредних субјеката из различитих држава. Постојање елемента међународности даје уговорима ове врсте карактер дистанционих правних послова, са низом специфичности, почев од њиховог закључивања, све до коначног испуњења преузетих обавеза. Специфичност природе односа, који се тим поводом успостављају, као и брзина пословног промета, утичу да се у савременим условима, поред именованих, све чешће појављују тзв. неименовани уговори, као резултат пословне праксе. Поред тога, међународни пословни односи се успостављају уговорима о улагању средстава у страна предузећа. Тако, успостављање и обављање међународних пословних односа обухвата директно улагање и инвестиционе радове страног лица у Србији, односно домаћег лица у другој држави или царинској територији.[21] У сваком случају, један од услова заснивања међународних пословних односа је постојање статуса трговца учесника тих односа.

---

[19] Конвенција о АТА карнету дефинише транзит као превоз робе од царинарнице на територији једне стране уговорнице до друге царинарнице на истој територији, у складу са условима предвиђеним националним законима и прописима те стране уговорнице. Члан 1. Царинске конвенције о карнету АТА за привремени увоз робе (*„Customs Convention on the ATA Carnet for the Temporary Admission of Goods"*– „Сл. лист СФРЈ, Међународни уговори и други споразуми", бр. 13/63).

[20] Тако, Закон одређује да се спољна трговина наоружањем, војном опремом и робом двоструке намене уређује посебним законом. У Србији је на снази Закон о спољној трговини наоружањем, војном опремом и робом двоструке намене, којим се уређује ова област („Сл. лист СЦГ», бр. 7/2005 и 8/2005 – испр. и «Сл. гласник РС», бр. 95/2013 – др. закон).

[21] Чл. 2. ст. 2. Закона. Према ст. 3. овог члана Закона, директно улагање је оснивање привредног друштва, огранка, представништва, куповина удела или акција у капиталу привредног друштва, докапитализација привредног друштва и сваки други облик улагања страног лица у Србији, односно домаћег лица у другој држави или царинској територији. Под инвестиционим радовима, Закон подразумева *радове* пројектовања, грађевинске и занатске радове, инжењерске радове и све остале радове и услуге на објектима које врши, односно пружа страно лице у Републици Србији, односно домаће лице у другој држави или царинској територији.

### 3. 2. Значај статуса трговца за квалификацију међународног пословног односа

Либерализацијом услова за обављање трговинских послова све више се губи разлика између грађанских и трговачких уговора, као што и границе између националног и међународног постају све флуиднији. У многим националним правним системима не разликује се трговачка и грађанска продаја, а у некима се користе различити критеријуми за ту врсту дистинкције. Да би се у вези са тим питањем избегли спорови, Бечка конвенција ОУН о уговорима о међународној продаји робе (БК)[22], на пример, у чл. 3. наводи да се „грађански или трговачки карактер страна или уговора не узима у обзир", као сметња за њену примену. Међутим, потрошачки уговори, чији се предмет односи на продају робе за личну или породичну употребу, или за потребе домаћинства, налазе се изван домена примене Конвенције. Они задиру у питање заштите потрошача, које је у многим националним законодавствима регулисано унутрашњим принудним прописима.[23]

Савремена регулатива се одликује проширивањем домена трговачких пословних односа ширењем појма трговачке делатности. Делатности које су се раније сврставале у предмет грађанског права, данас се све више сматрају пословима трговачког права, попут уговора о експлоатацији природних богатстава, уговора о кооперацији у пољопривредној делатности, уговора о промету некретнина и слично. Те врсте послова се сврставају у групу трговачких према критеријуму субјеката који имају статус и форму трговачких друштава.[24]

Критеријум форме подразумева да се све делатности које обављају друштва организована као трговачка друштва или индивидуални трговци, сматрају трговачким, без обзира на њихов карактер. Самим тим овај критеријум опредељује и квалификацију односа успостављених у обављању делатности трговачких друштава или индивидуалних трговаца, као пословне односе. Према објективном критеријуму, који полази од предмета делатности, трговачко друштво је свако оно које обавља

[22] *United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Vienna, 1980) (CISG), http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG.html*

[23] А. Ћирић, Р. Ђуровић, Међународно трговинско право, Посебни део, Ниш, 2005, стр. 50-52; Ј. Вилус, Коментар Конвенције Уједињених нација о међународној продаји робе, 1980, Загреб, 1981, стр. 10.

[24] М. Васиљевић, Компанијско право, Право привредних друштава, Београд, 2013, стр. 39.

неку трговачку делатност. Карактеристично је да се листа тих делатности све више проширује.

Испуњење услова за стицање својства трговца није регулисано општим правилима и на јединствен начин. То питање је традиционално припадало предмету националних правних система, и оно је sedes materiae националног Привредног (трговинског) права.

Може се кратко закључити да је за стицање статуса и појмовно обележје трговца нужно испуњење више услова: а) да је трговац физичко или правно лице; б) да такво лице самостално и трајно обавља трговачку делатност; в) да се делатност обавља у циљу стицања добити; г) да је реч о производњи, промету робе, или вршењу услуга на тржишту. [25]

### 3. 3. Пример утврђивања постојања елемента међународности у пословном односу

Елемент међународности (иностраности) узрокује питања која се, уобичајено, не јављају код привредног посла унутар националних граница једне државе (на пример, прибављање дозвола, плаћање царина, избор валуте плаћања, начин обрачуна њене вредности, и слично). Поједини односи из исте опште појмовне категорије уређују се на начин који је различит од правила националних права (на пример, пренос права својине, прелаз ризика и трошкова, правно дејство понуде и њеног прихвата и др.). Тако, на пример, у чл. 1. ст. 1. БК њена примена се условљава чињеницом постојања уговора о продаји закљученом између страна, чија су седишта на територијама различитих држава. Питање утврђивања атрибута и елемента међународности у пословном односу има велики значај у уговорној и арбитражној пракси. Тако су се, на пример, у ранијој пракси Спољнотрговинске арбитраже при Привредној комори Србије (Југославије) у Београду, пре доношења првог и сада важећег Закона о арбитражи,[26] арбитражна већа оглашавала ненадлежним у споровима у којима су на страни тужиоца и на страни туженог била домаћа предузећа.[27]

[25] О овоме детаљније: *Ibidem*, стр. 43–125.

[26] „Службени лист РС" бр. 46/2006.

[27] Видети: Одлука проширеног арбитражног већа у предмету Т–6/99, Арбитража, 2003, стр. 132–134. Према устаљеној пракси, бар једна од странака требало је да буде иностранo правно или физичко лице да би се засновала надлежност Спољнотрговинске арбитраже. Ово је становиште било у складу са раније важећим правилницима, који су одређивали да је Спољнотрговинска

Међутим, услов постојања седишта уговорних страна на територијама различитих земаља, трпи значајне корекције у пракси. Према савременим схватањима овог питања, постојање елемента иностраности (међународности) условљено је дејством међународног трговачког посла, односно међународног пословног односа, које се простире у најмање две државе, или две самосталне царинске територије.

Тако, на пример, Закон о арбитражи Србије полази од ширег појма међународног пословног спора, тако да „међународни карактер спора" може да буде везан не само за седиште једне од странака, него и за друге елементе правног односа. По Закону, арбитража је међународна ако је њен предмет решавање спора са иностраним елементом (члан 1). Према Правилнику Спољнотрговинске арбитраже при Привредној комори Србије у Београду из 2007. године, „Арбитража решава спорове из међународних пословних односа..."[28]. Исти смисао има и члан 7. Правилника ове Арбитраже, који је ступио на снагу 18. јануара 2014. године.[29]

У члану 3. Закона о арбитражи, наводи се да је међународна арбитража, у смислу овог Закона, она арбитража која за предмет има спорове из међународних пословних односа, нарочито ако странке у време закључења споразума о арбитражи имају пословна седишта у различитим државама, а ако имају пословна седишта у истој држави, ако се место испуњења обавезе из пословног односа, или место са којим је предмет спора најуже повезан налази у другој држави. Ови критеријуми су наведени само примера ради, а одредбе Закона о арбитражи препуштају арбитражном трибуналу коначно тумачење о томе да ли постоји елемент иностраности који је довољан да би се конкретни однос могао квалификовати као међународни пословни однос. Такво тумачење зависи од конкретних околности и мора се дати у сваком појединачном случају.[30]

---

арбитража при Привредној комори Југославије, а касније Спољнотрговинска арбитража при Привредној комори Србије, надлежна само уколико је бар једна странка иностранo правно или физичко лице (Правилник о Спољнотрговинској арбитражи при Привредној комори Југославије, „Службени лист СФРЈ", бр. 52/1997, са изменама). Такође и ранији Закон о парничном поступку дефинисао је појам међународног спора, подобног за међународну арбитражу, полазећи од критеријума седишта правних лица која су била странке у спору.

[28] Чл. 12. Правилника („Сл. гласник РС", бр. 52/2007.): „Арбитража решава спорове из међународних пословних односа уколико је њена надлежност уговорена у складу са овим Правилником".

[29] „Решавање спорова из међународних пословних односа, за које је уговорена надлежност Арбитраже у складу са овим Правилником, врши арбитар појединац или арбитражно веће." (члан 7. Правилника, „Сл. гласник РС", бр. 2/2014.),

[30] Видети: Образложење Одлуке Спољнотрговинске арбитраже при Привредној комори Србије у Београду, Т–11/2008, Архива СТА.

У конкретном предмету Спољнотрговинске арбитраже,[31] спор се водио између странака, односно уговорних страна из уговора о грађењу, које су имале статус трговачких друштава основаних по српском праву, са пословним седиштима у Србији. Дакле, и тужилац и тужени су имали пословна седишта у Србији. На основу избора уговорних страна, уговорена је примена права Србије. Из тога би се могло закључити да је, по наведеним елементима, реч о уговору који има обележја домаћег пословног односа. Међутим, арбитражно веће је оценило да постоји довољно елемента, који овом уговорном односу, закљученом између два домаћа привредна друштва, дају међународни карактер, а да спор суштински потиче из међународног пословног односа. Утврђено је да:

а) једна уговорна страна има статус трговачког друштва са ограниченом одговорношћу, са минималним капиталом у потпуној својини иностраног друштва и са директором страног држављанства;

б) у својству заступника једног правног лица, у Уговору и анексима, иступа страни држављанин;

в) странке, за случај спора, имају у виду спољнотрговинску арбитражу на енглеском језику;

г) понуда за закључење уговора гласи на енглеском и на српском језику;

д) предуговор гласи на енглеском и на српском језику;

ђ) Уговор важи на енглеском и на српском језику;

е) у случају спора важи искључиво верзија Уговора сачињена на енглеском језику;

ж) уговорна цена гласи у страној валути – еврима;

з) Анекси основног текста уговора састављени су на енглеском и на српском језику;

и) странке у међусобној преписци, током извршења Уговора, користе енглески језик.

Поред наведених разлога, по критеријуму контроле рада друштва, тужени је страно лице, мада је по критеријуму седишта и места оснивања домаће лице. Мали износ капитала домаћег друштва и потпуна својина страног лица указују да је оно само правни инструмент намењен за остваривање одређене намере свог власника – у овом случају, за остваривање његове инвестиције у Србији. Све ове чињенице посма-

[31] Видети: Арбитражна одлука Т–11/2008.

тране заједно, довољне су да се спор који проистиче из Уговора може сматрати спором из међународних пословних односа.[32]

## 4. Закључак

Поштовање општеприхваћених норми националног и међународноправног регулисања, као и установљених начела спољнотрговинског промета имовинских вредности, чини претпоставку даљег развоја међународних пословних односа. Њихова једнообразна примена обезбеђује им стабилан и предвидив карактер, што омогућава несметано функционисање формално-правног оквира у заснивању, трајању и реализацији међународних пословних односа. Сагласно томе, у раду су најпре анализиране одговарајуће одредбе Закона о спољнотрговинском пословању Србије, за које се може закључити да су, уз спроведене новације, усаглашене са законодавном праксом највећег броја држава у свету. Нормама Закона су прокламована начела спољнотрговинског пословања, на којима се заснивају савремени међународни пословни односи, и која су одраз усклађивања са правом Светске трговинске организације (СТО) и правом Европске уније (ЕУ). Тако, стандард слободе спољнотрговинског промета подразумева да се обављање међународних пословних односа у тој области може ограничити само у складу са одредбама Закона. **

Анализирана начела спољнотрговинског промета од несумњивог су значаја за настанак, трајање, реализацију и престанак међународног пословног односа. Међутим, у пракси се често јавља проблем јасног

[32] У образложењу наведене арбитражне Одлуке још стоји да: „Овим разлозима треба додати и поштовање основних начела уговорног и арбитражног права. Уколико би се усвојило рестриктивно тумачење појма међународног пословног односа, које заговара тужени, дозволило би се једној од уговорних страна, и то оној која је саставила текст Уговора, уз помоћ својих адвоката, да изигра и осујети заједничку, недвосмислено изражену намеру уговорних страна приликом закључења Уговора, да се сви евентуални спорови повере на решавање Спољнотрговинској арбитражи при Привредној комори Србије у Београду. Страна која је саставила Уговор и у њега унела клаузулу о надлежности институционалне арбитраже не може се касније позивати на наводну ништавост арбитражног споразума због недостатка за који је знала или који јој је морао бити познат и у време састављања Уговора. Можемо претпоставити да су уговорне стране предвиделе надлежност Спољнотрговинске арбитраже управо због тога што су сматрале да је њихов међусобни однос по својој природи међународни пословни однос, коме боље одговара надлежност арбитражне институције која је специјализована за решавање спорова који проистичу из таквих односа. Томе у прилог говори и чињеница да су у Уговор уврстиле клаузулу о избору меродавног права, јер се таква клаузула на основу члана 19. Закона о решавању сукоба закона у вези са чланом 1. истог Закона може унети управо у уговоре са међународним елементом.“

појмовног опредељења и домашаја појмовне категорије међународног пословног односа. Либерализацијом услова за обављање трговинских послова све више се губи разлика између грађанских и трговачких уговора, а и границе између националног и међународног постају све флуидније. Разграничење да ли један пословни однос има карактер међународног, или националног, може бити од изузетног практичног значаја. Тако се на национални пословни однос неће примењивати међународноправни режим у промету робе, услуга и капитала, који су предмет неког уговора. Такође, када је реч о решавању спорова, предвиђено је да спољнотрговинске арбитраже решавају спорове из међународних пословних односа, за случај да је њихова надлежност уговорена. Сагласно томе, квалификација да ли је, у конкретном случају, реч о пословном односу који има међународни или национални карактер, може бити од одлучујућег значаја за утврђивање арбитрабилности спора, односно надлежности арбитраже.

Међународни пословни односи, најчешће се закључују у форми уговора, који су истовремено и инструмент спољнотрговинског промета робе и услуга. Према Закону о спољнотрговинском пословању Србије, спољнотрговински промет је промет између домаћих и страних лица који се обавља на основу уговора закључених у складу са домаћим прописима и међународним споразумима. У сваком случају, услов успостављања и реализације међународних пословних односа је постојање статуса трговца учесника тих односа. Међутим, либерализацијом услова за обављање трговинских послова све више се губи разлика између грађанских и трговачких уговора. Критеријум форме подразумева да се све делатности које обављају друштва организована као трговачка друштва или индивидуални трговци, сматрају трговачким, без обзира на њихов карактер. Може се закључити да она самим тим опредељују и квалификацију односа успостављених у обављању њихових делатности као пословне односе. Како се предмет нашег интересовања исцрпљује доказивањем постојања међународног пословног односа, логично је да он мора имати и атрибут међународности. На крају се може закључити да, за разлику од ранијих схватања у јуриспруденцији, законодавству и арбитражној пракси решавања спорова, на основу којих се елемент међународности или иностраности одређивао према критеријуму постојања уговора о пословном односу закљученом између страна чија су седишта на територијама различитих држава, према савременим схватањима, постојање елемента иностраности (међународности) цени се на основу

дејства међународног пословног односа, који се простире у најмање две државе, или две самосталне царинске територије. Важно је, на самом крају, напоменути да се коначно тумачење о томе да ли постоји елемент иностраности који је довољан да би се конкретни однос могао квалификовати као међународни пословни однос, препушта трибуналу.

**Prof. Aleksandar Ciric, Ph.D.**
**University of Nis, Faculty of Law**

## PRINCIPLES OF SERBIAN FOREIGN TRADE REGULATIONS AND NEW FEATURES OF INTERNATIONAL BUSINESS RELATIONS[33]

### *Summary*

*The author conducted his research on the analysis, which gives the entire paper a two-part structure, based firstly on the perception of the importance of the new national legal standards of states and free-trade areas, on the example of the legislative practice of the Republic of Serbia, and their impact on the implementation of international business relations, and secondly on the determination of the existence of an element of internationality, or a foreign element in a business relationship. The author points out that the determination of these elements has great practical significance, especially from the point of classifying the specific business operation in the category of international business relation, and its distinction from business relationships in the national legal transactions. In contrast to earlier views, based on which element of internationality was determined according to the criteria of the existence of a contract concluded on the business relationship between the parties, whose headquarters are in the territories of different states, according to modern concepts, the existence of an element of internationality is based upon the effects of international business relation, which are spread in at least two states, or two independent customs territories. The author*

[33] *Article is the result of the Project, No. 179046, implemented by the Faculty of Law, University of Nis, and funded by the Ministry of Education and Science of the Republic of Serbia.*

*concludes that the final interpretation as to whether there is an element of internationality, which is sufficient to qualify particular relationship as an international business relationship, is to the Tribunal.*

***Key words:*** *International business relationship; Law on Foreign Trade of the Republic of Serbia; proportionality standard; United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG, the Vienna Convention); Arbitration Act of the Republic of Serbia; Arbitration practice*

УДК 339.922(4-672 EU)

# ДИФЕРЕНЦИРАНА ИНТЕГРАЦИЈА КАО СПАСОНОСНИ МЕТОД ИНТЕГРАЦИЈЕ ИЛИ ДЕЗИНТЕГРАЦИЈЕ ЕУ[1]

**Проф. др Радован Д. Вукадиновић***

***Апстракт:*** *Након успешног ширења и продубљавања интеграционих односа између држава чланица, ЕУ се после педесет година од оснивања по први пут нашла у озбиљној кризи, чији се крај не може са сигурношћу предвидети. Без обзира што се манифестује пре свега као економска криза, њени узроци се морају тражити у све три области у којима је ЕУ деловала: у политичкој, економској и правној. У раду је посебна пажња посвећена правним тековинама у којима су тражена могућа решења за превазилажење кризе. Решења су виђена или у преносу већих овлашћења на ЕУ, или у ширем тумачењу постојећих надлежности Уније. С обзиром на то да је у ближој будућности тешко очекивати пренос нових овлашћења са држава чланица на ЕУ, јер то није само правно, већ пре свега политичко и економско питање, пажњу би требало усмерити на тумачење постојећих овлашћења. Могућност ширег или другачијег тумачења се посебно односи на начела лојалности, поштовања националних идентитета држава чланица и флексибилности. Међутим, управо због њихове неодређености ова начела се могу тумачити и у правцу јачања кохезије ЕУ, али и у правцу јачања улоге држава чланица. Резултат једног или другог тумачења може бити даље раслојавање Уније у више брзина или концентричних кругова, али се тешко може замислити даље јачање федеративних елемената. У таквој ситуацији није тешко претпоставити у каквом положају ће се наћи новопримљене државе, осим ако се "горе не сматра бољим", у смислу да ће "горе" данас значити боље "сутра". Или би треба-*

* **Проф. др Радован Д. Вукадиновић, Универзитет у Крагујевцу и Бањој Луци, директор Центра за право ЕУ, Крагујевац**

[1] Рад је део пројекта „Усклађивање правног система Србије са стандардима Европске уније", који се реализује на Правном факултету у Крагујевцу.

*ло размишљати да се европске интеграције не морају нужно и једино одвијати и реализовати само у оквиру Европске уније.*[2]

***Кључне речи:*** *Европска унија, ближа сарадња, ојачана сарадња, интеграција, дезинтеграција Европске уније.*

## Уводна разматрања

Након што је 1986. године, три деценије од оснивања, први пут извршила измене и допуне Оснивачког уговора усвајањем Јединственог европског акта (у даљем тексту ЈЕА), тадашња Европска економска заједница (у даљем тексту ЕЕЗ) ушла је у процес који је означен као процес убрзаних реформи или трансформације.[3] Реформе су вршене честим изменама и допунама Оснивачких уговора. Прве обимније и озбиљније промене су извршене у Мастрихту 1992. године: 40 година након оснивања Европске заједнице за угаљ и челик, као прве од европских заједница. Након тога, промене су вршене у Амстердаму 1997. године, Ници 2000. године и у Лисабону 2007. година. У међувремену између Нице и Лисабона, 2004. године, пропао је покушај да се ратификује Устав за Европу. Усвајањем наведених измена ЕЕЗ, а касније Европска заједница (у даљем тексту ЕЗ) је у периоду нешто дужем од пола века извршила низ реформи у економском, политичком и правном погледу. Збирни резултат ових промена може се сажети у оцени да се ЕЕЗ од функционалне и секторске економске заједнице трансформисала у политичку заједницу и економски савез држава са врло амбициозним и широко постављеним не само економским, већ и политичким циљевима. Међутим, после ових успешних промена, ЕУ се од 2008. године налази у највећој, најдуготрајнијој и најнеизвеснијој кризи од свог оснивања,[4] која прети да дефинитивно подели ЕУ. Поделу ЕУ је симболички објавила Велика Британија када је у децембру 2011. ставила вето на договор око споразума о монетарној стабилности.[5] Многи су то означили као дан када је ЕУ почела да се дели, а Велика Британија постала аутсајдер.[6]

[2] Вид. G. Majone, *Rethinking European Integration Afrer the Debt Crisis*, The Europena Institute, WP 3/2012, стр. 27.

[3] Вид. Р. Вукадиновић, *Увод у институције и право Европске уније*, Крагујевац, 2014, стр. 29.

[4] J. McCormick, Crisis and the Future of Europe, *Cicero Foundation Great Debate Paper* No. 12/06, стр. 4.

[5] The Treaty on Stability, Coordination and Governance in the Economic and Monetary Union, потписан 2. марта 2012. од 25 држава чланица.

[6] T. Aitchison, Framing EU Divergence Multi-Tiered Rather Than Two-Speed, Winter 2012-2013, *Freedom & Union*, Vol. Vi, No. 1, стр. 17.

Разлози који су довели до кризе су бројни и обично се класификују у економске, политичке и правне. Међутим, још није дефинисан јасан пут не само како превазићи постојећу кризу, већ ни око њене квалификације и природе,[7] па чак ни око назива. Тако, једни ову кризу еуфемистички називају "изазовима" (eng. *chalanges*), а други као кризу поверења у ЕУ или као неповерење у функционалност (односно као дисфункционалност), или недовољну делотворност органа Уније.[8] Као један од метода решавања криза наводи се тзв. диференцирана интеграција, о чему ће бити речи у раду.

У раду је диференцирана интеграција анализирана кроз њене границе, историјат, правни основ и појавне облике, од којих су посебно истакнути ЕУ са две брзине и ојачана или ближа сарадња.

## Терминолошке и појмовне дилеме

Под диференцираном интеграцијом се, као генеричким појмом, подразумевају различити степени сарадње између појединих група држава чланица ЕУ.[9] Правни основ такве сарадње налази се у начелу ојачане сарадње или флексибилности. Начело ојачане сарадње спроводи се на различите начине који доводе до различитих степена интеграције између држава чланица. Скуп ових поступака означава се збирним именом диференцирана интеграција. У теорији, међутим, забуна настаје због тога што се не прави разлика, или је она недоследна, између начела ојачане сарадње и резултата његовог спровођења, тј. облика диференциране интеграције.

Правни основ за спровођење диференциране интеграције представља начело или принцип ојачане сарадње, који је дефинисан у члану 20. Уговора о Европској унији и у члановима 326–334. Уговора о функционисању ЕУ. Међутим, већ су се код превода онога што је у енглеском језику означено као "*enhanced cooperation*" или "*verstaerkte Zusammenarbeit*" на немачком језику, јавиле разлике. Тако се ова конструкција преводи као "*проширена сарадња*" или као "*ојачана сарадња*"[10]. Термином "ојачана сарадња" из Споразума из Нице, који

[7] Вид. Т. *Beukers,* Flexibilisation of the Euro Area: Challenges and Opportunities, European University Institute, Max Weber Programme, EUI WP MWP 2014/01, стр. 1.

[8] J.C. Piris, The Future of Europe: Towards Two-Speed, CUP, 2012, стр. 2.

[9] Р. Вукадиновић, *н. дело*, стр. 64.

[10] Вид. Д. Симовић и А. Фира, Институционални оквир Европске уније након Лисабонског уговора, Фабус, 2008, М. Јањевић, Реформски уговор из Лисабона, Београд, 2008.

је прихваћен у овом раду, замењен је израз "ближа сарадња" (*Closer cooperation*), који је био уведен Споразумом из Мастрихта. У теорији се, међутим, "*enhanced cooperation*" преводи на различите начине, као начело: флексибилности,[11] ближе сарадње, ојачане сарадње, убрзане сарадње, усмерене сарадње, проширене сарадње, тешње сарадње, дерогације, изузећа.

Што се тиче резултата примене начела ојачане сарадње, они се различито означавају, најчешће као: Европа променљиве геометрије, Европа са више концентричних кругова, Европа са више брзина, Европа са чврстим језгром, Европа по жељи, клаузула о изласку, клаузуле одступања и слично.[12]

У раду се прави разлика између начела и резултата, с тим што се појмови диференциране сарадње и начело флексибилности користе у заменљивом смислу, као синоними.[13] У том случају, ојачана сарадња представља само један од метода спровођења диференциране интеграције, који је регулисан уговорима о оснивању ЕУ.[14]

## Правна природа начела ојачане сарадње

Иако је "озваничено" пре више од 20 година, у правној теорији не постоји јединствено схватање начела ојачане сарадње. Разлике постоје како у погледу његовог правног и политичког значаја, тако и у погледу тога да ли је реч само о правном правилу или о правном начелу или принципу.[15] За разлику од правила, као норме понашања за чије непоштовање

[11] M. Nettesheim у: Oppermann/Classen/Nettesheim, *Europarecht*, Muenchen, 2009, стр. 216–218, марг. бр. 12/18 до 12/22, клаузулу ојачане сарадње анализира као посебан случај клаузуле флексибилности.

[12] У домаћој литератури вид. Ј. Ћеранић, Облици повезивања држава чланица у Европској унији, Београд, 2011, стр. 27; М. Ковачевић, Диференцирана интеграција и криза економске и монетарне уније: Европа (колико?) концентричних кругова, у: Криза Европске уније (ур. С. Самарџић и И. Радић Милосављевић), Београд, 2013, стр. 148. Вид. N. Groenendijk, Enhnanced Cooperation under Lisbon Treaty, стр. 3. доступно на http://doc.utwente.nl/80704/1/2011-Enhanced-coop-paper.pdf Последњи приступ 16.08. 2014.

[13] Вид. Tuytschaever (1999) *Differentiation in European Union Law*, 1999, стр. 1. Вид. и M. Nettesheim, *н. дело*, стр. 216, A. Ott, *Unity in Diversity?* Differentiation in EU Law and policy in an Enlarged European Union, European Centre Natolin Warszawa, Working Paper 2004.

[14] Под уговорима о оснивању подразумевају се Уговор о Европској унији и Уговор о функционисању Европске уније.

[15] У правној теорији ово питање углавном није расправљано. Ипак, A. Ott, *Unity in Diversity?* Differentiation in EU Law and policy in an Enlarged European Union, European Centre Natolin, Working Paper 2004, на стр. 54. у напомени бр. 10. наводи да је питање спорно.

је прописана санкција, под правним начелом се у праву ЕУ разумеју општа правна правила у коме нису прописане санкције за непоштовање, већ се наводе разлози због којих их треба поштовати.[16] Њихов карактер мора бити или јасно означен у самом уговору или произилазити из природе и садржине. У Уговору о оснивању Европске уније из Лисабона, она су означена описано као "вредности" на којима је утемељена Унија, као што су: слобода, демократија, владавина права. Међутим, осим ових изричито наведених начела, могуће је говорити и о правним начелима којима је такав карактер признао Суд правде, на пример на основу места које односно правило заузима у уговору о оснивању или садржине.

У Уговору о оснивању ЕУ, одредбе о проширеној сарадњи садржане су у наслову (глави) четвртој, али није јасно истакнуто да је реч о општим одредбама. Наиме, Уговором је карактер "заједничких одредаба" признат само одредбама из прве главе УЕУ (чл. 1. до 8). Начелни карактер диференциране сарадње једино се може извући из општег карактера свих одредаба УФЕУ у односу на одредбе УФЕУ. Без обзира на то што је већ у члану 1(3) УЕУ наведено да оба уговора имају исту правну снагу, из садржине њихових одредаба се може закључити да први уговор (УЕУ) садржи углавном одредбе општег, а други (УФЕУ) појединачног карактера. Суд правде се о овом питању није изјашњавао, док се у теорији, без посебног објашњења, одредбама о проширеној сарадњи даје карактер посебног принципа.[17] Не улазећи у даљу теоријску расправу, сматрамо да се из места на коме се налазе одредбе о проширеној сарадњи може закључити намера редактора уговора о ЕУ да им признају карактер норми опште примене, тј. начела или принципа. Међутим, ову поделу би требало прихватити условно, јер су и одредбама које су садржане у члановима 326. до 334. УФЕУ ближе дефинисани не само посебни начини спровођења проширене сарадње и ограничења, већ и неки општи услови. Као општи услови су постављени: поштовање надлежности, права и обавеза држава чланица које у њој не учествују, таква сарадња не сме да нарушава унутрашње тржиште, као ни економску,

[16] Вид. С. Перовић, *Облигационо право*, Београд, 1980, стр. 50, R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 1977, стр. 24. За правна начела као изворе у праву ЕУ, вид, између осталих T. Tridimas, *General Principles of EU Law*, Oxford, 2013.

[17] У домаћој теорији вид. Р. Вукадиновић, *Увод у институције и право ЕУ*, Крагујевац, 2014, стр. 64. У страној теорији *Wyatt and Dashwood's European Union Law*, by A. Dashwood et al, Oxford, 2011, стр. 124–131. ојачану сарадњу квалификују као секундарни облик флексибилности (стр. 127); K. Lenaerts and P. Van Nuffel, *European Union Law*, Sweet & Maxwell, London, 2011, str. 728–733 квалификују ојачану сарадњу као облик ограничења појединих држава чланица у одлучивању. За немачку теорију вид. M. Nettesheim, *н. дело*.

социјалну и територијалну кохезију, отвореност за државе које су остале изван сарадње.

## Корени диференциране интеграције

Под различитим називима, о методима диференциране интеграције[18] се расправљало практично од самог настанка Заједнице/Уније и паралелно са интеграцијама које су се одвијале у протеклом периоду.[19] У том смислу начело ојачане сарадње не представља ново начело или појаву,[20] већ пре потврђује или "озакоњује" постојећу различиту праксу диференциране интеграције, тако што поставља правне оквире и границе за њено даље остваривање.

Историјски посматрано, корене диференциране интеграције би требало тражити у самој ЕЕЗ и њеном односу према ГАТТ-у и Савету Европе. Наиме, недовољно се истиче чињеница да је ЕЕЗ основана у складу са одредбама члана XIIL ГАТТ споразума, као реализација жеље шест држава чланица ГАТТ-а и оригинерних оснивача ЕЕЗ да између себе успоставе већи облик економске сарадње у односу на остале чланице ГАТТ-а. Тај ниво је Римским уговором о оснивању ЕЕЗ одређен као успостављање заједничког тржишта. Са друге стране, исте ове државе су као чланице Савета Европе између себе и у оквиру правила Савета Европе успоставиле већи степен политичке сарадње и разумевања потписивањем Римског уговора,[21] у односу на остале чланице Савета Европе. Стога је било природно очекивати да и ЕЕЗ након оснивања и сама омогући диференцирану интеграцију. У том смислу поједини аутори корене диференцијације налазе у самој природи ЕЕЗ, односно у Уговору о оснивању и тамо предвиђеним заштитним клаузулама,[22] којима је из посебних разлога појединим државама омогућено да одступе од примене

[18] Вид. A. Ott, *Unity in Diversity?* Differentiation in EU Law and policy in an Enlarged European Union, European Centre Natolin, Working Paper 2004, стр. 54.

[19] Vid. A. Stubb, *A Categorization of Differentiated Integration*, 34 *JCMS* (1996) стр. 283; De Witte, G. de Búrca and J. Scott, eds., *Constitutional Change in the EU, From Uniformity to Flexibility?* Oxford, Hart Publishing 2000; K. Inglis and A. Ott, *The Constitution for Europe and an Enlarging Union: Unity in Diversity?* Groningen, Europa Law Publishing 2005. Р. Вукадиновић, *Увод у институције и право Европске уније*, Крагујевац, 2014, стр. 64.

[20] B. De Witte, D. Hanf and E. Vos, *The Many Faces of Differentiation in EU Law*, Interesentia 2001, у уводу наводе да је у питању и стара и нова појава, зависно од перспективе посматрања.

[21] Вид. D. Thym, The Evolution of Supranational Differentiation, *WHI Paper* 3/2009, стр. 4.

[22] D. Hanf, Flexibility Clauses in the Founding Treaties, from Rome to Nice, у: B. de Witte, D. Hanf and E. Vos (eds), *The Many Faces of Differentiation in EU Law,* стр. 5. и даље.

појединих одредаба Уговора. У политичком смислу, као први наговештај увођења диференциране интеграције наводи се говор који је поводом тзв. "еврослерозе" одржао 1974. године тадашњи немачки канцелар Вили Брант (Willy Brandt). У говору је истакнуто да "оштре разлике у економској ситуацији говоре против једнаког механичког третмана права и обавеза држава чланица што би озбиљно могло да угрози јединство девет држава чланица..:"[23] Годину дана касније, на немогућност апсолутног јединства између свих држава чланица указује и белгијски политичар Лео Тиндеманс (Leo Tindemans) у свом "Извештају о ЕУ"[24]. У Извештају се посебно истиче да је немогуће очекивати од свих држава чланица да истом динамиком и истовремено прихвате и остварују циљеве ЕЕЗ. Пошто између држава чланица постоје значајне разлике, појединим државама чланицама које су способне и вољне за бржу интеграцију потребно је дозволити да између себе испоставе јачу сарадњу, и дозволити им да као авангарда предводе ЕЕЗ, а преосталим државама чланицама помоћи да касније и саме прихвате циљеве првих. У супротном, ако се у оквиру Заједнице не предвиди механизам диференциране сарадње, поједине државе чланице би могле то остварити изван Заједнице чиме би се додатно угрозило њихово међусобно јединство. Ове идеје ће углавном бити прихваћене и институционализоване у Уговору из Амстердама од 1997. године.

У међувремену, до усвајања Споразума из Мастрихта, поједини облици диференциране интеграције су се одвијали захваљујући политичкој подршци и на основу споразума које су закључивале поједине државе чланице изван институционалног механизма Заједнице, као у случају успостављања тзв. "монетарне змије". Преговори око Споразума из Мастрихта ће дефинитивно показати да између тадашњих 12 држава чланица не постоји јединствена визија будуће ЕУ или да неке од њих нису спремне или способне да учествују у остваривању свих заједничких циљева и да ово "јединство различитости" треба институционализовати. Тако је Споразумом из Мастрихта Уједињеном Краљевству и Ирској дозвољено да не учествују у трећој фази Економске и монетарне уније, а Данској у области правде и унутрашњих послова. Ови и други уступци који су учињени Уједињеном Краљевству и Данској, у погле-

[23] Willy Brandt, *Rede vor der Organisation Française du Mouvement Européen*, Europa-Archiv 1975, D33-8 at D36, наведено према D. Thym, *н. чланак*, стр. 3. н. 3. Случајно или не, и у бившој СФРЈ је, пре него што се распала, заговарана идеја тзв. асиметричне федерације.

[24] Report by Leo Tindemans, *Prime Minister of Belgium to the European Council*, Bulletin of the European Communities, Supplement 1, 1976.

ду социјалне политике или политика одбране,[25] допринели су да Споразум из Мастрихта буде означен и као прекретница у развоју диференциране интеграције. Осим из економских разлога, Споразумом је по први пут омогућено државама чланицама и да из политичких разлога не учествују у развоју одређених политика. Стога се након Мастрихта више није постављало питање да ли дозволити диференцирану интеграцију, већ само како поставити њене оквире и границе.

Питање граница и услова и данас представља кључно питање, које се решава различитим техникама или методима чија су примена и коришћење омеђени правним и политичким критеријумима. У правном погледу, пре свега начелом једнообразне примене[26] и забране дискриминације. У политичком погледу, постоји бојазан да би се ЕУ могла претворити у Европу по жељи или Европу *a la carte*. Другачије речено, требало је остварити нешто што је у теорији јако лепо звучало, као парола "јединствени у различитостима" или, јачање Уније без слабљења држава чланица. У пракси се ово свело на питање да ли је могуће даље продубљавати економску и политичку сарадњу без добијања нових овлашћења на страни Уније, односно развлашћивања држава чланица. Ако је могуће, да ли савез држава окупљених у Европској унији развијати у правцу федерације или, коришћењем диференциране сарадње, отворити пут или ка конфедерацији, и фрагментацији ЕУ права на "комадиће и папириће"[27], а ЕУ на више концентричних кругова или на Европу са више брзина.

Идеју о успостављању федералистичког језгра ЕУ нарочито су пропагирале Немачка и Француска 1990-их година (посебно њихови председници Жискар д'Естен и Хелмут Шмит),[28] а наставио је немачки министар Ј. Фишер. У говору на Хумболт Универзитету у Берлину, 2000. године, министар Фишер је предложио стварање тзв. "центра гравитације" између држава чланица које су за јачу интеграцију између себе, које би касније између себе закључиле нови европски оквирни уговор о политичкој и економској унији, као нуклеусу европске федерације.[29]

[25] Вид. S. Blockmans and S. Prechal, The European Integration Process: A Continiuum of ‚Deepening' and ‚Widening', u: S. Blockmans and S. Prechal (eds), *Reconciling the Deepening and Widening of the European Union*, T.M.C. Asser Press, 2006, стр. 2.

[26] Вид. A. Lazovski, Flexibility and Homegenity: two Uneasy Bedfellows, y: S. Blockmans (ed.), *Differentiated Integration in the EU: From the inside looking out*, CEPS, Brussels, 2014, стр. 44.

[27] ЕУ од „комадића и папирића". Види D. Curtin, The Constitutional Structure of the Union: A Europe of Bits snd Pieces, *CML Rev*., 30(1993).

[28] Чврсто језгро би чиниле поред Немачке и Француске и земље Бенелукса.

[29] Joschka Fischer, *From Confederacy to Federation - Thoughts on the Finality of European Integrati-*

Друге државе су сматрале да таква диференцирана сарадња неће ојачати савез, већ ће ослабити заједништво и јединство у оквиру Европске уније.

## Начело једнообразне примене права ЕУ и начело диференциране интеграције

Као посебан облик наднационалне организације ЕУ располаже само овлашћењима која су на њу пренеле државе чланице. На основу овако добијених овлашћења ЕУ преко својих легислативних органа усваја бројне прописе који чине право ЕУ и у ширем смислу чине правне тековине или *acquis communautaire*. О чињеници да поменути прописи чине комунитарне тековине морају, осим држава чланица, водити рачуна и придружене државе које су одговарајућим споразумима са ЕУ преузеле обавезу да своје унутрашње право ускладе са комунитарним тековинама, тј. да прихвате и признају комунитарне тековине. За њихово тумачење и примену важе посебна правила и начела, као што су: начело директне примене, директног дејства супериорности и једнообразног и усклађеног тумачења. Циљ ових начела је да се обезбеди једнообразна примена права ЕУ у целој Унији, тј. у свих 28 држава чланица. Само једнообразном применом права ЕУ и једнообразним схватањем комунитарних тековина, могуће је остварити заједничке договорене циљеве[30] дефинисане у примарним и секундарним изворима. Тако је креирана догма о јединству права ЕУ (*unity dogma*).[31] Због тога се свако другачије тумачење и примена сматрају повредом права ЕУ која повлачи одговорност држава чланица (и других субјеката) како према појединцима, тако и према другим државама чланицама и органима Уније. Међутим, спровођење диференциране интеграције управо значи различиту, привремену или трајну, примену прописа на поједине државе чланице или групу држава чланица, чиме се угрожава јединство комунитарног правног система као једне од основних тековина Заједнице и Уније.

Различита примена је у почетку оправдавана значајним економским разликама које постоје између држава чланица па би механич-

*on*, говор на Хумболт Универзитету у Берлину, 12. 05. 2000, доступно на http://www.ena.lu/mce.swf?doc=18824&lang=2.; D. Thym, стр. 6, нап. бр. 10.

[30] Вид. став Суда у предмету 166/73, *Rheinmühlen-Düsseldorf* [1974] ECR 33 у коме је као суштински услов за очување посебног карактера права створеног уговорима о оснивању сматрао његову исту примену у свим државама чланицама.

[31] D. Thym, „United in Diversity" – The Integration of Enhanced Cooperation into the European Constitutional Order, *German Law Journal*, Vol. 06 No. 11(2005), стр. 1731.

ка примена начела једнакости на неке мање развијене државе чланице ове државе довела у битно неравноправни или неповољнији положај. Из тих разлога су већ у Римском уговору, као инхерентне карактеру новостворене заједнице,[32] биле предвиђене различите *заштитне клаузуле*. Међутим, након Споразума из Амстердама, државама чланицама је било дозвољено да и из других неекономских разлога, али под дефинисаним условима, одступе од учешћа у заједничким циљевима и политикама. Разлоге због којих је баш у Амстердамском уговору посебна пажња посвећена клаузули о ојачаној сарадњи требало би тражити у очекивању да ће у наредном ширењу ЕУ бити примљене државе из ранијег "Источног блока", те да неке од њих неће бити спремне да учествују у свим облицима интракомунитарне интеграције.

Касније, у Лисабонском споразуму, код успостављања ојачане сарадње, осим заштите виталних националних интереса, предвиђени су и други изузеци и одступања чак и у успостављању унутрашњег тржишта, као основног и неспорног заједничког економског циља. У том циљу је, одредбама члана 27. УФЕУ, предвиђена обавеза Комисије да "води рачуна о степену напора које неке привреде, због различитог нивоа развијености, морају да поднесу због успостављања заједничког тржишта" и у складу са тим може предложити одговарајуће мере. Међутим, мерама предвиђени изузеци морају бити привременог карактера.

## Институционални оквир и услови за диференцирану интеграцију

*Заштита интереса*. Ближи услови који обухватају и институционални оквир за реализацију ојачане сарадње, дефинисани су у Уговору о функционисању Европске уније. Они се, са једне стране, односе на обавезе држава чланица које учествују и које остају ван ојачане сарадње и, са друге стране, на Европску унију, тј. њене органе. Као основно, постављено је правило да се "свака ојачана сарадња спроводи у складу са Уговорима и правом Европске уније" (чл. 326/1. УФЕУ). Што се тиче интереса Уније, предвиђено је да таква сарадња "не сме да нарушава унутрашње тржиште, као ни економску, социјалну и територијалну кохезију" (чл. 326, ст. 2. прва реченица УФЕУ). Остали услови се, углавном, тичу држава чланица. Тако је, у економском смислу, предвиђено да ојачана сарадња не сме представљати средство дискриминације у трго-

[32] *Исто*.

вини између држава чланица, нити може да има за последицу повреду правила конкуренције између њих.

У правном смислу, са становишта интереса Уније, ојачана сарадња се може одвијати само у областима које не спадају у искључиву надлежност Уније и у заједничку спољну и безбедносну политику. Са становишта интереса држава чланица, ојачана сарадња се може спроводити само "уз поштовање надлежности, права и обавеза држава чланица које у њој не учествују". Осим тога, када је успостављена, ојачана сарадња мора остати отворена за све државе чланице, у складу са условима који су утврђени одлуком о одобрењу те сарадње.

*Поступак*. Уговором о функционисању Европске уније прописано је да државе које желе да међусобно успоставе ојачану сарадњу подносе захтев Комисији. У захтеву мора бити прецизно одређена област и циљеви предложене сарадње. Интересантно је да Комисија *може* (али не мора) у вези са тим поднети предлог Савету. Ако не достави предлог, обавестиће заинтересоване државе о разлозима недостављања. Широко дискреционо право Комисије да Савету поднесе или не поднесе предлог најмање девет држава чланица поједини аутор сматрају кључном одредбом у заштити јединства Уније и као брану од њене "потпуне фрагментације."[33]

Када је реч о појединачним захтевима (и заинтересованости) држава чланица да учествују у ојачаној сарадњи, о томе одлучује Комисија, али коначну одлуку доноси Савет. Одредбе члана 331(1)(2) УФЕУ прописују обавезу Комисије да одлуку о учешћу заинтересоване државе чланице донесе у року од четири месеца. Ако Комисија оцени да услови за учешће нису испуњени, дужна је да укаже на мере које је потребно усвојити и одређује рок за преиспитивање захтева. По истеку тог рока поново испитује захтев и ако оцени да и даље нису испуњени услови, заинтересована држава се обраћа Савету који доноси одлуку о захтеву.

Као својеврсна брана од дезинтеграционих процеса који би настали ојачаном сарадњом, служе и два принципа на којима почива ојачана сарадња: принцип јавности или транспарентности из члана 330. УФЕУ и принцип отворености, из члана 328. УФЕУ.

[33] C. M. Cantore, *We're one, but we're not the same: Enhanced Cooperation and Tension between Asymetry in the EU*, Perspectives on Federalism, Vol. 3, issue 3, 2011, стр. 8. Доступно на http://www.on-federalism.eu/attachments/103_download.pdf Последњи приступ: 20.08. 2014.

## Вишезначност диференциране интеграције

Постојање наведене и каснијих клаузула о изузецима отвара низ теоријских и практичних питања. У политичком смислу, сва она се могу свести на питање: да ли примена клаузуле ојачане сарадње, која неминовно води ка диференцираној интеграцији и другим разликама између држава чланица, представља спасоносни механизам за даљу свеобухватнију и продубљенију интеграцију држава чланица, или води дезинтеграцији ЕУ, чијом применом не само што се не могу остварити нови циљеви, него није могуће одржати и већ остварене. Чак се доводи у питање и сам опстанак ЕУ. Мишљења у правној и политичкој теорији су у том погледу подељена.

Према мишљењу једне групе аутора, примена различитих модела флексибилности нужно повећава разлике између држава чланица, што дугорочно води до ЕУ са више концентричних кругова или ЕУ са више брзина.[34] При томе, једни сматрају да би и таква ЕУ могла ефикасно да функционише, док други сматрају да би то на крају довело до дезинтеграције и распада саме ЕУ. Стога као решење за опстанак ЕУ предлажу даљу централизацију и федерализацију ЕУ.

Према мишљењу друге групе аутора, клаузула флексибилности је једини вентил и механизам или "последње уточиште",[35] који омогућава да се истовремено очувају легитимне разлике које постоје између држава чланица, на пример у погледу историјског наслеђа, културе, језика, али и да се остварују заједнички циљеви. Примена клаузуле о флексибилности онемогућава налажење и дефинисање нових заједничких циљева, који би се остваривали или у различитим временским периодима или, у почетку, само од једне групе држава, док би се другим државама чланицама оставило право да им се касније придруже. Таква диференцијација несумњиво би променила карактер (природу) садашње ЕУ, али не би довела у питање њен опстанак. У политичком смислу, ЕУ би се на крају

[34] За дискусију за или против ЕУ са више брзина вид. Pros and Con Arguments for a Multi-Speed Europe, доступно на http://www.aalep.eu/pros-and-con-arguments-multi-speed-europe, или J. Juhela (ed), Multi-speed Europe? Differentiated integration in the external relations of the European Union, *FIA Report* 38.

[35] Вид. The Treaty of Lisbon: an impact assessment, 10th report of session 2007-08, Vol. 1: Report *Vol. 62, HL paper*, *House of Lords papers, European Union Committee*, *The Treaty of Lisbon: An Impact Assessment*, Great Britain. Parliament. House of Lords. European Union Committee, The Stationery Office, 2008, посебно дискусију Дејвида Едварда (Sir David Edward), стр. 122.

трансформисала у конфедералну заједницу заинтересованих држава чланица.

## Теоријски модели диференциране интеграције

У пракси се користе бројни облици диференциране интеграције који се у литератури деле према различитим критеријумима.[36] Тако се према критеријуму извора овлашћења може разликовати: диференцијација која се реализује путем међународних уговора и уговора о пријему.[37]

Слична овој је и подела на диференцијацију *sensu lato* и *stricto sensu*.[38] У првом случају реч је о различитој примени права ЕУ на различите територије или државе чланице, иако је у питању материја која спада у надлежност Уније, односно Уговора о оснивању. Таква диференцијација сматра се "инхерентном" процесу интеграције јер је државама чланицама дозвољена "идентична маргина дискреције"[39], на основу економских и друштвених разлика.

Диференцијација *stricto sensu* постоји у случајевима када је у примарном или секундарном извору направљена разлика између адресата, тако да су одређене територије или државе чланице изузете од примене појединих одредаба, чиме су државе чланице преузеле и различите обавезе и права.

За спровођење диференцијације користи се више метода, као што су: изузимање од примене појединих одредаба, одступања, дозвољавање изузетака, уговарање заштитних клаузула или *opt-in* и *opt-out* клаузула и коришћење клаузуле ојачане сарадње. У првом случају је у самом Уговору о оснивању или другом извору примарног права предвиђено да се поједине одредбе неће применити на неке државе чланице или територије, иако односно питање спада у надлежност Уније и регулиса-

[36] De Búrca, G, Differentiation within the 'Core'? The Case of the Internal Market. Edited by G. de Búrca and J. Scott. y: *Constitutional Change in the EU: From Uniformity to Flexibility*, Oxford: Hart, 2000; C. D. Ehlermann, Differentiation, Flexibility, Closer Cooperation: The New Provisions of the Amsterdam Treaty, 4 *Eur L J* (1998) 246–70 на стр. 253–9; F. Tuytschaever, *Differentiation in European Union Law*, 1999; A. Stubb, A Categorization of Differentiated Integration, *CMLS* 34(1996)2, 283;

[37] A. Ott, A Flexible Future for the European Union: The Way Forward or a Way Out?, y: S. Blockmans and S. Prechal (eds), *Reconciling the Deepening and Widening of the European Union*, TMC Asser Press, 2007, стр. 136.

[38] A. Kristjánsdóttir, Small Island Differentiation in EU Law, доступно на http://skemman.is/stream/get/ 1946/6354/18141/1/Small_Island_Differentiation_in_EU_law__all$002c_pdf..pdf, стр. 12.

[39] Исто.

но је правом ЕУ. Изузимање од примене није временски ограничено на одређени или унапред прописани рок, већ може бити трајно, као што је предвиђено у члану 355. УФЕУ.

У случају *одступања,* поједине државе или територије ослобођене су од примене појединих комунитарних тековина *у одређеном временском периоду* након пријема у ЕУ из економских или техничких разлога. Као примери ових одступања наводи се прихватање шенгенских тековина након што су прихваћене као део права ЕУ (након комунитаризације), као и одступања од монетарне уније, одступања од заједничких тековина у области заједничког и унутрашњег тржишта (кретање радника и промет капитала). Тако су Велика Британија и Ирска изузете од примене већег дела шенгенских тековина унетих у наслов IV Амстердамског уговора, док је у мањем обиму од примене изузета и Данска. Као изузетак по основу приступног уговора ЕУ често користи право да радницима из новопримљених држава одложи слободан приступ тржишту радне снаге за одређени период. Уместо територија или држава чланица могу се изузети области и активности које су регулисане одредбама од чије примене је дозвољено одступање. Тако су одредбама члана 101. став 3. УФЕУ предвиђена одступања од примене одредаба о забранама које су предвиђене ставом 1. истог члана. Одступања могу бити предвиђена не само у примарним и секундарним изворима, већ и у уговорима о пријему у ЕУ.

У трећем случају диференцирање се врши уговарањем и коришћењем тзв. *заштитних клаузула*, као што су оне у члановима 36, 114(4) или 122. УФЕУ. Заштитне клаузуле могу бити уговорене и у споразумима о пријему у ЕУ, у којима се конкретизује рок у коме новопримљена држава не мора да примењује тамо наведене одредбе. У тим случајевима ће на захтев нове чланице Комисија одредити конкретне заштитне мере. Заштитне мере се могу односити на унутрашње тржиште, секторске политике, кривичну и грађанску материју. *Opt-outs* и *opt-ins* клаузулама даје се право државама чланицама да се придруже и поштују или да изађу из одређених области сарадње, обично из политичких разлога. Тако су, примера ради, Данска и Велика Британије оптирале да остану изван еврозоне и монетарне уније. Слично је било и са усвајањем Социјалне повеље из Споразума из Мастрихта, коју у почетку нису прихватиле Данска и Велика Британија. Велика Британија јој је, међутим, касније 1997. године приступила након што се уверила да не води ка социјалној унији.[40] Овакво коришћење диференцијације послу-

[40] Вид. A. Kliemann, *Die europaishe Sozialunion nach Maastrcht*, Nomos, Baden-Baden, 1997, стр. 91.

жио је као модел да се у Амстердамски уговор унесе клаузула о ближој сарадњи,[41] којој ће касније бити признат "конституционални" карактер[42] и значај једног од принципа права ЕУ.

Према другој подели, која је полази од времена, територије и предмета, диференцирана интеграција се одвија као Европа са више брзина, као вишедомна Европа или варијабилна геометрија и као ЕУ *a la carte*.[43] У даљем тексту ће бити више речи само о начелу ближе сарадње и Европи са више брзина.

У правном смислу, диференцирање се спроводи коришћењем различитих метода, као што су минимална хармонизација и узајамно признање,[44] као и потписивањем различитих уговора о пријему, којима новопримљене државе преузимају различите обавезе и права.

## Начело ојачане сарадње

Институт ојачане сарадње настао је из "ближе сарадње" и праксе појединих држава чланица које су желеле да изван институционалног оквира предвиђеног оснивачким уговорима у одређеним областима (као што су социјални послови, елиминација граничне контроле) између себе успоставе ближу сарадњу од оне која је била предвиђена уговорима о оснивању. У том циљу су коришћени различити инструменти као што су Споразум о социјалној политици или Шенгенски протокол.

Из такве праксе већ у Мастришком споразуму су формулисане одредбе којима је појединим државама било дозвољено да користе тзв клаузуле о изласку (*opt-out*) и да одступе од појединих аспеката заједничке политике, као што је јединствена валута (за Данску и Уједињено Краљевство). Амстердамским изменама у Уговор о Европској унији унет је нови Наслов VII у коме су у члановима 43. до 45, регули-

[41] Вид. J. Usher, Flexibility and Enhanced Co/operation, у: T. Heukles, N. Blokker, M. Brus (eds), *The European Union after Amsterdam, A Legal Analysis*, Kluwer, The Hague, 1998, стр. 254.

[42] B. De Wiite, Old-fashioned Flexibility: International Agreements between Member States of the Euroepan Union, u: G. De Burca and J. Scott (eds), *Constitutional Changing in the EU: From Uniformity to Flexibility*, Hart Publishing, Oxford, 2000, стр. 31.

[43] Stubb, A Categorization of Differentiated Integration, *Journal of Common Market Studies*, Vol. 34(1996), No. 2, стр. 284; N. Ost, Flexibilitat des Gemeinschaftsrechts – Vom Notantrieb zum Vertragsprinzip, *Die Offentliche Verwaltung* 1997, стр. 496

[44] D. Hanf, стр. 12. у: B. De Witte, D. Hanf, E. Vos (eds.). О техници минималне хармонизације и узајамном признању вид. Р. Вукадиновић, *Увод у институције и право ЕУ*, Крагујевац, 2014, стр. 194.

сани услови за ближу сарадњу држава чланица, као и поступак и механизми који се при томе могу користити (тзв. хоризонтални оквир ближе сарадње). Правним регулисањем ближе сарадње само је институционализована ранија пракса у којој су поједине државе чланице, без обзира на заједничке интересе, сматрале да између себе могу остварити још веће заједништво од оног који је остварен између осталих држава у оквиру Европске заједнице. Пошто је оваква пракса стварања концентричних кругова у оквиру Заједнице различито тумачена, Уговором из Амстердама су прописани услови у којима су државе чланице могле да користе ближу сарадњу као последње средство за остваривање оних циљева који нису могли бити остварени применом редовних поступака. Као начелно, било је прихваћено решење према коме је одлуку о успостављању ближе сарадње доносио Савет квалификованом већином на предлог Комисије и након консултовања Европског парламента. При томе су, међутим, остале државе чланице задржале својеврсно право вета које су могле да користе у случајевима "значајних националних интереса". И у Лисабонском споразуму је предвиђена могућност да државе чланице између себе успоставе ојачану сарадњу "ради омогућавања остваривања циљева Уније, заштите њених интереса и јачања интеграционих процеса". Одредбама члана 20. УЕУ, Савету је дато право да доноси одлуку о успостављању ојачане сарадње "када установи да се циљеви такве сарадње не могу остварити у разумном року од стране Уније као целине, и под условом да у њој учествује најмање девет држава чланица". Остали услови и ограничења дефинисани су члановима 326. до 334. УФЕУ, о чему је већ било речи.

## Практични случајеви ојачане сарадње

Након ступања на снагу Споразума из Лисабона, у две области је практикована ојачана сарадња: код избора права у случају развода брака и код јединственог патента.

Питање меродавног права и надлежног суда за развод брака посебно добило је на значају ако се има у виду пуно остваривање слобода кретања лица и у одређеном обиму слобода кретања радника што је довело до све већег броја мешовитих или међународних (интракомунитарних) бракова. Имајући то у виду, а посебно разлике у решењима која по наведеним питањима постоје у националним правима, Комисија је 2006.

године предложила одговарајућу уредбу. Велика Британија и Ирска су одмах одбиле да учествују у томе (користећи се клаузулом opt-out), док се Данска није одлучила за улазак у подухват (клаузула opt-in). У таквој ситуацији Савет је одлучио да се уредба донесе према условима који важе за ојачану сарадњу. Уредба је донета крајем 2010. године, а ступила је на снагу 20. јула 2012. године.[45] Уредба предвиђа право супружника у међународним браковима да већ у моменту закључивања брака изаберу право за развод. Уредба се примењује у 14 држава чланица. Овај пример се у теорији наводи у прилог две тезе. Прво, да на ојачаној сарадњи не инсистирају само тзв. "старе" чланице ради убрзања и јачања интеграционих процеса. Друго, да пример није репрезентативан, јер спровођење не захтева значајне трошкове нити се посебно одражава на економску ситуацију држава чланица и оних које су остале изван интеграције.

Слично је било и са регулисањем тзв. јединственог патента. У децембру 2010. године 12 држава чланица је предложило његово регулисање, али се предлогу већ наредне године прикључило још 13 држава чланица. Изван су остале само Италија и Шпанија.[46]

## Могуће последице – Европска унија са више брзина

ЕУ са више или са две брзине у правном погледу заснива се на примени појединих одредаба права ЕУ у различитим временским роковима. Тиме се ствара утисак да се група држава која од почетка примењује такве одредбе креће брже ка задатом циљу, док остале државе заостају за њима онолико времена за колико су касниле у примени односних одредаба. Пошто је реч о брзини остваривања истих циљева, таква диференцијација је означена као Европа са две или више брзина. При томе ваља истаћи да су у питању циљеви који су договорени и прихваћени од свих држава чланица, али се не остварују одједном и истовремено од свих држава чланица, већ постепено. С обзиром на то да ће пре или касније све државе остварити договорени циљ и прихватити заједничке тековине, таква ЕУ не представља заједницу са две класе

[45] Council Regulation (EU) Nº 1259/2010 of 20 December 2010.

[46] Ове државе су, углавном из истих разлога, покренуле поступак пред Судом правде, наводећи различите разлоге у прилог тврдњи да је у питању незаконита одлука Савета. Суд ЕУ је, међутим, сматрао да је у питању законита одлука и у току је поступак ратификације Споразума у државама чланицама.

држава чланица, нити прераста у дводомну ЕУ,[47] већ и даље постоји као јединствена у смислу да намеће иста права и обавезе свим чланицама.

Сама техника успостављања ЕУ са две брзине се може спровести у две варијанте: блажој и строжој.

У мекшој или блажој опцији, државе чланице које су економски спремне и политички вољне да у потпуности имплементирају све договорене циљеве између себе развијају интензивнију сарадњу. На такав облик сарадње државе чланице се могу свечано обавезати посебном политичком декларацијом у којој ће навести питања на која ће се примењивати декларација. Пошто се сарадња односи на питања која су дефинисана Уговорима о оснивању, државе чланице су дужне да поштују одлуке у чијем доношењу учествују и представници оних држава које су остале изван сарадње. По томе се ова сарадња разликује од оне засноване на принципима ближе или ојачане сарадње. У случају ојачане сарадње, само држављани држава учесница односно њихови представници гласају у Савету.

У храбријој или тврђој опцији, државе чланице које су вољне за сарадњу између себе закључују "додатни споразум", у складу са правилима међународног права и права ЕУ. Овим споразумом се дефинишу нове обавезе за државе чланице, као и органи, правила и поступак за њихову реализацију. Ради реализације овакве сарадње оснива се парламентарни орган састављен од представника националних парламената и мали управни (административни) орган, различит од Комисије. Након успостављања брже сарадње, односне државе чланице би прихватиле две врсте обавеза: опште и посебне. Опште обавезе су оне које имају и све друге државе чланице (и оне које су остале изван сарадње, опште обавезе), док посебне обавезе обухватају само оне које подразумева сарадња у "две брзине". Међутим, испуњавање посебних обавеза не сме ићи на штету права и интересе других држава чланица, о чему би се старао Суд правде. Државе чланице из "друге брзине" формирале би привремену групу, отворену према другим државама чланицама, и спремну да помогне преосталим државама да им се придружи када буду вољне за то.

Заговорници овакве идеје наводе да би се на овај начин омогућило стварање авангардног чврстог језгра од оних држава чланица које би ЕУ вукле напред, чиме би се признала постојећа реалност.

Иако се, са становишта легалности, оваквој сарадњи не може ништа приговорити, остваривање таквих циљева би у каснијем периоду мог-

[47] J. C. Piris, The Future of Europe: Towards Two-Speed, CUP, 2012, стр. 6.

ло да покрене низ питања, углавном заснованих на легитимности и последицама које могу настати у ЕУ. У овом другом смислу, остваривањем двају брзина чланице ЕУ дефинитивно би се раслојиле у две класе, иако то није циљ, што би, уместо привремене, касније довело до трајне диференцијације.

Последице коришћења различитих метода и техника диференциране интеграције могу посматрати се у односу на постојеће тековине и односу на будућа достигнућа. Што се тиче остварених комунитарних тековина, оне би остале на постојећем нивоу, јер су делимично настале и коришћењем различитих метода диференциране интеграције. Много већа неизвесност, међутим, постоји у погледу њиховог утицаја на будуће односе у ЕУ и сам карактер ЕУ као наднационалне и федералне заједнице или као међувладине или конфедералне заједнице. Мишљења у том погледу се дијаметрално разликују. Док их једни сматрају спасоносним решењем којим се могу превазићи постојеће несугласица и кризе, други сматрају да ће њихова примена дефинитивно раслојити ЕУ на две или више група држава и трансформисати је у Европу са више концентричних кругова, у којој ће права и обавезе држава чланица зависити од близине језгру, односно од круга у коме се налази. У време кад је ова идеја лансирана,[48] у првом кругу би се налазиле Немачка, Француска и земље Бенелукса, у другом Италија и Шпанија, у последњем кругу би се налазиле тзв. мање комунитарне државе, као што су Велика Британија и Данска, али би постојао круг и са нечланицама у коме би се налазиле Швајцарска, Норвешка и Линхенштајн.

И у предлозима које су у преговорима око усвајања Лисабонског споразума износиле Комисија и државе чланице, биле су приметне значајне разлике. Комисија је предлагала даље ублажавање услова за улазак у ближу сарадњу: давањем права и само једној трећини заинтересованих чланица да успостави ближу сарадњу, проширивањем сарадње и на област безбедносне и одбрамбене политике и укидањем права вета. Овакав предлог подржала је прва "шесторка" оригинерних оснивача: Немачка, Француска, Италија и земље Бенелукса. Остале, углавном мање државе, затим Велика Британија и неке државе кандидати (Пољска, Кипар) у својим су се предлозима залагали за оштрије услове за успостављање ближе сарадње истичући опасност од разблажавања већ оствареног јединства. Европски парламент је ближу сарадњу видео као фактор убрзаног развоја Уније коју би, међутим, требало практикова-

[48] Идеја се везује за француског политичара Балудура (Balladur).

ти само када Унија није способна за заједничку акцију, ако то подржава најмање једна трећина чланица након што су квалификованом већином од Савета добиле одобрење за стварање "пионирске групе".

У правној теорији се мишљења о предностима и недостацима увођења ближе сарадње дијаметрално разликују. Једни у у њој виде спасоносни рецепт за опстанак Заједнице/Уније макар и у концентричним круговима или са више брзина. Други аутори сматрају да се ближом сарадњом заправо отвара процес дефинитивног раслојавања Заједнице/Уније који може довести у питање и њен опстанак. Ипак, без обзира на ове разлике, чињеница је да су државе чланице пристале на поделу на оне које могу да уђу брже и јаче у интеграционе токове и на оне које или то не могу, или то не желе.


## *Summary*

*Following the successful expansion and deepening of integration relations between the Member States, the EU, after fifty years of establishment , for the first time found itself in a serious crisis whose end can not be predicted with certainty . Regradless that manifests itself primarily as an economic crisis, its causes must be sought in all three areas in which the EU has acted in political, economic and legal fields. The paper is devoted to a special attention to acquis in which they sought possible solutions to overcome the crisis. Solutions are seen or in transfer more powers to the EU, or in a broader interpretation of the existing competence of the Union. Given that in the near future unlikely transfer new powers to the member states of the EU, because it is not only legal, but above all political and economic issues, attention should be focused on the interpretation existing powers. The possibility of a wider or different interpretation is particularly related to the principles of loyalty, respect the national identities of the Member States and flexibility. However, because of its vagueness, these principles can be interpreted in order to strengthen the cohesion of the EU, but also to strengthen the role of the member states. The outcome of one or another interpretation could be further disintegration of the Union in more speeds or concentric circles, but it is difficult to imagine a further strengthening of the its federal elements. In such a situation it is not hard to guess what position will be found for new member states.*


***Keywords:*** *European Union, closer cooperation, enhanced cooperation, integration, desintegration of the EU.*

УДК 347.76

# ОДГОВОРНОСТ ВАЗДУШНОГ ПРЕВОЗИОЦА ЗА ПОСТТРАУМАТСКИ СТРЕС

**Др Душанка Ђурђев***

***Сажетак:*** *Чланови 17. Варшавске и Монтреалске конвенције не дају одговор на питање шта се сматра несрећним случајем (accident) и шта обухвата појам телесна повреда путника, па је важна судска пракса, као и ставови који су доминирали приликом израде самих конвенција.*

***Кључне речи:*** *одговорност ваздушног превозиоца, телесне повреде, посттрауматски стрес.*

Од првих унификацијских докумената, а то је Варшавска конвенција из 1929. године па до последње, Монтреалске конвенције из 1999. године, нису прецизно дефинисана нека питања везана за одговорност ваздушног превозиоца.[1]

Ради се о члану 17. Варшавске конвенције и члану 17. Монтреалске конвенције који, мада нису идентични, суштински остају исти и не дају одговор на питања шта се сматра несрећним случајем (accident) и шта обухвата појам телесна повреда путника. Иако има малих језичких разлика у Варшавској и Монтреалској конвенцији, суштинских разлика нема, па су тумачења појма несрећан случај (accident) и телесна повреда (bodily injury) заједничка за обе конвенције. Ове формулације су од доношења па до данас изазивала различита тумачења. Као и у другим међународним конвенцијама чије одредбе је потребно тумачити, важна

* **Др Душанка Ђурђев, редовни професор, Универзитет У Новом Саду, Правни факултет у Новом Саду**

[1] Варшавска конвенција је ступила на снагу 1933. када су је ратификовале све важније државе света. Данас су 152 државе потписнице ове конвенције**;** Монтреалска конвенција из 1999, која је ступила на снагу 2003, постепено замењује систем Варшавске конвенције са протоколима, ступила је на снагу 2003, а ратификовале су је 103 од 191 чланица ИЦАО као и ЕУ и Србија.

је судска пракса као и ставови који су доминирали приликом израде саме конвенције.

У члану 17. Варшавске конвенције је предвиђено: ”Превозилац је одговаран за насталу штету у случају смрти или рањавања или сваке друге телесне повреде путника, кад се удес који је проузроковао штету десио на ваздухоплову или у току свих операција укрцавања и искрцавања“.[2]

У члану 17. Монтреалске конвенције је предвиђено: „1. Превозилац одговара за штету насталу у случају смрти или телесне повреде путника само под условом да се несрећа која је проузроковала смрт или повреду догодила у ваздухоплову или током укрцавања или искрцавања.“[3]

## Појам несрећног случаја

Да би се остварила накнада штете по члану 17. потребно је, прво, да је штета настала док је путник био у авиону или улазио или излазио из њега, и друго, да је штетама, а то су смрт или телесна повреда путника, узрок несрећан случај (accident).

У члану 17. није дата дефиниција појма несрећни случај (accident) и то је изазвало проблем у пракси.

Једна судска пресуда из 1985. године је значајна, јер је поставила критеријуме за утврђивање овог појма .

Case Air France v. Saks[4] – на лету Лос Анђелес – Париз дошло је до јаких пропадања авиона, а путник Сакс је осетио јак притисак и бол у ушима. Након завршеног лета, лекар је констатовао да је путник трајно оглувео на лево ухо. Путник је поднео тужбу за накнаду штете, наводећи да је губитак слуха последица немарног (negligent) одржавања система за компресију у авиону.

Суд је вештачењем утврдио да је одржавање система за притисак било рутинско, као да ни један други путник није осетио последице као тужилац.

[2] Aritce 17 The carrier is liable for damage sustained in the event of the death or wounding of a passenger or any other bodily injury suffered by a passenger, if the accident which caused the damage so sustained took place on board the aircraft or in the course of any of the operations of embarking or disembarking.

[3] Article 17 Death and injury of passengers - damage to baggage. The carrier is liable for damage sustained in case of death or bodily injury of a passenger upon condition only that the accident which caused the death or injury took place on board the aircraft or in the course of any of the operations of embarking or disembarking.

[4] 470 U.S. 392.105 S.Ct.1338(1985)

Врховни суд је, у овом случају, дефинисао појам "несрећан случај" као "неочекиван или неуобичајен догађај или догађај који је ван самог путника". Осетљивост путника или постојеће здравствене тешкоће, које се током лета погоршају, уз нормалне и очекиване летачке операције, не могу да се квалификују као несрећан случај (accident). Међутим, суд је утврдио да појам "несрећан случај" треба "флексибилно тумачити" након процене свих конкретних околности случаја.

Како наводе многи аутори, овај став о "флексибилном тумачењу" је отворио Пандорину кутију контроверзних судских пресуда.[5]

Тако је 2004. године Врховни суд САД-а цитирао дефиницију "accident" у случају Olimpic Airways v. Husain.[6] Putnik Абид Хансон је био алергичан на дувански дим и боловао од астме и путовао је са супругом у непушачком делу авиона. Међутим, пошто су седишта била близу одељка за пушаче, супруга путника је два пута замолила стјуардесу да се преместе на друга, даља слободна места у непушачком делу. Овај захтев је стјуардеса одбила. Г Хансон је током лета умро у авиону. Супруга је поднела тужбу за накнаду штете према члану 17. Конвенције.

Током суђења се поставило питање да ли постојеће здравствено стање путника (астма) која се погоршала током лета, може да се уз нормалне услове лета сматра несрећним случајем за који је одговоран авио-превозник? Авио-компанија је признала да је дим цигарете проузроковао смрт, али је одбила одговорност, јер не прихватају да постоји несрећан случај (јер понашање стјуардесе која је одбила да га премести није узрок, тј. није accident).

Међутим, суд је "флексибилно" тумачио појам "accident" и истакао да је одбијање стјуардесе да премести путника карика у каузалном ланцу догађаја који је довео до смрти и да се одбијање директног захтева супруге да се путник премести може оценити као "необичан или неочекиван догађај или дешавање споља у односу на путника". Из тог је изведен закључак да је авио-компанија одговорна, по члану 17, за смрт путника.

Флексибилно тумачење појма "accident" је било и у случају Wallace v. Korean.[7] Радило се о тужби због сексуалног узнемиравања путнице коју је током ноћног учинио лета један путник. Путница је до-

[5] Luis Castellví Laukamp, Carrier liability in case of death or injury of passengers, стр. 5, http://www.stals.sssup.it/files/stals_Laukamp.pdf

[6] 541 U.S. 1007, 157 L. Ed. 2d 1146,124 S. Ct. 1221 (2004)

[7] 214 F. 3 293(2 Cir 2000)

била одштету, јер је суд понашање оптуженог путника квалификовао као "неуобичајено понашање које делује спољa у односу на путника".

Ова два случаја (Husain и Wallace) у правној теорији се оцењују као проблематични. Нарочито се оспорава разумност квалификовања сексуалног понашања путника као "accident". Такво широко тумачење појма "несрећан случај" бдало и могућност да авио-компанија одговара за сваки инцидент који се догоди током лета.[8]

По мишљењу неких аутора[9], најпогодније је тумачење појма "несрећан случај" дато у случају Garcia Ramos v. Transmeridian Airlines, у коме је један путник, излазећи са свог места поред прозора, пао на другог путника и поломио му руку. Суд је нашао да се тај догађај не може оценити као несрећан случај "јер није настао ненормалном или неуобичајеном операцијом везаном за ваздухопловну операцију". Идеја да несрећан случај мора да има везе са радом авиона (погоном) или ваздухопловним операцијама потиче још од расправа које су вођене приликом израде текста Конвенције.

Међутим, јасно је да у члану 17. није предвиђено да „accident" мора да буде у вези са операцијом ваздухоплова или радом авиона, и то и даље отвара могућности за различите судске пресуде.

Ако догађај нема везе са неуобичајеним или ненормалним ризиком авио-превозника, није догађај који је "несрећан случај". Нпр. кад се путник повреди јер се оклизнуо на мокром степеништу при изласку из авиона, нема одговорности.[10] Наше је мишљење да је најпотпуније и најадекватније, поготово имајући у виду решења овог појма у железничком праву, одређење појма "несрећан случај" као неочекиваног или неуобичајеног догађаја ван путника који има везе са радом и функционисањем ваздухоплова.

Несрећан случај мора да је у вези са ваздушним ризиком путовања или ваздухопловном операцијом, дакле да произилази из ризика карактеристичних за авио-саобраћај и операције ваздухоплова. Ако повреда није резултат операције авиона која је ван нормалног и рутинског, то није ризик за који превозилац одговара. Нпр. ако је путник повређен због необично јаких турбуленција, може се говорити о несрећном случају. Судови сматрају да ризик мора бити карактеристичан за авио-саобраћај у смислу да постоји веза са ваздушном операцијом.

[8] Paul S. Dempsey & Michael Milde, *International Air Carrier Liability: The Montreal Convention of 1999*, Montreal, McGill University, Centre for Research in Air & Space Law, 2005, 212.

[9] Luis Castelli Laukamp, *Carrier liability in case of death or injury of passengers*, op. cit. 7.

[10] Case Gezzi v. British Airways PLC (991 F. 2d.603(9th Cir 1993)

Да ли сервис хране и пића може да буде несрећан случај? Судови у већини случајева процењују да јесте несрећан случај, али има и случајева да су оценили да није. Ударац колица са храном повредио је путника у Case Price v. KLM Royal Dutch Airlines (107 F.Supp.2d 1365 (N.D. 2000)) и суд је досудио да путник има право на накнаду штете.

Може ли понашање другог путника бити несрећан случај?[11]

Већина судских пресуда сматра да може.[12] Потребно је проценити да ли се понашање другог путника може окарактерисати као догађај који има везе са ризицима авио-сабраћаја (нпр. сексуално узнемиравање путника од стране другог путника у ноћном лету у мраку оцењено је као ризик авио-саобраћаја и квалификовано као accident према Case Morris v. KLM Royal Dutch Airlines[13]).

Да ли је турбуленција несрећан случај?

Амерички судови углавном сматрају да јесте, канадски да није.[14] Јачина турбуленције и њена неуобичајеност говорили би у прилог одређења као несрећног случаја.

Могу ли тероризам и отмица бити оквалификовани као несрећан случај? Судови сматрају да тероризам јесте несрећан случај, као и отмица авиона (Case Hussel v. Swiss Air Transport Company LTD[15]). Отмица и тероризам су случајеви где ваздушни превозилац одговара, јер терористички акт се сматра ризиком карактеристичним за модеран авио-саобраћај, а авио-компаније су у бољем положају у заштити путника од самог путника.

Може ли већ постојеће здравствено стање бити несрећан случај? Нпр. ако срчана болест која је постојала доведе до срчаног удара у авиону? Став је судске праксе да не постоји одговорност у овом случају, јер се не ради о несрећном случају.[16] Или случај да је путник добио плућну емболију? Медицина нема довољно доказа да авио-превоз повећава ризик од компликације ове болести. Став суда у случају Case Rodriguez v. Anselt Australia Ltd 2002, WL 32153953 (C.D. Cal 2002) је да се ово

[11] Jiang Bo, *International Air Carrier's Liability to Passengers Under the Warsaw Convention 1929 and the Montreal Convention 1999*, стр. 153, Golden Gate University School of Law http://digitalcommons.law.ggu.edu/theses/29/

[12] Case Schneider v. Swiss Air Transport Co LTD 688.F. Supp. 15 (D.Me. 1988)

[13] 2001 WL 483072 CIV DIV 2001.

[14] Jiang Bo, *International Air Carrier's Liability to Passengers Under the Warsaw Convention 1929 and the Montreal Convention 1999*, op.cit, стр. 157.

[15] 485 F.2d 1240(2d Cir.1973)

[16] Case Rajcoor v. Air India Ltd (89 F. Supp. 2d 324 (E.D.NY 2000)).

не може подвести под несрећан случај, па да нема одговорности, јер је реакција путника била унутрашња на нормалан лет.

Синдром економске класе подразумева тегобе које путник има због дугог лета. Ако је путник добио тромб услед дугог седења, јер није устајао, у случају Louie v. British Airways Ltd) фуснота (2003 WL 22769110 (D. Laska 2003)), суд је оценио да се не ради о несрећном случају, јер нема елемената необичног, неочекиваног у односу на путника.

Може ли неактивност тј. нечињење бити несрећан случај? Амерички судови сматрају да може, а аустралијски и енглески заузимају став да сама неактивност не може бити accident.[17]

У саобраћајном праву уопште појам несрећног случаја доста често је изазивао различита тумачења.

Слична формулација несрећног случаја предвиђена је у области железничког превоза путника у члану 26 t1 JPCIV: „Железница је одговорна за штету насталу услед смрти, рањавања или сваке друге телесне или душевне повреде путника, проузрокованих неким удесом у току превоза железницом, који се десио за време док се путник налазио у колима, улазио или излазио из кола".

Несрећан случај у вези са железничким погоном у смислу JPCIV не постоји ако је железница место штете, али не постоји узрочна веза између штете и железничког погона (нпр. убиство у купеу, није несрећан случај). Насупрот томе, несрећан случај у спаваћим колима који је настао због наглог кочења воза треба сматрати несрећним случајем који је у вези са железничким погоном за који железница одговара. Нервни шок који доживи лице у возу због несреће неког другог лица који му је сродник и заједно путују може се сматрати несрећним случајем за који железница одговара.[18]

У саобраћајном праву се стручњаци не слажу у потпуности о значењу појма "несрећан случај", али преовладава став да овај појам садржи следеће елементе.[19] Потребно је да се ради о догађају који делују споља у односу на оштећеног, како би се искључиле штете које имају узрок једино у путнику нпр. мождани удар који се догоди током превоза.

[17] Case Olymic Airways v. Husain (540 U.S.644 124 S.Cl.1221.157L.ed 2d,F.2d 70992004); UK case 2003 WL 21353471(CA 9Civ Div 2003)

[18] R. van Roy, према Д. Ђурђев, *Одговорност железничког превозиоца*, Београд 1987 стр. 146.

[19] Д. Ђурђев, *Одговорност железничког превозиоца*, Београд 1987. стр. 146 и Mutz G., *Die Haftung der Eisenbahn fur Totung und Verletzung von Reisenden in internationalen Eisenbahnpersonenverkehr nach dem Zusatzubereinkommen zur CIV*, Wien, 1977, стр. 85.

Други услов је да се ради о догађају који делује изненада и то деловање мора да буде локално и временски одредиво. Увођење елемента изненадности је извршено да би се изузеле болести које нису последица несрећног случаја. Нпр. штете које настају у дужем временском периоду, нпр. оштећење кичме због честих путовања железницом, нису обухваћене овим појмом. Догађај који се карактерише као несрећан случај мора да се деси изненада у релативно кратком временском периоду.

Последњи услов за одређивање појма несрећан случај у железничком превозу је да догађај мора да изазове душевне или телесне повреде путника.[20]

Несрећан случај путника треба схватити у субјективном смислу као телесно или душевно оштећење које је претрпео одређени путник тј. као штетни догађај који делује споља, и погађа одређеног путника, а не у објективном смислу, као несрећан случај железнице тј. као железничку несрећу.

Да ли оштећени путник доказује строгу каузалну везу погона и несреће? Не, јер се намерно избегла формулација несрећан случај у каузалној вези са погоном, јер би то отежало доказивања путнику да је несрећан случај настао као последица погонске опасности.

Оштећени путник треба да докаже да се радило о несрећном случају у вези са погоном, при чему се не може сувише много очекивати од путника. Треба узети у обзир да ли према општем животном искуству одређени ток догађаја иде у прилог тврдњама које износи оштећени путник.

Формулација у члану 17. Монтреалске конвенције и члану 17. Варшавске конвенције слична је члану 26 JPCIV. Сматрамо да несрећни случај треба тумачити исто као и у железничком саобраћају, да се ради о догађају који је неочекиван или неуобичајен или ван самог путника и да потиче из ваздухопловних операција или погона.

Case Air France v. Saks[21] најбоље је дефинисао појам несрећног случаја као "неочекиваног или неуобичајеног догађаја или догађаја који је ван самог путника".

Судска пракса је додала да, поред овог, мора да се ради о догађају у вези са авионским погоном или ваздухопловном операцијом.

[20] Guldimann W., *Internatinales Lufttransportrecht*, Zurich 1965, стр. 100.
[21] 470 U.S. 392.105 S.Ct.1338(1985)

## ВРСТЕ ШТЕТА

Други проблем који постоји у пракси последица је непрецизности формулације, у члану 17, шта се сматра телесном повредом путника.

У обе конвенције предвиђена је одговорност за смрт и телесне повреде путника. Неспорна је штета због смрти, док су различито одређене телесне повреде. Док је у Варшавској конвенцији предвиђено рањавање и телесна повреда, у Монтреалској конвенцији је реч само о телесним повредама.

Појам телесне повреде шири је од појма рањавања и може да обухвати како рањавање тако и оно што није видљиво, па мислимо да је добра формулација у Монтреалској конвенцији, мада суштински нема разлике између решења у Варшавској и Монтреалској конвенцији у овом погледу.

Друго, важније питање је да ли се надокнађује само телесне или и психичке повреде путника.

### Шта значи појам телесна повреда?

Да би се размотрили разни ставови о могућности накнаде штете и за психичке повреде, раздвојићемо ово питање на искључиво психичке повреде без физичких повреда, психичке повреде које су праћене физичким повредама и психичке повреде које су проузроковале физичку повреду.[22]

### 1. Психичке повреде без физичких повреда

Кључно питање је да ли члан 17. предвиђа одговорност, па према томе и накнаду за искључиво психичке повреде изазване несрећним случајем или не.

[22] О овоме видети Max Chester, *The Aftermath of the Airplane Accident: Recovery of Damages for Psychological Injuries Accompanied by Physical Injuries Under the Warsaw Convention*, Marquette Law Review, Volume 84 Issue 1 Fall 2000 Article 5; Steven R. Pounian and Megan Wolfe Benett, *Recovery for Psychic Injuries Under Warsaw, Montreal Conventions*, New York, Law Journal Online Printed from: http://www.nylj.com ,www.kreindler.com; Thomas J. Whalen, "The New Warsaw Convention: The Montreal Convention", *25 Air & Space Law 12*, (2000) , 17.0

Значајан је случај Eastern Airlines v Floyd.[23] На путу од Мајамија до Бахама, убрзо након полетања, авион је изгубио контролу над сва три мотора и нагло почео да пропада. Посада је обавестила путнике да ће морати доћи до принудног слетања на море. На срећу, пилоти су успели да активирају моторе и авион се подигао и вратио на полазни аеродром у Мајамију. Путници су поднели тужбу за накнаду искључиво душевне боли настале несрећним случајем. Врховни суд је оценио да нема доказа који поткрепљују тезу да "телесна повреда" обухвата и емоционалне, психичке повреде, па авио-превозник није одговоран по члану 17. за психичке повреде које нису пропраћене и физичким повредама.[24]

Окружни суд је дословно тумачио члан 17. Варшавске конвенције према коме путник нема право на накнаду штете за психичку повреду, уколико нема и физичке повреде. „Душевна бол сама не даје право на накнаду." Случај је стигао пред Врховни суд, који је навео да ваздушни превозилац није одговоран на основу члана 17. Варшавске конвенције кад „несрећан случај није изазвао телесну повреду, смрт или физичку манифестацију повреде". Суд се позвао на француску верзију (која је једина званична) Варшавске конвенције, која у члану 17. употребљава израз "lesion corporell", а то је телесна повреда. Монтреалска конвенција користи као званичне језике и француски и енглески, где је задржан француски израз "lesion corporell" и енглески "bodily injury" тј. телесна повреда.

Суд је оценио да је дозвољена накнада психичке повреде само ако је она у пратњи физичке повреде.

Случај Lloyd v. American Airlines Inc.[25] – Ana Lloyd је у авионској несрећи повредила ногу и удисала штетне гасове. Психијатри су констатовали да пати од PTSP-a (посттрауматски синдром) који је изазван несрећним случајем и досуђена јој је накнада штете. У образложењу пресуде се наводи да психичка повреда мора да проистекне из физичке повреде настале несрећним случајем, па накнада може да се да само за психичке повреде које су последица повреде ноге и удисања гаса, дакле да су сразмерне физичкој повреди, а не може се дати за посттрауматски стрес који би био несразмеран физичким повредама.

[23] 499 U.S.530 91991.

[24] McKay Cunningham, Arizona Summit Law School, 2008 VANDERBILT JOURNAL OF TRANSNATIONAL LAW Vol. 41:1043, *The Montreal Convention: Can Passengers Finally Recover For Mental Injuries?* http://works.bepress.com/mckay_cunningham/1THE MONTREAL CONVENTION:

[25] 291 F.3d 503,509 (8th 2002)

Широко тумачење појма "телесне повреде" Израелског суд[26] није масовније прихваћено од стране других судова, па психичке повреде као шок, анксиозност, страх, узнемиреност, туга или други емоционални поремећаји, без пратње физичке повреде, нису надокнадиви по члану 17. Конвенције.

## 2. Психичке повреде праћене физичким повредама

**а)** Психичке повреде проузроковане физичком повредом

У случају Ehrlich v. American Airlines[27] путници су евакуисани из авиона при слетању и морали су да скоче са висине 6–8 метара на земљу. Путници су тврдили да су претрпели не само телесне повреде, него и психичке, страх од летења, ноћне море, проблем са спавањем. Заузет је став према коме психичке повреде (страх, анксиозност, поремећај спавања…), које нису последица, резултат физичке повреде (повреде колена, леђа…) не дају право на накнаду у захтеваном обиму, него само у мери која је последица претрпљене физичке повреде.

У случају Jack v. Trans World[28] након неуспелог полетања, авион се запалио а пожар у авиону је изазвао и телесне и психичке повреде путника. Суд је у овом случају разликовао телесне повреде "impact injuries" (модрице, посекотине, преломе), физичке манифестације психичке повреде "physical manifestations" (физичке манифестације су телесне повреде или болести: осип на кожи, срчани напади који произилазе из несрећног случаја) и емоционалну узнемиреност, "emotional disress", која се односи на психичке трауме настале због несрећног случаја. За прве две повреде, дакле телесне повреде и физичке манифестације, суд је сматрао да није спорно да се надокнађују по члану 17. Што се тиче психичких повреда, мора да постоји и физичка повреда која има везе са насталом психичком повредом (није могућа накнада штете ако постоје психичка и физичка повреда које нису у узрочној вези).

У Case Longo v. Air France (No 95CV0292,1996 WL 866124(S.D.N.Y. 1966)) путник је у експлозији избачен из авиона и преживео физичке повреде али и стекао PTSP и добио је накнаду и за телесну повреду и за PTSP.

[26] 5Air France v. Teichner, 39 Revue Francais de Droit Aerin 232, 23Eur.Tr.L 87 (1984))

[27] 5360 F.3rd 366(2nd Cir.2oo4)

[28] Inc., 854 F. Supp.654(N.D. cal 1994)

Судови су у овим случајевима тумачили да психичка повреда која проистиче из физичке повреде (али не из несрећног случаја) може да се накнади по члану 17. Нпр. путник може да добије накнаду за претрпљени страх, јер је сломио ногу у несрећном случају, али не због самог претрпљеног страха од несрећног случаја. Ово тумачење је у складу са case Floyd.

Било је и пресуда које су давале право на накнаду штете за психичке повреде ако је постојала и физичка повреда, без услова да психичка повреда мора бити последица физичке повреде. Било је довољно постојање психичке и физичке повреде без узајамне везе. Case 954F.Supp.175, 178-7g (N.D.1997, Aircrash Disaster Near Roselawn In on 31 okt 1994 Slucaj Roselaw 1994) где је дата накнада штете за психичку повреду (страх од наступајуће смрти), наглашавајући да је битна "каузална веза између несреће и претрпљене штете".[29] Ова пресуда је критикована у стручним круговима, сматрајући да психичке повреде морају да проистичу из физичких које су настале као последица несреће. Инсистирање на повезаности психичке и физичке повреде претежно је практичне природе, како би се избегле злоупотребе лажним пријављивањем потраживања за посттрауматски стрес.

Следеће значајно питање које се поставља јесте да ли је повезаност психичке и физичке повреде услов и у случају кад је несрећни случај довео до смрти путника. Да ли наследници имају право да, у случају смрти путника, осим накнаде за смрт, траже и накнаду за претрпљени психички бол путника, који је он свакако преживео непосредно пред смрт.

Судска пракса показује да су у неким случајевима амерички судови рутински надокнађивали штету за психички бол који је претрпео погинули путник.

Сличан став је и у случају Inflight Explosion on Trans World Airlains, у коме је путник погинуо, јер је терористичка бомба била постављена под његово седиште. Суд је досудио накнаду за психички бол у износу од 85.000 долара.[30]

**б)** Физичке повреде проузроковане психичким повредама

Потребно је правити разлику између психичких повреда које настају из и као последица физичких повреда задобијених у несрећном случају од психичких повреда које су директно изазване несрећним

[29] 54 F.Supp. 175, 178-79 (N.D. Ill.1997)

[30] 778 F.Supp. 625, 626-27 (EDNY 1991), rev'd on other grounds, 975 F.2d 35 (2d Cir.1992).

случајем и често изазивају PTSP синдром. PTSP синдром је облик психолошких последица излагања стресним доживљајима који укључују смртну опасност, озбиљне физичке повреде или претњу психичком или физичком интегритету, које лице доживљава крајње трауматично.

Било је случајева када је емоционални стрес био каузална веза између несрећног случаја и телесне повреде.

У случају King v. Bristow[31] хеликоптер је полетео са плутајуће платформе на Северном мору по лошем времену. Током лета два мотора су отказала и хеликоптер је принудно слетео уз дим и панику путника. Путник Кинг се искрцао без физичких повреда али се накнадно развио PTSP као резултат несрећног случаја, а као последицу овог синдрома добио је чир на желуцу. Дом лордова је закључио да, уколико путник може да докаже да је PTSP изазвао физичку, телесну промену или да је психичко стање директан узрок физичких промена у структури мозга (нпр. депресија као последица несрећног случаја може да изазове физичке промене у структури мозга), онда је могућа накнада штете по члану 17. Конвенције.

У случају када је петнаестогодишња девојка путовала на ноћном лету током ког ју је путник сексуално узнемиравао (није била физички повређена, али је доживела психичку трауму, а као последица тога констатована јој је клиничка депресија која ју је чинила физички дисфункционалном), суд је досудио накнаду штете по члану 17. јер је психички поремећај изазвао физичку повреду.[32]

У случају Alvarez v. American Airlines and Carey v. United Airlines 2000, одбијен је захтев путника за накнаду штете због психичке и емоционалне повреде, јер физичке манифестације његовог PSTS-а (убрзан рад срца, повишен притисак) последица су емоционалне трауме која није изазвана физичком повредом. Заузет је став да психички поремећаји који не могу да се повежу са физичким повредама насталим несрећним случајем не могу да се надокнаде по члану 17. Конвенције.

У правној теорији се сматра да су ови случајеви накнаде штете за психичку повреду (PTSP) која је проузроковала физичку отворили Пандорину кутију, јер је психичка повреда и њена повезаност са физичком тешко доказива (да ли је губитак тежине последица PTSP-а, како доказати физичке промене на мозгу као последицу PTSP-а...). Има мишљења да ове штете не би требало да се надокнађују, иначе би била могућа на-

[31] Case King v. Bristow Helicopters LTD, 2002, UK HL 7.

[32] Case Morris v. KLM Royal Dutch Airlines (2001 WL 483072 CIV DIV 2001)

кнада за страх који је путник претрпео због турбуленције, а тај страх је довео до наглог скока притиска срца (види Case Alwarez v. American Airlines.)[33] У овом случају одбијен је захтев путника за накнаду штете због психичке и емоционалне повреде, јер физичке манифестације његовог PTSP-а (убрзани рад срца, повишени притисак) последица су емоционалне трауме која није изазвана физичким повредама.

У Case Weaver v. Delta Airlines INC.1999[34] путник је тражио накнаду штете за хронични PTSP због принудног слетања авиона. У лекарском извештају наведено је да су настале биохемијске реакције које су утицале на неуролошки систем путника. Суд је нашао да је PTSP изазвао физичке промене на мозгу, а то је телесна повреда за коју се даје накнада према члану 17. У САД-у има случајева када судови досуђују накнаду за PTSP који се манифестовао као физичка повреда, макар она била невидљива, као што је оштећење мозга.

Требало би се држати случаја Foyd и правила да путници не могу да добију накнаду по члану 17. за чисто психичке повреде.

Већина америчких и британских судова заузимају став да нема накнаде штете за психичку повреду ако није у вези са физичком, односно потребно је да је психичка повреда последица физичке. Мањи број судова сматра да је могућа накнада PTSP-а када он проузрокује физичке повреде (телесне повреде).

Време ће показати у којој мери ће судови јединствено тумачити члан 17. Чињеница је да проблем недовољно јасне формулације члана 17. Варшавске конвенције није решен ни у Монтреалској конвенцији, па је судска пракса остала пред истим изазовима.

Монтреалска конвенција задржава овај појам "телесна повреда". Историја израде ове међународне конвенције показује да је постојала идеја за проширење овог појма и елементом психичке повреде.

На дипломатској конференцији на којој је усвојена Монтреалска конвенција нису били јединствени ставови о томе да ли треба ширити појам "телесна повреда".

Амерички правници сматрају да сама психичка повреда, без проузроковања физичке повреде, може бити предмет накнаде штете. САД је у току израде Монтреалске конвенције тражио да се уведе појам надокнада штете за душевни бол без пратеће физичке повреде, и мада је

[33] WL 145746S.D.N.Y 2000.

[34] 56F.Supp. 2d 1190.

у тој фази овај предлог наишао на већинску подршку, у коначном тексту Монтреалске конвенције задржан је појам телесне повреде из Варшавске конвенције

У току рада на доношењу Монтреалске конвенције француски делегати су изнели став да појам "lesion corporell" треба тумачити тако да покрива и физичке и психичке повреде.[35]

Већина је била за то да се појам телесна повреда тумачи шире, али да укључи психичке повреде које су настале као последица физичке повреде.

Могло би се рећи да је задржавање појма "телесна повреда" схваћено тако да је могућа накнада и психичке повреде ако је она последица физичке повреде, телесне повреде. Детаљна анализа преговора који су претходили изради Монтреалске конвенције показују да су се размишљања кретала од традиционалних, по којима појам "телесна повреда" треба буквално тумачити, преко супротних (Француска) да појам телесна повреда укључује и психичке повреде без условљавања везе између ових двеју, па до средњег решења по коме појам телесна повреда обухвата и душевне, али само ако су последица физичких повреда.

Препорука је да се приликом тумачења овог члана води рачуна и о мишљењима која су постојала у изради коначне верзије текста и да се тумачи као последњи став, што је и претежно мишљење у судској пракси.

Став по коме је члан 17. Варшавске и Монтреалске конвенције ограничен на "телесну повреду" коригован је судском праксом. Неки судови су либерално тумачили израз телесна повреда, па је различита судска пракса претила да наруши једнообразну примену конвенција. Судске пресуде које су у примени Конвенције шире тумачиле овај појам, укључујући у њега и психичке повреде, ипак су биле спорадичне.

У вези са проблемом одређивања појма телесна повреда важно је видети како је то регулисано у железничком праву. У члану 26 JP CIV став 1. предвиђено је: „Железница је одговорна за штету насталу услед смрти, рањавања или сваке друге телесне или душевне повреде путника, проузрокованих неким удесом у току превоза железницом, који се десио док се путник налазио у колима, улазио или излазио из кола". У даљем тексту се говори о штетама у случају смрти путника (члан 27JP CIV), штетама у случају повреде путника (члан 28), и о накнади друге штете,

[35] McKay Cunningham, Arizona Summit Law School,2008 VANDERBILT JOURNAL OF TRANSNATIONAL LAW Vol. 41:1043, The Montreal Convention: Can Passengers Finally Recover For Mental Injuries? http://works.bepress.com/mckay_cunningham/1.

нарочито за душевну и физичку штету (pretium doloris) као и због естетских оштећења (члан 29).

Интересантно је да је у железничком превозу предвиђа појам "повреда путника" као врста штете за коју се одговара. У члану 28. набројане су штете које су настале рањавањем или свака друга телесна или психичка повреда путника. У ЈР CIV не одређује се шта се сматра рањавањем или телесном односно психичком повредом. Ипак је, према општем мишљењу,[36] потребно да је, кад је реч о рањавању, настала спољна промена на телу. За сваку телесну повреду није потребно да је настала и нека спољна промена на телу, а није услов ни да је телесна повреда повезана са болом. Појам психичке повреде је широк и он обухвата нарочито психогене реакције, посттрауматске неурозе итд.[37]

У ЈР CIV регулисане су само повреде путника а не других лица. Нпр. накнада због штете која је настала јер је сродник доживео шок на вест о несрећном случају путника не потпада под одредбе ЈР CIV.[38]

Далеко прецизнија подела штета извршена је у железничком саобраћају, при чему се појам повреде користи јасно указујући да је реч и о телесним и психичким повредама.

Разлог зашто је остао појам смрти и телесне повреде у ваздушном саобраћају лежи вероватно у томе што је ужа систематизација штета уведена у време субјективне одговорности, па је остала као лакша и погоднија за превозиоце и приликом увођења објективне одговорности.

[36] Mutz G., *Die Haftung der Eisenbahn fur Totung und Verletzung von Reisenden im internationalen Eisenbahpersonenverkehr nach dem Zusatzubereinkomen zur CIV*, Wien, 1977, стр. 129.

[37] Д Ђурђев, *Одговорност железничког превозиоца*, Београд 1987, стр. 184.

[38] Mutz G., *Die Haftung der Eisenbahn fur Totung und Verletzung von Reisenden im internationalen Eisenbahpersonenverkehr nach dem Zusatzubereinkomen zur CIV*, Wien, 1977, стр. 129.

**Dušanka Đurđev, Ph.D. Full Professor**
**Novi Sad, Faculty of Law**

## CARRIER LIABILITY FOR POST-TRAUMATIC STRESS

***Abstract:*** *In order to recover for any injuries that take place during an international flight, the Montreal Convention has a threshold requirement of a "bodily injury." If the passenger does not sustain a bodily injury, the passenger will not be entitled to recover any damages against the airline. Even though the Montreal Convention provides for the recovery of any bodily injuries sustained in an aviation accident, the same is not necessarily true for emotional harm damages, such as depression or post-traumatic stress disorder*

***Key words:*** *carrier liability, death or injury of passengers, Posttraumatic stress disorder*

УДК 347.7

# ИНВЕСТИЦИОНИ СПОРОВИ НА ОСНОВУ УГОВОРА О ЕНЕРГЕТСКОЈ ПОВЕЉИ

**Проф. др Маја Станивуковић**
**Проф. др Сања Ђајић**

Уговор о енергетској повељи (у даљем тексту: Уговор)[1] је међународни споразум потписан децембра 1994. године у Лисабону у таласу отопљавања у односима између источноевропских и западноевропских држава по престанку Хладног рата. На састанку Европског савета у Даблину 25. јуна 1990. године, холандски премијер Руд Луберс изнео је предлог за оснивање Европске енергетске заједнице, како би се обезбедила нова економска сарадња Истока и Запада и поспешио опоравак бивших комунистичких земаља, укључујући и бивши Совјетски Савез.[2] Луберс је истакао да су циљеви ових блокова комплементарни јер источне државе имају богате природне изворе енергије, а западне државе технологију, вештину пословања и инвестициони капитал. Предлог је прихваћен и државе чланице су задужиле Европску комисију да га операционализује, што је она и учинила наредне године издавањем саопштења у коме је предложила потписивање Европске повеље о енергији.[3] Европски савет је у јулу усвојио текст Повеље и послао га заинтересованим државама. Сазвана је међународна конференција, 15. јула, на којој је учествовало више од 50 држава ОЕЦД-а, Источне Европе и Заједнице независних држава. Преговори су се наставили и после конференције и окончани су потписивањем Енергетске повеље 17. децембра 1991. године у Хагу.[4]

[1] Енг: *The Energy Charter Treaty,* скраћено: ECT.

[2] Ruud Lubbers, *Memorandum to create a European Energy Community*, June 1990.

[3] *European Energy Charter. Communication from the Commission. COM (91) 36 final, 14 February 1991*.

[4] Европска енергетска повеља (*the European Energy Charter*) усвојена је потписивањем завршног документа од стране педесет две државе учеснице, Европске уније и Евратома, на конференцији одржаној у Хагу 16–17. децембра 1991. године. До данас, Повељу су потписале шездесет две државе. http://www.encharter.org/ [26 July 2014].

Повеља је представљала политички документ који је обележио почетак трогодишњих интензивних преговора о закључењу међународног уговора којим би се обезбедио правни оквир за реализацију инвестиција у енергетском сектору и за заштиту улагача од неправичног третмана и екпропријације.

Када је текст коначно усаглашен и потписан, захтевао је чак тридесет ратификација у националним парламентима да би ступио на снагу. Ипак, то се десило релативно брзо, већ 16. априла 1998. године. До данас Уговор о енергетској повељи ратификовало је четрдесет седам држава, Европска унија и Евратом.[5] Међу државама уговорницама из нашег региона су: Албанија (Уговор ступио на снагу 13. маја 1998. године), Босна и Херцеговина (Уговор ступио на снагу 15. августа 2001. године), Македонија (Уговор ступио на снагу 25. јуна 1998. године), Словенија (Уговор ступио на снагу 16. априла 1998. године) и Хрватска (Уговор ступио на снагу 16. априла 1998. године). Србија и Црна Гора нису потписале ни ратификовале Уговор, али су потписале Повељу, што се сматрало за први корак ка приступању.[6] Једна од потписница Уговора о енергетској повељи и уједно једна од две државе које су прихватиле његову привремену примену, пре ратификације, била је и Руска Федерација (друга је Белорусија). Али, 20. августа 2009. године, Руска Федерација је званично одустала од ратификације.[7] У инвестиционим споровима који су касније поведени против ње, поставило се питање да ли Уговор и даље важи у погледу улагања која су била извршена за време привремене примене.[8] Од земаља које су значајни произвођачи енергије

[5] Статус ратификација може се проверити на веб-сајту Секретаријата овог међународног уговора: Energy Charter Secretariat, Status of Ratification of The Energy Charter Treaty as of June 2013. http://www.encharter.org/ accessed on 1 December 2010.

[6] Видети вест: Република Србија на корак од пуноправног чланства у Енергетској повељи. Прес служба Владе Републике Србије, 29. април 2009. године. Збирка Параграф Лекс. Мада за Србију на сајту Секретаријата у вези са Уговором о енергетској повељи пише: *accession pending* (приступање у току), колико нам је познато пред Скупштином се не налази предлог за ратификацију овог уговора.

[7] Тог дана Руска Федерација је званично обавестила депозитара да не намерава да постане држава уговорница Уговора о енергетској повељи. Према члану 45, став 3(а) Уговора, привремена примена Уговора на коју се Руска Федерација обавезала престаје истеком 60 календарских дана од дана пријема обавештења. Видети: Energy Charter Secretariat, Status of Ratification of The Energy Charter Treaty as of June 2013. О разлозима због којих се Руска Федерација одлучила на овај корак видети код: R. Götz, Russian Gas and European Energy Sector, SWP Research Paper, German Institute for International and Security Affairs, Berlin, 2007, pp. 17–18.

[8] S. Djajić, "Provisional Application of Treaties: Critical Assessment of the Rule and International Investment Awards", in: *Harmonisation of Serbian and Hungarian Law with the EU law* (ed. Ranko Keča), Szeged - Novi Sad, 2014, стр. 339–362.

и потписале су Повељу, али нису ратификовале Уговор о енергетској повељи, могу се поменути и Аустралија, Канада, Норвешка и САД.

Нема сумње да је Уговор о енергетској повељи важан регионални мултилатерални међународни уговор и тренутно једини који се посебно бави инвестицијама у сектору енергетике.[9] Правна литература о тумачењу одредаба овог инструмента већ је добила позамашан обим,[10] а још више ће се ширити како његов значај у пракси буде растао.[11]

Првобитно, Енергетска повеља је требало да постане међународна правна и политичка основа за страна улагања у сектору нафте и гаса у државама бившег Совјетског Савеза, као и да побољша снабдевање Западне Европе енергијом.[12] Делом је била и резултат бриге о безбедности нуклеарних електрана у Централној и Источној Европи и у Заједници независних држава.[13] Касније, преговарачи су се споразумели да ће основни споразум, који је у међувремену променио назив у Уговор о енергетској повељи, обухватити и друге гране енергетике, а не само улагања у сектор нафте, гаса и нуклеарних електрана. Према члану 2, циљ Уговора је да се установи „правни акт који ће омогућити дугорочну сарадњу у области енергетике, засновану на комплементарности и на узајамној користи, у складу са циљевима и начелима Повеље". Он према томе обухвата страна улагања у производњу свих врста енергије, као и трговину енергетским сировинама и производима и њихов транзит, уз одређене изузетке. То је дакле један сложен међународни документ веома широке примене, намењен за прекогранична улагања и трговину у енергетском сектору у Евроазијском региону.[14]

[9] A. Turinov, "'Investment' and 'Investor' in Energy Charter Treaty Arbitration: Uncertain Jurisdiction", *Arbitration International*, 1-23 (2009), p. 3; E. Sussman, "The Energy Charter Treaty's Investor Protection Provisions: Potential to Foster Solutions to Global Warming and Promote Sustainable Development", *ILSA Journal of International & Comparative Law*, Vol. 14 No. 2, 391–404 (2008), p. 398.

[10] М. Станивуковић, „Спорови између државе и улагача у вези са страним улагањима у сектору нуклеарне енергије – преглед два случаја настала под окриљем Повеље о енергији", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, т. 45, бр. 3, стр. 253–298, 2011; Цветковић, Ж. Димитријевић, „Систем решавања спорова у оквиру правила Повеље о енергији", *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 64, стр. 125–138, 2013; Б. Лепотић-Ковачевић, „Уговор о енергетској повељи као инструмент за сигурност инвестиција у области енергетике", *Право и привреда*, т. 44, бр. 5-8, стр. 293–303, 2007.

[11] T.W. Wälde, *The Energy Charter Treaty, An East-West Gateway for Investment and Trade*, Kluwer Law International 1996; C. Ribeiro, ed. *Investment Arbitration and the Energy Charter Treaty*, Juris Publishing 2006.

[12] T.W. Wälde, "International Energy Investment", 17 *Energy Law Journal*, 191–215 (1996), p. 213.

[13] N. Hornbach, "Nuclear Protocol of the Energy Charter Treaty", *Journal of Energy and Natural Resources Law*, Vol. 13, 1995, 163–177, p. 163.

[14] Детаљно објашњење уговора на енглеском језику може се наћи у следећем документу: Energy Charter Secretariat, Reader's Guide to the Energy Charter Treaty, http://www.encharter.org/

## Заштита страних улагања у сектору енергетике

Један од примарних циљева Уговора је да заштити улагаче и улагања у сектору енергетике.[15] Они се штите од некомерцијалних, односно политичких ризика који се могу манифестовати у различитим облицима државног мешања или пак у нечињењу државе на штету страног улагача.[16]

Трећи део Уговора, под насловом „Унапређење и заштита улагања" садржи правне норме о третману улагања и заштити улагања од експропријације и других некомерцијалних ризика. Ове норме, садржане у члановима 10–17, сматрају се темељним одредбама Уговора.[17] Оне уређују ситуацију када улагач из једне државе уговорнице изврши улагање на територији друге државе уговорнице.

Разликују се две фазе: прединвестициона и постинвестициона, на основу чињенице да ли је улагање већ извршено или тек треба да буде извршено.[18] Обавезе државе домаћина у прединвестиционој фази дефинисане су у члану 10, у ставовима 2–6, као и првом реченицом става 1. Свака држава уговорница се обавезује да ће „охрабривати улагања улагача из других држава уговорница и стварати стабилне, правичне, повољне и јасне услове за њихову реализацију на сопственој територији". Када је у питању „извршење улагања на њеној територији", свака држава уговорница има обавезу да „уложи напоре" (*shall endeavour*) да пружи улагачима из других држава уговорница национални третман или третман најповлашћеније нације, који год да је од ових третмана повољнији за улагача. Због карактеристичне формулације, сматра се да ова одредба нема карактер утуживе међународне обавезе („*soft provision*"[19]). Било је планирано, као што се види из члана 10, става 6, да се пуна заштита улагача прошири и на прединвестициону фазу закључењем допунског уговора, али до тога није дошло.[20]

[15] Ibidem, p. 331.

[16] Ibidem, p. 340.

[17] K. Hobér, "Investment Arbitration and the Energy Charter Treaty", 1(1) *Journal of International Dispute Settlement*, 153-190 (2010), доступно на адреси: http://jids.oxfordjournals.org/content/1/1/153.full.

[18] Energy Charter Secretariat: The Energy Charter Treaty and Related Documents, Introduction, p. 14. Видети такође: T.W. Wälde, International Energy Investment, p. 213; K. Hobér, *op. cit.*

[19] K. Hobér, *op. cit.*

[20] О разлозима који су спречили закључење допунског Уговора, видети S. Elshihabi, "The Difficulty Behind Securing Sector-Specific Investment Establishment Rights: The Case of the Energy Charter Treaty", 35 *International Lawyer* 137 (2001), pp. 148–155.

С друге стране, када је улагање извршено, држава домаћин стиче међународну уговорну обавезу да пружи том улагању национални третман или третман најповлашћеније нације, у зависности од тога који је од ова два третмана повољнији. Такав третман односи се на „улагања улагача из других држава уговорница и на њихову делатност у вези са улагањем, као што је управљање улагањем, његово одржавање, употреба, уживање његових плодова и располагање улагањем“ (члан 10, став 7). Ова обавеза је утужива, а правна заштита се остварује коришћењем поступка решавања спорова предвиђеног у петом делу Уговора.

Ова разлика у начину регулисања двеју фаза може се показати битном ако је улагач потрошио значајне суме припремајући очекивано улагање, које се касније ипак није остварило. Питање је да ли су овакви трошкови надокнадиви у оквиру поступка за решавање спорова предвиђеног Уговором. У пракси није увек лако разграничити прединвестициону од постинвестиционе фазе, што може само по себи изазвати спорове.

Једном када је Уговор ступио на снагу и када је улагање извршено, држава домаћин се веома тешко може ослободити обавеза које настају из њега. Иступање из Уговора могуће је тек када протекне пет година од датума када је Уговор ступио на снагу за дату државу уговорницу (члан 47, став 1). Када се пошаље нота о иступању, она ступа на снагу тек по истеку годину дана од пријема од стране депозитара (члан 47, став 2). Сва улагања која су извршена у периоду важења уговора (дакле и току године која следи после слања ноте) заштићена су и даље јер одредбе Уговора настављају да се примењују на та улагања још двадесет година од иступања (члан 47, став 3). То је довољан период за амортизацију и највећих улагања, па можемо рећи да улагачи овим инструментом добијају заштиту од некомерцијалних ризика током целокупног трајања њиховог пословног подухвата.

Поред тога што ће Уговор важити за државу домаћина чак двадесет година након што је из њега иступила, Уговор може производити пуно правно дејство и пре ратификације уколико држава није изричито искључила привремену примену приликом потписивања. Чак и престанак привремене примене (која по Уговору истиче 60 дана након давања изјаве о намери да се уговор не ратификује)[21] може бити једнак иступању,

[21] Члан 45, став 3(а) Уговора.

те обезбедити примену Уговора у целини за период од 20 година.[22] О овоме сведочи пример Руске Федерације која се, иако никада није ратификовала Уговор, нашла као тужена у неколико спорова који су покренули акционари Јукоса због повреде Уговора.[23] Надлежност арбитражних судова и одговорност Русије установљена је на основу привремене примене која је наступила захваљујући потписивању овог међународног уговора.[24] Резултат тих спорова је највећа досуђена одштета у историји инвестиционе арбитраже у износу од 50 милијарди америчких долара.

## Заштићено улагање и заштићени улагач (члан 1, став 6)

Заштита предвиђена у трећем делу Уговора припада само улагању дефинисаном у Уговору које је извршио улагач такође дефинисан у Уговору.[25] Дефиниција појма (страног) улагања дата је у члану 1, ставу 6. Она почиње са широком формулом „све врсте средстава“ (*every kind of asset*) на којима улагач има својину или које директно или индиректно контролише, после које следи набрајање шест врста таквих средстава, примера ради. Затим се, у другом ставу, прецизира да промена облика улагања не утиче на његов карактер, и одређује се временска примена Уговора (*ratione temporis*). Он се примењује на сва улагања без обзира на то да ли су већ постојала у време његовог ступања на снагу за инволвиране државе или су тек касније извршена, с тим да је његова примена ограничена само на питања (радње и пропуштања) који утичу на таква улагања после дана ступања на снагу (*matters affecting such investments after the Effective*

[22] „Према члану 45, став 3(б) Уговора, обавезе у вези са инвестицијом, укључујући и обавезу да се спорови реше арбитражом..... остају на снази у периоду од 20 година после дана окончања привремене примене. У случају Руске Федерације ово значи да све инвестиције које су учињене у Русији пре 19. октобра 2009. и даље уживају заштиту Уговора у периоду од 20 година, тј. до 19. октобра 2019. Према томе, арбитражни суд сматра да привремена примена Уговора, укључујући и привремену примену члана 26 у овом случају, обезбеђује основ за надлежност арбитражног суда у погледу тужбеног захтева.“ *Veteran Petroleum Limited (Cyprus) v. The Russian Federation*, PCA Case No. AA 228, UNCITRAL, Одлука о надлежности од 30. новембра 2009. године, пасус 339.□

[23] Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v. The Russian Federation, PCA Case No. AA 226, UNCITRAL; Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation, PCA Case No. AA 227, UNCITRAL; Veteran Petroleum Limited (Cyprus) v. The Russian Federation, PCA Case No. AA 228, UNCITRAL.

[24] Одлуке о надлежности у сва три предмета донете су истог дана, 30. новембра 2009, док су одлуке у меритуму донете 18. јула 2014. Одлуке су доступне на: http://pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1599

[25] За детаљну анализу ових појмова дефинисаних у Уговору видети: A. Turinov, “’Investment’ and ‘Investor’ in Energy Charter Treaty Arbitration: Uncertain Jurisdiction“, *op. cit*.

*Date*). На крају, трећи став садржи ограничење појма на улагања која су везана за привредну делатност у енергетском сектору и на улагања или врсте улагања које је држава уговорница одредила на својој територији као „пројекте ефикасности обухваћене Повељом“ и о томе обавестила Секретаријат.

У предмету АМТО против Украјине (*AMTO v. Ukraine*)[26], тужена држава поднела је приговор ненадлежности због тога што се акције тужиоца у привредном друштву ЕЈУМ-10 (EYUM-10) нису могле сматрати улагањем у смислу члана 1, става 6 Уговора, јер нису биле „везане за привредну делатност у енергетском сектору“. Друштво ЕЈУМ-10 имало је низ уговора са нуклеарном електраном ЗАЕС о пружању техничких услуга, као што су радови на електричним инсталацијама, поправке и реконструкција електране, а пружање техничких услуга по мишљењу тужене није било обухваћено наведеном дефиницијом.[27] Арбитражни суд је одбио приговор.[28] Ради тумачења овог услова, Арбитражни суд се позвао на дефиницију „Привредне делатности у енергетском сектору“ из члана 1, став 5 Уговора, као и на Закључак бр. 2 (*Understanding No. 2*) Завршног акта конференције о тумачењу овог става.[29] Арбитражни суд се сложио са туженом да обичан уговорни однос са произвођачем енергије није довољан основ за пружање заштите на основу Уговора ако предмет уговора није у функционалној вези са енергетским сектором. Међутим, у конкретном случају, друштво ЕЈУМ-10 пружало је услуге које су биле у директној вези са производњом електричне енергије током дугог временског периода. Због тога се може сматрати да су акције тужиоца АМТО-а у друштву ЕЈУМ-10 представљале улагање у вези са привредном делатношћу у енергетском сектору.[30]

О проблему постојања инвестиције расправља се и у одлуци Стокхолмског арбитражног института у предмету Петробарт против Киргизије (*Petrobart Ltd v. The Kyrgyz Republic*).[31] Тужилац је закључио уговор са киргиским државним предузећем којим се обавезао да ће туженом продати и испоручити, у више узастопних испорука, 200.000 тона

[26] *AMTO v. Ukraine*, Institute of the Stockholm Chamber of Commerce Arbitration № 080/2005, Award, 28 March 2008, предмет је доступан на: http://www.encharter.org/

[27] Ibidem, пасус 40.

[28] Ibidem, пасус 39.

[29] Ibidem, пасус 38.

[30] Ibidem, пасус 43.

[31] *Petrobart Limited v. The Kyrgyz Republic*, Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, Arbitration No. 126/2003, Award, 29 March 2005.

кондензата издвојених из природног гаса. Уговором о продаји била је предвиђена обавеза уговорних страна да наставе преговоре ради даље пословне сарадње и уговарања даљих испорука гаса. Међутим, до наставка преговора није дошло јер је државно предузеће пало у доцњу са плаћањем извесних количина испорученог кондензата, па је испоручилац покренуо спор за накнаду штете против Киргизије на основу Уговора о енергетској повељи. Тужена држава је, између осталог, у своју одбрану истакла аргумент да у конкретном случају не постоји страно улагање у смислу Уговора и киргиског права. Што се тиче уговора о продаји, арбитри су стали на становиште да он сам по себи не представља улагање, али да права и новчана потраживања која проистичу из њега могу представљати средства, односно улагање у смислу Уговора. Арбитражни суд се ради тумачења појма улагања позвао на члан 1 став 6, који као један од примера улагања наводи и:

„(ц) новчана потраживања и захтеве за испуњење на основу уговора који има економску вредност и везан је за Улагање."

Истакавши циркуларност ове дефиниције (појам улагања одређује се тако што се каже да новчано потраживање и захтев за испуњење треба да буду у вези са улагањем), арбитри су у сумњи посегнули и за другим примером који се наводи у истом ставу:

„(ф) свако право дато на основу закона или уговора или на основу лиценци и дозвола издатих на основу закона да се обавља свака Привредна делатност у енергетском сектору."

Полазећи од врло широке дефиниције привредне делатности у енергетском сектору, дате члану 1, ставу 5, арбитражни суд је закључио да уговор о продаји кондензата представља продају „енергетских сировина и производа" која је обухваћена дефиницијом, те да права на основу таквог уговора представљају заштићену инвестицију у смислу тачке (ф).

За разлику од већине билатералних уговора о заштити инвестиција, који прописују да инвестиција мора бити учињена у складу са домаћим прописима, такав услов не постоји у Уговору. То не би требало да значи да Уговор штити незаконите инвестиције. Услов законитости прихваћен је у арбитражној инвестиционој пракси у погледу начина стицања инвестиције – ако је инвестиција стечена незаконито она неће уживати заштиту предвиђену међународним правом. Ипак, пропуст да се уведе услов законитости у Уговор може да минимализује значај домаћег права приликом решавања спора, нарочито зато што се домаће право не

помиње ни у одредби која одређује меродавно право за решавање спорова.[32]

У спору Плама против Бугарске (*Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*),[33] који је покренут на основу Уговора пред ИКСИД-ом, поставило се питање законитости стечене инвестиције. Тужиоци су стекли инвестицију изношењем нетачних података у поступку приватизације и тако довели сауговарача у заблуду. Тужени је тврдио да је тужилац пропустом да обавести Бугарску о променама у саставу конзорцијума као купца, и о томе прибави сагласност Бугарске, како је прописано бугарским правом, поступио супротно императивним прописима, услед чега је уговор о куповини ништав. Тужени је тврдио да је инвестиција стечена незаконито, односно супротно праву Бугарске, те се зато не може сматрати инвестицијом у смислу члана 1, става 6 Уговора.[34] Иако се арбитражни суд огласио надлежним, у меритуму је санкционисао незаконитост инвестиције. У погледу услова законитости као формалног услова за постојање инвестиције дефинисане Уговором, арбитражни суд је рекао следеће:

„За разлику од великог броја билатералних споразума о заштити улагања, Уговор (ECT) не садржи одредбу која би захтевала усаглашеност инвестиције са домаћим правом. Ово ипак не значи да заштита коју пружа Уговор покрива све врсте инвестиција укључујући и оне које су супротне домаћем или међународном праву.“[35]

Арбитражни суд се даље позвао на званично уводно објашњење Уговора по којем је његов циљ јачање владавине права, те би прихватање инвестиције која представља повреду домаћег, али и међународног права, било супротно таквом циљу.[36] Арбитражни суд је идентификовао начело добре вере као правило међународног права које је овде повређено и позвао се на низ предмета из арбитражне праксе у којима је ово начело примењено.[37] Последица повреде законитости и начела добре вере била је ускраћивање заштите коју пружа Уговор и одбијање тужбеног захтева. Такође, супротно уобичајеној пракси у инвестиционој арбитражи по којој се трошкови поступка и заступања деле независно од исхода спора,

[32] Члан 27 став 6 Уговора.

[33] *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, ICSID Case No. ARB/03/24, Award, 27 August 2008.

[34] Ibidem, пасуси 98, 106.

[35] Ibidem, 138.

[36] Ibidem, 139–140.

[37] Ibidem, 141–142.

овде је тужиоцу било наложено да сноси у целини све трошкове. Тиме је додатно санкционисано поступање супротно начелу добре вере.

У једном другом предмету, Јуроп семент инвестмент против Турске (*Europe Cement Investment & Trade S.A. v. Republic of Turkey)*,[38] арбитражни суд је применио начело добре вере приликом оцене надлежности јер тужилац није могао да докаже да поседује акције предузећа које је наводно било оштећено и представљало предмет повреде Уговора о енергетској повељи. Пошто овде није постојала инвестиција у смислу Уговора, арбитражни суд се огласио ненадлежним. Начело добре вере је овде примењено у процесном смислу као злоупотреба права на тужбу. Арбитражни суд је без оклевања констатовао да се начело добре вере примењује и у контексту Уговора иако се оно нигде изричито не наводи: „У светлу свега наведеног, питање је да ли околности овог случаја представљају злоупотребу поступка? То је питање које је заступник туженог окарактерисао као питање од 'међународног јавног интереса'. У међународној инвестиционој арбитражи је прихваћено начело добре вере као начело међународног права које се примењује приликом тумачења и извршавања обавеза из међународних инвестиционих уговора. По мишљењу арбитражног суда, ово начело се једнако примењује и на спорове из Уговора о енергетској повељи."[39]

Међутим, изостанак услова законитости из појма инвестиције у Уговору није се у свим случајевима тумачило као у предмету Плама против Бугарске. У спору против Казахстана, на пример, арбитражни суд је такође приметио да Уговор не познаје услов законитости, али је закључио следеће: „Прво, арбитражни суд указује на то да Уговор о енергетској повељи не садржи овај услов. Заиста, да су државе уговорнице имале намеру да поставе овај услов оне би то и учиниле у писаној форми у тексту Уговора, као што је и речено у случају Саба против Турске који се водио пред ИКСИД-ом. Овакав закључак је оправдан тим пре имајући у виду изузетно детаљну дефиницију инвестиције као и друге појединости које су регулисане Уговором. Бар што се надлежности тиче арбитражни суд не види шта би био извор оваквог услова."[40] Касније у меритуму арбитражни суд ће закључити да поступци инвеститора нису били супротни праву Казахстана.[41]

[38] *Europe Cement Investment & Trade S.A. v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB(AF)/07/2, Award, 13 August 2009.

[39] Ibidem, пасус 171.

[40] *Anatolie Stati, Gabriel Stati, Ascom Group SA and Terra Raf Trans Traiding Ltd v. Kazakhstan*, SCC Arbitration V (116/2010), Award, 19 December 2013, пасус 812.

[41] Ibidem, 1093.

Као што је приказано, улагање је „свака врста средстава на којима Улагач има својину или које директно или индиректно контролише." Појам улагача је дефинисан у седмом ставу члана 1. На основу те одредбе, физичко лице као улагач мора бити држављанин државе уговорнице или имати стално боравиште (пребивалиште) у држави уговорници, док правно лице као улагач мора бити основано по праву државе уговорнице. На основу Закључка бр. 3 (*Understanding No. 3*) Завршног акта конференције о тумачењу члана 1, става 6, ако постоји сумња да ли улагач директно или индиректно контролише улагање, он сноси терет доказивања да контрола постоји.

Држава уговорница у одређеним случајевима може да ускрати права која проистичу из 3. дела Уговора правном лицу које номинално испуњава услове из седмог става члана 1. Такво право државе уговорнице предвиђено је у члану 17 Уговора, клаузулом која се назива „Ускраћивање погодности" (енг. *the Denial of Advantages/Benefits*).[42] Сврха ове одредбе је да се искључи заштита такозваних друштава „ташна-машна" (енг. *shell companies*, *mailbox companies*),[43] која су основана у држави уговорници само да би стекла статус држављанина државе уговорнице и заштиту на основу Уговора, а немају никакву истинску везу са том државом (енг. *nominal nationality*, *nationality of convenience*)[44]. На основу првог става члана 17, правном лицу се могу ускратити погодности „уколико је у својини или под контролом држављана треће државе – државе која није уговорница – и ако то правно лице не обавља значајну пословну делатност на територији државе уговорнице у којој је основано (*if that entity has no substantial business activities in the Area of the Contracting Party in which it is organized*). На основу другог става истог члана, погодности се могу ускратити и улагању које припада улагачу из земље са којом држава домаћин улагања не одржава дипломатске или економске односе.

У предмету AMTO против Украјине, тужени се позвао на клаузулу ускраћивања погодности из члана 17, става 1 Уговора, јер тужилац није доказао да није под контролом држављана треће државе, нити да има значајну пословну делатност у Летонији (земљи у којој је тужилац био регистрован). Установивши на основу поднетих доказа да је тужилац под контролом држављанина Руске Федерације,[45] арбитражни

[42] L. A. Mistelis, C. M. Baltag, "Denial of Benefits and Article 17 of the Energy Charter Treaty", у књизи: T. E. Carbonneau, A. M. Sinopole, *Building the Civilization of Arbitration, JCL Studies in Comparative Law*, Wildy, Simmonds & Hill Publishing, pp. 302–322.

[43] Ibidem, pp. 302, и 313–314.

[44] *AMTO v. Ukraine*, пасус 61.

[45] Ibidem, пасус 67.

суд се упустио у разматрање да ли тужилац има значајну пословну делатност у Летонији. Према тумачењу арбитражног суда, реч „значајна“ (енг. *substantial*) у контексту овог члана значи „материјална, а не само формална“ (енг. *of substance, and not merely of form*), а не значи да та делатност мора бити велика по обиму (енг. *large*). Полазећи од таквог тумачења и имајући у виду да је тужилац обављао одређене делатности у вези са улагањем из изнајмљених пословних просторија у Летонији и да је тамо запошљавао мањи број запослених, али на неодређено време, арбитри су дошли до закључка да се клаузула о ускраћивању погодности не може применити у односу на тужиоца, јер услови из члана 17, става 1 нису испуњени.[46]

Стандарди заштите страних улагања изложени у 3. делу Уговора о енергетској повељи једнаки су стандардима који се могу наћи у већини двостраних споразума о заштити и унапређењу улагања (БИТ-ова). Овим одредбама забрањује се да страно улагање буде предмет незаконите национализације, експропријације или мера са сличним дејством (члан 13), јемчи се слобода трансфера прихода од улагања (члан 14), гарантује му се правичан и поштен третман, пуна заштита и сигурност и међународни минимални стандард заштите (члан 10, став 1), као и национални третман и третман најповлашћеније нације (члан 10, став 7). Поред тога, у Уговор је унета и „кишобран клаузула“ (члан 10, став 1, која може бити искључена (члан 26, став 3(ц)).

### Заштита од недозвољене екпропријације (члан 13)

Суверенитет државе на сопственој територији и њено право да управља својим изворима енергије признати су у члану 18 Уговора и имају за последицу и право државе да експроприше и национализује приватну имовину, без обзира на то да ли та имовина припада домаћим или страним држављанима. Међутим, да би експропријација/национализација била у складу са Уговором, она мора испуњавати услове предвиђене у члану 13:

(а) да је извршена у јавном интересу;

(б) да није дискриминаторна;

(в) да је извршена у законитом поступку; и

(г) да је пропраћена исплатом промптне, одговарајуће и делотворне накнаде.

[46] Ibidem, пасуси 69 и 70.

Заштита улагача састоји се пре свега у његовом праву на промптну надокнаду тржишне вредности улагања, по вредности која је постојала непосредно пре експропријације, у конвертибилној валути и са каматом од датума експропријације.

Под насловом „експропријација" коју овај члан носи, улагање се штити не само од директне екпропријације и од национализације, него и од државних мера које имају исто дејство као национализација и експропријација. Оваква „индиректна експропријација" најчешће се појављује у тужбеним захтевима улагача, а доказује се у арбитражном поступку и утврђује арбитражном одлуком.[47] Међутим, када је у питању Уговор, дуго ни у једној одлуци није утврђено постојање експропријације на основу члана 13.[48] Од јула 2014. године то се променило, доношењем трију одлука у предмету Јукос, којима је тужиоцима досуђено више од 50 милијарди долара, због повреде члана 13 Уговора.[49]

## Заштита од губитака изазваних ратним сукобима и нередима (члан 12)

Међу некомерцијалним ризицима које прете улагањима у стране државе су избијање рата и других оружаних сукоба, ванредно стање, грађански рат и други слични догађаји. Држава на чијој се територији они догоде обично не може да их контролише, а у дугорочним уговорима они се регулишу клаузулом више силе. У складу с тим, држава домаћин није одговорна да плати накнаду штете коју улагач претрпи из таквих разлога. На основу Уговора, држава уговорница је дужна само да пружи улагачу из друге државе уговорнице једнак третман при додели накнаде, повраћају у пређашње стање и примени других решења које предвиђа за остале домаће и стране улагаче у истој ситуацији. Ако је део штете коју је улагач претрпео ипак изазван државним мерама интервенције које су једнаке експропријацији, а не спољним узроцима, као што се на први поглед чини, члан 12 упућује на примену члана 13 Уговора.

[47] Видети студију Секретаријата о експропријацији, у којој се анализирају не само одлуке донете на основу Уговора, већ и одлуке донете на основу БИТ-ова држава уговорница Уговора. Energy Charter Secretariat, *Expropriation Regime Under the Energy Charter Treaty,* 2012, p. 10. Доступно на адреси: http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/Publications/Expropriation_2012_ENG.pdf

[48] *Ibidem*, p. 15.

[49] Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v. The Russian Federation, PCA Case No. AA 226, UNCITRAL; Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation, PCA Case No. AA 227, UNCITRAL; Veteran Petroleum Limited (Cyprus) v. The Russian Federation, PCA Case No. AA 228, UNCITRAL. Одлуке у меритуму у сва три предмета донете су 18. јула 2014.

Када је штета настала услед државне реквизиције или када су уништење имовине изазвали државни органи или државне војне снаге у ванредним околностима, држава домаћин је на основу члана 12, става 2, дужна да улагачу из друге државе уговорнице исплати промптну, одговарајућу и делотворну накнаду или реституцију, као да је реч о експропријацији.

## Поштен и правичан третман, пуна заштита и безбедност и забрана дискриминације (члан 10, став 1)

Члан 10 у првом ставу предвиђа низ општих стандарда за третман страних улагања који обезбеђују повољне и стабилне услове за улагање. Свака држава чланица има обавезу да установи и да одржава такве стандарде на својој територији. Међу тим стандардима најважнији су поштен и правичан третман и „најсталнија" заштита и безбедност.

Ова два стандарда могу се често сусрести у БИТ-овима. Њихова садржина је неухватљива и веома зависи од конкретних околности случаја и од перцепције различитих арбитара о томе да ли су одређени поступци државних органа били оправдани или не.

Улагачи се често позивају на повреду првог стандарда када су у питању радње судова и органа управе државе домаћина. На други стандард се често позивају када изостане полицијска заштита од физичког уништења имовине проузроковано радњама трећих лица. Основно питање које се у таквим случајевима поставља јесте до које мере је држава дужна да гарантује сталну заштиту и безбедност у случају на пример демонстрација, побуна и јавних протеста. Да ли је она дужна да чини више но што обично чини ради заштите имовине домаћих власника на сопственој територији? Да ли ова клаузула страним улагачима гарантује ширу заштиту од оне коју имају на основу члана 13 (забрана експропријације)? У предмету Анатолиј Стати и други против Казахстана арбитражни суд је, тумачећи формулацију члана 10 става 1 Уговора у погледу сталне заштите и безбедности, закључио „да Уговор о енергетској повељи нуди много виши ниво заштите него већина БИТ-ова."[50]

Посебно питање је да ли пуна заштита и безбедност истовремено означава и заштиту од будуће промене прописа који могу негативно утицати на инвестицију. Да ли је овде реч о правној сигурности која би се мог-

[50] Anatolie Stati, Gabriel Stati, Ascom Group *SA* and Terra Raf Trans Traiding Ltd v. Kazakhstan, SCC Arbitration V (116/2010), Award, 19 December 2013, пасус 1233.

ла изједначити са стабилизационом клаузулом? У предмету АЕС против Мађарске[51] арбитражни суд је изричито одбацио овакву могућност: „По мишљењу арбитражног суда обавеза државе да обезбеди пуну заштиту и безбедност инвестиције је обавеза која се састоји у предузимању разумних мера заштите инвеститора (односно да му омогући да се он сам заштити) од напада трећих лица и/или државних органа. Али стандард сигурно не поставља објективну одговорност. Док у неким случајевима он може да означава и више од физичке заштите, он свакако не пружа заштиту од права државе (као што је овде то случај) да прописује и регулише на начин који може негативно утицати на тужиочеву инвестицију, под условом да су мере државе разумне у датим околностима и предузете ради постизања објективно рационалних циљева јавног интереса.“[52]

Трећи стандард који се помиње је забрана дискриминације. Држава домаћин не сме да спречава управљање улагањем, његово одржавање, употребу и уживање улагања, као ни располагање улагањем усвајањем неразумних или дискриминаторних мера. У предмету Најкомб синерџетикс против Летоније (*Nykomb Synergetics Technology Holding AB v the Republic of Latvia*), арбитражни суд је нашао да је Летонија прекршила обавезу недискриминације страног улагача јер је државно предузеће као дистрибутер плаћало другим произвођачима у истој ситуацији вишу откупну цену за електричну енергију. [53]

У предмету Петробарт против Киргизије арбитражни суд је сва три стандарда из става 1 члана 10 третирао као један – стандард правичног и поштеног третмана. У вези са тим је закључио: „Арбитражни суд сматра да није неопходно да анализира радње Републике Киргизије у односу на различите елементе става 1 члана 10 већ сматра да овај став у целини има за циљ да обезбеди поштен и правичан третман инвестиције.“[54] Такође, у предмету Стати против Казахстана, арбитражни суд је коментарисао да се обавеза пружања пуне заштите и безбедности и обавеза пружања поштеног и правичног третмана преклапају, „мада се може расправљати о томе до које мере се преклапају“[55].

[51] AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erömü Kft v. The Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/07/22, Award, 23 September 2010.

[52] Ibidem, пасус 13.3.2. (референце изостављене).

[53] *Nykomb Synergetics Technology Holding AB v the Republic of Latvia*, доступно на http://www.encharter.org/, p. 34.

[54] *Petrobart* v. *The Kyrgyz Republic,* SCC Case No. 126/2003, Award of 29 March 2005, p. 76.

[55] Anatolie Stati, Gabriel Stati, Ascom Group *SA* and Terra Raf Trans Traiding Ltd v. Kazakhstan, SCC Arbitration V (116/2010), Award, 19 December 2013, пасус 1256. Слично преклапање уочио је и арбитражни суд у арбитражној одлуци у предмету АМТО против Украјине, пасус 74.

Претпоследња реченица првог става члана 10 садржи обавезу државе уговорнице да на улагања из друге државе уговорнице примењује бар онај третман на који је обавезна по међународном праву или другом међународном уговору. У питању је клаузула којом се предвиђа такозвани минимални стандард заштите. Њено уношење је значајно јер се тиме појашњава да остале, претходно наведене клаузуле, предвиђају бољи третман и већу од минималног међународног стандарда. Позивање на третман предвиђен другим међународним уговором у другом делу реченице, значи да се у случају потребе повољнији стандарди заштите из других међународних уговора (на пример БИТ-ова), могу инкорпорисати у Уговор и применити на улагаче из других држава чланица. Тај део одредбе има слично дејство као клаузула најповлашћеније нације садржана у ставу 7 овог члана. Ова могућност позивања на друге повољније међународне уговоре даље је ојачана и чланом 16 Уговора који предвиђа предност у примени сваког претходног или каснијег међународног уговора који уређује исту материју као 3. и 5. део (третман улагача и улагања и решавање спорова), уколико су одредбе тог другог међународног уговора повољније за улагача.

Члан 14, став 1 који уређује трансфере новца у вези са улагањем, указује на то да државе уговорнице Уговора нису размишљале о досуђивању накнаде штете улагачима због повреде стандарда третмана наведених у првом ставу члана 10, јер се у њему помињу само плаћања која се односе на накнаде досуђене у складу са члановима 12 и 13. Но, без обзира што то није изричито предвиђено, тужиоци често наводе повреду првог става члана 10 као основ за тражење накнаде штете.[56] Исход по већини тужбених захтева није доступан јавности, али могу се навести бар четири предмета у којима је досуђена накнада због повреде првог става члана 10.[57] То не може да изненади, јер у споровима који настају из БИТ-ова који такође не предвиђају изричито право на накнаду штете, арбитражни судови често досуђују накнаду улагачима због повреде ових стандарда.

[56] Видети: Database of disputes under the ECT, http://www.menachambers.com/expertise/energy-charter-treaty/ [посећен: 27. јула 2014]

[57] *Nykomb Synergetics Technology Holding AB v the Republic of Latvia* (повреда стандарда забране дискриминације); *Petrobart Limited v. The Kyrgyz Republic* (повреда правичног и поштеног третмана) *Remington Worldwide Limited (UK) v. Ukraine* (повреда обавезе обезбеђивања повољних и стабилних услова за улагање) и Anatolie Stati, Gabriel Stati, Ascom Group *SA* and Terra Raf Trans Traiding Ltd v. Kazakhstan (повреда правичног и поштеног третмана).

## Национални третман и третман најповлашћеније нације (члан 10, став 7)

Поред описаних стандарда који изричито штите улагача од неоправдане дискриминације, Уговор предвиђа и релативне стандарде националног третмана и најповлашћеније нације у седмом ставу члана 10. Клаузула је широко формулисана тако да се овакав третман мора пружити не само улагањима улагача других држава чланица, већ и њиховим делатностима у вези са улагањем, као што су управљање улагањем, његово одржавање, употреба, уживање и располагање њиме. Са друге стране, став 10 члана 10 изричито искључује примену клаузуле најповлашћеније нације на питања интелектуалне својине. Предмети у којима су се улагачи позивали на повреду члана 10 става 7 Уговора нису јавно доступни. У предмету Плама против Бугарске разматран је домашај клаузуле најповлашћеније нације из двостраног споразума (БИТ-а) закљученог између Бугарске и Кипра и закључено је да она не може да унесе одредбе о надлежности ИКСИД-а из других билатералних споразума Бугарске који предвиђају ову надлежност за инвестиционе спорове. Другим речима, клаузула најповлашћеније нације не може да обезбеди сагласност за арбитражно решавање спорова као што ни појам „третман инвестиције“ неће обухватити процесну већ само супстанцијалну заштиту инвестиције.

## *Pacta sunt servanda* (члан 10, став 1)

У последњој реченици првог става члана 10 налази се такозвана „кишобран клаузула“ која, по неким тумачењима, може да трансформише уговорну обавезу државе из трговачког уговора у међународну уговорну обавезу према другој држави.

Она садржи обавезу државе уговорнице да се придржава сваке облигације коју је уговорила са улагачем или са улагањем улагача из друге државе уговорнице. Државе уговорнице могу да искључе спорове који проистичу из повреде кишобран клаузуле из свог безусловног пристанка на решавање спорова у складу са чланом 26. На листи садржаној у Анексу IA од држава уговорница као таква наведена је само Мађарска.

Домашај кишобран клаузуле, а посебно да ли се она односи само на радње и пропуштања државе уговорнице који имају карактер вршења власти или и на радње и пропуштања која имају комерцијали карактер – још увек није до краја и једногласно протумачен.[58] У предмету AMTO против Украјине, арбитражни суд је прокоментарисао да је кишобран клаузула из Уговора веома широко формулисана, јер обухвата и уговорну облигацију државе према домаћем друштву – кћери страног улагача. Ипак, у овом случају, кишобран клаузула није примењена јер уговорна страна која је преузела облигацију није била држава Украјина него државно предузеће, које је одвојена правна личност од државе.[59]

## Слободан трансфер капитала и добити (члан 14)

Свака држава уговорница гарантује слободан трансфер капитала и добити преко својих граница у оба правца, што је гарантовано чланом 14, ставом 1. Трансфер се обавља без одлагања, у конвертибилној валути (став 2), по тржишном курсу на дан трансфера (став 3). Постоје одређени изузеци ако је у питању повраћај капитала у натури.

Постоји у ставу 4 основ да се држава чланица позове на сопствене законе и регулативне акте да би одступила од својих обавеза на основу члана 14, ради заштите поверилаца, или ради примене закона о издавању хартија од вредности и о трговини и посредовању тим хартијама, те коначно ради извршења пресуда у грађанским, управним и кривичним судским поступцима.

## Државна и привилегована предузећа (члан 22)

Једна важна одредба о заштити страних улагача налази се изван 3. дела Уговора. Реч је о члану 22 који се односи на државна предузећа и привилегована предузећа. Имајући у виду да држава често обавља своју делатност везану за енергетику посредством самосталних предузећа организованих у ту сврху, или даје права на обављање те делатности одређеним привилегованим предузећима, Уговор изричито уводи одређене обавезе за државе уговорнице у вези са поступањем таквих правних лица.

[58] K. Hobér, *op. cit.*

[59] *AMTO v. Ukraine*, пасус 110.

Суштину тих обавеза чини забрана дискриминације. Најпре, свака држава уговорница дужна је да се постара да предузећа у државној својини поштују третман страних улагача гарантован у 3. делу у току обављања сопствених делатности, а нарочито приликом продаје робе и пружања услуга (члан 22, став 1). На пример, држава уговорница треба да обезбеди да државно предузеће не наплаћује више цене за сировине или енергију друштвима која су у својини улагача из других држава уговорница.[60] Она такође треба да се уздржи од охрабривања државних предузећа да обављају делатности на начин који није у складу са обавезама те државе на основу Уговора, било да се ради о обавезама на основу 3. дела ии других делова Уговора (члан 22, став 2). У предмету АМТО против Украјине арбитражни суд је разматрао однос обавезе из члана 22 и кишобран клаузуле, те је закључио следеће: „Арбитражни суд сматра да члан 22 не иде тако далеко да конституише одговорност државе у случају да правно лице у власништву државе не извршава своје уговорне обавезе у погледу 'инвестиције', односно према друштву – кћери страног инвеститора. Тај члан држави намеће општу обавезу да 'обезбеди' да државно предузеће у обављању своје делатности, у смислу управљања, менаџмента и организације, буде способно да поштује обавезе наведен у делу III Уговора о Енергетској повељи. Он не конституише обавезу државе да преузме одговорност за пропуст државног предузећа да измири комерцијални дуг у датом случају."[61]

## Решавање спорова на основу Уговора

Инструмент који је предмет овог рада представља први мултилатерални међународни уговор који као опште правило предвиђа решавање спорова између улагача и државе домаћина међународном арбитражом.[62] Одредбе о решавању спорова налазе се у петом делу, који се састоји од три члана. Члан 26 уређује спорове између улагача и државе домаћина, члан 27 спорове између држава уговорница, а члан 28 искључује примену члана 27 у неким споровима.[63]

[60] *The Energy Charter Treaty, A Reader's Guide*, p. 41.

[61] *Amto v. Ukraine*, op. cit., пасус 112.

[62] *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria,* (ICSID Case No. ARB/03/24).

[63] R. Happ, *Dispute Settlement under the Energy Charger Treaty,* Kiel, 21.02.2009, слајд 6, доступно на адреси: http://www.internat-recht.uni-kiel.de/veranstaltungen/pipeline-conference/beitraege/Happ.pdf

Док се поступак предвиђен чланом 27 врло ретко користи (за сада је забележен само један такав спор, који је решен дипломатским путем, а не арбитражом),[64] од 21. априла 2001. године, када је регистрован први спор пред ИКСИД-ом на основу Уговора,[65] па до данас, покренуто је педесет шест спорова између улагача и држава уговорница на основу члана 26.[66] Највећи број спорова покренут је против источноевропских држава и Турске, а од западних земаља тужене су биле: Италија (једном), Немачка (два пута) и Шпанија (десет пута).[67] Од земаља нашег региона, Албанија је била тужена једном (тужилац из Чешке Републике), Босна и Херцеговина једном (тужилац из Словеније), Македонија једном (тужилац из Аустрије), Словенија једном (тужилац из Хрватске) и Хрватска једном (тужилац из Мађарске). По правилу, у овим споровима суди трочлано арбитражно веће. Готово сви арбитри су из западних земаља и то како из држава уговорница, тако још више из држава које нису уговорнице (нпр. највише је Американаца, Британаца, Канађана, Швајцараца и Француза). Од „источних" арбитара, Руси су именовани три пута, словачки судија међународног суда Томка је биран два пута, један Молдављанин именован је једном и један Бугарин, адвокат у САД именован је два пута (оба пута од стране тужиоца). Уз изузетак овог бугарског експатриоте, арбитри из нашег региона нису били заступљени ни у једном спору. Што је још важније, кључну улогу председавајућег арбитра, коју су понекад добијали и Новозеланђани, Мексиканци и Аустралијанци, „источни" арбитри нису имали прилике да одиграју ни у једном спору.[68] Износи арбитражних трошкова (укључујући хонораре и трошкове арбитара и арбитражне институције), у споровима за које су подаци доступни, кретали су се од 149.580 до 1.069.470 америчких долара.[69] Према незваничним калкулацијама, трошкови арбитара и арбитражне институције износе око 20% трошкова спора док преоста-

[64] Ibidem, слајд 11.

[65] *AES Summit Generation Limited v. Hungary*, Case No. ARB/01/4.

[66] Од тога, двадесетак је покренуто у последње две године. Списак свих покренутих спорова који такође садржи и одлуке које су донете у некима од окончаних спорова налази се на сајту Секретаријата: http://www.encharter.org/

[67] Све тужбе против Шпаније поднете су после 2012. године и односе се на ретроактивно укидање повластица произвођачима соларне енергије. Видети: http://www.iucnael2014.cat/wp-content/uploads/2014/07/Thomas-DromgoolDaniel-Ybarra-abstract.pdf

[68] Више о државној и полној припадности личности које се појављују као арбитри у инвестиционим споровима видети код S. Puig, "Social Capital in the Arbitration Market", *European Journal of International Law*, vol. 25, no. 2/2014, pp. 387–424, посебно стр. 403–406.

[69] Видети: Database of disputes under the ECT, http://www.menachambers.com/expertise/energy-charter-treaty/ [посећен: 27. јула 2014.]

лих 80% одлази на трошкове заступања и вештака.[70] Просечна дужина трајања поступка је три године. Можемо закључити да су ово за улагаче и за државе веома скупи спорови.

Улагач има право да директно покрене арбитражни поступак против државе уговорнице ако сматра да је тужена држава прекршила једну од обавеза из трећег дела Уговора. Право на покретање арбитражног поступка постоји за улагаче и за улагања који су дефинисани у Уговору.[71] На основу члана 26, став 1:

„Спорови између државе уговорнице и улагача из друге државе уговорнице који се односе на улагање тог улагача на територији те државе, и чији је предмет наводна повреда обавезе те државе на основу Трећег дела овог Уговора, решавају се ако је то могуће, на пријатељски начин." Подношењем предлога за решавање спора на пријатељски начин, улагач уједно обележава почетак тромесечног рока мирења (*cooling-off–period*),[72] после кога може да покрене један од поступака за решавање спорова који му је на располагању на основу члана 26, става 2. То су: тужба пред редовним или управним судовима државе уговорнице, сваки други претходно договорени поступак решавања спорова, или, што је најчешће коришћена опција, захтев за међународну арбитражу или мирење на основу ставова 3–8.

Право на покретање арбитражног спора условљено је претходним покушајем да се постигне мирно решење спора. У спору који је AMTO водио против Украјине, тужена држава је изнела приговор да је захтев недопуштен јер није било тромесечног рока мирења. Обавештење о тужбеном захтеву које јој је тужилац послао седам месеци пре покретања спора тужена није сматрала позивом на мирно решавање спора на основу члана 26, става 2.[73] Арбитражни суд је нашао да је обавештење о тужбеном захтеву уједно позив за мирно решавање спора, без обзира на то што то у њему није било изричито речено. Стога је тужилац био овлашћен да покрене арбитражни поступак по истеку тромесечног рока од достављања тог обавештења туженој.[74] Тужена је требало, у складу са начелом добре вере, одмах да уложи приговор да не сматра обавештење позивом на мирно решење спора, да би омогућила тужиоцу да исправи

[70] Видети: http://www.international-arbitration-attorney.com/global-icsid-arbitration-cost-calculator-usd/

[71] K. Hobér, *op. cit.*

[72] R. Happ, Dispute Settlement under the Energy Charger Treaty, Слајд 8.

[73] *AMTO v. Ukraine*, пасус 49.

[74] Ibidem, пасус 52.

поднесак.[75] Одбачен је такође и аргумент тужене да је тужилац везан захтевима који су били садржани у обавештењу и да у арбитражи не може да покреће нове захтеве који нису били предмет позива за мирно решење спора.[76]

На основу трећег става члана 26, држава уговорница даје безуслован пристанак да се спорови из става 1 решавају арбитражом. Ова одредба Уговора третира се као једнострана „понуда" арбитражне клаузуле коју држава чланица даје улагачу ратификацијом Уговора (у случају Руске Федерације и Белорусије чак и пристанком на привремену примену), а улагач је „прихвата" у тренутку када улаже тужбу. Клаузула даје улагачу право избора између три опције: арбитража под окриљем ИКСИД-а, под окриљем Стокхолмског арбитражог института, или ад хок арбитража по правилима УНЦИТРАЛ-а.[77] Сви тужиоци који су тужили државе из региона одабрали су ИКСИД, осим тужиоца у спору против Албаније, који је одабрао ад хок арбитражу. ИКСИД је скраћеница за Међународни центар за решавање инвестиционих спорова, основан Конвенцијом о решавању инвестиционих спорова између држава и држављана других држава (1965), која се често скраћено назива Вашингтонска или ИКСИД-конвенција.[78]

Поставља се питање да ли улагач може да покрене арбитражу на основу члана 26, става 3 Уговора, у случају да је претходно покушао да оствари своје право пред националним судовима државе домаћина или у уговореном поступку решавања спорова – на пример у арбитражном поступку предвиђеном у уговору о улагању. Да ли се исти спор може изнети и пред арбитражни суд предвиђен у ставу 4? Уговор о енергетској повељи садржи суптилно изведену арбитражну клаузулу која захтева избор између суђења и инвестиционе арбитраже (енг. *Fork-in-the-Road Clause*). Наиме, ова клаузула на коју се понекад наилази у БИТ-овима, и која има за циљ да спречи вођење више узастопних поступака истој ствари, у Уговору је добила облик резерве. Држава чланица може да изјави да не даје безусловни пристанак на арбитражу у случају да је улагач претходно поверио тај спор националним судовима или покренуо

[75] Ibidem, пасус 53.

[76] Ibidem, пасус 55.

[77] Тридесет од педесет шест спорова покренутих на основу Уговора воде се или су вођени под окриљем ИКСИД-а. Једанаест је покренуто под окриљем Стокхолмског арбитражног института, а петнаест по Арбитражним правилима УНЦИТРАЛ-а.

[78] 575 UNTS 159. Конвенција је ступила на снагу у 150 држава, а 159 држава ју је потписало. Конвенција је на снази у свим државама нашег региона. Видети: http://icsid.worldbank.org.

уговорени поступак решавања спорова. Списак држава чланица које су дале такву изјаву налази се у Анексу ИД.[79] На основу тога закључујемо да остале државе чланице, које нису дале такву изјаву, прихватају арбитражу на основу Уговора без обзира на то што је улагач претходно водио исти спор пред националним судом. С друге стране, могло би се поставити питање да ли је улагач у таквим земљама обавезан да прво покуша да реши спор пред националним судовима, односно у уговореном поступку, односно да ли покушај да се искористе „локална правна средства" представља услов допуштености тужбе или другог акта којим се покреће арбитражни поступак. Такву обавезу Уговор не предвиђа, али би она могла да проистиче из општих правила међународног права која прописују обавезу исцрпљивања локалних правних лекова као услов допуштености тужбе у међународним судским и арбитражним поступцима, осим ако улагач изабере ИКСИД арбитражу, јер је чланом 26 Вашингтонске конвенције изричито искључена обавеза исцрпљивања локалних правних лекова. Ипак, треба напоменути да и арбитражни судови ван ИКСИД-а теже искључењу правила о локалним правним лековима правдајући то на више начина, од тога да у овој области важи специјално обичајно правно правило које искључује обавезу инвеститора да претходно исцрпи локалне правне лекове до тога да је овде реч о арбитражном споразуму који сам по себи искључује примену редовних правних лекова.[80]

На основу члана 10, става 12, свака држава уговорница дужна је да обезбеди да њено домаће право пружа делотворна средства за подношење захтева и за остваривање права у вези са улагањима, уговорима о улагању и дозволама да се изврши улагање. Овим се државе уговорнице обавезују да установе и одржавају ефикасан правосудни систем и систем извршења законских прописа и судских пресуда. Из тога проистиче да се међународна арбитража на основу члана 26 јавља тек као додатно средство, у случају да унутрашња правна заштита улагача у држави домаћину закаже.

У предмету АМТО против Украјине, тужилац је тврдио да је тужена држава повредила обавезу из става 12, јер није пружила друштву

[79] На списку се налази двадесет четири државе, од тога пет које нису уговорнице (Аустралија, Канада, САД, Норвешка и Руска Федерација). Међу преосталих деветнаест налази се и већина држава из нашег ширег региона: Бугарска, Грчка, Мађарска, Италија, Словенија и Хрватска. Овакву изјаву нису дале између осталих Албанија, Босна и Херцеговина и Македонија.

[80] Шире, види: C.F. Amerasinghe, *Local Remedies in International Law*, 2nd ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2004.

ЕЈУМ-10 ефикасна средства за остваривање тужбених захтева у свом унутрашњем поретку. Конкретно, друштво ЕЈУМ-10 (а самим тим и његов власник, АМТО) није успело да изврши једанаест коначних судских пресуда донетих у његову корист у периоду од више од пет година.[81] АМТО је тврдио да су прописи о стечају у Украјини очигледно неадекватни и да не испуњавају међународноправне стандарде, а оптужио је државне органе Украјине и да су се мешали у стечајни поступак у корист дужника. Ипак, на основу поднетих доказа, арбитражни суд је одбио све захтеве АМТО-а везане за ускраћивање правде.

Према четвртом ставу члана 26, улагач који се одлучи да покрене арбитражни поступак поменут у трећем ставу, треба даље да приложи сагласност у писаној форми да се спор повери на решавање одабраној институцији или арбитру појединцу односно арбитражном већу основаном по Арбитражним правилима УНЦИТРАЛ-а. На тај начин, комбинацијом сагласности државе унапред дате у Уговору и сагласности тужиоца дате у тужби, склапа се ова специфична врста арбитражног споразума за коју је у Уговору наведено да испуњава захтеве писане форме постављене у Вашингтонској конвенцији, Арбитражним правилима УНЦИТРАЛ-а и у Њујоршкој конвенцији о признању и извршењу страних арбитражних одлука.[82]

У спору АМТО против Украјине, тужена је тврдила да овај услов није испуњен јер тужилац није приложио посебну сагласност у писаној форми.[83] Тужена је изнела свој став да члан 26, став (4)(а) захтева од тужиоца посебну писану сагласност која се даје држави уговорници пре покретања арбитражног поступка. Тачно је да члан 26 Уговора садржи отворену понуду улагачима да се спорови реше арбитражом, али та понуда може „функционисати као безусловна понуда само ако буде прихваћена на одговарајући начин“. Арбитражни суд је одлучио да нема формалног недостатка у арбитражном споразуму, јер захтев за арбитражу по својој природи представља сагласност да се спорови реше арбитражом.[84]

Члан 26 став 6 Уговора предвиђа да се спорови између улагача и државе домаћина решавају на основу одредаба Уговора, као и меродавних правила и начела међународног права. Реч је о одредби о одређивању

[81] *AMTO v. Ukraine*, пасус 28.
[82] Уговор, члан 26, став 5.
[83] *AMTO v. Ukraine*, § 26.
[84] Ibidem, пасуси 45–46.

меродавног права која јасно указује да нема места примени националног права државе домаћина. На основу члана 42 Вашингтонске конвенције која упућује на аутономију воље као примарну тачку везивања, ово је избор меродавног права који отклања супсидијерну примену права државе домаћина, иначе предвиђену чланом 42 у одсуству избора. На тај начин се у споровима на које се примењује Уговор постиже потпуна интернационализација спора.

## Закључак

Уговор о енергетској повељи важан је регионални мултилатерални међународни уговор и једини који се посебно бави инвестицијама у сектору енергетике. Уговором се штите страна улагања и страни улагачи од експропријације и других некомерцијалних ризика у овој области. Правила о иступању из овог уговора су строга јер прописују обавезност свих уговорних обавеза, процесних и супстанцијалних, у периоду од 20 година након што држава иступи из Уговора.

Овај међународни уговор посебно је важан за наш регион јер су готово све државе региона, осим Црне Горе и Србије, његове чланице. Податак да је на основу овог уговора до данас покренуто преко педесет инвестиционих арбитражних спорова, сведочи о његовом значају и изложености држава увозница капитала ризицима од поступака због повреде Уговора. То потврђују и недавно донете одлуке у предмету Јукос, којима је установљена до данас највећа одштета за повреде права страних улагача у износу од 50 милијарди америчких долара. Добронамеран савет свим државама увозницама капитала је да имају на уму овај уговор и обавезе које државе домаћини имају на основу њега приликом склапања инвестиционих аранжмана у области енергетике.

***Кључне речи:*** *Уговор о енергетској повељи, решавање инвестиционих спорова*

УДК 347.7

# ЕКОЛОШКА КОМПОНЕНТА СПОРАЗУМА СТО О САНИТАРНИМ И ФИТОСАНИТАРНИМ МЕРАМА[1]

**Др Драго Дивљак***

***Апстракт:*** *У раду се разматра Споразум о санитарним и фитосанитарним мерама са аспекта заштите животне средине. Циљ је да се утврди његов домашај и ограничења у дефинисању односа трговине и екологије, те дефинише могући правац развоја у овој области.*

*Са аспекта заштите животне средине, наведен је један од кључних у систему посебних споразума СТО. Њихова примена је отежана због општости регулисања и коришћења термина који захтевају додатна тумачења. Значајније је што њихова нормативна поставка у својој укупности , као и њихово тумачење у пракси решавања спорова СТО, исказује њихову превасходну усмереност ка ограничавању права држава на увођење заштитних еколошких мера, чиме се интереси слободног одвијања међународне трговине стављају испред интереса заштите животне средине, уместо да се између њих пронађе одговарајући баланс. Свеукупно гледано, разматрања указују да појединачан, фрагментиран и неједнак систем заштите животне средине, који се успоставља посебним споразумима у СТО, па и у Споразуму о санитарним и фитосанитарним мерама, није довољан за остварење све ургентнијих циљева заштите животне средине. Све је очигледније да је квалитативни помак једино могућ доношењем посебног споразума о еколошким аспектима међународне трговине.*

***Кључне речи:*** *заштита животне средине, Светска трговинска организација, Споразум о санитарним и фитосанитарним мерама, захтев одговарајућег третмана, принцип предострожности.*

* **Др Драго Дивљак, редовни професор, Правни факултет у Новом Саду, Универзитет у Новом Саду**

[1] Рад је посвећен пројекту „Биомедицина, заштита животне средине и право“ бр. 179079, који финансира Министарство просвете и науке Републике Србије.

Светска трговинска организација (СТО) је најауторитативнија организација међународне трговине и њен главни катализатор за економску интеграцију. У оквиру ње развио се базични механизам институција и правила[2] за дату област, коју чини и врло специфичан сложен систем права,[3] састављен од већег броја споразума који покривају различите сегменте међународне трговине.

Иако је СТО превасходно главни међународни форум за либерализацију трговине, све је актуелнија и његова улога у области заштите животне средине. Ургентним потребама у овој области засад се није одговорило посебним документом који би се искључиво бавио еколошким аспектима међународне трговине, већ само сегментираним и појединачним тзв. "зеленим одредбама" неких посебних споразума. Еколошка компонента СТО концептуално је успостављена Уговором о оснивању СТО, а превасходно разрађена Споразумом о трговини робом (GATT 94),[4] али и неким посебним споразумима. Кључни споразуми у том погледу су пре свега Споразум о санитарним и фитосанитарним мерама и Споразум о техничким препрекама у трговини. И остали споразуми имају одређене еколошке компоненте, али се суштински њихова значајнија валоризација очекује тек у рундама трговинских преговора који следе. Међу њима су: Општи споразум о трговини услуга, Споразум о трговинским аспектима права интелектуалне својине (ТРИПС), Споразум о пољопривреди и Споразум о субвенцијама и компензаторним мерама.

С обзиром на његове потенцијалне практичне реперкусије, сматрамо целисходним да у раду који следи размотримо управо овај сегмент посебних међународних трговинских правила и то превасходно Споразум о санитарним и фитосанитарним мерама и његову еколошку сензибилност. Циљ је да се утврди његов домашај и ограничења у дефинисању односа трговине и екологије, те дефинише могући правац развоја у овој области. У том оквиру, осим разматрања општег приступа проблему заштите животне средине, нарочита пажња ће бити посвећена критичкој анализи примене принципа предострожности у овој сфери.

Разматрање концептуалних и практичних питања еколошке осетљивост правила СТО од су великог значаја за сваку земљу члани-

[2] Tilman. S., Santarius, Dalkmann, H., Steigenberger, M., Vogelpohl, K., *Balancing Trade and Environment*, Wuppertal, 2004, стр. 5.

[3] Palmeter, D., Mavroidis, P.,. *WTO Legal System: Sources of Law*, The. Am. J. Int'l l. 92 (1998): 398, стр. 399.

[4] Више: Дивљак, Д., *Општи споразума о царинама и трговини (ГАТТ 1994) и заштита животне средине*, Правни живот, (2011) 11, том 3, стр. 325–399.

цу, али и за земље које претендују на чланство у њој, као што је Србија. То посебно са аспекта великих могућности условљавања у том процесу. Али таква процена није битна само у контексту приступања, већ уопште у контексту свих других међународних трговинских преговора,[5] али и креирања сопственог законодавства.

## Еколошки значај Споразума о санитарним и фитосанитарним мерама

Споразум о санитарним и фитосанитарним мерама (Agreement on Sanitary and Phytosanitary Standards), иако има за циљ пре свега да заштити животињски и биљни свет и здравље људи, концептуално је довољно широко постављен,[6] да неизбежно обухвата и компоненту заштите животне средине.[7] У том погледу посебно су релевантни његови чланови 2, 3 и 5.[8] Штавише, генерално гледано, у овој области он има велики практични значај. Због своје уске усмерености и специјалности, споразум има примат у примени у односу на општији споразум, као што је GATT.[9] С друге стране, због свог функционалног поља деловања, он је посебно релевантан и за врло актуелну и са великим конфликтним потенцијалом сферу примене генетски модификованих организама.[10]

Наведени значај се исказује већ у уводним члановима Споразума о санитарним и фитосанитарним мерама,[11] у којима се успоставља бази-

[5] То је и препорука међународних организација. Тако је 1993 Савет министара ОЕЦД (Организација за економску сарадњу и развој) препоручио да „владе спроводе анализу или ревизију својих политика о односима трговине и животне средине, као и да процене њихову искористивост и да идентификују алтернативне начине развоја".

[6] О конкретним питањима пољу деловања споразума: Charnovitz, S., „Improving the Agreement on Sanitary and Phytosanitary Standards", у *Trade, environment, and the Millennium*, Sampson, Gary P., and W. Bradnee Chambers, eds., United Nations University Press, 2002, стр. 175.

[7] У погледу импликација по заштиту животне средине, неки аутори их групишу у четири групе. Упореди: Morici, P., *Reconciling Trade and the Environment in the World Trade Organization*, Washington, 2002, стр. 51–52.

[8] Од еколошког значаја је и Преамбула Споразума о санитарним и фитосанитарним мерама, али више у декларативном смислу.

[9] Тако је случају ЕК-азбест (EC – Asbestos (DS135)) утврђено да је примерено прво утврдити надлежност Споразума о санитарним и фитосанитарним мерама, а тек након тога случај испитати у контексту GATT-a. О наведеном случају: WTO Dispute Settlement: One-Page Case Summaries (1995-September 2006), Geneva, 2006, стр. 47. Упореди и: Panel Report, Australia - Measures Affecting Importation of Salmon, WT/DS18/R, 12 June 1998.

[10] Генетски модификовани организми су несумњиво у пољу примене Споразума о санитарним и фитосанитарним мерама. Laowonsiri, A., *Application of the Precautionary Principle in the SPS Agreement*, Max Planck Yearbook of United Nations Law, Volume 14, 2010, стр. 571

[11] Упореди: чл. 2.1. Споразума о санитарним и фитосанитарним мерама.

чан принцип да земље чланице СТО имају право да примене санитарне и фитосанитарне мере неопходне за заштиту здравља људи, животиња или биљака,[12] а које могу да утичу на међусобну трговину. Већ у наставку уводних чланова[13] ово право држава чланица везује се за поштовање других клаузула споразума, односно за услов да такве мере не буду у несагласности са одредбама овог споразума. Управо то инструише да је један од основних циљева споразума да утврди оквире понашања држава чланица у датој области. То се чини тако што наведени споразум садржином својих правила, непосредним али и посредним путем утврђује базичне координате или захтеве, који уоквирују њихово понашање при коришћењу наведених мера. Ти битни захтеви се могу дефинисати као захтев одговарајућих мера, захтев најмање дискриминаторних мера, захтев научне заснованости и недискриминације.

У Споразуму о санитарним и фитосанитарним мерама превасходно се промовише концепт одговарајућег нивоа санитарне и фитосанитарне заштите, односно права држава чланица СТО да успостављају и ефикасно спроводе наведене мере, у мери и када је то неопходно ради заштите животиња или биљака или живота или здравља људи. На овај начин се неопходност утврђује као битна одредница садржине концепта одговарајућег нивоа заштите. У том оквиру се земље чланице обавезују да мере санитарне или фитосанитарне заштите примене на основу процена које одговарају околностима ризика по животиње или биљке или здравље људи, узимајући у обзир технике процене ризика које су развиле релевантне међународне организације.[14] При томе процена ризика мора да се заснива на "доступним научним доказима" и "релевантним економским факторима"[15]. У процени ризика, чланице су дужне узети у обзир расположиве научне доказе, релевантне процесе и методе производње, релевантне инспекције, узроковање и испитивања метода, податке о постојању и распрострањеност специфичних болести као и друге релевантне еколошке услове, мере карантина или друге третмане. Исто тако, земље чланице треба да узму у обзир и релевантне економске факторе као што су потенцијална штета везана за губитке у производњи или продаји услед постојања или ширења штеточина или болести или трошкове контроле и сл.

[12] Упореди: чл. 1.2. Annex A(4)(1) Споразума о санитарним и фитосанитарним мерама.

[13] Упореди : други део чл. 2.1. Споразума о санитарним и фитосанитарним мерама.

[14] Упореди: чл. 5.1 Споразума о санитарним и фитосанитарним мерама. Yajima, N.,. „International Regulation of the Environment: Conflicting Approaches of the World Trade Organization and Multilateral Environmental Agreements", PhD Thesis, 2006, стр. 136.

[15] Упореди: чл. 5.2 и 5.3 Споразума о санитарним и фитосанитарним мерама.

При свему томе, испуњење услова неопходности се претпоставља ако су предузете мере заштите засноване на "међународним стандардима, смерницама и препорукама"[16], што говори о преферирању међународних стандарда у овој области. У том погледу се посебно релевантним сматрају стандарди које се креирају у оквиру Алиментаријус комисије, Међународне канцеларије за заразне болести животиња, као и стандарди међународних и регионалних организација које сарађују у спровођењу Међународне конвенције за заштиту биља.[17] На тај начин, њиховим стандардима се овим споразумом даје посебан третман и сматрају се посебно референтним. Иако на први поглед може тако изгледати, ипак се процењује да ће њихова примена увећати степен неизвесности и трошкова у датој сфери, с обзиром на то да већина чланица СТО учествује у овим организацијама, а усвојени стандарди долазе од водећих научника и стручњака из датих области.[18]

Споразумом о санитарним и фитосанитарним мерама ближе се утврђују услови и неопходности за ситуације када не постоји релевантан међународни стандард. У том случају, држава чланица своје санитарне и фитосанитарне мере мора успоставити на процену ризика који је развијен од стране неке друге земље чланице, другог регионалног или међународног тела.[19]

Друга вредносна одредница концепта одговарајућих мера је и начелна аутономност држава у овој области. Наиме, имплицитно се државама чланицама даје и право[20] да управљајући ризицима,[21] слободно и самостално одабиру и ниво дате заштите[22] прихватљив за дато друштво, уз обавезу поштовања и других одредаба споразума.[23] Такав приступ укључује и право државе чланице да под одређеним условима успостави виши ниво заштите, којим се одступа и од међународно верификованих стандарда. Нажалост, у постављању циљева заштите нема међународних ограничења да држава самостално утврди ниске или чак никакве нивое заштите, без обзира на веома лоше последице таквог понашања.

[16] Упореди: чл. 3 (1) и (2) Annex A(3) Споразума о санитарним и фитосанитарним мерама.

[17] Упореди: чл. 3.4 Споразума о санитарним и фитосанитарним мерама.

[18] Morici, P., op. cit., стр. 51.

[19] Упореди: чл. 5.8 Споразума о санитарним и фитосанитарним мерама.

[20] То се сматра правом а не изузетком, како се тумачи у пракси решавања спорова. Види: случај EC-Hormones, note 8, para. 172.

[21] У управљању ризицима, надлежни орган је формалноправно овлашћен да одлучи који ниво ризика је прихватљив за дато друштво.

[22] Упореди: чл. 5 Споразума о санитарним и фитосанитарним мерама и Appellate Body Report, Australia – Measures.

[23] Упореди: чл. 3.3. и чл. 5. ст. 1. до ст. 8. Споразума о санитарним и фитосанитарним мерама.

У пракси, утврђивање потребе и нивоа неопходности заштите је врло деликатно питање за земље чланице које уводе дате мере, а такође и врло осетљиво по потенцијално оштећене земље, посебно у ситуацијама успостављања високих нивоа заштите. С обзиром на то да нису детаљно разрађени стандарди понашања, утврђивање његове исправности је фактичко питање и зависно је од појединости сваког посебног случаја. Међутим, битно је напоменути да државе чланице у овој области нису апсолутне самосталне и да немају право на произвољност у понашању. Она је омеђена другим правилима, којима се та аутономност прецизира и фактички битно ограничава. Тако, према члану 3.3 Споразума, земље чланице могу увести или одржавати санитарне или фитосанитарне мере које доводе до вишег нивоа санитарне или фитосанитарне заштите него што би се то могло постићи мерама заснованим на релевантним међународним стандардима, смерницама или препорукама, само ако постоји научно оправдање, или је то консеквенца одабраног нивоа санитарне или фитосанитарне заштите од стране државе. И то све под додатним условом да њихова примена није у супротности са било којом другом релевантном одредбом датог споразума.[24] Независно од тога, екстензивно коришћење мера које одступају од међународних стандарда ипак није реално, јер у међузависном глобалном свету то не би било пожељно са аспекта конкурентске позиције сваке земље чланице СТО понаособ.[25]

Битна одредница концепта одговарајућег нивоа заштите је и принцип најмање рестриктивности. Наиме, примењене мере санитарне и фитосанитарне заштите морају бити и најмање рестриктивне. Прецизније, захтева се да дата мере не треба да буде више рестриктивна по међународну трговину, него што је потребно да се оствари утврђени ниво заштите. Овакав приступ је мање захтеван од приступа који постоји у GATT-у,[26] и подразумева еквивалентно коришћење једнако ефикасних других мера за остваривање циљева заштите,[27] а које по својим последицама нису више рестриктивне по међународну трговину, него што је то потребно. Циљ је да се избегне коришћење непотребних деструктивних мера по међусобну трговину земаља чланица СТО, а ипак обезбеди

[24] То се превасходно односи на одредбе ставова 1. до 8. чл. 5. Споразума о санитарним и фитосанитарним мерама.

[25] Yajima, N., op. cit., стр. 136.

[26] Упореди чл. члан 5.6 Споразума о санитарним и фитосанитарним мерама и чл. XX (b) GATT 1994, у којем се инсистира на најмање рестриктивним мерама по трговину, што је виши ниво захтева.

[27] Упореди: чл. 5.6. и чл. 3.2. 2. Споразума о санитарним и фитосанитарним мерама.

заштита биљака, животиња или здравља људи на потребном нивоу. При томе се примењује најмања могућа рестриктивност како у техничком, тако и у економском погледу.

Осим захтева одговарајућег третмана, једнако важан захтев је везан за обезбеђење недискриминације. Овај принцип се фактички успоставља као паралелни захтев концепту одговарајућег третмана санитарне и фитосанитарне заштите.[28] Слично правилима GATT-а о изузећу, Споразумом о санитарним и фитосанитарним мерама захтева се да примењене мере заштите не дискриминишу друге земље чланице СТО на произвољан или неоправдан начин, нити да врше прикривено ограничење међународне трговине.[29] Крајњи циљ је да се успостави равнотежа између права држава чланица да утврде и ефикасно спроводе своје нивое заштите и легитимних захтева да такве мере не смеју представљати прикривени или маскирани протекционизам.

Битан захтев Споразума о санитарним и фитосанитарним мерама је и да земље чланице заснивају санитарне и фитосанитарне мере на научним принципима и доказима.[30] У погледу тог захтева за научном заснованошћу мера, овај споразум се битно разликује од других посебних споразума унутар СТО, код којих овај захтев није присутан или се то чини у мањој мери.[31] Мере заштите морају бити засноване на "научним принципима" и са "довољно научних доказа"[32], при чему мора постојати и "адекватан однос" између мера и научних доказа.[33] Међутим, под одређеним условима, државе могу утврдити и мере које имају за последицу "виши ниво заштите"[34], од оних који се утврђени у научним стандардима, смерницама или препорукама.[35]

[28] Упореди: чл. 5.5 Споразума о санитарним и фитосанитарним мерама.

[29] Упореди: чл. 2.1. Споразума о санитарним и фитосанитарним мерама.

[30] Упореди: чл 3.3 и чл. 5. Споразума о санитарним и фитосанитарним мерама.

[31] Једна од битних разлика између Споразума о санитарним и фитосанитарним мерама, Споразума и техничким препрекама у трговини и GATT је начин на који свако третира значај науке и тумачи науку. Yajima, N., op. cit., стр. 138.

[32] Упореди: чл. 2.2. Споразума о санитарним и фитосанитарним мерама

[33] Упореди: Appellate Body Report, Japan – Measures Affecting Agricultural Products (Japan-Agricultural Products II), WT/DS76/AB/R, adopted 19 March 1999, DSR 1999:I, 277, para. 84; Appellate Body Report, Japan – Measures Affecting the Importation of Apples (Japan-Apples), WT/DS245/AB/R, adopted 10 December 2003, DSR 2003:IX, 4391, para. 8.92.

[34] Упореди: чл. 3 3. Споразума о санитарним и фитосанитарним мерама,

[35] Упореди: чл. 5.4. С Споразума о санитарним и фитосанитарним мерама и Извештај Апелационог органа у случају EC-Hormones, supra note 80, para. 124.

## Споразум о санитарним и фитосанитарним мерама и принцип предострожности

У вези са захтевом за научном заснованошћу мера, поставља се и питање примене принципа предострожности, тог базичног принципа еколошке политике[36], и у Споразуму о санитарним и фитосанитарним мерама. Суштина принципа предострожности[37] је позитивна акција, предузимање мера заштите животне средине и када не постоји пуна научна извесност да дате активности могу да проузрокују штету животној средини. Међутим, сама потенцијална могућност настанка штете оправдава могућу заштитну акцију државе.[38] Управо елеменат недефинисаних и непознатих ризика је битна одредница принципа предострожности, за разлику од принципа превенције, где се увек ради о унапред познатим и дефинисаним ризицима.

Већ је споменуто да се битна карактеристика Споразума о санитарним и фитосанитарним мерама састоји у захтеву да се евентуалне санитарне или фитосанитарне мере примењују само када је то довољно научно оправдано. Ипак, веома су могуће и мере које не испуњавају у потпуности такав захтев.

Оваква одступања указују на могућу примену датог принципа у наведеном споразуму. Обриси те могућности налазе се у преамбули и чл. 3 Споразума, али је у овом погледу посебно релевантан чл. 5. Њиме се омогућава примена заштитних мера и кад не постоји довољно научна заснованост њихове оправданости. Прецизније, у случајевима где су релевантно научни докази недовољни, чланица може привремено да усвоји санитарне или фитосанитарне мере на основу доступних релевантних информација, укључујући и информације релевантних међународних организација, али и других држава чланица. На овај начин утврђује се изузеће од правила научне заснованости заштитних мера, и то у квалификованом облику[39], путем утврђивања двају додатних захтева[40], у циљу минимизирања слободе држава у примени принципа предострожности.

[36] Шире: Надић, Д.,. „Принцип предострожности као базични принцип еколошке политике“, Годишњак ФПН 02 (2008), стр. 159–170.

[37] У чл. 15. Рио Декларације се утврђује да недостатак пуне научне извесности не може бити разлог за непредузимање мера за спречавање озбиљне и неповратне штете по животну средину.

[38] Ruessmann.L.A., *Putting the Precautionary Principle in its Place: Parameters for the Proper Application of a Precautionary Approach and the Implications for Developing Countries in Light of the Doha WTO Ministerial*, American International Law Review, Vol. 17, No. 5, 2002, стр. 909.

[39] Упореди: Izveštaj Japan-Agricultural Products II, supra note 106, para. 80.

[40] Упореди: чл. 5.7. Споразума о санитарним и фитосанитарним мерама.

Њима се обавезују земље чланице да "настоје да добију додатне информације неопходне за објективнију процену ризика"[41], као и да на основу њих преиспитају дате мере у разумном временском периоду. Непоштовање овог захтева у пракси би требало да буде основ за укидање привремених мера заштите. Међутим, практична примена оваквих правила отежана је чињеницом да су они добрим делом уопштени, што се у овом случају посебно односи на разјашњење појмовне садржине термина "доступне релевантне информације" и сл.[42]

Начелно, стриктни захтеви за пуном научном заснованошћу практично шире простор примене заштитних мера у случајевима где она не постоји или није могућа. Рационалност у примени принципа предострожности представља прецизније уређивање ове области. Међутим, како то није учињено међународним еколошким документима, онда у тај релативно недефинисани простор улазе државе са сопственим поимањем одговорности за стање у датој области[43] и својим интересима. Стога је не само корисно, већ и неопходно утврђивање прецизнијих стандарда у овој области, посебно у сегменту процене и доказивања ризика, као и односу према минималним ризицима. Незаобилазно је и питање концептуалног третмана овог принципа и његове природе, што има значајне практичне импликације. У том погледу од есенцијалне важности су ставови и пракса изложена у Европској унији и систему СТО, путем органа за решавање спорова. Она је пластично исказана у два битна спора вођења у оквиру СТО, а тичу се коришћења хормона и генетски модификованих организама у пољопривреди.

Коришћење хормона у узгоју говеда проузроковао је први случај који је у себи имао одраз примене овог принципа у праву СТО.[44] У том случају из 1997. године, САД је оспорио директиву Европске комисије којом је забрањен у увоз меса и месних производа говеда третираних хормонима који убрзавају њихов раст, са тврдњом да се њиме крши Споразум о санитарним и фитосанитарним мерама.[45] Панел је потврдио такво тумачење САД-а, као и Апелационо тело у највећем делу. [46]

[41] О недовољности научних доказа и адекватној процени ризика: Извештај Japan-Apples, supra note 106, para. 179.

[42] Употребљени термин „доступне релевантне информације" није довољно разјашњен. Laowonsiri, A., op. cit., стр. 579.

[43] Упореди: Случај *Pfizer* Animal Health SA v. Council of the European Union, 13/99, supra note 81, para. 151.

[44] EC - Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones), Report of the Panel, WT/DS26 and WT/DS48; modified by Report of the Appellate Body, AB-1997-4, January 16, 1998, para. 120-125.

[45] Упореди: чл. 3 (1), 3 (3), и 5 (1) Споразума о санитарним и фитосанитарним мерама.

[46] Мере су оцењене као супротне одредбама чланова 3.3. и 5.1. Споразума о санитарним и фитосанитарним мерама.

У случају везаном за коришћење генетски модификованих организама,[47] Сједињене Америчке Државе, Канада и Аргентина су затражиле оцену заштитних мера које су усвојене у Европској унији, којим је забрањен или ограничен увоз пољопривредних производа заснованих на ГМО технологији, у циљу спречавања штетних последица њиховог коришћења по животну средину.[48] Истовремено је оспорен и тадашњи општи мораторијум Европске уније на коришћење таквих производа.

У погледу два напред наведена питања исказана су различито нијансирани ставови Европске уније и органа за решавање спорова у СТО, мада те разлике, бар у овом сегменту, на први поглед изгледају и веће.[49]

У Европској унији се сматра да је примена принципа предострожности потребна када "научна потврда не дозвољава да се ризик утврди са довољном сигурношћу".[50] Овим приступом државе добијају шире дискрециono право у одређивању нивоа заштите.[51] Тиме се сугерише да у ситуацији када не постоји научна потврда која онемогућава процену ризика, може се реаговати како би се постигао одабрани ниво заштите људи, животиња и биљака. Ипак, Европски суд је прецизирао да се могу предузети заштитне мере пре него "реалност и озбиљност ризика постане потпуно јасна"[52].

С друге стране, у систему СТО, у склопу контрадикторних ставова,[53] услови примене принципа предострожности се доследно подвргавају вишем степену рестриктивности.[54] У том оквиру се сматра да се овај принцип не може заснивати на чисто хипотетичкој процени ризика који није научно верификован[55], већ је потребно постојање довољно научних

[47] Шире: Winickoff, D.,Jasanoff ,S. и др., „Adjudicating the GM food wars: science, risk, and democracy in world trade law", Yale J. Int'l L. 30 (2005): 81.

[48] Подносилац жалбе је тврдио да су мере биле у супротности између осталог и са чл. 5, и 5.7. Споразума о санитарним и фитосанитарним мерама. Панел је закључио да мера није била заснована на процени ризика, а самим тим је у супротности са чланом 5.1. датог споразума.

[49] О ставовима у праву ЕУ о принципу предострожности шире: Bohanes, J., *Risk regulation in WTO law: A procedure-based approach to the precautionary principle*, Colum. J. Transnat'l L. 40 (2001), стр. 76 и даље.

[50] Appellate Body Report, EC Measures Concerning Meat and Meat Products (EC-Hormones), WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, adopted 13 February 1998, DSR 1998:I, 135, para. 120.

[51] Priess, H.J., and Pitschasy., C., *Protection of Public Health and the Role of the Precautionary Principle Under WTO Law: A Trojan Horse Before Geneva's Walls?*, Fordham International Law Journal, Vol 24, Issue 1, 2000, 519-553, стр. 530.

[52] Упореди: Pfizer Animal Health v. Council of the EU (2002) II ECR 3305, paras. 139, 143.

[53] Laowonsiri, A., op.cit., стр. 586.

[54] Laowonsiri, A., op.cit., стр. 578.

[55] У погледу значења „процене ризика", Апелационо тело не слаже са Комисијом ЕУ, наводећи да то подразумева научно испитивање и не политичку одлуку.

доказа потенцијално штетних утицаја на животну средину.[56] У једном случају[57] је појашњено да се члан 5.7 не примењује "у ситуацији научне неизвесности", као и у неким другим сегментима еколошке заштите, већ само у ситуацији у којој "научни докази нису довољни". Недовољност подразумева постојање једног или чак више научних доказа, који нису довољни за поуздане резултате или закључке.

Иако Споразум о санитарним и фитосанитарним мерама у Анексу А4 пажњу посвећује процени ризика, у пракси решавања спорова у СТО се посредним путем уводи и концепт управљања ризиком. Тиме се фокус са процене научне методологије о вероватноћи штетних ефеката одређених супстанци или активности проширује и на валоризацију активности надлежног органа државе након идентификације датих ризика. У склопу таквог приступа, инсистира се да између процене ризика предузетих мера заштите мора да постоји рационалан однос, тј. да резултати процене ризика морају "разумно" подржати мере заштите.[58] Ипак се не захтева да се дати научни доказ заснива на мишљењу већине релевантних научних тела[59], јер би то био сувише висок праг захтева, који је практично тешко остварив.

Исто тако, спор у вези са применом хормона је први случај где је од СТО затражено да разјасни правни статус начела предострожности у контексту Споразума о санитарним и фитосанитарним мерама. У овој области је видљивије разликовање ставова Европске уније и СТО. Европска унија је, бранећи своје поступање у том случају, сматрала да је ово начело већ постало опште обичајно правило међународног права, или бар општи принцип права, што би значило да је постао обавезујући за стране које су укључене у спор.

Нажалост, Апелационо тело је одлучило да не заузме став у погледу правног статуса овог принципа, јер је сматрао да је то "непотребно, а вероватно непромишљено пожуривање", и да још нема ауторитатив-

[56] Упореди: чл. 2.2. и 5.1. Споразума о санитарним и фитосанитарним мерама.

[57] Апелациони извештај Measures Affecting the Importation of Apples (Japan-Apples), WT/*DS245*/*AB*/*R*.. *para 181*.

[58] Из тог разлога је Апелационо тело у случају ЕК-хормони, сматрало да је Европска комисија била у обавези да предочи довољно научних доказа о штетности меса животиња третираним датим хормонима и да постоји ризик од канцера људи. Из разлога недовољности ових доказа, Апелационо тело је и проценило да је у датом случају прекршен чл. 5.1, а такође и чл. 3.3. Споразума о санитарним и фитосанитарним мерама.

[59] Hughes, E.L., *The Use of the Precautionary Principle in WTO Dispute Settlement*, Oslo, 2011, стр. 17. Uporedi: Appellate Body Report, EC Measures Concerning Meat and Meat Products (EC-Hormones), supra note 80, para. 194.

них основа за дефинисање коначног става. Наведени приступ је служио и као основа за одређење у случају коришћења генетски модификованих организама.[60] Уместо тога, панел се заложио за приступ релевантним одредбама наведеног споразума у складу са уобичајеним правилима уговорног тумачења[61], у светлу разјашњења уговорног контекста, његовог предмета и сврхе.[62] У том оквиру се наведени принцип види као помоћни инструмент у проналажењу уобичајеног уговорног значења.

На основу изнетих ставова, може се закључити да пракса решавања спорова у СТО имплицитно третира принцип предострожности као могући приступ, а не као обавезујуће правило.[63]

## Критичка оцена

Представљеним нормативним решењем и његовом интерпретацијом у пракси решавања спорова СТО, принцип предострожности је добио своју доктринарну потврду у Споразуму о санитарним и фитосанитарним мерама, али у веома специфичном и ограниченом облику.[64] Иако је Апелационо тело у пракси решавања спорова потврдило да се принцип предострожности огледа у члановима 3(3) и 5(7), као и као у ставу 6 у преамбули СПС, она одбија могућност да то даје усмерен, специфичан смисао овом споразуму. У складу с тим, његова примена се посматра као део управљања ризицима где заштитна мера има временски ограничен, привремени карактер, мада је та привременост упитна у пракси.[65]

Иако је оваква уско постављена примена наведеног принципа супротна интенцијама базичних међународних еколошких декларација о његовој екстензивној примени,[66] ипак се може рећи да се ради о симболичном позитивном помаку, према стратешком циљу успостављања рав-

[60] У случају коришћења ГМО технологије, ЕК се такође позвао на принцип предострожности као „пуноправни и општи принцип међународног права". Панел је, понављајући ставове из случаја ЕК-хормони, утврдио да је дебата том питању у току и да је рано за заузимање дефинитивних ставова.

[61] Упореди: чл. 31. Споразума о санитарним и фитосанитарним мерама

[62] Hughes, E.L., op.cit., стр. 29.

[63] Hughes, E.L., op.cit., стр. 30.

[64] Чл. принцип предострожности добија своју примену у веома специфичном и ограниченом облику у члану 5.7 Споразума о санитарним и фитосанитарним мерама.

[65] Тако је у случају ЕК-хормони Европска унија широко засновала без посебних временских одредница привремености. Appellate Body Report, EC Measures Concerning Meat and Meat Products (EC-Hormones), *para. 124*.

[66] У чл. 15. Рио Декларација, Конференција УН о животној средини и развоју у Рио де Жанеиру инсистира на широкој примени принципа предострожности.

нотеже између јавног здравља, екологије и либерализације међународне трговине.[67] То посебно важи ако се ово стање успореди са оним у GATT-у 1994. Систем изузетка овог споразума, према прихваћеним тумачењима, захтева увек довољан доказ за постојање ризика, те на тај начин искључује примену принципа предострожности, који је везан за случајеве постојања научне неизвесности. У том погледу посебно је илустративан случај *ЕК-азбест.*[68]

Наравно да такви минимални помаци, без посебних практичних импликација, никако нису довољни, нити могу задовољити потребе заштите здравља и животне средине. Битно ограничавање примене овог принципа у виду привремености који прате захтеви за додатним информацијама за објективнију процену ризика у разумном року[69], уз рестриктивну праксу тумачења, свакако нису адекватан одговор СТО на све веће ризике који нужно прате технолошки развој. Доктринарно прихватање овог принципа, више као могући приступ текстуалном уговорном тумачењу, нарочито није довољно у контексту заштите здравља људи. Слажемо се са неким мишљењима[70] да у овом контексту треба различито тумачити и одвојити заштиту људи од заштите биљака и животиња. У том смислу заштита здравља људи као прворазредни објекат заштите посебно заслужује ширу примену принципа предострожности, као неизбежног алата у отклањању потенцијалних недефинисаних опасности. Стални напредак биотехнологије и сви непредвидиви ризици који тај процес прати, снажно аргументују напред наведена залагања.

Ипак, и тај процес треба да се одвија под контролом, да би се избегло коришћење овог принципа као паравана за ограничавања међународне трговине. При томе је битно развити критеријуме који треба да усмеравају примену овог. Они морају да успоставе равнотежу између два важна фактора: величине могућих штета по животну средину и здравље људи, последица и трошкова деловања (или неактивности). Са растом величине потенцијалних штета расте и потреба да се делује на безбедан начин у његовој примени. Неактивност такође може имати своју цену – цену неконтролисане штете по животну средину, која може бити огромна. Постизање оптималне равнотеже у овој области захтеваће добру веру држава, која у међународној трговини често не изостаје.

[67] Laowonsiri, A., op.cit., стр. 567.

[68] Извештај о случају *EC – Asbestos* VT/DS135/AB/R, par. 167.

[69] Morici, P., op.cit., стр. 52; Hughes, E.L., op.cit., стр. 33.

[70] Laowonsiri, A., op. cit., стр. 573.

## Закључак

Са аспекта заштите животне средине, Споразум о санитарним и фитосанитарним мерама један је од кључних у систему посебних споразума СТО. Његов практични значај у овој области је велик, а он ће у наредном период још више расти и због чињенице да његова правила у добром делу покривају и врло експанзивну област примене супстанци и технологија са недовољно истраженим последицама, као што су генетски модификовани организми.

За област екологије у овом споразуму релевантно је неколико одредаба које превасходно дефинишу захтеве за коришћење санитарних и фитосанитарних мера од стране држава чланица СТО и то посебно у домену процене ризика. Њихова примена је отежана због општости дефинисања и коришћења термина који захтевају додатна тумачења. Већи проблем од тога је то што њихова нормативна поставка у својој укупности, као и њихово тумачење у пракси решавања спорова СТО, исказује превасходну усмереност не само у правцу спречавања самовоље држава, већ и да битно ограниче њихово право на увођење заштитних еколошких мера. На тај начин су интереси слободног одвијања међународне трговине стављени у први план, испред интереса заштите животне средине, уместо да се између њих пронађе одговарајући баланс. То се посебно исказује у домену односа према примени принципа предострожности у датој области. Он се у концептуалном смислу и даље посматра само као један од могућих приступа у тумачењу споразума, а његова битно ограничена примена се посматра само као део управљања ризицима и укључује само привременост предострожних мера, и то под квалификованим условима. Такав приступ је посебно неодговарајући у домену заштите здравља људи.

Свеукупно гледано, разматрања указују да појединачан, фрагментиран и неједнак систем заштите животне средине који се успоставља посебним споразумима у СТО, па и у Споразуму о санитарним и фитосанитарним мерама, није довољан за остварење све ургентнијих циљева заштите животне средине. Све очигледније постаје да је квалитативни помак једино могућ доношењем посебног споразума о еколошким аспектима међународне трговине, који би интерес заштите животне средине ставио у исту раван са интересима либерализације међународне трговине. Нажалост, због дубине разлика у ставовима земаља чланица СТО, то тренутно не изгледа извесно, што може проузроковати велике дугорочне проблеме.

**Drago Divljak, Ph. D., Full Professor**
**Faculty of Law of the University Novi Sad**

# ECOLOGICAL COMPONENT OF WTO AGREEMENT ON SANITARY AND PHYTOSANITARY MEASURES

*From the aspect of environmental protection, the Agreement on Sanitary and Phytosanitary Measures is among the key ones in the system of special WTO agreements. Its practical significance in this field is large, and will continue to grow even more in the forthcoming period due to the fact that its rules cover to a large extent a highly expansive field of application of substances and technologies with insufficiently studied effects, such as genetically modified organisms.*

*As far as ecology is concerned, there are a few provisions in this Agreement that are of relevance since they define primarily the requests for implementation of sanitary and phytosanitary measures by the WTO Member States, in particular in the risk assessment domain. Their implementation is aggravated due to a general character of defining and use of terms requiring supplementary interpretation. However, much bigger problem is the fact that their overall normative setting, as well as their interpretation in practice of dispute resolving shows the WTO's primary commitment directed not only to preventing the countries' arbitrariness but also to limiting significantly their right to introduce protective ecological measures. In this way the interests of free flow of international trade have been placed in the forefront, ahead of the interests of environmental protection, instead of finding the appropriate balance between them. This is expressed in particular in the domain of relationship towards the implementation of the precaution principle in the given area. In the conceptual sense it is still seen as one of potential approaches to interpretation of the Agreement and its significantly limited application is seen merely as a part of risks management and includes only the temporary character of precaution measures, under qualified conditions. Such an approach is particularly inadequate in the domain of human health protection.*

*Generally speaking, the analyses show that individual, fragmented and unequal system of environmental protection that is set based on special agreements with the WTO, including the Agreement on Sanitary and Phytosanitary Measures is not sufficient for accomplishing of more and more urgent aims of*

*environmental protection. It is getting more and more evident that qualitative step forward is possible only by passing of a special agreement on ecological aspects of international trade that would place the environmental protection interest at the same level with the interests of international trade liberalisation. Regretfully, this does not seem likely due to the depth of differences in attitudes of the WTO Member States, which might cause large long-term problems.*

УДК 347.4/.7

# НЕКА ПИТАЊА АПСТРАКТНОГ ОДМЕРАВАЊА НАКНАДЕ ШТЕТЕ ЗБОГ ПОВРЕДЕ ОБАВЕЗЕ ИСПОРУКЕ У ПРАВУ МЕЂУНАРОДНЕ И ДОМАЋЕ ПРОДАЈЕ[1]

**Др Сандра Фишер Шобот***

***Сажетак**: Ако продавац повреди обавезу испоруке, купац може захтевати накнаду штете, која може бити одмерена конкретно и апстрактно. Апстрактно одмеравање накнаде штете постоји кад се накнада одмерава према апстрактно утврђеном износу независно од стварно претрпљене штете, односно накнада штете се одмерава на основу разлике између уговорене цене робе и њене тржишне вредности у одређено време на одређеном месту.*

*Предмет рада је анализа услова под којима је могуће апстрактно одмеравање накнаде штете због повреде обавезе испоруке у праву међународне и домаће продаје. Због сложености разматрања, у раду ће бити изложени само неки од услова који треба да буду испуњени да би се штета могла одмерити апстрактно.*

***Кључне речи**: повреда уговора, неиспорука, накнада штете, апстрактно одмеравање накнаде штете.*

## 1. Уводна разматрања

*Апстрактно* (*диференцијално*) *одмеравање накнаде штете* представља начин израчунавања накнаде штете на основу разлике између уговорене цене и текуће (тржишне) цене. Одмеравање накна-

* **Др Сандра Фишер Шобот, доцент, Правни факултет Универзитета у Новом Саду**

[1] Рад је настао као резултат истраживања на пројекту Утицај европског и прецедентног права на развој грађанског материјалног и процесног права у Србији и Војводини, који се финансира из средстава Покрајинског секретаријата за науку и технолошки развој.

де штете је апстрактно јер продавац који је одговоран за насталу штету због повреде обавезе испоруке не може доказивати да купац није претрпео штету, да је она била мања од накнаде штете одмерене апстрактно, да купцу у стварности роба није била потребна, да је препродао или да неће бити изложен захтевима својих муштерија. Наравно, овакво одмеравање накнаде штете има смисла ако је разлика између текуће и уговором одређене цене за купца неповољна, односно ако је тржишна цена већа од уговорене. У супротном, ако је уговорена цена већа, купац не трпи никакву штету, па нема право ни на њену накнаду.

Правила о апстрактном одмеравању накнаде штете садрже и међународни и домаћи извори,[2] а нарочито извори у области права продаје. У раду ће бити приказана и анализирана правила садржана у *Конвенцији УН о уговорима о међународној продаји робе* (даље у тексту: конвенција, БК), *Принципима Европског уговорног права* (даље у тексту: ПЕЦЛ), *УНИДРОИТ Принципима међународних трговинских уговора* (даље у тексту: УПЦ) и у *Закону о облигационим односима* (даље у тексту: ЗОО) и *Општим узансама за промет робом* (даље у тексту: ОУЗ).

Диференцијално одмеравање накнаде штете почива на истим премисама као и конкретно одмеравање накнаде штете кад је извршена куповина ради покрића.[3] При том се код апстрактног одмеравања накнада штете рачуна на основу хипотетичке куповине ради покрића извршене по текућој (тржишној) цени. Наиме, полази се од тога да је у случају повреде обавезе испоруке од стране продавца, купац у сваком случају овлашћен да изврши куповину ради покрића по текућој цени.[4] Другим речима, продавац који повреди уговор мора сносити трошкове куповине ради покрића. Извршење посла ради покрића, по правилу, ствара и додатне трошкове које продавац мора накнадити. Ако купац није извршио куповину ради покрића, продавац ће „уштедети“ на тим трошковима,

[2] Видети чл. 76 Конвенције УН о уговорима о међународној продаји робе (*Службени лист СФРЈ*, бр. 10/1/84 од 31.12.1984; даље у фуснотама: БК), чл. 7.4.6 УНИДРОИТ Принципа међународних трговинских уговора (Текст УНИДРОИТ Принципа међународних трговинских уговора из 2010. године је доступан на *www.unilex.info*; даље у фуснотама: УПЦ), чл. 9:507 Принципа европског уговорног права (Текст Принципа европског уговорног права је доступан на *http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/PECL%20engelsk/engelsk_ partI_og_II.htm;* даље у фуснотама: ПЕЦЛ), чл. 524 Закона о облигационим односима (*Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 57/89, 31/93; даље у фуснотама: ЗОО), уз. бр. 211 Општих узанси за промет робом (*Службени лист ФНРЈ*, бр. 15 од 07.04.1954; даље у фуснотама: ОУЗ).

[3] О конкретном одмеравању накнаде штете кад је извршена куповина ради покрића видети више код Сандра Фишер Шобот, Конкретно одмеравање накнаде штете кад је извршена куповина ради покрића, *Право и привреда,* бр. 4–6/2013, стр. 540–554.

[4] Видети одлуку у предмету Germany, 22 September 1992, Appellate Court Hamm (*Frozen bacon case*) доступно на *http://cisgw3.law. pace.edu/cases/920922g1.html.*

али он се никако не може фаворизовати до те мере да више не одговара за штету коју је узроковао купцу повредом обавезе испоруке[5].

Апстрактно израчунавање накнаде штете има значајне предности и много се користи у привредним односима. Овај начин одмеравања накнаде штете је, код повреде обавезе испоруке од стране продавца, повољан за купца из следећих разлога. Прво, одмеравање накнаде штете је једноставно, јер купац не мора да докаже конкретно претрпљену штету. Купац не мора да докаже да је намеравао да прода робу или да изврши неки други посао у вези са робом. Увек је јасно која је цена уговорена, тако да купац треба само да докаже колика је била текућа цена за робу на одређеном тржишту у одређеном тренутку. Наведено има нарочит значај код прекограничних трансакција. Друго, апстрактно одмеравање накнаде је веома погодно кад је купцу тешко или чак и немогуће да докаже стварно претрпљену штету. Такав случај ће бити ако купац изгуби интерес за робом коју му продавац није испоручио (нпр. предмет уговора је рано сезонско воће или поврће). И последње, захтев за апстрактно одмеравање накнаде штете представља минимум одштетног захтева. Притом је потпуно неважно да ли је купац заиста и претрпео штету у тој висини. Сходно томе, продавац не може доказивати да купац није уопште претрпео штету или да је претрпљена штета мања. Наравно, ако је купац трпео и додатну штету која није покривена разликом између уговорене и текуће цене, он може захтевати и њену накнаду у складу са општим правилима о накнади штете (чл. 74 БК, чл. 9:502 ПЕЦЛ, чл. 7.4.2 УПЦ, чл. 526 ЗОО).

Апстрактно одмеравање накнаде штете служи за рачунање губитка због неизвршења тј. оних губитака насталих директно неизвршењем.[6] С друге стране, накнаду штете за изгубљену добит оштећени може захтевати у складу са општим правилима о одмеравању накнаде штете.

[5] Видети више код Wolfgang Krüger, Harm Peter Westermann (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 3, 4. Auflage, München, 2004, стр. 2642; CISG Advisory Council Opinion No. 8, *Calculation of Damages under CISG Articles 75 and 76,* November 2008, тачка 4.1.3.

[6] О врстама губитака видети више код Сандра Фишер Шобот, Право купца на накнаду штете због повреде обавезе испоруке у међународном и домаћем праву, *Правни живот*, 11/2011, стр. 377–379.

## 2. Услови који морају бити испуњени за апстрактно одмеравање накнаде штете

За апстрактно одмеравање накнаде штете је, према правилима међународне и домаће продаје, потребно испуњење следећих услова. Прво, уговор о продаји мора бити раскинут. Друго, апстрактно одмеравање накнаде штете може захтевати само купац који није извршио куповину ради покрића. Треће, у раскинутом уговору мора бити одређена цена робе. И четврто, роба која је предмет раскинутог уговора мора имати и текућу цену. У разматрањима која следе биће анализирана прва три услова, док ће постојање текуће цене бити предмет разматрања у посебном раду.

### 2.1. Раскид уговора

Чл. 76 БК, *soft law* извори[7] и чл. 524(1) ЗОО изричито предвиђају да уговор о продаји мора бити раскинут. Притом није од значаја на који је начин уговор раскинут. Постојање овог услова је разумљиво јер све до раскида уговора продавац може извршити обавезу испоруке, а купац може примити и закаснело испуњење.

Раскид уговора мора бити изјављен и мора производити правно дејство. У доктрини права међународне продаје постоје опречна мишљења да ли, ако се утврди да продавац неће испоручити робу или ако он коначно одбије да испоручи робу, за апстрактно одмеравање накнаде штете уговор мора бити раскинут. Према једном мишљењу, основни уговор о продаји мора бити раскинут.[8] Насупрот томе, у новијој немачкој и

[7] Чл. 9:509 ПЕЦЛ, чл. 7.4.6 УПЦ користе термин „termination“, док БК као услов наводи „avoidance“. У сваком случају, терминолошка разлика нема значај. Видети више о томе код Bruno Zeller, *Remarks on the manner in which the UNIDROIT Principles may be used to interpret or supplement Article 76 of the CISG,* October 2003 доступно на *http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/principles/uni76.html*.

[8] Tako Karsten Schmidt (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, München, 2004, стр. 678; Heinz Georg Bamberger, Herbert Roth (Hrsg.), *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 3, München, 2003, стр. 2881.

Наведено је прихваћено и у судској пракси. Видети нпр. Russia, 24 January 2000, Arbitration proceeding 54/1999 доступно на *http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000124r1.html*; Germany, 20 February 2002, District Court München (*Shoes case*), тачка I.3(б) доступно на *http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020220g1.html*; Argentina, 24 June 2010, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de Buenos Aires – Sala F доступно на *http://www.unilex.info/case.cfm?id=1590.*

швајцарској доктрини доминантан је став да повериоцу треба дозволити апстрактно одмеравање накнаде штете и кад уговор није раскинут, ако је јасно да дужник неће извршити дуговану чинидбу, јер је то у складу са принципом савесности и поштења.[9] Такви случајеви би били кад продавац дефинитивно одбије да изврши обавезу или кад извршење испоруке није више могуће (нпр. прекорачење рока код фиксне продаје или кад наступи немогућност извршења).[10] Сматрамо да је исправно прво мишљење из барем четирију разлога. Прво, све док је уговор на снази, стране су дужне да поступају у складу са њим. Тек се раскидом уговора гаси право уговорних страна да захтевају извршење уговора, а оне поново стичу слободу да остваре покриће на други начин. Кад је јасно да продавац неће испоручити робу, раскид уговора је за купца само формалност, али он је мора извршити ако жели да се користи предностима које носи овај начин одмеравања штете. У прилог овом ставу говоре разлози правне сигурности. Друго, сам текст чл. 76 БК јасно одређује да уговор мора бити раскинут. Стога не би било исправно изједначити ситуације кад је уговор раскинут и кад постоји право на раскид уговора. Треће, кад уговор није раскинут одмеравање накнаде штете је могуће према чл. 74 БК. Дакле, оштећена страна може да оствари накнаду штете, али ће се накнада одмеравати конкретно и претрпљену штету ће морати да докаже. Коначно, одређивање текуће цене као једног од параметара за одмеравање накнаде штете се, по правилу, везује за тренутак раскида уговора. Ако би апстрактно одмеравање накнаде штете било могуће и кад постоји право на раскид уговора проблем би могло да представља одређивање тренутка настанка тог права, па сходно томе и тренутка релевантног за одређивање текуће цене.

[9] Видети више код Heinrich Honsell (Hrsg.), *Kommentar zum UN-Kaufrecht*, Berlin, Heidelberg, 2010, стр. 1040; Ingeborg Schwenzer (ed.), P. Schlechtriem, I. Schwenzer, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Oxford, 2010³, стр. 1037.

Наведени став је прихваћен и у судској одлуци донетој у предмету Germany, 15 September 2004, Appellate Court München (*Furniture leather case*) доступно на *http://cisgw3.law.pace.edu/cases/040915g2.html.* У одлуци је наведено да би у случају кад продавац озбиљно и коначно одбије да изврши уговор, захтевање од купца да изричито раскине уговор представљало непотребни формализам. Суд је овакву одлуку оправдао разлозима правне сигурности.

За супротно мишљење видети одлуку у предмету Germany, 20 February 2002, District Court München (*Shoes case*), тачка I.3(б) доступно на *http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020220g1.html*. Наиме, суд је заузео став да, чак и кад би продавац неоправдано одбио да изврши даље испоруке, то не би овластило купца да захтева апстрактно одмеравање накнаде штете према чл. 76 БК, јер је за његову примену потребан оправдан раскид уговора, који се према ставу суда није догодио.

[10] Видети више код Christoph Brunner, *UN-Kaufrecht – CISG – Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf von 1980 – Unter Berücksichtigung der Schnittstellen zum internen Schweizer Recht,* Bern, 2004, стр. 443.

Према формулацији чл. 524(1) ЗОО, раскид уговора треба да буде последица повреде уговора, односно у конкретном случају повреде обавезе испоруке од стране продавца. У домаћој теорији постоје два мишљења шта је обухваћено појмом повреда уговора. Према првом, ужем схватању, појам повреда уговора код апстрактног одмеравања накнаде штете обухвата само неиспуњење обавезе (испоруке), односно могуће је само кад продавац није испоручио робу.[11] Исто произлази и из уз. бр. 211 ОУЗ пошто је апстрактно рачунање штете дозвољено само ако купац одустане од уговора због доцње продавца. Према другом схватању, повреду уговора треба схватити шире, односно она обухвата неизвршење и мањиво извршење обавезе (испоруке).[12] Исправним сматрамо друго становиште, јер се уговор о продаји може раскинути не само кад је продавац у доцњи са испоруком робе (чл. 124 ЗОО), него и кад испоручена роба има материјални недостатак (чл. 489 ЗОО) и кад је купцу роба одузета због евикције (чл. 510(1) и (2) ЗОО). Такође, ограничења не произлазе ни из текста чл. 524(1) ЗОО. И на крају, шире схватање повреде уговора је у складу са еволуцијом правних правила и решењима прихваћеним у изворима права међународне продаје.

### 2.2. Неизвршење куповине ради покрића

Диференцијално одмеравање накнаде штете заснива се на хипотетичком послу ради покрића тј. на хипотетички извршеној куповини ради покрића по тржишној цени. Позивање на хипотетички посао ради покрића нема смисла ако је куповина ради покрића заиста извршена. Другим речима, апстрактно одмеравање накнаде штете могуће је само кад купац није извршио куповину ради покрића. Услов да није извршена куповина ради покрића изричито је предвиђен у чл. 76 БК. Иако га наш закон не предвиђа, он логично произлази из сврхе апстрактног одмеравања накнаде штете.

С друге стране, не може се искључити могућност да купац захтева апстрактно одмеравање накнаде штете, а да након тога изврши куповину ради покрића.[13]

[11] Тако Слободан Перовић, Драгољуб Стојановић (ур.), *Коментар Закона о облигационим односима*, књига II, Крагујевац, Горњи Милановац, 1980, стр. 158.

[12] Тако Ивица Јанковец, *Уговорна одговорност*, Београд, 1993, стр. 262; Борислав Т. Благојевић, Врлета Круљ (ур.), *Коментар Закона о облигационим односима*, књига I, Београд, 1980, стр. 1023.

[13] Видети више код Fritz Enderlein, Dietrich Maskow, *International Sales Law*, Oceana Publications, 1992, стр. 305.

Разлози неизвршења куповине ради покрића немају значај за апстрактно одмеравање накнаде штете, али могу утицати на њену висину.

Ако купац изврши посао ради покрића, онда се накнада штете одмерава конкретно.[14] Наравно, потребно је да буду испуњени сви услови за одмеравање штете кад је извршена куповина ради покрића. Након извршене куповине ради покрића, купац не би могао захтевати апстрактно одмеравање накнаде штете јер му то више одговара. Наиме, циљ накнаде штете је да купац буде потпуно обештећен, што се постиже и конкретним одмеравањем накнаде штете кад је извршен посао ради покрића. Допустити му да захтева апстрактно одмеравање било би у супротности са начелом савесности и поштења и ишло би на терет продавца. Међутим, у једној ситуацији је могућа кумулативна примена чл. 75 и 76 БК. То ће бити случај ако купац путем посла ради покрића набави само део робе, а за преостали део робе се накнада штете може израчунати апстрактно.[15]

Важно је питање да ли купац има право да бира начин одмеравања накнаде штете. Другим речима, да ли купац мора да да предност конкретном одмеравању накнаде штете у односу на апстрактно и да увек кад је то могуће изврши куповину ради покрића.

Основно је правило да је купац овлашћен, у сваком конкретном случају, да одабере начин на који ће штета бити одмерена, при чему је за апстрактно одмеравање накнаде штете и за куповину ради покрића потребно испуњење и додатних услова предвиђених у БК и ЗОО. Наравно, купац ће се определити за онај начин рачунања штете који је за њега најповољнији. Једном учињен избор купца није коначан, па он накнадно може захтевати и одмеравање накнаде штете на други начин све док његов интерес за обештећењем не буде у потпуности задовољен. Изузетно, ако одмеравање штете на један начин води обештећењу купца у целости, онда он не може захтевати да се штета обрачуна на други начин, који је тежи за продавца[16].

Међутим, постоје и ставови у доктрини и судској пракси да у случају раскида уговора предност треба дати конкретном одмеравању накнаде штете.[17] Другим речима, правила о одмеравању накнаде што-

[14] Видети чл. 75 БК, чл. 525 ЗОО.

[15] Тако W. Krüger, H.P. Westermann (Hrsg.), *нав. дело*, стр. 2642; C. Brunner, *нав. дело*, стр. 448.

[16] Видети више код И. Јанковец, *нав. дело*, стр. 228.

[17] Тако Burghard Piltz, *Internationales Kaufrecht, Das UN-Kaufrecht (Wiener Übereinkommen von 1980) in Praxisorienter Darstellung*, München, 1993, стр. 287. Видети одлуку у предмету Germany, 22 September 1992, Appelate Court Hamm (*Frozen Bacon Case*) доступно на *http://cisgw3.law.pace.edu/cases/920922g1.html*

те према текућој цени треба применити само ако посао ради покрића није извршен или није био могућ. Према нашем мишљењу, купцу као оштећеном треба дати право да бира на који начин ће накнада штете бити одмерена. У великом броју случајева ће за купца бити повољније да изврши куповину ради покрића, него да се накнада штете одмерава према тржишној цени. Међутим, у судској пракси је заузет став да чак ни у том случају купац није обавезан да изврши куповину ради покрића.[18] До оваквих ситуација ће у пракси често доћи кад купац због сталног присуства на тржишту може да набави робу по нижој цени у односу на тржишну.[19] У наведеним околностима би продавац могао да захтева смањење апстрактно одмерене накнаде штете у складу са чл. 77 БК, ако докаже да је купац баш због свог сталног присуства на тржишту могао да закључи посао ради покрића под повољнијим условима од куповине по тржишној цени и да се од њега могло разумно очекивати да то и уради.[20]

Коначно, у пракси се, кад су испуњени услови из чл. 75 БК, најчешће и врши куповина ради покрића.[21] По правилу, купац ће се определити за куповину ради покрића уколико може да купи робу по цени нижој од тржишне. Дакле, кад је куповина ради покрића за њега повољнија у односу на апстрактно одмеравање накнаде штете. Друго, текућа цена се одређује према месту испоруке.[22] Код отпремних уговора, кад је испорука извршена предајом робе првом превозиоцу, место испоруке и место опредељења се разликују. У том случају, купцу може бити тешко да докаже текућу цену робе у месту испоруке и по правилу ће му више одговарати да у месту опредељења изврши куповину ради покрића.

Став је значајног броја теоретичара права међународне продаје да су са изостанком посла ради покрића изједначена два случаја. Прво, ако куповина ради покрића није извршена на разуман начин или у разумном року[23] и друго, ако купац редовно закључује исте послове за исту врсту

[18] Germany, 18 January 1991, District Court Bielefeld (*Bacon case*) доступно на *http://cisgw3.law.pace.edu/cases/ 910118g1.html.* Исти став је заузет и у предмету Estonia, 19 February 2004, Tallinn Circuit Court [Appellate Court] (*Novia Handelsgesellschaft mbH v. AS Maseko*) доступно на *http://cisgw3.law.pace.edu/cases/040219e3. html.*

[19] Исто тако I. Schwenzer (ed.), *нав. дело*, стр. 1037.

[20] Исто тако H. Honsell (Hrsg.), *нав. дело*, стр. 1041.

[21] Видети више о томе у CISG Advisory Council Opinion No. 8, тачка 4.1.2.

[22] Видети чл. 76 БК.

[23] „Ако је купац изгубио право на накнаду конкретне штете због тога што куповину за покриће није извршио у примереном року, није тиме изгубио и право на накнаду апстрактне штете.“ Пресуда Врховног привредног суда Сл-508/56, С. Перовић, Д. Стојановић (ур.), *Коментар Закона о облигационим односима*, књига II, стр. 160

робе и ако није могуће извршену куповину ради покрића повезати са конкретним раскинутим уговором.[24]

У теорији права међународне продаје је спорно по којој формули треба одмерити накнаду штете ако је посао ради покрића неразуман, односно ако је извршен на неразуман начин или у неразумном року (нпр. ако је роба купљена по цени знатно вишој од тржишне или ако је између раскида уговора и куповине ради покрића прошло много времена). Према доминантном мишљењу, у том случају се накнада штете одмерава као да није ни извршен посао ради покрића. Другим речима, није могуће одмеравање накнаде штете према чл. 75 БК, јер нису испуњени услови за његову примену. Стога, ако роба има тржишну цену и ако је уговор раскинут, треба применити чл. 76, а у свим осталим случајевима чл. 74 БК.[25] Други је став да треба применити чл. 75 БК, али је захтев за накнаду штете ограничен на ону накнаду која би повериоцу припала да је куповина ради покрића била разумна. Накнада штете би у том случају представљала разлику између уговорене цене и разумне цене куповине ради покрића.[26] Коначно, према трећем ставу, у случају неразумне куповине ради покрића примењује се чл. 75 БК, али се захтев за накнаду штете смањује у складу чл. 77 БК. [27] Сматрамо да треба следити општи став јер би утврђивање разумне куповине ради покрића могло водити правној несигурности, која се може избећи применом, пре свега, правила о одмеравању накнаде штете према тржишној цени. И последње, мишљења смо да различита схватања у теорији не воде раз-

[24] Видети код B. Piltz, *нав. дело*, стр. 287.

[25] F. Enderlein, D. Maskow, *нав. дело*, стр. 303; Cezare Massimo Bianca, Michael Joachim Bonell (ed.), *Commentary on the International Sales Law – The 1980 Vienna Sales Convention*, Milan, 1987, стр. 551; W. Krüger, H.P. Westermann (Hrsg.), *нав. дело*, стр. 2639; H.G. Bamberger, H. Roth (Hrsg.), *нав. дело*, стр. 2882; Peter Schlechtriem (ed.), *Commentary on the UN Convention of the International Sale of Goods (CISG)*, 1st edition, München, New York, 1998, стр. 576, 577; Ulrich Magnus, *J. von Staudingers Kommentar zum Burgerlichen Gesetzbuch: Wiener UN-Kaufrecht (CISG)*, Sellier-de Gruyter, Berlin 2005, стр. 744; *Коментар Секретаријата* (UN DOC. A/CONF. 97/5), Official Records, стр. 61, коментар чл. 72, тачка 6; CISG Advisory Council Opinion No. 8, тачка 4.1.4.
У теорији права међународне продаје преовлађује став да иако чл. 7.4.5 УПЦ и чл. 9:506 ПЕЦЛ изричито не регулишу начин рачунања накнаде штете кад је посао ради покрића неразуман, будући да је структура правила о накнади штете аналогна правилима садржаним у БК, одредбе садржане у тим инструментима треба тумачити на горенаведени начин. Видети чл. 7.4.1-7.4.6 УПЦ, чл. 9:506-9:507 и CISG Advisory Council Opinion No. 8, тачка 2.4.4. и фуснота бр. 38.

[26] Видети више kod W. Krüger, H.P. Westermann (Hrsg.), *нав. дело*, стр. 2639; U. Magnus, *нав. дело*, стр. 744.

[27] H. Honsell, *нав. дело,* стр. 1029. Супротан став је заузет у предмету Switzerland, 15 September 2000, *Supreme Court [4C.105/2000]* (*FCF S.A. v. Adriafil Commerciale S.r.l.*) доступно на *http:// cisgw3.law.pace.edu/ cases/000915s2.html.*

личитим резултатима у пракси, нарочито кад роба има тржишну цену.[28] Другим речима, ако роба има тржишну цену, одмеравање накнаде штете према чл. 75 БК би скоро увек водило истом резултату као и апстрактно одмеравање штете према чл. 76 БК.

Друго, сматраће се да није извршен посао ради покрића кад купац редовно закључује исте послове за исту врсту робе и кад није могуће извршену куповину ради покрића повезати са конкретним раскинутим уговором.[29] Према другом ставу, сама чињеница да је неко лице стално присутно на тржишту и да стално закључује уговоре о куповини одређене робе, не би требало да води закључку да није извршен посао ради покрића. Штавише, у таквим ситуацијама постоји велика вероватноћа да је посао ради покрића заиста и извршен, али постоји тешкоћа да се одреди један посао као супституит. Дакле, чињеница да је више послова могло бити куповина ради покрића, не може водити закључку да није било посла ради покрића.[30] У овом случају купац не мора да докаже постојање одређеног посла ради покрића, ако може да истакне неколико њих, од којих би један или више њих служили као куповина ради покрића.[31]

## 2.3. Уговором одређена цена

Апстрактно одмеравање накнаде штете претпоставља да је цена робе у уговору изричито или прећутно одређена. Ово решење је разумљиво јер у супротном не постоји параметар са којим се може упоредити текућа цена. Притом није важно да ли је у време закључења уговора уговорена цена одговарала тржишној.

Правило је да купац има право на неповољну разлику између уговорене и текуће цене. Међутим, приликом одмеравања накнаде штете

[28] Наведено према С. Фишер Шобот, *Конкретно одмеравање накнаде штете*..., стр. 547, 548.

[29] Тако CISG Advisory Council Opinion No. 8, тачка 4.1.5.

У одлуци у предмету Austria 28 April 2000 Oberster Gerichtshof доступној на *http://www.unilex.info/ case.cfm?id=481* суд је заузео став да, ако је закључивање уговора исте врсте као и односни уговор део свакодневног пословања стране која захтева накнаду штете, накнада штете ће бити одмерена према чл. 75 БК само ако је неки од уговора закључених после раскида уговора требало да буде посао ради покрића. У сваком случају, терет доказивања да је извршен посао ради покрића је на страни која је штету проузроковала.

[30] Видети више код Jonathan Yovel, *Comparison between provisions of the CISG (Measurement of Damages when Contract Avoided: Article 76) and the counterpart provisions of the PECL (Article 9:507)*, March 2005 доступно на *www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/yovel76.html.*

[31] Тако J. Yovel, *нав. дело*, доступно на *www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/yovel76.html.*

неопходно је водити рачуна о поштовању начела савесности и поштења. Ако је продавац купцу одобрио посебан попуст на основу дуготрајне сарадње, купац има право на разлику у ценама, али се у обзир мора узети и попуст, односно уговорну цену треба одредити као да попуста није било.[32]

У домаћој теорији се различито схвата ситуација кад је цена робе прописана од стране надлежног државног органа. Према једном схватању, ако стране нису уговориле цену, али је она прописана, сматра се да су стране имале у виду прописану цену.[33] Друго је мишљење да постојање прописане цене не може да надомести одсуство њеног уговорног одређења.[34]

Апстрактно одмеравање накнаде штете је могуће и кад је цена уговорена уз примену клизне скале. Тада се као уговорена цена узима износ који би се добио применом клизне скале.

Ако је количина робе утврђена терминима „од–до“, „најмање–највише“, „circa“ узима се у обзир цена најмање количине робе коју је продавац требало да испоручи, јер се испорука сматра уредном и кад продавац испоручи најмању дозвољену количину.[35]

Апстрактно рачунање накнаде штете није могуће кад је уговорено да ће купац платити текућу цену. Исто важи и кад цена робе у уговору није одређена, нити из уговора одредива, јер се у том случају одређивање цене врши према текућој цени.[36]

## Закључак

Апстрактно одмеравање накнаде штете има бројне предности и много се користи у домаћој и међународној трговини.

Апстрактно обрачуната штета није одраз стварно претрпљене штете, него апстрактно утврђеног износа, независног од стварног губитка.[37]

[32] Видети више код И. Јанковец, *нав. дело*, стр. 263.

[33] И. Јанковец, *нав. дело,* стр. 263, 264.

[34] Тако С. Перовић, Д. Стојановић (ур.), *Коментар Закона о облигационим односима*, књига II, стр. 158, 159.

[35] Видети више код И. Јанковец, *нав. дело,* стр. 265.

[36] Видети чл. 55 БК, чл. 462(2) и (3) ЗОО. Тако Peter Schlechtriem, Ingeborg Schwenzer (ed.), *Commentary on the UN Convention of the International Sale of Goods (CISG)*, 2nd (English) edition, New York, 2005, стр. 783; I. Schwenzer (ed.), *нав. дело*, стр. 1037.

[37] Видети више код Јаков Радишић, *Облигационо право*, Београд, 2000, стр. 204.

При апстрактном одмеравању штете полази се од вредности чинидбе. Правило се заснива на претпоставци да је купац увек овлашћен да купи робу по тржишној цени.

У праву међународне и домаће продаје, штету је могуће апстрактно одмерити уколико су кумулативно испуњени следећи услови. Прво, уговор о продаји мора бити раскинут. Друго, апстрактно одмеравање накнаде штете може захтевати само купац који није извршио куповину ради покрића. Треће, у раскинутом уговору мора бити одређена цена робе. И четврто, роба која је предмет раскинутог уговора мора имати и текућу цену.

**Sandra Fišer Šobot, Ph.D., Assistant Professor**
**University of Novi Sad**
**Faculty of Law, Novi Sad**

## SELECTED ISSUES CONCERNING ABSTRACT METHOD FOR CALCULATING DAMAGES FOR NON-DELIVERY IN INTERNATIONAL AND SERBIAN SALES LAW

*In cases where the contract has been avoided and the aggrieved buyer has not entered into substitute transaction, rule on abstract calculation of damages represents alternative method for damage calculation. However, in conformity with the general principle of full compensation, damages recoverable in accordance with Art. 76 of the CISG and Art. 524 of the Serbian Law of Obligations should not place the aggrieved party in a better position than it would have been in had the contract been performed timely and in a proper manner. This method for calculating damages has numerous advantages and therefore it is commonly used in international and domestic sale of goods transactions.*

*Abstract method for calculating damages represents abstractly calculated loss, independent from the actual loss. The rule is based on the premise that the aggrieved party has the right to make substitute transaction at the current price.*

*In international and Serbian sales law, it is possible to measure damages in an abstract manner when the following cumulative conditions*

*are met. First, sales contract has to be avoided. Second, the aggrieved buyer can claim abstract calculation of damages only when he has not entered into substitute transaction. Third, avoided contract must expressly or implicitly fix a price for the goods. And finaly, abstract calculation of loss is possible only when the contract goods have current price.*

***Keywords:*** *contract breach, non-delivery, damages, abstract calculation of damages.*

УДК 341.81

# POČASNI KONZULI U MEĐUNARODNOM JAVNOM PRAVU

**Prof dr FilipTurčinović***

***Abstract:*** *U eri globalizacije povećava se značaj pojedinih tradicionalnih institucija. Među njima počasni konzulati i konzuli doživljavaju renesansu. To je u stvari rast uslovljen sa jedne strane privlačnošću diplomatsko-konzularne profesije i sa druge strane pomanjkanjem finansijskih sredstava za ulaganja u diplomatsko-konzularnu službu.*

*Istorija institucije konzula seže duboko u istoriju ljudskog društva. Ona se u savremenom smislu poistovjećuje sa rastom trgovačkih i ekonomskih interesa subjekta u međunarodnoj zajednici.*

*Prvi konzularni kor osnovan je u Francuskoj u 18. vijeku. Tokom 19. i 20. vijeka došlo je do uvećanja broja konzula i konzulata. Takva situacija zahtijevala je precizan i pouzdan pravni okvir.*

*Godine 1963. usvojena je Konvencija o konzularnim odnosima sa dva opciona protokola. Stupila je na snagu 19. marta 1967. godine. Bila je to izvjesna ali i ne sasvim odgovarajuća osnova za razvoj institucija konzula i počasnog konzula.*

***Ključne riječi:*** *Konvencija, protokol, konzul, počasni konzul, konzularni kor, status*

U Konvenciji o konzularnim odnosima iz 1963. godine predviđene su dvije kategorije konzula i to: karijerni konzuli i počasni konzuli. Nažalost, konvencija nije definisala instituciju počasnog konzula. U prilog toj tvrdnji idu brojne neuobičajene praznine u njihovom međunarodnopravnom statusu. Takođe valja naglasiti da je ustanova počasnih konzula fakultativnog karaktera i svaka država ponaosob je slobodna da odluči da li će imenovati ili primiti počasne konzularne funkcionere.[1]

* **Prof dr FilipTurčinović, redovni profesor Međunarodnog javnog prava Pravnog fakulteta Univerziteta u Banjoj Luci**

[1] Vidi čl. 68 Konvencije o konzularnim odnosima iz 1963. godine.

Primjetan je proces uvećanja funkcija počasnog konzulata i počasnih konzula, čime se potvrđuje utisak o enormnom povećanju uloge ove vrste diplomatsko-konzularnog opštenja. O tome svjedoče mnogobrojni nastupi kora počasnih konzula u državama širom svijeta.

Tako, na primjer, tek imenovani ministar inostranih poslova Malte, dr George Vella, 2013. imao je više značajnih susreta sa korom počasnih konzula na Malti. Tokom svih ovih događanja uvjeravao ih u svoju svesrdnu podršku i posebno namjeru da im uvijek pruži potrebnu pomoć.[2]

## Visoki profesionalni standardi

Počasni konzul mora staviti svoje konzularne obaveze iznad ličnih interesa. On u svom radu mora primjenjivati visoke standarade prilikom obavljanja njegovih funkcija. Očekuje se od njih da budu savjesni i na riječima i na djelu.

1) Počasni konzuli ne mogu zloupotrebljavati službenu poziciju, informacije koje imaju na raspolaganju usljed obavljanja službenih dužnosti, a u korist svojih privatnih interesa;

2) ne smije primati poklone i dobijati druge benefite od bilo koga, jer postoji pretpostavka da bi se tim putem mogao ugroziti njegov lični ugled i integritet;

3) nije dopušteno da širi nezvanične informacije bez dozvole;

4) nije dozvoljeno da bude pod nepriličnim pritiskom drugih.

## Učešće u političkim aktivnostima

Počasni konzul mora biti apolitičan u njegovim djelima i riječima. Nije dozvoljeno da svoje poslovne resurse i djelatnost stavlja na raspolaganje i odaje tajne odnosno svrstava se za ili protiv države prijema ili slanja.

Počasni konzul ne može se pridružiti niti jednoj političkoj partiji u državi prijema niti aktivno učestvovati u programu bilo koje takve partije.

[2] Vidi: www.mofa.gov.np/en/mission_consules/index/4. U 2013. i 2014. na Malti ima 33 počasna konzulata. Tokom 2014. održao je sastanak pod radnim nazivom „Povećanje međunarodnog ekonomskog rejtinga Malte u gradu Smartcity". Skupu je prisustvovalo više od stotinu počasnih konzula Malte i svijeta.

## Specifičnosti položaja počasnih konzula Australije

Funkcije počasnih konzula Australije uključuju predstavljanje države slanja, izdavanja viza, putnih isprava, dokumenata o nasljeđivanju i transferu nasljeđa. U tome je njihova specifičnost. Prema nekim uporednim pokazateljima, čini se da je njihova konzularna služba primijenila vrlo široke standarde što nesumnjivo poboljšava ukupnu poziciju počasnih konzula. Polovina od ukupnog broja konzula u australijskom diplomatsko-konzularnom stafu su počasni konzuli. Oni čak vode značajne bilateralne političke pregovore u situacijama kada država slanja nema sedentarnu diplomatsku misiju u Australiji.

Imuniteti počasnih njenih konzula čl. 55. i 58. Zakona o počasnim konzulima predviđa da moraju poštovati unutrašnje australijsko pravo.

Počasni konzuli imaju imunitete od građanske i administrativne jurisdikcije u pogledu akata koje vrše u obavljanju svojih konzularnih funkcija.

Konzuli koji imaju stalan boravak u Australiji uživaju imunitete od jurisdikcije i lične imunitete u pogledu akata preduzetih u vršenju konzularnih funkcija.

Arhiva ne može biti otvarana niti zadržana i mora se čuvati odvojeno od lične arhive i poslovne dokumentacije počasnog konzula.

Privilegije i imuniteti ograničeni su i ne odnose se na članove porodice niti na poslužno i tehničko osoblje.[3]

## Funkcije počasnih konzula

Uopšteno govoreći, počasni konzuli djeluju po slovu i duhu Bečke konvencije o konzularnim odnosima iz 1963. godine, jer ispunjavaju dužnosti i obaveze kako stoji u Konvenciji, časno, odgovorno, fer, legalno i pravedno.[4]

Počasni konzuli se ne uvode u posao na osnovu egzekvature ili odobrenja od države prijema.

[3] Vodič za počasne konzule usvojen je od Borda direktora Svjetske federacije na sastanku u Milanu održanom 21. maja 2010 godine.
Većina država ima svoj kodeks o diplomatama i konzulima. Ovaj kodeks odnosi se na vodič za počasne konzule koji imaju afilijaciju kod Svjetske federacije počasnih konzula.
http://www.ficacword.org/docs/AnnexMilanBodficacgGuidelinesForHC-2 pdf.

[4] Konvencija je objavljena u „Jugoslovenskoj reviji za međunarodno pravo“ br 2/1963.

Počasni konzuli po pravilu ne obavljaju svoje funkcije izvan svoga konzularnog distrikta izuzev u slučaju saglasnosti države domaćina.

Oni na teritoriji države prijema ne plaćaju takse i dažbine na konzularne akte izuzev onih koji su predviđeni propisima države slanja.

Država prijema ima obavezu da pruži zaštitu u granicama standarda razumnog za njegovu službenu poziciju.

Počasni konzul uživa izuzeće od carina i taksa i na platu i druge nadoknade koje dobija od države slanja.[5]

Otvaranje počasnog konzulata i imenovanje počasnog konzula zahtijeva, shodno odredbama Bečke konvencije o konzularnim odnosima iz 1963. godine, sporazum između vlade države slanja i države prijema. U njemu je nužno da bude utvrđena teritorija konzularnog distrikta.

Zahtjev za otvaranje počasnog konzulata mora biti upućen od strane ministarstva inostranih poslova države slanja.[6]

Kandidat za postavljenje na mjesto počasnog konzula po pravilu je državljanin ili stalni rezident koji im duboke veze sa državom slanja.

## Funkcije počasnog konzula

Konzularne funkcije su mnogobrojne. Ukoliko postoji namjera da se taksativno nabroje, suočavamo se sa problemom netipičnosti i nevelikog obima. Stoga su prisutna mišljenja da je lakše napraviti listu funkcija koje ne obavljaju konzuli. Profesor Miodrag Mitić, eminentni stručnjak za diplomatsko pravo, navodi primjer iz Departmana za konzularne poslove SAD-a, gdje se navodi lista funkcija koje konzuli ne obavljaju.[7]

Počasni konzuli obavljaju konzularne funkcije shodno članu 5. Konvencije o konzularnim poslovima. Ne postoji jedinstvena praksa o obimu ovih funkcija, jer je obično popisom obuhvaćen manji broj negoli što je to predviđeno navedenim članom i što konzuli faktički obavljaju.

Počasni konzulati Njemačke u SAD-u promovišu raznovrsne aspekte njihovih konzularnih odnosa. Najčešće pomažu građanima i jedne i druge države u pojedinim pravnim i konzularnim odnosima.

[5] http://www.ficacword.org/docs/AnnexMilanBodficacgGuidelinesForHC-2 pdf.

[6] Većina konzulata u Australiji klasifikuje se u grupu generalnih konzulata i konzulata.

[7] Vidi potpunije: M. Mitić, *Diplomatsko konzularno pravo*, 2007, str. 188–198.

Oni ne obavljaju sve vrste poslova koje obavljaju karijerni konzuli. Recimo, ne izdaju vize.[8]

Specifičnost pojedinih funkcija počasnog konzulata ogledaju se u njihovim posebnostima u odnosu na druge počasne konzulate. Recimo, počasni konzulati Indije u prvi plan stavljaju sljedeće funkcije:

1) promovisanje razumijevanja između počasnih konzula Indije u inostranstvu;

2) razvijanje dobrih opštih okvira za razmjenu informacija, ideja i sugestija sa svim vrstama konzulata države slanja;

3) promovisanje saradnje na međunarodnom nivou radi boljeg razumijevanja i obavljanja svojih dužnosti ali i radi unapređenja značaja i važnosti svoje uloge u međunarodnoj zajednici uopšte.

## Imuniteti i privilegije

Imuniteti

Imuniteti i privilegije počasnih konzula su ograničeni. Ne prostiru se na članove porodice počasnog konzula.[9]

Konzuli uživaju imunitete od jurisdikcije koji se tiču njihovih službenih dužnosti. Oslobođeni su svjedočenja predsudom ukoliko ima veze sa njihovim službenim funkcijama, izdavanjem dokumenta i obavljanjem poslova vještaka.[10]

Počasni konzuli nemaju imunitet od hapšenja i zadržavanja u pritvoru. U slučaju hapšenja i zadržavanja imaju pravo da se obrate državi slanja hitnom notifikacijom. Država slanja može opozvati počasnog konzula ukoliko okolnosti ukazuju da je to nastupilo kao posljedica njegovog službenog djela.[11]

[8] Wikipedia.org/wiki/Finland's-Consolate. Njemačka ima 69 počasnih konzula najvišeg ranga u SAD-u. Finska ima 28 počasnih konzulata u SAD-u. Indija ima 67 počasnih konzulata navišeg ranga.

[9] Vidi potpunije: M. Shaw, *International law,* 1986, str. 372–403.

[10] Vidi: V. Epps, *International law*, 2001, str. 150–151.

[11] Opšte odredbe koje se tiču imuniteta i privilegija sadržane su u članovima 28, 29, 30, 34, 35, 36, 37, 38 i 54. Primjenjuju se na konzulate kojima rukovodi počasni konzul. Osim toga, ta pitanja regulišu članovi 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66 i 67.

Privilegije

Kada je riječ o privilegijama, one su vrlo restriktivne i odnose se na oslobođenje od carina ali samo za namještaj, dijelove službene odjeće tipa uniformi i slično, zatim zastave, table sa natpisom, poštanske marke i pojedinih sredstava za štampu. Osim navedenog, oslobođeni su carine na određenu količinu alkoholnih pića i duvana i drugih potrepština za obilježavanje nacionalnog državnog praznika.

U većini država počasni konzuli konzuli nemaju mogućnosti povraćaja poreza.

Oni mogu koristiti poseban izdvojeni prostor na aerodromima ukoliko je to neophodno sa stanovišta potrebe za njihove službene dužnosti.[12]

## Zgrade konzulata i okolno zemljište

Oni mogu istaći zastavu države slanja na zgradi iznad ulaza i na rezidenciji počasnog konzula. Osim toga, zastavu mogu upotrebaljavati samo u slučajevima kada se prevozna sredstva koriste u službene svrhe i to na način kako to predviđaju propisi države prijema.

Konzularne zgrade i i okolno zemljište ne mogu biti upotrijebljene u svrhe koje nisu kompatibilne sa konzularnim funkcijama.

U nekim državama npr. organi države prijema ne mogu ući u zgradu konzulata bez odobrenja šefa konzulata. Saglasnost se podrazumijeva u slučaju požara i drugih nepogoda koji zahtijevaju hitnu i neodložnu akciju.[13]

## Konzularne arhive i dokumenti

Arhive i dokumenti počasnog konzulata pod rukovodstvom počasnog konzula nepovredivi su u svako vrijeme ma gdje bili, pod uslovom da se drže odvojeno od drugih papira i dokumenata. Moraju biti razdvojeni od drugih papira i dokumenata privatne korespondencije šefa počasnog konzulata ili osobe koja radi sa njim.

Ukoliko počasni konzul želi da se zaposli u nekoj drugoj stranoj državi ili u nekoj vladinoj agenciji ili međunarodnoj organizaciji, mora to nostrifikovati državi slanja i državi prijema.

[12] Vidi član 62. Konvencije iz 1963.

[13] Vidi čl. 30. Konvencije o konzularnim odnosima iz 1963. godine.

Počasni konzul ne može imati profitnu firmu zajedno sa vladom države prijema.[14]

## Državljanstvo počasnog konzula

Ukoliko počasni konzul ima državljanstvo neke druge države, to mora notifikovati državi slanja i državi prijema.

Ministarstvo inostranih poslova države prijema dužno je da notifikuje državi slanja duži period odsustva ili odlazak u penziju počasnog konzula.[15]

## Zaključak

Vrlo je bitno u ovim razmatranjima napraviti razliku između karijernih i počasnih konzula, prije svega u sferi njihovih nadležnosti i funkcija.

Bečka konvencija o konzularnim odnosima iz 1963. godine napravila je razliku između ovih dvaju vrsta konzulata i konzula.

Karijerni konzuli su službenici države slanja , dok su počasni konzuli po pravilu ličnosti veoma ugledne i poštovane u državi prijema čiji su državljani ili u njoj imaju trajni boravak.

Zbog svog ugleda, etike i poštovanja koje uživaju i dubokih i bogatih veza sa državom slanja, u mogućnosti su da razviju značajnu i plodonosnu saradnju u komercijalnim, ekonomskim, kulturnim i naučnim oblastima između dvije države nerijetko koristeći i sopstvene finansijske resurse.

Počasni konzuli su, naročito u našem dobu, pokazali da imaju kapacitet da razriješe brojne probleme, da zamijene karijerne konzule koji nisu mogli da uspješno okončaju pojedine poslove iz tih oblasti.

Takva pozicija i brojni objektivni razlozi, od kojih su oni najvažniji navedeni u tekstu, doprinijeli su afirmaciji ove institucije do neslućenih razmjera.

Pojedine zemlje srednje veličine kao Mađarska imaju ovu vrstu konzulata u stotinu zemalja. Njihov broj se svakog dana povećava. Trenutno ih ima preko 250 u svijetu.

Ta tendencija nije prisutna samo u Mađarskoj, već u brojnim drugim zemljama. Uspjesi koje postižu trebalo bi da budu nauk svim zemljama sa

[14] Vidi član 35. Konvencije o konzularnim odnosima iz 1963. godine.

[15] Vidi član 71. Konvencije o konzularnim odnosima iz 1963. godine.

ekonomskim problemima da više koriste ovu instituciju nego što je to slučaj sada.

**Prof FilipTurčinović, LL.D., full professor**
**International public law, Law Faculty**
**Banja Luka University**

## HONORARY CONSULS IN INTERNATIONAL PUBLIC LAW

***Abstract:*** *In the period of globalization the importance of traditional institutions is increasing. Likewise, honorary consuls and consuls are experiencing the times of renaissance.Such increased interest can be partly justified by way of attractiveness of the diplomatic consular profession and partly by way of shortage of funds for diplomatic consular service.*

*History of the institution of consul is deeply rooted into the history of human society.In modern world, it is compared to the growth of commercial and economic interests of subjects in the international community.*

*The first consulate was founded iin France in the 18th century. Throughout the 19 and 20th century a number of consuls and consulates increased.Such situation dictated for a precise and clearly defined legal framework.*

*In 1963 Convention on consular relations was adopted followed by two Optional protocols.This Convention came into force on 19 March 1967. It was a promising, but not quite appropriate basis for the development of the institutions of consul and honorary consul.*

***Key words:*** *Convention, protocol, consul, honoraryconsul, consular corps, status*

УДК 347.4/.7

# ТЕОРИЈА РЕЛАЦИОНИХ УГОВОРА: ОСНОВНЕ КАРАКТЕРИСТИКЕ

**Предраг Цветковић**[*] [**]

***Апстракт:*** *Полазна претпоставка теорије релационих уговора је разликовање трансакционих и релационих споразума. Трансакциони уговори имају за предмет симултане трансакције између уговарача, које се понављају са идентичним карактеристикама на тржишту. Трансакционе уговоре карактерише: 1. дистинкција трансакције од контекста у коме се трансакција одвија; 2. презентијација (планирање будућих догађаја и понашања уговарача из перспективе тренутка закључења уговора). Релациони уговори су дугорочни споразуми који се реализују у комплексним околностима и условљени су могућим променама контекста уговора. Теорија релационих уговора не залаже се за установљавање релационих уговора као посебне, именоване категорије уговора која би била регулисана различито од трансакционих уговора. Заступници релационе теорије залажу се искључиво за одговарајуће уважавање специфичности уговора код којих је релациони елеменат изражен ex ante (кроз дефинисање релационог елемента у уговору) и ex post (кроз имплементирање уговора). Теорија релационих уговора је искорак теорије с циљем да се пружи подршка реализацији ових уговора без намере њихове формализације као нове категорије уговорног права. Овај је искорак базиран на потреби уважавања промењивости дис-*

[*] **Универзитет у Нишу, Правни факултет, pepicvetkovic@gmail.com**

Истраживач на пројекту „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“ (179046) који се реализује на Правном факултету Универзитета у Нишу, уз подршку Министарства за науку и технолошки развој Републике Србије.

Истраживач на пројекту „Одрживост идентитета Срба и националних мањина и пограничним општинама источне и југоисточне Србије“ (179013) који се реализује на Универзитету у Нишу – Машински факултет, а финансира га Министарство за науку и технолошки развој Републике Србије.

[**] Рад је резултат истраживања на пројекту: „Усклађивање права Србије са правом Европске уније“, који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу у периоду 2013–2018. године.

*курса у којима уговорни однос функционише: описана променљивост постоји код свих уговора, с тим што је код релационих уговора ниво те променљивости такав да га стране из уговора имају уважити и контролисати на одговарајући начин.*

***Кључне речи:*** *релациони уговор; трансакциони уговор; некомплетни споразум; измене уговора.*

## 1. Увод

Тема рада је анализа основних поставки теорије релационих уговора. Теорију релационих уговора артикулисао је и развио правни теоретичар из Сједињених Америчких Држава, Јан Мекнил (Ian Macneil). Полазна претпоставка теорије јесте да спектар уговорних односа разликује уговоре са преовлађујуће трансакционим приступом (даље и: трансакциони уговори) и преовлађујуће релационим приступом (даље и: релациони уговори).[1]

Трансакциони уговори настали су као инструмент уређивања трансакција које су временски ограничене (одвијају се једнократно), при чему се један тип трансакције одвија (понавља у својим основним карактеристикама) у већем броју случајева између различитих учесника на тржишту. Типичан пример трансакционог уговора је уговор о продаји робе.

Трансакциони уговори су комплетни правни споразуми у смислу да обе стране преговарају уз начелну једнаку доступност информација важних за структурирање уговора. Оне су у позицији да *ex ante* дефинишу услове трансакције. Карактеристике трансакције и обавезе сваке стране елаборирane су до мере која чини последице извршења или неизвршења предвидљивим већ у моменту закључења уговора: стога је могућа *ex post* процена степена испуњења тих обавеза. Последице неиспуњења уговора нису тачка конфликта: конфликт постоји једино у погледу питања испуњености услова за наступање последица повреде уговора (санкције) у конкретном случају. Испуњеност тих услова евалуирају судови и арбитраже као независни субјекти. У крајњем, постоји сигурност страна да ће уговором заснована права бити заштићена од стране правног поретка.

[1] Macneil, Ian R. *The new social contract: An inquiry into modern contractual relations*, New Haven, Yale University Press 1980, стр. 4.

У горе описану конструкцију трансакционих трговачких уговора не уклапају се дугорочни споразуми[2] који се реализују у комплексним околностима и условљени су могућим променама контекста уговора[3]. Уговарачи, наиме, често користе „некомплетне“ споразуме, препознајући јасну перспективу да реализација уговора претпоставља као услов сарадњу уговарача: таква сарадња даје основ за очекивање да ће стране током еволуције уговорног односа (промене његовог контекста) установити одговарајућу методологију усклађивања уговора са измењеним околностима. **Код некомплетних споразума, стране, уместо раскида уговора, преферирају његово адаптирање на начин који омогућава извршење уговора.** Стране дефинишу само кључне обавезе, док су остале предмет будућег усклађивања: разлог изостанка потпуног дефинисања права, обавеза и одговорности лежи у чињеници да је детаљно планирање наведених питања финансијски, епистемиолошки и логистички неодрживо до мере да обесмишљава уговор.[4]

Уређивање комплексних дугорочних уговора путем уговора са трансакционим приступом[5] значило би да се ови уговори лишавају флексибилности. Таква је флексибилност, међутим, неопходна претпоставка динамичког приступа страна еволуцији околности трансакције коју уговор уређује (еволуцији која мења однос страна из уговора у односу на уговором утврђену релацију). Стога уз појам трансакционих уговора доктрина уводи и појам релационог уговора.

Поставка теорије релационих уговора је да је релационалност карактеристика свих уговорних инструмента: сви се уговори позиционирају у „континууму“ од „преовлађујуће трансакционих“ до „преовлађујуће релационих“. Ефекти ових других базирани су на специфичној сврси и карактеристикама ангажованих интереса, те немогућности комплетног ex ante планирања уговорног односа у смислу његове функције „пројекта будућег понашања“.

Теорија релационих уговора не залаже се за установљавање релационих уговора као посебне, именоване категорије уговора која би била

[2] На овом месту наглашава се да дугорочни споразуми и „релациони споразуми“ нису синоними. Дугорочност је потребан, а не довољан услов за релациони карактер уговора. Видети више infra у тач. 3. овог рада.

[3] О контексту уговора видети више у тач. 3. 1. овог рада.

[4] Видети infra излагање о појму презентијације у тач. 2. овог рада.

[5] Примери оваквих уговора су уговори о страним инвестицијама и уговори о реализацији пројеката јавно-приватног партнерства. Видети више у: Цветковић, Предраг, „Хармонизација јавног и приватног интереса кроз јавно-приватно партнерство: оглед о двостепеној структури“, Зборник радова Правног факултета у Нишу, 2014, стр. 253–271; Цветковић, Предраг, *Међународно право страних инвестиција*, Фондација Андрејевић, Београд, 2007, стр. 1–133.

регулисана различито од трансакционих уговора. Релациони уговори нису антипод трансакционих уговора: наиме, сви уговори имају више или мање изражен „релациони приступ“. Чак и изразито преовлађујуће трансакциони уговори, као што је куповина робе која се реализује једнократно, делом су условљени општим окружењем (контекстом) у коме се уговор закључује и реализује. Заступници релационе теорије залажу се искључиво за одговарајуће уважавање специфичности уговора код којих је релациони елемент изражен: најпре његово препознавање, а потом и одговарајуће имплементирање у самом уговору.[6]

## 2. Карактеристике трансакционих уговора

Трансакциони уговор односи се на идеал уговора који потпуно уређује релацију између страна: сви аспекти трансакције под „контролом“ су уговорних одредаба.[7] Односи страна изван споразума у питању (односи базирани на контексту, а не на уговорном тексту) нису релевантни за уговор[8].

Трансакциони уговори базирани су на концепту дистинкције и презентијације.

Дистинкција је процес сепарирања трансакције од осталих односа који трансакцију окружују и који чине контекст трансакције. Дистинкција подразумева изостанак правног значаја било ког односа између страна изван уговора. Ово сепарирање у пракси није могуће потпуно остварити, из разлога који условљавају да сви уговори имају релационе елементе.[9]

Презентијација (е. „presentiation“; процес увођења у садашњост; стављање будућих догађаја у садашње оквире) је процес планирања будућих догађаја и понашања уговарача из перспективе тренутка закључења уговора. Идеја презентијације јесте да уговорни споразум мора да буде комплетан на начин који решава отворена питања садржине и реализације уговора која се у будућности могу јавити. Презентијација подразумева да је размена у потпуности усаглашена и планирана.

[6] Видети више infra у тач. 3.

[7] Videti: Eisenberg, Melvin A. „Why there is no law of relational contracts“, *Nw. UL Rev.* бр. 99, 1999, стр. 805-821. Доступно на: http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2725&context=facpubs

[8] О контексту као детерминанти садржине релационог уговора видети више infra у тач. 3.1. овог рада.

[9] Видети излагање supra у тач. 1.

За разлику од трансакционих уговора, презентијација код релационих уговора је, чак и када је могућа, економски и логистички захтевна на начин који је чини мало вероватном, чак и бесмисленом. На пример, уговор о страним инвестицијама који за предмет има експлоатацију природних богатстава може процес презентијације применити и на питање економске исплативости такве експлоатације. Презентијација будућег питања економске оправданости манифестовала би се кроз уговарање осигурања за случај да експлоатација није економски одржива. Премија таквог осигурања била би финансијски захтевна (под условом да се нађе осигуравач који жели да осигура такву инвестицију) до мере која обесмишљава сам пројекат.

Дистинкција, дакле, ограничава оквир сагласности страна на односе које креира трансакција, елиминишући контекст из предмета анализе. Презентијација, пак, ефекте ове сагласности проширује на будуће догађаје и посматра их кроз визуру околности релевантних у моменту закључења уговора (а које се касније могу изменити). Обе претпоставке трансакционог уговора доприносе стабилности уговорног односа: овој стабилности, међутим, корелативна је конзервативна стратегија уговарача која у крајњем води аверзији од преузимања ризика: у коначном, ризик за промену контекста уговора лоцира се на дужника престације. Он ће бити у обавези да испоручи робу, изврши услугу или учини плаћање без обзира на промењени контекст уговора.

Трансакционе уговоре карактерише одређени приступ уговарању. Теорија релационих уговора разликује следећих седам карактеристика трансакционог споразума које су предмет излагања које следи.[10]

**Прецизност**. Трансакциони уговор је прецизан. Његове формулације функционишу у бинарном моду: обавеза (дужност, одговорност) постоји у уговором дефинисаном обиму, утврђеној садржини постављеној структури. Обавеза не постоји изван оквира предвиђених уговором.[11]

**Планирање**. Трансакциони уговор полази од претпоставке да трансакција може да се планира у потпуности.

[10] Видети: Macneil, Ian R. „Values in contract: internal and external“, *Nw. UL Rev.* бр. 78, 1983 стр. 340-369, на стр. 355. passim.

[11] Пример овакве прецизности је тзв. „zipper“ клаузула код међународних трговачких уговора. Правници из земаља англосаксонске правне цивилизације приликом састављања нацрта уговора редовно уносе ову клаузулу са дејством да у тренутку закључења уговора све претходне радње, међу њима и преговори, губе правну важност. Овом одредбом се прецизира које исправе и документи улазе у садржину уговора, и уједно искључује важност претходних споразума. Видети више у: Цветковић, П. *Закључивање уговора о међународној продаји робе*. Магистарски рад, 2000, Универзитет у Нишу, Правни факултет, стр. 44–45.

**Ефикасност**. Ефикасност је кључни циљ трансакционог уговора. Циљ трансакције је да се кроз презентијацију све могуће околности у којима уговор функционише или ће функционисати регулишу на ефикасан начин, укључујући и алокацију ризика на уговараче.

**Слобода избора**. Трансакциони уговори полазе од слободе избора страна: сваки уговарач је слободан да користи слободу избора. Једном када је ту слободу искористио, међутим, та је одлука постала елеменат уговора као „пројекта трансакције" и више не може да је мења. Описана чињеница значајно ограничава вредност аутономије воље: страна ће код трансакционог уговора бити везана за своју оригиналну сагласност чак и када је измена контекста упућује на избор понашање другачијег од оног са којим се уговором сагласила.

**Конзервативни приступ**. Трансакциони уговор је конзервативан у смислу да, елиминишући контекст, не узима у обзир измене друштвене и економске моћи. Релациони споразуми садрже механизме који успешно превазилазе статику конзервативног приступа и уводе динамику у споразум.[12]

**Неравноправност**. Конзервативност и ограничење избора уговарача из трансакционих уговора воде продубљивању постојећих неједнакости: наиме, наведене карактеристике резултирају уговорима који су правно обавезни (и морали би да се спроведу), али је њихово спровођење у супротности са (контекстом измењеним) интересима уговарача.

**Занемаривање релационог аспекта.** Трансакциони уговор је дистинкцијом[13] издвојен из контекста уговора, у конфликту је са тим контекстом и функционише без ослонца у стварним околностима.

## 3. Карактеристике релационих уговора

Само у ретким приликама уговор функционише по потпуно трансакционом обрасцу. Наиме, сви уговори имају одређено трајање. Савремени уговори (посебно у економској размени) подразумевају већи број учесника са различитим карактеристикама. Уговарачи узајамно

[12] Пример када флексибилност отвара могућност за решење проблема пре него конзервативност и статика јесте виши ниво ефективности клаузуле поновног преговарања у односу на стабилизациону клаузулу у контексту реализације уговора државе и страног инвеститора. Видети: Цветковић, Предраг, *Међународно право страних инвестиција*, op. cit. стр. 51–57.

[13] Видети више supra у тач. 2. овог рада.

антиципирају будуће кооперативно понашање у реализацији уговора. Међузависност креира везе и заједничке процедуре.[14] Уговарачи немају намеру да читава будућност буде предмет презентијације. Уместо тога, уговорни однос се сагледава као текућа интеграција понашања које расте и мења се са догађајима у предвидљивој будућности. [15]

Релациони уговори имају следеће карактеристике:

**Прво, релациони уговори су некомплетни споразуми**. Ради се о споразумима који дефинишу трансакције код којих су стране узајамно сагласне да је немогуће или економски неефикасно (до мере да обесмишљава уговор) спровести:

- ex ante уговорно дефинисање могућих тешкоћа и околности уговора, односно
- њихово ex post верификовање и дефинисање (од стране арбитраже или суда) у циљу контроле ових уговора и њиховог спровођења.

Релациони уговор је базиран на резултату који стране (за разлику од трансакционих уговора) не могу у потпуности предвидети ex ante. Насупрот томе, код трансакционих уговора, попут уговора о продаји, на пример, ефекат уговора је предвидљив и подобан за презентијацију: циљ овог уговора је испорука робе купцу и плаћање цене продавцу. При томе релациони елеменат постоји и код оваквих уговора, с тим што тај елеменат обухвата околности које су нередовне, граничне и са њима се не рачуна у предвидљивој будућности. Код релационих уговора, пак, релациони елеменат огледа се у видљивој вези између обима и садржине обавеза уговарача: стране релационих уговора, наиме, знају шта желе, али средства за остваривање циља зависе од контекста уговора који се мења. Та зависност је елеменат уговора и задатак је уговарача да установе методологију управљања релационим елементом (кроз коришћење правних стандарда, одредбе о консултацијама, преговорима и слично). Тиме релациони уговори остављају простор да стране своје ново знање о конкретној ситуацији адаптирају у оквир сопственог уговорног односа.

**Друго, стране релационог споразума не дефинишу детаљне планове деловања у циљу реализације уговора.** Њихов фокус је

[14] Више о међузависности као основи релационог приступа у контексту јавно-приватног партнерства видети у: Цветковић, Предраг, *Хармонизација јавног и приватног интереса кроз јавно-приватно партнерство: оглед о двостепеној структури*, op. cit, на страни 256.

[15] Macneil, Ian R. „Restatement (second) of contracts and presentiation“, Virginia Law Review , бр. 60, 1974, стр. 589–610, на страни 593.

пре свега на циљевима и разлозима уговора, те начелима која су широко примењива у случају околности које имају карактер „непознатих непознаница“.[16] Да би се такве околности превазишле а уговор опстао, стране из уговора развијају однос који генерише планирање, поверење и солидарност који иду далеко изван граница оригиналног споразума.[17] Одредбама релационих уговора утврђују се заједничка очекивања, уз установљавање механизма који ће се користити да би се донела одлука или алоцирали ризици, трошкови и користи страна од реализације уговора.

**Треће, структуру релационих уговора карактеришу lacunae**. Постојање празнина резултат је следећег приступа уговорних страна: уместо да користе уговорне технике позициониране на супротним половима (остављање тих простора нерегулисаним, са једне, односно ригидно дефинисање, са друге стране, које, као што је већ речено, води обесмишљавању уговора), стране релационог споразума установљавају механизме који ће обезбедити флексибилност релационих споразума (преговарање, заједничке органе за праћење споразума, утврђивање минималних и максималних параметара за оцену испуњености уговорних обавеза попут висине цене за производ или услугу која је предмет уговора).[18]

**Четврто, теорија релационих уговора полази од холистичког приступа релационим уговорима:** уговор функционише у ширем контексту (социолошком, политичком, економском, културном).[19] Крајњи циљ таквог синергетског (али ни у ком случају еклектичког) приступа јесте увођење „разумне правде“ у ове уговорне односе, како би се остварили заједнички циљеви уговорача.[20] Наиме, уговорна релација се мења

[16] Енглески израз „позната непознаница („known unknown“) преузет је из епистемолошког тројства које је формулисао некадашњи министар одбране САД-а, Доналд Рамсфелд. По њему, постоје три нивоа знања: познате чињенице; познате непознанице („known unknowns” чињенице за које се зна да постоје, али не зна се њихова садржина и значај); непознате непознанице („unknown unknowns“; чињенице за које се и не зна да постоје).

[17] Bird, R.C. „Employment as a relational contact“, University of Pennsylvania Journal of Labor and Employment Law. бр. 8, 2005, стр. 149–217, на страни 151

[18] Видети више infra у овој тачки рада код осме карактеристике релационих уговора.

[19] Видети пример холитичког приступа уговору у контексту јавно-приватног партнерства у: Цветковић, Предраг, „Уговорни режим јавно-приватног партнерства: sui generis карактер уговора као последица холистичког приступа“, Зборник радова Правног факултета у Нишу, бр. 68, 2014, стр. 105–121.

[20] Видети: Campbell, David, „Ian Macneil and the Relational Theory of Contract“, in Campbell, David (ed.), *The relational theory of contract: selected work of Ian Macneil*, London, Sweet & Maxwell. 2001, на страни 9.

изменом контекста уговорног односа. Управо је теза релационог приступа да сваки уговор мора да узме у обзир контекст уговора. Овај контекст мора узети у обзир не само генерално правно значење уговора засновано на тексту уговора, већ и потребу установљавања јасне идеје о стварним карактеристикама односа између страна.

**Пето, теорија релационих уговора признаје разлику између**:

- уговора као документа који се ефектуира у стварном животу и којим се утврђују реално постојећа (ефективна) права, обавезе и одговорности уговарача, са једне стране („Contract in action“; „Contract in fact“) и
- уговора који је формалноправни инструмент који уређује права, обавезе и одговорности, односно механизам решавања спорова (уговор као „право“).[21]

У описаној разлици лежи основ дуалности (не и дихотомије) релационих и трансакционих уговора: уговор „у акцији“ подразумева укључивање контекста за дефинисања односа размене која се уговором утврђује. У складу са тим, виши ниво значаја контекста сигнал је за већи значај релационалности. Vice versa, уговор као „право“ не везује измену уговора за измену контекста, већ је пре свега резултат планирања („презентијације“) односа уговарача. Контекст је елиминисан дистинкцијом, а резултат планирања штити се пред трећим субјектима (судовима или арбитражи).

**Шесто, релациони уговори су идиосинкратични – јединствени** (за разлику од трансакционих уговора, који могу бити и типски и формуларни).[22]

**Седмо, у теорији се прави јасна разлика између релационих и дугорочних уговора: не ради се о синонимима**.[23] Акценат дугорочних споразума јесте на обезбеђењу механизма за преговоре и решавање питања некомплетности уговора. Релациони споразуми, пак, ове меха-

[21] Мекнил (Macneil, Ian R. *The new social contract: An inquiry into modern contractual relations*. New Haven, Yale University Press 1980, стр. 5) разлику између права у акцији и уговора као „права“ објашњава на следећи начин: “Док је право интегрални део свих уговорних односа, не може се игнорисати да се уговори не тичу само права: уговори се тичу питања да се посао реализује у стварном свету, да се изграде и продају објекти и зграде, да се сарађује у корпоративном сектору, да се оствари моћ и престиж....“

[22] О типским и формуларним уговорима видети више у: Ћирић, Александар, *Међународно трговинско право: општи део*, Центар за публикације Правног факултета у Нишу, 2010, на страни 83–85.

[23] Goetz Charles, Scott Robert, “Principles of Relational Contracts”, Virginia Law Review, бр. 67, 1981, стр. 1089–1150, на страни 1091.

низме стављају у функцију остваривања кључног циља: да се спречи опортунистичко понашање страна кроз реализацију кооперације и солидарности. Релациони уговори су по правилу дугорочни, али нису сви дугорочни споразуми и релациони (нпр. оквири уговор о испоруци одређене робе комитенту током дужег временског периода јесте дугорочан, али није релациони јер у њему преовлађује презентијација). Мера релационе карактеристике уговора пропорционална је мери немогућности уговарача да кључне елементе уговора артикулишу у јасно дефинисане обавезе.[24]

**Осмо, теорија релационих уговора није примарно упућена судовима или арбитражама који решавају спорове из уговорног права**: она је првенствено покушај да се анализирају и дефинишу карактеристике „уговора са преовлађујућим релационим приступом" на начин који странама из таквих уговора омогућава да адекватно и оптимално уреде своје односе. Овај приступ манифестује се ex ante (приликом формулисања текста уговора) и ex post (након закључења уговора, у фази реализације).

Ex ante „релациони приступ" претпоставља да су стране адекватно препознале „релациони карактер" уговора (некомплетност споразума, могућност измене контекста) и стога предвиделе одређене механизме којима ће се на овакву „релационалност" одговорити (консултације, преговори и слично).

Ex post релациони приступ огледа се у адекватној реализацији могућности које су дефинисане у фази ex ante; могућности које би требало да се користе у складу са начелом кооперације, добре вере и разумности.

На горенаведени начин ствара се основ да стране уреде своја права и обавезе на начин који омогућава реализацију уговора. Уколико у томе не успеју, суд и арбитража имају простора да решавају спор уз уважавање релационог карактера уговора: таква могућност утемељена је на ex ante дефинисаном и ex post спроведеном „релационом" приступу уговарача. Релациона карактеристика уговора (која се манифестује у зависности од in concreto околности уговора; релациони уговори су, као што је већ речено, комплексни инструменти који се не могу „типизирати") тиме је учињена „видљивом" за суд или арбитражу и дат им је простор да је на одговарајући начин укључе у правну анализу уговора.

**Девето, теорија релационих уговора промовише нови квалитет културе уговарања:** она установљава виши ниво одговорности

[24] ibid, 1093

актера и подстиче их на креативна и иновативна решења, при чему је иновативност материјализација флексибилног концепта у практичном структурирању уговора. Теорија подстиче координацију, кооперацију и солидарност као карактеристике уговорног односа, укључујући и узајамни процес учења између партнера.[25] Теорија релационих уговора, у крајњем, служи да уоквири одређену „филозофију уговарања“ која у „преовлађујуће релационим уговорима“ на одговарајући начин третира релационе елементе присутне у споразуму.

### *3.1.* ***Контекст релационог уговора као флексибилна детерминанта***

Преовлађујуће релациони уговори су уговори код којих значајну улогу игра контекст. Стога код ових уговора постоји потреба обезбеђења баланса између правне садржине (правни аспект) и ширег контекста уговора (аспект контекста).

Правни аспект уговора одражава суштинске намере страна и клаузу обавезивања: реч је о статичном, „конзервативном“ елементу уговорног односа.[26]

Аспект контекста је динамички елеменат: он је оквир који се мења у структури и садржини и самим тим утиче и на сам правни однос који у оквиру одређеног дискурса функционише. Контекст је елеменат анализе релационих уговора (ex ante анализа), при чему је потребно да уговором буде остављено простора за ex post (након закључења уговора) методолошки поступак са новим или измењеним околностима које утичу на уговор, а нису биле предмет „презентијације“.

Поставља се питање: која је мера укључивања контекста у правну анализу? Превише контекста чинило би трансакцију еклектичком а уговор који је прати збиром садржински, структуром и временским оквиром недовољно финисаних изјава страна: уговор би представљао „изјаву о намерама“ а не чврст оквир права, обавеза и одговорности уговарача. Премало контекста пак чини да уговор постаје неспроводив односно обавезе страна постају неодговарајуће контексту, с обзиром на то да су планиране ex ante без довољно информација за „презентијацију“.

[25] О „учењу“ уговарача приликом закључења релационог уговора видети на примеру конкурентског дијалога у: Цветковић, Предраг, „Хармонизација јавног и приватног интереса кроз јавно-приватно партнерство: оглед о двостепеној структури“, op. cit, стране 254–257.

[26] Videti: Macneil, Ian R, “Values in contract: internal and external”, Northwestern University Law Review, br. 78, 1983, str. 340–418, на страни 344.

Исправан одговор у овом смислу је следећи: у анализу уговора (ex post или ex ante) уноси се онолико контекста колико је то оправдано природом конкретне трансакције: на пример, контекст куповине аутомобила није исти као и контекст инвестиције у постројење за прераду отпада. У првом случају контекст је везан за остваривање добити продавца и задовољавање потребе купца. У другом случају, пак, контекст обухвата заштиту животне средине, јавног здравља, економску одрживост на дуги рок и слично: контекст у таквој ситуацији очигледно има већи значај него код свакодневне пословне трансакције.

Смернице за уговараче у погледу нивоа контекста који би требало да буде укључен у анализу уговора су следеће:

– прво, уговарачи морају да у уговору јасно нагласе да предмет уговора има релациони карактер (укључује комплексне односе који не могу у потпуности бити уређени уговором);
– друго, у уговору би требало дати опис комплексности које чине уговор преовлађујуће релационим (флуктуација цена, потреба обезбеђења тржишта, недостатак информација).

## ЗАКЉУЧАК

Теорија релационих уговора је искорак теорије с циљем да се пружи подршка реализацији „преовлађујуће релационих уговорних односа“, без намере њихове формализације као нове категорије уговорног права. Овај је искорак базиран на потреби уважавања променљивости дискурса у којима уговорни однос функционише: описана променљивост постоји код свих уговора, с тим што је код релационих уговора њен ниво такав да га стране из уговора имају уважити и контролисати на одговарајући начин. Одсуство одговарајућег приступа „релационом карактеру“ уговора чини га проблематичним са аспекта реализације и готово без изузетка води решавању спора пред надлежним форумом уз изостанак остваривања сврхе уговора. Стога релациони уговор захтева оквир који ће бити довољно флексибилан за његову имплементацију. Код „трансакционих“ уговора (уговора код којих не преовлађује „релациони елемент“) елементи уговора представљају „план“ који обезбеђује заштиту и осигурава да једна од страна (она која се држала „плана“) победи у судском спору. Са друге стране, теорија релационих уговора види нор-

ме уговора као „право у акцији“, а не као посредника до формализоване заштите права која се остварује пред трећим субјектом (судом или арбитражом).

**Predrag Cvetkovic**

## RELATIONAL CONTRACT THEORY: BASIC FEATURES

***Abstract:*** *The starting assumption of the relational contract theory is the distinction between transactional and relational contracts. Transactional contracts are subject to simultaneous transactions between the contract parties which are repeated with identical properties on the market. Transactional contracts are characterized by a distinction of transaction from the context in which transaction takes place and presentiation (planning future events and the behaviour of contractors from the perspective of the moment of contract formation.. Relational agreements are long term agreements which are implemented in complex circumstances and determined by the possible changes in the context of the contract. Relational contract theory do not advocate for the establishment of relational contracts as a formally designated particular category of contracts different from the transactional agreements. Proponents of relational contract theory solely underlines the need for adequate recognition of specific contracts in which the relational element is expressed ex ante (through the definition of a relational element in the contract) and ex post (through the implementation of the contract). The theory of relational contract theory is a step forward in order to support the implementation of these agreements without the intent of their formalization as a new category of contract law. This step is based on the need to respect the variability of discourse in which a contractual relationship works: described variability exists in all contracts. Relational contracts are characterized by higher level of such variability. Therefore contracting parties should take this context into account and control it properly.*

***Keywords:*** *relational contract; transactional (discreet) contracts; incomplete agreement; contract changes.*

## Литература

Bird, Robert.C. „Employment as a relational contact“, University of Pennsylvania Journal of Labor and Employment Law. бр. 8, 2005, стр. 149–217

Goetz Charles, Scott Robert, “Principles of Relational Contracts”, Virginia Law Review, бр. 67, 1981, стр. 1089–1150

Eisenberg, Melvin A. „Why there is no law of relational contracts“, *Nw. UL Rev.* бр. 99, 1999, стр. 805–821. Доступно на: http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2725&context=facpubs

Macneil, Ian R. „Values in contract: internal and external“, *Nw. UL Rev.* бр. 78, 1983 стр. 340–369.

Macneil, Ian R. „Restatement (second) of contracts and presentiation“, Virginia Law Review, бр. 60, 1974, стр. 589–610.

Macneil, Ian R. *The new social contract: An inquiry into modern contractual relations*. New Haven, Yale University Press 1980, стр. 4.

Campbell, David, „Ian Macneil and the Relational Theory of Contract*“*, in Campbell, David (ed.), *The relational theory of contract: selected work of Ian Macneil*, London, Sweet & Maxwell. 2001

Ћирић, Александар, *Међународно трговинско право: општи део*, Центар за публикације Правног факултета у Нишу, 2010

Цветковић, П.. *Закључивање уговора о међународној продаји робе*, Магистарски рад, 2000, Универзитет у Нишу, Правни факултет, стр. 250.

Цветковић, Предраг. *Међународно право страних инвестиција*, Фондација Андрејевић, Београд, 2007, стр. 1–133.

Цветковић, Предраг, „Уговорни режим јавно-приватног партнерства: sui generis карактер уговора као последица холистичког приступа“, Зборник радова Правног факултета у Нишу, бр. 68, 2014, стр. 105–121.

Цветковић, Предраг. „Хармонизација јавног и приватног интереса кроз јавно-приватно партнерство: оглед о двостепеној структури“, Зборник радова Правног факултета у Нишу, 2014, стр. 253–271

УДК 347(4-672EU)

# DEJSTVO OSNOVNIH PRAVA EVROPSKE UNIJE U GRAĐANSKOPRAVNIM ODNOSIMA

**Dr sc. Zlatan Meškić**[*]
**Dr sc. Darko Samardžić**[**]

***Apstrakt:*** *Uloga osnovnih prava razvila se od zaštite pojedinca od države do obaveze pojedinca da u pojedinim slučajevima štiti osnovna prava drugog pojedinca. Primjena osnovnih prava na odnose između pojedinaca otvara pitanje narušavanja načela autonomije volje, davanja prednosti osnovnim pravima jednog pojedinca u odnosu na drugog, pravne sigurnosti i podjele vlasti. U Evropskoj uniji je pitanje horizontalnog dejstva stupanjem na snagu Povelje osnovnih prava EU ponovo dobilo na aktuelnosti. S obzirom na to da Povelja osnovnih prava EU ne sadrži generalnu odredbu o dejstvu osnovnih prava u odnosima između pojedinaca, odgovornost je prebačena na Sud Evropske unije, koji će to pitanje rješavati za svako osnovno pravo pojedinačno. Izuzetak predstavlja primjena i tumačenje onih osnovnih prava iz Povelje osnovnih prava EU, koja odgovaraju pravima sadržanim u Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i sloboda, jer je u pogledu njih praksa Evropskog suda za ljudska prava obavezujuća za Sud Evropske unije. Evropski sud za ljudska prava razvio je stalnu praksu po pitanju horizontalnog dejstva osnovnih prava za razliku od Suda Evropske unije, koji tek treba da pronađe svoju poziciju u sistemu zaštite osnovnih prava na evropskom prostoru.*

***Ključne riječi:*** *osnovna prava; Drittwirkung; horizontalno dejstvo; Povelja osnovnih prava EU; Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.*

---

[*] **Dr sc. Zlatan Meškić, vanr. prof., Pravni fakultet Univerziteta u Zenici**

[**] **Dr sc. Darko Samardžić, docent, Pravni fakultet Univerziteta u Zenici**

## I. Uvod

Osnovna prava izvorno su služila odbrani i zaštiti od države. „Ukroćeni Levijatan“[1] treba pojedincu da osigura ličnu slobodu, bez uticaja države.[2] Tako posmatrano, osnovna prava ne treba da vrijede između privatnih subjekata. Nesporno je da i danas osnovna prava primarno obavezuju državu. Ipak, danas se pojedinac suočava sa drugim socijalnim snagama osim države, prije svega u obliku poslodavca, ali i banaka, osiguravajućih društava ili čak zajmodavca. Utoliko se postavlja pitanje efikasne zaštite osnovnih prava, ako ista nisu primjenjiva u slučaju povrede od strane pojedinca prema kojem postoji uporediv položaj ovisnosti kao prema državi.[3] Osnovna prava su otjelovljenje najviših vrijednosti jednog društva, čiji sadržaj može opravdati samo svestrana zaštita, koja je zbog nedjeljivosti vrijednosti osigurana u svim pravcima u istom mjeri.[4] Ideja da se pojedinac treba štititi ne samo od države, nego i od moćnih pojedinaca i udruženja pojedinaca, stara je i igrala je značajnu ulogu već u Francuskoj revoluciji.[5]

Gorovorimo o horizontalnom ili trećem dejstvu osnovnih prava. Naziv horizontalno dejstvo naglašava kako se, suprotno odnosu između pojedinca i države, ne radi o stritkno nadređenom, vertikalnom odnosu. Naziv treće dejstvo naslanja se na njemački pojam „Drittwirkung“ koji je u upotrebi u literaturi na svim jezicima. U korist važenja osnovnih prava između privatnih subjekata u najvećoj mjeri govori razumijevanje osnovnih prava kao objektivnopravnih propisa. Naime, osnovna prava nisu samo subjektivna prava koja služe odbrani od države, nego predstavljaju i objektivne vrijednosti jednog poretka koje obavezuju ne samo zakonodavnu, nego i sudsku i izvršnu vlast. Upravo na ovu argumentaciju oslonio s njemački Savezni ustavni sud u poznatom predmetu *Lüth*već 1958, nakon kojeg se debata o trećem dejstvu osnovnih prava razbuktala u njemačkoj literaturi. U konkretnom predmetu radilo se o tome da je Erich Lüth, kao predsjedavajući hamburškog novinskog

[1] E. Denninger, *Der gebändigte Leviathan*, Baden-Baden 1990.

[2] A. Seifert, „Die horizontale Drittwirkung von Grundrechten-Europarechtliche und rechtvergleichende Überlegungen“, EuZW 2011, 696.

[3] H.-J. Papier, „Drittwirkung der Grundrechte“, *Handbuch der Grundrechte- in Deutschland und Europa*, Heidelberg 2006, 1333.

[4] H. De Wall/R. Wagner, „Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte“, Juristische Arbeitsblätter 2011, 735.

[5] A. Kley, „Der wissenschaftliche Streit um die Drittwirkung der Grundrechte 1987-1989“, in: Jean-Baptiste Zufferey, Jacues Dubey, Adriano Previtali (Ed.), *Mélanges en l'honneur de Marco Borghi à l'occasion de son 65e anniversaire, L'homme et son droit*, Zürich 2011, 228.

kluba, pozvao na bojkot filma „Unsterbliche Geliebte“ („Besmrtna ljubavnica“) koji je trebalo da se predstavi na „Sedmici njemačkog filma“, jer je isti nastao pod režijom Veit Harlana, koji se proslavio u nacističom dobu sa antisemitskim filmom „Jud Süß“ („Jevrej Süß“). Lüth je izjavio da je režiser filma „Jud Süß“ najmanje podoban da povrati moral u filmsku industriju Njemačke, uništen tokom nacističkog režima. Produkcijska kuća uspjela je pred nižim sudom izdejstvovati privremenu mjeru kojom se zabranjuje da Lüth poziva građane da ne gledaju navedeni film u kinima, te se zabranjuje da poziva kina i pozorišta da ne prikazuju film u okviru svojih programa. Lüth je smatrao da je na ovaj način povrijeđena njegova sloboda mišljenja. Postavilo se pitanje da li Lüth ima pravo na slobodu mišljenja u odnosu na Harlana, iako mu time nanosi značajnu imovinsku štetu. Savezni ustavni sud Njemačke je u svojoj mnogo citiranoj odluci utvrdio da osnovna prava uspostavljaju „objektivni poredak vrijednosti“, koji doprinosi principijelnom povećanju pravne snage osnovnih prava. Ovaj sistem vrijednosti utiče na sve pravne sfere, a samim time i na građansko pravo.[6] Iz ovoga se ne izvlači zaključak da je sudija u svakom privatnopravnom slučaju dužan primjenjivati osnovna prava. Naime, ovdje se upravo ne radi o tome da su sudovi kao dio državne vlasti obavezani osnovnim pravima. Sudija primjenjuje pozitivnopravno zakonodavstvo, a samim time i osnovna prava na privatnopravne odnose, samo ukoliko ona to nalažu.[7] Savezni ustavni sud Njemačke je prostor za primjenu osnovnih prava prvenstveno pronašao u generalnim klauzulama sadržanim u privatnopravnim propisima, poput načela „dobrih poslovnih običaja“.

Pokušaji da se ospori postojanje pravnog instituta nazvanog treće dejstvo osnovnih prava nisu uspjeli. Najvažniji predstavnik teorije osporavanja bio je Schwabe[8], koji je smatrao da je svaka povreda osnovnih prava od strane privatnih lica zapravo odobrena od strane države samim time što nije zakonskim propisima sankcionisana. Tako što zakonodavac odobrava povredu osnovnih prava izazvanu od strane jednog privatnog lica, drugo privatno lice je trpi kao mjeru kojoj država daje legitimitet ili je bar dozvoljava. Ova teorija ima za pretpostavku da država reguliše svaku moguću situaciju između privatnih lica, pa se tako svaka radnja privatnog lica može pripisati državi. To nije tačno. Država u pravilu postavlja pravni okvir za suživot između privatnih lica regulišući tipične situacije u kojima nastaje opasnost po prava i obaveze pojedinaca, dok je ostalo prepušteno djelovanju pojedinaca i konačno

[6] Savezni ustavni sud Njemačke 7, 198.

[7] A. Guckelberger, „Die Drittwirkung der Grundrechte“, *JuS 2003*, 1152.

[8] J. Schwabe, *Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte – zur Einwirkung der Grundrechte auf den Privatrechtsverkehr*, München 1971.

sudovima.[9] Postojanje trećeg dejstva osnovnih prava ne može se izbjeći tako što će se jednostavno svako djelovanje privatnog lica pripisati državi, te se moramo konkretnije pozabaviti ovim pitanjem. Ukoliko bismo došli do zaključka da horizontalno dejstvo osnovnih prava nikada ne postoji, tačnije da privatna lica nikada nisu nosioci obaveza iz osnovnih prava i osnovnih sloboda, to bi imalo za posljedicu da pojedinci ne bi morali poštivati osnovna prava, tj. da bi ih bez pravnih posljedica mogli kršiti.[10]

Jedan od najuticajnih njemačkih zagovornika trećeg dejstva osnovnih prava bio je *Nipperdey,* čija su najvažnija djela nastajala sredinom proteklog stoljeća. Svoju teoriju prvobitno je temeljio isključivo na radnom pravu, nalazeći nalog za jednaku platu za muškarce i žene u neposrednom dejstvu ustavnog načela ravnopravnosti.[11] Smatrao je da osnovna prava predstavljaju najviše principe koji određuju cjelokupan pravni poredak i kao takvi zahtijevaju da vrijede i između privatnih subjekata.[12] Uticaj njegove teorije može se vidjeti i u presudi Saveznog ustavnog suda Njemačke u predmetu *Lüth*.[13]

## II. Teorije o horizontalnom dejstvu osnovnih prava

### 1. Neposredno horizontalno dejstvo osnovnih prava

Prema teoriji neposrednog horizontalnog dejstva osnovnih prava, privatna lica se u međusobnim sporovima ne pozivaju na neki zakonski propis koji predstavlja konkretizaciju osnovnih prava, niti zahtijevaju da se neki neodređeni ili generalni propis tumači u skladu sa osnovnih pravima. Privatna lica se pozivaju na neko osnovno pravo koje im u sporu protiv drugog privatnog lica služi kao neposredan pravni osnov npr. za poništenje ugovora ili naknadu štete. Tako osnovna prava jednako obavezuju privatna lica kao i državu.[14] Ovdje najjasnije dolazi do izražaja promjena fukcije osnovnih prava

[9] H.-J. Papier, „Drittwirkung der Grundrechte“, *Handbuch der Grundrechte- in Deutschland und Europa*, Heidelberg 2006, 1334.

[10] N. Ademović, J. Marko, G. Marković, *Ustavno pravo Bosne i Hercegovine*, Sarajevo 2012, 231.

[11] H. C. Nipperdey„Gleicher Lohn der Frau für gleiche Leistung“, *Recht der Arbeit* 1950, 121 i dalje.

[12] *Ibid*, 124 i dalje; H. C. Nipperdey, *Grundrechte und Privatrecht*, München 1960, 14 i dalje.

[13] Najveći uticaj teorije Nipperdeya ostvaren je na njemački Savezni sud za radne sporove; Vidi D. Fabisch, *Die unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte im Arbeitsrecht: Die Auswirkungen der von Hans Carl Nipperdey begründeten Lehre auf die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts*, München 2010.

[14] O. Cherednychenko, „Fundamental rights and private law - A relationship of subordination or complementarity”, *Utrecht Law review* 2007, 1.

koja više ne služe za garanciju slobodnog prostora unutar kojeg država ne smije da djeluje, niti od države zahtijevamo da pruža pozitivnu zaštitu osnovnih prava, nego zahtjev za prestankom ili otklanjanjem djelovanja drugog privatnog lica i njegovih posljedica predstavlja izraz principa koji vrijede u dobro, pošteno, slobodno i socijalno uređenom pravnom poretku.[15] Uticaj *Nipperdeyovog* „objektivnog sistema vrijednosti" je očigledan, iako je i sam *Nipperdey* koncept neposrednog horizontalnog dejstva zagovarao samo za pojedina osnovna prava.

Teorija neposrednog horizontalnog dejstva osnovnih prava nije prihvaćena iz više razloga. Kao prvo, neposredno horizontalno dejstvo osnovnih prava u prevelikoj mjeri ograničava autonomiju volje stranaka. Privatna lica su na temelju autonomije volje slobodna u uređenju svojih međusobnih odnosa. Za razliku od države, koja na temelju datog ovlaštenja jednostrano može zadirati u pravnu poziciju građana, u privatnopravnim odnosima pojedinac svojom slobodnom voljom preuzima određenu obavezu.[16] Autonomija volje predstavlja i pravo stranke da zaključi po sebe nepovoljan ugovor, pri čemu krajnju granicu određuju građanskopravni propisi, poput odredaba o zelenaškim ugovorima, nepoštenim ugovornim odredbama, te konačno načelo savjesnosti i poštenja i dobrih poslovnih običaja. Stoga u pravnom području u kojem vrijede dispozitivni propisi, neposrednoj primjeni osnovnih prava nema mjesta. Situacija je drugačija ako u pravni odnos ne stupaju ravnopravne stranke, kako se u građanskom pravu najčešće pretpostavlja, nego uposlenik i poslodavac, ili privatno lica sa grupacijom, savezom ili drugom nadmoćnom ugovornom stranom. Međutim, kada dođemo do zaključka da postoje privatnopravni odnosi u kojima neposredna primjena osnovnih prava može biti prikladna, dolazimo do drugog argumenta protiv neposrednog horizontalnog dejstva osnovnih prava, a to je pravna sigurnost. Naime, u privatnopravnim odnosima oba lica uživaju osnovna prava, te rješavanje privatnopravnih sporova ustavom zagarantovanim osnovnim pravima često vodi do teške ocjene da li u konkretnom slučaju dati prevagu osnovnom pravu jednog ili drugog lica. Kolizija osnovnih prava rješavala bi se dijelom pravilima o konkurenciji osnovnih prava, a češće na nivou testa proporcionalnosti vaganjem između dva pogođena dobra. Tako ishod spora postaje teže predvidljiv, a pojedinci ne znaju koje pravno ponašanje se od njih očekuje, što sa aspekta pravne sigurnosti nije prihvatljivo.[17] Konačno, neposredno horizontalno dejstvo osnovnih

[15] H.-J. Papier, „Drittwirkung der Grundrechte", *Handbuch der Grundrechte- in Deutschland und Europa*, Heidelberg 2006, 1337.

[16] J. Ipsen, *Staatsrecht II-Grundrechte*, München 2012, 22.

[17] G. Dürig, *Grundrechte und Zivilrechtsprechung*, u T. Maunz (ed.), Von Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung, Festschrift Hans Nawiasky, 1956, 158 i dalje.

prava pretvorilo bi ih u njihovu suprotnost. Prava koju su primarno koncipirana kao slobode od državnog djelovanja bile bi stalno ograničene obavezom poštivanja prava drugog pojedinca.[18]

Sva tri argumenta protiv horizontalnog neposrednog dejstva osnovnih prava jasnije se mogu predstaviti na sljedećem primjeru:

Damir K. organizuje zabavu uz gril svake godine u svom dvorištu i svake godine pozove sve porodice iz komšiluka, osim jedne romske porodice i jedne azijske porodice, jer želi da njegov komšiluk ostane slovenski homogen. Ako pretpostavimo da su se ove dvije porodice udružile i pronašle dovoljno čvrstih dokaza da nisu pozvane na gril zabavu baš zbog svoje rase, postavlja se pitanje da li mogu na temelju ustavne garancije o zabrani diskriminacije na osnovu rase u postupku pred sudom ostvariti pravo protiv Damira K. da im bude dozvoljen dolazak na zabavu. Kao prvo, sudsko obavezivanje Damira K. da pozove na privatnu gril zabavu u svoje dvorište osobe koje ne želi da pozove bile bi snažno ograničenje njegove autonomije volje. Kao drugo, i Damir K. uživa osnovna prava, konkretnije ustavom garantovano pravo na privatni život i dom, koje bi bilo povrijeđeno obavezom da u svoje dvorište prima osobe koje ne želi. To bi u slučaju neposredne horizontalne primjene osnovnih prava dovelo do vaganja da li je u većoj mjeri povrijeđena zabrana diskriminacije ili pravo na privatni život u svakom konretnom slučaju, što ugrožava pravnu sigurnost.

Konačno, argument protiv neposrednog horizontalnog dejstva osnovnih prava je načelo podjele vlasti.[19] Neposredno horizontalno dejstvo osnovnih prava značilo bi da je odluka o uređenju privatnopravnih odnosa koji spadaju u područje primjene nekog osnovnog prava u potpunosti prebačena sa zakonodavca na sudove. U svakom od tih slučajeva neposredno bi se primjenjivala osnovna prava kao dio ustavnog prava i samim time nadređena privatnopravnom zakonodavstvu. Pri tome je demokratski izabran zakonodavac u privatnopravnom zakonodavstvu donio odluku o tome kako određeni spor između privatnih lica treba riješiti. Nasuprot tome, sudovi prilikom neposredne primjene osnovnih prava na privatna lica imaju široka ovlaštenja važući interese oba privatna lica za zaštitom. Upravo to bi trebalo da bude zadatak zakonodavca.

[18] H. De Wall, R. Wagner, „Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte“, *Juristische Arbeitsblätter* 2011, 737.

[19] H.-J. Papier, „Drittwirkung der Grundrechte“, *Handbuch der Grundrechte - in Deutschland und Europa*, Heidelberg 2006, 1341.

## 2. Posredno horizontalno dejstvo osnovnih prava

Većinsko mišljenje nauke da osnovna prava nemaju horizontalno neposredno dejstvo, treba strogo razlikovati od apsolutno manjinskog mišljenja da osnovna prava uopće nemaju horizontalno dejstvo. Osnovna prava kao dio „objektivnog sistema vrijednosti" djeluju u privatnopravnim odnosima, ali se prema većinskom mišljenju ne mogu koristiti kao pravni osnov za zasnivanje subjektivnih prava između privatnih lica. Teorija posrednog horizontalnog dejstva osnovnih prava objašnjava djelovanje osnovnih prava u privatnopravnim odnosima tako da se osnovna prava ne koriste kao neposredan pravni osnov za rješavanje sporova između privatnih lica. Neposredno se primjenjuju propisi koji uređuju privatno pravo, a osnovna prava djeluju posredstvom tih propisa, naročito putem generalnih klauzula i drugih odredaba koje dozvoljavaju ili zahtijevaju tumačenje u smislu sadržaja osnovnih prava.[20] Država je kao nosilac obaveze da garantuje osnovna prava primarno zadužena da putem zakonodavstva odgovori na izazove koje donose nove socijalne snage uzrokujući neravnotežu u privatnopravnim odnosima. Tako u privatnopravnim propisima zakonodavac može u odgovarajućoj mjeri zaštititi uposlenika, osiguranika ili zajmoprimca, kako bi osigurao simetriju potrebnu za zasnivanje odnosa na slobodnoj volji. Privatno pravo je to koje treba da pruži zaštitu prava jednog privatnog lica od drugog i prema kojem se određuje da li neko privatno lica postupa protivpravno u građanskopravnim odnosima.[21] Zakonodavac putem generalnih klauzula u građanskopravnom zakonodavstvu ostavlja mogućnost sudovima da, u slučajevima koji nisu konkretno regulisani posebnim propisima, osiguraju ravnotežu između stranaka putem tumačenja generalnih klauzula u skladu sa osnovnim pravima. Sudovi ovdje koriste diskrecione ovlasti u mjeri propisanoj zakonodavstvom, te ne dolazi do ugrožavanja načela podjele vlasti. Primarna primjena privatnopravnog zakonodavstva osigurava važenje autonomije volje, a tumačenje generalnih klauzula i neodređenih pravnih pojmova u smislu osnovnih prava osigurava cjelovitost pravnog poretka u pravnom moralu.[22] Teorija posrednog horizontalnog dejstva osnovnih prava sada predstavlja većinski stav nauke.

[20] B. Pieroth, B. Schlink, *Grundrechte – Staatsrecht II*, Heidelberg 2012, 48.

[21] G. Dürig, *Grundrechte und Zivilrechtsprechung*, u T. Maunz (ed.), *Von Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung, Festschrift Hans Nawiasky*, 1956, 176.

[22] H.-J. Papier, „Drittwirkung der Grundrechte", *Handbuch der Grundrechte- in Deutschland und Europa*, Heidelberg 2006, 1342.

Teorija posrednog horizontalnog dejstva osnovnih prava korespondira sa razvojem osnovnih prava od prava na odbranu od države do obaveze države da garantuje efikasnu zaštitu osnovnih prava u svim sferama.[23] Država ne čini povredu osnovnih prava pojedinca samo svojim djelovanjem, nego i propuštanjem da djeluje, tačnije da pruži adekvatnu zaštitu prava pojedinca bilo od države bilo od drugog pojedinca. Upravo na argumentu da posredno horizontalno dejstvo osnovnih prava proizilazi iz obaveze države da zaštiti osnovna prava temelji se kritika da horizontalno dejstvo nužno podrazumijeva obavezu države da štiti osnovna prava bilo putem zakonodavstva ili sudstva i da stoga nije opravdano postojanje zasebnog pravnog instituta.[24] Međutim, ovakva negacija problema podudara se sa predstavljenom teorijom koju je zastupao *Schwabe*, a koja je odbačena, jer se jednostavno ne može svaka povreda osnovnih prava od strane pojedinca pripisati državi. Tumačenje privatnopravnih propisa u skladu sa osnovnim pravima nije ograničeno na priznanje osnovnih prava kao objektivnih vrijednosti, nego se njime zasnivaju i subjektivna prava pojedinca.[25]

Bez obzira na podudarnosti između obaveze države da štiti osnovna prava i posredno horizontalnog dejstva osnovnih prava, između njih postoji i razlika kako u području primjene tako i intenzitetu. Naime, posredno horizontalno neposredno dejstvo u njemačkoj literaturi često se naziva isijavanjem osnovnih prava na pozitvnopravne propise. Isijavanje na privatnopravne propise (njem. „Ausstrahlwirkung“) izričito je korišteno kao termin u citiranoj presudi *Lüth*.[26] Objektivni sistem vrijednosti isijava „smjernice i impulse“ na zakonodavstvo, upravu i sudstvo.[27] Stoga sve grane vlasti ove smjernice i impulse moraju u dovoljnoj mjeri uzeti u obzir. Posredno horizontalno neposredno dejstvo za sudstvo podrazumijeva obavezu uzimanja u obzir osnovnih prava prilikom primjene i tumačenja privatnopravnih propisa, što u svom području primjene šire od obaveze da se ne povrijedi pravo na slobodu pojedinca (odbrambena funkcija osnovnih prava) ili obaveze države da osnovna prava pojedinca štiti (zaštitna funkcija osnovnih prava).[28] S druge strane, obaveza uzimanja u obzir osnovnih prava prilikom tumačenja i primjene u manjem intenzitetu utiče na konačnu odluku suda, nego odbrambena ili zaštitna funkcija osnovnih prava.[29]

[23] B. Pieroth, B. Schlink, *Grundrechte – Staatsrecht II*, Heidelberg 2012, 49.

[24] J. Ipsen, *Staatsrecht II-Grundrechte*, München 2012, 22.

[25] B. Pieroth, B. Schlink, *Grundrechte – Staatsrecht II*, Heidelberg 2012, 49.

[26] Savezni ustavni sud Njemačke 7, 205.

[27] *Ibid*.

[28] R. Alleweldt, *Bundesverfassungsgericht und Fachgerichtsbarkeit*, Tübingen 2014, 78.

[29] *Ibid*.

## III. Pravna regulacija horizontalnog dejstva osnovnih prava u Evropskoj uniji

Formulacija čl. 51. Povelje osnovnih prava EU (POP)[30] isključuje horizontalno dejstvo osnovnih prava sadržanih u njoj. Prema čl. 51. POP, odredbe ove povelje se odnose na institucije, organe, službe i agencije Unije, uz poštovanje načela supsidijarnosti, kao i na države članice kada provode pravo Unije (njem. „beiDurchführung des Rechts der Union"; eng. „when implementing EU law"). Obavezivanje privatnih lica osnovnim pravima sadržanim u POP nije predviđeno kao mogućnost u ovoj općoj odredbi koja uređuje područje primjene POP. Nasuprot tome, pojedina prava sadržana u POP uređuju prije svega obaveze privatnih lica, poput zabrane ropstva i trgovine ljudima (čl. 5. POP), obaveze privatnih ustanova da u pogledu mjera koje se odnose na djecu daju prioritet najboljem interesu djeteta (čl. 24. st. 2. POP) ili zaštite u slučaju otkaza sa posla (čl. 30. POP). Horizontalno dejstvo koje je povezano sa ovim odredbama teško je prenijeti na pojedine druge odredbe POP koje su upućene isključivo državi.[31] Stoga sam tekst POP ne otkriva nikakav općevažeći stav o horizontalnom dejstvu osnovnih prava unutar POP. Konvent koji je bio zadužen za pisanje POP prepustio je razvoj ovog koncepta dvama evropskim sudovima i zajedničkoj evropskoj pravnoj dogmatici.[32]

Sud EU je pojedinačno priznavao horizontalno neposredno dejstvo osnovnih prava sadržanih u primarnom i sekundarnom pravu EU.Tako čl. 157. st. 1. UFEU konstituiše načelo jednake naknade za rad neovisno o spolu, s neposrednim dejstvom. Zaposlena osoba na osnovu ovog načela ima garantovano subjektivno pravo nezavisno od toga da li je građanin EU ili ima sjedište na teritoriji EU. Načelo jednake naknade djeluje univerzalno kao osnovno pravo. U poređenju s osnovnim slobodama, ovo načelo ima horizontalno dejstvo bez da je potreban dodatni uslov prekograničnog činjeničnog stanja. Na načelo jednake naknade za rad građani se mogu pozvati prema čl. 157. UFEU, kako prema nacionalnoj vlasti, tako i prema poslodavcu, zbog unutrašnje diskriminacije.[33] Ipak, ovakva odredba nije podobna za generalizaci-

[30] Sl. list EU 2010, C 83/02.

[31] U. Hufeld, H. Rathke, „Der Grundrechtsschutz nach Lissabon im Wechselspiel zwischen der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Europäischer Menschenrechtskonvention und den nationalen Verfassungen", *Europarecht-Beiheft* 2013, 44.

[32] M. Borowsky, u J. Meyer (ed.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, Baden Baden 2011, Art 51, tačka 31.

[33] Sud EU, C-43/75, Gabrielle Defrenne/Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena (Defrenne), 1976, str. 455.

ju.[34] Такође у окviru prava na jednak tretman, Sud EU je u presudama Mangold[35] i Kücükdeveci[36] zabranu diskriminacije na osnovu starosti ne samo uspostavio kao opće načelo Prava EU, nego joj i priznao neposredno horizontalno dejstvo.[37] Odluka Kücükdeveci ujedno je i prva odluka od stupanja na snagu POP u kojoj je jednoj odredbi POP, konkretno čl. 21. koji zabranjuje diskriminaciju po različitim osnovama, priznato horizontalno dejstvo. U kasnijoj odluci AMS Sud EU je utvrdio za čl. 27. POP koji radnicima garantuje pravo na informisanje i savjetovanje da nema horizontalno neposredno dejstvo.[38] Ovdje je važno prepoznati da zabrana diskriminacije sadržana u čl. 21. daje subjektivna prava pojedincu, dok čl. 27. POP uređuje princip koji zahtijeva daljnje preciziranje nižim pravnim aktima. Iz svega navedenog vidljivo je da je evropska pravna dogmatika u pogledu horizontalnog dejstva osnovnih prava sadržanih u POP tek u nastanku.

Sud EU je obaveze države da osiguraju zaštitu u određenoj mjeri razvio u pogledu osnovnih (tržišnih) sloboda. Obavezu država članica na zaštitu Sud EU je razvio u okviru slobode prometa robe, konstatujući da propisi o slobodi prometa robe „ne zabranjuju državama članicama samo njihova djelovanja ili ponašanja, koja mogu dovesti do prepreka za trgovinu“, nego ih na osnovu načela lojalnosti u skladu s čl. 4. st. 3. UEU obavezuju i na to „da donesu sve potrebne i prikladne mjere kako bi na svojoj teritoriji osigurali poštivanje ove slobode“.[39] U odnosu na obavezu uzdržavanja od ograničenja osnovnih sloboda, ovdje države članice imaju na raspolaganju mnogo šire diskrecione ovlasti u pogledu načina na koji će ispuniti svoju obavezu za zaštitom.[40] Primjer pruža slučaj „svađe oko jagoda“, u kojem su francuski seljaci kontinuirano i planski ometali uvoz robe iz drugih država, naročito uvoz jagoda iz Španije namijenjenih za francusko tržište.[41] Za razliku od slučaja u kome država samo treba da se uzdrži od donošenja mjera, dakle u kome je dovoljno da ne čini ništa, ovdje mora činjenjem zaštititi prava iz osnovnih sloboda (u

[34] H. Jarass, *Charta der Grundrechte der EU*, München 2013, Art 51, tačka 27.

[35] Sud EU, C-144/04, Werner Mangold v. Rüdiger Helm (Mangold), 2005, I-09981.

[36] Sud EU,C-555/07, Seda Kücükdeveci v. Swedex GmbH & Co. KG(Kücükdeveci), 2010, I-00365.

[37] N. Reich, „The Impact of the Non-Discrimintion Principle on Private Autonomy“, in D. Leczykiewicz/S. Weatherill (ed.), *The Involvement of EU Law in Private LawRelationships*, Oxford 2013, 253 i dalje.

[38] Sud EU, C-176/12, Association de médiation sociale/Union locale des syndicats CGT I dr. (AMS), 2010 I-00365.

[39] Sud EU, C-265/95, Komisija/Francuska, 1997, I-6959, tačka 32; Sud EU, C-112/00, Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge/Austrija (Schmidberger), 2003, I-5659, tačka 59.

[40] Sud EU, C-112/00, Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge/Austrija (Schmidberger), 2003, I-5659, tačka 82.

[41] Sud EU, C-265/95, Komisija/Francuska, 1997, I-6959.

konkretnom primjeru španskih uvoznika) i pri tome ne ograničiti druga osnovna prava (pravo francuskih seljaka na okupljanje). Osim toga, obaveza osiguranja prava iz osnovnih sloboda ne dira u nadležnost država članica da na svojoj teritoriji odluče na koji način će očuvati javni red i mir.[42] Ostaje obaveza država članica da prilikom ocjene između navedenih zaštićenih dobara (osnovne slobode, osnovna prava, javna sigurnost) donese prikladne mjere, jer, kao što navedeni primjer pokazuje, osiguranje osnovne slobode od strane države predstavlja preduslov za korištenje prava koja pruža.[43] Smatra se da je obaveza zaštite koja je do sada uspostavljena samo za slobodu prometa robe primjenjiva i na druge osnovne slobode, međutim, Sud EU se u takvim slučajevima do sada odlučivao za treće dejstvo osnovnih sloboda umjesto obaveze zaštite.[44] Sud EU je najvažniju praksu u kojoj je uspostavio „treće dejstvo" osnovnih sloboda donio u pogledu obaveza sportskih saveza u okviru slobode pružanja usluga i kretanja radnika. Konstatovao je da bi otklanjanje ograničenja koje države članice postavljaju osnovnim slobodama bilo poništeno, ako bi savezi i udruženja u okviru svoje pravne autonomije, koju im daje nacionalno pravo država članica, mogli donositi propise kojima se uspostavljaju nova ograničenja.[45] Tako je dejstvo osnovnih sloboda u okviru slobode kretanja radnika i pružanja usluga primarno prošireno na takve institucije nedržavnog karaktera, koje mogu donositi kolektivne mjere koje, s aspekta svoje funkcije, odgovaraju državnom zakonodavstvu. Stoga se smatra da obavezama iz osnovnih sloboda podliježu „kvazidržavne ustanove" odnosno tzv. „ustanove posredne vlasti"[46] čije se djelovanje ne može pripisati državi, ali im je država dala autonomiju da donesu propise na koje pojedinac ne može uticati, tj. o kojima pojedinac ne može pregovarati, u smislu privatnopravne autonomije.[47] U oblasti slobode kretanja radnika, Sud EU je otišao korak dalje i u odluci *Angonese* proširio treće dejstvo slobode kretanja radnika na „sve

[42] *Ibid*., tačka 33.

[43] W. Frenz, *Handbuch Europarecht-Europäische Grundfreiheiten*, Berlin/Heidelberg 2004, 80.

[44] A. Haratsch, Ch. Koenig/M. Pechstein, *Europarecht*, Tübingen 2010, 358; Th. Kingreen, u Ch. Calliess, M. Ruffert (ed.), *Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta*, Kommentar, München 2007, Art. 28 EGV, tačka 15.

[45] Sud EU, 36-74, B. N. O. Walrave i L.J. N. Koch, Association Union cycliste internationale, Koninklijke Nederlandsche Wielren Unie i Federación Española Ciclismo (Walrave i Koch), 1974, 1405, tačka 16/19; Sud EU, C-415/93, Union royale belge des sociétés de football association ASBL i dr./Jean-Marc Bosman i dr. (Bosman), 1995, I-4921, tačka 82. i dalje; U pogledu slobode pružanja usluga Sud EU, povezani predmeti C-51/96 i C-191/97, Christelle Deliège/Ligue francophone de judo et disciplines associées ASBL (Deliège), 2000, I-2549, tačka 48.

[46] Njem. intermediäre Gewalten.

[47] M. Jaensch, *Die unmittelbare Drittwirkung von Grundfreiheiten-Untersuchung der Verpflichtung von Privatpersonen durch Art. 30, 48, 52, 59, 73b EGV*, Baden-Baden 1997, 263 i dalje.

ugovore između privatnih lica".[48] Nasuprot tome, u oblasti slobode prometa robe treće dejstvo osnovnih sloboda izričito je zabranio.[49] S obzirom na to da je sloboda kretanja kapitala i platnog prometa strukturom najbliža slobodi prometa robe, u odsustvu relevantne sudske prakse, u nauci se smatra da i u pogledu ove slobode, treće dejstvo osnovnih sloboda nije moguće.[50] Strukturna sličnost slobode poslovnog nastanjivanja sa slobodama pružanja usluga i kretanja radnika, navela je Sud EU na priznanje trećeg dejstva slobode poslovnog nastanjivanja u pogledu kolektivnih mjera koje donose „ustanove posredne vlasti".[51] Bez obzira na mnoge strukturne sličnosti između osnovnih sloboda i osnovnih prava, strukturne razlike opredjeljuju nauku na zaključak da dogmatika razvijena u pogledu obaveze države da zaštiti osnovne slobode ili trećeg dejstva osnovnih sloboda nije podobna da bude prenesena na osnovna prava. Ovdje se prije svega misli na to da se osnovne slobode primjenjuju samo na prekogranične slučajeve, obuhvataju samo slučajeve diskriminacije (na temelju državljanstva) sa izuzetkom mjera koje se odnose na pristup tržištu, neposredno služe uspostavi unutrašnjeg tržišta i svoje izvorno utemeljenje imaju u Pravu EU.[52]

Nasuprot tome, Evropski sud za ljudska prava (ESLJP) detaljno je razvio dogmatiku obaveze države da štiti osnovna prava.[53] ESLJP je obavezu zaštite obrazložio obavezama koje su države članice preuzele potpisivanjem

[48] Sud EU, C-281/98, Roman Angonese/Cassa di Risparmio di Bolzano (Angonese), 2000, I-4139, tačka 34.

[49] Sud EU, 311/85, ASBL Vereniging van Vlaamse Reisbureaus/ASBL Sociale Dienst van de Plaatselijke en Gewestelijke Overheidsdiensten, 1988, str. 3801, tačka 30.

[50] G. Ress, J. Ukrow, u Ch. Calliess/M. Ruffert (ed.), *Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta*, Kommentar, München 2007, Art. 56 EGV, tačka 101; C. Birkemeyer, „Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten- Zugleich Anmerkung zum Urteil des EuGH v. 17. 7. 2008, Rs. C-94/07 (Raccanelli)", *EuR* 5/2010, 677; A. Glaesner, u J. Schwarze (ed.), *EU-Kommentar*, Baden Baden 2009, Art. 56 EGV, tačka 17.

[51] Najčešće će se raditi o članstvu u nacionalnim komorama kao preduslovu za izvođenje nekog slobodnog zanimanja; Sud EU, 271/82, Vincent Rodolphe Auer/Ministère public (Auer II), 1983, 2727, tačka 19; Sud je potvrdio i generalnu obavezanost privatnih lica slobodom poslovnog nastanjivanja kada mogu donositi kolektivne mjere u okviru autonomije koju im garantuju državni propisi; Sud EU, 90/76, S.r.l. Ufficio Henry van Ameyde/S.r.l. Ufficio centrale italiano di assistenza assicurativa automobilisti in circolazione internazionale (Van Ameyde/UCI), 1977, 1091, tačka 28; Sud EU, C-309/99, J. C. J. Wouters i dr./ Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten (Wouters i dr.), 2002, I-1577, tačka 120; Sud EU, C.438/05, International Transport Workers' Federation i dr./Viking Line ABP i dr. (Viking Line), 2007, I-10779, tačka 32 i dr.

[52] H. Jarass, *Charta der Grundrechte der EU*, München 2013, Einleitung, tačka 23; Z. Meškić, D. Samardžić, *Pravo Evropske unije I*, Sarajevo 2012, 306.

[53] Vidi ESLJP, 13.6.1979, 6833/74, Marckx/Belgija; ESLJP, 26.5.1994., 16969/90, Keegan/Irska;ESLJP, 20.4.1993, 14327/88, Sibson/Ujedinjeno Kraljevstvo; M. Borowsky, u J. Meyer (ed.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, Baden Baden 2011, Art 51, tačka 31.

Konvencije, pri čemu je državama ostavljen mnogo širi diskrecioni prostor da tu obavezu ispune, nego kada se radi o slučaju u kojem država činjenjem vrijeđa osnovna prava.[54] Ta praksa je putem klauzule transfera iz čl. 52. st. 3. POP obavezujuća prilikom primjene i tumačenja onih osnovnih prava iz POP koja odgovaraju pravima sadržanim u Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda iz 1950. godine (EKLJP). Lista tih odredaba koje odgovaraju EKLJP navedena je u objašnjenjima uz POP.[55] Konačno, dogmatika o horizontalnom dejstvu osnovnih prava može se potražiti u zajedničkim ustavnim tradicijama država članica u smislu čl. 6. st. 3. UEU. Horizontalno dejstvo osnovnih prava tokom 20. stoljeća postala je dio ustavne tradicije svake od država članica. Pojedine države, poput Španije i Portugala, slijede njemačko viđenje priznavanja dejstva ustavom zagarantovanih prava, u Austriji se treće dejstvo osnovnih prava prvenstveno ostvaruje putem generalnih klauzula u građanskopravnom zakonodavstvu kao što je čl. 16. ABGB o zaštiti ličnih prava, dok se u Velikoj Britaniji takvo dejstvo priznaje u okviru neposredne primjene EKLJP kao međunarodnopravnog instrumenta.[56]

I komparativnopravno, van granica EU, horizontalno dejstvo osnovnih prava razvijeno je u određenom obimu. Npr. u SAD-u, horizontalnom dejstvu osnovnih prava funkcionalno odgovara tzv. „state action" doktrina (doktrina državnog djelovanja) razvijena od strane Vrhovnog suda SAD-a.[57] „State action" doktrina nastoji dati odgovor na pitanje kada se na djelovanje koje je povrijedilo osnovna prava nekog lica mogu primijeniti osnovna prava, iako konkretno djelovanje nije počinila država u formalnom smislu. Drugačije rečeno, ispituje se da li se djelovanje privatnog lica kojim je zadirao u osnovna prava drugog privatnog lica može pripisati državi, a ako ne može, onda ne podliježe osnovnim pravima. Teorija „obaveze zaštite" osnovnih prava od strane države nikada nije igrala značajniju ulogu u praksi Vrhovnog suda SAD-a.[58]

[54] A. Seifert, „Die horizontale Drittwirkung von Grundrechten-Europarechtliche und rechtvergleichende Überlegungen", *EuZW 2011*, 699.

[55] M. Borowsky, u J. Meyer (ed.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, Baden Baden 2011, Art 51, tačka 31.

[56] A. Seifert, „Die horizontale Drittwirkung von Grundrechten-Europarechtliche und rechtvergleichende Überlegungen", *EuZW 2011*, 697.

[57] T. Giegerich, *Privatwirkung der Grundrechte in den USA-Die State Action Doctrine des U.S. Supreme Court und die Bürgerrechtsgesetzgebung des Bundes*, Berlin-Heidelberg-New York 1992, 451.

[58] *Ibid*., 454 i dalje.

## IV. Zaključak

U pravnim izvorima EU ne može se naći odredba koja na općenit način reguliše horizontalno dejstvo osnovnih prava, niti je Sud EU svojom praksom doprinio značajnijem razvoju ovog instituta u pravu EU. Pojedinačne odredbe POP, praksa Suda EU u pogledu osnovnih sloboda, praksa ESLJP koja je putem klauzule transfera iz čl. 52. st. 3. POP obavezujuća za pojedine odredbe POP, te zajedničke ustavne tradicije država članica, čine dio regulacije horizontalnog dejstva osnovnih prava u EU koja tek treba da dobije jasnije konture. Ponovo se očekuje od Suda EU da stvori funkcionalno jedinstvo pravnih izvora EU, što će uveliko zavisiti od uloge koju će Sud EU u oblasti zaštite osnovnih prava preuzeti u budućnosti. Treba uzeti u obzir da u EU ne postoji posebna tužba za zaštitu osnovnih prava, kako je to slučaj u mnogim nacionalnim zakonodavstvima, te da uvođenje takve tužbe za sada nije ni planirano. Povreda osnovnih prava tretira se kao bilo koja druga povreda primarnog prava, te na raspolaganju stoje pravna sredstva koja služe čuvanju Ugovora. Ostaje da se vidi da li je stupanje na snagu POP dalo dovoljan motiv za snažniji razvoj prakse Suda EU o horizontalnom dejstvu osnovnih prava.

## CONCLUSION

*The EU legal sources do not contain any general provision on the horizontal effect of fundamental rights and the Court of Justice of the EU did not significantly contribute to the development of this institute in EU law. Individual provisions of the EU Charter of fundamental rights, the practise of the European Court of Human Rights which is due to the transfer clause of the Art 52 (3) of the EU Charter of Fundamental Rights obligatory for some of the provisions of the Charter and constitutional traditions common to the member states, constitute parts of the regulation of the horizontal effect of the fundamental rights in the EU, that still needs to get a clearer shape. It is again expected from the Court of Justice of the EU to create functional coherence of the EU legal sources. It will depend on the role which the Court of Justice of the EU will take in the protection of fundamental rights in the future. It needs to be taken in the consideration that in the EU there is no special claim for the protection of fundamental rights, opposite to many national legal systems, and that the introduction of such claim is not planned yet. The infringement*

*of fundamental rights is treated as any other infringement of the primary law and the only legal remedies available have the purpose to ensure the observance of theTreaties. It remains to be seen whether the entry into force of the Charter was a sufficient motivation for a stronger development of the practise of the Court of Justice of the EU on the question of horizontal effect of fundamental rights.*

УДК 347.77

# РЕЖИМ ПРЕВОЂЕЊА УНИТАРНОГ ПАТЕНТА: ПРОБЛЕМИ, ПРИОРИТЕТИ И ПЕРСПЕКТИВЕ

**Др Јелена Ћеранић***

***Апстракт:*** *У раду се анализирају проблеми, приоритети и перспективе у вези са режимом превођења унитарног патента. Након уводних напомена о дуготрајним напорима да се установи јединствени систем заштите проналазака у ЕУ, први део рада посвећен је поступку успостављања режима превођења унитарног патента. Европска комисија је 2010. године предложила да режим буде у складу са Конвенцијом о европском патенту, чему су се успротивиле Шпанија и Италија. Након тога, преосталих двадесет пет земаља ЕУ прибегло је ближој сарадњи. Реч је о механизму предвиђеном оснивачким уговорима, који омогућава одређеном броју држава чланица да успоставе сарадњу и по питањима о којима није постигнута сагласност међу свим чланицама ЕУ. Како су Шпанија и Италија поднеле тужбу Европском суду правде против успостављања ближе сарадње у области унитарне патентне заштите, у другом делу рада представљена је пресуда којом се одбија ова тужба. У децембру 2012. године коначно је усвојен тзв. патентни законодавни пакет који се састоји од три компоненте: Уредбе о стварању унитарне патентне заштите, Уредбе о стварању унитарне патентне заштите која се тиче превођења и Споразума о јединственом патентном суду. У оквиру трећег дела рада размотрен је специфичан положај Италије као једине земље која не учествује у унитарној патентној заштити, али је потписала Споразум о јединственом патентном суду.*

***Кључне речи:*** *унитарни патент, режим превођења, ближа сарадња, Европска унија, Јединствени патентни суд.*

---

* **Др Јелена Ћеранић, доцент Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, научни сарадник Института за упоредно право у Београду**

## I УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Преговори о успостављању јединственог система заштите проналазака у ЕУ, након скоро четрдесет година, крунисани су у децембру 2012. године усвајањем тзв. унитарног патентног пакета. Овај пакет састоји се од три компоненте: Уредбе о спровођењу ближе сарадње у области стварања унитарне патентне заштите,[1] Уредбе о спровођењу ближе сарадње у области стварања унитарне патентне заштите која се тиче превођења[2] и Споразума о јединственом патентном суду.[3]

„Из самих назива правних аката којима је успостављен овај нови систем патентне заштите произилази да су напуштени раније коришћени термини *патент ЕУ* и *комунитарни патент*, већ се користи термин *унитарни патент*. Новим термином између осталог се указује на чињеницу да све државе чланице Европске уније не учествују у систему издавања унитарног патента.“[4]

Од самог почетка рада на успостављању јединственог система заштите проналазака, режим превођења био је „јабука раздора“ међу државама чланицама. Будући да државе нису могле да постигну сагласност поводом овог питања, неуспешно се завршило неколико покушаја да се успостави јединствени систем заштите проналазака на тлу тадашњих европских заједница.[5] Почетком новог миленијума преговори су интензивирани и у децембру 2009. године у Савету је напокон постигнут политички споразум о унитарној патентној заштити и новом правосудном органу за решавање патентних спорова.

Што се тиче режима превођења, дугогодишњег „камена спотицања“ успостављању јединственог система заштите проналазака у ЕУ, Европ-

[1] *Regulation (EU) No 1257/2012 of the European Parliament and of the Council of 17 December 2012 implementing enhanced cooperation in the area of the creation of the unitary patent protection, OJ L 361/1.*

[2] *Council regulation (EU) No 1260/2012 of 17 December 2012 implementing enhanced cooperation in the area of the creation of the unitary patent protection with regard to the applicable translation arrangements, OJ L 361/1.*

[3] *Agreement on Unified patent Court*, доступно на адреси: *http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/A1080B83447CB9DDC1257B36005AAAB8/$File/upc_agreement_en.pdf,* 11.07.2014.

[4] С. Марковић, Д. Поповић, *Право интелектуалне својине*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2013, стр. 335.

[5] Конвенција о комунитарном патенту, потписана у Луксембургу 1975. године, никада није ратификована; Споразум о комунитарном патенту из 1983. године претрпео је исту судбину као и Конвенција; Уредбу о комунитарном патенту из 2004. године није одобрио Савет.

ска комисија је 1. јула 2010. године изнела амбициозан предлог на основу кога режим превођења унитарног патента треба да буде у складу са режимом предвиђеним Конвенцијом о европском патенту (КЕП), према тзв. Лондонском споразуму. Предлогу су се одмах успротивиле две државе чланице ЕУ, Шпанија и Италија. Управо неслагање са предложеним режимом превођења унитарног патента довело је до отварања „новог поглавља" у историји европских интеграција. Наиме, заинтересоване државе чланице први пут су званично прибегле правном инструменту предвиђеном још 1997. године Уговором из Амстердама. Реч је о механизму ближе сарадње који омогућава државама чланицама ЕУ да успоставе сарадњу и по питањима о којима није постигнут споразум међу свим чланицама Уније. Одмах након што је Савет одобрио покретање ближе сарадње, Шпанија и Италија су поднеле тужбу Европском суду правде. Међутим, и пре него што је суд донео пресуду којом се одбија тужба, у децембру 2012. године коначно је усвојен тзв. патентни законодавни пакет. Занимљиво је да је Италија, једна од две земље која није прихватила предложени режим превођења, потписала Споразум о јединственом патентном суду.

Дакле, иако је унитарни патентни пејзаж донекле фрагментиран, унитарна патентна заштита има најмање две предности у односу на досадашњи систем заштите проналазака европским патентом. С једне стране, унитарни патент је, од самог почетка, признат у свим државама чланицама које учествују у ближој сарадњи, те пријавилац плаћа само једну таксу. На тај начин трошкови, који су деценијама представљали озбиљну препреку заштити патента у више држава чланица ЕУ, требало би да буду смањени. С друге стране, предвиђен је хармонизовани систем за решавање спорова у вези са унитарним патентом. На основу система заштите који се примењује у случају европског патента, за спорове су надлежни национални судови држава чланица. Међутим, догађа се да ови судови доносе супротне пресуде, а чак је било и случајева да судови унутар једне исте државе различито пресуђују (нпр. судови Енглеске и Шкотске). Стога је успостављање Јединственог патентног суда од посебног значаја за унитарну патентну заштиту.[6]

У првом делу рада биће размотрен поступак успостављања режима превођења унитарног патента. Посебна пажња биће посвећена механизму ближе сарадње. У другом делу рада биће представљена пресу-

[6] Ј. Ћеранић, „Предлог новог система заштите проналазака у ЕУ – патент Уније", *Право и привреда*, 7–9/2012, стр. 356.

да Европског суда правде у случају Шпанија и Италија против Савета. У оквиру трећег дела биће размотрен специфичан положај Италије као једине земље која је, иако не учествује у унитарној патентној заштити, потписала Споразум о јединственом патентном суду.

## II УСПОСТАВЉАЊЕ РЕЖИМА ПРЕВОЂЕЊА УНИТАРНОГ ПАТЕНТА

Дана 1. јула 2010. године Европска комисија изнела је предлог да режим превођења унитарног патента буде у складу са режимом предвиђеним КЕП-ом. Како се Шпаније и Италија са овим предлогом нису сложиле, преосталих двадесет пет земаља посегнуло је за механизмом ближе сарадње. Након бројних измена и допуна, у децембру 2012. године усвојен је патентни законодавни пакет, укључујући и Уредбу у вези са режимом превођења.

### Уредба о спровођењу ближе сарадње у области стварања унитарне патентне заштите која се тиче превођења

На основу предлога Европске комисије, режим превођења унитарног патента треба да буде у складу са режимом предвиђеним КЕП-ом, према тзв. Лондонском споразуму. Овом конвенцијом предвиђено је да патентни документи морају бити на једном званичном језику (енглеском, француском или немачком), док се само патентни захтеви преводе на друга два званична језика Европског завода за патенте (ЕЗП). Осим тога, не постоје други захтеви за превођењем током управног поступка. Само у случају да је патент предмет спора на суду, траже се додатни преводи.

Предлогом уредбе о спровођењу ближе сарадње у области стварања унитарне патентне заштите која се тиче превођења прецизиране су околности под којима се могу тражити додатни преводи од титулара патента.

У случају спора у вези са повредом европског патента са унитарним дејством, титулар мора да обезбеди, на захтев и по избору туженог, комплетан превод европског патента са унитарним дејством на званични језик било државе чланице у којој је дошло до повреде било које државе чланице у којој лице које је тужено има пребивалиште.[7]

[7] Чл. 4, ст. 1 Уредбе о спровођењу ближе сарадње у области стварања унитарне патентне заштите која се тиче превођења (даље: Уредба).

У случају спора у вези са европским патентом са унитарним дејством, титулар патента мора да током поступка обезбеди, на захтев суда који је у држави чланици надлежан за спорове у вези са европским патентом са унитарним дејством, комплетан превод патента на језик на коме се води поступак пред судом.[8]

Уредбом је такође прецизирано да све горепоменуте трошкове сноси титулар патента.[9]

У случају спора који се тиче накнаде штете, суд пред којим се води поступак мора да оцени и у узме у разматрање, посебно када је тужени средње или мало предузеће, физичко лице или непрофитна организација, универзитет или државно истраживачко тело, да ли је тужени поступио без знања или без разумних основа за знањем да он крши европски патент са унитарним дејством пре него што му је обезбеђен превод.[10]

Ипак, Уредбом о унитарном патенту која се тиче превођења предвиђена је могућност надокнаде трошкова превођења за средња и мала предузећа, физичка лица, непрофитне организације, универзитете и државна истраживачка тела која имају пребивалиште или главно трговачко седиште у некој од држава чланица ЕУ. Узимајући у обзир чињеницу да се европске патентне пријаве могу поднети на било ком језику,[11] подносиоци који су пријаве поднели ЕЗП на једном од званичних језика Уније који није званични језик ЕЗП имају право на повраћај трошкова превођења.[12]

## Механизам ближе сарадње

Предложеном режиму превођења успротивиле су се две државе чланице ЕУ, Шпанија и Италија, истичући да он представља дискриминацију њихових националних језика. Неприхватањем предложеног режима превођења ситуација је постала веома комплексна. Наиме, на основу Уговора из Лисабона, за доношење законодавног акта о режиму превођења који се примењује на унитарни патент потребна је сагласност свих држава чланица ЕУ. Упркос озбиљним напорима да се

[8] Чл. 4, ст. 2 Уредбе.
[9] Чл. 4, ст. 3 Уредбе.
[10] Чл. 4, ст. 4 Уредбе.
[11] Чл. 14, ст. 2 КЕП.
[12] Чл. 15, ст. 1 и 2 Уредбе.

дође до компромисног решења, државе чланице ЕУ, на састанку одржаном 10. новембра 2010. године, нису успеле да постигну споразум.

Иако су Шпанија и Италија тврдиле да предложени режим превођења представља дискриминацију њихових националних језика, чини се да су, играјући на карту националне дискриминације, ове две државе покушале да дискриминишу Европу насупрот великих земаља као што су САД, Јапан, Кина, Јужна Кореја.[13] Наиме, један од циљева унитарне патентне заштите је да омогући Европској унији да буде што конкурентнија на светском тржишту.

Узимајући у обзир важност успостављања јединственог система заштите проналазака у ЕУ за конкурентност Уније, с једне стране, и одредбу Уговора којом се предвиђа да је за доношење законодавног акта о режиму превођења који се примењује на унитарни патент потребна сагласност свих држава чланица, с друге стране, заинтересованим земљама није преостајало ништа друго до да посегну за механизмом ближе сарадње.

Ближа сарадња је правни инструмент предвиђен оснивачким уговорима ЕУ који омогућава одређеном броју држава чланица да успоставе сарадњу и по питањима о којима није постигнут споразум међу свим чланицама ЕУ. Заинтересоване државе чланице, а мора их бити најмање девет, могу користити институције и поступке предвиђене оснивачким уговорима, под одређеним условима.[14] Одобрење за покретање ближе сарадње даје Савет, на предлог Комисије и после сагласности Европског парламента.[15]

Будући да је уговорима предвиђено да је за одобрење покретања ближе сарадње потребна само квалификована већина у Савету, било је могуће премостити противљење двеју земаља (Шпаније и Италије) предложеном режиму превођења унитарног патента.

У складу са поступком предвиђеним оснивачким уговорима, дванаест земаља ЕУ (Данска, Естонија, Финска, Француска, Немачка, Литванија, Луксембург, Холандија, Пољска, Словенија, Шведска и Велика Британија) 10. децембра 2010. године званично је затражило, тј. поднело захтев за покретање ближе сарадње. Два дана након подношења захтева, Комисија је предложила текст о успостављању ближе сарадње у области стварања унитарне патентне заштите.

[13] A. Pompidou, "Un brevet unique permettra à l' Union européenne d'être plus compétitive", доступно на интернет адреси: *http://www.robert-schuman.eu/entretien_europe.php?num=55*, 12.07.2014, стр. 3.

[14] Чл. 20, ст. 1 Уговора ЕУ (даље: УЕУ).

[15] Чл. 329, ст. 1, тач. 2 Уговора о функционисању ЕУ (даље: УФЕУ).

У фебруару 2011. године ближој сарадњи се прикључило још тринаест држава чланица ЕУ, тако да су изван сарадње заправо остале само Италија и Шпанија. У складу са поступком предвиђеним оснивачким уговорима, Европски парламент је, 15. фебруара 2011. године, дао сагласност за покретање ближе сарадње. Убрзо након тога, 10. марта 2011. године, Савет је одобрио покретање ближе сарадње у области стварања унитарне патентне заштите.

Месец дана после добијања одобрења од Савета, 13. априла 2011. године, Комисија је спровела у дело одлуку двадесет пет земаља и предложила две уредбе о унитарном патенту: Предлог уредбе Европског парламента и Савета о спровођењу ближе сарадње у области стварања унитарне патентне заштите (која се доноси у поступку саодлучивања Савета и Европског парламента) и Предлог уредбе Савета о спровођењу ближе сарадње у области стварања унитарне патентне заштите која се тиче превођења (коју усваја Савет једногласно, након консултовања Европског парламента).

Неколико недеља након што је Комисија предложила две уредбе о унитарној патентној заштити, Шпанија и Италија су, 30. маја 2011. године, поднеле, свака за себе, тужбе Европском суду правде против одлуке Савета од 10. марта 2011. године којом се одобрава покретање ближе сарадње. У обе тужбе наводи се да је покретање ближе сарадње у области стварања унитарне патентне заштите незаконито, тј. да представља повреду оснивачких уговора по више основа.

## Усвајање унитарног патентног пакета

Упркос поступку пред Европским судом правде по тужбама Шпаније и Италије, Европска унија била је одлучна да настави рад на стварању унитарне патентне заштите. Сходно томе, Савет је 10. децембра 2012. године одобрио тзв. патентни законодавни пакет, те се он 11. децембра 2012. године нашао пред Европским парламентом. Да би Парламент приступио гласању, било је неопходно да се Европски суд правде изјасни поводом тужбе Шпаније и Италије у вези са законитошћу покретања ближе сарадње у области стварања унитарне патентне заштите. Дана 11. децембра 2012. године општи правозаступник Европског суда правде је пред Европским парламентом изнео своје мишљење о поменутој тужби, осврнувши се на сваки од аргумената који је наведен

у тужби (а који су касније детаљно разрађени у самој пресуди).[16] Према његовом мишљењу, Европски суд правде требало би да одбије тужбу.

Након мишљења општег правозаступника, Европски парламент је 11. децембра 2012. године одобрио унитарни патентни пакет. Уредбе су објављене 31. децембра 2012. године у Службеном листу ЕУ, а ступиле су на снагу 20. јануара 2013. године. Предвиђено је да уредбе почну да се примењују 1. јануара 2014. године или на дан ступања на снагу Споразума о јединственом патентном суду (потписаног 19. фебруара 2013. године), у зависности од тога који од ова два догађаја наступи касније. Тренутно је у току ратификација Споразума о јединственом патентном суду.[17]

## III ПРЕСУДА ЕВРОПСКОГ СУДА ПРАВДЕ У СЛУЧАЈУ ШПАНИЈА И ИТАЛИЈА ПРОТИВ САВЕТА

Након што су Шпанија и Италија, свака за себе, поднеле тужбе Европском суду правде против одлуке Савета којом се одобрава покретање ближе сарадње у области стварања унитарне патентне заштите, Указом председника Суда од 10. јула 2012. године, случајеви Шпанија против Савета (Ц-274/11) и Италија против Савета (Ц-295/11) спојени су за потребе усменог поступка и пресуде.[18] Све аргументе које су ове две земље изнеле у тужбама, Суд је објединио у пет аргумената и тако о њима одлучивао:

1. Ненадлежност Савета за успостављање ближе сарадње у овом случају;
2. Злоупотреба Уговором додељених овлашћења од стране Савета приликом доношења одлуке којом се одобрава покретање ближе сарадње у овој области;
3. Повреда услова на основу кога одлука којом се одобрава ближа сарадња мора бити донета као последње средство;

[16] Доступно на адреси: *http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2012-12/cp120163en.pdf,* 15.07.2014.

[17] За сада су Споразум о јединственом патентом суду ратификовале само две земље: Аустрија и Француска.

[18] *Kingdom of Spain and Italian Republic v Council of the European Union, Joined cases C-274/11 and C-295/11.*

4. Повреде чланова 20, став 1 Уговора о ЕУ (УЕУ), 118 Уговора о функционисању ЕУ (УФЕУ), 326 УФЕУ, као и 327 УФЕУ;
5. Непоштовање правосудног система ЕУ.[19]

Први аргумент Шпаније и Италије био је да област права интелектуалне својине, дефинисана чланом 118 УФЕУ,[20] спада у искључиве надлежности Уније, те да се у тој области не може покретати ближа сарадња. Европски суд правде констатовао је да надлежности предвиђене чланом 118 УФЕУ спадају у подељене надлежности у смислу члана 4, став 2 УФЕУ. Стога је аргумент који се тиче ненадлежности Савета да одобри ближу сарадњу у конкретном случају одбачен.

Када је реч о другом аргументу, према мишљењу Шпаније и Италије, иако је циљ ближе сарадње да допринесе процесу интеграција, у конкретном случају, ближој сарадњи се прибегло како би се ове две земље искључиле из дугих преговора о режиму превођења и самим тим заобишао захтев за једногласним доношењем одлуке предвиђен чланом 118, став 2 УФЕУ. Сходно томе, Шпанија и Италија оцениле су понашање Савета као неприкладно, указујући на кратко време које је протекло између предлога Комисије и усвајања спорне одлуке као илустрацију таквог понашања.[21] Европски суд правде је и овај аргумент одбацио, уз образложење да се одлука Савета да одобри ближу сарадњу, након што је констатовао да унитарни патент и његов режим превођења не могу бити успостављени у разумном временском периоду од старне Уније као целине, не представља заобилажење захтева за једногласношћу предвиђеног чланом 118, став 2 УФЕУ, нити искључење држава чланица које нису приступиле ближој сарадњи. Осим тога, одлука Савета, у светлу немогућности да се у разумном временском периоду постигне заједнички режим за Унију као целину, доприноси процесу интеграција.[22]

[19] Ј. Ћеранић, „Законитост ближе сарадње у области унитарног патента – Случај Шпанија и Италија против Савета“, *Правна ријеч*, 37/2013, стр. 116–124.

[20] Чл. 118 Уговора ФЕУ:

„У оквиру успостављања и функционисања унутрашњег тржишта, Европски парламент и Савет, одлучујући у складу са редовним законодавним поступком, утврђују мере у вези са оснивањем европских тела у циљу обезбеђења униформне заштите права интелектуалне својине у Унији и успостављања централизованог система ауторизације, координације и контроле на нивоу Уније.

Савет, одлучујући у складу са посебним законодавним поступком, утврђује уредбама режиме превођења на нивоу Уније. Савет одлучује једногласно, после консултовања Европског парламента.“

[21] *Kingdom of Spain and Italian Republic v Council of the European Union, Joined cases C-274/11 and C-295/11,* тач. 27–29.

[22] *Ibid,* тач. 37.

Трећи аргумент Шпаније и Италије био је да је одлуком повређен услов на основу кога одлука којом се одобрава ближа сарадња мора бити донета као последње средство, а да у конкретном случају могућности преговора између свих држава чланица о режиму превођења унитарног патента нису биле исцрпљене. Између предлога о режиму превођења који је изнела Комисија 1. јула 2010. године и предлога о ближој сарадњи који је Комисија представила 14. децембра 2010. године није протекао ни период од шест месеци. Дакле, преговори су били прекратки, те је, према наводима Шпаније и Италије, повреда члана 20, став 2 УЕУ очигледна.[23] Међутим, Европски суд правде био је другачијег мишљења, истакавши да је, у конкретном случају, Савет узео у обзир чињеницу да је законодавни поступак који се тиче успостављања унитарног патента на нивоу Уније отпочет током 2000. године (први Предлог уредбе о комунитарном патенту изнет је још у августу 2000. године) и да је прошао кроз више етапа, које су детаљно објашњене у предлогу Комисије за покретање ближе сарадње из децембра 2010. године, као и у самој спорној одлуци. Осим тога, државе чланице су у Савету више пута дискутовале о великом броју различитих режима превођења унитарног патента и ниједан од њих није задобио подршку свих земаља.[24] Сходно томе, Европски суд правде је и овај аргумент одбацио.

Што се тиче четвртог аргумента да је дошло до повреде чланова 20, став 1 УЕУ, 118 УФЕУ, 326 УФЕУ и 327 УФЕУ, Суд је, након детаљне анализе сваког од ових чланова, утврдио следеће:

- најпре, да би униформна заштита на територији целе Уније била повољнија за функционисање унутрашњег тржишта, али и ближа сарадња у којој учествује двадесет пет земаља представља напредак у односу на актуелну ситуацију;[25]
- затим, да ће европско право интелектуалне својине овако успостављено, униформна заштита коју обезбеђује и режими који га прате бити на снази не у целој Унији, већ само на територији држава чланица учесница и да овако конципирано европско право интелектуалне својине не представља повреду члана 118 УФЕУ, и у складу је са чланом 20 УЕУ, став 4 којим је предвиђено да акти усвојени у оквиру ближе сарадње обавезују само државе учеснице.; [26]

[23] *Ibid,* тач. 42–43.

[24] *Ibid,* тач. 55–56.

[25] *Ibid,* тач. 61.

[26] *Ibid,* тач. 68.

- такође, да одобрена ближа сарадња није науштрб унутрашњег тржишта, као ни економске, социјалне и територијалне кохезије и да не представља сметњу нити средство дискриминације између држава чланица и не може имати за последицу деформацију правила конкуренције између држава чланица;[27]
- и напослетку, да одобрена ближа сарадња поштује, у складу са чланом 327 УФЕУ, надлежности, права и обавезе држава чланица које у њима не учествују.[28]

Дакле, Суд је одбацио и четврти аргумент који су навели тужиоци, а који се тиче повреде чланова 20, став 1 УЕУ, 118 УФЕУ, 326 УФЕУ и 327 УФЕУ.

Пети аргумент био је да правосудни систем Уније чини целина тужби и поступака како би се обезбедила контрола законитости аката Уније и да Савет није испоштовао овај систем јер је одобрио ближу сарадњу, а није прецизирао правосудни режим који ће се примењивати у оквиру новог европског права интелектуалне својине. Европски суд правде је у Мишљењу 1/09[29] истакао да члан 262 УФЕУ предвиђа само могућност да се успостави специфична тужба за спорове у вези са применом аката Уније којима се успостављају европска права интелектуалне својине, али не намеће успостављање посебног правосудног оквира. У сваком случају, није неопходно да одлуком којом се одобрава ближа сарадња буду прецизирани и модалитети правосудног режима који ће бити установљен у оквиру те сарадње.[30] Сходно томе, Европски суд правде је одбацио и овај пети аргумент.

Будући да су сви аргументи које су у тужбама навеле Шпанија и Италија одбачени, Европски суд правде је донео одлуку којом се тужба одбија.

Шпанија је у марту 2013. године поднела нову тужбу Европском суду правде против две уредбе о унитарном патенту. Овога пута Италија, која је потписала Споразум о јединственом патентом суду, није јој се придружила. Да ли ће и на који начин ова тужба утицати на почетак примене уредаба о унитарном патенту, остаје да се види.

---

[27] *Ibid,* тач. 77.

[28] *Ibid,* тач. 82–83.

[29] *Opinion of the Court of 8 March 2011 (Opinion 1/09),* тач. 62.

[30] *Kingdom of Spain and Italian Republic v Council of the European Union, Joined cases C-274/11 and C-295/11,* тач. 88.

## IV СПОРАЗУМ О ЈЕДИНСТВЕНОМ ПАТЕНТНОМ СУДУ

Трећу компоненту тзв. унитарног патентног пакета представља Споразум о јединственом патентном суду. Овај споразум потписан је 19. фебруара 2013. године, а ступиће на снагу чим га ратификује тринаест држава, укључујући Француску, Велику Британију и Немачку. Очекује се да ће Јединствени патентни суд почети да ради 1. јануара 2015. године. За сада је Споразум потписало двадесет пет земаља (изузев Шпаније, Пољске и Хрватске), а ратификовале су га само две, Аустрија и Француска.

### Надлежности Јединственог патентног суда

Споразумом о јединственом патентном суду предвиђено је да овај суд има искључиву надлежност у погледу тужбе за повреду и поништај како новог, унитарног патента (тј. европског патента са унитарним дејством), тако и „класичног" европског патента.[31] Такође, Споразум изричито предвиђа да сва питања у вези са патентима која не спадају у искључиву надлежност Јединственог патентног суда остају у надлежности националних судова држава чланица потписница Споразума о јединственом патентном суду.[32]

Иначе, Споразуму могу приступити и државе чланице ЕУ које не учествују у ближој сарадњи у области унитарне патентне заштите (Шпанија и Италија), али му не могу приступити државе ЕЗП које нису чланице ЕУ (Швајцарска, Турска и Норвешка). С тим у вези, одлуке Јединственог патентног суда у вези са европским патентом са унитарним дејством биће обавезујуће само за државе чланице које учествују у ближој сарадњи, док ће одлуке у вези са „класичним" европским патентом бити обавезујуће за све државе потписнице Споразума о јединственом патентном суду.[33]

### Последице неучешћа Италије у унитарној патентној заштити

Иако се Италија определила да не учествује у успостављању унитарне патентне заштите, занимљиво је да је ова земља потписала Спо-

[31] Чл. 32, ст. 1 Споразума о јединственом патентном суду (даље: Споразум ЈПС).

[32] Чл, 32, ст. 2 Споразума ЈПС.

[33] Доступно на Интернет адреси*: http://www.unified-patent-court.org/images/documents/enhanced-european-patent-system.pdf,* 14.07.2014.

разум о јединственом патентном суду. Оваквом одлуком Италија се нашла у специфичном положају. Наиме, унитарни патент неће важити у Италији, док ће Јединствени патентни суд бити надлежан у границама предвиђеним Споразумом о јединственом патентом суду.

Споразум о јединственом патентном суду предвиђа тужбе у вези са унитарним патентима и европским патентима за које је надлежан Јединствени патентни суд.[34] Такође, Споразум изричито предвиђа да сва питања у вези са патентима која не спадају у искључиву надлежност Јединственог патентног суда, остају у надлежности националних судова држава чланица потписница Споразума о јединственом патентном суду (укључујући и Италију).[35]

Последице специфичног положаја Италије огледају се у следећем: када унитарни патентни пакет ступи на снагу, а докле год се Италија не укључи у ближу сарадњу, италијански подносилац захтева може изабрати да поднесе захтев за унитарни патент који ће одмах важити у државама чланицама које су ратификовале Споразум о јединственом патентном суду. Међутим, да би добио патентну заштиту у преосталих тринаест држава које су чланице КЕП-а, али нису се укључиле у ближу сарадњу (укључујући Италију), он може изабрати да аплицира за „класичан“ европски патент или националне патенте.

У случају спора, правила о надлежности су следећа:

- за италијанске националне патенте, надлежан остаје италијански суд;
- у случају „класичног“ европског патента, за оне аспекте који су у искључивој надлежности Јединственог патентног суда, надлежан је овај суд, док други аспекти остају у надлежности италијанских националних судова;
- у случају да је власник унитарног патента Италијан (при чему унитарни патент не важи у Италији, већ само у двадесет пет земаља које учествују у ближој сарадњи), постоје две могућности:

а) у вези са оним питањима која, на основу Споразума о јединственом патентном суду, спадају у искључиву надлежност Јединственог патентног суда, надлежан је Јединствени па-

[34] Чл. 32, ст. 1 Споразума ЈПС.

[35] Чл, 32, ст. 2 Споразума ЈПС.

тентни суд; у овом случају, италијанско одељење Јединственог патентног суда надлежно је само уколико је тужени Италијан и надлежност је изабрана на основу критеријума пребивалишта туженог; у супротном, спор се води пред неким другим одељењима Суда;

б) у вези са другим питањима (која не спадају у искључиву надлежност Јединственог патентног суда), надлежан је италијански национални суд, али опет под условом да је надлежан суд изабран на основу критеријума пребивалишта туженог; заправо, правило *locus commissi delicti* не може се овде примењивати, тј. не може се одредити одељење италијанског суда као надлежан суд, јер до повреде и не може доћи у Италији, с обзиром на то да Италија не учествује у унитарној патентној заштити.

Сходно томе, када се води спор у вези са унитарним патентом пред италијанским одељењем Јединственог патентног суда зато што тужени има пребивалиште у Италији, италијанско одељење је у позицији да опозове цео унитарни патент. Важно је напоменути да су већа локалних одељења Суда прве инстанце мултинационална.[36] Међутим, у практичном смислу власник унитарног патента увек може да тужи италијанског прекршиоца у неиталијанском локалном одељењу зато што се тужба може поднети у месту у коме је дошло до повреде унитарног патента.[37]

Што се тиче надлежности Јединственог патентног суда за „класичан“ европски патент, Споразумом је предвиђен прелазни период.[38] Сходно томе, седам година од ступања на снагу унитарног патентног пакета, тужбе за повреду или опозив могу бити изузете (*opt-out*) из искључиве надлежности Јединственог патентног суда. Дакле, о њима могу да одлучују национални судови. Такође, постоји могућност да се овај прелазни период продужи за још седам година.[39]

[36] Чл. 8, ст. 2 Споразума ЈПС.

[37] Доступно на интернет адреси: *http://www.theunitarypatent.com/unitary-patent-the-situation-in-italy,* 15.07.2014.

[38] Чл. 83 Споразум ЈПС.

[39] *Ibid.*

## V ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Немогућност да се постигне сагласност свих држава чланица ЕУ у вези са режимом превођења унитарног патента деценијама је била једна од највећих препрека успостављању јединственог система заштите проналазака у ЕУ. Европска комисија је 2010. године предложила да се на унитарни патент примењује режим превођења у складу са режимом предвиђеним КЕП-ом, што значи да патентни документи морају бити на једном од званичних језика (енглески, француски и немачки), док се само патентни захтеви преводе на друга два званична језика ЕЗП. Осим тога, не постоје други захтеви за превођењем у току управног поступка. Једино у случају да је патент предмет спора на суду траже се додатни преводи. Овакав предлог Комисије наишао је на најоштрије противљење појединих држава чланица ЕУ, тачније Шпаније и Италије. Стога се преосталих двадесет пет земаља определило за покретање механизма ближе сарадње у области стварања унитарне патентне заштите.

Предложени, а касније и усвојени, режим превођења значајан је из најмање два разлога. С једне стране, захваљујући оваквом режиму превођења, коначно је успостављен јединствени систем заштите проналазака у ЕУ, истини за вољу не између свих двадесет седам, али између двадесет пет држава чланица ЕУ. С друге стране, могло би се рећи да је због неслагања Шпаније и Италије у вези са режимом превођења отворено ново поглавље у историји европских интеграција. Наиме, у оквиру успостављања унитарне патентне заштите први пут је званично покренут механизам ближе сарадње, за који део европске научне и стручне јавности сматра да представља пут за излазак из кризе ЕУ и наставак продубљивања европског интеграционог процеса.

Иако су две уредбе о унитарном патенту већ ступиле на снагу, почеће да се примењују тек када Споразум о јединственом патентном суду ратификује тринаест држава чланица ЕУ. Чињеница је да начин на који је конципиран унитарни патент није идеалан (између осталог и зато што у њему, због режима превођења, не учествује свих двадесет седам држава чланица ЕУ), али је исто тако сасвим извесно да овај систем унитарне патентне заштите представља напредак у односу на постојећи систем заштите проналазака европским патентом. Прво, смањени су трошкови заштите проналаска у више држава чланица ЕУ, а друго, успостављен је јединствен систем решавања патентних спорова.

Иако је тешко предвидети развој ситуације, очекује се да ће се унитарном патентом заштитом ојачати конкурентски положај ЕУ на светском тржишту. Ипак, какви ће бити конкретни резултати, тј. да ли ће унитарни патент успети да одговори на велика очекивања која су пред њим, видеће се тек када од почетка примене унитарне патенте заштите протекне извесни временски период.

**Jelena Ćeranić, Ph.D,**
**Assistant professor at the Faculty of Law of the University of Banja Luka**
**Research associate at the Institute of Comparative Law in Belgrade**

## TRANSLATION ARRANGEMENTS APPLICABLE TO UNITARY PATENT: PROBLEMS, PRIORITIES AND PERSPECTIVES

*The paper deals with problems, priorities and perspectives related to translation arrangements applicable to the unitary patent. After introductory notes with regard to attempts to establish the unified patent protection system in the EU, the first part of the article is devoted to the process of adoption of translation arrangements applicable to the unitary patent. The European Commission proposed a regulation on the translation arrangements for the unitary patent. According to the regulation the translation arrangements applicable to the unitary patent should be in line with the European Patent Convention. Since Spain and Italy have not agreed with the proposed translation arrangement, 25 Member States decided to launch enhanced cooperation. Once the Council has approved the enhanced cooperation, Spain and Italy requested the Court of Justice to annul the Council's decision, maintaining that it was invalid for several reasons. The European Court of Justice dismissed the actions brought by Spain and Italy against the Council's decision authorizing enhanced cooperation in the area of the unitary patent protection. The Court's argumentation is presented in the second part of the paper. The third part is devoted to the specific position of the Republic of Italy, the only EU Member State which does not participate in unitary patent protection, but has signed the Unified Patent Court Agreement.*

***Key words:*** *unitary patent, translation arrangements, enhanced cooperation, European Union, Unified Patent Court.*

УДК 004:738.5

# TEMA: ELEKTRONSKI DOKUMENT

**Miralem Porobić***

***Sažetak:*** *Ovim radom želi se ukazati na elektronski dokument koji je sve prisutniji u svakodnevnici, sa posebnim osvrtom na upotrebu elektronskog dokumenta u pravosuđu. Pod pojmom elektronski dokument, koristeći zakonsku formulaciju, podrazumijeva se jednoobrazno povezan cjelovit skup podataka koji su elektronski oblikovani (izrađeni pomoću računara i drugih elektronskih uređaja).*

***Ključne riječi:*** *elektronski dokument, elektronička razmjena podataka.*

## UVOD

Elektronski dokument postao je sinonim savremenog društva, svakodnevica bez koje se više ne može. Komunikacija e-mailom preuzela je dominaciju u odnosu na klasičnu poštansku uslugu, a svakodnevno napredovanje u stvaranju uređaja za komunikaciju koji su dostupni i omogućavaju na svakom mjestu i u svako vrijeme međusobne komunikacije, utiču na to da sve više postajemo ovisnici od takvog načina komuniciranja.

Skeniranje dokumenata, korištenjem različitih programa i na mobilnim telefonima, znatno je ubrzalo mogućnost prenosa dokumenata od jedne osobe do druge.

## ELEKTRONSKI DOKUMENT U BiH

Brzina promjena u sačinjavanju elektronskog dokumenta, kao i u prenosu istih, uslovila je da se ta oblast mora regulisati i propisima, uz sve

* **Miralem Porobić, advokat iz Tuzle**

specifičnosti odnosa koji vladaju u BiH. Ova specifičnost uslovila je da je Zakon o elektronskom dokumentu u RS od 26.11.2008. g.[1], a u Federaciji BiH, Zakon o elektronskom dokumentu[2] objavljen je pet godina kasnije (u daljem tekstu: entitetski zakoni).

Parlamentarna skupština Bosne i Hercegovine tek je 2014. usvojila Zakon o elektronskom dokumentu[3].(u daljem tekstu: zakon BiH).

Odredbe ovih zakona su, dobrim dijelom, identične, ali, s obzirom na nadležnost donošenja, zakoni se primjenjuju na postupanja nadležnih tijela i drugih pravnih i fizičkih osoba, u postupcima koji se vode pred tijelima uprave i drugih institucija entiteta i Bosne i Hercegovine.

Zbog toga će se u ovom radu ukazati na nekoliko zajedničkih karakteristika koje su bitne za primjenu ovih zakona.

Definicija "elektronskog dokumenta" skoro je identična u entitetskim zakonima i to je jednoobrazno povezan cjelovit skup podataka koji su elektronski oblikovani (izrađeni pomoću računara i drugih elektronskih uređaja), poslani, primljeni ili sačuvani na elektronskom, magnetnom, optičkom ili drugom mediju i koji sadrže osobine kojima se utvrđuje autor, vjerodostojnost sadržaja, te dokazuje vrijeme kada je dokument sačinjen. U zakonu BiH razlikuje se samo u početnom dijelu definicije, jer je to "logički i funkcionalno povezan cjelovit skup podataka...".

Iz ovih definicija proizilazi da je karakteristika elektronskog dokumenta to što je on sačinjen putem računara ili drugih elektronskih uređaja, ali da se kroz taj dokumenat može utvrditi ko je autor dokumenta, koje je vrijeme kada je dokumenat sačinjen te, ako je poslan na drugu adresu, kada je poslan i kome, odnosno kada je primljen.

U sva tri zakona utvrđeno je da se ne može odbiti elektronski dokument samo zbog toga što je on izrađen, korišten i stavljen u promet u elektronskom obliku.

Isto tako, utvrđeno je da elektronski dokument ima istu pravnu snagu kao i dokument na papiru i kao takav se može koristiti u pravnom prometu. (Ovdje je isključena jednaka vrijednost kada je drugim propisima propisana isključiva valjanost dokumenta ako je urađen samo u pisanom obliku – npr. ugovor o prometu nepokretnosti ne može biti sačinjen u elektronskoj formi kao pravno valjan dokument, jer je propisano da to mora biti notarski obrađen ugovor u pisanom obliku).

[1] Objavljen u "Sl. glasniku RS", broj 110/08 od 26.11.2008. g.

[2] Objavljen u „Sl. novinama FBiH", broj 55/13 od 17.07.2013. g.

[3] Objavljen u „Sl. glasniku BiH", br. 58/14 od 28.07.2014. g.

Zakon o elektronskom pravnom i poslovnom prometu[4] na sličan je način odredio valjanost elektronskog dokumenta, jer je u članu 12. Zakona utvrdio da „pravno dejstvo podataka u elektronskoj formi i njihova upotreba kao dokaznog sredstva ne može se isključiti zbog činjenice da su u elektronskoj formi".

Ovdje se odmah mora postaviti pitanje na koji način će se sve to utvrditi, jer još uvijek, nažalost, nisu stvoreni uslovi za to. U entitetskim zakonima utvrđeno je da elektronski dokumenat mora imati elektronski potpis, a u zakonu BiH da mora imati napredni (kvalifikovani) elektronski potpis.

Prvi propisi koji u Bosni i Hercegovini regulišu pitanje elektronskog potpisa su odluke Centralne banke BiH, i to ODLUKA O REGULIRANJU PRAVILA ZA UTVRĐIVANJE ELEMENATA ZA VJERODOSTOJNOST ELEKTRONSKOG POTPISA i ODLUKA O MINIMALNIM UVJETIMA KOJE MORA ISPUNJAVATI KVALIFICIRANO CERTIFIKACIONO TIJELO KOJE IZDAJE KVALIFICIRANE CERTIFIKATE ZA ELEKTRONSKI POTPIS.[5] Specifičnost ovih odluka je u tome što su imale sadržaj zakona, a zbog toga što ih je donijela Centralna banka imale su suženi krug djelovanja, jer su se primjenjivale samo u platnom prometu, odnosno obaveznu primjenu su imale samo u okviru bankarskog poslovanja.

U Republici Srpskoj usvojen je Zakon o elektronskom poslovanju i elektronskom potpisu.[6]

U pravnom prometu veoma je važno što je članom 8. Zakona utvrđena ravnopravnost pismene forme i elektronskog oblika komuniciranja. I ovdje su nabrojani izuzeci. Ne postoji ravnopravnost kod pravnih poslova koji se odnose na:

1. prenose prava svojine na nepokretnostima ili kojima se ustanovljava drugo stvarno pravo na nepokretnosti;

2. ostavinske poslove;

3. ugovore o uređivanju imovinskih odnosa između bračnih drugova;

4. ugovore o raspolaganju imovinom lica kojima je oduzeta poslovna sposobnost;

5. ugovore o ustupanju i raspodjeli imovine za života;

6. ugovore o doživotnom izdržavanju i sporazume o odricanju od navedenog nasljeđa;

[4] Objavljeno u „Sl. glasniku BiH" 88/07 od 20. novembra 2007. g.

[5] Objavljene u „Sl. glasniku BiH", broj 10/02 od 24.05.2002. g.

[6] Objavljeno u „Službenom glasniku RS" br. 36/02 od 21. juna 2002.

7. obećanje poklona i ugovore o poklonu u slučaju smrti;

8. ugovore o kupovini sa zadržavanjem prava svojine.

Ovaj zakon dao je definiciju elektronskog potpisa, kao skup podataka u elektronskom obliku koji s pridruženi ili su logički povezani sa drugim elektronskim podacima i služe za identifikaciju potpisnika i potvrdu vjerodostojnosti potpisanog elektronskog dokumenta.

Isto tako, dao je i definiciju kvalifikovanog elektronskog potpisa kao elektronski potpis kojim se pouzdano garantuje: identitet potpisnika, integritet elektronskih poruka ili dokumenata i nemogućnost naknadnog poricanja odgovornosti za njihov sadržaj.

Valjanost elektronskog potpisa potvrđuje verifikaciono tijelo, koje se registruje na takav način da se prijavljuje nadležnom organu, a za verifikaciju kvalifikovanog elektronskog potpisa verifikaciono tijelo mora imati odobrenje za rad.

Na nivou BiH donesen je Zakon o elektronskom potpisu[7], koji je također dao definiciju elektronskog potpisa, kvalifikovanog elektronskog potpisa, te verifikacionog tijela za verifikaciju elektronskog potpisa i kvalifikovanog elektronskog potpisa.

Prema odredbi člana 274. st. 4. Zakona o parničnom postupku BiH i istovjetnih odredaba u zakonima FBiH, RS i Brčko Distrikta BiH, da bi se moglo komunicirati sa sudom putem elektronske pošte, potrebno je da na tom dokumentu postoji kvalificirani elektronski potpis. S obzirom na ovo, smatram potrebnim da se ukaže na sljedeće:

Zakon o elektronskom potpisu dao je definiciju elektronskog potpisa kao podatke u elektronskom obliku koji prate druge podatke u elektronskom obliku ili su s njima logički povezani i omogućavaju utvrđivanje identiteta potpisnika.

Potpisnik može biti samo fizičko lice kojem su dodijeljeni podaci za formiranje potpisa i odgovarajući podaci za provjeru potpisa i kojem je, u njegovo ili u ime trećeg lica, formiran elektronski potpis.

Normalno, potpisnik može biti i ovjerilac koji koristi potvrdu za pružanje usluga u vezi s elektronskim potpisom ili ovjeravanjem.

Iako na svim drugim mjestima Zakon o elektronskom potpisu govori o kvalificiranoj potvrdi, u definiciji se ne govori o kvalifikovanom potpisu, nego

[7] Objavljeno u „Sl. glasniku BiH“ br 91/06 od 14. novembra 2006. godine

о „sigurnom potpisu“. Prema ovoj definiciji „**siguran elektronski potpis** je elektronski potpis koji je:

1) dodijeljen isključivo potpisniku,

2) omogućava identificiranje potpisnika,

3) formiran upotrebom sredstava koja su u potpunosti pod kontrolom potpisnika,

4) povezan s podacima na koje se odnosi tako da se može utvrditi svaka naknadna promjena tih podataka,

5) zasnovan na kvalificiranoj potvrdi i formiran upotrebom tehničkih sredstava i postupaka koji su u skladu sa sigurnosnim zahtjevima ovog zakona i na osnovu njega donesenih podzakonskih propisa“.

Dakle, osnovna razlika između elektronskog potpisa i kvalifikovanog – sigurnog potpisa je u tome što je neophodna kvalificirana potvrda verifikacionog organa. Iako su ovi propisi doneseni prije mnogo godina, a zakoni o parničnom postupku prije jedanaest godina, do današnjeg dana nisu stvoreni uslovi za primjenu propisa.

Iz ovih definicija proizilazi da je elektronski potpis:

1. skup podataka u elektronskom obliku;
2. da mora biti pridružen ili logički povezan sa drugim elektronskim podacima
3. da služi za identifikaciju potpisnika
4. da služi kao potvrda vjerodostojnosti potpisanog elektronskog dokumenta.

To se postiže na sljedeći način:

Obična poruka koja se šalje putem interneta je sa otvorenim tekstom, koji uz korištenje određenih uređaja za automatsko šifriranje tog teksta postaje šifrirani tekst i kao takav tekst šalje se od pošiljaoca prema primaocu. Primalac taj tekst dešifrira korištenjem određenih ključeva i kao dešifriran primalac može pročitati poslanu poruku. Šifriranje odnosno dešifriranje može biti korištenjem kriptografskih algoritama (ključeva) koji obezbjeđuju privatnost. Sistemi ovih ključeva mogu biti simetrični, asimetrični i hibridni.

Simetrični ključevi su takvi ključevi koji se koriste u istom obliku kod šifriranja i dešifriranja poruke, odnosno i pošiljalac i primalac koriste isti ključ za šifriranje i dešifriranje poruke. Korištenje simetričnih ključeva omogućava brži protek informacija velikih količina, ali se tu pojavljuje problem distribucije ključeva.

Osnovni problem kriptografije sa tajnim ključem jeste razmjena tajnog ključa koja treba da se izvrši na takav način da niko ne otkrije sadržaj tajnog ključa. Razmjena ključa zahtijeva kriptografske metode u kojima se učesnici u komunikaciji ne plaše prisluškivanja. Prednost simetrične kriptografije leži u praktičnoj realizaciji gdje se ovaj metod pokazuje kao vrlo brz, odnosno, nema velikih zahtjeva u računanju.

# Simetrični sistemi

Obje strane koriste isti ključ i za šifrovanje i za dešifrovanje

Pogodan za šifrovanje veće količine podataka
(brži od ostalih metoda)
Problem: distribucija ključeva
Primjeri: **DES** (Digital Encryption Standard, IBM & National Bureau of Standards, 1977), DESX, IDEA…

Kriptografski algoritam (ili kriptografsko pravilo) vrši obradu originalne poruke, koja se naziva *plaintext,* i tajne informacije (ključa), a kao rezultat daje kriptovanu poruku, koja se naziva *ciphertext* ili kriptogram, kojom se ostvaruje prvi cilj kriptografije.

U šemi simetričnog kriptografskog algoritma, kako oba korespondenta koriste identične ključeve, potrebno je na odgovarajući način razmijeniti ključ. Za tu priliku uveden je pojam tajnog kanala kojim se ključ razmenjuje. Egzistencija tajnog kanala najslabije je mjesto simetričnog kriptografskog sistema.

Asimetrični sistemi su takvi gdje pošiljalac za šifriranje teksta koristi tzv. javni ključ, a primalac za dešifriranje poruke koristi tajni ključ. Kod ovakvog načina šifriranja podataka može se šifrirati manja količina podataka,

a kao najveći problem pojavljuje se problem povezivanja javnog ključa sa vlasnikom.

# Asimetrični sistemi

Pošiljalac šifruje javnim ključem,
primalac dešifruje tajnim ključem

Pogodan za šifrovanje manje količine podataka
(sporiji od ostalih metoda)
Problem: povezivanje javnog ključa sa vlasnikom.
Primjeri: **RSA** (Rivest, Shamir & Adleman, 1977),
Diffie-Hellman (1976)…

Kriptografija sa javnim ključem ima dvije značajne primjene: kriptovanje i digitalni potpis. U takvom sistemu svaki učesnik dobija par ključeva, jedan tajni ključ i jedan javni ključ. Javni ključ se objavljuje, dok tajni čuva korisnik. Potreba da razmjenom tajne informacije kao u slučaju simetrične kriptografije je eliminisana. Prije svake komunikacije prenosi se samo javni ključ, dok se tajni ključ nikad ne prenosi ili razmjenjuje. U ovakvom sistemu nema potrebe vjerovati u bezbjednost komunikacionih sredstava; dovoljno je pridružiti javni ključ korisniku na autentičan način (u koji se ne sumnja), na primjer siguran javni imenik. Bilo ko može slati povjerljive poruke korištenjem javnog ključa ali takav kriptogram može biti dekriptovan samo tajnim ključem.

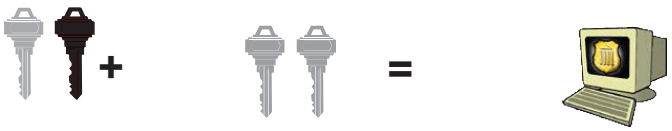
U kriptosistemu sa javnim ključem tajni ključ je matematički povezan sa javnim ključem. Zato je uvijek moguće napasti ovakav kriptosistem određivanjem tajnog ključa iz javnog. Odbrana od ovakvog napada ostvaruje se tako što se savremenim matematičkim alatima problem određivanja tajnog ključa iz javnog načini matematički kompleksnim. Težak (kompleksan) matematički problem koji se koristi u kreiranju kriptosistema sa javnim ključem može biti npr. faktorisanje velikih brojeva.

Najčešće korišteni sistem je tzv. hibridni sistem, odnosno sistem gdje se koristi simetrični sistem za šifriranje dokumenta koji se šalje, a asimetrični sistem se koristi za prenos ključa za simetrične sisteme.

# Hibridni sistemi

Koristiti asimetrične sisteme za prenos ključa za simetrične sisteme

Koristiti simetrične sisteme za šifrovanje



Ovo je primijenjeno u SSL

Secure Sockets Layer (SSL) je osnova za svaku e-Business infrastrukturu, te danas predstavlja jedan od najčešće korištenih bezbjednosnih protokola na internetu. Protokol podrazumijeva serversku i klijentsku autentifikaciju. SSL protokol pregovara o ključu koji će se koristiti u bezbjednom prenosu i provjerava autentičnost servera prije početka prenosa podataka od strane viših nivoa. Ovaj protokol omogućava bezbjednost i integritet razmijenjenih podataka korišćenjem kriptovanja, autentifikacije i MAC (Message Authentication Code).

Postoje dvije osnovne varijante SSL-a: 40-bit i 128-bit *(zavisi od dužine master ključa),* a koristeći današnju tehnologiju potrebno je trilion godina za razbijanje 128-bit SSL-a!

Nažalost, još uvijek je na snazi US izvozna zabrana za DC i implementiranost u browserima (podržan 128-bit SSL), iako je za očekivanje da će se ubrzo ovo moći kvalitetno koristiti i u komercijalnom poslovanju.

Vrlo je interesantna činjenica da se u praksi veoma često upotrebljavaju dva termina, „elektronski potpis“ i „digitalni potpis“, te da se između ta dva

termina stavlja znak jednakosti. Iz tog razloga je potrebno dati najkraću definiciju razlike između ova dva termina. „Elektronski potpis“ predstavlja termin koji označava bilo kakvu ovjeru načinjenu elektronskim putem. To može biti:

- skeniran ručni potpis, što predstavlja digitalizirani ručni potpis u seriju bitova i upisan u datoteku potpisa. Ovakav potpis se pohranjuje u datoteci i kod dobijanja dokumenta vrši se provjeravanje upoređivanjem potpisa na dokumentu, sa potpisom koji se nalazi u datoteci. Samo mijenjanje dokumenta nema uticaja na izgled potpisa.
- biometrijski potpis – provjera identiteta, koja koristi dijelove tijela za identifikaciju (DNK, mrežica oka, obrazi, govor, ruke, otisak prstiju). Ovakva identifikacija često je u primjeni kod kreditnih kartica, sigurnosnih bedževa ili ulaza u kontrolisane prostore;
- digitalni potpis, koji predstavlja niz binarnih znakova dobivenih asimetričnim sistemom šifriranja (kriptografija javnog ključa)

Ovdje je važno istaći da dokumenti za potpis ne smiju sakrivati neke podatke, npr. skrivene poruke ili aktivne osobine, jer takvi dokumenti predstavljaju ugrožavanje sigurnosti, pa se može pretpostaviti da osoba je koja šalje takve dokumente osoba koja je zloupotrijebila pravo na potpis ili ga falsifikovala.

Ponovo naglašavam da su entitetski zakoni o parničnom postupku, za komunikaciju sa sudom predvidjeli postojanje kvalifikovanog elektronskog potpisa, a entitetski zakoni o elektronskom dokumentu predvidjeli su postojanje elektronskog potpisa. Ovo može dovesti do toga da u upravnim postupcima, a samim tim i u upravnom sporu, pred kantonalnim sudom se zahtijeva elektronski potpis, a u parničnim postupcima pred općinskim sudom, kvalifikovani elektronski potpis.

U završnim odredbama Zakona o elektronskom dokumentu, u članu 27. utvrđeno je da će se Zakon početi primjenjivati sa uspostavom ureda za nadzor i akreditaciju ovjerivača elektronskog i kvalifikovanog elektronskog potpisa. To što je taj Ured osnovan još 2006. g., kroz Zakon o elektronskom potpisu, nikoga ne brine.

Tu se ispušta iz vida postojanje odredbe člana 24. Zakona o elektronskom potpisu BiH, koji je utvrdio mogućnost i obavezu priznavanja verifikacionih uvjerenja izdatih od ovjerioca sa sjedištem u državi članici Evropske unije

ili državi koja je članica Evropskog ekonomskog prostora i čiju validnost Bosna i Hercegovina može provjeriti. U situaciji gdje su Hrvatska i Slovenija već članice Evropske unije i gdje već postoje verifikaciona tijela, može se očekivati da će se zahtijevati priznavanje kvalifikovanih potpisa i u parničnim postupcima, odnosno u pristupu sudu, ali i u drugim slučajevima kao što je elektronsko poslovanje.

Ukazuje se i na činjenicu da se mogu priznavati i potvrde ovjerioca sa sjedištem u trećim državama, a čija validnost se može provjeriti u Bosni i Hercegovini.

Zakon o elektronskom dokumentu u sadržaj elektronskog dokumenta uključuje sve oblike pisanog teksta, podatke, slike, crteže, karte, ton, muziku i govor.

Ali, da bi pojasnio šta je elektronski dokument, Zakon o elektronskom dokumentu entiteta, u članu 5 je utvrdio da se građa elektronskog dokumenta obavezno sastoji od općeg dijela i posebnog dijela. Opći dio čine informacije u elektronskom obliku uključujući naslov primaoca, a poseban dio čine elektronski potpisi i podaci o vremena nastajanja i završetka izrade elektronskog dokumenta

Sam elektronski dokument obavezno sadrži unutrašnji i vanjski obrazac prikaza, s tim što se unutrašnji obrazac prikaza sastoji od tehničko-programskog obrasca zapisivanja sadržaja u elektronskom obliku, a vanjski obrazac se sastoji od vizuelnog i razumljivog prikaza sadržaja elektronskog dokumenta.

Odredba člana 8. entitetskih zakona o elektronskom dokumentu može da stvori određene zabune zbog svojih formulacija, radi čega je i citiram u izvornom tekstu:

"Član 8.

Svaki pojedinačni primjerak elektronskog dokumenta potpisan elektronskim potpisom smatra se, u smislu ovog zakona, izvornikom.

Elektronski dokument ne može imati kopiju u elektronskom obliku.

Ako ista osoba izradi dva ili više dokumenta sa istim sadržajem, od kojih je jedan primjerak izrađen u elektronskom obliku a drugi izrađen na papiru, ti se dokumenti smatraju nezavisnim i u tim slučajevima dokument izrađen na papiru ne smatra se kopijom elektronskog dokumenta."

Slične su odredbe člana 9. Zakona o elektronskom dokumentu BiH, s tim što nema formulacije iz st. 2. čl. 8. entitetskih zakona.

Analizirajući odredbe ovog člana, može se uočiti tendencija zakonodavca da zaštiti valjanost elektronskog dokumenta elektronskim potpisom (kako je to regulisano entitetskim zakonom) odnosno kvalifikovanim elektronskim potpisom (kako je to regulisano Zakonom BiH). Elektronski potpis, odnosno kvalifikovani potpis uvijek je vezan za određeni elektronski dokumenat i ovjeren je potvrdom ovjerivača, radi čega je i utvrđeno da takav elektronski dokumenat ne može imati kopiju.

Kada se posmatraju ove odredbe, onda se može postaviti i pitanje na koji način se ove odredbe imaju primijeniti u postupcima pred sudovima, na koji način će se sudu predati, kao dokaz, elektronski dokument.

Kako je sama definicija elektronskog dokumenta veoma jasno opredijelila šta je elektronski dokument, onda se to mora na taj način i primjenjivati. Naime, iz direktne zakonske definicije elektronskog dokumenta proizilazi nekoliko bitnih elemenata koji predstavljaju osnov za tretiranje nekog dokumenta kao elektronski dokument, kao što su:

- podaci koji su izrađeni pomoću elektronskih uređaja,
- podaci koji su poslani, primljeni ili sačuvani na elektronskom, magnetnom, optičkom ili drugom mediju,
- podaci koji sadrže osobina kojima se utvrđuje autor,
- podaci koji potvrđuju vjerodostojnost sadržaja, te
- podaci koji dokazuju vrijeme kada je dokument sačinjen.

Utvrđivanje autora, potvrđivanje vjerodostojnosti sadržaja i vremena kada je dokumenat sačinjen, vrši se pomoću verifikacije potpisa, i dok se to ne uradi, dokumenat se ne može smatrati vjerodostojnim elektronskim dokumentom.

Sudovi i sada primaju, kao dokaz, dokumente u elektronskoj formi. U toku samog postupka, sve su češći slučajevi da se podnesci – pa i završne riječi daju na elektronskom mediju, pa ih sud izravno kopira u zapisnik kako bi vrijeme vođenja postupka skratili, na koji način se onemogućava primjena pravila usmenosti, neposrednosti i javnosti postupka.

Zbunjujuća je odredba st. 3. člana 8. entitetskih zakona, odnosno čl. 9. st. 2. i 3. zakona BiH, koja određuje kvalitet i način tretiranja odštampanog dokumenta. Konstatacija da se odštampani ispis ne može smatrati kopijom

elektronskog dokumenta, sama po sebi dovodi do velikih zabuna. Može se postaviti pitanje da li je zapisnik koji je urađen prilikom održavanja ročišta, i kao takav unesen u CMS, original, odnosno da li je zapisnik koji dobijemo koristeći pristupni kod elektronskom predmetu, kopija tog zapisnika. Kakav je tretman odštampanog zapisnika koji dobijemo kao stranke u postupku, nakon što platimo propisanu taksu? Isto tako, pitanje je i da li je pisani otpravak presude original ili kopija elektronskog dokumenta.

Dio odgovora dat je kroz član 9. entitetskih zakona, odnosno člana 10. zakona BiH. Kako je već naznačeno, prikaz elektronskog dokumenta sastoji se od vanjskog i unutrašnjeg prikaza i kopija elektronskog dokumenta na papiru izrađuje se ovjerom ispisa vanjskog obrasca prikaza elektronskog dokumenta na papiru, uz primjenu postupaka predviđenih zakonom i drugim propisima.

Član 335. Zakona o parničnom postupku propisao je da se isprava podnosi u izvorniku, prepisu ili fotokopiji.

Godine 1991. održano je zasjedanje kompjuterskih specijalista (Internacionalna asocijacija kompjuterskih specijalista) u Portlandu – Oregonu, gdje je jedan od osnovnih zaključaka bio da su digitalni dokazi jednake vrijednosti kao i opipljivi dokazi. Godine 1996. propisane su procedure i opći principi koji se odnose na digitalne dokaze u cilju međunarodne razmjene ovih dokaza.

Osnovni principi su:

- u radu sa digitalnim dokazima moraju se primjenjivati striktne procedure i principi
- digitalni dokaz ne smije da bude izmijenjen prije, u toku uzimanja ili poslije uzimanja dokaza
- digitalnom dokazivanju može da pristupi samo dobro obučena osoba (sudski vještak – forenzičar)
- svaka aktivnost mora biti dobro i detaljno dokumentirana.

U našim propisima ovo je malo modifikovano i prilagođeno uslovima rada. Naime, član 9. st. 2. entitetskih zakona predvidio je dva načina ovjeravanja kopije ispisa elektronskog dokumenta i to tako da ovjeru ispisa vanjskog obrasca prikaza elektronskog dokumenta na papiru u postupcima koje vode nadležni organi u upravnom postupku u okviru svoje nadležnosti obavljaju ovlaštene osobe u tim organima

U svim ostalim slučajevima ovjeru ispisa elektronskog dokumenta na papiru obavlja notar.

Kako je entitetski zakon propisao da ispis vanjskog obrasca prikaza elektronskog dokumenta na papiru koji se ovjerava kao kopija elektronskog dokumenta mora obavezno sadržavati oznaku da je riječ o kopiji odgovarajućeg elektronskog dokumenta, u slučaju da ga mora ovjeravati notar to za sobom povlači da notar mora obavezno biti prisutan kada se sa nekog računara daje nalog za štampanje vanjskog obrasca elektronskog dokumenta. S obzirom na ranije istaknutu definiciju elektronskog dokumenta, te nepostojanje elektronskog i kvalifikovanog elektronskog potpisa, još dugo će se čekati na valjanost primjene ove odredbe. To što je već vrijeme od kada je trebalo početi sa primjenom entitetskih zakona (osmi dan od dana objavljivanja) još nikoga nije zabrinulo, iako su brojna vještačenja izvršena na osnovu ispisa elektronskih dokumenata bez zakonom propisane ovjere.

Izričitom primjenom člana 10. st. 2. entitetskih zakona, najveći broj predmeta u kojima je kao dokaz korišten ispis elektronskog dokumenta na papiru okončan je protivno zakonu, jer "za sve radnje u kojima se zakonom ili drugim propisima izričito traži notarska ovjera dokumenta na papiru ne može se dostavljati elektronski dokument ili njegova kopija na papiru".

Ovdje se mora postaviti pitanje na koji način dalje raditi, da li i dalje raditi protivno izričitim zakonskim odredbama, jer entitetski zakon nije ograničio primjenu na vrijeme kada budu stvoreni uslovi, odnosno kada se počne dodjeljivati potvrda elektronskog ili kvalifikovanog elektronskog potpisa.

Propust zakonodavca i dugogodišnje nestvaranje uslova za primjenu elektronskog potpisa u praksi ne može zaustaviti život, posebno kada se ima u vidu da je u članu 12. Zakona o elektronskom pravnom i poslovnom prometu, izričito naznačeno: „Pravno dejstvo podataka u elektronskoj formi i njihova upotreba kao dokaznog sredstva ne može se isključiti zbog činjenice da su u elektronskoj formi". Iz definicije iz člana 1. ovog zakona, proizilazi da su podaci u elektronskoj formi oni podaci koji su formirani, sačuvani, poslani, primljeni ili izmjenjivi na elektronski način, pa bi se moglo, jezički tumačeći, smatrati da je i elektronski dokument podatak u elektronskoj formi.

Prilikom pripreme ovog rada, posebna pažnja posvećena je članu 1. entitetskih zakona.

U članu 1. ovih zakona uređuje se pravo:

– federalnih i kantonalnih organa uprave i federalnih i kantonalnih upravnih organizacija (u daljnjem tekstu: organi uprave), odnosno pravo republičkih organa uprave

– organa lokalne samouprave,
– privrednih društava,
– ustanova

i drugih pravnih i fizičkih lica na upotrebu elektronskog dokumenta u poslovnim radnjama i djelatnostima,

Ustav FBiH, kao ni Zakon o sudovima, sudove nije svrstao ni u jednu od ovih kategorija. Slična je situacija i u RS. Ako je zakonodavac sudove svrstao pod druga pravna lica, onda se postavlja pitanje zbog čega je odvojio postupke koji se vode pred nadležnim organima u upravnom postupku.

U istom članu je, naime, utvrđeno da se ovaj entitetski zakon primjenjuje u postupcima koji se vode pred nadležnim organima u upravnom postupku u kojima se elektronska oprema i programi mogu primjenjivati u izradi, prenosu, prijemu i čuvanju informacija u elektronskom obliku, pravna valjanost elektronskog dokumenta, te upotreba i promet elektronskog dokumenta.

Sa druge strane, u članu 2. Zakona o elektronskom pravnom i poslovnom prometu, određeno je:

"(1) Odredbe ovog zakona koje se odnose na usluge informacionog društva **ne primjenjuju se** na sljedeće usluge informacionog društva:

a) . . . . . ,

b) zastupanje stranaka i odbrana njihovih interesa pred sudovima,

c) ……. "

Pod uslugama informacionog društva, u smislu ovog zakona, podrazumijevaju se**:** usluga koja se uobičajeno obavlja za naknadu, na daljinu, elektronskim sredstvima, i na pojedinačni zahtjev korisnika, a naročito: *on-line* prodaja robe i usluga, *on-line* nuđenje informacija, *on-line* reklamiranje, elektronski pretraživači i mogućnosti traženja podataka, kao i usluge kojima se prenose informacije putem elektronske mreže i omogućava pristup takvoj mreži, ili čuvaju informacije korisnika.

Zakoni o parničnom postupku predvidjeli su jednostranu mogućnost međusobne komunikacije suda i stranaka. Naime, ovim zakonima nije omogućeno da sudovi strankama šalju pismena u elektronskoj formi, nego je to pravo dato samo strankama, uz ispunjavanje uslova da postoji kvalifikovani elektronski potpis. Sa druge strane, uz korištenje odobrenog koda, stranke imaju pravo na elektronski pristup mreži Visokog sudskog i tužilačkog vijeća, odnosno informacijama koje se čuvaju u toj mreži a odnose se na predmet za koji stranka ima pristupni kod.

U privrednim postupcima veoma se koriste knjigovodstveni podaci, na što se posebno ukazuje. Naime, u članu 10. entitetskih zakona, odnosno članu 11. zakona BiH, utvrđeno je da se poslovi knjigovodstva i revizije mogu u potpunosti bazirati na upotrebi elektronskog dokumenta. Ali, da bi tako obrađeni elektronski dokument mogli koristiti u parnici, primjenom istog zakona, dokument mora biti ovjeren od strane notara. Nažalost, smatram da je ovakav način ovjere dokumenta nedovoljan u smislu utvrđivanja vjerodostojnosti istog. Naime, da bi notar mogao ovjeriti ovakav dokument, on mora pristupiti elektronskom dokumentu, čiji izvornik ne može imati kopiju, i odštampati taj dokument sa izvornika, kako bi ovjerom ispisa vanjskog obrasca prikaza elektronskog dokumenta na papiru potvrdio da je to kopija elektronskog dokumenta.

Ovjerom odštampanog dijela ispisa ne završava se proces, jer notar mora imati valjan dokument koji potvrđuje neporecivost i neizmjenjivost odštampanog dokumenta, a to se dobija kroz kvalifikovani elektronski potpis. Prilikom ocjene ispravnosti elektronskog dokumenta moraju se uzeti u obzir pojedinosti o njegovoj izradi, prenosu, čuvanju, vjerodostojnosti i nepromjenljivosti.

Na ovaj način data je posebna uloga notarima, koja nije iskorištena u dosadašnjem periodu primjene entitetskih zakona.

Sama upotreba elektronskog dokumenta ne smije ograničiti poslovanje ili neku stranu dovesti u neravnopravan položaj, ali se, isto tako, mora dati mogućnost provjere njegove vjerodostojnosti, izvornosti i nepromjenjivosti.

Za korištenje elektronskog dokumenta veoma je važna mogućnost slanja i primitka tog dokumenta. Zakoni su propisali da se smatra da je elektronski dokument poslan kada je poslan od pošiljaoca ili od informacijskog posrednika ili informacijskog sistema, ako ga je pošiljalac programirao za automatsko slanje.

Zakon je posvetio mnogo više pažnje prijemu elektronskog dokumenta, jer primatelj mora potvrditi primitak tog dokumenta. Vrlo je važno znati da se ne smatra da je elektronski dokument zaprimljen sve dok se ne dobije potvrda o njegovom prijemu. Brojni su slučajevi da se u sudskim postupcima kao dokazi koriste e-mail poruke, bez potvrde o prijemu. Koristeći elektronsku poštu, može se utvrditi vrijeme slanja i vrijeme prijema elektronskog dokumenta. Vrijeme slanja utvrđeno je kao vrijeme kada je elektronski dokument izašao iz informacionog sistema pošiljaoca i ušao u informacioni sistem koji nije pod nadzorom informacionog sistema pošiljaoca ili njegovog posredni-

ka. Kao vrijeme prijema elektronskog dokumenta smatra se vrijeme kada je taj dokumenat ušao u informacioni sistem primatelja. Ovo vrijeme slanja i prijema elektronskog dokumenta upisuje se u poseban dio elektronskog dokumenta i nije dozvoljeno mijenjati stvarno vrijeme slanja i primitka elektronskog dokumenta. Za promjene ovog upisa predviđena je novčana kazna u visini od 2.000,00 do 15.000,00 KM.

Svaki elektronski dokument mora se čuvati u elektronskoj arhivi, izravno u informacionom sistemu ili na medijima koji omogućavaju čuvanje tog dokumenta za utvrđeno vrijeme čuvanja. Na ovaj način, zakoni su uveli elektronsku arhivu. Postojanje elektronske arhive mora ispuniti brojne uslove, za koje ne vjerujem da mogu ispuniti svi korisnici elektronskog poslovanja. Zbog toga je zakon omogućio angažovanje informacionog posrednika, koji provodi postupak čuvanja elektronskih dokumenata, ali se njegove usluge mogu koristiti i u drugim fazama elektronskog poslovanja

Kao osnovni postulat cjelokupnog poslovanja sa elektronskim dokumentom, zakon je odredio da se elektronski dokument čuva u obliku u kojem je izrađen, poslan, primljen i pohranjen i koji materijalno ne mijenja informaciju, odnosno sadržaj isprava. Na ovaj način se omogućava utvrđivanje autentičnost elektronskog dokumenta kroz sve vrijeme arhiviranja. Samo arhiviranje mora omogućiti da elektronski dokumenat bude u čitljivom obliku za sve vrijeme čuvanja, uz mogućnost pristupa tom dokumentu licima koja su ovlaštena. Kao što je već navedeno, osnovni preduslov da bi neki dokument bio elektronski dokument jeste da je ovjeren elektronskim, odnosno kvalifikovanim elektronskim potpisom. Prilikom arhiviranja, mora se obezbijediti da se čuvaju svi podaci o elektronskim potpisima kojima su elektronski dokumenti potpisani, ali istovremeno se moraju čuvati i podaci za ovjeru tih potpisa. Stalni napredak tehnologije dovodi do toga da se i mogućnosti arhiviranja sve više unapređuju, ali u vrijeme arhiviranja neophodno je da se koristi takva tehnologija koja će pružiti garanciju da će arhivirani elektronski dokument imati i vjerodostojnost i cjelovitost za svo vrijeme čuvanja. Kako je kod sačinjavanja elektronskog dokumenta izuzetno važno da se zna porijeklo tog dokumenta, njegov autor, vrijeme sačinjavanja, ali isto tako i vrijeme arhiviranja, to je prilikom arhiviranja elektronskog dokumenta neophodno obezbijediti da se i ti elementi mogu utvrđivati u svakom momentu. Veoma važan segment arhiviranja jeste to da se mora obezbijediti arhiviranje korištenjem tehnologije koja pruža razumnu garanciju (kako je to naznačeno u entitetskim zakonima), odnosno garantuje (kako je to u zakonu BiH) da se elektronski dokument ne može mijenjati i da se ne može neovlašteno brisati.

Posebna pažnja treba da se posveti mogućnostima i postupcima održavanja i zamjene medija za arhiviranje elektronskog dokumenta. Samim arhiviranjem ne treba da se naruši cjelovitost i nepovredivost elektronskog dokumenta, a ako se, zbog promjena tehnologija i sl., mora mijenjati medij na kojem se arhivira elektronski dokument, onda se takva zamjena mora izvršiti uz obezbjeđenje svih naprijed navedenih obaveza lica koje vrši elektronsko arhiviranje elektronskog dokumenta.

Zakon je propisao posebnu proceduru postupanja sa elektronskim dokumentom koji sadrži podatke koji se smatraju tajnom. U tim slučajevima moraju se koristiti tehnologije koje omogućavaju posebnu zaštitu pristupa sadržajima tog dokumenta, ali isto tako, mora se obezbijediti i fizička zaštita. Kao poseban vid zaštite tajnosti je i postupak certificiranja IKT opreme.

Upravni nadzor nad primjenom ovog zakona u RS vrši Ministarstvo nauke i tehnologije, a stručni nadzor JU "Agencija za informaciono društvo". U FBiH, nadzor vrši Federalno ministarstvo pravde, a upravni nadzor u BiH provodi inspektorat Ministarstva komunikacija i prometa u BiH.

Nepostupanje u skladu sa pojedinim odredbama ovih zakona sankcionisano je novčanim kaznama koje se kreću do 15.000,00 KM.

## ZAKLJUČAK:

Iako je protekao dug vremenski period od dana donošenja zakona u RS, te određeni vremenski period u FBiH, može se konstatovati da se ovi zakoni još uvijek ne primjenjuju na način kako je to propisano. Svjedoci smo sudskih postupaka u kojima se koriste elektronski podaci, a evidentno je da notari ni u RS, ni u FBiH, nisu učestvovali u ovjeravanju ni jedne kopije elektronskog dokumenta. Nepostojanje verifikacionog tijela u BiH uslovilo je da još uvijek nema kvalifikovanog elektronskog potpisa, u funkciji koja je propisana, te samim tim nema ni mogućnosti komuniciranja sa sudom na način kako je to propisao ZPP, iako je prošlo jedanaest godina od unošenja odredaba koje omogućavaju takvu komunikaciju.

Arhiviranje elektronskih podataka ne se vrši na način kako je to propisano, te treba očekivati da će, u rokovima koji su propisani za čuvanje podataka, dolaziti do sve većih problema, jer se podaci koji su arhivirani na način kako se sada radi neće moći koristiti kao vjerodostojni podaci. Sudovi će biti stavljeni u dilemu da li koristiti bilo kakav podatak koji je elektronski obrađen i dostavljen sudu kao dokaz, ili će kao vjerodostojan dokaz koristiti

samo elektronski dokument, sa svim elementima koji su propisani kroz ove zakone. Da bi se ovo izbjeglo, mora se insistirati na formiranju verifikacionog tijela, a nakon toga stvoriti uslovi da se mogu valjano koristiti elektronski potpisi i kvalifikovani elektronski potpisi.

## УПУТСТВО АУТОРИМА

Часопис „Правна ријеч“ објављује оригиналне радове и друге прилоге из правне теорије и праксе, који својим садржајем одговарају основним тематским опредјељењима. 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
e-mail: info@ud-pr.org

*Издавач:*
Удружење правника Републике Српске

*За издавача:*
Академик проф. др Рајко Кузмановић

*Лектор и коректор:*
Татјана Атлагић

*Припрема за штампу:*
Нада Вуга

*Штампа:*
ППГД „Комесграфика“ д.о.о. Бања Лука

*За штампарију:*
Звонко Савић, дипломирани правник

*Тираж:*
500 примјерака

Министарство просвјете и културе Републике Српске је 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.