

УДРУЖЕЊЕ ПРАВНИКА РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ

Број 42/2015

Година XII

ISSN: 1840-0272

ПРАВНА РИЈЕЧ

ЧАСОПИС ЗА ПРАВНУ ТЕОРИЈУ И ПРАКСУ



Година XII

Број 42/2015

ПРАВНА РИЈЕЧ



БАЊА ЛУКА, 2015.

УДРУЖЕЊЕ ПРАВНИКА
РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ

ИЗДАВАЧ:

Удружење правника Републике Српске

ГЛАВНИ И ОДГОВОРНИ УРЕДНИК:

Академик проф. др Рајко Кузмановић

РЕДАКЦИЈА:

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

ИЗДАВАЧКИ САВЈЕТ:

Проф. др Витомир Поповић,
проф. др Марко Рајчевић, проф. др Драган Голијан,
Јован Чизмовић, Маринко Плавшић,
Ирена Мојовић, Џерард Селман,
проф. др Радомир Лукић, проф. др Љубинко Митровић,
Милош Комљеновић

Часопис „Правна ријеч“ излази два пута годишње.

СЛЕДИШТЕ РЕДАКЦИЈЕ ЧАСОПИСА

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

Телефон/факс: 051/212-320

www.udruzenjpravnika.org

ПРАВНА РИЈЕЧ

ЧАСОПИС ЗА ПРАВНУ ТЕОРИЈУ И ПРАКСУ

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

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

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

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

САДРЖАЈ

ДРЖАВНОПРАВНА ОБЛАСТ

Уставно право

Академик проф. др Рајко Кузмановић ДЕЈТОНСКИ СПОРАЗУМ, АНЕКС IV – МИЈЕЊАТИ ИЛИ ПРИМЈЕЊИВАТИ	11
Академик проф. др Снежана Савић УРЕДБА – КОНТРОЛА УСТАВНОСТИ И ЗАКОНИТОСТИ КРОЗ ПРАКСУ УСТАВНОГ СУДА РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ	19
Проф. др Миле Дмичић ДЕЈТОНСКА РЈЕШЕЊА – ЗА БОСАНСКОХЕРЦЕГОВАЧКУ ДРЖАВУ И ДРУШТВО – БИТИ ИЛИ НЕ БИТИ, ПИТАЊЕ ЈЕ САД	35
Проф. др Боса Ненадић УСТАВНОСУДСКЕ ОДЛУКЕ СА ОДЛОЖНИМ ДЕЈСТВОМ	61
Проф. др Владан Петров Проф. др Дарко Симовић ДЕЈТОНСКИ УСТАВ И БРИСЕЛСКИ СПОРАЗУМ – ЈЕДНА ПАРАЛЕЛА ПОВОДОМ ИНТЕРНАЦИОНАЛИЗОВАЊА НАЦИОНАЛНЕ УСТАВНОСТИ	85
Проф. др Драган Батавезић Мр Дејан Логарушић УНИТАРИЗАЦИЈА БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ – МОДЕЛ ЗА РУШЕЊЕ ДЕЈТОНСКОГ СПОРАЗУМА	97
Проф. др Игор Милинковић ЦЕНТРАЛНИ НАДЗОР НАД ЈЕДИНИЦАМА ЛОКАЛНЕ САМОУПРАВЕ У РЕПУБЛИЦИ СРПСКОЈ	115

Проф. др Горан Марковић ИЗБОР СУДИЈА УСТАВНИХ СУДОВА У БОСНИ И ХЕРЦЕГОВИНИ	135
Проф. др Владан Михајловић ЈЕДНАКОСТ (ЈЕДНАКА ЗАШТИТА ПРАВА) И ЗАБРАНА РАЗЛИЧИТИХ ВИДОВА ДИСКРИМИНАЦИЈЕ	155
Проф. др Синиша Каран РЕФЕРЕНДУМ У РЕПУБЛИЦИ СРПСКОЈ – уставноправни и политички аспект –	177
Проф. др Милан Благојевић РЕПУБЛИКА СРПСКА И МЕХАНИЗАМ КООРДИНАЦИЈЕ У ПРОЦЕСУ ПРИДРУЖИВАЊА БиХ ЕВРОПСКОЈ УНИЈИ	199
Др Марко Станковић УСТАВНО СУДСТВО ДЕЛТОНСКЕ БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ	223
Мр Милан Пилиповић ПРОМЈЕНЕ УСТАВА БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ <i>VIA FACTI И DE IURE</i>	235
Мр Сања Савић ПРАВНИ ПОЛОЖАЈ БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ ЗА ВРЕМЕ АУСТРОУГАРСКЕ ВЛАДАВИНЕ	267
Мр Војо Павичић Лидија Видић ПРАВОБРАНИЛАШТВО – ЧУВАР ЗАКОНИТОСТИ ИЛИ РЕВНОСНИ ЧУВАР ДРЖАВНЕ ИМОВИНЕ	281
Здравко Вуковић ПРАВО НА ПРАВИЧНО СУЂЕЊЕ ПРЕМА ЧЛАНУ 6 ЕВРОПСКЕ КОНВЕНЦИЈЕ О ЉУДСКИМ ПРАВИМА	311

Управно право

Проф. др Предраг Димитријевић

ОЦЕЊИВАЊЕ ЗАПОСЛЕНИХ КАО ФАКТОР МОТИВАЦИЈЕ У
ЈАВНОЈ УПРАВИ 335

Проф. др Марина Димитријевић

НЕОПХОДНОСТ ПРОМЕНА У ПОРЕСКОМ ПОСТУПКУ 345

Проф. др Младен Радивојевић

Доц. др Сретен Тешановић

Мр Корана Стевандић

НОВИ КОНЦЕПТ УПРАВЉАЊА КАДРОВИМА У
ЈАВНОЈ УПРАВИ ЗАСНОВАН НА НОВИМ
ТЕХНОЛОШКИМ РЈЕШЕЊИМА И БАЗАМА ЗНАЊА 361

Проф. др Владимир Ђурић

Доц. др Невенко Врањеш

ВРСТЕ И ПРАВНА ПРИРОДА АКТА О ПРИЈЕМУ И
ПОСТАВЉЕЊУ ДРЖАВНИХ СЛУЖБЕНИКА 381

Доц. др Зоран Лончар

ПРОМЕНА УЛОГЕ СЛУЖБЕНОГ ЛИЦА У
УПРАВНОМ ПОСТУПКУ 401

Доц. др Милица Тепшић

Радован Корићанац

ИЗАЗОВИ И ПЕРСПЕКТИВЕ РАЗВОЈА ЕЛЕКТРОНСКЕ
УПРАВЕ У РЕПУБЛИЦИ СРПСКОЈ 417

Аника Јаковљевић

ПОЛОЖАЈ ДРЖАВНЕ УПРАВЕ У УСТАВНОПРАВНОМ
СИСТЕМУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ 435

Роберт Јовић

УПРАВНОПРОЦЕСНИ АСПЕКТИ НОВОГ ЗАКОНА О
ЈАВНИМ НАБАВКАМА У БОСНИ И ХЕРЦЕГОВИНИ 453

Љубодраг Пљакић

СТРАНКА У УПРАВНОМ ПОСТУПКУ И
ПОКРЕТАЊЕ ПОСТУПКА 475

Радно право

Проф. др Жељко Мирјанић

ФОРМИРАЊЕ И ПОЗИЦИЈА САВЈЕТА РАДНИКА 491

Доц. др Љубинка Ковачевић

УРЕЂИВАЊЕ ДИСЦИПЛИНСКЕ ОДГОВОРНОСТИ
У ОКВИРУ ИНСТИТУТА ПРЕСТАНКА РАДНОГ ОДНОСА:
ОСОБЕНО НОМОТЕХНИЧКО И/ИЛИ КОНЦЕПЦИЈСКО
РЕШЕЊЕ У СРПСКОМ ЗАКОНУ О РАДУ 507

Проф. др Маринко Учур

НАЧЕЛО И ПРАВО ПАРТИЦИПАЦИЈЕ (СУОДЛУЧИВАЊА)
РАДНИКА С ПОСЛОДАВЦЕМ У ПОДУЗЕЋУ 529

Проф. др Радоје Брковић

СОЦИЈАЛНО ПРЕДУЗЕТНИШТВО, ТРЕНУТНО СТАЊЕ И
МОГУЋНОСТИ РАЗВОЈА У СРБИЈИ И ПОЈЕДИНИМ
ЗЕМЉАМА БИВШЕ ЈУГОСЛАВИЈЕ 543

Доц. др Рајко Кличковић

УНАПРЕЂЕЊЕ РАДА ВАН РАДНОГ ОДНОСА У
СИСТЕМУ РАДА РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ 557

Др Борислав Радић

МЕХАНИЗМИ И ПОСТУПЦИ РЈЕШАВАЊА
ИНДИВИДУАЛНИХ РАДНИХ СПОРОВА У
РЕПУБЛИЦИ СРПСКОЈ – ЕФИКАСНОСТ И
УСКЛАЂЕНОСТ 573

Александар Антић

УТИЦАЈ МЕРИТ СИСТЕМА НА РАДНОПРАВНИ ПОЛОЖАЈ
ДРЖАВНИХ СЛУЖБЕНИКА У СВЕТЛУ СЛУЖБЕНИЧКЕ
ПОЛИТИКЕ У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ 603

ДРЖАВНОПРАВНА ОБЛАСТ

ДЕЈТОНСКИ СПОРАЗУМ, АНЕКС IV – МИЈЕЊАТИ ИЛИ ПРИМЈЕЊИВАТИ

Академик проф. др Рајко Кузмановић*

***Апстракт:** Дејтонски мировни споразум за Босну и Херцеговину представља један од најуспјешнијих мировних споразума на свијету. Њиме је обустављен окрутни рат у Босни и Херцеговини и његовим Анексом IV – Уставом, утврђено је сложено двоентитетско уређење за Босну и Херцеговину. Неки нису задовољни таквим државним уређењем, па траже промјену Устава. Такав захтјев је неоправдан, јер је постојећи Устав компромисан и једино могуће рјешење за Босну и Херцеговину. Зато у овом периоду није потребан, нити је могуће вршити промјену Устава. Право је рјешење строго се придржавати, а не мијењати Устав. Дејтонски устав је довољно широк и флексибилан да се могу проводити све потребне реформе уз сагласност сва три конститутивна народа.*

***Кључне ријечи:** споразум, Дејтон, Устав, реформе, Република Српска, Босна и Херцеговина, компромис и конститутивност.*

Данас ћу говорити о Дејтонском мировном споразуму, његовом Анексу IV – Уставу Босне и Херцеговине, а посебно о томе да ли га треба мијењати или примјењивати. У овом друштвеном тренутку то је важније од било којег другог правног, економског и политичког питања. Политичка сцена у Босни и Херцеговини, па и у великом дијелу свијета, узаврела је и поприлично дезоријентисана, а економска сфера, као база друштва, у великој је кризи. У таквим околностима многи најодговорнији у држави траже излаз и рјешења у радикализацији бројних и битних друштва-

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

них питања, међу којима су и промјене устава и цјелокупног правног и државног поретка. То се видно испољава у Босни и Херцеговини, што је апсолутно погрешно, барем у овом друштвеном тренутку. Зато је нужно да се цјелокупна интелектуална и прогресивна, а посебно правничка јавност што активније и објективније укључи у те процесе и заустави друштвено кретање у погрешном смјеру и обезбиједи бољи, хуманији и цивилизованији начин рјешавања битних проблема у друштву.

Поставља се питање на који начин се укључити да би то укључивање имало позитивне ефекте. С друге стране, поставља се питање које су то конкретне мјере које могу бити покретачка снага на путу боље будућности.

Нема мјере која би појединачно и тренутно могла ријешити нагомилане друштвене проблеме. Мора све да тече у континуитету и да се бране и штите опште и заједничке вриједности. То важи не само за право и правну струку него и за све остале. Основно је да се снажно штити свој идентитет, своје уставно уређење и свој правни систем и поредак. То још конкретније значи да се треба строго држати устава и закона, да треба штитити своја али и туђа права и слободе, стварати дугорочни правни ред – владавину права и правну државу.

Покушаји остваривања таквих идеја били су кроз историју многобројни; једни су били успјешни, други мање успјешни, а неки су пропадали. Ако бацимо и летимичан поглед ка историји уочићемо, и без посебних метода и методологије, да су способни и мудри људи увијек били покретачи новог друштвеног поретка, новог и бољег рјешења међунационалних и међународних питања. Уз њихову мудрост и способност договарања, уважавање туђих интереса (до мјере да се не угрожавају интереси других), компромис, флексибилну политику, најважнија је способности али и хтијење свих и свакога да поступају у складу са утврђеним правилима понашања, па била та правила природног права или правила цивилног – позитивног права. У ствари, демократска идеја поштовања права и слобода, владавине права и стварања правне државе увијек је била носилац прогреса и нечега новог.

Када се остваре или има изгледа да се остваре такве идеје и схватања, тада се тај модел новог и бољег кодификује и конституише у највиши правно-политички акт – устав, који постаје *lex superior* – закон над законима. Устав, ма какав био, без обзира на то ко га и како доноси, мора се поштовати и примјењивати од стране свих и свакога. Данас су скоро све земље свијета прихватиле да имају своје уставе и да их

се строго придржавају. Устав је темељ и кров права и правне државе. Њиме је утврђен модел државног уређења, врсте институција по систему подјеле или јединства власти. Сваки устав, па и устави Републике Српске и Босне и Херцеговине, јесте *lex superior*.

Устав Босне и Херцеговине је специфичан и готово јединствен у свијету, јер је донесен од међународног политичког тијела, без уобичајеног поступка и без законодавног или уставотворног тијела. Њега су октроисале велике силе на међународног конференцији у Дејтону, новембра 1995. године, као Анекс IV Оквирног споразума за мир у Босни и Херцеговини.

Ове јесени навршава се 20 година од доношења Дејтонског споразума и Устава, који је саставни дио Споразума. Доношењем Споразума и његових 11 анекса, посебно Анекса IV, ступио је на снагу један од најзначајнијих међународних уговора ове врсте. Њиме је обустављен скоро четворогодишњи окрутни рат, у којем је животе изгубило око 100.000 лица из сва три конститутивна народа. Поред прекида рата и успостављања мира, Споразум је својим Анексом IV утврдио модел сложеног државног уређења, које је федерално-конфедералног типа и једино могуће рјешење за БиХ. До оваког рјешења могло се доћи и раније, али није било довољно политичке мудрости и културе да би се схватило да се свако питање у БиХ може правилно ријешити само компромисом и уважавањем виталних интереса народа који у њој живе.

Дејтонски споразум је међународни уговор којим први пут у историји Босна и Херцеговина добија државност, која колико-толико одговара тежњама свих трију конститутивних народа. Међутим, умјесто да се обиљежи као један од најуспјешнијих међународних споразума, он се (посебно Анекс IV) неоправдано подвргава критици и оптужује се за бројне недаће у БиХ.

Познато је кроз историју, нарочито новију, да сваки народ жели да има свог колективног заштитника, којег најчешће види у властитој држави или државотворној јединици. Неки народи су брзо и лако створили такву организацију, а неки се вијековима за то боре и не долазе до рјешења. Народи БиХ нису те среће да лако добију државу или државотворну јединицу. То се десило тек 90-их година прошлог вијека Мироним споразумом.

Тим споразумом није створена идеална држава – држава благостања, али није створена ни држава *Leviatan*. Створен је одржив

и једини могући облик државног уређења. Нађена је компромисна формула – модел којим је елиминисана унитаристичка и сепаратистичка концепција и установљена сложена двоентитетска држава са три конститутивна народа. Дејтонским споразумом ниједан народ није добио оно што је желио, али је добио довољно да може остварити и очувати свој идентитет (језик, писмо, културу, традицију и др.). У Дејтону су преговарали и одлучивали врхунски правници и политичари; они су могли и знали написати бољи устав, али су се одлучили за овакав, који је примјенљив и примјерен за Босну и Херцеговину. Ипак, добро је познато да сваки устав, без обзира на то колико је формалноправно и садржајно добар, постаје обични лист папира ако се не примјењује и ако га власт и политичка моћ руше.

Актуелно уставно уређење Босне и Херцеговине није производ само двадесетодневне Мировне конференције у Дејтону, већ је грађено скоро четири године, док је трајао несрећни сукоб у Босни и Херцеговини, разним мировним плановима, од почетног Лисабонског, преко Овен–Столтенберговог, Венс–Овеновог, плана Контакт групе, Лондонског, Женевског, Њујоршког, па до Дејтонског. Сви ти планови – споразуми тражили су рјешење засновано на федерално-конфедералном а не на унитарном моделу. На тој основи утврђено је сложено државно уређење са два државотворна ентитета и са високим степеном аутономије, које је тада било, данас је и убудуће ће бити једино исправно и одрживо.

Неки представници сарајевског политичког естаблишмента и неки представници међународне заједнице незадовољни су што се недовољно и споро проводи процес нелегалне унитаризације Босне и Херцеговине и што се Република Српска снажно супротставља том ретроградном процесу, па траже темељне промјене Устава. Заборављају да се Устав БиХ може мијењати само по утврђеном парламентарном поступку, политичким консензусом, а не наметањем (октроисањем) од стране било кога. Уз то је битно напоменути и знати да се сви остали анекси Дејтонског споразума не могу мијењати, већ се морају примјењивати у складу са општим међународноправним правилом *Pacta sunt servanda*. То значи да је Дејтонски споразум у цјелини трајног карактера.

Зато Дејтонски споразум има историјски значај и представља један од најуспјешнијих мировних споразума у свијету. Тако најутицајнији амерички сајт у Чикагу пише да Дејтонски споразум спада међу десет најуспјешнијих споразума у савременој историји, поред Споразума о миру између Израела и Египта (1979), Споразума у Ел Салвадору (1992),

Споразума у Јужној Африци (1993), Споразума у Гватемали (1996), Споразума у Таџикистану (1997), Споразума у Сјеверној Ирској (1998), те споразума у Новој Гвинеји, Либерiji и Непалу.

Дејтонски споразум не смије и не може се сваки час мијењати по својој природи, али и због тога што и даље у БиХ постоје националне тензије које се морају стишавати, а не разбуктавати.

Споразумом у Дејтону Анекс IV означен је као Устав БиХ, и то по америчком моделу – кратак и са најбитнијим елементима за стабилно државно уређење. Устав као највиши правни и политички акт доноси се ради стабилизације друштвених прилика неког конкретног система. Он се доноси од стране посебног органа и по посебном поступку који је сложенији и строжи од поступка доношења закона. Доношење и мијењање устава обавља се по сложеној процедури управо зато да не би свако, кад год хоће, посезао за промјеном. То је врло битно, јер је познато да већина политичких странака које дођу на власт и које имају парламентарни утицај желе да мијењају устав да би свој страначки програм и своје циљеве преточили у уставне норме, како би оне постале општеобавезне и дјеловале *Erga omnes*. Дакле, оне под уставни кишобран желе ставити много тога што не представља уставну материју (*Materiae constitutiones*), што не одговара другим странкама, групама или народима.

Док се Устав БиХ, годину-двје након његовог доношења, није ни почео озбиљно примјењивати, неке пробосанске снаге, подржане од дијела међународне заједнице, почеле су захтијевати промјене Устава, па чак и доношење новог. Тако су током првих десет година (1996–2006) многе уставне одредбе мијењане и нелегално наметане путем сумњивих тзв. бонских овлашћења високог представника, а од 2006. године траже се промјене путем домаћих политичких снага и легалних органа сагласно члану X Устава. Али, и ту постоје притисци.

Политичка, правна и општа јавност нису против мијењања Устава, јер је сасвим јасно да се у друштву све мијења – све тече (*Phanta rei*). Тако се и Устав треба мијењати, али када се за то стекну услови, односно када политичке прилике буду стабилне. Устав треба да стабилизује прилике у држави, а не да подстакне на још веће подјеле и нестабилност.

Чини се да је врло реалан и исправан став Венецијанске комисије у вези са уставним промјенама, изнесен у документу од 11. марта 2005. године, гдје се констатује да се мора преуредити кантонално уређење

у Федерацији и да би у неком будућем времену у Босни и Херцеговини требало донијети нови устав консензусом Бошњака, Срба и Хрвата, али да тај тренутак још није дошао. Дотад се постојећи устав мора примјењивати, јер он има доста простора за успјешно функционисање двоентитетске државе.

Међутим, многи не схватају, не знају или неће да знају да формалне промјене устава, без политичке воље и осјећања равноправности и неугрожености сваког од три конститутивна народа, неће ништа донијети. Зато је позив (захтјев) на потпуну ревизију Дејтона, односно Устава Босне и Херцеговине бесмислен, јер за то нема битних предуслова (претпоставки). Такав приступ очигледно је злонамјеран (*Male fide*), исувише провидан и срачунат, јер има намјеру да умањи надлежности Републике Српске и, у крајњем случају, да доведе до њене деструкције. Ентитети су основно ткиво Босне и Херцеговине и ко на било који начин руши ентитете он руши и Босну и Херцеговину.

Тада се у мирнодопским условима, без усаглашености ангажованих субјективитета, не може од стране трећих међународних субјеката изрећи „одлука“ о заснивању неке нове државне творевине у смислу „новог Дејтона“, како се то данас негдје у медијима чује. Разумије се, употребом и злоупотребом силе фактички је и то могуће, али такав акт – као супротан Повељи Уједињених нација и свим међународним категоријама ангажованих земаља – био би именован као антиправни акт са свим савременим и историјским посљедицама које би носио. Све то значи да Дејтонски мировни споразум и даље постоји и да и даље представља основу државноправне конституције.

Притом треба нагласити да је Дејтонски мировни споразум, као и сваки други међународни уговор ове врсте, у ствари акт ниже хијерархије у односу на други акт Уједињених нација, посебно у односу на међународни пакт о грађанским и политичким правима. Под претпоставком да овај споразум и формално изгуби правну снагу, наступа правна празнина и настала ситуација се враћа под режим међународних аката више хијерархије, посебно одредбама међународног пакта и грађанским и политичким правима који предвиђа да сви народи имају право на самоопредјељење и да на основу овог права они слободно одређују свој политички статус и слободно обезбјеђују свој економски, социјални и културни развитак.

У свијету, а и код нас, влада заблуда да ће се сва битна питања у држави ријешити ако се донесе устав или се изврши његова измјена, од-

носно ако се донесе мноштво закона. Таква држава није правна. Држава је правна ако се устав и закони дословно примјењују, а не да се гомилају и мијењају. Убрзане и честе промјене устава у било којој држави чин су помодарства, незнања или зле намјере, а не стварне потребе.

Помодарство се најчешће јавља у стабилним државама, али и у државама које су у транзицији, гдје свака владајућа странка жели да угради свој програм у устав и тако уђе под његов „кишобран“.

Незнање је општа појава. Државама и свијетом управљају људи са мало знања. То је још у XVII вијеку примијетио шведски краљ Аксел Оксенштјерн када је предавао круну своме сину. Син се уплашио да ли ће знати господарити државом. Мудри краљ му је одговорио: „Е мој сине, ти ћеш бити добар владар, јер да знаш са како се мало знања и мудрости управља свијетом“ (види књигу *Благо латинског језика*). И данас је скоро исто, иако смо у XXI вијеку који је назван вијеком ученог друштва.

Данас у свијету цвјетају зле намјере; једно се мисли, друго се пише, а треће се ради. То је, нажалост, најчешћа политика моћника и њихових послушника. То смо најбоље осјетили ми у Босни и Херцеговини.

И најбољи устав у нормативном смислу, неће довести до благостања, мира и демократије ако се не примјењује и ако се вануставно дерогира од стране владајућих у држави. Типичан примјер је Устав СССР-а из 1936. године, који је прописао највиши ниво права и слобода – личних и колективних – а у пракси је била диктаторска власт која је рјешавала сва питања на ваниституционалан начин. Други примјер је Босна и Херцеговина, њен Устав – Анекс IV, који је уз све мањкавости прописао довољно гаранција за равноправан начин живота, рада и управљања за сва три конститутивна народа. Међутим, погубним дјеловањем дијела тзв. међународне заједнице и домаћих ретроградних снага Устав је прилично девастиран и понижен, јер је тзв. пузећом, вануставном методом већ многоме измијењен.

Знамо да није лако градити и очувати државу или државотворну јединицу. То је највиша теоријско-практична филозофија живота. У Републици Српској смо то схватили и врло одговорно се понашамо и према себи и према другима. У том смислу ће се одговорни фактори стално залагати за уставност, државност, демократичност и владавину права, а уз све то проводити реформе које ће унаприједити и Републику Српску и Босну и Херцеговину, без преношења својих надлежности, али и без узимања туђих.

Зато, манимо се тражења неких нереалних рјешења и неостварених жеља и вратимо се изворном Дејтону, а то значи да се строго придржавамо Устава Босне и Херцеговине и уставâ ентитетâ и да се свака територијална јединица (општина, кантон, ентитет и БиХ) држи својих надлежности, те да правосуђе ради по праву и правди, једнако за све, и на концу да се елиминише страни фактор. Увјерен сам да ће нам тада свима бити боље.

Academician Prof. Rajko Kuzmanovic, PhD
President of the Academy of Sciences and Arts of the Republic of Srpska

**THE DAYTON AGREEMENT,
ANNEX IV – TO AMEND OR TO APPLY**

Summary

The Dayton Peace Agreement for Bosnia and Herzegovina represents one of the most successful peace agreements in the world. It has ended the brutal war in Bosnia and Herzegovina and its Annex IV – the Constitution has laid down a complex two-entity organization for Bosnia and Herzegovina. Some are not satisfied with such a state organization and demand the amendment to the Constitution. Such a demand is unjustified as the existing Constitution is compromise-based and the only possible solution for Bosnia and Herzegovina. Therefore, this demand is not necessary at this moment nor is amendment to the Constitution possible. The only right solution is to strictly abide by rather than modify the Constitution. The Dayton Agreement is ample and flexible enough to ensure the implementation of all necessary reforms with the agreement of all three constituent peoples.

Key words: *Agreement, Dayton, Constitution, reforms, the Republic of Srpska, Bosnia and Herzegovina, compromise and constitutionality.*

**УРЕДБА
– КОНТРОЛА УСТАВНОСТИ И ЗАКОНИТОСТИ
КРОЗ ПРАКСУ УСТАВНОГ СУДА РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ –**

Академик проф. др Снежана Савић*

***Апстракт:** У раду је ријеч о уредбама као изворима права и о оцјени њихове уставности и законитости. Уредбе спадају међу најважније подзаконске опште правне акте и, самим тим, међу најважније изворе права у формалном смислу. Иако се ради о специфичним правним актима које доносе органи извршне власти, ови акти су, са материјалноправног аспекта, закони. Управо због овакве њихове природе, као веома важно питање јавља се питање оцјене уставности и законитости ових аката. Уобичајено је да ову надлежност имају уставни судови и у раду је, кроз десетогодишњу праксу Уставног суда Републике Српске, анализиран овај проблем.*

***Кључне ријечи:** извор права, устав, закон, уредба, уставност, законитост, уставни суд.*

Правна природа уредбе као подзаконског општег правног акта доста је нејасна, те се може рећи да ово питање представља једно од сложенијих питања у теорији права, односно да се ради о једном од најспорнијих питања у науци јавнога права.¹ Када је ријеч о правној природи уредбе, нужно је истаћи да проблеми у њеном јасном одређивању долазе, прије свега, стога што већина позитивних прописа модерних држава дефинише само формални појам уредбе (као и осталих правних аката), док о материјалном најчешће не говоре.²

* Потпредсједник Уставног суда Републике Српске

¹ Д. Данић, *О уредбама*, Архив за правне и друштвене науке, Београд, XXXIII/1928, 121.

² Исто, уз напомену да се, уколико се то чини, углавном одређују само питања која не могу ући у садржину једног акта – дакле системом негативне дефиниције.

У том смислу, уредба се одређује као највиши општи правни акт последице закона, који доноси шеф државе или влада, дакле, највиши органи извршне власти.³ Из овога се може закључити да оно што није спорно, и гдје се правна наука и пракса слажу, јесте то да је уредба један правни акт који има моћ мању од закона.⁴ Оно што је спорно и око чега се сукобљавају различита мишљења у правној теорији јесте питање њене унутрашње правне природе. Тако већина аутора сматра да је уредба, посматрано са материјалноправног аспекта, извор права, односно закон, и то закон који има само законску садржину.⁵

Уредба је закон у материјалном смислу, дакле, са аспекта њене садржине, при чему се, као основно, поставља питање: како одредити њену садржину, односно, како њену садржину разграничити од законске. У теорији права постоји мишљење да се то може учинити доводећи је у везу управо са законом у формалном смислу. Уредбе се на тај начин могу схватити као управна власт која није законодавна, управо стога што је законодавац опуномоћио управну власт да их она пропише, али као један акт управе, акт њене надлежности. Тако се уредбе схватају као закони зато што садрже једно опште правило, тј. зато што имају законску садржину, а с друге стране, опет, оне ипак остају управна акта зато што их издају управни органи.⁶

Дакле, уредба је правни акт непосредно нижи од закона, а виши од других подзаконских аката. ”Њена неопходност проистиче из апстрактности и недовољне одређености законских одредаба. Стога, потребно је разрадити те апстрактне одредбе садржане у закону и обезбедити да их примењују не само грађани већ и нижи државни органи (управа и судство) односно други аутономни субјекат... У том смислу уредба је изведени а не самостални акт.“⁷

³ Х. Келзен, *Општа теорија права и државе*, Београд, 1998, 189, истиче да је „понекад стварање општих норми подељено у два или више ступњева. Неки уставни дају извесним управним властима, на пример шефу државе или влади, власт да доносе опште норме којима се разрађује материја неког закона. Такве опште норме, које није донео такозвани законодавни, него неки други орган, на основу општих норми које је донео законодавац, зову се уредбе.“

⁴ Д. Данић, цит. дј., при чему је нужно истаћи да та мања моћ долази стога што је доносе органи нижи од законодавних (извршујући – како их назива С. Јовановић) и по поступку другачијем од законодавног, односно стога што су и надлежност за доношење и сам поступак доношења прописани законом (уставом) као највишим правним актом.

⁵ Исто.

⁶ Исто.

⁷ Б. П. Кошутић, *Увод у јуриспруденцију*, Подгорица, 2008, 177–178.

Када је ријеч о врстама уредби (јер их има више) може се запазити да постоје многобројне и различите класификације. Међутим, ми се овом приликом њима нећемо бавити.⁸ Значајно је истаћи да је у савременој теорији права, као и у позитивном праву већине земаља, уобичајено разликовање уредаба на уредбе за провођење закона, које би, у правом смислу ријечи, биле акти органа извршне власти, уредаба – закона (декрет – закон), уредаба са законском снагом и уредбе из нужде, које се доносе у ванредним ситуацијама, како им говори и сам назив.

Уредбе за провођење закона настају на основу извршне клаузуле помоћу које законодавац овлашћује највишег органа извршне власти или му пак изричито налаже да донесе уредбу којом ће у оквиру датих овлашћења поближе регулисати одређену област. Ове уредбе могу се доносити и на основу општег овлашћења утврђеног у уставу.⁹ Код доношења ових уредаба извршна власт мора да се креће у оквиру датих овлашћења. Она их може конкретизовати, али не може да их квалитетно мијења јер би се тада појавила као упоредан законодавац или би чак и присвојила законодавне прерогативе. Сама овлашћења трају колико и закон, али се закон може примјењивати чак и ако она не буду искоришћена. Очигледно је да уредба ове врсте нема самосталан правни живот, те да се гаси када и сам закон. Дакле, „њен настанак и опстанак везан је за закон ради чијег извршења је донета. При том, влада (или председник републике у председничком систему) може имати генерално уставно овлашћење за доношење уредаба за извршење закона (тј. може донети уредбу за извршење ма ког закона кад то оцени целисходним) или само специјално овлашћење (у том случају, влада може донети уредбу за извршење закона само ако је тим законом на то овлашћена).“¹⁰

⁸ О овоме шире в. С. Савић, *Уредба као извор права у правном систему Републике Српске*, Изградња и функционисање правног система Републике Српске, Бањалука, 1997.

⁹ М. Пајванчић, *Уставно право*, Нови Сад, 2011, 229.

¹⁰ Б. П. Кошутинић, цит. дј., 178, при чему аутор истиче: „У раздобљима догматске владавине начела поделе власти или начела демократског јединства власти, дозвољавала се искључиво могућност доношења уредби на основу изричитог овлашћења садржаног у закону ради чије примене се уредба и доноси. По себи се разуме да та уредба не сме ни превазилазити ни противречити одредбама закона ради чијег извршења је донета. Слично ограничење постављено је немачкој влади за доношење уредби у тзв. бонском Уставу из 1949. године. Но, разлози су били друге врсте. Поучен искуством злоупотребе генералног уставног овлашћења из Вајмарског устава од нацистичког режима, немачки уставотворац је, за редовне ситуације, начинио разлику између правне и управне (административне) уредбе. Управна уредба се не односи на грађане већ на државне службе и та уредба може бити аутономна. Обрнуто, правну уредбу било је могуће донети само на темељу специјалног овлашћења у закону. Но, након једне одлуке Уставног суда СРН из 1968. године, под утицајем промењених друштвених околности, и немачка влада је стекла генерално овлашћење за доношење уредби за извршење закона“.

Сматра се да су ово типични општи правни акти владе којима се регулише спровођење закона и да се ова врста уредаба доноси у редовним приликама.

Уредба – закон (декрет – закон, уредба са законском снагом) битно је другачије правне природе. У овом случају, орган извршне власти бива овлашћен од стране уставотворца или пак законодавца да уредбом регулише односе који би иначе били уређени законом, те се на тај начин дио законодавне надлежности парламента и де јуре преноси на извршни орган, односно он се овлашћује да донесе овакав акт. Ова уредба има самосталну егзистенцију и не гаси се с нестанком закона на основу чијег овлашћења је настала. Овлашћење за пренос надлежности (ако се уопште ради о преносу надлежности) може се налазити и у уставу и тада није нужно поново га предвидјети законом, али ако пак оно уставом није предвиђено, у теорији се сматра да законодавац није овлашћен да га сам преноси, иако у пракси има и таквих случајева. Сматра се да, генерално, орган извршне власти доноси ове уредбе самостално, на основу директног и општег уставног овлашћења и обавезно их подноси на потврду парламенту. Вријеме важења ових уредаба је, најчешће, ограничено.¹¹

Специфичне уредбе са законском снагом (ордонансе у Француској) су акти које влада доноси по основу овлашћења делегираног од стране парламента. Овлашћење за делегирање надлежности прописано је у уставу, а парламент одлучује о конкретном делегирању надлежности. Овим уредбама орган извршне власти регулише законску материју у форми подзаконског акта. Доноси их у редовним приликама, обично због потребе за брзим, ефикасним и стручним регулисањем одређених питања. Ордонансе имају ограничено вријеме трајања, а влада је обавезна да их поднесе на потврду парламенту.¹²

Трећа врста уредаба су уредбе по нужди које се доносе у хитним случајевима када се парламент не може састати и донијети одговарајући законски акт, или чак није у стању ни да овласти орган извршне власти за његово доношење.¹³ Ове уредбе доносе се у ванредним околности-

¹¹ Неки аутори ове уредбе називају и аутономним уредбама, као нпр. М. Пајванчић, цит. дј.

¹² Исто, 229–230.

¹³ Код ових уредаба, као уосталом и код осталих, поставља се теоријско питање: „да ли егзекутива може у неким изванредним приликама у које држава може запасти, заћи у надлежност легислативе, тј. нормирати неке ствари наместо ње. Ту се ради о задирању егзекутиве у надлежности легислативе, због, како се то каже – стања нужде“, како истиче Ј. Стефановић у *Једно питање из отпег односа између легислативе и егзекутиве*, ЗРПФ у Загребу, 3-4/1959, 225, уз напомену да ове одступају од уобичајене, прихватљиве и препознатљиве дефиниције уредбе као подзаконског акта за извршење закона.

ма као што је околност избијања рата, стање непосредне ратне опасности, нереди, побуна или пак великих елементарних непогода. Има аутора који праве разлику између уредаба у случају ванредног стања и уредаба које се доносе поводом проглашавања непосредне ратне опасности или ратног стања. Тако се ванредно стање третира као стање које настаје због рата, оружаних немира и слично и у том смислу значи изузетак од нормалног, редовног. Разликовање ових двију врста уредаба врши се, прије свега, стога што тешка ситуација ванредног стања, с једне стране, и њихова строга привременост, с друге, доводе до тога да су овдје овлашћења већа и интензивнија него што је то случај код уредбе по нужди. Овим уредбама могу се привремено суспендовати не само одређене законске већ и уставне норме. Ипак, одређена људска права и слободе не могу бити укинута, као ни неке друге уставне норме као што су нпр. норме о подјели власти или федералном уређењу. Међутим, „ни ова ограничења не могу у целости умањити ризике које собом носи установљење ратног или друге врсте ванредног стања и привремене преоћи уредбе по нужди, не само према закону већ и према одређеним деловима устава“.¹⁴

Сматра се да је данас у свијету „општа тенденција да влада или шеф државе путем уредби нормирају све шири круг друштвених односа и то не само ради примене закона него и уместо законодавца. То ширење уредбодавне делатности извршно-политичких органа (егзекutive) има више узрока; између осталог – преоптерећеност, спорост рада и недовољна стручност парламента.“ Сматра се да због потребе „да се хитно нормира велики број и стално променљиви друштвени односи, због потребе за стручном изградом нормативних аката, а понекад и због тежње владајуће странке и владе да избегну политичке расправе у парламенту (чиме се отежава и надзор опозиције над егзекутивом), влада постаје, са једне стране, главни предлагач закона и, са друге стране, преузима све већи део нормативних надлежности које по уставу припадају парламенту.“¹⁵ Истиче се да су то „главни аспекти евидентне кризе парламента у савременим државама. При свему томе посебно су моћне и опасне уредбе по нужди са законском снагом, које су предвиђене за изванредна стања рата, нереди, природних катастрофа и сл., а стоје у надлежности шефу државе или владе – за хитно суочавање са опасним стањима, кад се парламент не може састати или је његов рад отежан“.¹⁶

¹⁴ Б. П. Кошутић, цит. дј., 179, при чему треба истаћи да неки аутори ове уредбе називају ратним уредбама као нпр. М. Пајванчић, цит. дј., 230.

¹⁵ Р. Степанов, Ј. Деспотовић, *Увод у јуриспруденцију – основни појмови систематике, теорије и социологије права*, Нови Сад, 2004, 285–286.

¹⁶ Н. Висковић, *Теорија државе и права*, Загреб, 2001, 189–190.

Према Уставу Републике Српске, овлашћење за доношење уредаба као подзаконских општих правних аката имају предсједник Републике и Влада. Тако је чланом 81 став 1 Устава прописано да предсједник Републике за вријеме ратног стања, који прогласе институције Босне и Херцеговине, ако Народна скупштина не може да се састане, на приједлог Владе или по сопственој иницијативи и након што саслуша мишљење предсједника Народне скупштине, доноси уредбе са законском снагом и о питањима из надлежности Народне скупштине и именује и разрјешава функционере које бира, односно именује и разрјешава Народна скупштина. Ставом 2 истог члана Устава прописано је да ове уредбе односно одлуке о именовању и разрјешењу предсједник Републике подноси на потврду Народној скупштини чим она буде у могућности да се састане.

Ставом 3 овог члана Устава прописано је да се актима Народне скупштине, односно актима предсједника Републике, ако Народна скупштина не може да се састане, за вријеме ратног стања које прогласе институције Босне и Херцеговине и ванредног стања могу, изузетно, док то стање траје, обуставити поједине одредбе Устава које се односе на доношење закона, других прописа и општих аката и предузимања мјера републичких органа и на поједине људске слободе и права, осим слобода и права из чланова 10, 11, 13, 14, 15, 17, 18, 19, 20, 24 и 25 Устава,¹⁷ мијењати организација и овлашћења извршних, управних и правосудних органа и њихов персонални састав, као и територијална организација у Републици.¹⁸

Чланом 90 т. 4 Устава прописано је да Влада доноси уредбе, одлуке и друга акта за извршавање закона, док је тачком 6 истог члана прописано да Влада утврђује начела за унутрашњу организацију министарстава и других републичких органа управе и управних организација, поставља и разрјешава функционере у министарствима, другим републичким органима и управним организацијама. Ова начела најчешће се прописују управо уредбама, за које се често сматра да имају карактер уредаба са законском снагом.¹⁹

Уредбе као подзаконски општи правни акти морају да буду у сагласности са Уставом и законима за чије извршење су донесене. За оцјену

¹⁷ То су одредбе које гарантују равноправност грађана у слободама, правима и дужностима, затим права на живот, људско достојанство, тјелесни и духовни интегритет, човјекову приватност, лични и породични живот, слободу личности, право на правично суђење, право на дом и слободу мисли и опредјељења.

¹⁸ Устав Републике Српске, Народна скупштина Републике Српске, Бањалука, 2010.

¹⁹ Исто, а шире в. С. Савић, *цит. дј.*

њихове уставности и законитости надлежан је Уставни суд. Тако је чланом 115 т. 1 Устава Републике Српске прописано да Уставни суд Републике Српске одлучује о сагласности закона, других прописа и општих аката са Уставом, док је тачком 2 истог члана прописано да Уставни суд одлучује о сагласности прописа и општих аката са законом. Поступци по основу ове надлежности Уставног суда, сагласно члану 120 Устава, могу да се покрену подношењем приједлога од стране овлашћених предлагача (предсједник Републике, Народна скупштина и Влада и остали органи и организације и заједнице под условима утврђеним законом а то су: Вијеће народа о питањима из оквира Уставом утврђених надлежности, суд, ако се питање уставности и законитости постави у поступку пред судом, републички тужилац, ако се питање уставности и законитости постави у раду тужилаштва, општина, град, предузеће, политичка организација, односно удружење грађана и друга организација, ако је повријеђено њихово право утврђено Уставом или законом, орган који је по Уставу и закону овлашћен да обустави извршење прописа и другог општег акта због његове несагласности са Уставом и законом као и сам Уставни суд²⁰) као и подношењем иницијативе коју може дати свако, а о којој Уставни суд одлучује доношењем рјешења о прихватању или пак неприхватању да се води поступак по њима (рјешење о покретању поступка).²¹

На основу ових уставних овлашћења Уставни суд Републике Српске је у протеклих десет година, у периоду 2004–2015. године, оцјењивао уставност и законитост укупно 45 уредаба. По годинама стање изгледа овако: 2004 године – девет уредаба; 2005. године – девет уредаба; 2006. године – девет уредаба; 2007. године – једна уредба; 2008. године – једна уредба; 2009. године – четири уредбе; 2010. године – једна уредба; 2011. године – једна уредба; 2012. године – шест уредаба; 2013. године – три уредбе; 2014. године – три уредбе. Од овог броја укупно оцјењиване уставности и законитости уредаба, Уставни суд је неуставним прогласио 19 уредаба.

Тако је у предмету У-3/03, приликом оцјене уставности Уредбе о статусу државних станова откупљених прије доношења Закона о приватизацији државних станова („Службени гласник Републике Српске“ бр. 86/02), Суд оцијенио да се уредбом као општим актом нису могла прописивати права и обавезе при откупу станова па и лица која

²⁰ Члан 4. Закона о Уставном суду Републике Српске („Службени гласник Републике Српске“, бр. 104/11 и 92/12).

²¹ Исто.

су откупила станове на којима су имала станарско право у Републици Српској прије ступања на снагу Закона о приватизацији државних станова јер се та права прописују само законом. Оваквим прописивањем Влада је, као доносилац оспорене уредбе, по оцјени Суда, прекорачила овлашћења која има према члану 90 т. 4 Устава и неовлашћено ушла у регулисање односа који се могу уређивати само законом.²²

Уредба о забрани рекламирања, оглашавања и дистрибуцији замјене за мајчинско млијеко („Службени гласник Републике Српске“ бр. 39/00) одлуком Уставног суда бр. У-85/01 оцијењена је као несагласна са Уставом због тога што није донесена за извршавање ниједног одређеног закона. С обзиром на то да се уредбом не могу уређивати односи на начин који је изван функције извршне власти, Уставни суд је оцијенио да је Влада Републике Српске, доносећи оспорену уредбу, изашла из оквира својих уставних и законских овлашћења и тиме повриједила уставно начело о подјели власти из члана 69 Устава Републике Српске.²³

У предмету У-90/01 оцјењивана је уставност Уредбе о републичким административним таксама – царинским таксама („Службени гласник Републике Српске“ бр. 40/01) и Суд је донио одлуку да је Влада, прописујући оспореном уредбом републичке административне таксе – царинске таксе, изашла из оквира својих уставних и законских овлашћења, те је на тај начин повриједила уставно начело о подјели власти из члана 69 Устава Републике Српске.²⁴

У предмету 79/02 оцјењивана је уставност Уредбе о регулисању промета на велико нафте и нафтних деривата („Службени гласник Републике Српске“ бр. 49/01); Уредбе о измјени Уредбе о регулисању промета на велико нафте и нафтних деривата („Службени гласник Републике Српске“ бр. 53/01) и Уредбе о регулисању промета на велико нафте и нафтних деривата („Службени гласник Републике Српске“ бр. 18/02), у вријеме важења. Уставни суд је стао на становиште да предметни акти нису у сагласности са Уставом и законом јер је Влада, у конкретном случају, оспореним актима уредила односе који се према Уставу уређују искључиво законом, те измијенила поједина законска рјешења тако што је неовлашћено ослободила од плаћања пореза на промет и посебне републичке таксе правна лица која се баве продајом на велико нафте и нафтних деривата купцима у Републици Српској, Федерацији Босне и Херцеговине и Дистрикту Брчко. На тај начин Влада је, мијењајући за-

²² Билтен Уставног суда Републике Српске, бр. 9, Бањалука, 2004, 127–133.

²³ Исто, 295–298.

²⁴ Исто, 299–302.

кон оспореним уредбама, изашла из оквира својих уставних овлашћења из члана 90 т. 4 Устава, према којим Влада доноси уредбе, одлуке и друга акта за извршавање закона, те повриједила начело о подјели власти из члана 69 Устава, те начело обавезне сагласности прописа и општих аката са законом из члана 108 Устава. Такође, Суд је утврдио да је чланом 109 став 1 Устава утврђено да закони, други прописи и општи акти ступају на снагу најраније осмог дана од дана објављивања, осим ако из нарочито оправданих разлога није предвиђено да раније ступе на снагу. С обзиром на то да Суду нису предочени разлози који би оправдали раније ступање на снагу наведених аката, оваквим прописивањем је дошло до повреде и члана 109 Устава.²⁵

У предмету У-29/01 Уставни суд је утврдио да Уредба о прерачунавању тарифе републичких административних такса („Службени гласник Републике Српске“ бр. 29/99) и Уредба о измјенама и допунама Уредбе о прерачунавању тарифе републичких административних такса („Службени гласник Републике Српске“ бр. 5/01), у вријеме важења, нису биле у сагласности са Уставом и законом. По оцјени Суда, оспорене уредбе нису донесене у циљу извршавања закона, што је према члану 90 став 1 тачка 4 Устава и члану 34 став 1 Закона о Влади Републике Српске у њеној надлежности, односно Влада је, по оцјени Суда, доносећи оспорене уредбе, измијенила и допунила тарифу републичких административних такса, те тако изашла из оквира својих уставних и законских овлашћења, чиме је повриједила одредбе члана 62 и 69 Устава Републике Српске.²⁶

Уредба о начину конституисања нових органа управљања и начину рада предузећа у којима се државни капитал приватизује по посебним приватизационим програмима („Службени гласник Републике Српске“ бр. 48/01) оцјењивана је у предмету У-109/01 и Суд је својом одлуком утврдио да иста није у сагласности са Уставом и законом. Том приликом Суд је утврдио да је оспореном уредбом Влада преузела законодавну функцију, те тако изашла из оквира својих уставних и законских овлашћења, чиме је дошло до повреде уставног принципа о подјели власти из члана 69 Устава, као и члана 90 тачка 3 и 4 Устава којима је одређена садржина извршне власти коју врши Влада. Оспореним нормирањем је, такође, повријеђено и начело законитости из члана 108 став 2 Устава Републике Српске, према којем сви прописи и други општи акти морају бити у сагласности са законом.²⁷

²⁵ Исто, 461–471.

²⁶ Билтен Уставног суда Републике Српске, бр. 10, Бањалука, 2006, 19–22.

²⁷ Исто, 127–133.

У предмету У-108/01 оцјењивана је уставност и законитост Уредбе о међуентитетској трговини производима који подлијежу плаћању акцизе бр. 02/1-020-2128/01 од 8. октобра 2001. године („Службени гласник Републике Српске“ бр. 49/01). Суд је утврдио да оспорени акт, у вријеме важења, није био у сагласности са Уставом и законом. Уставни суд је оцијенио да чланови 51 и 52 Закона о трговини не могу бити ваљан правни основ за доношење оспорене уредбе, јер из садржаја оспорене уредбе произлази да се она не односи ни на једну привремену мјеру утврђену чланом 52 Закона. У конкретном случају, Влада Републике Српске је, доносећи оспорену уредбу, изашла из оквира својих уставних и законских овлашћења и тиме повриједила уставно начело о подјели власти из члана 69 Устава. По оцјени Суда, одредба члана 34 став 2 Закона о Влади Републике Српске, која је означена, поред одредаба члана 51 и 52 Закона о трговини, као правни основ за доношење оспорене уредбе, не може бити ваљан правни основ, с обзиром на то да ова норма одређује да Влада одлуком прописује мјере, даје сагласност или потврђује општи акт органа или организације, образује друге службе за потребе Владе и уређује друга питања од значаја за обављање послова Владе, као и то да је прописивањем у члану 7 оспорене уредбе да ступа на снагу даном доношења повријеђен принцип из члана 109 Устава Републике Српске.²⁸

Уредба о регресу за приплодну стоку и премији за млијеко у 2002. години („Службени гласник Републике Српске“ бр. 69/01) оцјењивана је у предмету У-9/02 и Уставни суд је утврдио да иста није у складу са Уставом и законом. Овом приликом Суд је стао на становиште да Устав и Закон о Влади Републике Српске не овлашћују Владу да доноси уредбе самостално, као своје аутономне акте, него искључиво као акте који су у функцији извршавања закона, због чега је, по мишљењу Суда, оспореним нормирањем Влада преузела функцију законодавног органа и тиме прекорачила границе уставних овлашћења из члана 69 Устава и Амандмана LXXVI на Устав Републике Српске, којим је утврђено да уставотворну и законодавну власт остварује Народна скупштина, а законодавну Народна скупштина и Вијеће народа.²⁹

У предмету У-65/02 оцјењивана је уставност и законитост Уредбе о међуентитетској трговини производима који подлијежу плаћању акцизе број 02/1-020-273/02 од 11. априла 2002. године („Службени гласник Републике Српске“ бр. 18/02) којом приликом је Суд стао на становиште да иста, у вријеме важења, није била у сагласности са Уставом и зако-

²⁸ Исто, 141–147.

²⁹ Исто, 241–244.

ном јер је Влада Републике Српске, доносећи оспорену уредбу, изашла из оквира својих уставних и законских овлашћења и тиме повриједила уставно начело о подјели власти из члана 69 Устава Републике Српске.³⁰

У току 2006. године Уставни суд Републике Српске прогласио је неуставним и незаконитим двије уредбе. Тако је у предмету У-18/04, оцјењујући Уредбу о начину обрачуна затезне камате према постојећим законским прописима („Службени гласник Републике Српске“ бр. 01/2004), Суд стао на становиште да је, имајући у виду наведене уставне и законске одредбе, нормирањем као у оспореној уредби дошло до повреде начела подјеле власти из члана 69 Устава. Оваква оцјена темељи се на чињеници да је затезна камата законска категорија, због чега је регулисање ових правних односа, као и тумачење примјене закона из ове области, у надлежности законодавца. Суд је такође утврдио да оспорено нормирање није у сагласности са чланом 90 тачке 3 и 4 Устава и чланом 34 став 1 Закона о Влади Републике Српске, с обзиром на то да помену-та уредба није у функцији извршавања закона, већ се овим актом тумачи и одређује примјена појединих закона, те да ниједним прописом Влади није дато овлашћење да донесе уредбу оваквог садржаја.³¹

Такође, у предмету У-28/04 Уставни суд је стао на становиште да члан 25 Уредбе о канцеларијском пословању републичких органа управе („Службени гласник Републике Српске“ бр. 1/04), у дијелу који гласи „а примјењиваће се од 1. јануара 2004. године“ није у сагласности са Уставом и законом. Суд је оцијенио да је прописивањем да ће се Уредба примјењивати прије њеног ступања на снагу, оспореном акту дато повратно дејство.³²

У предмету У-65/07 Уставни суд је оцјењивао уставност Уредбе о одређивању награда и накнада нотарима у Републици Српској („Службени гласник Републике Српске“ бр. 21/08). Том приликом Суд је стао на становиште да члан 20 Уредбе није у складу са Уставом с обзиром на то да се доносилац општег правног акта није изјаснио о постојању нарочито оправданих разлога због којих је одредио да акт ступа на снагу прије истека рока од осам дана од дана објављивања. Уставни суд је утврдио да оспорена одредба према којој акт ступа на снагу даном објављивања у службеном гласилу није у сагласности са чланом 109 став 1 Устава Републике Српске.³³

³⁰ Исто, стр. 309–313.

³¹ Билтен Уставног суда Републике Српске бр. 11, Бањалука, 2007, 115–118.

³² Исто, 463–466.

³³ Билтен Уставног суда Републике Српске бр. 14, Бањалука, 2010, 121–125.

Одлуком у предмету У-19/09 Уставни суд је Уредбу о привременој забрани располагања имовином у својини Републике Српске коју користе пољопривредне задруге („Службени гласник Републике Српске“ бр. 14/09) прогласио несагласном са Уставом и законом, с обзиром на чињеницу да је Влада Републике Српске оспореном уредбом преузела законодавну функцију. Уставни суд је том приликом утврдио да је тиме Влада прекорачила уставна овлашћења те да оспорена уредба није у сагласности ни са Законом о пољопривредним задругама којим је, за разлику од уредбе, прописано да пољопривредне задруге могу располагати задружном имовином уз писмену сагласност Владе.³⁴

У предмету У-43/11 Уставни суд је оцјењивао члан 11 став 4 Уредбе о педагошким стандардима за средње образовање („Службени гласник Републике Српске“ бр. 5/10) и том приликом је одлучио да исти није у сагласности са Уставом и Законом о средњем образовању и васпитању („Службени гласник Републике Српске“ бр. 74/08, 106/09 и 104/11). Наиме, по оцјени Суда, доносилац предметне уредбе је, прописивањем као у одредби члана 11 став 4 овог акта, изашао из законских оквира, чиме је дошло до повреде гаранција из члана 108 став 2 Устава Републике Српске, према којем прописи и други општи акти морају бити у сагласности са законом. Наиме, Суд је стао на становиште да постоји повреда уставног начела уставности и законитости када се одредбом подзаконског акта тражи сагласност надлежног министарства на акте средњих школа којим се уређује питање броја и систематизације радних мјеста, иако ниједна одредба закона не предвиђа давање исте сагласности на ове акте у односу на наставно особље.³⁵

Одлуком у предмету У-101/11 Уставни суд Републике Српске утврдио је да члан 5 Уредбе о вођењу евиденције о некретнинама и правима на некретнинама („Службени гласник Републике Српске“ бр. 97/11) није у сагласности са Уставом Републике Српске. Уставни суд је стао на овакво становиште с обзиром на чињеницу да је Уставом одређено да општи правни акти ступају на снагу најраније осмог дана од дана објављивања те је неуставна одредба општег акта према којој тај акт ступа на снагу наредног дана од дана његовог објављивања.³⁶

Такође, одлуком у предмету У-61/12 Уставни суд је члан 2 став 1 тачка в) подтачка 4 и члан 3 став 1 тачка њ) Уредбе о начину, поступку и

³⁴ Билтен Уставног суда Републике Српске бр. 15, Бањалука, 2011, 205–210.

³⁵ Билтен Уставног суда Републике Српске бр. 17, Бањалука, 2013, 325–333.

³⁶ Билтен Уставног суда Републике Српске бр. 18, Бањалука, 2014, 137–140.

роковима обрачунавања и плаћања посебних водних накнада, у дијелу који се односи на продају вјештачког ђубрива и хемикалије за заштиту биља („Службени гласник Републике Српске“ бр. 53/11, 16/12 и 44/13) прогласио несагласним са Уставом и Законом о водама („Службени гласник Републике Српске“ бр. 50/06, 92/09 и 121/12). Овакву одлуку Уставни суд је донио с обзиром на то да је оспореним одредбама подзаконског општег акта проширен круг субјеката и измијењена основица обавезе плаћања посебних водних накнада у односу на законска рјешења. Уставни суд је, стога, закључио да је оваквим нормирањем доносилац акта изашао из оквира својих законских овлашћења, што је резултирало повредом начела законитости.³⁷

У току 2014. године Уставни суд Републике Српске оцјењивао је уставност и законитост три уредбе. У предмету У-50/12 утврдио је да члан 5 став 2 Уредбе о борачком додатку („Службени гласник Републике Српске“ бр. 52/13) није у сагласности са Уставом Републике Српске и Законом о правима бораца, војних инвалида и породица погинулих бораца одбрамбено-отаџбинског рата („Службени гласник Републике Српске“ бр. 134/11, 9/12 и 40/12). Доносилац Уредбе је, по оцјени Суда, изашао из законских оквира и прекорачио своја уставна и законска овлашћења. Суд је сматрао да је, сходно одредби тачке 12 Амандмана XXXII на Устав, којим је замијењен члан 68 Устава, а према којем Република уређује и обезбјеђује, између осталог, борачку и инвалидску заштиту, у домену законодавца да прописује услове и критеријуме за остваривање права по основу статуса борца, па тако и права на мјесечни борачки додаток. Нормирањем као у наведеном члану дошло је до повреде начела подјеле власти из члана 69 Устава, као и начела законитости из члана 108 став 2 Устава, према којем прописи и други општи акти морају бити у сагласности са законом.

Како се из наведеног може закључити, највећи број повреда начела уставности и законитости односио се на кршење одредаба чланова 69, 90 т. 3. и 4, 108 и 109 Устава Републике Српске и члана 34 став 1 Закона о Влади („Службени гласник Републике Српске“ бр. 118/08). Члан 69 Устава, између осталог, прописује да се „државна власт у Републици организује на начелу подјеле власти. Уставотворну и законодавну власт остварује Народна скупштина. Законодавну власт ће у Републици Српској вршити Народна скупштина и Вијеће народа. Закони и други прописи које изгласа Народна скупштина, а који се тичу питања витал-

³⁷ Исто, 415–419.

ног националног интереса било којег од конститутивних народа ступају на снагу тек након усвајања у Вијећу народа. Републику представља и њено државно јединство изражава предсједник Републике. Извршну власт врши Влада. Судска власт припада судовима. Заштиту уставности и законитости обезбјеђује Уставни суд.³⁸

Чланом 90 Устава, т. 3, прописано је да Влада обезбјеђује провођење и извршава законе, друге прописе и опште акте, а тачком 4 истог члана да доноси уредбе, одлуке и друга акта за извршавање закона. Чланом 108 Устава прописано је да закони, статути, други прописи и општи акти морају бити у сагласности са Уставом, те да прописи и други општи акти морају бити у сагласности са законом. Такође, чланом 109 Устава прописано је да закони, други прописи и општи акти ступају на снагу најраније осмог дана од дана објављивања, осим ако из нарочито оправданих разлога није предвиђено да раније ступе на снагу. Прије ступања на снагу, закони, други прописи и општи акти државних органа објављују се у одговарајућем службеном гласилу.³⁹

У наведеним одлукама Уставног суда Републике Српске најчешће се констатује да је Влада: „неовлашћено ушла у регулисање односа који се могу уређивати само законом“; да је „изашла из оквира својих уставних и законских овлашћења и тиме повриједила уставно начело о подјели власти из члана 69 Устава Републике Српске“; „да је повриједила уставно начело о подјели власти из члана 69 Устава Републике Српске“; „да је оспореним актима уредила односе који се према Уставу уређују искључиво законом, те измијенила поједина законска рјешења“; да је „изашла из оквира својих уставних овлашћења из члана 90 т. 4 Устава“; да је „повриједила начело о подјели власти из члана 69 Устава“; да је „преузела законодавну функцију, те тако изашла из оквира уставних и законских овлашћења чиме је дошло до повреде уставног принципа о подјели власти из члана 69 Устава као и члана 90 т. 3 и 4 Устава којима је одређена садржина извршне власти коју врши Влада.“

Поред наведеног, у напријед наведеној анализи видљива је још једна, релативно честа, повреда Устава, а то је повреда чланова 108 и 109. Тако Уставни суд констатује да је „прописивањем да уредба ступа на снагу даном доношења повријеђен принцип из члана 109 Устава Републике Српске“; да је „Суд оцијенио да је прописивањем да ће се Уредба примјењивати прије њеног ступања на снагу, оспореном акту дато по-

³⁸ Устав Републике Српске, исто.

³⁹ Исто.

вратно дејство“; да је „Уставни суд утврдио да оспорена одредба према којој акт ступа на снагу даном објављивања у службеном гласилу није у сагласности са чланом 109 став 1 Устава Републике Српске“ и сл.

Све напријед наведено није специфичност Републике Српске. То су, како је већ речено, најчешће повреде Устава приликом доношења уредаба као подзаконских општих правних аката. Томе, увелико, доприноси њихова правна природа али и пракса органа извршне власти у модерним државама, о којој је већ било ријечи. С обзиром на укупан број контролисаних уредаба од стране Уставног суда Републике Српске у протеклих десет година, може се рећи да број случајева у којима је дошло до повреде начела уставности и законитости и није тако велики. Међутим, он би се у сваком случају морао смањити на што је, између осталог, Уставни суд Републике Српске указао у свом Обавјештењу о неким појавама од интереса за остваривање уставности и законитости из 2013. године, које, сагласно овлашћењима из члана 115 Устава, даје највишим уставним органима Републике.⁴⁰

⁴⁰ Шире в. *Обавјештење о неким појавама од интереса за остваривање уставности и законитости*, Билтен Уставног суда Републике Српске, бр. 18, Бањалука, 2014.

Academician Professor Snežana Savić
Vice President of the Republic of Srpska Constitutional Court

DECREE
– CONSTITUENCY AND LEGALITY THROUGH THE CASE –
LAW OF THE REPUBLIC OF SRPSKA CONSTITUTIONAL
COURT

Summary

The paper deals with decrees as the sources of law and the issue of their constituency and legality as such. Decrees belong to the most important legislative acts and, thereby, to the most important sources of law, from the formal point of view. Despite of their specific legislative nature, caused by the fact that they are issued by the executive power institutions, these acts are, from the material point of view, legislative acts. Bearing in mind their specific legal nature, the issue of their constituency and legality becomes very important. The competence to decide on their constituency and legality mainly belongs to the constitutional courts, and apart if other points, this paper deals with that issue, through the ten-year-old case law of the Republic of Srpska Constitutional Court analysis.

Key words: *Source of law, constitution, law, decree, constituency, legality, constitutional court*

**ДЕЈТОНСКА РЈЕШЕЊА – ЗА БОСАНСКОХЕРЦЕГОВАЧКУ
ДРЖАВУ И ДРУШТВО – БИТИ ИЛИ НЕ БИТИ,
ПИТАЊЕ ЈЕ САД**

Проф. др Миле Дмичић*

***Апстракт:** Босна и Херцеговина је, по много чему, специфична и сложена државна заједница *sui generis*. Она се састоји од два ентитета: Републике Српске и Федерације Босне и Херцеговине, као и од Брчко дистрикта БиХ, који по својој правној природи има обиљежја трећег ентитета Босне и Херцеговине.*

Истовремено, њен највиши општи правни акт резултат је међународног и унутрашњег права и дио је међународног мировног споразума.

Очување утврђеног уставног статуса, територијалног интегритета и равноправности ентитета, претпоставља сагласност, повјерење и равноправност конститутивних народа, грађана и осталих.

Циљеви, садржај и обим евентуалних уставних промјена подрзумијевају очување дејтонских рјешења и обезбјеђење пуног консензуса двају ентитета и равноправних трију конститутивних народа, као и учешће држава потписница и гараната мировног споразума, а све то уз уважавање поступка и процедура уставних промјена.

Циљ рада је првенствено у томе да допринесе одговору на питање о потреби уставних промјена у контексту транзиције и европских интеграција и да идентификује одговарајуће вријеме, природу и обим ових промјена.

***Кључне ријечи:** дејтонска рјешења, држава, ентитети, Устав, уставне промјене, европске интеграције.*

* Правни факултет Универзитета у Бањој Луци

УВОДНО РАЗМАТРАЊЕ

У Босни и Херцеговини, што потврђују научни радови и историјска искуства, „трагични ратни сукоби“ имају карактер грађанског и вјерског рата, са високим степеном укључености међународног фактора.

Након распада посљедње југословенске државе, била је упитна и државност Босне и Херцеговине, која у значајној мјери опстаје захваљујући међународном протекторату, о чему постоје супротстављена гледишта, и на унутрашњем и на глобалном нивоу.

Босна и Херцеговина¹ и њен устав настали су „...актом међународног права, односно међународним уговором. Њега су потписале држава на чијој територији је вођен рат, којој је признат међународноправни субјективитет, али која није постојала као субјект који врши суверену власт на цијелој својој територији. То што је тадашња Република Босна и Херцеговина потписница овог споразума израз је тежње међународних чинилаца да истакну приврженост почетној идеји њеног прихватања у свјетску заједницу држава.“²

Распадом СФРЈ дошло је до стварања нових држава на територији ове федералне државе. Процес распада започео је сецесијом ранијих федералних јединица – Словеније и Хрватске, а затим се проширио и на остале државе-чланице, односно федералне јединице. Није било довољне спремности и искрености да се усвоји било који од понуђених докумената који су се односили на будући државноправни статус БиХ у оквиру раније југословенске федерације, као јединог субјекта међународног права. И тумачење тадашњег Устава од стране Бадинтерове комисије било је погрешно, а ни одлука само двају народа на референдуму о независности БиХ (29.2. и 1.3.1992) ни у ком случају није изразила вољу свих народа БиХ да конституишу „Републику БиХ“ као независну државу, што је била изворна грешка управо Бадинтерове комисије која је то објавила у свом првом мишљењу прије признавања БиХ.³

Од 1992. до краја 1995. године на територији Босне и Херцеговине егзистирале су три државотворне цјелине. „Република Босна и Хер-

¹ Босна и Херцеговина, као држава, настала је потписивањем Дејтонског мировног споразума, који је прихваћен на конференцији одржаној у Дејтону, САД, од 1. до 21. новембра 1995. године, а коначно је потписан и ступио на снагу у Паризу, 14. децембра исте године. Устав је саставни дио тог споразума, и то његов Анекс IV.

² Г. Марковић, *Босанскохерцеговачки федерализам*, Београд/Сарајево, 2012, 69

³ Види: С. Аврамовић, *Трилатерална комисија – Свјетска влада или тиранија*, „Нова Европа“, Београд, 2006.

цеговина (централни дио Босне и сјеверна Херцеговина), Република Српска (сјеверозападни и источни дио Босне и Херцеговине) и Херцег-Босна (западна Херцеговина, дио западне Босне и енклава на сјеверу Посавине). Све три цјелине имале су обиљежја националне државе (српска, хрватска и муслиманска), свака са својом територијом, војском, полицијом, организацијом власти, властитом монетом и другим државним обиљежјима.⁴

Међународна заједница, која је активно учествовала у свим процесима у БиХ од 90-их година до данас, у априлу 1992. године, признала је Босну и Херцеговину као самосталну и независну државу, што је допринијело настанку оружаних сукоба, с обзиром на то да таква БиХ није била израз воље трију конститутивних народа. Њено међународно признање образложено је резултатом одржаног референдума, на којем није учествовао српски народ, а и само расписивање референдума је, са формалноправног аспекта, било спорно.

Референдум би се могао сматрати посљедњим кораком у распаду политичког консензуса који је омогућавао опстанак какве-такве заједнице. Инсистирања Европске уније „...на његовом одржавању, уништила су покушаје да се постигне политичко рјешење у највишем представничком органу дотадашње СРБиХ.“⁵

Међународна заједница подстакла је распад Југославије јер је „радила пристрасно и у корист сепаратистичких република, а не у складу са међународним правом о очувању суверенитета и интегритета сваке државе, па и Југославије. Тако је Арбитражна комисија Европске заједнице, тзв. Бадинтерова комисија, крајем 1991. године позвала све југословенске републике да се изјасне да ли желе бити признате као независне државе, јер се, по мишљењу ове комисије, Југославија очито распада.“⁶

Практично, након тога, у цијелом току „трагичних ратних сукоба“ БиХ није била држава, а од њеног становништва образоване су три заједнице, политички и територијално одвојене, а не једна, тако да је њена ранија политичка власт морала доживјети слом, јер је велики дио њеног становништва одбијао да се потчини таквој власти која је радила кршећи дотадашњи Устав.

⁴ Рајко Кузмановић, *Уставно право*, Бања Лука, 2002, стр. 300.

⁵ Роберт М. Хејден, *Скице за подељену кућу – уставна логика југословенских сукоба*, Самиздат Б 92, Београд, 2003, 115.

⁶ Р. Кузмановић, цит. дј., 294.

ДЕЈТОНСКИ МИРОВНИ СПОРАЗУМ – PACTA SUND SERVANTA

Дејтонски мировни споразум један је од најбољих међународних споразума постигнутих у новијој свјетској историји.⁷ Он је одговорио на два највећа и најзначајнија захтјева: прво, да се, без одлагања, зауставе ратни сукоби, и друго, да се прихваћеним уставним поретком обезбиједи дугорочнија стабилизација стања у Босни и Херцеговини. У двадесет година његове примјене показало се да је БиХ одржива само на темељима тог међународног уговора, уз консензус и компромис двају ентитета и трију конститутивних народа.

Са правног и политичког становишта, Дејтонски мировни споразум, као међународни уговор, обавезује све потписнице да га поштују и досљедно извршавају. Зато, ни промјене дејтонских, уставних рјешења нису могуће без сагласности свих учесника и држава-потписница.

Међутим, Дејтонски мировни споразум схвата се једнострано и факултативно, наглашавајући да је само зауставио рат и да је с временом изгубио своју улогу и значај. Његову ревизију, углавном, траже ратни лидери или радикални националисти неких политичких странака или вјерски великодостојници, који од самог почетка нису довољно прихватили имплементацију дејтонских рјешења, што је доприносило радикализацији међуентитетских и међунационалних односа у Босни и Херцеговини.

Дејтонски мировни споразум потписали су Босна и Херцеговина, Савезна Република Југославија, Република Хрватска, као уговорне стране, и свјedoци – представници Европске уније, Француске, Њемачке, Руске Федерације, Велике Британије и Сједињених Америчких Држава. По својој форми он је вишестрани (мултилатерални) међународни уговор (уговор-закон), док по својој садржини представља међународни мировни уговор којим се регулише уставна материја односно који садржи устав. Он је акт међународног карактера са елементима уставности. Након двадесет година његове примјене показало се да је његово спровођење, уз веће или мање тешкоће, могуће, те да је живот народа на овим просторима могућ на основним принципима и принципима овог међународног уговора.⁸

⁷ Види: Р. Холбрук, *Завршити рат*, „Шахинпашић“, Сарајево, 1998. Ова књига сматра се као изузетно значајна и успио приказ дипломатије која је имала високу улогу у најтврђим преговорима модерног доба.

⁸ Види: Д. Овен, *Балканска одисеја*, Радио Б92, Београд, 1996.

Специфичност овог мировног споразума је у томе што он садржи и Устав БиХ (Анекс 4). Готово да и нема примјера у међународном праву и међународним уговорима и споразумима да се као дио, односно прилог споразума, странама потписницама обезбиједи устав.

Његова евентуална замјена било каквим другим актом, или стављање ван снаге, подразумијева враћање општим принципима међународног права или на акте више хијерархије. Стога је неопходно употријебити правна и политичка средства за очување дејтонске конституције државе. То је могуће сагласношћу свих учесника у постизању и потписивању овог међународног акта.

Промјене дејтонских рјешења су чињене, и даље се чине у интересу, у првом реду, бошњачке стране. На њиховој промјени инсистирају и лидери хрватског народа, јер су незадовољни двоентитетским уређењем, наглашавајући да су неравноправни и маргинализовани као конститутивни народ, нарочито у Федерацији БиХ. Српски народ истиче недопустивост стално растуће тенденције унитаризације и централизације државе и смањења надлежности ентитета – до захтјева за укидање Републике Српске. И захтјеви за реформама, који се постављају као услов за прикључење Европској унији, траже пренос надлежности са ентитета на органе и институције БиХ. Тиме се на неуставан начин мијењају дејтонска рјешења првенствено на штету ентитета и уставног и правног уређења земље. Зато, Босна и Херцеговина је и даље „недовршена држава“ и „подијељено друштво“.

Стога је неопходно постићи оптималну мјеру између онога што представља посебан интерес сваког конститутивног народа и њихов заједнички интерес у Босни и Херцеговини.

НАСТАНАК И КОНСТИТУИСАЊЕ РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ И ФЕДЕРАЦИЈЕ БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ

Дисолуција Југославије утицала је на подјеле у БиХ, па је и интервенција међународне заједнице тиме правдана као неопходна за рјешавање државног статуса БиХ и међунационалних односа у њој.⁹ У том процесу у Босни и Херцеговини вођено је више преговора и споразума међународних и домаћих чинилаца.

⁹ Б. Кнежић, Ј. Ћирић, *Двадесет година од разбијања СФРЈ*, Институт за упоредно право, Београд, 2011.

Коначно, Дејтонским мировним споразумом успостављен је међународноправни континуитет БиХ, она је остала чланица ОУН-а и других међународних организација. Истовремено, Република Српска, створена вољом српског народа у БиХ, овим међународним актом прихваћена је од међународне заједнице као њена државотворна јединица. Дакле, БиХ је конституисана међународним, а не домаћим правом, са другачијом унутрашњом структуром у односу на претходну државу. У уставноправној теорији и пракси није уобичајено да се државечланице, без обзира на њихов статус и степен самосталности – називају ентитетима. БиХ је успостављена као сложена држава коју чине два државотворна ентитета. Компаративном анализом може се закључити да ентитети имају два различита политичка, правна и економска система, унутрашњи суверенитет, линију разграничења, уставотворну, законодавну, извршну, управну и судску власт, државна обиљежја и све оно што држава има на унутрашњем плану, имајући и значајну надлежност на међународном плану. Правно и фактички, Република Српска је настала 1992. године вољом српског народа с циљем да обезбиједи право да самостално одлучује о својој судбини, свом политичком, економском, културном и сваком другом развоју. Република Српска је, путем Народне скупштине као највишег народног представничког, уставотворног и законодавног органа, потврдила своју посвећеност провођењу, поштивању и очувању дејтонских рјешења, чиме је потврђена и њена проевропска оријентација и приврженост испуњавању услова на путу Босне и Херцеговине ка чланству у Европској унији.

Конституисање Републике Српске била је потреба за очувањем идентитета и државности Срба, као конститутивног народа у Босни и Херцеговини, што је у складу са међународним правом и Повељом Уједињених нација. Република Српска, дакле, створена је и заснована и на унутрашњем и на међународном праву. Заснованост на унутрашњем праву изражена је актима усвојеним у Народној скупштини и политичкој вољи народа, а на међународном праву – на Дејтонском мировном споразуму, као међународном акту, и Уставом БиХ као његовим саставним дијелом. Република Српска је носилац суверенитета на унутрашњем плану и има право на самоорганизовање, односно да самостално установљује организацију и структуру своје власти.

Федерација БиХ настала је у марту 1994. године, на основу Вашингтонског споразума, закљученог прије Дејтонског мировног споразума, и она има сложен облик уставног уређења, јер се састоји

од десет кантона. Нерационалност организације и нефункционалност њених органа власти огледа се у асиметричности и постојању посебно великог броја извршних и управних органа. Некритички се приступа Вашингтонском споразуму, којим је заустављен сукоб између бошњачког и хрватског народа, створена њихова конфедерална веза са Републиком Хрватском, али и својеврсна коалиција против српског народа. Све то се и даље одражава на радикализацију међуентитетских и међурелигијских односа, уз одлучујућу улогу међународне заједнице у БиХ.

Дакле, 1995. године на територији Босне и Херцеговине¹⁰ су постојале државотворне јединице – Република Српска и Федерација БиХ, које су и потврђене Дејтонским мировним споразумом, односно Уставом БиХ, који је саставни дио тог споразума (Анекс IV).

ДРЖАВНОСТ И УСТАВНОСТ БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ

Основно питање је – да ли је Босна и Херцеговина, са становишта унутрашњег права – нова или стара држава. “Устав изреком не говори о унутрашњем већ само о међународноправном континуитету Босне и Херцеговине, јер користи израз “правно постојање по међународном праву као држава”.¹¹ То је потребно посматрати у свјетлу чињенице да је ранија Република Босна и Херцеговина постојала у смислу међународног, а не унутрашњег права. Њене институције су тежиле да буду представник државе иако нису вршиле власт нити су сматране легалним и легитимним на већем дијелу територије Босне и Херцеговине.

Према дејтонским рјешењима, као државотворни елементи – ентитети су потврђени Уставом Босне и Херцеговине, јер су они настали раније, фактичким путем, и нису имали међународноправни субјективитет као нове државе, али су фактички имали сва обиљежја (суверених) држава. Устав Босне и Херцеговине је само потврдио њихово постојање и чињеницу њиховог квалитативно другачијег државноправног статуса, али их, дакле, он сам није створио. Ентитети су *de facto* признати као државе које се удружују у нову државу и тиме губе велики дио међународног суверенитета, па тиме, у основи, постају са унутрашњим суверенитетом и ограниченим међународним суверенитетом.

¹⁰ Види: К. Билт, *Мисија мира*, „Погледи“, Крагујевац, 1998.

¹¹ Поједини аутори сматрају да је споран и међународни континуитет државе: „Очигледно је да би било научно објективније и правно релевантно да није признат ни њен спољни континуитет (...)“ (Рајко Кузмановић, *Уставно право*, нав. дјело, 307).

Постојећи уставноправни систем земље загарантован је њеним Уставом. Уставом¹² је утврђено да “Република Босна и Херцеговина, чије је званично име од сада Босна и Херцеговина, наставља своје правно постојање по међународном праву као држава, са унутрашњом структуром модифицираном овим Уставом, и са постојећим међународно признатим границама” (члан I тачка 1). Босну и Херцеговину су „...створиле двије фактички постојеће, мада међународно непризнате државе.”¹³ Њена специфичност као сложене државне заједнице је у томе што се, осим од два ентитета, састоји и од Брчко дистрикта, чији је статус посебан, због чега се понекад истиче да је ријеч о „трећем ентитету у БиХ”.

Дакле, највиши општи правни акт ушао је у правни живот заједно са међународним мировним споразумом,¹⁴ и то као његов дио, па стога неки аутори сматрају да он уопште нема својство устава.¹⁵ Такво мишљење је могуће оспоравати, јер је Устав Босне и Херцеговине фактички доживио еволуцију, с обзиром на то да се након његовог ступања на правну снагу примјењује као акт домаћег права, који може мијењати Парламентарна скупштина Босне и Херцеговине као уставотворна власт, а не потписници Дејтонског мировног споразума. Значи, о његовој даљој правној судбини “...одлучује домаћа политичка институција, а не субјекти међународног права који су, својом сагласношћу, омогућили правну егзистенцију Устава.”¹⁶

Међу најважнијим реформама у босанскохерцеговачком друштву и држави у постдејтонском времену јесу евентуалне промјене Устава БиХ. Првенствено, то због тога што је до сада мијењање устава вршено на неуставан начин – путем одлука високог представника, одлукама о доношењу закона, одлукама законодавних и извршних органа ен-

¹² Прихватљиво је мишљење Александра Фире да нумерација уставних одредаба није извршена на традиционалан начин, при чему су тачке, као саставни дијелови чланова устава, заправо ставови у традиционалној систематизацији уставних норми: „Према томе израз тачка би одговарао традиционалном појму става.“ (Александар Фира, *Енциклопедија уставног права бивших југословенских земаља*. Том IV Уставно право Босне и Херцеговине, САНУ – Агенција „Мир“, Нови Сад, 2002, 62).

¹³ Г. Марковић, *Босанскохерцеговачки федерализам*, Београд/Сарајево, 2012, 81.

¹⁴ Е. Шарчевић, *Дејтонски устав*, Фондација „Конрад Агенција“ у Босни и Херцеговини, Сарајево, 2009, 57.

¹⁵ С. Савић, *Конститутивност народа у Босни и Херцеговини*, Бања Лука, 2000, 19. „Наиме, у малобројним радовима који обрађују ову проблематику, истиче се да би, с обзиром на начин настанка Босне и Херцеговине, тј. начин доношења њеног устава могло да се ради (...) о тзв. ‘подареном’ уставу тј. наметнутом уставу, или, напокон, да Дејтонски устав, по начину настанка ‘у ствари није устав, ни са становишта теорије права, ни са становишта уставног права, ни са становишта међународног права’.”

¹⁶ Исто, 19.

титета, уставносудских одлука, преношењем надлежности са ентитета на заједничке институције. У постдејтонском периоду, Босна и Херцеговина, ни двадесет година након трагичних ратних сукоба, не посједује консензус владајућих политичких странака за промјене Устава. Моћ над процесима у овој земљи, у највећој мјери, има међународна заједница на основу овлашћења за провођење и тумачење Дејтонског мировног споразума.

У основи, уставне промјене се траже због потребе институционалне доградње, организације, структуре и бољег функционисања највиших органа власти и институција, првенствено Парламентарне скупштине, Предсједништва и Савјета министара да би се доносили закони, други прописи и општи акти и проводиле реформе које су услов за материјални, социјални и укупни друштвени напредак и европске интеграције.

ЕЛЕМЕНТИ ОРГАНИЗАЦИЈЕ И СТРУКТУРЕ БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ

Уставно уређење не предвиђа постојање било каквих политичко-територијалних јединица осим ентитета. Уставом је предвиђено да ће се Босна и Херцеговина састојати од два ентитета, Федерације Босне и Херцеговине и Републике Српске, на основу чега долазимо до закључка да би оваква структура државе, за коју први високи представник у БиХ истиче да је БиХ „најдецентрализованија држава на свијету“ (К. Bildt), асиметрична „конфедерација“ (М. Касаповић), „конфедерација, по карактеру“ и могла бити промијењена само измјеном ове уставне одредбе, у Уставом утврђеном поступку, од стране Парламентарне скупштине Босне и Херцеговине.

Стање у цјелини, као и активна улога „међународне заједнице” у Босни и Херцеговини, одражавају се, између осталог, и на правни поредак ове сложене државне заједнице.¹⁷ Устав не допушта изричито промјену структуре сложене државе, али је ни не искључује. Брчко дистрикт Босне и Херцеговине уведен је у структуру државе арбитражном одлуком из 1999. године, којом је успостављен као посебна политичко-територијална јединица која не улази у састав ентитета, него је непосредно подређена правном поретку Босне и Херцеговине, а и сама

¹⁷ В. Лукић, В. Поповић: *Документи: Дејтон – Париз*, Институт за међународно право и међународну пословну сарадњу, Бања Лука, 1996.

успоставља свој правни поредак. Анекс II Дејтонског мировног споразума – Споразум о граници између ентитета и питањима у вези са границом у члану V став 1, предвиђа да “стране потписнице прихватају обавезну арбитражу у вези са спорним делом границе између ентитета у области Брчког, који је означен на мапи приложеној у Допуни.¹⁸

Успостављањем дистрикта извршена је ревизија Устава Босне и Херцеговине,¹⁹ с обзиром на то да нова политичко-територијална јединица није укључена у структуру државе утврђеним поступком уставних промјена и од стране надлежног уставног органа. Иако је Уставом изричито одређено да се Босна и Херцеговина састоји од два ентитета, она се фактички, након доношења арбитражне одлуке, састоји од два ентитета и једног дистрикта.

Састав и облик државног организовања Босне и Херцеговине показује да је она сложена држава и да су њени ентитети државотворне јединице без којих она не би могла ни да функционише као држава. Није утврђено који облик државног уређења, владавине и политичког система има Босна и Херцеговина. „Али, с обзиром на њен састав од два ентитета, Босна и Херцеговина може бити федерација, конфедерација, конфедерално-федерални савез, асиметрична федерација – конфедерација или унија. Све зависи од расподеле надлежности Босне и Херцеговине и оба ентитета.”²⁰

Босна и Херцеговина заснива се на принципу равноправности двају ентитета и трију конститутивних народа. У основи, њу као државу 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 битно утиче на конституисање и остваривање политичке власти у свакој од ових државноправних јединица и развој политичких односа.

¹⁸ Види: В. Поповић, В. Лукић, Документи: Дејтон–Париз, *Дејтонски мировни споразум*, Бања Лука, 1998.

¹⁹ У коначној арбитражној одлуци износи се мишљење: „План о Дистрикту је у складу са уставним захтевом да се Босна и Херцеговина састоји од два и не више од два ентитета. Види Устав, Члан 1 (3).

²⁰ Р. Кузмановић: *Есеји о уставности и законитости*, Бања Лука, 2004, 397–398.

МОГУЋЕ УСТАВНЕ ПРОМЈЕНЕ И ЊИХОВА АПЛИКАЦИЈА НА ДРЖАВНО И ДРУШТВЕНО УРЕЂЕЊЕ

Када је ријеч о евентуалним уставним промјенама, треба знати да се он може мијењати једино консензусом двају ентитета и трију конститутивних народа, у Парламентарној скупштини БиХ, на начин предвиђен у Уставу, јер је одавно речено да “нема устава ако га не прихвати народ”. Свако неовлашћено мијењање је апсурдно и сувишно. Устав као основа на којој почивају и граде се и држава и њено право, не може бити „њен“ уколико њиме не буде утврђено ко ће га стварати, на који начин, у којим облицима, са којим домаћајем. Држава не може имати „своје“ право, ако уставом не буду постављени основи организације и функционисања државе и друштва. Зато је упитно до када ће постојећи устав имати потребан ауторитет и дигнитет код оних који га тумаче и примјењују у Босни и Херцеговини.

Кључно питање организације и функционисања државе је равноправност ентитета, остваривање њихових уставних надлежности и досљедно поштивање начела о подјели надлежности између органа Босне и Херцеговине и ентитета. У њој, као вишенационалној заједници, кршење ових уставних начела може поспјешити, али и компликовати међунационалне односе и рјешавање националног питања, чиме проблем добија значајну политичку димензију.²¹

Босна и Херцеговина се налази у транзицији и процесу европских интеграција и прилагођава свој правни, политички, економски и социјални систем будућем приступању Европској унији.²²

²¹ Преношење надлежности, истовремено, праћено је оснивањем министарстава, бројних агенција, дирекција, канцеларија, завода, института и служби. Стога би договорно требало укинути институт “додатне надлежности” и зауставити њихов даљи пренос и иницирати враћање пренесених надлежности. Стога, сваки вид преноса надлежности могућ је једино промјенама Устава. Остали начини преноса надлежности – одлукама високог представника, законом, уставносудским одлукама, праксом или судским тумачењем, нарушавају успостављену равнотежу, односно ремете већ избалансиране међусобне односе органа државе и ентитета.

²² Парламентарна скупштина Босне и Херцеговине је 1999. године, усвајањем Резолуције о европским интеграцијама и Пакту стабилности, као стратешки циљ Босне и Херцеговине одредила приступање Европској унији. Закључивање Споразума о стабилизацији и придруживању између Европских заједница и њихових држава чланица, с једне стране, и Босне и Херцеговине, с друге стране, 16. јуна 2008. године, несумњива је потврда политичке воље да се, успостављањем придруживања са Европским заједницама и њиховим државама чланицама, створи адекватан правни, економски и институционални оквир ради припремања придружене државе за чланство у Унији. Провођење Дејтонског мировног споразума добило је свој институционални ок-

Европским пословима, односно административним активностима, везаним за процес европских интеграција, не могу се бавити искључиво заједнички органи и институције Босне и Херцеговине. И даље су присутни захтјеви и снаге у смислу да се омогући да власт дјелује само по принципу већине, занемарујући могућност дискриминације, нетолеранције и мајоризације већине над мањином. Такав приступ ствара нездраву атмосферу прегласавања и доминације, што је неприхватљиво у политичкој реалности Босне и Херцеговине. Међународна заједница требало би да буде партнер домаћим органима власти и да им помогне у остваривању услова за подношење кандидатуре за чланство у Европској унији. Истовремено, међународна заједница треба да обезбиједи одржавање мира и безбједности у Босни и Херцеговини и пружи помоћ у провођењу реформе за испуњавање услова за одвијање интеграционих процеса и стицање чланства у Европској унији.

Глобализација, транзиција и нови свјетски поредак, у условима недовршене државе и подијељеног друштва, стварају мноштво сукоба и контроверзи у привредним и друштвеним реформама, које видно успоравају укупне токове и осиромашавају грађане у Босни и Херцеговини.²³

Утврђивање обима, садржаја и циљева евентуалних уставних промјена у контексту европских интеграција, подразумијева то да се првенствено полази од чињенице да Европска унија посредством Европског партнерства, као једностраног инструмента, поставља највећи број реформских приоритета које Босна и Херцеговина мора да испуни²⁴. Поред тога, годишњи извјештаји Европске комисије представљају оцјену оствареног напретка и указују на смјернице будућих активности.²⁵

вир формирањем Вијећа за имплементацију овог споразума. Вијеће чине велике силе и утицајне државе. Осим војног ангажовања, међународна заједница има утицај путем високог представника за БиХ.

²³ Види шире: Ј. Душанић, *Транзиција – велика шанса или опасна замка*, Београд, 2001; Р. Кузмановић, *Есеји о уставности и законитости*, Бања Лука, 2004, стр. 378–379. 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 процијенити 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).

²⁴ Европско партнерство је инструмент уведен Уредбом Савјета ЕУ број 533/2004 о успостављању европског партнерства у процесу стабилизације и придруживања са циљем да се обезбиједи оквир који обухвата приоритете засноване на одговарајућем напретку оствареном у земљи у вези са процесом европских интеграција. Савјет Европске уније квалификованом већином, а на основу приједлога Европске комисије, доноси у форми одлуке Европско партнерство и поставља конкретне мјере које БиХ мора да предузме. Те мјере углавном су се огледале у обавези доношења прописа и успостављања институција.

²⁵ Progress Report on Bosnia and Herzegovina, (COM(2007)663), 6 November 2006, Brussels.

За евентуалну уставну реформу у БиХ, дејтонска рјешења морају бити основа. Било каква промјена Устава БиХ (Анекс 4) не може анулирати осталих десет анекса Дејтонског мировног споразума, јер није ни предвиђена могућност њихових промјена.

„ПАКЕТИ“ И ИНИЦИЈАТИВЕ, ОДНОСНО ПОЛИТИЧКЕ СТРАНКЕ И ЛИДЕРИ О УСТАВНИМ ПРОМЈЕНАМА

Како је Босна и Херцеговина могућа само као земља компромиса, уставна реформа је немогућа без договора свих страна о свим питањима, па и онима о уставној реформи. Углавном, досадашње иницијативе за уставне промјене биле су недобронамјерне, а често и утопистичке, јер су претпостављале неоствариву државу, а тиме и рушење дејтонских рјешења. И даље се у први план ставља укидање ентитета, односно Републике Српске, унитаризација државе, централизација власти и стварање и постојање само једног државотворног народа. Истовремено, реформе које се спроводе и које ће се спроводити, морају заштитити интерес двају ентитета и трију конститутивних народа, с једне стране, и обезбиједити одговорну, дјелотворну и ефикасну власт на свим нивоима, с друге стране. На европском, транзицијском и демократском путу, првенствено је битна реформа правног система и поретка и успостављање савременог законодавства.

Навешћемо неколико неуспјелих иницијатива за уставне промјене:

1) *Априлски пакет амандмана на Устав Босне и Херцеговине.* У Парламентарној скупштини Босне и Херцеговине, током априла 2006. године, дошло је до конфронтације унутар владајућих странака о предложеним промјенама Устава, тзв. “априлском пакету амандмана на Устав БиХ”. Исход расправе и гласања био је такав да предложени амандмани нису могли добити двотрећинску већину.²⁶ Политичке странке које су одбиле да гласају за “априлски пакет” браниле су своје

²⁶ Напомињемо да је члан X тачка 1 Устава Босне и Херцеговине детаљније утврдио поступак његове промјене, предвиђајући да “овај устав може бити мијењан и допуњаван одлуком Парламентарне скупштине, која укључује двотрећинску већину присутних и који су гласали у Представничком дому”. Овакво нормативно уређење промјене Устава у уставноправној теорији и пракси изазвало је различита тумачења и отворило бројна питања: да ли у поступку промјене учествује само Представнички дом или и Дом народа; ако у поступку учествује и Дом народа, како се и којом процедуром и парламентарном већином одлучује о амандманима; да ли је могућа потпуна промјена Устава; ко може покренути поступак промјене и по којем поступку се он одвија.

становиште критиком да промјене Устава БиХ не укидају ентитетско гласање, које се, по њиховом мишљењу, у процесу одлучивања најчешће употребљава за блокаду у одлучивању приликом доношења најважнијих закона у Парламентарној скупштини Босне и Херцеговине.

2) *Бутмирски разговори*. Неколико година касније, током “бутмирских разговора” о промјени Устава Босне и Херцеговине, од октобра до децембра 2009. године, до краја су се испољиле политичке позиције владајућих странака, као и разлике међу њима.

3) *Иницијатива њемачке канцеларке*. Влада Њемачке (посебно њена канцеларка Ангела Меркел) покренула је иницијативу да се путем разговора са лидерима водећих парламентарних странака покушају наћи рјешења за суштинска питања у Босни и Херцеговини (формирање функционалне власти, вођење основних реформских процеса, посебно на путу према европским интеграцијама).²⁷

4) *Пресуда Европског суда за људска права у „предмету Сејдић и Финци против БиХ“*. С обзиром на то да није постигнут консензус о њеном провођењу, првенствено што су тражене шире и радикалне уставне промјене, неопходан је међустранички политички консензус. Насупрот томе се задржава стање дискриминације националне групе „осталих“ за њихово бирање за чланове Предсједништва БиХ и у Вијеће народа Парламентарне скупштине Босне и Херцеговине.²⁸

Очигледно, и досадашње три значајније иницијативе за евентуалне уставне промјене указују на то да политичке странке са парламентарном већином, као и њихове елите и лидери, у основи имају различите приступе уставним промјенама.

Углавном, преовлађују неприхватљиви захтјеви за успостављање централизованог институционалног система и унитарног државног уређења Босне и Херцеговине, тежња да се европским пословима, односно административним активностима везаним за процес европских интеграција, искључиво могу бавити заједничке институције Босне и Херцеговине. Напротив, ови послови треба да буду распоређени и на ниже нивое власти, примарно на ентитетски ниво.

²⁷ Канцеларка Њемачке А. Меркел је, након разговора са специјалном представницом ЕУ за заједничку спољну политику и безбједност Catherine Ashton, државним секретаром САД-а Hillary Clinton, руским предсједником Дмитријем Медведевим те појединим лидерима из регије, задужила савјетника за спољну безбједносну политику Christoph-a Neusgen-a да испита који је најбољи и најсигурнији начин активнијег њемачког ангажмана у Босни и Херцеговини како би се спријечило да она оде у још већу кризу, односно у потпуну парализу система, што би на концу изискивало поновни и појачани ангажман ЕУ и међународне заједнице.

²⁸ Види: М. Пејановић, *Држава БиХ и демократија*, Сарајево, 2015, 11.

У контексту евентуалних уставних промјена и изборног система, потребно је указати и на то да је Уставни суд Босне и Херцеговине (Одлука број У 5/04) одбио тумачење Европске конвенције у смислу њене надређености осталом дијелу Устава БиХ. “Посљедица оваквог тумачења положаја Европске конвенције унутар правног система Босне и Херцеговине значи да се евентуални антагонизми или антиномије унутар самог Устава БиХ не могу отклонити нити путем законодавца нити путем Уставног суда БиХ, већ искључиво путем уставотворца, тј. измјенама и допунама самог Устава БиХ.”²⁹

Када се буде указала потреба да Босна и Херцеговина изврши прилагођавање свог устава ради стварања правног основа за приступање Европској унији³⁰, 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,³¹ према компаративном искуству,³² требало би да обухвате сљедећа питања: прво, мора се увести одредба којом се обезбјеђује уставно-правни 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 промјене³³ требало да уреде и функционисање институција државе чланице у односу на европски институционални оквир и прецизирање уставног судског дјелокруга у условима чланства,³⁴ затим навести европску интеграцију као основ-

²⁹ М. Симовић, *Могућност промјене Устава БиХ у контексту примјене Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода*, Зборник радова: БиХ петнаест година након Дејтона, Сарајево, 2010, 89–90.

³⁰ Босна и Херцеговина је 16. јуна 2008. године у Луксембургу потписала Споразум о стабилизацији и придруживању са Европском унијом.

³¹ Члан 203. Уговора о оснивању Европске заједнице утврђује: „Савјет је састављен од представника сваке државе чланице на министарском нивоу, који је овлашћен да обавезе владу те државне чланице.”

³² Вид.: М. Благојевић, *Европске интеграције и Република Српска*, у Значења, Добој, број 62, год. 2008, 53–55.

³³ М. Хердеген, *Европско право*, Правни факултет Свеучилишта у Риједи, Ријека, 2003, 76.

³⁴ С. Родин, *Придруживање Хрватске Еуропској унији: преобразба правног система*, 229. http://www.pravnadatoteka.hr/pdf/aktualno/hrv/20030528/rocin_cro.pdf

ни 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 централизација.

С обзиром на то да је Устав БиХ својеврстан међународни уговор, поставља се питање како га могу мијењати субјекти који нису његови доносиоци, односно потписници. 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.³⁵ При томе, неприхватљиве су „олако дате оцјене да је пријем Босне Херцеговине у Савјет Европе, истовремено, и њена обавеза“ да трансформише своју унутрашњу државотворну структуру и постојање и тиме статус ентитета доведе у питање. Ни уставне промјене нису услов напретка у процесу европских интеграција. Коначно, господари овог процеса морају бити домаћи органи и институције Босне и Херцеговине и ентитета. Од страних чинилаца може се очекивати једино стручна, односно техничка помоћ и материјална подршка.

ЕНТИТЕТСКИ И ВИТАЛНИ НАЦИОНАЛНИ ИНТЕРЕС КОНСТИТУТИВНИХ НАРОДА И ЊИХОВА ЗАШТИТА

У Босни и Херцеговини као сложеној држави, односно државној заједници која се заснива на уставном начелу да ће она бити “демократска, правна држава и са слободним демократским изборима”, 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.³⁶

³⁵ 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 означава 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).

³⁶ 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.

Уставна категорија “конститутивност Бошњака, Хрвата и Срба” један је од темеља друштва и државе.³⁷ Због традиционалне измијешаности нација³⁸, религија и култура, одређивање носиоца суверене власти у Босни и Херцеговини³⁹ подразумејева комбинацију националног и грађанског принципа, при чему је посебна улога трију најбројнијих, конститутивних народа.⁴⁰

ЕВРОПСКЕ ИНТЕГРАЦИЈЕ И РЕФОРМСКА АГЕНДА ЗА БОСНУ И ХЕРЦЕГОВИНУ

Захтјев о успостављању институционалне структуре која ће држави омогућити да говори „једним гласом“ и императив „једног гласа“ значи радикалну измјену уставног и институционалног система Босне и Херцеговине. Ради се о успостављању нових захтјева за њену европску конструкцију као државе-чланице, која тежи чланству у Европској унији, која има одређену адресу за комуникацију са комунитарним институцијама без обзира на облик државног уређења земље. Сасвим су неаргументоване интерпретације да се мора успоставити централизован институционални систем и унитарно државно уређење у Босни и Херцеговини. Није тачно да се европским пословима, односно административним активностима везаним за процес европских интеграција, могу искључиво бавити заједнички органи и институције Босне и Херцеговине.⁴¹

Европска комисија за демократију кроз право (Венецијанска комисија), у својим мишљењима, која не обавезују, а нарочито у Мишљењу о уставној ситуацији у Босни и Херцеговини и овлашћењима

³⁷ М. Јовичић, *Референдум у свету и код нас*, Страни правни живот 39 (1963) Београд, 5.

³⁸ “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).

³⁹ *Устав Републике Српске је до сада мијењан и допуњаван седамнаест пута, са 122 амандмана:*

Вид.: Амандман на Устав Босне и Херцеговине (“Службени гласник Босне и Херцеговине” број 25/09).

⁴⁰ Вид.: Р. Марковић, *Уставно право*, четрнаесто осавременењено издање, Београд, 2010, 159. Аутор истиче: “Данас су ретки уставни који садрже одредбу о томе да је држава чију уставну организацију утврђује суверена”. То су учинили само ријетки уставни, као што су: Финске од 1919, Румуније од 1948, Португалије од 1976, СРЈ од 1992. итд.

Види и: М. Игњатијевић, *Људска права као политика и идолопоклонство*, Службени гласник, Београд, 2006, 31.

⁴¹ Види: Реформска агенда за Босну и Херцеговину за период од 2015. до 2018. године.

високог представника, још је 11. марта 2005. године сугерисала одређене правце евентуалних уставних промјена ради постизања функционалности институција и потпуне усклађености Устава Босне и Херцеговине са Европском конвенцијом о заштити људских права и основних слобода.⁴² При томе, посебно се наглашава да уставне промјене треба да се обављају постепено, а не наглим и радикалним мијењањем Устава.

Основно је да се до свих рјешења долази искључиво договором и уважавањем домаћих органа и институција, без наметања рјешења од било кога са стране, а да ће свака добронамјерна, материјална ио стручна помоћ бити од изузетног значаја на путу европских интеграција и општег напретка Босне и Херцеговине и ентитета. Првенствено, потребно је рјешавање најкрупнијих питања у кључним реформским областима као што су: опоравак привреде и нови привредни раст; реформа јавног сектора; јавне финансије, опорезивање и фискална одрживост; пословна клима и конкурентност; тржиште рада; реформа социјалне заштите и пензија; владавина права и добро управљање; реформа јавне управе. Обавеза је свих нивоа власти Босне и Херцеговине и ентитета, да директно и индиректно, проводе реформске циљеве и координацију процеса, у оквиру својих уставних и законских надлежности.

При томе, с обзиром на то да је након потписивања Споразума о стабилизацији и придруживању (јун 2008) услиједио застој у његовом спровођењу и у одвијању европских интеграционих процеса, почетком 2015. године Европска унија је прокламовала нови приступ Босни и Херцеговини, на темељу њемачко-британске иницијативе и ступања на снагу овог споразума.

Неопходно је да Босна и Херцеговина и њени ентитети у процесу европских интеграција⁴³ равноправно учествују у одлучивању и доношењу битних одлука у вези са европским интеграцијама, као и у

⁴² CDL-AD (2005) 004.

⁴³ Без обзира на специфичности различитих теоријских квалификација Европске уније, поједина схватања могу се сврстати у неколико група:

Прво, поједини аутори Европску унију посматрају као међународну организацију регионалног карактера, а право Европске уније не разликују од класичног међународног права.

Друго, постоје и они аутори који за Европску унију мисле да је творевина државног права и то федерално-конфедералног типа, и комунитарно право је, у суштини, нека врста националног права.

Треће, постоји схватање о Европској унији као о оригиналној и досад непостојећој творевини *sui generis* која има своје специфичности и није ни чиста државноправна ни међународноправна творевина. Сходно овом схватању, комунитарно право је „нови правни поредак“ различит од класичног међународног права и, као такво, комунитарно право је нека врста заједничког унутрашњег права за државе чланице.

стварању заједничких тијела која их представљају у институцијама Европске уније.⁴⁴ Такав захтјев је по угледу на досадашња искуства земаља у процесу интеграција, у којима су преовлађујуће двије врсте приступа уставним промјенама: први приступ заснива се на трансферу, односно делегацији ограниченог дијела државног суверенитета на неку међународну организацију, у конкретном случају на Европску унију (Словенија, Пољска и Чешка) а други приступ предвиђа вршење одређених суверених права заједно са другим државама (Француска, Мађарска и у одређеном смислу Словачка).⁴⁵

Учешће међународне заједнице у европским интеграцијама проширено је и “ојачано” именовањем специјалног представника Европске уније у Босни и Херцеговини, који има основни задатак да у функцији партнера домаћих органа власти помогне остваривању услова за подношење кандидатуре за њено чланство у Европској унији. Процес њеног приближавања европским интеграцијама отворио је питање и даље улоге високог представника и представника Европске уније, што озбиљује провођење “излазне стратегије” укупног ангажовања представника међународне заједнице у Босни и Херцеговини.

Сви облици помоћи Босни и Херцеговини од стране међународне заједнице ни у ком случају не могу захтијевати доношење аката којима би

⁴⁴ У основи, однос Републике Српске према разговорима о евентуалним уставним промјенама, поред ставова Декларације о основама за разговоре о евентуалним промјенама Устава БиХ и заштити интереса Републике Српске, као и Резолуције о циљевима и мјерама политике Републике Српске, подразумева да се претходно обезбиједи следеће: изврши попис становништва у Босни и Херцеговини и Републици Српској; не доводи у питање уставни састав БиХ као сложене државе и цјеловитости ентитета у садашњем уставноправном капацитету; задржи и даље уставни принцип о ентитетском гласању у Парламентарној скупштини Босне и Херцеговине и заштити утврђеног виталног интереса ентитета и конститутивних народа; обезбиједи заступљеност ентитета и равноправност трију конститутивних народа у заједничким институцијама Босне и Херцеговине; заустави даљи пренос надлежности са Републике Српске на институције Босне и Херцеговине; преиспитају досад пренесене надлежности и њихова оправданост, те их повратити Републици Српској, сходно изворним уставним надлежностима; одлазак страних судија и тужилаца; да бутмирски документ не може бити полазна основа разговора о уставним промјенама; не доносити нови Устав БиХ, већ евентуално само његово амандманско побољшање у дијелу који се односи на заштиту људских права и слобода као и права мањинских група, у складу са међународним стандардима.

⁴⁵ За детаљнију анализу види: Jenő Czuczai, ‘Constitutional Preparation for EU Accession in The New Central and Eastern European Member States: is The Rule of Law better than The Rule of Politics?’, in: *The European Union: An Ongoing Process of Integration – Liber Amicorum Alfred E. Kellermann*, T.M.C. Asser Institute, The Hague, 2004, pp. 269–283. Тако Устав Републике Француске у члану 88-1. садржи *Europe clause* која предвиђа: „Република учествује у европским заједницама и Европској унији, коју чине државе које су слободно изабрале да, на основу оснивачких уговора, заједнички обављају неке од својих надлежности“. Устав Републике Чешке у члану 10а(1) утврђује: „Међународни уговор може предвидјети пренос одређених овлашћења органа Републике Чешке на неку међународну организацију или институцију.“

се кршио њен устав. Помоћ је требало да буде привремена, предвиђајући прелазно раздобље, након којег пуну одговорност преузимају домаће институције на основу устава и закона. Странци који су учествовали у раду појединих институција (Централна банка, органи правосуђа, омбудсман) већином су се повукли, али су у појединим важним институцијама (Уставни суд Босне и Херцеговине, Високи судски и тужилачки савјет БиХ) и даље остали као њихови чланови. Иако су постојале могућности предвиђене Дејтонским мировним споразумом и Уставом Босне и Херцеговине да се у потпуности из домаћих институција повуку странци, то још није учињено, углавном из политичких разлога и неслагања водећих политичких снага у држави.

УСТАВНОПРАВНИ СИСТЕМ И ПРАВА И СЛОБОДЕ ЧОВЈЕКА И ГРАЂАНИНА

Прихватајући тековине цивилизованог свијета, каталог и стандарде људских права и слобода и механизме њихове заштите, Босна и Херцеговина свој институционални оквир заснива на принципима садржаним у међународним, регионалним и домаћим правним и политичким актима и документима. Европска конвенција са протоколима представља најважнији документ за заштиту људских права и основних слобода на европском нивоу чија јој правна природа и улога у уставном и правном систему Босне и Херцеговине даје снагу директног примјењивања и приоритета над свим осталим законима, али не и над Уставом Босне и Херцеговине.

Јавна расправа о уставним рјешењима може да допринесе уклањању слабости које је пракса показала, а и највиши општи правни акт би добио на легитимитету. Неприхватљиви су притисци органа и тијела међународне заједнице и њених представника на домаће легалне и легитимне органе и институције у рјешавању политичких питања и њихово непоштивање иако су их грађани на демократским изборима бирали и бирају да заступају и бране њихове интересе и политичку вољу.

Циљ провођења дејтонских рјешења је изградња мира, консолидација демократије и успостављање самоодрживе Босне и Херцеговине. У том смислу уставне промјене су могуће само као заједнички пројекат ентитета, народа и грађана Босне и Херцеговине. Наметање рјешења од стране међународне заједнице не могу бити прихваћена

као добродошао и коначан резултат. Уставне промјене нису ни нужне за испуњавање услова у процесу стицања статуса кандидата за чланство Босне и Херцеговине у Европској унији.

Имајући у виду изнесено, може се закључити да уставне промјене које једна држава спроводи да би припремила свој правни систем за ступање у чланство у Европској унији, према компаративним искуствима, требало би да обухвате увођење одредбе којом се обезбјеђује уставноправни основ за чланство у Европској унији, као и пренос одређеног дијела државног суверенитета на институције Европске уније и уређивање односа између комунитарног и националног права, тј. правни статус извора примарног и секундарног права Европске уније у унутрашњем правном поретку.

ИЗГРАДЊА И ФУНКЦИОНИСАЊЕ УСТАВНОГ И ПРАВНОГ СИСТЕМА

У правном систему истовремено и паралелно егзистирају, на једној страни, пренормираност, односно „инфлација“ прописа, а на другој страни, правне празнине, односно нерегулисаност одређених односа, па и дијелова области правног система.

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 да би се права остваривала и штитила. Зато је посебно важно обезбиједити вишестепену судску заштиту не само у формалном смислу, већ и у смислу дјелотворне, ефективне и ефикасне материјалноправне и процесноправне заштите, с обзиром на постојање још једне гаранције такве дјелотворности у оквиру шире међународне судске заштите.⁴⁶

Уставним промјенама, на што поједини аутори указују, требало би да се уреди и функционисање институција државе-чланице у односу на европски институционални оквир и прецизира уставносудски дјелокруг у условима чланства.⁴⁷

⁴⁶ Ц. С. Мил, *О слободи*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 21; М. Пауновић, С. Царић, *Европски суд за људска права – надлежност и поступак*, Правни факултет, Београд, 2007, 33.

⁴⁷ Siniša Rodin, *Pridruživanje Hrvatske Europskoj uniji: preobrazba pravnog sustava*, 229. http://www.pravnadatoteka.hr/pdf/aktualno/hrv/20030528/rodin_cro.pdf

Провођење стратегије реформе јавног сектора, посебно јавне управе, координација између различитих нивоа и даље је недовољна. Процесу реформе јавне управе и институцијама надлежним за његову реализацију неопходна је институционална и политичка подршка.

Законодавство на ентитетском нивоу већином је усклађено с Европском повељом о локалној самоуправи. Извршни органи у ентитетима припремили су кодекс о односима како би се унаприједила координација између различитих нивоа власти.

Политички органи и правосудне институције на свим нивоима Босне и Херцеговине укључили су се у структурни дијалог о реформи правосуђа са Европском унијом. Овај дијалог покренут је у јуну 2011. године у оквиру процеса стабилизације и придруживања како би се олакшала ревизија законодавства и функционисање институција у складу са одговарајућим европским стандардима, у циљу обезбјеђења независног, ефикасног, непристрасног и одговорног правосудног система. Међутим, недостатак је политичке воље што и даље отежава ефикасно и истовремено указује на слабу координацију између надлежних институција.

Потребне су нове иницијативе, рјешења и акције (реформска агенда), којима је у средишту човек, његов социјални и материјални положај и сигурна будућност.

Споразум о стабилизацији и придруживању, ниједном одредбом, која се односи на усклађивање права, не захтијева и не обавезује Босну и Херцеговину да врши промјене свога устава. Стога се могу одбацити сви захтјеви за измјену Устава Босне и Херцеговине у вези са имплементацијом овог споразума.⁴⁸

⁴⁸ Услови за пријем у чланство су детаљније, али још не сасвим прецизно, разрађени у закључцима Европског савјета из 1993. године и познати су као Копенхашки критеријуми. Они се односе на политичко, економско, правно и административно прилагођавање државе кандидата Европској унији. Bulletin EC 6-1993, pt. 13. Напомињемо, основна одредба која говори о проширењу Европске уније налази се у члану 49, став 1. Уговора о Европској унији који утврђује основне принципе и услове под којима нека држава може постати члан Европске уније. Наиме, према овој одредби „свака европска држава која поштује начела утврђена у члану 6, став 1. може затражити чланство у Унији. Она захтјев подноси Савјету који, након што се консултује са Комисијом и након што добије пристанак Европског парламента, једногласно доноси одлуку. Европски парламент усваја своју одлуку апсолутном већином чланова који га чине“. Вриједности које држава кандидат мора да испуни су: слобода, демократија, поштовање људских права и основних слобода и владавина права.

УМЈЕСТО ЗАКЉУЧКА

Није створена самоодржива, стабилна и функционална држава. На дјелу су савремени протекторат међународне заједнице, три одвојена друштва, три различита сјећања и три визије које је тешко ускладити.

У трагичним ратним сукобима није утврђен ни побједник нити губитник. И даље, основни узроци, поводи и разлике у гледању на њих, а које су и довеле до трагичних ратних, међунационалних и међуконфесионалних сукоба, остају неразријешени.

Неопходно је помирење и повјерење да би ова земља била и обавеза и судбина њених народа и легалних и легитимних органа и институција, а не историјски и социјални експеримент, под старатељством и диктатом над њом, као сувереном и независном државом.

Општи став је да стратегија међународне заједнице није постигла успјех, па она све више постаје препрека развоју, помирењу и повјерењу, функционишући вољом међународне заједнице, која за то нема уставни основ и било какву одговорност.

Истовремено, дејтонска, изворна рјешења, са подршком и помоћи, уз веће или мање тешкоће, могу дати одговарајуће резултате.

Шире гледано, рјешавање бројних питања правног, економског, социјалног и политичког живота у Босни и Херцеговини, условљено је крупним процесима глобализације, транзиције и европским интеграцијама, уз чињеницу, да се пред нас „поставило јаче него икад сазнање да зависимо једни од других“, да је глобализација чињеница живота, те да „уз међузависност иде и потреба за колективном акцијом, са људима широм света који заједнички раде на решавању проблема са којима се суочавамо... Али демократска глобализација значи да те одлуке морају бити донесене уз пуно и активно учешће свих народа света.“⁴⁹

Међутим, настављање антидејтонских, неуставних и ванинституционалних тенденција, могу само појачавати захтјеве ентитета да они, с циљем заштите својих интереса, позиција и улоге у оквиру Босне и Херцеговине, предузму сва институционална, политичка и демократска средства.

Насупрот томе – остаће само то да смо у претходне двије деценије градили кућу, али нисмо створили дом.

⁴⁹ Ц. Е. Стиглиц, *Противречности глобализације*, Београд, 2004.

ЛИТЕРАТУРА

1. Г. Марковић, *Босанскохерцеговачки федерализам*, Београд/Сарајево, 2012.
2. С. Аврамовић, *Трилатерална комисија – Свјетска влада или тиранаија*, „Нова Европа“, Београд, 2006.
3. Рајко Кузмановић, *Уставно право*, Бања Лука, 2002.
4. Роберт М. Хејден, *Скице за подељену кућу – уставна логика југословенских сукоба*, Самиздат Б 92, Београд, 2003.
5. Р. Холбрук, *Завршити рат*, „Шахинпашић“, Сарајево, 1998.
6. Д. Овен, *Балканска одисеја*, Радио Б92, Београд, 1996.
7. Б. Кнежић, Ј. Ђирић, *Двадесет година од разбијања СФРЈ*, Институт за упоредно право, Београд, 2011.
8. К. Билт, *Мисија мира*, „Погледи“, Крагујевац, 1998.
9. А. Фира, *Енциклопедија уставног права бивших југословенских земаља*, Том IV, Уставно право Босне и Херцеговине, САНУ – Агенција „Мир“, Нови Сад, 2002.
10. Г. Марковић, *Босанскохерцеговачки федерализам*, Београд/Сарајево, 2012.
11. Е. Шарчевић, *Дејтонски устав*, Фондација „Конрад Агенција“ у Босни и Херцеговини, Сарајево, 2009.
12. С. Савић, *Конститутивност народа у Босни и Херцеговини*, Бања Лука, 2000.
13. В. Лукић, В. Поповић, *Документи: Дејтон – Париз*, Институт за међународно право и међународну пословну сарадњу, Бања Лука, 1996.
14. В. Поповић, В. Лукић, *Документи, Дејтон-Париз, Дејтонски мировни споразум*, Бања Лука, 1998.
15. Р. Кузмановић: *Есеји о уставности и законитости*, Бања Лука, 2004.
16. Ј. Душанић, *Транзиција – велика шанса или опасна замка*, Београд, 2001.
17. М. Пејановић, *Држава БиХ и демократија*, Сарајево, 2015.
18. М. Симовић, *Могућност промјене Устава БиХ у контексту примјене Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода*, Зборник радова: БиХ петнаест година након Дејтона, Сарајево, 2010\

19. М. Благојевић, *Европске интеграције и Република Српска*, у Значења, Добој, број 62, год. 2008.
20. М. Хердеген, *Европско право*, Правни факултет Свеучилишта у Ријеци, Ријека, 2003.
21. С. Родин, *Придруживање Хрватске Еуропској унији: преобразба правног састава*, 229.
22. Б. Кривокатић, *Лексикон међународног права*, Београд, 1998.
23. М. Јовичић, *Референдум у свету и код нас*, Страни правни живот 39 (1963) Београд, 5.
24. Р. Марковић, *Уставно право*, четрнаесто осавременењено издање, Београд, 2010.
25. М. Игњатијев, *Људска права као политика и идолопоклонство*, Службени гласник, Београд, 2006.
26. Џ. С. Мил, *О слободи*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 21.
27. М. Пауновић, С. Царић, *Европски суд за људска права – надлежност и поступак*, Правни факултет, Београд, 2007.
28. Џ. Е. Стиглиц, *Противречности глобализације*, Београд, 2004.

Prof. Dr. Mile Dmičić,
Faculty of Law, University of Banja Luka

DAYTON SOLUTIONS – FOR BOSNIAN-HERZEGOVINIAN STATE AND SOCIETY – TO BE OR NOT BE: THAT IS THE QUESTION –

Summary

Bosnia and Herzegovina is, in many ways, a specific and complex state community sui generis. It consists of two entities: the Republic of Srpska and the Federation of Bosnia and Herzegovina as well as of the Brčko District of BiH, which by its legal nature, has the characteristics of a third entity of Bosnia and Herzegovina.

At the same time, its highest general legal act is the result of international and domestic law and is part of the international peace agreement.

The preservation of the established constitutional status, territorial integrity and equality of entities, assumes consent, trust and equality of the constituent peoples, citizens and others.

Objectives, content and scope of possible constitutional changes include the preservation of Dayton solutions and ensuring of full consensus between two entities and three equal constituent peoples, as well as participation of States Parties and the guarantors of the peace agreement, all respecting the process and procedures of constitutional changes.

The aim of the paper is primarily in the fact that to contribute to the response to a question about the need for constitutional change in the context of transition and European integration and to identify the appropriate time, nature and extent of these changes.

Key words: *Dayton solutions, state, entities, Constitution, constitutional changes, European integration.*

УСТАВНОСУДСКЕ ОДЛУКЕ СА ОДЛОЖНИМ ДЕЈСТВОМ

Др Боса М. Ненадић*

***Апстракт:** Бројна су питања (теоријске и практичне природе) која се отварају у вези са опредељивањем правне природе уставносудских одлука, обима и садржине њихових својстава, као и њиховог правног дејства. При томе, посебан интерес изазива питање „одложеног укидања неуставног права“, односно питање одређивања момента отпочињања дејства уставносудских одлука и могућност уставних судова да одлучују о „датуму ступања на снагу својих одлука“. Устав Републике Србије изричито не предвиђа могућност одлагања дејства уставносудских одлука, већ Уставни суд до те могућности долази „на мала врата“, тј. кроз одлагање објављивања својих одлука у службеном гласилу.*

***Кључне речи:** одлуке уставних судова, својства уставносудских одлука (коначност, обавезност, извршност), дејство одлука уставних судова – *ex nunc, ex tunc* и *pro futuro*.*

I

У правној и политичкој литератури земаља са централизованом контролом уставности, значајно место заузима питање правне природе и дејстава одлука уставних судова. Тврди се да је коначност, обавезност и извршност уставносудских одлука потврда њихове институционалне снаге,¹ те да су наведена својства ових одлука претпоставка владавине

* Судија Уставног суда Републике Србије

¹ *Напомена:* Рад је настао на подлози ауторовог издвојеног мишљења у предмету IУз-934/2012, у коме је Уставни суд донео Решење којим је одбацио иницијативу за оцену уставности одредаба члана 58 ст. 4 и 5 Закона о Уставном суду („Сл. гласник РС“, број 136/14).

устава и права. Да би изразили изванредну снагу одлука уставних судова, поједини аутори придају им и епитет „суверене“.² Наглашава се и да установа уставног судства не би имала смисла када његове одлуке не би одликовала наведена својства, која поред осталог подразумевају и то да је свако на кога се оне односе дужан да их извршава „без колебања и призива“. Како одлуке уставних судова (које се јављају као општеобавезни, коначни и извршни акти), имају особен утицај на правни поредак,³ то се и питање момента отпочињања њиховог дејства показује као једно од најважнијих питања у обезбеђивању уставносудске заштите.⁴

Својства уставносудских одлука се, по правилу, јемче уставима и/или (уставним) законима, а само изузетно и пословницима (правилима) о раду уставних судова. Увид у ове акте показује да у суштини данас нема значајнијих разлика када је у питању одређивање битних својстава одлука уставних судова. Међутим, то се не може рећи и за питање одређивања садржине тих својстава, нити начина њиховог стицања. Разлике су видне и у погледу одређивања момента отпочињања деловања одлука уставних судова и начина њиховог извршења. Наиме, у теорији нема општеприхваћеног одговора на питање како у уставносудској пракси одабрати почетак дејства утврђујућих (касаторних) уставносудских одлука – да ли треба раздвајати моменат утврђења неуставности од момента отпочињања дејства, односно да ли дејство ових одлука треба везати за моменат њиховог доношења (проглашења, службеног објављивања) или њихово дејство треба проширити и уназад (*ex tunc*) – од дана ступања на снагу закона који је био предмет уставносудске контроле, или пак ове одлуке треба да делују проспективно (*pro futuro*), као и ко о томе треба да одлучује. Присталице дејства *ex nunc* истичу разлоге правне сигурности и очувања ауторитета закона,

W. Sadurski, *Rights Before Courts – A Study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central and Eastern Europe*, Springer, Dordrecht, 2005, 80. И у нашој литератури је поодавно записано да наведена својства и правно дејство одлука уставних судова показују сву особеност ових институција. Вид. Ј. Ђорђевић, *Ustavno pravo*, Београд, 1978, 785.

² Вид. Ch. Eisenmann, *La justice constitutionnelle et la Haute cour constitutionnelle d'Autriche*, Paris, 1986, 223.

³ О својствима и дејству уставносудских одлука у упоредном праву вид. J.C. Beguin, *Le controle de la constitutionnalite des lois en RFA*, Paris, 1982, 190, D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, 2001, 162, K. Schlaich, *Procedures et techniques de protection des droits fondamentaux – Tribunal constitutionnel federal allemand*, *Revue internationale de droit compare*, 2, 1981, 381. Упор. V. Čok, *Vrste i dejstvo odluka ustavnih sudova*, Београд, 1972. и Т. Маринковић, *Дејство одлука уставних судова, Улога уставних судова у обезбеђивању владавине права*, Београд, 2013, 2900–310.

⁴ Вид. J. Kokott and M. Kaspar, *Ensuring Constitutional Efficacy* (M. Rosenfeld, A. Sajoes), Oxford, 2012, 796.

док се дејство *ex tunc* брани начелом правичности и потребом за строгим законитошћу.⁵ Управо због последица по правни поредак једног или другог решења, временски аспект дејства уставносудских одлука није само предмет теоријског интересовања, већ изузетно важно практично питање. У уставносудској реалности одлучивање о ступању на снагу утврђујућих уставносудских одлука, њиховом дејству и начину извршења почесто се показује сложенијим и деликатнијим од самог чина утврђења неуставности.

У систему претходне (превентивне) контроле уставности – контроле *a priori* одговор на наведено питање у принципу није толико споран, јер утврђујућа одлука уставног суда донета у поступку претходне (превентивне) контроле, у принципу спречава ступање на снагу неуставног закона (или другог акта), односно правне норме. Одступање од овог становишта представља свакако решење из члана 169 став 3 Устава Републике Србије (даље: Устав РС), по коме одлуке о неуставности закона донете у поступку претходне контроле ступају на снагу „даном проглашења закона.“⁶ Међутим, у систему контроле *a posteriori* (накнадне, репресивне контроле), присутна су различита правна решења о ступању на снагу одлука уставних судова, у чијој основи леже различита теоријска становишта.

II

Иако је у упоредној уставној пракси најраспрострањеније решење према којем одлуке уставних судова делују за убудуће (*ex tunc*), тј. од тренутка њиховог доношења и службеног објављивања,⁷ оно није искључило ни могућност временског прилагођавања њиховог дејства

⁵ Упор. V. Џок, 63–64; Р. Марковић, *Уставно право*, Београд 2012, 570–571 и Т. Маринковић, *Исто*.

⁶ О том решењу вид. Б. Ненадић, *Претходна контрола уставности закона*, Бања Лука, Правна ријеч, 14/2008, 65–85.

⁷ Предњаче земље у којима је изричито прихваћено начело *ex tunc*, и у којима дејство одлука уставног суда отпочиње након њиховог службеног објављивања. Нпр. у члану 136 Устава Италије утврђено је решење које гласи: „Када УС прогласи закон неуставним, он престаје да важи наредног дана од дана објављивања одлуке“, тј. по истеку дана објављивања. Устав Шпаније се у члану 164 определио за слично решење, по коме „пресуде УС објављују у службеном гласилу. Оне имају снагу *res judicata* од наредног дана од дана објављивања. Одлуке које проглашавају неуставност закона или правила са законском снагом и све оне које нису ограничене на субјективно признање права биће потпуно обавезујуће за све особе“. У Судском пословнику УС Македоније, у члану 79 стоји: „Одлука УС којом је закон или други општи акт укинут или поништен производи правно дејство од дана објављивања у ‘Службеним новинама...’“.

(*modulation des effets*) како би се одговорило специфичним потребама сваког конкретног случаја. Тако су, са једне стране, увођени одређени елементи ретроактивног дејства уставносудских одлука, а са друге стране су се шириле појаве проспективне корекције – изражене у виду одлагања дејства одлука уставних судова, односно прилагођавања дејства одлука *pro futuro* и његовим везивањем за одређени тренутак у будућности.

Прилагођавање дејства уставносудских одлука *pro futuro* јавило се као алтернатива простом укидању (*abrogation simple*) законске или друге правне норме одмах након утврђивања неуставности, односно као алтернатива једноставном избору између дејства *ex nunc* и *ex tunc*. Модалитети одређивања дејства уставносудских одлука *pro futuro* у уставносудској пракси су бројнији, односно са одређеним специфичностима, али би се они за потребе овог рада могли свести на два основна облика: а) наступајуће укидање (*abrogation survenue*); б) одложно укидање (*abrogation différée*). То значи да одлука уставног суда не производи дејство од тренутка утврђења неуставности, нити од тренутка објављивања, већ се њено дејство везује за тзв. ступање на снагу одлуке.⁸ Код одложеног укидања за спорну норму уставни суд већ у тренутку одлучивања утврђује да је неуставна (незаконита), али се њено укидање одлаже за датум који суд одреди – датум до којег би надлежни орган (по правилу законодавац) требало да исправи то стање. Поменућемо да је најстарији европски уставни суд врло рано, на темељу члана 140 став. 5 *Савезног уставног закона Аустрије*, почео са праксом одлагања правног дејства својих одлука, редовно подсећајући надлежне органе да то чини управо да би им дао могућност да ускладе дати пропис са уставом пре него што укидање ступи на снагу.⁹ Другим речима, аустријски Уставни суд у суштини може да одреди рок до којег неуставна (касирана) норма наставља да производи дејство, с тим што тај рок не може да буде дужи од 18 месеци. Ш. Ајзенман објашњава ово „одложено укидање“ чињеницом да је законодавство сложен поступак, који захтева време током којег могу настати штетне друштвене последице због празнине коју касација ствара у правном поретку.¹⁰ Технику одложеног укидања неуставног права прихватили су и други европски уставни судови. *Савезни*

⁸ Вид. X. Magnon, *La modulation des effets dans le temps des décisions du juge constitutionnel*, *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, XXVII, 2012, 561.

⁹ Према поменутом решењу Уставног закона Аустрије, „одлука о укидању закона који је проглашен неуставним ступа на снагу по истеку дана објављивања, ако Суд не одреди други рок за укидање“.

¹⁰ Вид. Ch. Eisenmann, 227–228.

уставни суд Немачке то чини (и без изричитог овлашћења), с позивом на одредбе члана 20 става 3 Основног закона.¹¹ Устав Француске у члану 62 каже: „...Одредба која је проглашена неуставном на основу члана 61-1 ће бити стављена ван снаге од објављивања одлуке Уставног савета или од каснијег датума одређеног у одлуци.“ Сагласно одредбама чл. 57 и 58 Закона о Уставном суду Чешке, „пресуде којима се поништавају/укидају закони или други акти објављују се у Збирци закона Републике Чешке; оне су извршне на дан објављивања у Збирци, осим ако Уставни суд не одлучи другачије“. Према члану 161 Устава Словеније, кад Уставни суд утврди да је закон неуставан, ставиће га ван снаге у целини или делимично. Ово стављање ван снаге – престанак важења, ступа на снагу одмах или у року који одреди Уставни суд. Овај период не може да буде дужи од годину дана. Такође, у словеначком Закону о Уставном суду (члан 43) стоји да „Уставни суд може у целини или делимично да стави ван снаге – укине закон који није у сагласности са Уставом. Престанак важења ступа на снагу након објављивања одлуке о стављању ван снаге или по истеку временског периода који одреди Уставни суд. И према члану 55 Уставног закона о Уставном суду Хрватске, Суд ће укинути закон или поједине његове одредбе ако утврди да није сагласан с Уставом, односно други пропис или поједине његове одредбе ако утврди да није сагласан с Уставом и законом. Укинути закон и други пропис, односно њихове укинуте одредбе, престају важити даном објављивања одлуке Уставног суда у ‘Народним новинама’, ако Суд не одреди други рок“.¹² Устав Црне Горе не познаје одложно дејство одлука Уставног суда – одлука ступа на снагу даном службеног објављивања¹³. Међутим, тај институт посредно уводи законодавац марта 2015. године, предвиђајући могућност одлагања објављивања уставносудских одлуке „ако би услед престанка неуставног закона или другог прописа настала правна празнина. Надаље, у члану 65 Закона о Уставном суду Црне Горе стоји да у том

¹¹ Више P. Passaglia, *La réception des décisions des juridictions constitutionnelles par les pouvoirs constitués*, *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, XXVII, 2012, 619–621.

¹² Одлуке УС Хрватске, под одређеним условима могу деловати и *ex tunc*, јер овај суд „може поништити пропис, односно поједине његове одредбе, узимајући у обзир све околности од важности за заштиту уставности и законитости“, те имајући у виду нарочито: а) тежину повреде Устава или закона; б) интерес правне сигурности; в) ако се њиме вређају људска права и темељне слободе зајамчене Уставом; г) ако се њиме појединци, групе или удружења неосновано стављају у повољнији или неповољнији положај.

¹³ Према члану 152 став 1 Устава Црне Горе, „кад УС утврди да закон није у сагласности са Уставом и потврђеним и објављеним међународним уговорима, односно да други пропис није сагласан са Уставом и законом, тај закон и други пропис престаје да важи даном објављивања одлуке УС“.

случају Суд „...у одлуци одређује датум објављивања одлуке у ‘Службеном листу ЦГ’ који не може бити дужи од три месеца од дана доношења одлуке и о томе обавештава надлежне државне органе и јавност на интернет страници, а учесницима у поступку доставља одлуку“. Уколико се до датума одређеног у одлуци Суда, закон или други пропис усагласи са Уставом, Суд тада „испитује да ли су отклоњене последице примене тог закона, односно другог прописа или општег акта“, те ако Суд утврди да су „последице отклоњене“, он „неће објавити одлуку, а поступак ће обуставити“. У супротном, ако Суд утврди да нису отклоњене последице примене закона, односно другог прописа и општег акта, одлуку ће објавити у службеном гласилу.¹⁴ *Правила Уставног суда БиХ* у члану 61 утврђују, поред осталог, да Уставни суд одлуком којом усваја захтев одлучује о њеном правном деловању (*ex tunc, ex nunc*). Укинута општи акт, односно његове укинуте одредбе, престају да важе наредног дана од дана објављивања одлуке Суда у “Службеном гласнику БиХ“. Изузетно, Суд може одлуком којом се утврђује несагласност ... да одреди рок за усаглашавање који не може да буде дужи од шест месеци. Ако се у остављеном року не отклони утврђена несагласност, Уставни суд ће својом одлуком утврдити да несагласне одредбе престају да важе наредног дана од дана објављивања одлуке Суда у „Службеном гласнику БиХ“.

Специфична решења о одложном дејству одлука срећемо и у уставној пракси земаља које су крајем XX века увеле уставносудску контролу права. Поменућемо тако да према члану 147 *Устава Румуније* правно дејство одредаба закона за које је утврђено да су неуставне престаје у року од 45 дана од дана објављивања одлуке Уставног савета уколико, у међувремену, Парламент или Влада не ускладе неуставне одредбе са Уставом. У овом ограниченом временском периоду одредбе које су проглашене неуставним ће бити суспендоване *de jure*. Дакле, одлуке се објављују у службеном гласнику „и од њиховог објављивања ће бити општеобавезне и важиће само за убудуће“. У члану 125 *Устава Словачке* стоји да: „Ако Уставни суд својом одлуком утврди неуставност прописа, ти прописи, њихови делови или неке од одредаба ће престати да важе. Органи који су надлежни за њихово доношење су дужни да изврше њихово усклађивање у року од шест месеци од проглашења одлуке Уставног суда, а ако то не учине, прописи, њихови делови или неке њихове одредбе ће престати да важе после шест месеци од проглашења одлуке.“

¹⁴ Члан 65 Закона о Уставном суду Црне Горе („Службени лист“, број 11/15).

Према *Уставу Азербејџана*, на диспозицији је Уставном суду да утврди моменат дејства својих одлука, јер сагласно члану 130 X Устава, „закони и други акти или њихове поједине одредбе престају да важе у року утврђеном у одлуци Уставног суда“.

На решење по коме уставни судови имају могућност да одложе дејство своје одлуке, поред поменутих земаља наилазимо и у уставној пракси Белгије, Швајцарске, Мађарске, Летоније, Литваније, Пољске, Јужне Африке и др.¹⁵

III

Устав Србије такође садржи одредбе о својствима уставносудских одлука, док се уређивање њиховог правног дејства у принципу препушта законодавцу. Наиме, уставотворац је најпре утврдио да су одлуке Уставног суда „коначне, извршне и општеобавезујуће“ (члан 166 став 2),¹⁶ те да је „свако дужан да поштује и извршава одлуку Уставног суда“ (члан 171 став 1). Устав је потом изричито определио моменат отпочињања дејства одлука донетих у поступку нормативне контроле, тако што је у одредби члана 168 став 3 Устава утврдио да „закон или други општи акт који није сагласан Уставу или закону престаје да важи даном објављивања одлуке Уставног суда у службеном гласилу“, док у одредби члана 169 став 3 Устава стоји да одлука Суда о неуставности закона „донета пре његовог проглашења, ступа на снагу даном проглашења закона“. Очигледно је да су наведене уставне норме врло ограничавајуће за законодавно моделирање дејства одлука Уставног суда *pro futuro*, без обзира на одредбу члана 175 став 3 Устава, којом је

¹⁵ Вид. опширније: *Etude sur l'accès individuel à la justice constitutionnelle*, Adoptée par la Commission de Venise, lors de sa 85e session plénière, Venise, 17-18 décembre 2010, 198 и *Les décisions des cours constitutionnelle et des instances équivalentes et leur exécution*, Adoptée par la Commission de Venise, lors de sa 46e session plénière, Venise, 9-10 mars 2001, 13.

¹⁶ У нашој уставноправној теорији и пракси задуго је доминирало становиште да општеобавезно дејство има само објављена одлука уставног суда и то њен диспозитив. Упор. Ј. Ђорђевић, 785, Р. Марковић, 568. и Д. Стојановић, *Уставно право*, Ниш, 2013, 467. Међутим, у савременом уставном праву преовлађује становиште да је обавезан не само диспозитив одлуке уставног суда, већ и правни ставови (правна становишта) уставног суда изнети у образложењу његових одлука. У том правцу се изричито изјаснио и Уставни суд Србије у својим одлукама (вид. нпр. Одлуку Уж-224/2013). Упор. и Б. Ненадић, *О неким аспектима односа уставних и редовних судова*, Улога и значај уставног суда у очувању владавине права, Београд, 2013, 77 и Т. Маринковић, *Интерпретативне одлуке уставних судова*, Уставни суд Србије – у сусрет новом Уставу, Београд, 2004, 261.

законодавцу изричито наложено да уреди „правно дејство одлука Уставног суда“. Институт одлагања објављивања одлука Уставног суда дакле није *materia constitutionis* већ *materia legis* – унет у наш правни поредак изменама Закона о Уставном суду из децембра 2011. године. Законодавац је питање одлагања објављивања одлука Суда везао само за поступак на-кнадне нормативне контроле уставности. Уз то, одлагање објављивања ових уставносудских одлука Законом је уређено доста штуро (са две, од-носно три норме) у одредбама ст. 4 и 5 члана 58 Закона, док Пословник о раду Уставног суда не садржи ни једну одредбу о поступању Суда по основу наведених одредаба Закона.¹⁷ Питањем одложног дејства устав-носудских одлука ни наша теорија уставног права није се ближе бавила (ако се изузму појединачни осврти који се чине у оквиру радова који се баве дејством одлука уставних судова уопште).¹⁸

У поступку нормативне контроле Уставни суд доноси одлуке (констатације), којима утврђује да закони и други општи акти, односно његове поједине одредбе нису у складу с уставом (и међународним уго-ворима). За ове одлуке Уставног суда важи начело једноступености,¹⁹ од-носно правило да за „касирану норму нема призива.“²⁰ Утврђујућа одлу-ка Суда има за последицу неважност акта који је био предмет уставно-судске контроле, тј. одлука добија (стиче, производи) касаторно прав-но дејство. Касаторно дејство утврђујућих одлука следи из одредбе чла-на 168 став 3 Устава и оно отпочиње од дана њиховог објављивања у службеном гласилу.²¹ Од тог дана закон или други општи акти, односно њихове поједине одредбе за које је утврђено да нису сагласне Уставу, престају да важе независно од момента када је Суд утврдио њихову не-уставност.

¹⁷ Институт одлагања објављивања одлука Уставног суда у РС требало би сагледати и у кон-тексту сличних уставноправних института, који на основу Устава и Закона стоје на располагању Суду у поступку уставносудске контроле (као што су нпр. привремене мере из члана 168 ст. 4 Устава, институт застоја из члана 55 Закона и сл.), укључив и могућност њихове примене у истом уставносудском поступку. Међутим, таква анализа увелико превазилази задате оквире овог рада.

¹⁸ Примена наведених уставних и законских решења у досадашњој пракси Суда захтева брижљиву анализу. Вид. о томе и издвојена мишљења појединих судија у односу на Решење ГУо-870/2012 од 30. јануара 2014 („Сл. гласник РС“, број 28/2014), као и у односу на решења о одлагању објављивања одлука у предметима ГУо-222/2013 и ГУо-225/2013.

¹⁹ Ратко Марковић, 569.

²⁰ I. Krbeč, *Ustavno sudovanje*, Zagreb 1960, 88; V. Čok, 41.

²¹ Објављивањем одлуке уставног суда изражава се „њен карактер *actus-a contrarius-a*“ (Р. Марковић): укинати закон или други пропис уведени су у позитивноправни поредак њиховим објављивањем у службеном гласилу; укидајућа одлука уставног суда их из њега уклања, као што би их „укинуо“ – ставио ван снаге орган који их је донео.

Уставни суд изричито не укида ни закон, односно други општи акт, нити њихове поједине одредбе, као последицу утврђења неуставности. За разлику од праксе уставних судова који у диспозитиву одлука изричито укидају неуставне акте, односно њихове поједине одредбе (што данас чине и уставни судови земаља насталих на територији бивше СФРЈ), Уставни суд у диспозитиву одлуке изричито констатује само чињеницу неуставности, али се не изјашњава о касаторном дејству одлуке, већ то чини у образложењу одлуке. Суд у посебној, по правилу последњој, тачки (или ставу) образложења тако констатује „да даном објављивања ове одлуке у ‘Службеном гласнику РС’, престаје да важи закон (или други општи акт, односно поједине њихове одредбе – Б.Н.) наведен у изреци“. При томе, Суд се увек изричито позива на одредбу члана 168 став 3 Устава.²² Дакле, Суд изричито не укида ни закон, нити његове поједине одредбе, као последицу утврђене неуставности; он само треба да службено објави одлуку у којој се констатује да закон односно његове одредбе нису у складу са Уставом“.²³

Имајући у виду одредбу члана 168 став 3 Устава, многи сматрају да Устав говори само о дејству утврђујућих одлука Уставног суда за будуће, тј. *ex nunc*. Но, то се само у начелу и *prima facie* чини тачним. Уређујући „правно дејство“ одлука Уставног суда, на темељу члана 175 став 3 Устава, законодавац је извршио „одређено моделирање“ принципа из члана 168 став 3 Устава. Наиме, у зависности од врсте и природе уставног спора, законодавац је у одредбама чл. 58 до 61 Закона о Уставном суду предвидео одређене модалитете дејства одлука Уставног суда. Отуда и оцена да је законодавац уређујући дејство (и извршење) одлука Суда унеколико кориговао, а „понекад чини се и заменио“ *ex nunc* дејство одлука Уставног суда, увођењем одређених елемената ретроактивног дејства – дејства *ex tunc* (В. Чок²⁴, Т. Маринковић), односно одређених елемената дејства *pro futuro*. С обзиром на наведено, озбиљно је питање које тражи одговор да ли је решењима одредаба чл. 58 до 61 Закона, законодавац само ближе уредио, односно доградио решења Устава, у за-

²² Вид. нпр. Одлуку ИУз-361/2012 и Одлуку ИУо-38/2013, објављене у „Сл. гласнику РС“, број 126/2014.

²³ Вид. Т. Маринковић, *Дејство одлука уставних судова*, 290–310.

²⁴ Када се цени премоћ једног или другог правила, В. Чок каже да не треба пренебрегнути „да се поступак за измену појединачног акта донетог на основу касираног закона, односно другог општег акта, не спроводи по службеној дужности, већ на захтев овлашћених лица, уз горе наведена временска ограничења за подношење захтева“. Ако се има у виду и та чињеница, онда се „може лакше претпоставити да у пракси многе могућности коришћења дејства одлука уставног суда *ex tunc* остају неискоришћене, што значи да фактички, врло брзо, тј. по истеку прописаних шест месеци, остаје ‘чисто’ дејство *ex nunc*“. В. Чок, 66.

висности од врсте и природе уставног спора и врсте одлука које се у вези са решавањем тих спорова доносе, или је пак законодавац отишао корак даље мимо (и изван) уставног оквира.

IV

У протеклим годинама, наш законодавац се у принципу није посебно бавио модалитетима „ступања на снагу“ одлука Уставног суда и њиховим дејством *pro futuro*, иако су уставни текстови у Републици Србији традиционално садржавали и изричито одређење „да се дејство одлука Уставног суда уређује законом“.²⁵ У пословницима о раду Суда стајале су одредбе према којима је Суд био дужан да своју одлуку достави службеном гласнику на објављивање у прописаном року (нпр. до 30 дана од дана доношења).²⁶ У суштини, наша теорија је задуго констатовала, а на то су се ослањала и законска решења, да Устав говори само о дејству утврђујућих одлука Уставног суда за будуће (*ex nunc*). Ни по Закону о Уставном суду из 2007, који је донет након ступања на снагу важећег Устава, Уставни суд није располагао овлашћењем да може да одложи објављивање својих одлука.²⁷ То овлашћење, како је већ наведено, Суд стиче 2011. године – уношењем одредаба ст. 4 и 5 у члан 58 Закона,²⁸ којима је прописано: да Суд може посебним решењем одложити објављивање своје одлуке у „Службеном гласнику РС“, али најдуже за шест месеци од дана њеног доношења (став 4); да у случају из става 4 овог члана, Уставни суд одлуку којом је утврђено да општи акт није у сагласности са Уставом, законом, општеприхваћеним правилима

²⁵ Вид. тако и члан 131 Устава РС из 1990. према коме се „поступак пред Уставним судом и правно дејство његових одлука уређују законом“. У основни идентично решење било је садржано и у члану 131 Устава СРЈ из 1992, према коме се „организација, поступак и правно дејство одлука Савезног уставног суда уређује савезним законом“.

²⁶ Вид. нпр. члан 88 Пословника о раду УС од 2008. („Сл. гласник РС“, број 24/08). У пракси је овај рок у принципу поштован, али је било и одређених одступања, па су поједине одлуке Суда достављане службеном гласнику на објављивање са значајним закашњењем (нпр. одлуке чија су образложења захтевала значајну редакцију након расправе на седници Суда, али и одлуке са значајном политичком тежином, због страха од настанка правних празнина, али и из других разлога). Међутим, 2013. године, ово решење је промењено, и у члану 93 Пословника о раду УС („Сл. гласник РС“, број 103/2013) утврђено је да Суд то чини „по правилу у року од 30 дана“.

²⁷ Законодавац из 1990. године такође није познавао могућност одлагања објављивања уставносудских одлука.

²⁸ Ове измене и допуне Закона о Уставном суду Народна скупштина је донела 26. децембра 2011, а Закон је ступио на снагу 4. јануара 2012. године („Сл. гласник РС“, број 99 од 27. децембра 2011).

међународног права или потврђеним међународним уговором, доставља доносиоцу општег акта заједно са решењем о одлагању објављивања (став 5). У Образложењу Предлога закона наводи се да се члан 58 Закона допуњује „на начин да се даје овлашћење Суду да одложи објављивање своје одлуке у ‘Службеном гласнику РС’ за највише шест месеци, како би се дала могућност доносиоцу акта који је оглашен неуставним или незаконитим да у том периоду изврши одговарајуће измене оспореног акта, чиме се спречава евентуално настајање правне празнине и штетних последица, које би могле да настану од дана објављивања одлуке Уставног суда.“

О решењима садржаним у одредбама ст. 4 и 5 члана 58 Закона о Уставном суду изјашњавала се и Венецијанска комисија, оцењујући да се ради о „необичном решењу које може бити прихваћено као прелазна мера“. Комисија је у свом Мишљењу,²⁹ осврћући се и на решења Устава РС, поред осталог, констатовала:

„42. Владавина права захтева јавност правног поретка. Питање је правне сигурности да сваком грађанину мора бити омогућено да се упозна са законом на снази, како би прилагодио своје понашање.³⁰ У демократској држави владавине права, одлуке Уставног суда треба да буду објављене у најкраћем могућем року, у циљу информисања грађана о њиховим правима, онако како је утврдио Суд.

43. Члан 168.3 Устава предвиђа да закони и други општи акти који нису у сагласности са Уставом или законом престају да важе даном објављивања одлуке Уставног суда у службеном гласилу. Ово ригидно правило не дозвољава Суду да одложи ступање на снагу поништавања (укидања – Б. Н.) закона или општег акта. То може да доведе до правне празнине и правне несигурности. Други уставни судови имају могућност да одреде одлагање током којег закон или општи акт остају на снази и током којег законодавац може да донесе нови закон или акт у складу са Уставом.³¹

44. ...да су аутори измена Закона покушали да превазиђу овај проблем дозвољавањем Уставном суду да одложи објављивање своје одлуке у службеном гласнику до шест месеци ‘посебним решењем’ Суда

²⁹ Вид. Мишљење Европске комисије за демократију путем права (Венецијанске комисије) број 647/2011 о Нацрту измена и допуна Закона о Уставном суду Србије, усвојено на 89. пленарној седници 16–17. децембра 2011. године.

³⁰ Упоредити ЕСЉП, *Vogt v. Germany*, пресуда од 2. септембра 1995. године, став 48.

³¹ На пример: Аустрија, Белгија, Азербејџан, Мађарска, Летонија, Лихтенштајн, Литванија, Пољска, Словенија, Јужна Африка и Швајцарска, видети CDL-AD(2010)039рев. – Студија о индивидуалном приступу уставном судству, став 198.

(мислило се на одредбе оспореног члана 58 Закона – Б. Н.). Међутим, ово не би значило да би одлука остала тајна. Суд ће своју одлуку одмах објавити на свом веб-сајту.

45. Решење предвиђено у члану 25 Амандмана (садашњи члан 58 ст. 4 и 5 – Б.Н.) је свакако неуобичајено, али може бити прихватљиво као прелазна мера, с обзиром на ограничења која намеће Устав. Међутим, Комисија препоручује измену члана 168.3 Устава, како би се Уставном суду омогућило да одложи датум ступања на снагу његових одлука.“

И сам Уставни суд се бавио решењима из члана 58 Закона, у предмету IУз-934/2012 (којим је иницирана оцена уставности тих решења), констатујући при том да „циљ законом установљених процесних института из оспореног члана 58 ст. 4 и 5 Закона о Уставном суду није да се „продужи живот“ општем акту за који је Суд утврдио да није сагласан Уставу или закону, већ да се пружи могућност доносиоцу тог општег аката да својим деловањем спречи настанак правне празнине у правном поретку Републике Србије у одређеном року, кроз доношење новог општег аката или кроз усвајање његових измена и допуна, а полазећи од ставова и правних схватања Уставног суда изнетих у одлуци чије се објављивање одлаже.“ Међутим, одлучујући у предмету IУз-934/2012, Уставни суд није искористио прилику да протумачи одредбе Устава које представљају уставни оквир за законодавно уређивање правне природе и дејства уставносудских одлука, а посебно оне уставне одредбе које су од непосредног значаја за опредељивање момента отпочињања дејства уставносудских одлука, те да у том уставном оквиру утврди правне ставове о критеријумима, условима и претпоставкама за примену одредаба члана 58 ст. 4 и 5 Закона (на темељу којих би градио конзистентнију уставносудску праксу) и ближе определи правну природу, својства и правно дејство одлука – решења донетих на основу наведених одредаба Закона и њихов утицај на донету, необјављену одлуку Суда о неуставности права. Тиме би се и питање очувања ефикасности уставносудске контроле, али и правне сигурности у нашој уставној стварности поставило на озбиљнији начин. Суд то у овом предмету није учинио, па се један од исхода оваквог уставног суђења огледа, са једне стране, у изостанку доктрине Суда о дејству уставносудских одлука *pro futuro*, а са друге, у непостојању изричитих и јасних ставова и оцена Суда о домети одредбе члана 168 став 3 Устава и њеном утицају на садржину оспорених одредаба члана 58 ст. 4 и 5 Закона, тј. на ограничену делотворност Законом успостављеног механизма прилагођавања почетка правног дејства уставносудских одлука конкретним околностима.

V

Судећи по броју до сада донетих решења о одлагању објављивања утврђујућих одлука Суда, чини се да Уставни суд није тако обузет страхом од правних празнина. Од ступања на снагу одредаба ст. 4 и 5 члана 58 Закона (2012) до половине 2015. године, Суд је 18 пута одложио објављивање својих утврђујућих одлука (од тога седам пута је одложено објављивање одлука о неуставности закона³², а девет пута одлука о неуставности других аката, пре свега уредаба).³³ У овим ситуацијама, Суд је у принципу процењивао да би укидање неуставних аката даном објављивања одлуке могло изазвати веће проблеме у правном поретку него сам неуставни акт. Суд је тако истовремено остављао и простор законодавцу и доносиоцима других општих аката да у остављеном року, без временског притиска, донесу акте који ће бити у складу са Уставом. Но, да ли се страх од правних празнина (*horror vacui*) може сматрати јединим разлогом због којег је Уставни суд користио дату могућност да одложи објављивање својих одлука, и тиме, на посредан начин, одреди и моменат отпочињања њеног дејства. Чини се да је Суд понекад прибегавао одлагању објављивања одлука и из других разлога – пре свега оних одлука које су имале значајне политичке последице, односно политичку важност,³⁴ односно да би „ублажио политички утицај својих одлука“.³⁵

³² Интересантно је напоменути да је одлагано објављивање и појединих одлука којима су касиране одредбе закона које нису испуњавале стандарде „квалитета права“, а које је Суд почео да доноси последњих година, с позивом на праксу Европског суда у Стразбуру. Подсетићемо на став који је УСС изнео у више својих одлука (нпр. IУз-27/2009, IУз-107/2011, IУз-299/2011, IУз-920/2012, IУз- 295/2013 и др.) поводом квалитета законских норми, који гласи: „да би се један општи акт сматрао законом, не само формално, него и у садржинском смислу тај закон, односно његове норме морају бити у довољној мери прецизне, јасне и предвидиве, тако да субјекти на које се закон односи могу ускладити своје понашање са законом“, како не би због непрецизних, али и недостатних норми били ускраћени у остваривању својих зајемчених права или правних интереса. Суд такође често указује да Европски суд није утврдио само „аутономни појам закона“ у смислу Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, већ је у појединим својим одлукама указао и на одређена својства која морају карактерисати законе и друге опште акте земље потписнице Конвенције. За овај Суд израз „закон“ не односи се на пуко постојање закона, већ и на квалитет закона, захтевајући да он буде сагласан владавини права, а његове норме у довољној мери прецизне, јасне и предвидиве... зарад обезбеђења уставног начела владавине права, односно принципа правне сигурности и повиновања власти уставу и закону.

³³ О томе најбоље сведочи податак да је Суд у наведеном периоду донео 189 утврђујућих, касаторних одлука.

³⁴ Вид. решења о одлагању објављивања одлука о касирању (косовских) уредаба: IУо-870/2012, IУо-222/2013 и IУо-225/2013, одредаба Статута АП Војводине (IУо-360/2009), одредаба Закона о приватизацији (IУз-95/2013) и др.

³⁵ Да то чине и други судови показује и пракса Савезног уставног суда Немачке. П. Бачић тако

Одлагано је и објављивање одлука којима је утврђивана формалноправна неуставност правних аката у целини (најчешће уредаба и других подзаконских прописа), јер су их доносили ненадлежни органи задирући у надлежност других органа (понајприје законодавца) или неуставност аката који су установљавали нова права (*ius novum*), односно боље речено који су „привремено“ уређивали одређене односе или су уређивали питања која до тада нису уопште била предмет правног уређења (те њиховим укидањем правна празнина не би ни настајала).³⁶

Када је у питању дужина рока, на који је Уставни суд до сада одлагао објављивање својих одлука, треба констатовати да је тај рок, по правилу, износио шест месеци (а што је и максимално Законом допуштен рок), независно о ком акту се радило,³⁷ мада би се из образложења Решења Суда у предмету ИУз-934/2012 могао стећи и другачији утисак.³⁸ Иначе, време

наводи да овај суд „може утврдити несугласност закона с Уставом (*unvereinbar*), али се Закон унаточ неуставности не сматра неважећим јер остаје на снази за вријеме пријелазног раздобља које се оставља законодавном тијелу да га поправи. Та пракса је једна од стратегија које Суд користи да би ублажио политички утјецај својих одлука. Такве одлуке често садрже прецизне упуте за имплементацију закона, па су оне заправо извор законодавства Уставног суда... Декларација о неуставности може се схватити и као разборито мишљење које би представничком тијелу требало указати на промијењене увјете политичког и друштвеног живота и сл.“ Упор. Р. Ваџић, *Konstitutionalizam i sudski aktivizam*, Split, 2010, 217.

³⁶ Вид. примера ради случај укинуте уредбе којом су била уређене питања девизне штедње грађана положене код Југобанке АД Косовска Митровица у предмету ИУо-107/2009, као и одлуке наведене у претходној фусноти.

³⁷ Ако се изузме рок одлагања објављивања Одлуке ИУо-855/2010, који је био нешто краћи од шест месеци, Суд је само у још једном случају иницијално одредио рок од четири месеца, али је на захтев доносиоца тај рок продужио на шест месеци. Вид. Одлуку у предмету ИУз-252/2002 од 26. децембра 2013, којом је утврдио да одредбе чл. 13 до 15 закона о безбедносно информативној агенцији („Сл. гласник РС“, број 42/02) нису у сагласности са Уставом и Решење о одлагању њеног објављивања за четири месеца. Када је Народна скупштина 29. јануара 2014. обавестила УС да у року који је Суд оставио „нови законски текст и поред свих напора неће моћи бити изгласан у Скупштини, посебно из разлога што је у међувремену Скупштина распуштена и расписани избори за народне посланике... УС је на седници од 27. фебруара 2014. донео Решење којим је заменио Решење од 26. децембра 2013. и одложио објављивање и ове одлуке за шест месеци. С обзиром на природу (карактер) и дејство ових решења, намеће нам се и питање да ли је УС требало у раније донетом решењу само да замени реч „четири“ речју „шест“, или да након више од два месеца донесе ново решење којим замењује првобитно решење у целини.

³⁸ Вид. став 8 образложења Решења, у коме стоји да је Суд у сваком поједином уставносудском спору ценио „комплексност и значај друштвених односа који захтевају поновно уређивање, положај доносиоца општег акта у правном систему РС и сложеност поступка доношења општег аката – нпр. доношење општих аката од стране законодавне власти по природи ствари, због вишефазног поступка, захтева дужи временски период у односу на доношење општих аката од стране извршне власти... стварање правне празнине у правном поретку РС услед тога што одређени друштвени односи нису уређени или су уређени непотпуно и противречно, може створити врло озбиљне штетне последице у остваривању уставности и законитости, што је УС дужан не само да цени већ и да у оквиру својих овлашћења покуша да спречи у сваком текућем уставносудском поступку...“

на које уставни судови могу одлагати почетак дејства својих одлука је различито опредељено у упоредној пракси. У Француској, Азербејџану и Хрватској тај рок није прописан, већ о његовој дужини одлучује сам уставни суд, док је у Аустрији тај рок 18 месеци, у Словенији годину дана, у Словачкој шест месеци, у Румунији 45 дана, у Црној Гори три месеца³⁹.

Надаље, када се сагледавају својства аката Уставног суда о одлагању дејства његових касаторних одлука, треба најпре констативати да је њихова форма изричито одређена законом – то је посебно решење. Међутим, његова садржина је по нашем мишљењу упитна. У образложењу поменуте одлуке Суда IУз-934/2012 (став 8) стоји да је Суд у сваком индивидуалном спору ценио разлоге за примену одредаба члана 58 Закона, али то се *prima facie* не да закључити из текста образложења до сада донетих решења о одлагању, јер су она, по правилу, истоветна, односно по својој садржини доста формализована (типска)⁴⁰, независно од тога о којој врсти неуставних аката се радило и у којим околностима и правним ситуацијама се одлука о одлагању доносила.⁴¹ Ина-

³⁹ Вид. фн. 15.

⁴⁰ Вид. решења IУо-1177/2010 од 23. фебруара 2012, IУл-54/2009 од 29. марта 2012, IУ-53/2006. од 19. јуна 2012, IУз-295/2009 од 6. децембра 2012, IУо-855/2010 од 13. јануара 2013, IУз-147/2012 од 21. фебруара 2013, IУз-27/2009 од 21. марта 2013, IУо-330/2012 од 25. априла 2013, IУп-107/2009 од 23. маја 2013. године, IУз-95/2013 од 14. новембра 2013, IУо-870/2012 од 30. јануара 2014, IУо-222/2013 од 24. априла 2014, IУо-225/2013 од 30. априла 2014, IУо- 384/2014 од 26. марта 2015 и др.

⁴¹ Изузетак свакако представља Одлука IУо-360/2009 од 5. децембра 2013, којом је извршена оцена уставности Статута АП Војводине из 2009, а којом је истовремено у тачки 3 диспозитива Одлуке утврђено да се „објављивање ове одлуке у ‘Сл. гласнику РС’ одлаже за шест месеци од дана њеног доношења“. У образложењу Одлуке стоје и разлози за одлагање њеног објављивања: „...функција УС да, сагласно члану 166. став 1. Устава, штити уставност и законитост, по схватању самог Суда, значи, са једне стране, обавезу да се из правног поретка уклоне општи акти који нису у сагласности са Уставом, али, са друге стране, и обавезу да одлуке УС допринесу хармонизацији правног поретка у целини, што у конкретном случају значи обезбеђивање да АП Војводина остварује свој Уставом утврђени положај и врши Уставом утврђене надлежности на начин који је сагласан са важећим Уставом. Полазећи од значаја Статута..., као највишег правног акта аутономне покрајине, а имајући у виду не само бројност статутарних одредаба за које је утврђено да нису у сагласности са Уставом, већ и то да су као неуставне утврђене одредбе које се темеље на начелно уставноправно неприхватљивом концепту да је Статут... њен конститутивни акт којим је аутономна покрајина власна да уреди свако питање за које сматра да је од интереса за аутономну покрајину, независно од тога да ли уређење тог питања представља ексклузивну уставну материју и да ни Уставом није ограничена у погледу уређења организације и међусобног односа покрајинских органа, те, као што је речено, чињеницу да објављивањем Одлуке УС у ‘Сл. гласнику РС’, престају да важе одредбе Статута за које је утврђено да нису у сагласности са Уставом, УС сматра да се ни на који начин не сме довести у питање функционисање АП Војводине и тиме остваривање права грађана на покрајинску аутономију, а што би била последица правне празнине која би настала након престанка важења ових одредаба. Управо из ових разлога, УС

че, у вези са садржином образложења ових решења у Суду су се износила два мишљења: једно (већинско), које сматра да је Суду остављено на вољу (диспозицију) да као *dominus litis* може (а не мора) да одложи објављивање своје одлуке без навођења конкретних разлога, односно посебног (специјалног) образложења, увек кад оцени да је то неопходно, јер је по Закону то његово процесно и дискреционо овлашћење; и друго, које аутор овог рада заступа (у поменутом издвојеном мишљењу), по коме би Суд у поступку доношења решења о одлагању морао посебно да утврђује постојање конкретних разлога за одлагање објављивања утврђујуће одлуке и да те разлоге понаособ наведе у образложењу решења, као и евентуалне штетне последице због којих је нужно одложити објављивање утврђујуће одлуке Суда, а не да се парафразирају законска решења и користе опште формулације.⁴²

VI

Иако оспорене одредбе члана 58 ст. 4 и 5 Закона не дирају одредбе Устава, оне ипак изазивају одређена питања везана за својство и правно дејство одлуке – решења о одлагању објављивања, као и за донете а необјављене мериторне одлуке Уставног суда. Поменућемо само нека од тих питања на која је, по нашем мишљењу, Суд могао да пружи одговор и у образложењу Решења ИУз-934/2012: *прво*, када је поступак уставносудске контроле пред Уставним судом окончан у случају примене одредбе члана 58 ст. 4 и 5 Закона: моментом доношења утврђујуће одлуке и(или) одлуке о одлагању њеног објављивања; када је утврђујућа одлука

је сматрао да је, у конкретном случају, више него оправдано искористити могућност прописану чланом 58 став 4 Закона о УС о одлагању објављивања одлуке у ‘Сл. гласнику РС’. Стога је УС истовремено донео и решење (формалноправно посебно решење није доношено – Б.Н.) којим је одложио објављивање Одлуке о утврђеној неуставности наведених одредаба Статута за максимални, Законом прописани рок од шест месеци, како би у овом року Скупштина АП Војводине, као доносилац Статута и Народна скупштина, као орган који даје претходну сагласност на Статут, усагласиле Статут са Уставом. На овај начин обезбеђује се несметано функционисање АП Војводине, пошто до истека рока на који је одложено објављивање Одлуке ... Статут у целини остаје на снази и наставља да се примењује...“

⁴² Тако се у образложењу ових решења најпре парафразирају одредбе Устава (чл. 168 ст. 3) и Закона (чл. 58), а потом, по правилу, следи формулација која гласи: ‘...имајући у виду правне последице престанка важења оспорене одредбе Закона ... које наступају након објављивања одлуке...’, Суд је оценио да има основа да се, истовремено са доношењем ове одлуке њено објављивање у ‘Сл. гласнику РС’, одложи за шест месеци, како би се надлежном доносиоцу оспореног општег акта пружила могућност да у том року питања која су тим актом била уређена, уреди на начин који је сагласан Уставу...“

отпремљена доносиоцу заједно са решењем о одлагању објављивања; кад се утврђујућа одлука достави службеном гласнику на објављивање или када се утврђујућа одлука службено објави; *друго*, да ли је решење донето на основу одредаба члана 58 ст. 4 и 5 Закона општеобавезно, коначно и извршно, те да ли су потребни икакви (процесни) услови за наступање наведених својстава и ове одлуке Суда, или се она подразумевају самим његовим постојањем (*per se*) и/или достављањем решења доносиоцу неуставног акта; *треће*, да ли је ова одлука – решење Суда обавезно само за Уставни суд (да службено не објави утврђујућу одлуку) или/и за доносиоце правних норми за које је Суд утврдио да су несагласне са Уставом, с обзиром на то да се решење о одлагању заједно са утврђујућом одлуком Уставног суда доставља доносиоцу неуставног акта, те да у образложењу решења о одлагању увек стоји констатација да се то чини ради пружања могућности надлежним органима за усклађивање неуставног закона са уставом, односно другог аката са уставом (и законом) у остављеном року; *четврто*, да ли би решење о одлагању требало увек објављивати и у службеном гласилу, с обзиром на његово дејство и значај; *пето*, може ли решење о одлагању објављивања бити преиспитивано и ако може, до када; *шесто*, да ли се рок на који се одлаже објављивање одлуке којом је утврђена неуставност може мењати у оквиру Законом опредељеног максимума, односно да ли тај рок може бити накнадно скраћиван или продужаван; *седмо*, може ли Уставни суд у решењу о одлагању објављивања одредити и начин отклањања неуставности (незаконитости) утврђене у одлуци чије се објављивање одлаже. И на крају, имајући у виду досадашњу праксу Уставног суда упитно је и какво дејство у суштини има решење Уставног суда о одлагању објављивања утврђујуће одлуке Суда на обавезност, коначност и извршност одлуке чије се објављивање одлаже, тј. да ли је та одлука коначна, може ли се преиспитивати, ко је дужан да поштује и извршава овакву одлуку (кад је она по правилу позната само Суду и доносиоцу),⁴³ може ли се Суд у својим потоњим одлукама позивати на одлуку чије је објављивање одложено, тј. може ли таква одлука бити разлог и основ да се утврди неуставност и других општих аката (те да потоња одлука буде и објављена, тј. „ступи на снагу“ одмах након усвајања), односно може ли се с позивом на необјављену одлуку приступити уклањању из правног поретка другог општег акта насталог на темељу закона или дру-

⁴³ Утврђујућу одлуку Суда и решење о одлагању њеног објављивања требало би објавити *in texto* на веб-сајту Суда, а не само информацију о томе да су ови акти донети, како то Суд сада чини навођењем само броја предмета. Вид. у том правцу и поменуто мишљење Венецијанске комисије, тач. 44.

гог прописа за кога је Суд утврдио да је неуставан али још није наступила његова касација. Дакле, извршење (као и обавезност) одлука Суда чије је објављивање одложено се, на први поглед, чини једноставним – њихово „извршење ће се у крајњем обезбедити објављивањем“, али је оно ипак, далеко сложеније. Наиме, с обзиром на то да је одлука којом је утврђена несагласност закона или другог прописа са уставом донета од стране Уставног суда, али није службено објављена, што значи да овде још није наступила касација (тј. престанак важења акта за који је утврђено да је неуставан), ипак се у вези и са овим одлукама јавља упитаност: да ли оне заједно са решењем о одлагању њиховог објављивања, ако не *de iure*, а оно *de facto*, ипак носе одређене елементе обавезности и извршности, односно “позитиван захтев“ усмерен према надлежним државним органима, од којих се тражи одређена активност, а понекад и неактивност (застој у поступању, уздржавање од примене). У контексту свега наведеног не треба заборавити да се тек анализом извршавања и ових одлука Уставног суда може говорити о томе да ли је испуњена сврха постојања института одлагања објављивања уставносудских одлука, а тиме и деловања Суда на темељу одредаба члана 58 ст. 4 и 5 Закона у заштити Устава и уставности.

VII

Када се сагледава институт одложеног укидања, односно боље рећи одложеног дејства одлука Уставног суда, тако како је нормативно уређен у нашем уставноправном поретку и примењен у уставносудској пракси, тада се поред питања везаних за то како одредити правну природу и домет одлуке Суда о одлагању објављивања утврђујуће (касаторне) одлуке, а коју Суд сагласно одредби члана 58 Закона, доноси у форми „посебног решења“⁴⁴, поставља и питање у вези са изреком и образложењем утврђујуће одлуке Уставног суда чије је објављивање одложено. Ово питање је само на први поглед номотехничко, али оно у суштини најбоље илуструје недовршеност, па и противречност института одлагања наступања касаторног дејства одлука Уставног суда у нашем важећем правном поретку. То је питање: да ли је ваљана (одговарајућа)

⁴⁴ Суд је у једном случају одступио од доношења посебног решења, а тиме и одредаба члана 58 ст. 4 и 5 Закона у већ поменутој одлуци IУо-360/2009 од 5. децембра 2013. Наравно, стоји и питање зашто се законодавац одредио за „посебно решење“, а не да одлука о одлагању објављивања буде саставни део одлуке чије се објављивање одлаже.

изрека и образложење објављене одлуке Суда у којој стоји да је одређени закон или други акт несагласан са Уставом и да престаје да важи даном објављивања уставносудске одлуке,⁴⁵ у ситуацији када је доносилац неуставног акта у остављеном року усагласио тај акт са Уставом, тј. када је акт који је био предмет уставносудске оцене већ престао да важи (изричито или прећутно) чињењем његовог доносиоца. Формалноправно гледано, такви акти, односно поједине њихове одредбе „престају да важе два пута“. При томе, посебно је питање да ли одлуку о неуставности треба уопште објављивати у службеном гласилу, уколико закон или други пропис за који је Уставни суд нашао да је неуставан буде у остављеном року усклађен, те посебно оне одлуке које су донете о прописима који у примени нису производили штетне последице, већ су доносили одређене бенефите субјектима на које су се односили.⁴⁶

VIII

Већ је констатовано да у досадашњој пракси Уставни суд није изградио јасне критеријуме, услове и претпоставке за примену одредаба члана 58 ст. 4 и 5 Закона, нити је јасно исказао и развио доктрину о дејству уставносудских одлука *pro futuro*, а што је неопходно ради обезбеђивања уједначеног (конзистентног) поступања Суда. Наиме, опште је познато да друштвени миље у коме уставни судови одлучују о одлагању дејства својих утврђујућих (касаторних) одлука може значајно утицати на одређивање суда, тј. како на доношење такве одлуке, тако и на дужину рока одлагања, а тиме и на остваривање уставносудске заштите. У примени одредаба члана 58 Закона, и пред Уставним судом је

⁴⁵ Примера ради, тако је УС у предмету IУз-95/2013 донео Решење којим је за шест месеци тј. до 14. маја 2014. одложено објављивање Одлуке којом је утврдио да одредба чл. 20ж став 1 Закона о приватизацији („Сл. гласник РС“, бр. 38/01,.... и 119/12) није у сагласности са Уставом. Народна скупштина је 12. маја 2014. изменила члан 20ж Закона у целини. Закон је објављен истог дана у „Сл. гласнику РС“, број 51/2014, а ступио је на снагу 13. маја 2014. Даном ступања на снагу овог закона престала је да важи и одредба члана 20ж став 1. Но, Суд је 15 маја 2014, тј. по истеку шест месеци од дана доношења Одлуке у предмету IУз-95/2013, објавио ову своју одлуку IУз-95/2013 („Сл. гласник РС“, број 52/14) којом је утврђено „да одредба члана 20ж став 1 Закона о приватизацији... није у сагласности с Уставом“. Такође, у образложењу Одлуке (у последњем ставу) стоји текст који гласи: „на основу члана 168 став 3 Устава, одредба члана 20ж став 1 Закона о приватизацији наведеног у изреци престаје да важи даном објављивања ове одлуке Уставног суда у ‘Сл. гласнику РС‘“.

⁴⁶ Наравно, под претпоставком да је одлука након доношења објављена на интернет страници Суда, а потом и у Билтену одлука Суда – што се за сада не чини. Вид. другачије решење у члан 65 Закона о УС Црне Горе.

стално присутна дилема да ли „продужавати живот“ неуставној норми, или је као противуставну треба одмах отклонити из правног система. Другим речима, у присуству одредаба члана 58 Закона, у сваком предмету у коме Суд донесе утврђујућу одлуку, Суд поред оцене уставности једног акта, има и додатни задатак „вагања“ и изналагање праваог баланса између обезбеђења владавине права, тј. ефикасне заштите принципа уставности и правичности (кроз неодложно уклањање неуставних норми из правног поретка), са једне стране, а са друге, обезбеђивања принципа правне сигурности и очувања ауторитета закона (кроз одлагање касације неуставних правних норми и избегавања настанка правних празнина и сл.). Изналажење баланса између ова два важна легитимна циља ради доношења одлуке о томе да ли, када и колико дуго „продужавати живот“ неуставној норми, јесте, пре свега, ствар уставносудске политике. У таквим одлукама се неспорно преламају право и политика, односно уставна контрола и законодавна (нормативна) функција.⁴⁷ У суштини, Суд овде напушта чисто правни терен и *nolens volens* се приближава законодавној – политичкој сфери „у којој важе другачија правила“, пре свега, критеријуми целисходности и сврсисходности, па и политичке важности, што је нарочито осетљиво и деликатно подручје за уставно судство. У теорији је записано да такве одлуке подстичу „јудикализацију рада законодаваца“, односно „процес у коме се законодавци почињу понашати као уставне судије“ (Kommers, Stone Sweet), али исто тако стоји записано да суд у оваквим ситуацијама лако може кренути у неконтролисани судски активизам, па и “у политичке комбинаторике“ у које заштитник устава не би смео да улази. Од тог изазова Суд се једино може сачувати снагом и ауторитетом своје добро установљене и конзистентне праксе у примени овог института, утемељене на јасним и унапред утврђеним критеријумима и условима за његово коришћење.

Чињеница је да је Уставни суд, као највиша (национална) инстанца у домену заштите Устава, захваљујући законском овлашћењу да одложи објављивање утврђујуће одлуке (а тиме и да определи момент отпочињања њеног касаторног дејства), стекао додатну моћ – моћ да продужава живот противуставном праву. Уз то, ради се о моћи коју Суд по основу оспорених одредаба Закона може увек и без посебних

⁴⁷ У могућности одлагања ступања на снагу одлука уставних судова једни виде чување образа законодавцу и другим носиоцима нормативне функције (јер им се даје могућност да отклоне утврђену неуставност); други виде важан подстицај за активнију улогу, пре свега законодавца, у спровођењу устава; док нису малобројни ни они који у томе виде додатну могућност јачања утицаја уставних судова на вршење законодавне (нормативне) функције, која је по својој суштини политичка.

тешкоћа манифестовати (одлука о одлагању се доноси на седници Суда, обичном већином и у форми решења – до сада, по правилу, типског). Ово овлашћење Суда, које једино овом органу пружа могућност да одржава у животу правне норме за које је утврђено да су неуставне (додуше у унапред прописаном року), са своје стране указује на то колико су одлуке донете на основу члана 58 став 4 Закона изузетно важне за уставни поредак земље. Међутим, са друге стране, код коришћења института одлагања објављивања утврђујућих одлука, пред Судом је и додатна брига: како обезбедити делотворност донете одлуке којом се надлежним субјектима даје могућност (и/или упућује захтев) да у остављеном року отклоне утврђене неуставности.⁴⁸ Неспорно је да делотворност и ових одлука Суда зависи преваходно од спремности адресата на које се одлука односи да прихвате и спроведу уставносудску одлуку пре њеног службеног објављивања и наступања касације акта за које је Уставни суд утврдио да је неуставан. Посезање за оваквим одлукама, а у одсуству њиховог извршавања у случају инертности законодавца, нужно води умањењу ауторитета Устава (и права уопште), и слаби институционалну снагу и углед заштитника Устава. Без извршења, одлуке Суда донете на темељу члана 58 ст. 4 и 5 Закона водиле би само продужавању неуставног (незаконитог) стања у одређеном периоду, у којем Суд очигледно не успева да своју јуриспруденцију наметне законодавцу и другим доносиоцима неуставних општих аката. Дакле, сваки уставни суд код одлучивања о одлагању дејства касаторних одлука, истовремено ставља на својеврсну пробу њихова уставом одређена својства, јер учинци и дејство и ових одлука (уосталом као и самог устава) зависе од испуњености ширих правно-политичких претпоставки у свакој земљи, о којима уставни суд мора да води рачуна. Оне се крећу од постојања одговарајућих нормативних решења и институционалних механизма, преко спремности адресата тих одлука да се њима повинују, све до оних које су културолошког карактера.

⁴⁸ На питање шта чинити ако ови адресати нису у стању или нису вољни да изврше „налог“ Суда дат у образложењу утврђујуће одлуке и решења о њеном одлагању, Р. Passaglia указује да је Савезни уставни суд Немачке из члана 20 става 3 Основног закона („Законодавна власт је везана уставним поретком, а извршна и судска власт су везане законом и правом“) „извео истинску обавезу по законодавца“ да у одређеном периоду спроведе реформу (*Nachbesserungspflicht*), уколико из његове одлуке којом се констатује неуставност произлази потреба за тиме.

IX

У савременим уставноправним системима са централизованом контролом уставности се, готово без изузетка, прокламују коначност, општост и извршност уставносудских одлука. То чини и Устав РС. Другим речима, коначност, општост и извршност одлука уставних судова данас представљају „неотуђива обележја уставносудске функције“, која имају и свој изузетно важан временски аспект. Да ли ће уставносудске одлуке дејствовати *ex tunc*, *ex nunc*, или *pro futuro*, поред уставотвораца опредељују и сами уставни судови. Ови судови, по правилу, имају велико поље слободне процене у доношењу одлуке да ли да одгоде или не одгоде дејство своје касаторне одлуке и тако омогуће парламенту флексибилност и време које му је потребна да би дошао до решења сагласних уставу. То свакако повећава утицај уставних судова на вршење законодавне власти (омогућава одржавање уставног дијалога са парламентом, подстиче процес „јудицилизације рада парламента“ и др.), и у том смислу представља велики изазов за уставно судство. Но, оно истовремено носи и додатну одговорност уставних судова за остваривање устава и владавину права, односно за делотворност и ефикасност његових одлука у заштити устава.

Dr. Bosa M Nenadić
Judge of the Constitutional Court of Serbia

Summary

In contemporary constitutional systems with centralized control of constitutionality proclaimed are, almost without exception, the finality, the generality and the enforceability of constitutional court decisions. So does the Constitution of RS too. In other words, the finality, the generality and the enforceability of constitutional court decisions are “inalienable features of constitutional court functions”, having also their very important temporal aspect. Whether the constitutional court decisions shall have effect ex tunc, ex nunc, or pro futuro, beside the framers of constitution, are opting constitutional court themselves. These courts, as a rule, have a large margin of appreciation

when deciding whether to postpone or not to postpone the effect of their cassation decisions, thus enabling the parliament the flexibility and the time necessary to come up with a solution compatible with the constitution. This certainly increases the impact of constitutional courts on the exercising of legislative power (enabling maintenance of the constitutional dialogue with the parliament, encouraging the process of „judicialization of parliamentary work“, etc.), and in that respect this represents a great challenge for the constitutional judiciary. However, at the same time, it carries the additional responsibility of constitutional courts for the realization of the constitution and the rule of law, that is the efficiency and effectiveness of their decisions in the protection of the constitution.

Keywords: *constitutional court decisions, features of constitutional court decisions (finality, obligation, merit), constitutional court decisions effects - ex nunc, ex tunc u pro futuro.*

ДЕЈТОНСКИ УСТАВ И БРИСЕЛСКИ СПОРАЗУМ – ЈЕДНА ПАРАЛЕЛА ПОВОДОМ ИНТЕРНАЦИОНАЛИЗОВАЊА НАЦИОНАЛНЕ УСТАВНОСТИ

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

Апстракт: Иако на први поглед делују неупоредиво, могуће је пронаћи значајне сличности између Дејтонског устава Босне и Херцеговине и Бриселског споразума. Дејтонски устав је мултилатерални међународни уговор који има дејство устава, док Бриселски споразум није устав у формалном значењу те речи, али увелико задире у уставну материју, па се може сматрати извором уставног права Републике Србије. Оба акта дело су интернационализовања уставног права и у оба случаја постоји недостатак демократског легитимитета. Дејтонски устав и Бриселски споразум су усвојени да би се остварила интегративна функција основног закона ради превазилажења стања конфликта. Међутим, док је Дејтонски устав бар делимично успео да оствари ову функцију очувањем територијалног интегритета Босне и Херцеговине, од Бриселског споразума се то не може очекивати, јер његово закључивање има за последицу издвајање Косова из уставног система Републике Србије.

Кључне речи: Устав БиХ, Устав Србије, Бриселски споразум, Косово и Метохија.

* Ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду

** Ванредни професор Криминалистичко-полицијске академије у Београду

1. УВОД

Класична наука уставног права – она чија се дела данас све ређе читају, а поуке готово уопште не слушају – уставотворну власт дефинише као суверену. Ову власт одликују два основна и међусобно повезана својства. Она је оригинерна (изворна), произлази из „себе саме“, што је у потпуности тачно само кад држава доноси „први устав“ (може бити и фактички први устав или први устав у смислу да је донет после политичке и правне револуције као правни израз тоталног раскида са претходним режимом). Она је и позитивним правом неограничена власт, способна да сама прописује свој правни поредак.

Модерна наука уставног права интезивно се бави појавом која се назива интернационализација уставног права. Један вид интернационализације уставног права настао је као последица увођења мултилатералних међународних уговора и конвенција у унутрашње, уставно право. Ови уговори и конвенције постали су извори уставног права, у неким уставним системима по снази одмах испод устава, у неким по снази изједначени с уставом (начело еквипараности устава и међународних уговора). Премда је ова појава учинила сложенијим поимање односа између уставног права и међународног права, чак и довела у питање класично схватање супрематије устава, она се не може одредити као негативна. Напротив, у модерном свету уставности, свету уставног плурализма, она се може оценити као нужна и корисна.

„Интернационализација“ уставног права може се остваривати и на један сасвим друкчији, политички начин. Та „интернационализација“ није израз неопходности да се у модерно доба међународноправни и уставноправни поредак узајамно допуњују и прожимају, већ је резултат политичке нужности или политичке опортуности. Један, већ општепознати пример, даје уставно право Босне и Херцеговине. У овој држави, устав у формалном смислу је специфичан међународни уговор. Други, међународној стручној јавности још увек недовољно познат пример, од пре две године даје уставно право Републике Србије. У Србији, поред Устава из 2006, правна дејства производи и тзв. Бриселски споразум, односно „Први споразум о принципима који регулишу нормализацију односа“ (*First Agreement of Principles Governing the Normalization of Relations*). Премда тако не мисле носиоци политичке власти у Србији, као ни Уставни суд, уставно право Србије „обогаћено“ је извором уставног права *sui generis*, који је у свакој својој тачки противан Уставу из 2006. године.

Док у Босни и Херцеговини формално важи један устав–уговор, у Србији се примењује један политички споразум – формално заоденут у подзаконске акте (закључак Владе, одлуку Народне скупштине) – који изгледа да има „надуставну“ снагу.

„Интернационализацији“ уставног права *à la bosnien*, придружила се „интернационализација“ уставног права *à la serbien*. Ни једна ни друга немају никакве везе са правом интернационализацијом уставног права, која је резервисана за старе европске и стабилизоване младе демократије, док у двема бившим југословенским републикама она остаје на маргинама.

2. УСТАВ БХ – МУЛТИЛАТЕРАЛНИ МЕЂУНАРОДНИ УГОВОР СА ДЕЈСТВОМ УСТАВА

Чак и површна анализа Устава Босне и Херцеговине (убудуће: БиХ) наводи на закључак да је основни закон ове државе „и са формалног и са материјалног аспекта, специфичан и непознат у досадашњој теорији и пракси“¹. Постоји гледиште да Устав БиХ, због начина доношења, али и због непотпуног уређивања уставне материје, и није устав у правом значењу те речи.² Премда сви не деле такав начин размишљања, извесно је да највиши правни акт ове државе, према низу својих обележја, не располаже идеалним или бар пожељним својствима савремених устава.

Особеност Устава БиХ примарно је одредио начин његовог доношења. Устав БиХ је Анекс 4 међународног мултилатералног уговора познатог под називом Општи оквирни споразум за мир у Босни и Херцеговини из 1995. године. У закључењу Дејтонског мировног споразума, поред представника међународне заједнице, учествовали су и лидери етничких заједница из Босне и Херцеговине, али и лидери суседних држава. Непосредан предмет оквирног споразума, али и основни разлог његовог закључивања, јесте успостављање и очување мира у овој држави. Имајући у виду крвави грађански рат који је претходио доношењу Устава, као и дијаметрално супротна гледишта о будућности Босне и Херцеговине, очигледно је да је међународно посредовање било нужно

¹ М. Дмичић, Уставноправна рјешења о Босни и Херцеговини као специфичној и сложеној држави или државној заједници“, у Р. Кузмановић (ур.), *Споменица академику Гаши Мијановићу*, Бања Лука 2011, 181.

² Видети: Р. Кузмановић, *Уставно право*, Бања Лука 2002, 305; С. Савић, *Конститутивност народа у БиХ*, Бања Лука 2000, 19.

да би се пронашло одрживо, компромисно решење. Наиме, с једне стране, тежило се успостављању унитарне државе са јединственим босанскохерцеговачким демосом, док се, с друге, настојало да се на територији Босне и Херцеговине створи више националних држава или да се бар конституише што лабавији конфедерални савез националних ентитета. Такве околности или „стање нужде“³ како се то још у теорији истиче, оправдале су интернационализовање уставног права Босне и Херцеговине.

Уставно право Босне и Херцеговине није интернационализовано само у поступку доношења устава, већ је интернационализовано и у садржинском смислу, у погледу функционисања уставног система. Будући да није било очекивано да ће уставни систем Босне и Херцеговине моћи самостално и складно да функционише, међународна заједница је задржала значајне надлежности које имају три компоненте: војну (IFOR/SFOR/EUFOR), цивилну (Веће за спровођење мира – РС и високи представник за БиХ) и компоненту међународне заштите људских права.⁴ Да у сегменту функционисања уставног система Босне и Херцеговине интернационализација није само пука формалност, сведочи чињеница да је високи представник, осим наметања државних закона, користио своја овлашћења и више пута мењао ентитетске уставе, кантоналне уставе, ентитетске и кантоналне законе, смењивао носиоце јавних функција и предузимао друге мере.⁵

Премда је мултилатерални међународни уговор, Устав БиХ је по свој дејству и примени постао акт унутрашњег, уставног права. С обзиром на чињеницу да представља део дејтонског мировног пакета, али и због начина ступања на снагу, уговорних страна и воље која имплицира да се Анекс 4 подређује међународном праву, Уставу БиХ недостаје аутентичан уставни квалитет.⁶ Реч је о октроисаном уставу, који чак ни формално нису усвојиле институције Босне и Херцеговине. Његова особеност у томе је што Устав БиХ није октроисао, како је то уобичајено, шеф државе, већ државе које су имале одлучујућу улогу у постизању мировног споразума.⁷ Дакле, Устав је донет на мировним преговорима и

³ Е. Šarčević, „Dejtonski ustav: karakteristike i problem“, *STATUS Magazin za političku kulturu i društvena pitanja*, issue: 13/2008, 155.

⁴ Ibidem, 157.

⁵ К. Trnka, „Specifičnosti ustavnog uređenja Bosne i Hercegovine“, *Revus*, 11/2009, 65.

⁶ Е. Šarčević, 155.

⁷ G. Marković, „Ustav Bosne i Hercegovine“, S. Gavrić, D. Banović, C. Krause (ur.), *Uvod u politički sistem Bosne i Hercegovine – izabrani aspekti*, Sarajevo 2009, 63.

формално представља део међународног споразума закљученог у циљу окончања ратних сукоба и успостављања мира. Будући да није поштован ревизиони поступак који је предвиђао минули устав из 1974. године, с пуним правом се истиче да је Устав БиХ дело уставног дисконтинуитета.⁸

Изузев примедбе о формалним недостацима, износи се приговор да је Дејтонски устав наметнут Босни и Херцеговини без претходне јавне расправе и без коначног усвајања или одобравања у за то одређеном уставотворном телу.⁹ Дакле, Устав БиХ лишен је демократског легитимитета, јер је његово доношење обележило посредовање страних држава ради постизања компромиса националних политичких елита које су тај рат водиле. Устав БиХ настао је као продукт етнизације уставотворног процеса и он је превасходно замишљен као провизорно решење и привремени уговорни акт, који за метод управљања државом предвиђа „унутрашњи консензус народа“¹⁰.

„Све то отвара питање да ли ће такав устав моћи да ужива потребан ауторитет и дигнитет код оних који ће га тумачити и примењивати, а посебно код конституционалиста и других научника и стручњака из области правне науке и струке“.¹¹ Премда га не красе друге врлине, мора се признати да је Устав БиХ успео, бар делимично, да оствари једну значајну функцију модерног устава. Реч је о интегративној функцији устава, и то у оном делу који се односи на очување територијалног интегритета ове државе у миљеу преовлађујућих дезинтегрирајућих процеса. У другом, важнијем делу, овај устав није до сада успео да оствари интегративну функцију. Реч је о стварању друштвене кохезије и обликовању друштвеног идентитета, како истиче Дитер Грим (*Dieter Grimm*), један од аутора који се бавио овом функцијом устава.¹² Дејтонски устав је конзервирао етничке конфликте, јер још увек није дошло до консолидовања демократског система и до стварања реалних политичких претпоставки за конституисање делотворније државе. Реч је о уставу који припада категорији реалних устава примењивих у стварности, али и категорији

⁸ К. Trnka, 46.

⁹ С. Steiner, “Geneza i legitimnost Ustava Bosne i Hercegovine“, *STATUS Magazin za političku kulturu i društvena pitanja*, issue: 9/2006, 157.

¹⁰ Е. Šarčević, *Ustav iz nužde*, Sarajevo 2010, 311.

¹¹ Г. Мијановић, „Систем заштите уставности и законитости у Републици Српској“, Б. Мораит, М. Поповић (ур.), *Изградња и функционисање правног система Републике Српске*, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, Бања Лука, 1997, 31.

¹² D. Grimm, “Integration by Constitution“, *ICON*, Vol. 3, No. 2, 3, Special Issue, May, 2005, 193–208.

гипких устава који еволуира и развија се, додуше превасходно одлукама високог представника или споразумом ентитета.

Устав БиХ је конституционализовао непотпуни и окрњени суверенитет државе, јер су међународна тела задржала снажан утицај на уставни систем Босне и Херцеговине. Међународне организације су својеврсни уставни старатељ, што води очигледном закључку о немогућности самосталног функционисања уставног система Босне и Херцеговине. Противречности у срцу Устава БиХ, изнедрене из његовог компромисног духа (једна држава, а два етнички легитимизирана ентитета, и демократија и етнократија, и индивидуална права и колективна права), створили су од овог устава пре један пројекат имплементирања и тумачења са неизвесним исходом неголи јасан путоказ.¹³ Но, с друге стране, нису сазрели услови за постизање политичког консензуса између три народа Босне и Херцеговине који би водили коренијим уставним променама. Уставноправни *status quo* тренутно се чини једино могућим решењем, што у амбијенту неделотворне државе звучи изразито песимистично.

3. БРИСЕЛСКИ СПОРАЗУМ – ПОЛИТИЧКИ СПОРАЗУМ СА ДЕЈСТВОМ „НАДУСТАВА“

Бриселски споразум, тј. „Први споразум о принципима који регулишу нормализацију односа“ (*First Agreement of Principles Governing the Normalization of Relations*), закључен 19. априла 2013. године, проистекао је из процеса посредовања Европске уније ради нормализовања односа између Србије и Косова. Премда се, попут Дејтонског устава, не може сматрати уставом у формалном смислу, овај акт, међутим, дубоко задира у уставну материју, уређујући је на дијаметрално различит начин од Устава Србије. С обзиром на спремност актуелних политичких власти да га примењују, Бриселски споразум је изгледа постао извор уставног права. С обзиром на његову неусклађеност са Уставом Србије, као и на немогућност његовог усклађивања са начелима Устава, за носиоце политичке власти овај акт, изгледа, има дејство надустава. Да тако нешто не би утврдио и сам чувар Устава или да не би урадио нешто много једноставније, али политички у овом тренутку неприхватљиво, он је одбио да се изјасни о правној природи овог акта. Са образложењем да Бриселски споразум није међународни уговор, али ни општи прав-

¹³ С. Steiner, 157.

ни акт унутрашњег права, Уставни суд Србије је одбио да се упусти у одлучивање о његовој уставности.¹⁴ Овај орган је прихватио гледиште актуелних носилаца државне власти да је Бриселски споразум политички акт којим је Влада остварила своје уставно овлашћење на вођење унутрашње политике у циљу решавања косовског проблема. Међутим, према готово једнодушном становишту српске јавноправне науке, Бриселски споразум је општи правни акт унутрашњег права и, према томе, задатак Уставног суда је био да одлучује о његовој уставности.¹⁵ Наиме, споразум је настао као неформални писани политички договор „а онда је његова садржина добила спољашњу форму општег акта Владе, под именом ‘закључак’, и општег акта Народне скупштине, под именом ‘одлука’”. Тако је Споразум постао саставни део ова два општа акта из номенклатуре општих аката позитивног права, а то значи да је споразум постао општи акт позитивног права Републике Србије који има опште дејство“.¹⁶ Да није тако, овај споразум не би производио правно дејство. Но, на основу њега је донет читав низ појединачних правних аката којима се у реалност претачу решења договорена у Бриселу.¹⁷

Да је Бриселски споразум „неуставни извор уставног права Србије“, сведочи чињеница да се његовим одредбама предвиђају другачија решења од оних која су предвиђена Уставом од 2006. године.¹⁸

Прво, Бриселски споразум предвиђа образовање Заједнице већинских српских општина на Косову чији ће статус бити зајемчен меродавним правом и уставним правом. Сарадња општина које конституишу Заједницу на колективној примени овлашћења оствариваће се у складу са надлежностима у Европској повељи о локалној самоуправи и косовским законом. Заједница општина ће остваривати и друге надлежности које јој доделе централне власти. Посматрајући у целини поменута решења, јасно је да је реч о централној власти и уставном праву Ко-

¹⁴ Уставни суд Србије, Закључак од 10. децембра 2014. године, *Службени гласник Републике Србије* бр. 13, 2. фебруар 2015. године

¹⁵ Р. Марковић, „Уставном суду Србије“, *Српска политичка мисао*, бр. 4/2014, 347–353; В. Петров, „Уз дилему о контроли уставности Бриселског споразума“, *Српска политичка мисао*, бр. 4/2014, 111–120; Б. Ракић, „Прилог за расправу о уставности Бриселског споразума“, *Српска политичка мисао*, бр. 4/2014, 121–139; Д. Симовић, Т. Шурлан, „(Не)правна природа Бриселског споразума“, *Српска политичка мисао*, бр. 4/2014, 141–157; К. Чавошки, „Велико веће довитљивих људи“, *Печат* бр. 324, 27.6.2014, стр. 64–67; В. Ђурић, „Бриселски споразум – поново смишљене смутње“, *Српска политичка мисао*, бр. 4/2014, 159–180.

¹⁶ Р. Марковић, 348–349.

¹⁷ Видети: К. Чавошки, 66.

¹⁸ Д. Симовић, Т. Шурлан, 152–153.

сова, а не о Уставу Републике Србије. Бриселски споразум успоставља гаранције заштите Срба као националне мањине у оквиру косовског уставног система.

Друго, Бриселски споразум установљава јединствену полицију, под називом Косовска полиција, уз предвиђање институционалног јемства да ће четири већинске српске општине на северу имати регионалног команданта полиције из реда косовских Срба кога именује Министарство унутрашњих послова Косова. При томе, састав Косовске полиције на северу Косова одговараће етничком саставу четири већински српске општине. Реч је о „заокруживању монопола силе као суштинског елемента суверености Косова“¹⁹, што је у директној супротности са Уставом Србије који предвиђа да су одбрана и безбедност у искључивој надлежности Републике Србије (чл. 97, т. 4).

Треће, предвиђено је интегрисање судске власти која ће функционисати у оквиру јединственог правног система Косова. Гаранције које треба да обезбеде учешће Срба у косовском правосудном систему представљају уобичајене механизме заштите националне мањине у упоредном праву. Реч је о препуштању судске власти Републици Косово чиме се директно крши више одредаба Устава Србије. Поменимо да је такво решење у супротности са начелом јединства правног поретка (чл. 4, ст. 1), јединства и недељивости територије Републике Србије (чл. 8, ст. 1), јединствености судске власти на целој територији Србије (чл. 142, ст. 1).

Четврто, утврђено је да се у општинама на северу 2013. године организују локални избори у складу са косовским законом и међународним стандардима. Ниједном речју не помињу се прописи Републике Србије, иако је Устав предвидео јединственост правног поретка у коме постоји искључиво један носилац законодавне власти, Народна скупштина. Организовање локалних избора у складу са правним прописима које не познаје уставни систем Србије још једна је потврда о препуштању свих прерогатива власти Републици Косово.

Напоследку, треба скренути пажњу и на званичан назив тзв. Бриселског споразума, „Први споразум о принципима који регулишу нормализацију односа“, јер је он истовремено „недоречен и нелогичан“.²⁰ О недоречености може бити речи јер се из самог назива не види ко су стране споразума чији се односи нормализују, а о нелогичности се може

¹⁹ В. Петров, 116.

²⁰ Ibidem, 115.

говорити зато што су споразум парафирали Кетрин Ештон, висока представница Европске уније за спољну политику и безбедност, и Ивица Дачић, председник Владе, премда ЕУ и Србија нису стране које овим споразумом нормализују односе. „У ствари, назив невешто прикрива садржину и циљ споразума, а то је претварање АП КиМ у саставу Републике Србије у самоуправу за Србе у саставу тзв. Косово“²¹.

Аргумент да је Бриселски споразум само политичка платформа на којој ће бити заснована суштинска аутономија је неприхватљив, будући да предвиђена решења противрече институционалној логици децентрализације власти по линији територијалне аутономије.²² Наиме, свака територијална аутономија, па била она и суштинска каква би требало да буде конституисана на Космету, нужно подразумева вертикалну поделу власти. У том контексту, неопходно је да централна власт Републике Србија задржи бар једну од својих државних функција. Међутим, Бриселски споразум не наговештава која би то доња граница расподеле власти могла бити, јер ње у постојећим околностима очигледно нема. Уместо да бар номинално предвиди одређену уставноправну везу између Републике Србије, као централне власти, и тзв. Републике Косово, као територијалне јединице са суштинском аутономијом, Бриселски споразум се задржава на обезбеђивању институционалних механизма заштите српске мањине у тзв. Републици Косово.

4. ЗАКЉУЧНИ ОСВРТ

Премда се и по начину закључивања и по својој правној природи унеколико разликују, између Дејтонског устава и Бриселског споразума постоје очигледне сличности. Оба акта су настала из међународног посредовања у циљу разрешења конфликта као резултат реал-политичког решавања проблема.

Управо из тог разлога оба акта болују од исте бољке; њима недостаје демократски легитимитет. Када је реч о Босни и Херцеговини, Дејтонски устав не поседује одговарајући демократски легитимитет јер је његово доношење обележило посредовање страних држава ради постизања компромиса националних политичких елита које су тај рат водиле. Дејтонски устав, као продукт етнизације уставотворног проце-

²¹ Ibidem.

²² Видети: Д. Симовић, В. Петров, *Уставно право*, Београд 2014, 361–370.

са, замишљен је као привремено решење којим се установљава „ентитетско-национална договорна демократија“²³. С друге стране, Бриселски споразум нема својства устава у формалном смислу, али се њиме уређује *materia constitutionis* и то на заобилазан, неуставан начин. Наиме, од уставноправне прокламације да Косово и Метохија уживају суштинску аутономију у Републици Србији, Бриселски споразум се задржава на обезбеђивању институционалних механизма заштите српске мањине у тзв. Републици Косово. Дакле, без обзира на то што се, посматрано из међународноправне визуре, Косову не признаје својство суверене и независне државе, уставноправно посматрано, Бриселским споразумом омогућава се заокруживање уставноправног поретка Косова, проширивањем његове суверености на север територије на коме до тада није остваривао пуну фактичку власт.

Оба акта донета су да би привидно остваривала интегративну функцију и да би обезбедила превазилажење стања конфликта. Дејтонски устав је, једним делом, у томе успео. Другим, важнијим, није. Бриселски споразум, такав-какав је, не може остваривати интегративну функцију ни у сновима његових највећих и најискренијих заговорника. По својој суштини, тај споразум је страно тело у важећем уставноправном поретку Србије и, као такав, може остваривати само једну функцију: функцију дезинтеграције. Овај споразум као страно тело третирају и носиоци власти тзв. државе Косово, али то чине на много искренији начин, тако што га не примењују онолико доследно колико се власт у Београду труди да га примени. Радећи супротне ствари, обе стране доприносе истом циљу: коначном заокруживању суверености тзв. државе Косово.

Несамостално вршење уставотворне власти сведочи о интернационализовању уставног права у Босни и Херцеговини и Србији. Међутим, у овим случајевима, интернационализовање уставног права није последица снажења европских интеграција у региону, већ је последица једног непожељног савременог тренда који се огледа у развијању процеса „десуверенизације“²⁴, несамосталности и зависности мањих држава. Уколико устав, као акт који „симболизује суверену власт државе на одређеној територији“²⁴, није дело самосталне, највише оригинерне власти у држави, онда се може поставити и питање животне снаге државе.

²³ К. Тrnка, 51.

²⁴ Д. Симовић, В. Петров, 19.

Dr. Vladan Petrov

Associate Professor

University of Belgrade Faculty of Law

Dr. Darko Simović

Associate Professor

Academy of Criminalistic and Police Studies, Belgrade

THE DAYTON CONSTITUTION AND THE BRUSSELS AGREEMENT: AN ANALOGY RELATED TO THE INTERNATIONALIZATION OF NATIONAL CONSTITUTIONS

Summary

Although at first sight it seems being unparalleled, some similarities between the Dayton Constitution of Bosnia and Herzegovina and the Brussels Agreement can be found. The Dayton Constitution is a multilateral international treaty having the force of constitution, while the Brussels Agreement is not formally a constitution, but to a great extent deals with materia constitutionis and can be seen as a source of the constitutional law of the Republic of Serbia. Both acts are result of the internationalization of the constitutional law and in both cases there is a lack of democratic legitimacy. The Dayton Constitution and the Brussels Agreement were adopted to provide an integrative function of a basic law and to prevail over conflicting state. However, while the Dayton Constitution completes that function even partially by preserving the territorial integrity of Bosnia and Herzegovina, it can not be expected from the Brussels Agreement because the main consequence of its signing is the separation of Kosovo from the constitutional system of the Republic of Serbia.

Key words: *Constitution of Bosnia and Herzegovina; Constitution of the Republic of Serbia; the Brussels Agreement; Kosovo and Metohia.*

**УНИТАРИЗАЦИЈА БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ
– МОДЕЛ ЗА РУШЕЊЕ ДЕЈТОНСКОГ СПОРАЗУМА –**

Проф. др Драган Батавељић*
Докторанд Дејан Логарушић**

***Апстракт:** После две деценије свог постојања, Дејтонски мировни споразум је показао своје добре и лоше стране, о којима ће бити више речи у раду који је пред нама. У протеклом периоду је дошло до добровољног одрицања великог дела суверенитета од стране ентитета у корист Босне и Херцеговине. Међутим, велики број надлежности је насилно одузет и пренесен одлукама високих представника међународне заједнице. Поред тога, постоје и захтеви одређених субјеката за унитаризацију Босне и Херцеговине, што посебно отежава положај Републике Српске, због непоштовања Дејтонског мировног споразума. Посебно указујемо да евентуална унитаризација (иако противуставна) води нестајању Републике Српске. Зато су се аутори прихватили једног веома деликатног посла, који се тиче анализе садашњег стања у Босни и Херцеговини, могућих последица унитаризације (уколико до ње дође) и евентуалног референдума у Републици Српској.*

***Кључне речи:** Дејтонски споразум, ентитети, Република Српска, уставна расподела надлежности, Босна и Херцеговина, правосудни систем, устав.*

* Правни факултет, Универзитет у Крагујевцу

** Општина Шид

Увод

На самом почетку овог рада, осећамо потребу да укажемо на чињеницу да, иако је прошло пуне две деценије од престанка грађанског рата на простору Босне и Херцеговине, ситуација у овој бившој југословенској републици (у целини) далеко је од задовољавајуће, односно од стабилности коју захтева демократски уставни поредак. Ова констатација односи се и на међународноправни и на унутрашњеправни положај државе и то, како за њене конститутивне делове (тзв. ентитете), тако и за федерацију у целини. Такође, овде је веома важно напоменути да се о постојању неке целине, у правом смислу речи, тј. о постојању заједничког уставног поретка Босне и Херцеговине, тешко може говорити. Таква ситуација постоји још од самог почетка, тако да је реалније говорити о деловима целине (о ентитетима), који имају скоро сва својства државе, него о својствима Босне и Херцеговине као целовите државе, с обзиром на то да се о таквој држави може говорити као о пројекту који није дао коначне резултате. У сагледавању постигнутих резултата од Дејтонског споразума до данас (20 година), нарочиту тешкоћу представља чињеница да, са уставноправног гледишта, у овој бившој југословенској републици револуционарни процес још увек траје (није завршен) и да је у њој овај процес најизразитији и временски најдужи у односу на бивше чланице југословенске федерације. Имајући у виду да су у Босни и Херцеговини многа питања остала нерешена, да и у моменту док настаје овај рад, бројни проблеми чекају свој расплет, не гајимо наду да ће судови и предлози које ћемо у њему изнети бити коначни, нити да ће дата анализа бити завршена.

Уставни систем БиХ

У прве две деценије XX века учињени су огромни напори да се створи југословенска држава, а у последње две деценије истог века учињени су још већи напори да се та иста држава разбије и потпуно нестане. Да би се створила Југославија, 1. децембра 1918. године, положене су милионске жртве, а да би се та иста држава разбила, такође је плаћена веома висока цена од неколико стотина хиљада жртава и преко милион расељених, јер су у дуго припреманим, добро осмишљеним и са стране потпомогнутим процесима распадања и нестајања СФРЈ, на ве-

ликом делу њене територије вођени најсуровији ратови противно свим правилима међународног права и усвојеним Женевским конвенцијама. “Резултат” свега тога јесте нестајање и мењање заједничке државе, а настајање шест нових држава са самосталним уставним системима на територији коју је обухватала бивша СФРЈ.

Када је реч о уставном праву Босне и Херцеговине и њеном уставном систему, треба рећи да, како за теоретичаре, тако и за практичаре, бављење овим системом представља посебну тешкоћу и то из два основна разлога. Прво, уставна грађа Босне и Херцеговине изузетно је сложена и друго, овај уставни систем се, у веома великој мери, разликује од уставних система других држава (бивших југословенских република), насталих на простору СФРЈ, тј. доста одступа од њих. Те разлике и одступања могу се уочити у бројним обележјима, како у садржини и конструкцији, тако и у носиоцима, начину функционисања, сложености и слично, док уставни системи Републике Србије, Републике Црне Горе, Републике Словеније, Републике Хрватске и Републике Македоније (без обзира на разлике које, сасвим нормално, постоје између њих) припадају групи међусобно сличних система. Да бисмо то илустровали, указаћемо на чињеницу да уставна материја Босне и Херцеговине представља систем “лабаво” повезаних делова, тј. делова који су повезани само формално и механички. Садржина уставног модела БиХ доста се разликује од познатих уставноправних модела, а то одступање се види, пре свега, у употреби термина који су непознати у досадашњој уставној терминологији, као што су, на пример: “Парламентарна скупштина”, “ентитет”, “Председништво” и друго¹. Ову сложеност уставне материје и система који се спроводи у овој бившој југословенској републици, свакако, прати и веома велика сложеност извора. Ту спадају, најпре, уставни Републике Босне и Херцеговине, Федерације Босне и Херцеговине и Републике Српске, Општи оквирни споразум за мир у Босни и Херцеговини (познатији као Дејтонски мировни споразум) и пратећи анекси, затим многобројни амандмани, допуне, различити акти који имају уставноправни значај и слично.

Указујући на чињеницу да Дејтонски мировни споразум, као резултат учешћа међународне заједнице у креирању и омогућавању

¹ Слично овом уставном систему, и Устав СФРЈ из 1974. године је својим одредбама предвиђао бројна „решења“ и институте, који су били непознати дотадашњој уставној пракси или су се користили веома ретко (на пример, Председништво СФРЈ, несвојинска концепција друштвене својине, колективна одговорност, делегатски систем, договорна економија, друштвени договори и самоуправни споразуми и слично). Свима је познато каква је судбина бивше Југославије.

функционисања уставног система у Босни и Херцеговини, има изузетно велики значај за овај уставни систем и утврђивање његових битних решења, морамо на овом месту нагласити неколико ствари. Најпре, треба рећи да су овим уставним решењима дати потпуно нови облици, успостављени нови односи, прихваћене нове институције, конституисани нови појмови и слично, али су запостављена нека решења, која су, слободно можемо рећи, неизоставна у сваком уставном тексту. Ту, пре свега, мислимо на чињеницу да није изричито дефинисан облик државног уређења, облик владавине, да су у уставе Босне и Херцеговине и њених ентитета уграђене одредбе о важењу међународног права² и да су сви ови уставни морали да се ускладе са овим међународним одредбама. Несумњиво је да су оваква решења намерно предложена и уграђена у највише опште правне акте (уставе), али се оправдано може поставити питање, после 20 година примене таквих решења, да ли је све то представљало реакцију међународне заједнице у циљу решавања само једног (конкретног) случаја и изналагања могуће солуције из настале кризе или је то био наговештај једне потпуно нове тенденције, која би у будућности требало да има много већи значај.

Анализирајући уставну ситуацију у Босни и Херцеговини од 1995. године па све до данас, можемо прихватити мишљење да, иако живимо у ери глобализације, сва ова “решења” за излазак из тадашње кризе предложена од стране међународне заједнице³ нису имала тенденцију универзализације стандарда, него су више била израз тешке ситуације (политичке, економске, безбедносне и слично) у којој се нашла ова бивша југословенска република после четворогодишњег рата и проглашења независности⁴. Дејтонски мировни споразум постигнут је у ваздухопловној бази Рајт-Патерсон код Дејтона, у америчкој држави Охајо, а њиме је прекинут рат у Босни и Херцеговини, који је трајао од 1992. до 1995. године. По овом споразуму, БиХ је подељена на два дела: муслиманско-хрватску федерацију и Републику Српску. Међутим, тре-

² Ту, пре свега, мислимо на одредбе о личним и политичким правима.

³ Ову улогу међународне заједнице је, можда, најбоље окарактерисао академик Рајко Кузмановић, рекавши да „ништа није теже и сложеније од стварања државе по мјери народа у околностима када се страни фактор супериорно мијеша у тај процес“. Види: Кузмановић, Р., *Уставноправни статус Републике Српске у оквиру Босне и Херцеговине – нормативно и стварно*, Република Српска – десет година Дејтонског мировног споразума, Научни скуп, Академија науке и умјетности Републике Српске, Бања Лука, 2005, стр. 46.

⁴ Референдум о независности БиХ од Југославије организовали су муслимански и хрватски посланици (огромна већина Срба је бојкотовала овај референдум) 29. фебруара и 1. марта 1992. године, а Европска заједница (6. априла 1992. године) и САД (7. априла 1992. године) признале су ову бившу југословенску републику као независну државу.

ба рећи да су, од самог почетка примене овог споразума, учени бројни отворени проблеми актуелне босанскохерцеговачке уставности. Наиме, овде је реч, пре свега, о ономе што ту уставност чини специфичном (да не кажемо, јединственом), јер су дата, боље рећи, наметнута одређена решења и категорије, која до тада нису била позната у уставној пракси и представљају потпуну новину. С обзиром на то да су проблеми функционисања уставног система Босне и Херцеговине веома бројни и сложени, за квалитетну анализу и пуно објашњење многих појава насталих у протеклом дводеценијском периоду примене Дејтонског споразума није довољна само уставноправна наука. Потребно је применити инструментаријуме и других сродних наука, јер је због наведених разлога неопходно спровести мултидисциплинарна истраживања. Сложеност и тежину политичке, економске, безбедносне и сваке друге ситуације у БиХ, а посебно положај и статус ентитета, њихов међусобни однос, као и однос ентитета са БиХ, посебно отежава чињеница да је учешће међународне заједнице у креирању уставног система и његовог функционисања у овој бившој југословенској републици изузетно велико (боље рећи, одлучујуће), а такво стање је и дан-данас.

Надлежности институција Босне и Херцеговине и ентитета

Пре него што нешто више кажемо о надлежностима Босне и Херцеговине и њених ентитета, указаћемо на чињеницу да подела надлежности представља појаву која је својствена само федерацији, док у конфедерацији и унитарној држави можемо говорити само о преношењу послова или њиховом поверавању⁵. Оно што посебно ствара недоумице и спорења међу теоретичарима, јесте чињеница да Босна и Херцеговина према важећем Уставу⁶ нема организационе назнаке (највишим општим правним актом није експлицитно утврђен облик државног уређења), док њени саставни делови то имају – република и федерација. Таква недефинисаност (неодређеност) веома отежава одређење стварног

⁵ У конфедерацији се то преношење (поверавање) послова врши у корист једног заједничког органа конфедерације, а у унитарној држави у корист самоуправних јединица.

⁶ Одредбама члана I став 1. Устава БиХ предвиђено је да „Република Босна и Херцеговина, чије је званично име од сада ‘Босна и Херцеговина’, наставља своје правно постојање по међународном праву као држава, са унутрашњом структуром модифицираном овим Уставом, и са постојећим међународно признатим границама“, док је ставом 3 истог члана утврђен њен састав одредбом да се „Босна и Херцеговина састоји од два ентитета: Федерације Босне и Херцеговине и Републике Српске (у даљем тексту ‘ентитети’) и Дистрикта Брчко Босне и Херцеговине“.

односа ентитета и институција БиХ. Стварању такве, веома необичне уставне слике БиХ, допринео је, пре свега, сам Устав Босне и Херцеговине (важећи), који представља Анекс 4 Дејтонског мировног споразума и који је, у многим стварима, остао недоречен. Наиме, свака држава мора да испуњава своје бројне функције и задатке, који су подељени на одређене материјалноправне области, које морају бити регулисане законом. То значи да одређену надлежност врше тачно одређени државни органи и оваква расподела надлежности назива се функционалном (хоризонталном), с обзиром на област регулисања, као што је, на пример, спољна политика, привреда, унутрашњи послови, финансије и слично. Међутим, сложене државе (у које спада и Босна и Херцеговина) морају да имају регулисану и расподелу надлежности између различитих административних и територијалних нивоа власти и овакву расподелу називамо вертикалном.

Као што смо напред навели, неутврђивање облика државног уређења, облика владавине и политичког система Босне и Херцеговине од стране важећег Устава, ствара бројне недоумице и шири простор за давање веома различитих квалификација поводом питања облика државног уређења БиХ. Тако, имајући у виду да је ова бивша југословенска република састављена од два ентитета, уважени професор уставног права, академик Рајко Кузмановић, наводи да постоје мишљења да Босна и Херцеговина може бити “федерација, конфедерација, конфедерално-федерални савез, асиметрична федерација-конфедерација или унија”⁷, а то зависи управо од расподеле надлежности између Босне и Херцеговине, с једне стране, и њених ентитета, с друге стране. Босна и Херцеговина је држава у којој су стриктно подељене надлежности између државе и ентитета и та подела обухвата хоризонталну и вертикалну надлежност, али постојање празнине због непостојања уставне одредбе о томе да ли је Босна и Херцеговина федерација, конфедерација или неки трећи облик уређења, ствара бројне проблеме. Наиме, то је реткост и вероватно је овај устав једини у свету који није регулисао, у потпуности, уставну материју, што представља битан недостатак, јер таква ситуација ствара потребу за формалним и стварним изменама Устава, а у међувремену отвара широк простор за неприметне и неформалне измене овог акта, без директне промене текста. То се чини декретима високих представника међународне заједнице, потпуно неуставно, као и тумачењем од стране судова, јавног мњења, државне праксе и слично.

⁷ Кузмановић, Р., *Есеји о уставности и законитости*, Бања Лука, 2004, стр. 397–398.

Држава БиХ према одредбама Дејтонског мировног споразума

Најважније питање код расподеле надлежности у сложеним државама попут федерација, јесте оно које се тиче места где се налази тзв. изворна надлежност – на федералном (савезном) нивоу или на нивоу федералних јединица. Оно што је карактеристично за БиХ јесте чињеница да је Венецијанска комисија⁸ заузела став да је ова бивша југословенска република сложена (федерална) држава⁹, мада има много аутора који сматрају да се ради о конфедерацији, позивајући се на чињеницу да је реч о сложеној држави – *sui generis* – унији коју чине две државе (једна проста – Република Српска и једна сложена – Федерација БиХ), тако да у њој преовлађују елементи конфедерализма (посебна врста конфедерације). Устав БиХ је утврдио претпоставку надлежности у корист ентитета, што значи да су Република Српска и Федерација БиХ надлежне за вршење свих функција и овлашћења, која нису изричито Уставом поверена институцијама државе БиХ¹⁰. Ову претпоставку надлежности утврђује члан III став 3 Устава БиХ, одредбом да “све владине функције и овлашћења која нису овим Уставом изричито повјерена институцијама Босне и Херцеговине припадају ентитетима”, док је надлежност институција Босне и Херцеговине утврђена ставом 1 истог члана. Овде треба нагласити да надлежности државе Босне и Херцеговине не регулишу, аутоматски, њену искључиву надлежност, а то може да покаже случај који се односи на посебне паралелне односе са суседним државама. То, теоретски, спада у ресор спољне политике, док је чланом III став 2 Устава БиХ, ова надлежност, ипак, дата у руке ентитетима.

На основу наведеног се може закључити да у области расподеле надлежности између државе и ентитета, осим основних правила, постоје и неки изузеци, јер према Уставу БиХ, надлежност ентитета и државе није непромењива категорија. Наиме, чланом III став 5 овог Устава, Босна и Херцеговина ће преузети надлежност у оним стварима у којима се о томе постигне сагласност ентитета, стварима које су предвиђене

⁸ Ова комисија (Европска комисија за демократију путем права) основана је 1990. године, као саветодавно тело Савета Европе, ради давања одговора на хитна питања у периоду увођења либералне демократије у бившим социјалистичким земљама.

⁹ Наведено према: Каран, С., *Облик државног уређења Босне и Херцеговине*, Годишњак Факултета правних наука, Година 4, Број 4, Бања Лука, 2014, стр. 158.

¹⁰ Босна и Херцеговина је Уставом БиХ окарактерисана као држава (члан 1 став 1), у којој ентитети, као саставни делови, поседују одређене надлежности и права и висок степен аутономије. Видети шире: Ђедовић, Е., *Државност БиХ и суверенитет њених грађана*, Анали Правног факултета Универзитета у Зеници, година 5, бр. 9, стр. 219.

у анексима 5–8 Општег оквирног споразума или које су потребне за очување суверенитета, територијалног интегритета, политичке независности и међународног субјективитета БиХ, у складу са расподелом надлежности између институција БиХ¹¹. Имајући у виду напред наведено, ентитети су, до сада, постигли три споразума о преносу надлежности на државу, и то: 1) споразум у области индиректног опорезивања; 2) оснивање јединственог Високог судског и тужилачког већа на нивоу БиХ; 3) оснивање војске на државном нивоу. Што се тиче првог споразума, треба рећи да су се ентитети 2003. године сложили да надлежност у области индиректног опорезивања пренесу на државни ниво, што је резултирало чињеницом да је, исте године, на нивоу БиХ усвојен Закон о систему индиректног опорезивања¹². Када је реч о другом споразуму, Босна и Херцеговина је 2004. године формирала јединствено Високо судско и тужилачко вијеће, које је законом основано и установљено као независно и самостално тело. Трећи, посебно важан споразум, односи се на оснивање Оружаних снага Босне и Херцеговине, који су ентитети потписали, а који је претходио доношењу Закона о одбрани Босне и Херцеговине из 2005. године. Њиме су Оружане снаге дефинисане као “професионална, једна војна сила коју организира и контролира Босна и Херцеговина”.

Међутим, са овим се није стало и наведено преношење надлежности настављено је несмањеном брзином, о чему говори и податак да је, према Дејтонском споразуму, Босна и Херцеговина имала девет, а сада има преко 50 надлежности. Ово преношење надлежности са Републике Српске и Федерације БиХ почео је у пролеће 1997. године и то на основу декларација Савета за примену мира, које су се, уместо на уставне одредбе, позивале на “дух Дејтона”¹³. То је произвело ситуацију да од те године (1997), па све до данас, без престанка трају полемике о томе да ли су надлежности ентитета на нивоу БиХ пренесене законито и могу ли оне бити враћене ентитетима. Због тога, представници Републике српске

¹¹ Посебно је потребно нагласити чињеницу да, према Уставу БиХ, постоји само могућност преноса надлежности ентитета на државу, док обрнути пренос надлежности (са државе на ентитет) није предвиђен уставним одредбама.

¹² Овим законом формирана је Управа за индиректно опорезивање, као независна институција на државном нивоу.

¹³ Отуда је једно од најспорнијих питања у односима између Републике Српске и Босне и Херцеговине пренос надлежности, тако да се данас сматра да је овај ентитет изгубио око 60 својих надлежности, које су пренете на нивоу Босне и Херцеговине. О овоме видети шире: Нешковић, Р., *Недовршена држава – Политички систем Босне и Херцеговине*, Friedrich-Ebert-Stiftung, Сарајево, 2013, стр. 232–239.

сматрају да треба обуставити преношење надлежности на државу БиХ и омогућити враћање оних надлежности које су јој незаконито одузете. Наиме, они у овом преношењу (поверавању) надлежности виде један недемократски, ретроградни процес, који све вуче уназад и уништава оно што је постигнуто у протеклих 20 година. По њиховом мишљењу, то је покушај поновног централизовања БиХ (покушај рецентрализације) са дугорочном последицом, која води нестајању Републике Српске.

Наравно, овде треба нагласити да Устав БиХ предвидео могућност да ентитети, тј. Република Српска и Федерација БиХ, могу да пренесу на заједничке органе (ако се договоре) одређене надлежности. Међутим, највећи проблем је у томе што је, у досадашњем периоду, што је “велики број надлежности пренесен одлукама високих представника, а поприличан број нових агенција и других органа на нивоу БиХ је основан на основу одредби закона које су наметали високи представници. Они су, чак, мењали и законе, као што је то случај, на пример, са Законом о пасошу и личној карти, на основу чега су ентитети изгубили право да издају личне карте и пасоше”. Такође, као очигледан пример за тако нешто може се навести Закон о судовима, промењен од стране бившег високог представника Педија Ешдауна, који је, супротно одредбама Дејтонског споразума, донео измене и основао Суд и Тужилаштво БиХ. Поред тога, формиране су и Оружане снаге БиХ, Обавештајно-безбедносна агенција, Гранична полиција, Агенција за истраге и заштиту, Правобранилаштво БиХ, Регулаторна агенција за комуникације, Управа за индиректно опорезивање и друге. Овде је веома битно да се утврди које су надлежности пренесене у складу са Уставом БиХ, а које кршењем његових одредаба, затим да ли ти (виши и високи) органи раде подједнако у интересу целе БиХ или спроводе политику центра (Сарајева) и слично. Отуда је неопходно извршити објективну анализу рада заједничких органа БиХ и тачно утврдити шта они раде и колико коштају, што се, нажалост, често пренебрегава у циљу политичке слике и утиска да Босна и Херцеговина јача као држава, а да снага ентитета (посебно Републике Српске), истовремено слаби.

Међутим, овде се одмах поставља питање да ли је могућ и други смер, тј. да ли је могуће да ентитети поврате своје раније надлежности, које су пренете на ниво централних државних институција, да ли они на то имају право и на основу чега би то могли да ураде. С обзиром на то да пренос надлежности није једносмерна категорија, одговор на ово питање гласи да је то могуће, јер се овде може применити један од

основних принципа Европске уније – принцип супсидијарности. Наиме, према овом принципу, са централних нивоа власти треба што више преносити надлежности на ниже нивое власти, наравно, уколико се на тим нижим нивоима могу ове надлежности лакше и ефикасније вршити. Оно што је карактеристично за овај принцип јесте да се тај пренос може вршити и даље, тј. он се не зауставља само на ниво ентитета, него се преноси и на локални ниво, који је још ближи народу (на локалне заједнице). Зато се овај принцип супсидијарности може сматрати основом и главном аргументацијом за повраћај надлежности ентитетима, пре свега, Републици Српској, јер пренос надлежности није једносмеран, него двосмеран процес.

Одузимање надлежности и мењање положаја Републике Српске

Данас постоје интенције да се мења положај Републике Српске и да се изврши унитаризација (рецентрализација) Босне и Херцеговине, а то значи да се изгуби оно што је добијено Дејтонским мировним споразумом. Слободно можемо рећи да је оно што се добило овим споразумом, када је у питању статус Републике Српске у оквиру Босне и Херцеговине, добрим делом изгубљено. Наиме, Република Српска је имала: 1) војску; 2) граничну службу; 3) била је потпуно самостална у погледу пореза; 4) није било Суда БиХ¹⁴. Све је то, углавном, одлукама високих представника (највише Педија Ешдауна) промењено, тако што су они противуставно, својим декретима мењали Устав БиХ¹⁵ и тако непрестано смањивали надлежности Републике Српске¹⁶. Отуда, постоје мишљења бројних теоретичара и изјаве званичника Републике Српске, као и стручњака који се баве овом проблематиком и прате дешавања у Босни и Херцеговини, да је Дејтонски споразум, практично, уништен, мада још живи као међународни споразум. Република Српска се држи овог споразума и поштује његове одредбе, јер је он изграђен, у потпуности, на принципу високе децентрализације државе, а управо се ово

¹⁴ Дејтонским мировним споразумом је било предвиђено само десет надлежности институција БиХ, док све друге надлежности (које нису набројане), спадају у домен ентитета – Републике Српске и Федерације БиХ.

¹⁵ О ревизији Дејтонског споразума постоје различити ставови кључних представника међународне заједнице, јер они немају јединствен став о неопходности измене овог споразума. О овоме видети шире: Ђукановић, Д., *Измене уставног устројства Босне и Херцеговине – иницијативе и могућност*, Међународни проблеми, Vol. 56, број 2-3, 2004, стр. 317–319.

¹⁶ По некима, неколико десетина ових надлежности је нестало.

питање централизације или децентрализације налази потпуно у центру свих данашњих политичких, економских, друштвених и свих других расправа. Улога међународне заједнице у спровођењу Споразума изузетно је велика. Ту, пре свега, мислимо на САД, неке земље чланице ЕУ и Турску, чије се дипломате, од самог почетка, залажу за ревизију Дејтонског споразума и стварање једне високоцентрализоване државе, уместо високодецентрализоване, како је то предвиђено и прихваћено. На тај начин се, од стране високих представника и страних дипломата појединих земаља, врше злоупотребе овлашћења и нелегални, недемократски и насилни удари на Дејтонски споразум и међународно право, а самим тим, и на Устав и уставни поредак заједничке државе и ентитета.

Република Српска се, у доброј мери, одрекла свог економског, фискалног, одбрамбеног, безбедносног, обавештајног и полицијског суверенитета, што је и неопходно, ако се живи у једној заједници, федерацији и слично. Тако су се и многе државе у оквиру Европске уније одрекле великог дела свог суверенитета, јер многи теоретичари наводе да се, понекад, има већи суверенитет ако се дели са другим. На тој основи је изграђена и сама Европска унија, али претећа интенција за унитаризацијом Босне и Херцеговине уопште није добра по опстанак и будућност БиХ, јер ова бивша југословенска република никад не треба и не може да буде унитаризована и централизована! Наиме, то мора да буде јако децентрализована држава. Чињеница је да држава Босна и Херцеговина (као и њено уставно уређење) није плод воље њених грађана, већ је резултат воље међународне заједнице и да представља, у правом смислу речи, протекторат.

Указујући на садашњу ситуацију у Босни и Херцеговини, треба нагласити да би било веома опасно уколико у овој држави дође до доминације једног народа над друга два народа. Историјска искуства прве и друге југословенске државе, као и саме Босне и Херцеговине, уверљиво су показала да развој национализма и сепаратизма није могуће спречити увођењем унитаризма, централизма и притиска, а још мање прогањањем политичког изражавања националне припадности. То још више вреди за мултиетничку и, после четворогодишњег рата, етнички раздвојену БиХ. Надаље, непримерено је да унитаризацију БиХ заговарају представници бројчано већинског народа, јер би то, сигурно, довело до нових стресова и, можда, до поновног болног распада заједничке државе. Зато се од стране бројних умних људи, из различитих земаља, сугерише да би садашње, дејтонско уређење у БиХ, требало за-

менити примеренијим системом, који би био изграђен по узору на нека успешна институционална решења, као што су, на пример, у Белгији и Швајцарској.

Према томе, децентрализација власти, а не унитаризација БиХ, представља један од битних чинилаца у изградњи функционалне државе, а управо на тој функционалности државе инсистира и Европска унија при преговорима о чланству. Сами појмови “децентрализација” и “рецентрализација” се у политичким, али и у интелектуалним круговима у БиХ, схватају као крајности. Једни у децентрализацији виде коначни чин разградње државе, док други под рецентрализацијом подразумевају стварање унитарне државе. Босна и Херцеговина има, вероватно, најсложенији облик државног уређења познат у свету. Такође, треба нагласити да она никада, у свом историјском развоју до сада, није била унитарна држава, па би је зато требало уредити као децентрализовану државу са јаком локалном и регионалном самоуправом. Тешко је прогноzirати до које ће се мере постићи напредак у том смислу и хоће ли унутрашње политичке снаге у БиХ, у блиској будућности, доћи до консензуса о промени постојеће унутрашње територијалне организације. Тренутно стање показује да ће до тога тешко доћи, посебно уколико не постоји спремност међународне заједнице да такав предлог подржи.

Због тога, сви који одлучују о судбини Босне и Херцеговине и њеном опстанку, треба да схвате да је једини исправан приступ за решавање насталих проблема и изградњу заједничке државе, договор сва три конститутивна народа и два ентитета. Не може се градити будућност једне мултинационалне државе на штету једног или више народа који је чине, константним одузимањем надлежности и слабљењем њене моћи. Сједињене Америчке Државе, као и поједине европске земље (пре свега, Немачка и Турска) залажу се за унитаризацију Босне и Херцеговине, тј. њено дефинисање као просте (унитарне) државе регионалног типа и тиме укидање Дејтонског споразума. Ово је веома сложено и осетљиво питање, тако да је у функционисању Босне и Херцеговине (као и сваке сложене државе) веома значајно уважити стварне односе снага у друштву. Веома често се дешава да једно пише у уставу, а да се сасвим друго дешава у стварности, тј. да се нормативно и стварно не поклапају. До тога може доћи пре или касније, али је Босна и Херцеговина очигледан пример несклада између уставних норми и реалног живота. Отуда, овде може да нам послужи социолошки појам устава¹⁷, који је дао Фер-

¹⁷ О овоме видети шире: Благојевић, М., *Правна природа Брчко дистрикта деценију послје*

динанд Ласал, према чијем схватању уставна питања представљају, у крајњем случају, не *питања права*, него *питања силе*. Стварни односи снага у друштву неминовно воде ка захтевима за променом највишег општег правног акта.

Правосудни систем Босне и Херцеговине

Оно што је посебно важно за садашњост и будућност Републике Српске и њен опстанак унутар БиХ, јесте слаба ефикасност правосудног система БиХ, што су признале, како политичке снаге у самој држави, тако и међународна заједница. Због тога су посланици Народне скупштине Републике Српске 15. јула 2015. године, изгласали Одлуку о расписивању референдума о Суду и Тужилаштву БиХ. Референдумско питање би гласило: “Да ли подржавате неуставно и незаконито наметање закона од стране високог представника међународне заједнице, а посебно наметнуте законе о Суду и Тужилаштву БиХ и примену њихових одлука на простору Републике Српске?”. Овај референдум би, према наведеној одлуци, требало да буде одржан у року од шест месеци од ступања на снагу те одлуке, а његова суштина се састоји у томе да се грађани Републике Српске питају да ли пристају да им Суд БиХ суди у поступцима у којима су они странке (као грађански, кривични и управни суд). Овај суд, међутим, не постоји у Уставу БиХ, што значи да је противустанован и само због тога би морао да престане са својим радом. Русија је подржала одлуку Скупштине Републике Српске о расписивању референдума о “поверењу у правосудни систем у Босни и Херцеговини, јер је овај ентитет принуђен да прибегава постојећим демократским инструментима, као што је референдум.

Овде треба указати на чињеницу да правосудна надлежност, тј. правосудни систем у Босни и Херцеговини, већ неколико година представља камен спотицања у односима између ентитета и државе БиХ и овим проблемом су се бавиле стручна и политичка јавност, као и Уставни суд БиХ. Са различитих места је указано на неуставност правосудја БиХ и на потребу његове реформе¹⁸, а Суд БиХ може да постоји само под условом

(Упоредни приказ), ЈУ „Службени гласник Републике Српске“, Универзитет за пословни инжењеринг и менаџмент, Бања Лука, 2011, стр. 157–158.

¹⁸ Одлика о наводној уставности Закона о Суду БиХ донета је тесном већином, тј. прегласавањем петоро судија (три странца и два Бошњака) у односу на четворо судија (два Србина и два Хрвата).

да је предвиђен самим Уставом БиХ, што овде није случај. Зато, Закон о Суду БиХ не може да донесе ни Парламентарна скупштина БиХ, ни високи представник, што значи да овај суд може да буде успостављен само уставном допуном (ревизијом), које овде није било.

Међутим, иако представници неколико највећих земаља света (боље рећи, господара БиХ) у својим изјавама наводе да признају постојање проблема са судовима и тужилаштвима у Босни и Херцеговини на свим нивоима, да и сами препознају тешкоће у функционисању правосудног система, они сматрају прихватљивијом нову стратегију о реформи сектора правосуђа. Што се тиче политичких снага у Републици Српској, сматрамо да сви треба да заузму јединствен став и да подрже постављене захтеве за враћање одузетих надлежности, а све у циљу очувања државе БиХ и поштовања Дејтонског мировног споразума. Ту не сме бити подела по политичкој линији, већ треба заузети јединствен став и подржати највише руководство Републике Српске у предлогу да се 2018. године спроведе референдум о њеном статусу, уколико се овом ентитету не врате његове (одузете) уставне надлежности. Ово посебно због тога што је Парламент Републике Српске још 2011. године донео Одлуку о референдуму о Суду и Тужилаштву БиХ, али је њена примена одложена. Такође, треба напоменути да је референдум веома значајно и моћно демократско средство, које омогућава заштиту федералних јединица, уколико су им повређена њихова права, тако да је расписивање референдума у Републици Српској потпуно легитимно, јер припада ентитетима и није изричито дато у надлежност БиХ. Коначно, треба нагласити да је и Венецијанска комисија (као и бројни политички аналитичари) оценила да је Федерација БиХ неодржива уставна конструкција и да, због тога, треба што пре размишљати о будућности БиХ и њеном, евентуалном, прекомпоновању.

Закључак

Пре тачно 20 година, у време када је донет Дејтонски мировни споразум, Босна и Херцеговина се налазила у веома тешкој ситуацији. Била је етнички подељена, разорена услед вишегодишњег рата, потпуно нестабилна и неуређена, пуна парадокса, недоречености и супротности, несклада Устава са фактичким стањем (неподударање нормативног и стварног) и слично. Остварени су одређени позитивни помаци

(пре свега, у заустављању рата на целој територији БиХ, а самим тим и омогућавању слободе кретања), успостављене државне институције, које су омогућиле виши степен заштите људских права (на првом месту: омбудсмани, Уставни суд, Министарство за људска права избеглица и слично), усвојени одређени закони за спровођење и имплементацију Дејтонског споразума и друго. Међутим, далеко више проблема је настало за протекле две деценије услед спровођења овог споразума и ту мислимо најпре на изостанак хапшења многих ратних злочинаца, неефикасност у реформским процесима, нефункционалност државе, дискриминацију мањинских етничких група, одузимање надлежности ентитетима и преношење на државу Босну и Херцеговину, формирање одређених државних институција које немају упориште за своје постојање у Уставу БиХ, јер њиме нису ни предвиђене итд.

Овакво стање се одржава захваљујући, пре свега, политичкој, војној и свакој другој присутности земаља “међународне заједнице” на простору БиХ. Тако је било од почетка конфликта у овој бившој југословенској земљи, који је прерастао у четворогодишњи рат са несagleдивим последицама. За Дејтонско-париски мировни споразум може се рећи да представља насилно увођење српских земаља и српског народа у политичка и просторна решења, која су за њих веома неповољна, тако да се Босна и Херцеговина, као међународноправни субјект, може одржати у будућности само као конфедерација, уз услов редифинисања односа између ентитета и државе БиХ, враћања одузетих надлежности и поштовања кључних поставки Дејтонског споразума.

ЛИТЕРАТУРА

1. Благојевић, М., *Правна природа Брчко дистрикта деценију послје (Упоредни приказ)*, ЈУ “Службени гласник Републике Српске”, Универзитет за пословни инжењеринг и менаџмент, Бања Лука, 2011.
2. Дмичић, М., *Да ли је одржива дејтонска БиХ*, Округли сто, Бања Лука, 2004.
3. Дмичић, М., *Уставноправни статус Републике Српске у оквиру Босне и Херцеговине – нормативно и стварно*, Република Српска – десет година Дејтонског споразума, Академија науке и умјетности Републике Српске, Бања Лука, 2005.

4. Ђедовић, Е., *Државност БиХ и суверенитет њених грађана*, Анали Правног факултета Универзитета у Зеници, година 5, бр. 9.
5. Ђукановић, Д., *Измене уставног устројства Босне и Херцеговине – иницијативе и могућност*, Међународни проблеми, Vol. 56, број 2-3, 2004.
6. Ибрахимагић, О., *Босна и Бошњаци послје Дејтона*, ВКБИ, Сарајево, 2000.
7. Каран, С., *Облик државног уређења Босне и Херцеговине*, Годишњак Факултета правних наука, Година 4, Број 4, Бања Лука, 2014.
8. Касаповић, М., *Босна и Херцеговина: подељено друштво и нестабилна држава*, Политичка култура, Загреб, 2005.
9. Кузмановић, Р., *Есеји о уставности и законитости*, Бања Лука, 2004.
10. Кузмановић, Р., *Уставноправни статус Републике Српске у оквиру Босне и Херцеговине – нормативно и стварно*, Република Српска – десет година Дејтонског мировног споразума, Научни скуп, Академија науке и умјетности Републике Српске, Бања Лука, 2005.
11. Нешковић, Р., *Недовршена држава – Политички систем Босне и Херцеговине*, Friedrich-Ebert-Stiftung, Сарајево, 2013.
12. Фира, А., *Енциклопедија уставног права бивших југословенских земаља, Том IV, Уставно право Босне и Херцеговине*, САНУ и Агенција МИР, Нови Сад, 2002.

Dragan Bataveljić, PhD
Professor
Faculty of Law
University of Kragujevac

Dejan Logarušić
PhD Candidate
Šid Town Hall

**UNITARISATION OF BOSNIA AND HERZEGOVINA
– MODEL FOR THE DEMOLITION OF THE DAYTON
AGREEMENT –**

Summary

After two decades of its existence, the Dayton peace agreement has demonstrated its good and bad sides, which will be discussed in more detail in the work that lies ahead. In the recent period there has been a large part of the voluntary renunciation of sovereignty by the entity in favor of Bosnia and Herzegovina. However, a big number of competencies was forcibly taken away and transferred with the decisions of the high representative of the international community. In addition, there are requirements of certain entities for the unitary Bosnia and Herzegovina, which makes the worse position of the Republic of Srpska, due to non-compliance with the Dayton Peace Agreement. In particular, we show that any unitarizacija (although unconstitutional) leads in the disappearance of the Republic of Srpska. Therefore, the authors accepted a very delicate work, which concerns to the analysis of the current situation in Bosnia and Herzegovina, to the possible consequences of a unitarisation (if it occurs) and a possible referendum in the Republic of Srpska.

Key words: *the Dayton agreement, the entities, the Republic of Srpska, constitutional distribution of powers, Bosnia and Herzegovina, judicial system, constitution*

ЦЕНТРАЛНИ НАДЗОР НАД ЈЕДИНИЦАМА ЛОКАЛНЕ САМОУПРАВЕ У РЕПУБЛИЦИ СРПСКОЈ

Проф. др Игор Милинковић*

***Апстракт:** Значај локалне самоуправе за изградњу система владавине права и јачање демократских институција представља снажан аргумент у прилог проширивању дјелокруга локалних власти. Како би се спријечило самовољно поступање локалних органа и осигурало адекватно остваривање права грађана, наведени процес мора бити праћен успостављањем одговарајућих механизма заштите владавине права на локалном нивоу, међу којима средишњи значај припада надзору централне власти над радом органа локалне самоуправе. Значај централног надзора потенциран је и све чешћим примјерима кризе локалне власти, забиљеженим у општинама у Републици Српској. Након анализе одредаба Закона о локалној самоуправи Републике Српске посвећених централном надзору, сугестије за измјене важећег законодавства биће понуђене у свјетлу међународних стандарда и искустава других земаља.*

***Кључне ријечи:** локална самоуправа, дјелокруг локалне власти, централни надзор, контролни инструменти.*

1. Увод

Значај локалне самоуправе за јачање владавине права и изградњу демократских институција у једном поретку, говори у прилог проширивању круга надлежности органа локалне власти. Да би се локалне власти афирмисале као противтежа центру и брана могућем арбитрарном поступању централних органа, потребно је да јединицама локалне самоуправе буде обезбијеђен извјестан степен реалне аутономије

* Ванредни професор, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци

(чији предуслов представља и одговарајући изворни дјелокруг органа локалне власти). С друге стране, да би локалне институције испуниле улогу „школе демократије“ и дале допринос „јавном образовању слободног народа“¹, неопходно је да овај образовни процес буде заснован на садржајно што богатијем и разноврснијем курикулуму (бављење искључиво маргиналним питањима, без додира са виталним интересима грађана, неће у значајнијој мјери допринијети јачању грађанског активизма и развоју партиципативне политичке културе; тек ће свијест да могу истински утицати на рјешавање проблема које сматрају релевантним нагнати грађане да постану дио политичког процеса). Снажне локалне власти значе и ефикасније задовољавање потреба грађана (теза коју је заступао још Џ. С. Мил; принцип супсидијарности, један од темеља савремене Европе², дјелокруг локалних власти чини ширим него што је Мил икада могао да претпостави). Аргументи у прилог јачању локалне самоуправе, међутим, не смију навести на закључак да децентрализација, односно локална самоуправа као њен посебан, територијално-политички облик, представљају вриједност по себи. Проширивање надлежности органа нижих нивоа власти не производи увијек позитивне резултате (о чему свједоче и примјери „регионализације аутократије“ забиљежени у појединим земљама)³. Самовоља не представља ексклузивно својство централне власти, „гвоздени закон олигархије“ манифестује се и у оквиру локалних заједница.⁴ Стога јачање позиције локалних власти мора бити праћено успостављањем одговарајућих механизма заштите владавине права на локалном нивоу. У супротном, постоји реална опасност да ће локалне власти постати заражене истим оним вирусом самовоље чије дјеловање на националном нивоу треба да онемогуће (или ће грађани, у можда мање драматичним околностима, али са не много блажим посљедицама по остваривање њихових права, постати жртвом неспособности или пасивности локалних службених лица).

Основни инструмент заштите владавине права на локалном нивоу и јемство адекватног остваривања права грађана, представља централ-

¹ J.S. Mill, *Considerations on Representative Government*, Henry Holt & Company, New York, 1875, p. 288.

² Значај принципа супсидијарности подвучен је и у Европској повељи о локалној самоуправи. Чл. 3 ст. 2 Повеље, предвиђено је да ће „јавне послове првенствено обављати они органи власти који су најближи грађанима“.

³ P. D. Hutchcroft, „Centralization and Decentralization in Administration and Politics: Assessing Territorial Dimensions of Authority and Power“, *Governance: An International Journal of Policy and Administration*, Vol. 14, No. 1, January 2001, p. 47.

⁴ В. Становчић, „Владавина права и модернизација локалних заједница“, у зборнику *Локална демократија – стање и перспективе*, Београд, 2001, стр 187.

ни надзор над радом органа локалне самоуправе. Иако обим контроле коју над локалном влашћу спроводе централни органи варира (у зависности, прије свега, од врсте надлежности чија се реализација контролише), извјестан степен надзора увијек је присутан. „Ниједна јединица локалне самоуправе, по својој дефиницији, није потпуно самоуправна“, у супротном „не би више представљала јединицу локалне самоуправе, већ суверену државу попут древне Атине или модерног Сан Марина“. ⁵ Постојање централног надзора оправдава се аргументом да „очување одговарајућег стандарда локалне самоуправе није питање од искључиво локалног интереса, будући да су последице лошег управљања ријетко ограничене на подручје локалне јединице у којој се јављају“ ⁶.

Надзор централних органа над пословима из изворног (сопственог) дјелокруга локалне власти ограничен је на контролу законитости. С друге стране, надзором који се врши у односу на послове из пренесеног дјелокруга обухваћена је и контрола цјелисходности аката органа локалне власти. Потреба за заштитом локалне самоуправе од прекомјерне интервенције центра уз, истовремено, нужност очувања извјесног степена контроле над радом локалних органа, чини ово питање једним од основних, несумњиво и најсложенијих проблема организације локалне власти (што је видљиво и из третмана који је поменутом питању дат у оквиру Европске повеље о локалној самоуправи).

Значај и сложеност овог питања свакодневно се потврђују и у Републици Српској, гдје се све већи број општина суочава са кризом у функционисању локалних органа. ⁷ Немогућност републичких органа да адекватно одговоре на проблем дуготрајне парализе локалних институција, намеће потребу за преиспитивањем постојећих законских одредаба посвећених централном надзору. Сугестије за измјене важећег законодавства биће понуђене у свјетлу међународних стандарда и искустава других земаља.

⁵ S. Humes, *The Structure of Local Governments throughout the World. A Comparative Introduction*, The Hague, Netherlands, 1959, p. 31.

⁶ Ibid.

⁷ Драстичан примјер дуготрајне кризе локалне власти забиљежен је у општини Кнежево, гдје, већ више година заредом, локални парламент не успијева усвојити општински буџет у законском предвиђеном року (буџет за 2014. годину усвојен је тек у августу 2014; буџет за 2015. годину, до почетка јула ове године, такође није био усвојен, што је за последицу имало потпуну финансијску блокаду општинских власти).

2. Европски стандарди централног надзора

Европска повеља о локалној самоуправи регулише материју управног надзора над радом органа локалне власти. Чланом 8 Повеље прописано је да се административни надзор над радом локалних власти може вршити искључиво у случајевима и по поступку предвиђеним законом (овим путем, обезбјеђује се заштита локалне самоуправе од самовољног поступања надзорних органа; иако је поменуто јемство локалне аутономије, данас, готово универзално прихваћено⁸, оно је, како ће се видјети, изборено релативно касно). Ставом 2 истог члана утврђено је да ће сваки облик управног надзора, по правилу, имати за циљ једино да обезбиједи усклађеност рада локалних власти са законом и уставним начелима (изузетак представљају послови из тзв. пренесеног дјелокруга, када органи виших нивоа власти могу процјењивати и цјелисходност датих послова). Творци Повеље пошли су од становишта да би превелик обим надзора над радом локалних органа онемогућио реализацију основних функција локалне самоуправе. У том духу је и одредба којом се захтијева да се управни надзор над радом локалних власти врши на начин којим ће се осигурати да интервенција контролног органа буде у сразмјери са значајем интереса који се штити.⁹

Иако су творци Повеље проблему централног надзора поклонили значајну пажњу, извјесна питања ипак су остала нерегулисана (или то није учињено на довољно прецизан начин). Драгоцјене смјернице, стога, садржане су у Препоруци Министарског комитета Савјета Европе бр. R(98)12е о надзору над радом локалних власти¹⁰ (у Препоруци се, након позивања на принцип супсидијарности прокламован Европском повељом о локалној самоуправи, констатује да поштовање принципа владавине права, заштита грађанских права, као и ефикасно управљање јавном имовином, оправдава постојање контроле над радом локалних власти – како државног надзора, тако и контроле од стране самих грађана). На поједине одредбе овог документа биће упозорено у наставку текста.

⁸ Наведени принцип уграђен је и у уставе појединих земаља. Чл. 144 Устава Републике Бугарске утврђено је: „Централни државни органи и њихове подручне јединице спроводиће контролу законитости аката органа локалне самоуправе само када су на то овлашћени законом.“ (<http://www.parliament.bg/en/const>)

⁹ Чл. 8 ст. 3 Европске повеље о локалној самоуправи.

¹⁰ Текст Препоруке доступан је на: <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=532249&SecMode=1&DocId=485204&Usage=2>

3. Упоредна искуства централног надзора над радом органа локалне власти (субјекти и средства надзора)

Успостављањем грађанске локалне самоуправе (у периоду након првих буржоаских револуција), мијења се карактер односа између централних и локалних органа (они постају правно уређени, локална аутономија престаје бити предметом самовоље центра)¹¹. У овом раздобљу повлачи се и „јасна граница у односима између органа централне државне управе и органа локалне самоуправе на једној страни и централних органа државне управе и њихових локалних експозитура (подручних органа) на другој“.¹² Сходно томе, долази и до диференцијације сопственог дјелокруга органа локалне власти у односу на њихов пренесени дјелокруг. Разликовање ове двије врсте надлежности први пут се јавља у револуционарној Француској, у законима од 14. и 22. децембра¹³ (појам природног (властитог) дјелокруга води поријекло из учења о природним правима општина – „баш тако као што има појединац своја природна права независно од државне власти, има их, према том схваћању, и општина“)¹⁴. Из Француске, концепција о природним правима општине прошириће се и у неке друге европске земље (строго разликовање између природног и пренесеног дјелокруга, на поменутиим основама, одликовало је аустријски општински закон из 1849. године)¹⁵.

¹¹ „Полицијска држава“, како се истиче, „општини није дала да се као самоуправна јединица развија самостално, да живи по начелу самоодлучивања и да у границама свога делокруга сноси и одговорност за свој рад. Полицијска држава је општину водила и упућивала, обухваћајући својим надзором све њене животне манифестације, све њено економско, културно и социјално стварање ... Над општином је вршена власт, слична старатељској, па се према томе и говори о ‘туторству’ полицијске државе над општином“ (С. Мајцен, „О надзору државне управе над општинама“, *Полиција*, бр. 17. и 18, септембар 1932, стр. 874). Након првих грађанских револуција, конституисањем правне државе (барем њених рудиментарних облика), општини је признат карактер правног лица јавнога права одн. признато јој је субјективно право на вршење управе у границама закона (што подразумева и одговарајућу заштиту датог права). Ова заштита састојала се у томе „што је вршење надзора над општином регулисано законом, и то тако, да ван граница законских држава не може да се меша у самоуправни живот општине“ (Ibid).

¹² М. Рамљак, *Утјецај развоја на међусобне односе централних и локалних органа управе* (докторска дисертација), Загреб, 1979, стр. 353.

¹³ О. Gönnerwein, *Gemeinderecht*, Tübingen, 1963, стр. 12, наведено према М. Рамљак, наведено дјело, стр. 183.

¹⁴ И. Крбек, „Опћа теорија о самоуправном и наложеном дјелокругу самоуправе“, *Наша самоуправа*, Београд, 1939, стр. 36.

¹⁵ Ibid. Схватање о основним правима локалних заједница, које централна власт не може укинути или ограничити, обиљежје је и Устава Белгије из 1831. године. Општинска власт, како је овим актом дефинисано, „има своју посебну природу и предмет (објект) одвојен од националних власти“ (Е. Пусић, *Локална...*, стр. 40).

Диференцијација послова изворног и пренесеног дјелокруга за собом повлачи разликовање два облика контроле над њиховим остваривањем. Управни надзор односи се на послове сопственог дјелокруга („децентрализоване“ послове), док се хијерархијска контрола спроводи над пословима пренесеног дјелокруга („деконцентрисаним пословима“). Надзор над остваривањем повјерених послова свеобухватнији је – осим контроле законитости, он подразумејева и оцјену цјелисходности (приликом реализације повјерених послова, локални орган је „слично подређен надзорној државној власти, као и нижи државни орган вишем, те је дужан слушати налоге и упутства“¹⁶).

Особености развоја локалне самоуправе у појединим земљама одразиле су се и на систем контроле над радом локалних власти (у Енглеској, тако, све до тридесетих година деветнаестог стољећа, искључиви вид контроле над радом локалних органа представљао је надзор судова обичајног права; тек ће доношењем Закона о допуни Закона о помоћи сиротињи (Poor Law Amendment Act) 1834. године, локална самоуправа бити подведена под административни надзор централне власти)¹⁷. О јединственом обрасцу централног надзора не може се говорити ни данас.

Анализа упоредног законодавства свједочи о присуству различитих модела управног надзора над радом органа локалне власти (упркос разликама, извјестан вид административне контроле увијек је присутан; с друге стране, „управни надзор не спречава појединца да покрене судски поступак против локалних власти, нити доводи у питање овлашћења омбудсмана и других органа који се, у складу са својом надлежношћу, старају о законитости вршења повјерених јавних послова“).¹⁸ Различита рјешења прихваћена су како у погледу органа којима је надзор повјерен, тако и контролних овлашћења којима они располажу.

У појединим државама, надзор над радом локалних власти спроводе одговарајућа министарства на националном нивоу.¹⁹ У другим

¹⁶ Ibid., стр. 38.

¹⁷ М. Јовичић, *Локална самоуправа*, Изабрани списи, Београд, 2006, стр. 471. Поменути акт предвиђао је образовање посебног централног контролног тијела, састављеног од три комесара (Poor Law Commissioners) и њиховог секретара (који нису бирали међу члановима Парламента) (К.В. Smellie, *A History of Local Government*, George Allen & Unwin Limited, London, 1946, pp. 27–36).

¹⁸ Н. Милићевић, „Државна власт и локална самоуправа у свјетлу европских демократских стандарда“, *Локална самоуправа*, бр. 12/2004, стр. 12.

¹⁹ Такав модел, нпр., прихваћен је у Македонији. Чланом 70 Закона о локалној самоуправи Републике Македоније, прописано је да надзор над законитошћу општинских аката спроводи министарство надлежно за остваривање функција везаних за локалну самоуправу (Службен весник на Република Македонија, бр. 5/02).

земљама, у зависности од облика државног уређења и прихваћеног система локалне самоуправе (једностепена, двостепена или вишестепена), контролу рада локалних органа врше органи нижих нивоа власти. У федерацијама, значајним контролним овлашћењима располажу органи федералних јединица²⁰ (чињеница да се у федерално уређеним државама, често, регулисање локалне самоуправе налази у надлежности држава-чланица, одређује и модел надзора над радом локалних органа; на јачање улоге средњег нивоа власти (федералних јединица), у овом погледу, упозорава и М. Голдсмит²¹).

У регионалним државама, надзор над законитошћу рада локалне власти, већином, спроводе органи региона (такво рјешење прихваћено је у Италији, у којој контролу аката провинција и општина врше надзорни одбори регија, који могу образовати и пододборе за поједина управна подручја)²². У Белгији, надзор над радом локалних органа, по правилу, врше власти региона.²³ У државама са двостепеном одн. вишестепеном локалном самоуправом, надзор над радом локалне власти често је повјерен органима средњег нивоа администрације (који, неријетко, имају карактер деконцентрисаних органа централне власти). У Француској је, у периоду након Револуције, успостављен снажан административни надзор центра, чијом ударном песницом постаје префект (као представник централне власти на нивоу департмана). Контролна овлашћења овог органа данас су, у значајној мјери, редукована.²⁴ Контролу законитости

²⁰ У Швајцарској, контролу законитости рада локалних органа врше државни савјети кантона који, у случају утврђене неуставности и незаконитости, имају право поништити спорне акте (С. Ђорђевић, *Ренесанса локалне власти – упоредни модели*, Београд, 2002, стр. 242). У Канади, надзор над радом локалних власти спроводе органи провинција (Н. Lazar, А. Seal, „Local government: Still a junior government? The place of municipalities within the Canadian Federation“, у N. Steytler (Ed.), *The place and role of local government in federal systems*, Johannesburg, November 2005, pp. 38–40). Искључивим надзорним овлашћењима у односу на локалне власти располажу и надлежна министарства држава-чланица у Аустралији (F. Stilwell, P. Troy, „Multilevel Governance and Urban Development in Australia“, *Urban Studies*, Vol. 37, No. 5-6, 2000, p. 924). О чистим моделима, ипак, није могуће говорити. У Аустрији, тако, надзор над радом општинских органа врше савезна влада и владе држава-чланица, а у појединим федералним јединицама су поменута овлашћења пренесена на гувернера котара (Т. Антић, „Компаративни приказ сустава локалне самоуправе у неким еуропским државама“, *Политичка мисао*, бр. 4/2002, стр. 52).

²¹ М. Goldsmith, „Central Control over Local Government – A Western European Comparison“, *Local Government Studies*, Volume 28, Number 3, Fall 2002.

²² Т. Антић, наведено дјело, стр. 62.

²³ F. Hendriks, „Belgium: Federalism and Subnational Democracy in a Divided Country“, у J. Loughlin (Ed.), *Subnational Democracy in the European Union - Challenges and Opportunities*, Oxford University Press, 2006, p. 297.

²⁴ Након 1982. године, надзор који спроводи француски префект „редукован је на надзор над законитошћу, којим је замијењена ранија свеобухватна хијерархијска контрола (tutelle)“ (Н. Wollmann, G. Bouckaert, „State Organisation in France and Germany between Territoriality and

рада општинских (и окружних) органа власти у Румунији такође спроводи префект, као деконцентрисани орган централне власти.²⁵

Осим у погледу субјеката којима је надзор над радом локалних власти повјерен, разлике постоје и у погледу контролних средстава којима надзорни органи располажу. Инструменти које ови органи посједују варирају од релативно благих, до веома строгих (као што је, нпр., право распуштања органа локалне власти). „Интервенција државних органа над локалним“, како се опажа, „зависи од степена невршења послова и може да се креће од упозорења и приговора, преко налога да се нешто учини или не учини, до праве делегације (преношење вршења неког посла на други орган), односно супституције (преузимање посла општине од стране државног органа). Може се, коначно, као облик интервенције државе предвидети и поништавање односно укидање аката органа општине све до распуштања скупштине општине и именовања нових функционера.“²⁶

Законодавством великог броја земаља предвиђено је право надзорног органа да од извршења обустави акт локалне власти, за који сматра да је у супротности са уставом и законом. Ова мјера привременог је карактера и праћена је обавезом покретања поступка пред надлежним судом (уколико поступак није покренут у прописаном року, акт ће бити извршен; надзорни орган нема право сам поништити спорни акт). Чланом 81 Закона о локалној самоуправи Републике Србије, нпр., утврђена је обавеза владе „да обустави од извршења општи акт јединице локалне самоуправе за који сматра да није сагласан Уставу или закону, решењем које ступа на снагу кад се објави у Службеном гласнику РС“. Ставом 2

Functionality“, у V. Hoffmann-Martinot, H. Wollmann (Eds.), *State and Local Government Reforms in France and Germany*, Springer, 2006, p. 21).

²⁵ П. Коман, Е. Краи, М. Радулеску, Г. Станчулеску, „Локална власт у Румунији“, у Е. Кандева (Ур.), *Јачање локалне власти*, Београд, 2002, стр. 339–341. У Чешкој, надзор над радом општинских органа врши окружна канцеларија, на чијем челу се налази начелник кога именује и разрјешава централна власт (К. Lacina, Z. Vajdova, „Local Government in the Czech Republic“, у Т. Horváth (Ed.), *Decentralization: Experiments and Reforms*, Budapest, 2000, p. 264). У Мађарској, контролу законитости рада органа локалне самоуправе спроводи влада посредством Министарства унутрашњих послова и начелника канцеларија јавне администрације округа (И. Темеси, „Локална самоуправа у Мађарској“, у М. Дамјановић (Ур.), *Упоредна искуства локалних самоуправа*, Београд, 2002, стр. 202). У Бугарској, контролу аката локалне власти врши регионални гувернер (региони у Бугарској представљају други ниво власти; иако је првобитно било предвиђено образовање дистрикта, они никад нису успостављени) (М. Minkova, M. Stefanova, R. Kolarova, D. Dimitrov, „Report on the State of Local Democracy in Bulgaria“, у G. Soós (Ed.), *The State of Local Democracy in Central Europe*, Local Government and Public Service Initiative, Budapest, 2006, p. 55).

²⁶ М. Илић, *Управно право*, Ниш, 2006, стр. 651.

истог члана, предвиђено је да ће односно рјешење престати да важи ако влада у року од пет дана од објављивања рјешења не покрене поступак за оцјену уставности и законитости општег акта.²⁷

Надзорној власти, у појединим случајевима, даје се право потврђивања одлука органа локалне власти. Као илустрација може се навести Закон о грађанско-општинском праву Републике Аустрије из 1965. године, који, у чл. 80, захтијева претходно одобрење републичке владе за поједине општинске правне послове (нпр. приликом куповине непокретних ствари, вриједносних папира или дијелова предузећа веће вриједности; код отуђивања непокретних ствари, вриједносних папира, потраживања и дијелова предузећа, као и одустајања од права која припадају општини, уписаних у земљишне књиге; код одрицања на одређено вријеме од права која припадају општини, а која су уписана у земљишне књиге; код дефинитивне продаје непокретних ствари, вриједносних папира, потраживања и власничких дијелова предузећа веће вриједности; код стварања предузећа и приступања предузећима).²⁸ Овим обликом надзора над радом локалних власти, битно се умањује њихова аутономност (што оправданост поменутог инструмента чини, најблаже речено, упитном). Потреба за редукцијом овог вида контроле над локалним пословима, наглашена је и Препоруком R(98)12е. Чланом 1 Анекса Препоруке сугерисано је ограничавање облика а рiоgи административног надзора (гдје је сагласност владиних представника неопходна да би локални акт ступио на снагу).

Снажно средство утицаја на локалну власт представља могућност надзорног органа да пренесе извршење одређеног посла са једног органа на други (или да његову реализацију сам спроведе). Енглеским Законом о локалној самоуправи из 1999. године (чл. 15 ст. 6), прописано је да државни секретар, уколико сматра да локална власт није задовољила критеријуме „најбоље вриједности“ (best value), спорне задатке може сам извршити или их повјерити неком другом лицу.²⁹ Супституцију (преузимање локалних послова од стране државног органа) предвиђао је и Закон о локалној самоуправи Републике Србије из 1999. године (чланом 210 ст. 1 и 2, било је прописано да: „Ако орган јединице локалне самоуправе не извршава одлуке или друге акте јединице локалне само-

²⁷ Службени гласник РС, број 129/07.

²⁸ Ђ. Блажић, Д. Миловановић, *Локална самоуправа* (збирка прописа), Подгорица, 1996, стр. 408–409.

²⁹ Наведено према P. Vincent-Jones, „Central-Local Relations under the Local Government Act 1999: A New Consensus?“, *The Modern Law Review*, Vol. 63, January, 2000, p. 91.

управе који се односе на остваривање уставних слобода, права и дужности човека и грађанина, надлежно министарство упозориће на то орган јединице локалне самоуправе и затражити да у року који не може бити дужи од месец дана предузме мере за извршавање те одлуке или општег акта. Ако орган из става 1. овог члана и поред упозорења не предузме мере, надлежно министарство може преузети извршавање одлуке, односно другог општег акта јединице локалне самоуправе, а најдуже годину дана³⁰.

У арсеналу надзорних средстава којима централна власт располаже, најмоћније „оружје“, свакако, представља право распуштања органа локалне власти. Поменуто овлашћење предвиђено је законодавством великог броја земаља (различита рјешења, међутим, прихваћена су како у погледу органа који овим правом располажу, тако и разлога који до распуштања могу довести).

У извјесном броју земаља, право да распусти локално представничко тијело припада националном парламенту (одн. представничким тијелима федералних јединица). Такво рјешење прихваћено је, нпр., у Мађарској (на основу приједлога Владе, а последице добијеног мишљења Уставног суда, мађарски Парламент има право распустити локално представничко тијело због дјеловања супротног Уставу).³¹

³⁰ Службени гласник РС, бр. 49/99. Осим тога, чл. 212 Закона предвиђао је да ће, ако јединица локалне самоуправе у случају наступања ванредних околности (елементарне непогоде и др.) благовремено не предузме мјере ради спречавања штете већих размјера, државни орган предузети дате мјере на терет средстава буџета јединице локалне самоуправе. Могућност привременог вршења овлашћења локалне власти од стране органа федералних јединица, под законом прописаним условима, предвиђена је и чл. 75 ст. 1 Федералног закона о општим принципима локалне самоуправе у Руској Федерацији из 2003. године (Russian Federation Federal Law „On the General Principles of the Organization of Local Self-Government in the Russian Federation“ No. 131 - FZ of October 6, 2003, у *Statutes and Decisions*, vol. 41, no. 5, September-October, 2005).

³¹ И. Темеси, наведено дјело, стр. 187. Поменути модел прихваћен је и Летонији, Пољској, Словенији и Руској Федерацији. У Летонији, национални парламент (Seima) може распустити локално вијеће уколико оно: 1. учестало крши Устав (Satversme), законе, прописе Кабинета (Cabinet of Ministers) или судске одлуке; 2. доноси одлуке или предузима радње које спадају у надлежност Парламента, Кабинета, министарстава, других државних тијела или судова; 3. не изабере председника, потпредседника или чланове сталних одбора у року од два мјесеца од конститутивне сједнице или поднесене оставке (одн. смјене); 4. не обезбједи кворум (присуство просте већине вијећника) на три сједнице узастопно (E. Vanags, I. Vilka, „Local Government in Latvia“, у Т. Horváth (Ed.), наведено дјело, р. 140). У Пољској, „Сејм, на предлог Председника Министарског савета може да разреши орган одлучивања територијалне самоуправе, ако тај орган очигледно крши Устав и законе“ (М. Пајванчић, *Уставно право – Уставне институције*, Нови Сад, 2005, стр. 359). У Словенији, Државни збор (доњи дом националног парламента), на приједлог владе, има право распустити општинско вијеће у случајевима предвиђеним Законом (чл. 90б) (*Zakon o lokalnoj samoupravi (uradno prečiščeno besedilo)*, *Uradni list Republike Slovenije*, 94/2007). Чланом 73 Федералног закона о принципима локалне самоуправе у Руској Федерацији

На просторима бивше СФРЈ, међутим, доминира рјешење по ком локални парламент распушта влада (чланом 86 Закона о локалној самоуправи Републике Србије, предвиђено је да: „одлуку о распуштању скупштине јединице локалне самоуправе доноси Влада, на предлог министарства надлежног за послове локалне самоуправе, односно надлежног органа територијалне аутономије“)³². Поменути модел прихваћен је и у Хрватској, Македонији и Црној Гори. У Италији, локално представничко тијело распушта предсједник Републике.³³

Са аспекта демократичности, рјешење по ком право распуштања локалног вијећа припада парламенту, свакако је прихватљивије (имајући у виду демократски карактер законодавног тијела и релативну сложеност процедуре одлучивања; овим путем, ризик од злоупотреба централне власти битно се смањује). С друге стране, оно што представља предност поменутог модела, може се, истовремено, манифестовати и као његов недостатак. Један од основних разлога за прихватање наведеног контролног инструмента јесте настојање да се пронађе лијек за случајеве дуготрајне парализе локалних институција (нпр., немогућност усвајања кључних аката или неуспјех да се, у дужем раздобљу, обезбиједи кворум за рад локалног представничког тијела). Сложена процедура одлучивања, тада, може се претворити у својеврстан продужетак „агоније“. Стога, дефинишу ли се разлози за распуштање локалног вијећа на одговарајући начин (на шта ће бити упозорено у наставку текста), тада ни други модел, по ком наведеним правом располаже влада, не представља мање прихватљиво рјешење.

Након распуштања локалног вијећа, надзорни орган поставља повјереника или именује посебан одбор, са задатком да до избора новог представничког тијела обавља послове из његове надлежности. Упоредно законодавство познаје извјесна одступања од поменутог правила.

предвиђено је да ће, уколико одговарајући суд утврди да је акт представничког тијела локалне јединице у супротности са Уставом РФ, федералним уставним законима, федералним законима, уставом и законима чланица федерације или статутом локалне јединице, а локално представничко тијело у року од три мјесеца (или другом року утврђеном судском одлуком) не предузме мјере за спровођење одлуке суда, највиши функционер чланице РФ (предсједник највишег извршног органа чланице РФ) упутити законодавном тијелу чланице РФ нацрт закона о распуштању локалног парламента.

³² Чланом 85 Закона предвиђени су сљедећи разлози за распуштање скупштине јединице локалне самоуправе: 1. ако скупштина не засједа дуже од три мјесеца; 2. ако не изабере предсједника општине и општинско вијеће у року од мјесец дана од дана конституисања скупштине јединице локалне самоуправе или од дана њиховог разрјешења, односно подношења оставке; 3. ако скупштина у законом предвиђеном року не донесе статут одн. буџет општине.

³³ Т. Антић, наведено дјело, стр. 62.

Тако је Законом о локалној самоуправи Црне горе из 2003. године (чл. 125) било прописано да: „У случају распуштања, функцију скупштине, до њеног конституисања, врши предсједник општине“.³⁴ Такво рјешење предвиђено је и Законом о локалној самоуправи Македоније (чл. 77 ст. 1), као и Законом о локалној самоуправи Републике Словеније (чл. 90ч). У системима у којима градоначелника непосредно бирају грађани, поменуто рјешење може се оцијенити као легитимније (посматрано из угла поштовања воље локалног бирачког тијела). Законом се, по правилу, утврђује и рок у ком морају бити одржани нови избори за локално вијеће (и у овом погледу, у упоредном праву појављују се различита рјешења).³⁵

С обзиром на строгост наведеног контролног механизма, намеће се питање оправданости његовог постојања. То утолико више, имајући у виду чињеницу да могућност распуштања локалног представничког тијела није предвиђена Европском повељом о локалној самоуправи (могло би се, чак, утврдити да је поменуто средство противно „духу“ Повеље, чије одредбе говоре у прилог ограничавању обима централног надзора). Ипак, иако право распуштања скупштине локалне јединице представља најдрастичнији вид интервенције централне власти у сферу локалне аутономије, оно се не може априорно прогласити неприхватљивим. Пракса локалног управљања познаје примјере дуготрајне парализе органа локалне власти,³⁶ тако да се примјена овог контролног средства понекад показује као нужна. С друге стране, да би се могућност злоупотребе од стране средишње власти свела на минимум, услови за распуштање локалне скупштине треба да буду прецизно утврђени (при чему је нарочито опасна употреба правних стандарда, као што су, нпр., „јавни“

³⁴ Напуштање модела непосредно бираног градоначелника условило је измјену поменуте одредбе. Законом о измјенама и допунама Закона о локалној самоуправи Црне Горе (чл. 51 ст. 2), прописано је да: „У случају распуштања скупштине, функцију скупштине до њеног конституисања врши одбор повјереника, који именује Влада“ (Службени лист Црне Горе, бр. 88/09).

³⁵ У Мађарској, Србији и Хрватској, овај рок износи 60 дана (у Хрватској, поменуто питање уређено је Законом о избору чланова представничких тијела јединица локалне и подручне (регионалне) самоуправе (чл. 4 ст. 3), Народне новине, бр. 33/01). Чл. 126 Закона о локалној самоуправи Републике Црне Горе предвиђено је да: „У случају распуштања скупштине, предсједник општине расписује изборе у року од 15 дана од дана распуштања.“ Према параграфу 86 ст. 4 Закона о грађанско-општинском праву Републике Аустрије из 1965. године, републичка влада обавезна је, након распуштања општинског вијећа, расписати нове изборе у року од 6 мјесеци (Ђ. Блажић, Д. Миловановић, наведено дјело, стр. 411). Не треба посебно наглашавати да је рок предвиђен посљедњим законом неоправдано дуг.

³⁶ Према Ј. Шмидовнику, повод да се Државној скупштини Републике Словеније повјери право распуштања општинских савјета, представљала је криза градске власти у Љубљани почетком деведесетих година прошлог стољећа. Скупштина града Љубљане, за вријеме цијелог свог мандата, није успјела усвојити градски буџет (Ј. Шмидовник, *Локална самоуправа*, Сарајево, 1999, стр. 191). На кризу власти у општини Кнежево већ је упозорено.

или „општи интерес“³⁷). Неопходно је, такође, да се законом јасно дефинише даљњи редослијед корака, уз прецизне и што краће рокове за конституисање новог представничког тијела (како би се централна власт спријечила да, посредством својих повјереника, успостави контролу над локалном влашћу кроз дужи временски период)³⁸. У овом правцу говори и одредба Препоруке бр. R (98) 12 (чл. 1 ст. 4), којом је предвиђено да се административне санкције против представника локалне власти, укључујући суспензију или смјену локалних изабраних представника и распуштање локалних тијела, могу предвидјети, али само изузетно (њихова употреба, тада, мора бити праћена одговарајућим гаранцијама, како би се осигурало слободно вршење локалних мандата). Адекватно уређен, поменути инструмент може постати ефикасно средство превазилажења блокаде рада локалних власти.

Осим локалног представничког тијела, на удару поменуте надзорне мјере могу се наћи и органи локалне егzekутиве. Федералним законом о општим принципима локалне самоуправе у Руској Федерацији (чл. 74), предвиђено је да ће највиши функционер чланице Руске Федерације (предсједник највишег извршног органа чланице РФ) смијенити предсједника локалне јединице или руководиоца локалне администрације, уколико овај донесе нормативни акт који је у супротности са Уставом РФ, савезним уставним законима, савезним законима, уставом и законима чланице федерације или статутом локалне јединице, ако је повреда утврђена одлуком надлежног суда, а локални функционер, у року од два мјесеца (или року утврђеном односним судским актом), у оквиру својих надлежности не предузме мјере потребне за извршење судске одлуке. Поменута мјера предвиђена је и за случај ак-

³⁷ Драстични примјери „флуидних“, произвољном тумачењу подложних формулација, налазе се у неким од старијих закона; угарски Општински закон из 1886. године, нпр., предвиђао је могућност распуштања општинског представничког тијела, уколико оно својим поступцима доводи у опасност *интересе и благостање државе* (Наведено према Ј. Стефановић, „Надзор над општинском самоуправом према угарском општинском закону од 1886“, *Полиција*, бр. 23 и 24, 1927, стр. 1006). Закон о општинама Краљевине Југославије из 1933. године предвиђао је да бан може да разријешити општински одбор, општинску управу или предсједника због „решења и изјава које су штетне по опште државне интересе“ (чл. 130 Закона). На употребу правних стандарда, међутим, наилази се и у новијим актима. Закон о локалној самоуправи Републике Србије из 1999. године предвиђао је могућност распуштања скупштине јединице локалне самоуправе уколико би она своје послове реализовала на начин којим се угрожавају уставна и законска права грађана, односно теже оштећује јавни интерес.

³⁸ О могућности злоупотребе овог контролног механизма свједочи примјер општине Нови Пазар; у прољеће 1997. године, свега шест мјесеци након избора, Влада Србије распустила је Скупштину општине Нови Пазар; том приликом именовано је Општинско вијеће, које је општином владало све до нових избора у септембру 2000. (Наведено према С. Ђорђевић, наведено дјело, стр. 406).

тивности односних функционера којима се крше права и слободе људи и грађана, изазива пријетња јединству и територијалном интегритету Руске Федерације, њеној националној безбједности и одбрамбеним могућностима, или јединству правног и економског простора РФ, као и у случају ненамјенског трошења субвенција из савезног буџета одн. буџета чланица федерације, уколико је такво поступање утврђено судском одлуком, а функционер је пропустио предузети мјере ради извршења датог акта. Могућност смјене начелника општине (жупана) предвиђа и Закон о локалној самоуправи Републике Словеније (чл. 90.б ст. 2). Право централне власти да смијени предсједника и чланове извршног одбора било је предвиђено и Законом о локалној самоуправи и територијалној организацији Републике Српске из 1994. године.³⁹

4. Централни надзор над радом органа локалне власти у Републици Српској

У Босни и Херцеговини, регулисање области локалне самоуправе спада међу надлежности ентитета.⁴⁰ Материја административног надзора над радом локалних власти у Републици Српској уређена је Законом о локалној самоуправи⁴¹ (о настојању законодавца да Закон усклади са принципима Европске повеље о локалној самоуправи свједочи чињеница да су поједине одредбе Повеље готово дословно пренесене).⁴²

Чланом 83 ст. 1 Закона, управни надзор над радом органа локалне власти повјерен је Министарству за управу и локалну самоуправу.⁴³

³⁹ Чл. 35 ст. 5 Закона било је предвиђено да: „Влада може сменили председника и чланове извршног одбора ако оцени да је њиховим радом битно повређен Устав или Закон Републике Српске“ (*Службени гласник Републике Српске*, бр. 11/94).

⁴⁰ Уставом Босне и Херцеговине, надлежности институција БиХ утврђене су системом позитивне енумерације. Будући да се међу таксативно утврђеним надлежностима Босне и Херцеговине локална самоуправа не помиње, регулисање поменути материје налази се у надлежности ентитета.

⁴¹ Службени гласник Републике Српске, бр. 101/04, 42/05, 118/05, 98/13.

⁴² Тако је Законом предвиђено да се „административни надзор над радом органа јединица локалне самоуправе врши само у законом утврђеним случајевима“ (чл. 83 ст. 2), уз обавезу да обим интервенције надзорног органа буде „пропорционалан значају интереса који се њоме намјерава заштитити“ (чл. 83 ст. 6). Законодавац је, такође, водио рачуна о разлици између изворног и пренесеног дјелокурга локалне власти (чланом 83 ст. 4 Закона, прописано је да се надзор над извршењем послова из самосталног дјелокурга органа јединица локалне самоуправе ограничава на законитост предузетих радњи).

⁴³ Чл. 84 ст. 1 Закона утврђено је да предмет надзора законитости представљају: а) општи акти које доноси скупштина јединице локалне самоуправе, б) нормативни акти начелника јединице

Захтјев за контролу законитости могу поднијети скупштина јединице локалне самоуправе (у односу на акте начелника општине/градоначелника), начелник јединице локалне самоуправе (у односу на акте локалне скупштине), те сва правна или физичка лица која сматрају да су њихова права или правни интереси повријеђени актом органа јединице локалне самоуправе. Министарство је дужно да захтјев за контролу законитости размотри и по њему поступи у року од 30 дана од подношења захтјева. Уколико сматра да постоје повреде законитости, Министарство ће обавијестити доносиоца акта о основама за незаконитост оспореног акта и затражити да се он измијени, укине или поништи (чл. 87 ст. 1). Орган јединице локалне самоуправе обавезан је да поступи по захтјеву у року од 30 дана од дана пријема обавјештења. Уколико доносилац акта одбије да поступи по захтјеву, или не донесе одлуку о захтјеву, дужан је да о томе достави образложено обавјештење Министарству у року од три дана од истека рока од 30 дана. У том случају, или уколико обавјештење није достављено у законом прописаном року, Министарство ће покренути поступак пред надлежним судом у року од 30 дана од пријема обавјештења, или истека рока за његово достављање (уколико је ријеч о појединачном акту органа локалне самоуправе, биће покренут управни спор пред надлежним окружним судом⁴⁴; ако је спорна законитост општег акта, надлежан је Уставни суд Републике Српске). Такође, Законом је предвиђено да Влада, до одлуке надлежног суда, поред аката из члана 84 Закона може обуставити од извршења и сваки пропис, општи или појединачни акт органа јединице локалне самоуправе за које сматра да су противуставни или противзаконити или озбиљно угрожавају јавни интерес или представљају ризик од наношења непоправљиве штете (чл. 88 ст. 1). Одлуку о обустави извршења Влада је дужна донијети у року од 15 дана од дана подношења приједлога од стране Министарства (чл. 88 ст. 2).

Закон о локалној самоуправи РС посебно уређује надзор над реализацијом повјерених послова (који је, како је упозорено, обухватнији у односу на надзор над пословима из сопственог дјелокруга; осим зако-

локалне самоуправе, в) одлуке које се односе на располагање некретнинама у својини јединице локалне самоуправе, г) одлуке о финансијској обавези од 10.000 КМ или више и д) акти донесени у поступку спровођења повјерених послова државне управе.

⁴⁴ Чланом 1 Закона о управним споровима РС предвиђена је могућност покретања управног спора против акта органа локалне самоуправе којим се рјешава у појединачној управној ствари (Службени гласник Републике Српске, бр. 109/05, 63/11). Члан 5 Закона прописује да: „Управне спорове рјешава окружни суд и то према сједишту првостепеног органа, односно његове организационе јединице, уколико посебним законом није друкчије одређено“.

нитости, предмет оцјењивања представља и експедитивност поступања локалне власти). Чланом 89 Закона, предвиђено је да: „Републички органи који су надлежни за вршење надзора над експедитивношћу аката које донесу органи јединице локалне самоуправе у оквиру овлашћења у вршењу повјерених послова, имају право тражити, у року од 15 дана од сазнања за оспорени акт, да органи јединица локалне самоуправе измијене, укину или пониште оспорени акт на основу уважавања експедитивности.“ Уколико локални органи не поступи у складу са захтјевом, републички орган надлежан за спровођење надзора над експедитивношћу усвојиће односни акт умјесто органа јединица локалне самоуправе (у овом случају, дакле, надлежни републички орган располаже правом супституције).⁴⁵

Анализа одговарајућих одредаба Закона открива тенденцију даљњег ограничавања контролних овлашћења централних органа (у односу на раније законе којима је ова материја била регулисана). То је видљиво и из чињенице да важећи Закон о локалној самоуправи не предвиђа могућност распуштања локалног представничког тијела од стране републичких органа (према Закону о локалној самоуправи Републике Српске из 1999. године, таквим правом располагала је Народна скупштина РС)⁴⁶. Поставља се питање да ли је такво рјешење у складу са настојањима да се обезбиједи оптимална заштита владавине права на локалном нивоу. Пракса локалних органа показује да локалне институције нису имуне на застоје, па чак ни дуготрајну парализу у функционисању. Поменути чињеницу уважио је и Министарски комитет Савјета Европе у Препоруци R(98)12е, тако да аргумент да односни инструмент није предвиђен Европском повељом о локалној самоупра-

⁴⁵ Иако је ријеч о реализацији повјерених (пренесених) послова, органи локалне власти располажу средствима правне заштите. Законом је, тако, предвиђено да орган јединице локалне самоуправе, уколико сматра да је одлука републичког органа којом се супституише локални орган незаконита, има право пред надлежним судом покренути управни спор (у року од 30 дана од пријема обавјештења о донијетој одлуци). Такође, ако орган јединице локалне самоуправе сматра да усвајање акта од стране органа који врши надзор може довести до наношења непоправљиве штете, може затражити од надлежног суда да обустави од извршења спорни акт или да донесе неке друге административне мјере (чл. 89 ст. 4 и 5 Закона).

⁴⁶ Чл. 75 Закона о локалној самоуправи било је утврђено право Народне скупштине РС да распусти скупштину јединице локалне самоуправе, уколико она, и поред упозорења Владе, дуже вријеме не би обављала надлежности утврђене законом и статутом, чиме би у питање било доведено остваривање права и слобода грађана. Након распуштања скупштине јединице локалне самоуправе, Народна скупштина била је обавезна именовати трочлани Одбор повјереника, који би до конституисања новоизабране локалне скупштине обављао послове и задатке из надлежности органа јединице локалне самоуправе. Рок за расписивање нових избора износио је 90 дана (Службени гласник Републике Српске, бр. 35/99).

ви нема потребну тежину. Стога би било оправдано, у склопу будућих измјена Закона о локалној самоуправи, установити право распуштања локалног представничког тијела (водећи рачуна о томе да могућност злоупотреба од стране централне власти буде сведена на минимум). То, прије свега, подразумијева да разлози за распуштање морају бити прецизно утврђени и ограничени на драстичне случајеве нефункционисања локалних институција (немогућност усвајања релевантних аката у периоду дужем од шест мјесеци, дуготрајна немогућност одржавања сједница локалног парламента и сл.). Позивање на заштиту општег или јавног интереса означено је као неприхватљиво. Сљедећи услов на ком би требало инсистирати, јесте утврђивање што краћег рока за спровођење нових избора (највише 60 дана). Уређен у складу са назначеним принципима, поменути инструмент представљао би ефикасан инструмент заштите владавине права на локалном нивоу.

5. Закључак

Значај локалне самоуправе за изградњу система владавине права и јачање демократских институција представља снажан аргумент у прилог проширивању дјелокруга локалних власти. Како би се спријечило самовољно поступање локалних органа и осигурало адекватно остваривање права грађана, наведени процес мора бити праћен успостављањем одговарајућих механизма заштите владавине права на локалном нивоу, међу којима средишњи значај припада централном надзору над радом локалних власти.

Анализа одредаба Закона о локалној самоуправи Републике Српске посвећених централном надзору говори о усклађености овог акта са стандардима дефинисаним Европском повељом о локалној самоуправи. Питање које је у раду размотрено јесте да ли важеће одредбе нуде оптимална рјешења за превазилажење кризе локалних власти. Поменуто питање актуелизовано је случајевима дуготрајне кризе локалних институција, забиљеженим у појединим општинама у Републици Српској. Став је аутора да би у склопу будућих измјена Закона о локалној самоуправи било неопходно предвидјети право централне (републичке) власти да распусти локално представничко тијело. Како би се ризик од злоупотреба централне власти свео на минимум, неопходно је да ова мјера буде ограничена само на драстичне случајеве нефункционисања

локалног представничког тијела (пропуштање да се усвоје кључни локални акти или немогућност одржавања сједница у дужем временском периоду). Такође, неопходно је законом на одговарајући начин дефинисати кораке након доношења одлуке о распуштању, уз прецизне и што краће рокове за конституисање новог представничког тијела.

Igor Milinković, PhD,
Associate Professor
Faculty of Law, University in Banja Luka

CENTRALISED CONTROL OVER LOCAL SELF-GOVERNMENT UNITS IN REPUBLIC OF SRPSKA

Summary

The importance of local government for the establishment of the rule of law system and strengthening democratic institutions, provides a strong argument for expanding the local government competencies. In order to prevent arbitrary actions of local government bodies and secure the appropriate realization of citizens' rights, the process of strengthening local autonomy should be followed by the establishment of the appropriate mechanisms of the rule of law protection at local level. Among these instruments, a central place belongs to the central government supervision over the local authorities' affairs.

The analysis of the RS' Local Self-Government Act showed that its provisions regulating the central government supervision are in accordance with the principles of the European Charter of Local Self-Government. The article deals with the question whether these provisions provide the optimal solutions for the cases of the long-term paralysis of local government institutions. The importance of this question has been highlighted by the growing number of instances of the municipal government crisis in Republic Srpska. Within the future legislative changes, in the author's opinion, the power of the local parliament dissolution should be introduced. To prevent the abuses from the supervisory bodies, the application of this control measure should be limited

to the most drastic cases of the local representative body non-functioning (inability to adopt the most important legal acts or impossibility of holding sessions over a longer period of time). Also, the steps after the dissolution should be explicitly defined, especially the terms for the constitution of new representative body (which should be as short as possible).

Keywords: *local self-government, local authority domain, central supervision, instruments of control*

ИЗБОР СУДИЈА УСТАВНИХ СУДОВА У БОСНИ И ХЕРЦЕГОВИНИ

Проф. др Горан Марковић*

Апстракт: Избор судија уставних судова различито је уређен у упоредном праву. У овом раду, аутор анализира три питања која су важна за избор судија: услови за избор, орган који врши избор и дужина мандата судија уставних судова.

Да би анализирао избор судија уставних судова у Босни и Херцеговини, аутор је примијенио позитивноправни и упоредноправни метод. Прво је анализирао уставна и законска рјешења у Босни и Херцеговини, а онда их је упоредио са уставним рјешењима у бившим југословенским републикама.

Раd је прожет критичком анализом уставних рјешења у Босни и Херцеговини, која аутор критикује по више основа: прво, сматра да услови за избор судија нису адекватно регулисани; друго, сматра да није на одговарајући начин ријешено питање органа који врше избор судија; треће, критикује сталност функције судија уставних судова. Полазећи од ове критичке анализе, аутор предлаже рјешења која треба унијети у уставе државе и ентитета.

Кључне ријечи: Уставни суд, Босна и Херцеговина, Република Српска, Федерација Босне и Херцеговине, судије уставног суда, сталност функције судија уставног суда, реизбор.

* Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву

1. УВОД

Иако уставни судови нису политичке институције, они често одлучују као политичке институције *sui generis*. Стога, питање њиховог састава и начина избора има прворазредан значај. Одлуке уставних судова често утичу на функционисање уставног система и имају далекосежне политичке посљедице.

Пошто држава и ентитети у Босни и Херцеговини имају своје уставне системе, логично је да имају и своје уставне судове. Како су уставни државе и ентитета доношени у различитим политичким околностима и под различитим утицајима, постоје значајне разлике које се односе на састав и избор уставних судова. Досадашња искуства оправдавају критичку анализу уставних рјешења. Осим тога, упоредноправна анализа пружа довољно основа за извођење закључака о томе у чему су предности и недостаци наших уставних рјешења.

2. САСТАВ УСТАВНИХ СУДОВА

За састав Уставног суда Босне и Херцеговине важна су три питања: присуство страних судија; национални састав и представљеност ентитета. Два питања уређена су Уставом Босне и Херцеговине, а треће (национални састав Суда) уставном конвенцијом. Имајући у виду да је Уставни суд Босне и Херцеговине федерални орган, нужно је да у његовом саставу дође до изражаја представљеност ентитета као федералних јединица. Тако, Устав Босне и Херцеговине предвиђа да ће, од шест домаћих судија, четири бити из Федерације а два из Републике Српске. Без обзира на то како би се број судија могао мијењати, о чему ћемо касније писати, мора се водити рачуна о томе да одређен број долази из оба ентитета.

Суштинско питање тиче се положаја страних судија, који су досад имали значајну улогу у тумачењу Устава и преобликовању уставног система Босне и Херцеговине. Чини се да би Уставом требало прописати да у састав Уставног суда више не улазе стране судије, чиме би била отклоњена аномалија да странци учествују у раду органа једне суверене државе. Иако су стране судије предвиђене са увјерењем да ће бити непристрасније при тумачењу Устава од домаћих судија, нема доказа да је то тако или да мора бити тако. Осим тога, након двије и по деценије,

може се рећи да је уставни систем барем толико стабилизован да више нема потребе за страним судијама.

Уставни суд Босне и Херцеговине могао би имати седам или десет судија. Притом, требало би водити рачуна о томе да уставном нормом буде прописано да у његов састав улази једнак број судија из реда конститутивних народа и један судија из реда осталих. Паритетан састав Уставног суда у смислу представљености конститутивних народа и досад је био правило, али је то неписана и неправна норма. Та норма се већ усталила, па нема разлога да не буде прописана Уставом, поготово ако се зна да је Уставом изричито прописана национална структура још неких важних државних органа.

Занимљиво је да се у саставу уставних судова ентитета налази по један судија из реда осталих, док то није случај са Уставним судом Босне и Херцеговине.¹ Није случајно што постоји ова разлика. Она је условљена чињеницом да је састав уставних судова ентитета модификован амандманима из 2002. године, у вријеме када је прошла прва фаза примјене Дејтонског споразума, кад су постали уочљиви одређени недостаци, у првом реду одсуство осталих из различитих институција, укључујући уставне судове. У то вријеме, амандманима се настоје укључити остали у различите институције, па тај принцип није могао мимоићи ни уставне судове.

Кад је у питању састав Уставног суда Босне и Херцеговине, сматрамо да не треба прецизирати да се из Републике Српске бирају искључиво Срби, а из Федерације искључиво Бошњаци и Хрвати. Истовремено, не треба прецизирати националну припадност судија из ентитета. Било би врло тешко, ако не и немогуће, обезбиједити потребну већину у Парламентарној скупштини за усвајање уставног амандмана којим би се прецизирало да из оба ентитета треба да буде биран одређен број судија из реда Срба, Хрвата и Бошњака. Треба оставити могућност да избор судија у ентитетима не зависи од њихове националне припадности иако ће се у пракси увијек или најчешће дешавати да у Републици Српској буду бирани Срби а у Федерацији Бошњаци и Хрвати. Наравно, разумије се да Уставом треба прецизирати број судија који су из једног односно другог ентитета.

¹ Иако Устав Босне и Херцеговине не искључује ову могућност, уставна конвенција не предвиђа избор судије из реда осталих у овај суд.

3. УСЛОВИ ЗА ИЗБОР СУДИЈА

Устави не прописују прецизно услове које кандидати морају испунити да би били бирани за судије уставних судова. Устав Босне и Херцеговине само прописује да то треба да буду истакнути правници високог моралног угледа.² Устав Федерације Босне и Херцеговине прописује да ће судије бити угледни правници највиших моралних особина.³ Устав Републике Српске не садржи норме о условима за избор судија Уставног суда Републике Српске. То рјешење одступа од оног које је познато у упоредном уставном праву и неприкладно је, чак и ако се узме у обзир да су услови за предлагање судија овог суда, опет непримјерено, на општи начин наведени у Закону о Високом судском и тужилачком савјету Босне и Херцеговине. Пошто је Уставни суд Републике Српске орган овог ентитета, нужно је да услови за избор његових судија буду прописани Уставом Републике Српске, тим прије што избор судија врше органи Републике Српске.

Напријед назначено нормирање правног стандарда „истакнути правник“ сматрамо неодговарајућим, јер пружа могућност да у Уставни суд буду биране судије које немају довољно искуства, него су биране првенствено или искључиво према политичким мјерилима. Посланицима се даје пуна слобода да оцијене да ли је неки кандидат истакнути правник. Може се очекивати да ће се посланици, приликом процјене стручних квалитета кандидата, више руководити њиховом политичком подобношћу,⁴ имајући у виду чињеницу да велика већина посланика

² Устав Босне и Херцеговине, чл. VI 1б. Слично рјешење садржи Устав Републике Словеније, који у чл. 163, ст. 2 прописује да ће за судије Уставног суда бити бирани правни стручњаци. Осим тога што утврђује да за судију Уставног суда мора бити биран правник, који је уз то стручњак, Устав Републике Словеније не утврђује ближе услове, па је Државном збору препуштено да, без икаквих формалних мјерила, оцјењује да ли је неки кандидат правни стручњак. Устав Републике Македоније у чл. 109, ст. 4 прописује да ће судије Уставног суда бити истакнути правници, али ни овим ни другим актом нису прописани други услови за избор судија Уставног суда, нити је ближе одређен овај правни стандард.

³ Ово је општи услов који важи за именовање свих судија у Федерацији, што се односи како на редовне судове тако и на Уставни суд. Наиме, Устав Федерације Босне и Херцеговине, по нашем мишљењу неоправдано, подводи Уставни суд под судску власт, тако да се закључује како за именовање судија Уставног суда нису потребни било какви посебни услови, различити од избора судија редовних судова, што сматрамо неприкладним, имајући у виду надлежности и значај Уставног суда.

⁴ Политичка мјерила при избору судија уставних судова у Босни и Херцеговини биће утолико значајнија уколико се зна да уставни системи пролазе кроз процес промјена и да постоје врло опречна схватања политичких елита о томе какву садржину и динамику треба да има овај процес. Неке одлуке уставних судова већ су имале значајне правне и политичке последице, поготово ако се зна да те одлуке имају трајно дејство.

није квалификована да оцијени који кандидат је истакнути правник, као и чињеницу да су политичка мјерила важнија посланицима од стручних мјерила.

Стога, сматрамо исправнијим да овај правни стандард буде на извјестан начин прецизиран, како би била ограничена самосталност посланика при избору судија, односно при процјени испуњености овог услова. Јасно је да услове за избор судија није могуће уредити тако да надлежни орган буде потпуно везан испуњеношћу тих услова. Међутим, могуће је да они буду релативно прецизни, тако што ће бити одређен минималан број година које је кандидат провео обављајући послове правне струке, како предвиђају поједини устави.⁵ У појединим уставима прописан је минималан број година живота које кандидат мора навршити да би био биран за судију уставног суда. Сматрамо да није потребно прописивати овај услов, а поготово не да он, осим правног стандарда „правни стручњак“ или „истакнути правник“, буде једини услов, какав је случај у појединим државама.⁶ Овај услов не може представљати поуздану гаранцију да је лице, самим навршетком година живота, заиста стекло потребно стручно искуство.⁷

Како год поставили овај проблем, уочавамо да није могуће избјећи правни стандард „истакнути правник“. Његова примјена само може бити релативизирана, односно ублажена другим условима, о којима смо овдје говорили.

⁵ Устав Републике Србије прописује да за судију Уставног суда може бити изабрано лице са најмање 40 година живота и 15 година искуства у правној струци (чл. 172, ст. 4). Устав Републике Хрватске не прописује детаљно услове за избор судија, него је то учињено Уставним законом о Уставном суду Републике Хрватске (пречишћени текст објављен је у *Народним новинама*, бр. 49/02), према коме за судију Уставног суда може бити изабран хрватски држављанин који има најмање 15 година искуства у правној струци и који се у тој струци истакао научним или стручним радом или својим јавним дјеловањем. И овај услов допушта различита тумачења, јер се на различите начине може тумачити да ли се и када се неко лице истакло „својим јавним дјеловањем“. Устав Републике Црне Горе у чл. 153 прописује да за судију Уставног суда може бити изабрано лице које ужива углед истакнутог правног стручњака, са најмање 15 година рада у струци. Амандманом XVI додат је још један услов: лице мора имати најмање 40 година живота. У Италији, један од услова је да судија има најмање 20 година искуства у струци.

⁶ Тако је, на примјер, у Словенији законом прописано да за судију Уставног суда може бити изабрано лице које је навршило 40 година живота, што је, уз услов да се ради о држављанину Републике Словеније и правном стручњаку, једини услов који се тражи од кандидата. – *Zakon o Ustavnem sodišču, Uradni list RS*, št. 64/07 – uradno prečišćeno besedilo in 109/12, чл. 9.

⁷ Неки аутори истичу да није потребно прописивати минималну животну доб, јер ће надлежни орган при избору односно именовану судија водити рачуна о томе да старосна доб има непосредне везе са знањем и искуством кандидата. – М. Рајчевић, *Избор и мандат судија Уставног суда Републике Српске*, 6, http://www.fcjp.ba/templates/ja_avian_ii_d/images/green/Marko_Rajcevic.pdf.

Сматрамо да је адекватно рјешење по коме за судију уставног суда може бити бирано лице које има најмање 15 година искуства у правној струци. Изузетак могу представљати само професори правних факултета, за које овај услов не мора важити. Друго рјешење било би слично првом, али би подразумијевало постављање строжих услова. Наиме, уставима би могло бити прописано да се од кандидата не захтијева 15 година искуства у правној струци, већ 15 година искуства у обављању одређених послова из правне струке (на примјер, у правосудним институцијама, политичким институцијама и органима управе). Ово ограничавање би могло бити оправдано зато што не пружа обављање свих послова правне струке иста или слична искуства и знања која су потребна судији уставног суда. Ако се жели сузити могућност произвољног позивања на правни стандард „истакнути правник“ и умањити могућност довођења политички подобних правника за судије уставних судова, поштравање овог услова може бити дјелотворно.

Приликом прецизирања овог правног стандарда, односно његовог конкретизовања при избору судија уставних судова, могуће је предвидјети прецизније критеријуме за оцјену који кандидат је „истакнути правник“. Може се, на примјер, вредновати успјех који је кандидат постигао у обављању правосудних функција, оцјене које је добио, стручни и научни радови које је објавио, или једноставно дужина правничког искуства. Разумије се да ови критеријуми не могу бити уређивани уставом, јер то не би одговарало природи уставне материје и устава као правног акта. Али, било би могуће да ово питање буде уређено уставним законом. Тиме би било спријечено да законодавац по обичном законодавном поступку, на примјер у закону о уставном суду, мијења ове критеријуме, водећи се политичким разлозима. Осим тога, ако овај правни стандард није на било какав начин прецизиран ниједним уставом у Босни и Херцеговини, не би било оправдано да то буде учињено законом о уставном суду, јер је очигледно да је уставотворац, по нашем мишљењу неоправдано, сматрао да нема потребе за тим.

У теорији се истичу својства која мора посједовати истакнути правник. Тако, каже се да он треба да посједује висок морални интегритет, аутономност мишљења, храброст, умјереност, креативност, итд.⁸ Иако је све ово тачно или, боље речено, пожељно, потребно је да уставом или уставним законом буду прецизирани, у мјери у којој је могуће, услови

⁸ В. Петров, *Зашто судија уставног суда (не) мора бити истакнути правник – анализа појма „истакнути правник“ у Уставу Србије од 2006*, Фондација Центар за јавно право, 7, http://www.fcjp.ba/templates/ja_avian_ii_d/images/green/Vladan_Petrov.pdf

за избор судија. Јер, сва ова својства која судија уставног суда треба да посједује могу бити тумачена на различите начине. Ствар је различитих политичких институција (или само једне од њих) како ће протумачити испуњеност ових услова, односно посједовање ових својстава од стране кандидата за функцију судије уставног суда.

Законом о Високом судском и тужилачком савјету Босне и Херцеговине донекле су прецизирани услови за избор судија уставних судова ентитета, тачније за приједлог који овај орган упућује надлежним институцијама ентитета. Прије свега, сматрамо да системско рјешење у Босни и Херцеговини није адекватно у једном важном питању. Наиме, како се ради о избору судија уставних судова ентитета, мислимо да није исправно да услови за избор судија (тачније, за њихово предлагање) буду прописани државним законом (који уз то није уставни закон). Било би исправније да ти услови буду прописани уставима ентитета, или барем уставним законима ентитета. Како се ради о уставним судовима ентитета, којима су посвећене посебне главе у ентитетским уставима, нема основа за садашње законско рјешење.

Што се тиче самих услова који су прописани чл. 24 поменутог закона, сматрамо их релативно прихватљивим. Добро је што се посебно истичу академско искуство и достигнућа, као и радно искуство након положеног правосудног испита. Није добро то што Законом није прописан минимум година радног искуства. Ове услове би требало комбиновати, чиме би и Високи судски и тужилачки савјет имао више аргумената да оправда своје приједлоге.

Неки аутори сматрају да Закон о Високом судском и тужилачком савјету при одређивању услова за избор судија уставних судова ентитета фаворизује лица која су правници практичари у односу на професоре и доценте правних факултета, јер само за ове друге прописује услов од десет година проведених у том звању (уколико немају положен правосудни испит).⁹

Не можемо се сложити са овим мишљењем. Прије свега, сматрамо да услов у погледу искуства у обављању послова правне струке треба да буде опште правило. У том смислу, прије би се могло рећи да је недостатак овог закона то што не прецизира овај услов који морају испунити сви правници. С друге стране, будући да Закон говори о лицима која нису положила правосудни испит (за шта је потребно искуство у струци), а може се радити о врло младим лицима, без искуства у обављању послова

⁹ М. Рајчевић, 4.

правне струке, чини се да овај услов није строг и не значи фаворизовање једне категорије кандидата.

Закон се, по нашем мишљењу неоправдано, упустио у набрајање правних дисциплина чији предавачи могу бити изабрани односно именовани за судије уставних судова под горе споменутим условима. Иако је набројао већину релевантних правних дисциплина, законодавац је неке и пропустио (теорија државе и права, радно право), па је било боље да се није упуштао у ово набрајање, за које очигледно није имао довољно квалификација.

За Босну и Херцеговину је важно још једно питање, које се у пракси показало значајним и контроверзним. Није се једном десило да за судије уставних судова буду бирања лица која су непосредно прије тог избора вршила политичке функције. Та лица су истовремено правници, а надлежни органи су самим њиховим избором оцијенили да се ради о истакнутим правницима. Међутим, та лица су вршила значајне политичке функције непосредно прије избора за судије, па је сигурно да су на функцију судије уставног суда бирања као поуздане политичке личности. Тиме се показује да политичке елите фактички прихватају схватање уставног суда као органа у који улазе правни стручњаци и политичари.¹⁰

Формално посматрано, може се тврдити да и ова лица имају право да буду бирања за судије уставних судова, под условом да им престану функције на које су бирања или именована, односно ако претходно поднесу оставку на функцију. С друге стране, може се тврдити да би представљало дискриминацију ако би овим лицима било онемогућено да врше функцију судије уставног суда само зато што су у одређеном временском периоду вршила политичке функције. На први поглед, изгледа да су ови аргументи беспријекорни и да говоре у прилог схватања да свако, под условом да тренутно не врши политичку функцију, има право да буде бирања за судију уставног суда. Међутим, сматрамо да су овдје могуће озбиљне злоупотребе, које се огледају у томе да истакнуте политичке личности прво поднесу оставку на политичке функције, а потом буду бирање за судије уставних судова, захваљујући чињеници да уживају подршку политичких странака које имају парламентарну већину. На тај начин, уставни судови у још већој мјери добијају карактер политичких органа, у чијем раду долазе до изражаја политички ставови и интереси.

¹⁰ О различитим схватањима природе уставног суда, вид. В. Петров, 1.

Да би се то избјегло и обезбиједио већи степен независности и непристрасности уставних судова, сматрамо да лицима која су вршила политичке функције (у законодавним и извршним органима или политичким странкама) треба онемогућити да буду бирана за судије уставних судова извјесно вријеме након престанка тих функција. Дакако, такво рјешење не би представљало гаранцију независности уставних судова, али би смањило могућност да се у њиховом саставу нађу лица која су у ове органе ушла непосредно из „политичке арене“.

4. НАЧИН ИЗБОРА СУДИЈА УСТАВНИХ СУДОВА

4.1. Начин избора судија Уставног суда Босне и Херцеговине

Судије уставних судова у Босни и Херцеговини бирају се односно именују на различите начине и од стране различитих органа. Сматрамо да је нарочито специфичан начин избора судија Уставног суда Босне и Херцеговине, и то не само због тога што у његов састав улазе и стране судије, већ и због начина избора домаћих судија.

Уставни суд Босне и Херцеговине вјероватно је највише федерални орган ако се узме у обзир начин његовог рада и одлучивања, имајући у виду да одлуке доноси већином гласова својих чланова. Начин избора домаћих судија није у складу с том чињеницом, али ни са чињеницом да је у питању државни орган. Очигледно је да су политички разлози утицали на прописивање важећег начина избора његових судија, пошто су ентитети жељели да имају пуну слободу избора чланова органа за који се знало или барем претпостављало да ће имати значајну улогу у примјени Устава Босне и Херцеговине (касније ће се испоставити и у његовој ревизији).

Сматрамо да би било оправдано да избор судија овог уставног суда врши Парламентарна скупштина Босне и Херцеговине. Начелно, боље је да у избору односно именовању судија уставног суда учествују и други органи, на примјер шеф државе и посебан орган који се стара о независности правосудних институција. На тај начин, избор се не налази у рукама само једног органа, поготово не у рукама само једне политичке институције. Међутим, питање је да ли би у Босни и Херцеговини било могуће да избор односно иновање судија буду у надлежности више

институција. Разлог томе треба тражити у потреби да се поштује институт виталног националног интереса.

Како ствари сада стоје, посебно је споран избор судија из Федерације Босне и Херцеговине. Наиме, уобичајено је да тај избор представља посљедицу договора бошњачке и хрватске политичке елите, будући да се бира по двоје судија из реда бошњачког и хрватског народа, што је уставна конвенција. Међутим, избор судија врши Представнички дом Парламента Федерације. Имајући у виду да Устав Федерације не предвиђа посебну већину за доношење одлука о избору судија у овом дому, као и да постоји изразита бројчана несразмјера између бошњачких и хрватских посланика, постоји могућност да судије из реда хрватског народа буду изабране гласовима доминантно бошњачких посланика.

Избор судија у Парламентарној скупштини Босне и Херцеговине оправдан је из више разлога. Прва два разлога начелне су природе. Први је тај што је Парламентарна скупштина представнички орган, који представља грађане и конститутивне народе, који су, барем формално, носиоци суверенитета, па је оправдано да она бира судије. Други разлог је тај што је Парламентарна скупштина државни орган, а потребно је да Уставни суд као државни орган буде биран од другог државног органа. Трећи разлог лежи у чињеници да се у Парламентарној скупштини штите и ентитетски и национални интереси, путем посебних поступака одлучивања у оба дома, тако да су мање шансе да избор судија буде извршен супротно вољи политичких представника једног ентитета или конститутивног народа. Истина, то је могуће ако се ради о одлучивању у Дому народа, јер није искључена могућност да одлука у крајњој линији буде донесена супротно вољи једног народа (највјероватније хрватског, имајући у виду да представници српског и бошњачког народа могу спријечити доношење неповољне одлуке тако што ће прибјећи ентитетском гласању у Представничком дому). Стога, могло би се размислити и о рјешењу по коме би Дом народа одлучивао о избору судија тако што би већина делегата сваког конститутивног народа имала право вета на избор кандидата из реда њиховог народа који су претходно добили потребан број гласова у Представничком дому.

Што се тиче Представничког дома, сматрамо да је један од могућих начина избора судија у овом дому тај да одлука буде донесена двотрећинском већином од броја присутних посланика. Оваква већина потребна је из два разлога. Први је да парламентарна већина буде онемогућена да бира само оне кандидате који су јој политички ода-

ни. Ако се тражи двотрећинска већина, биће потребно да парламентарна већина пристане на извјестан компромис са опозицијом, што умањује могућност искључиво политичког избора. Друго, вјероватније је да ће се у већој мјери водити рачуна о стручним квалитетима кандидата, самим тим што ће значај политичких мјерила бити мањи.

Шта би значило другачији начин избор судија Уставног суда Босне и Херцеговине, у који би биле укључене различите институције?¹¹ Прво, било би могуће да у избору учествују Парламентарна скупштина и Предсједништво. На тај начин, Парламентарна скупштина не би имала монопол при избору судија. Овакво рјешење би могло бити оправдано ако би Парламентарна скупштина одлучивала о избору судија натполовичном већином посланика у Представничком дому. У том случају, учешће Предсједништва у избору судија омогућавало би да буде умањена моћ парламентарне већине, поготово ако би већина чланова Предсједништва, што се понекад дешава, припадала политичким странкама које не чине парламентарну већину. У том случају, поставило би се питање којом већином би Предсједништво вршило избор судија. Ако би оно то чинило већином гласова својих чланова, постојала би могућност прегласавања по ентитетском основу. Стога, сматрамо да би било исправније ако би Предсједништво одлуку доносило консензусом.

Међутим, ако би Представнички дом одлучивао о избору судија Уставног суда двотрећинском већином, не би било потребе да у поступку избора учествује Предсједништво, јер би у том случају парламентарна већина теже могла да издејствује избор само оних кандидата који су њој привржени. Недостатак овог рјешења је у томе што би тиме било занемарено начело да у избору судија Уставног суда учествују и законодавна и извршна власт.

Овдје би било прихватљиво да Парламентарна скупштина врши избор судија на приједлог Високог судског и тужилачког савјета (а можда и овог органа и Предсједништва), јер се на тај начин разбија монопол Парламентарне скупштине у избору судија. Притом, морала би бити формулисана изричита норма да Парламентарна скупштина врши избор између више кандидата од броја судија Уставног суда.

¹¹ У теорији се истиче да је боље уколико судије уставног суда не бира само једна институција, јер је у том случају уставни суд спреман да тој институцији „гледа кроз прсте“. Осим тога, истиче се да је питање начина избора осјетљиво и због тога што уставни суд треба да контролише рад свих државних органа тако што контролише правне акте које они доносе. – Р. Марковић, „Уставни суд у Уставу Републике Србије од 2006. године“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2007, 24. О овоме, вид. и О. Вучић, В. Петров, Д. Симовић, *Уставни судови бивших југословенских република. Теорија, норма, пракса*, Досије студио, Београд 2010, 95.

4.2. Начин избора судија уставних судова ентитета

Постоје разлике у начину избора судија уставних судова ентитета. У Републици Српској избор врше Народна скупштина и Вијеће народа, на приједлог председника Републике, док у Федерацији судије предлаже председник Федерације, уз сагласност оба потпредседника, а именоване потврђује Дом народа Парламента Федерације. Првобитно, Устав Федерације је, прије усвајања амандмана LIX, прописивао да судије именује председник Федерације (уз сагласност потпредседника), и уз потврду именовања у Дому народа.

Чини нам се да је исправније рјешење које предвиђа Устав Републике Српске. На овај начин, Народна скупштина као представнички орган доноси коначну одлуку, што одговара природи овог органа, али је ипак ограничена у одлучивању, што треба да умањи могућност њеног монопола у одлучивању. Разумије се, стварно ограничавање моћи парламентарне већине биће могуће само ако буду испуњени одређени политички услови. Ако постоји кохабитација, већи су изгледи да ће председник Републике својим приједлозима заиста ограничити моћ Народне скупштине при избору судија. Исто или слично ће бити уколико председник Републике припада једној од партија нестабилне парламентарне већине. Истовремено, у доношењу одлуке учествује и Вијеће народа Републике Српске, чија потврдна одлука треба да значи да су политички представници конститутивних народа и осталих сагласни са избором судија.

Међутим, председник Републике предлаже кандидате за судије Уставног суда Републике Српске на приједлог Високог судског и тужилачког савјета Босне и Херцеговине. Нужно је да ова норма буде прецизирана. Није јасно на који начин Високи судски и тужилачки савјет може или мора извршити ову надлежност. Да ли он мора предложити већи број кандидата од броја који ће председник Републике предложити Народној скупштини, или му може предложити онолико кандидата колико ће председник Републике предложити Народној скупштини? Да ли председник Републике има право да одбаци приједлоге Савјета и шта се тад дешава?

Добро је рјешење да Савјет предлаже кандидате председнику Републике. На тај начин ограничава се ово његово право, имајући у виду да је и председник Републике политичка институција, па је тешко повјеровати да ће се у одабиру кандидата руководити искључиво или превасходно стручним квалитетима кандидата. Такво одређење

предсједника Републике у најбољем случају је упитно. Међутим, како ова процедура није ближе уређена, можемо закључити да Савјет може предложити предсједнику Републике и онолико кандидата колико се бира у Уставни суд, а да предсједник Републике има право да те кандидате не прихвати и не предложи их Народној скупштини. То не значи да би предсједник Републике умјесто тих кандидата могао самостално предложити неке друге, већ да би од Савјета могао тражити да му предложи неке друге кандидате. Ако би предсједник Републике био везан приједлозима Савјета, он би се претворио у његовог „курира“, који би Народној скупштини само прослиједио имена кандидата која је добио од Савјета, што би било бесмислено. Циљ ове норме је да Савјет и предсједник Републике постигну сагласност о именима кандидата и да један другог ограничавају у поступку предлагања кандидата, а не да један орган буде „курир“ другом или да може самостално предлагати кандидате. Уколико предсједник Републике одбије једног или више кандидата, Савјет му мора поново упутити приједлог, што продужава поступак избора.

Имајући у виду ове недостатке и недоумице, сматрамо да је боље да Савјет предложи предсједнику Републике два пута више кандидата него што их се бира у Уставни суд, а да предсједник Републике потом са те листе предложи одређени број кандидата (којих мора бити барем за један више од броја кандидата који се бирају). На тај начин, сви органи који учествују у поступку избора имају могућност да предлажу односно бирају кандидате, а да то њихово право предлагања или избора не буде сведено на пуку форму или да не доведе до одуговлачења поступка избора судија.

Судије Уставног суда Федерације именује предсједник Федерације (уз сагласност оба потпредсједника). Имајући у виду да предсједника Федерације бира Парламент, сматрамо да није оправдано да он има право именовања судија. У Федерацији постоје органи са већим демократским легитимитетом, проистеклим из непосредних избора, па није оправдано да именовање судија врши предсједник Федерације, чији је демократски легитимитет мањи, због посредног избора. Пошто је Представнички дом биран непосредно, било би логичније да врши избор судија Уставног суда (или, барем да учествује у избору). Уставотворац је избјегао то рјешење, вјероватно зато што би избор судија само од стране Представничког дома значио могућност националног прегласавања.

Пошто су домови Парламента Федерације равноправни у скоро свим питањима, има основа да буду равноправни и у избору судија Уставног суда. С друге стране, то је оправдано и због тога што су и конститутивни народ конституенс Федерације, па је оправдано да посредством својих представника учествују у доношењу одлуке која несумњиво дотиче и њихове виталне интересе.

5. ДУЖИНА МАНДАТА И РЕИЗБОР СУДИЈА

Сва три устава предвиђају сталност функције судија уставних судова. Многе државе одбацују ово рјешење као неадекватно. Такав случај је и у државама у окружењу.¹² Уз само један изузетак, све бивше југословенске државе предвиђају да мандат судија уставних судова траје девет година.¹³ Устав Републике Српске такође је превиђао да мандат судија Уставног суда траје осам година, али је то рјешење измијењено.

Сматрамо да у сва три устава треба увести ограничење мандата, и то по два основа. Први је да мандат треба да има ограничено трајање, а други је да треба предвидјети ригорозна правила у погледу могућности реизбора или реизбор онемогућити.

Сталност функције судија уставних судова оправдава се потребом независности уставних судија. Они могу бити независни само ако се не плаше да неће бити поново изабрани након истека мандата. У основи, исти аргумент се износи и за сталност судијске функције. Међутим, чини се да се ствари не могу поставити у исту раван. Треба поћи од чињенице да уставносудска функција по својој природи није идентична судској функцији. Наиме, уставне судије, за разлику од судија, не обављају своју функцију као професионалну, каријерну дјелатност.¹⁴ Политички момент знатно више долази до изражаја у вршењу њихове функције, па самим тим и при њиховом избору.¹⁵ Отуд, постоји потреба да носиоци по-

¹² У Словенији, мандат судија траје девет година (чл. 165 Устава), у Хрватској осам година (чл. 122 Устава), у Србији девет година (чл. 172 Устава), у Црној Гори дванаест година (амандман XVI на Устав (првобитно је било предвиђено да се судије бирају на девет година, што је регулисао чл. 153, ст. 2 Устава), и у Македонији на девет година (чл. 109, ст. 2 Устава).

¹³ „Такође, преовладало је становиште да избор судија уставног суда мора бити на дуги мандатни период који значајно премашује мандат оних који су их бирали, односно именовали, а који је довољно дуг за остваривање функције у професионалном смислу и за обезбеђивање самосталности и отклона према оним који су их одабрали.“ – Б. Ненадић, *Ојемствима независности уставних судова са посебним освртом на Уставни суд Србије*, Службени гласник, Београд 2012, 137.

¹⁴ Р. Марковић, 27.

¹⁵ Р. Марковић, *Уставно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2014, 561.

литичке власти учествују у избору уставних судија. С друге стране, потребно је да судије уставних судова не зависе у сваком тренутку од носилаца политичке власти, нити да стрепе због сваке промјене парламентарне већине. Да би ово било обезбијеђено, није нужна сталност функције судије уставног суда. Довољно је и да мандат судије траје дуже од мандата носилаца политичке власти, како би се избјегло да свака промјена носилаца политичке власти доведе до промјена састава уставних судова. Тако се дешава да се судије уставних судова бирају на осам или девет година. Сталност функције довела би до тога да носиоци политичке власти у датом тренутку врше избор, чиме они практично имају монопол на избор судија, јер каснији носиоци политичке власти не могу да утичу на састав уставног суда докле год судије не наврше прописане године живота или им функција не престане из неког другог разлога. Тиме њихово уставом дато право да учествују у избору судија практично губи на значају.

Сталност функције доводи и до тога да судије уставних судова, биране претежно по политичким мјерилима,¹⁶ не могу бити замијењене другим судијама ако се у свом раду руководе искључиво или претежно политичким ставовима, или уколико не покажу довољно стручног знања и професионалне етике. Постоји могућност да се уставни суд претвори у неодговорни орган који утиче на обликовање уставног система и вршење политичке власти, а да притом ником не одговара. Ако је функција судија „обичних“ судова стална, она барем по својој природи није политичка него је заснована на стручном знању и мјерилима. Не може се толерисати да буде стална функција судија уставних судова који, за разлику од судија редовних судова, бивају бирани или именовани претежно према политичким мјерилима и који се у доношењу одлука често руководе политичким разлозима.

Осим овог, чини се основног, наводе се и други аргументи у прилог идеји да функција уставних судија не треба да буде стална. Истиче се да се уставни систем мора мијењати и прилагођавати промијењеним друштвеним околностима, развоју политичке и правне културе, и др.¹⁷ Ово је теже обезбиједити ако је функција уставних судија стална, јер иста лица врше ту функцију у дугом временском периоду, а тешко је вјеровати да ће често или да ће уопште мијењати своје ставове, чак и

¹⁶ О политичком капацитету уставног судства, вид. С. Орловић, *Владавина устава или уставног судства*, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Нови Сад 2013, 93–99.

¹⁷ Вид. Д. Симовић, *Слабости институционалних гаранција независности Уставног суда Србије*, 8, http://www.fcjp.ba/templates/ja_avian_ii_d/images/green/Darko_Simovic.pdf.

ако се друштвене прилике мијењају.¹⁸ Проблем се повећава ако се зна да се приликом избора или именовања судија уставних судова у Босни и Херцеговини често примјењују политичка мјерила. Јасно је какве последице то може имати. Једна парламентарна већина бира судије, према својим политичким циљевима, који остају на својим функцијама и након одласка те парламентарне већине. Свака нова парламентарна већина суочава се с чињеницом да не може да утиче на састав уставних судова, док истовремено мора водити рачуна о ставовима судија који су изабрани или именовани добрим дијелом због увјерења парламентарне већине која их је бирала да ће бити кооперативни.

Што се тиче реизбора судија уставних судова, ово питање долази у обзир само ако се уставотворац опредијели за временско ограничавање мандата. Пошто се залажемо за ово рјешење, нужно је одговорити и на питање реизбора судија. Упоредноправна рјешења су различита.¹⁹ У неким државама, реизбор није допуштен, док је у другим он могућ, али је ограничен. Сматрамо да не треба допустити реизбор судија уставних судова. Реизбор би значио да постоји опасност да судије, при чијем избору политичка мјерила имају значајну улогу, при доношењу одлука више воде рачуна о интересима политичких елита него о томе да одлука треба да буде донесена на основу стручних и научних аргумената. Тешко да судија може бити независан и стручан ако, у жељи да добије наклоност политичких елита за нови избор, послушкује и испуњава њихове жеље.²⁰

Ни онемогућавање реизбора није без недостатака. У теорији се истиче да немогућност реизбора наводи судије да брину за свој професионални ангажман након престанка функције, због чега су спремни да се понашају у складу са интересима и ставовима политичких елита.²¹ Овај проблем може да се појави у пракси. Тешко је унапријед тврдити да ли

¹⁸ Добро је познато како је предсједник Рузвелт имао проблеме са судијама Врховног суда САД у вријеме провођења Њу дила, који су били увећани и тиме што је мандат судија био сталан, па Рузвелт не само да није могао да их смијени, него није могао очекивати, барем у почетку вршења свог мандата, да ће доћи до именовања нових судија и тиме до промјене састава Врховног суда.

¹⁹ У Србији, једно лице може бити бирано за судију највише два пута (чл. 172, ст. 6 Устава), у Словенији не могу бити поново бирани (чл. 165, ст. 1 Устава), као ни у Црној Гори (амандман XVI) и Македонији (чл. 109, ст. 2 Устава).

²⁰ „Иако је девет година релативно дужи мандатни период, Устав ипак предвиђа да једно лице може бити бирано (именовано) за судију највише два пута. То није добро решење, јер се судија у првом мандату може одговарајућим вршењем судијске функције ‘препоручивати’ за поновни избор (именовање) на штету објективног обављања судијске функције (због тога у Италији, која је била узор уставотворцима, судија Уставног суда, после истека мандата од девет година, не може бити поново изабран).“ – Р. Марковић, (2007), 27.

²¹ О овоме, вид. Д. Симовић, 8–9.

ће судије бити зависније од политике зато што желе нови мандат или зато што желе да обезбиједи другу функцију. Начелно посматрано, чини се да могућност реизбора ствара веће проблеме, јер ће већина судија настојати да обезбиједи нови мандат. С друге стране, судија који не може бити поново изабран, у тренутку ступања на ту дужност зна да након истека мандата мора обезбиједити себи неки други професионални или јавни ангажман. Није нужно да ће бити оријентисан на помоћ носилаца политичке власти, из два разлога. Први је што се носиоци политичке власти мијењају, поготово ако се има у виду да мандат судија уставних судова траје дуже од мандата носилаца политичке власти (тако, судија може очекивати помоћ од носилаца политичке власти који ту власт врше у посљедњој фази његовог мандата). Други разлог је што судија уставног суда може пронаћи неки професионални ангажман или се вратити дјелатности коју је обављао прије избора на функцију судије уставног суда, тако да у овом погледу није нужно упућен на носиоце политичке власти.

6. ЗАКЉУЧАК

Уставна рјешења о избору уставних судова у Босни и Херцеговини разликују се у много чему од рјешења која преовладавају у упоредном праву. Чак су и рјешења садржана у три устава међусобно различита у неким аспектима који се тичу избора и састава судова.

Приликом уређења избора судија уставних судова, треба водити рачуна о томе да буду остварена два главна циља: да буду изабрани правни стручњаци и да они буду политички независни. Не постоји уставно рјешење које би гарантовало да ће сваки избор судија довести до остварења ових циљева. То је немогуће, већ због тога што је тај избор увијек, у одређеној мјери, политички и што услови за избор судија никад нису прецизно одређени, иако неки уставни настоје да их у одређеној мјери прецизирају.

Уочљиво је да рјешења у уставима Босне и Херцеговине и њених ентитета из више разлога нису адекватна. Није ствар само у томе што она одступају од најчешће прихваћених рјешења у упоредном праву. То је најмањи проблем кад би та рјешења била добра. Чини се, међутим, да она не гарантују независност судија уставних судова, нити пружају основ за поуздане процјене о стручности кандидата.

Стога, потребно је темељито измијенити рјешења садржана у сва три устава. Судије уставних судова треба да буду биране на временски одређен мандат, без могућности поновног избора. Потребно је детаљније одредити услове за избор судија, како би била умањена могућност да се избор врши искључиво према политичким мјерилима. Ти услови треба да буду одређени тако да, осим правног стандарда истакнути правник, који треба задржати, упркос његовој неодређености, буду прописани и прецизнији услови избора, као што су године живота, искуство у правној струци и резултати постигнути у обављању професионалне дјелатности прије избора за судију уставног суда.

Што се тиче избора судија уставних судова, треба прецизирати поступак избора и отклонити извјесне недоумице, као што је однос предсједника Републике Српске односно предсједника (и потпредсједника) Федерације, с једне стране и Високог судског и тужилачког савјета, с друге стране. Уставом Републике Српске треба прописати да избор судија врше Народна скупштина Републике Српске и Вијеће народа Републике Српске, док Уставом Федерације треба предвидјети да у поступку избора учествују оба дома Парламента Федерације.

Једна од најдалекосежнијих промјена огледала би се у одређивању састава и избора Уставног суда Босне и Херцеговине. У његовом саставу не треба да се налазе стране судије, а потребно је уставни обичај о националном саставу судија преточити у уставну норму, уз гарантовање најмање једног мјеста судијама из реда осталих. Судије Уставног суда Босне и Херцеговине треба да буду биране у Парламентарној скупштини Босне и Херцеговине, јер је логично да један федерални орган бира други.

**Associate Professor Goran Marković, LL.D.
Faculty of Law, University of East Sarajevo**

ELECTION OF THE JUDGES OF THE CONSTITUTIONAL COURTS IN BOSNIA AND HERZEGOVINA

Summary

The election of the judges of constitutional courts is differently regulated in the comparative law. In this work, the author analyzes three issues which are of importance for the election of judges: conditions for election, the institution which elects the judges, and the length of mandate of the judges.

In order to analyze the election of the judges of the constitutional courts in Bosnia and Herzegovina, the author has used dogmatic legal as well as comparative methods. Firstly, he has analyzed legal solutions in Bosnia and Herzegovina, and then he has compared them with the legal solutions in former Yugoslav republics.

The work is based on the critical analysis of the constitutional solutions in Bosnia and Herzegovina, for three reasons. Firstly, he thinks that conditions for the elections of judges are not regulated adequately. Secondly, he considers as inappropriate the way of solution of the institutions which elect the judges. Thirdly, he criticizes the solution that the mandate of judges is not limited. Having this critical analysis as a starting point, the author proposes solutions which have to be adopted at the level of the state and entities.

Key words: *Constitutional court, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska, Federation of Bosnia and Herzegovina, Judges of constitutional court, Reelection.*

ЈЕДНАКОСТ (ЈЕДНАКА ЗАШТИТА ПРАВА) И ЗАБРАНА РАЗЛИЧИТИХ ВИДОВА ДИСКРИМИНАЦИЈЕ

Проф. др Владан Михајловић*

Апстракт: Једнакост је идеал коме људи теже од давнина. Та идеја је рођена још у античкој епохи и развили су је софисти, суочени са грубим неједнакостима које је изазвало робовласничко друштво. Неједнакост између слободних људи и робова софисти су превазишли својим учењем о природној једнакости међу људима. Но, стварност је демантовала ове мислиоце ране античке епохе. Вековима после њих класно друштво је само појачавало и продубљивало неједнакост међу људима, експлоатацију моћних и богатих над онима који су слаби и сиромашни. Тек ће буржоазија и идеолози новог грађанског друштва поново да оживе идеју природних права. Та природна права и слободе истакнути су као револуционарна парола предстојећих великих буржоаских револуција. Те револуције су пронеле идеју слободе, братства и једнакости и захваљујући њима капитализам је на крају објавио победу правне и политичке једнакости међу људима. То што је обећано и прокламовано никад није до краја остварено. За то није крива само идеологија и политика водећих и мислећих друштвених снага модерног друштва него и сами недостаци једнакости. Једнакост никада не може да буде потпуна и веровати у тако нешто је велика заблуда. Највише што праведно и демократско друштво може да уради за једнакост јесте да свима омогући једнаке шансе за успех и напредовање. То не значи априори једнакост јер сви људи нису исти по способностима, знању, интелигенцији и упорности да остваре своје животне циљеве. Једнакост је остварена ако су свима омогућене једнаке почетне шансе за успех. Ако их једни искористе, а други не, то не значи неправду, неправедну неједнакост међу људима. Правно уређено и демократско

* Редовни професор Правног факултета у Косовској Митровици

друштво не треба да тежи некаквој природној једнакости, по рођењу, већ пре свега правној (и политичкој) једнакости међу људима. То значи да сви грађани треба да буду једнаки пред законом, да уживају једнаку правну заштиту својих права и интереса. Та правна заштита се пре свега остварује пред судовима, али и другим органима (управе и др.) који решавају о правима, обавезама и интересима грађана и других правних субјеката. Иако је правну једнакост лакше остварити од оне природне, не значи да је она увек остварљива, односно остварена. И код нас, као и у другим земљама, има разних случајева правне неједнакости међу људима.

Закон није увек једнак за све људе а и судови понекад не спроводе правду, не поступају и не решавају исте или сличне правне спорове на исти начин. То није добро и то само подрива правну једнакост и стабилност у друштву. Такве појаве правне па и политичке неједнакости само иду наруку неједнакости и ширењу разних видова дискриминације према појединцима и групама. Чим се занемарује једнакост, логично је да на друштвену сцену ступају неједнакост и дискриминације разних врста. Дискриминација је налицје једнакости. Она фаворизује неједнакост међу људима, привилегује појединце и групе према њиховим полним, здравственим, образовним, националним, социјалним и др. обележјима. Дискриминација је велика опасност и зло савременог друштва, наше епохе и против ње се треба борити и сузбијати је свим средствима друштвеног и правног деловања.

Кључне речи: једнакост, једнака права и обавезе, једнакост пред законом, једнака заштита права, једнако поступање судова у истим случајевима, дискриминација као негација једнакости, неједнако поступање према једнакима, једнако поступање према неједнакима, дискриминација према вероисповести, полу, образовању, националном и социјалном пореклу, сексуалној оријентацији и др.

УВОД

Једнакост представља темељну вредност и идеал коме теже појединац, али и друштво (заједница), још од давнина. Та идеја потиче из античке епохе и софиста који су је први развили и подстицали. Суочени са проблемима и изазовима свог времена – пелопонеским ратовима (431–404. год. пре н.е) класним раслојавањем, устанцима робова и др. –

они су смело расуђивали о односу једнакости и неједнакости, правде и неправде, добра и зла. Софисти су први нагостили и развили теорију природног права. Суштина те теорије је да су сви људи по природи једнаки и да им самим рођењем припадају извесна права која им нико не може одузети или оспорити. Сажетак те античке (софиста) природно-правне доктрине свакако су надалеко чувене мисли Алкидамаса да је Бог све људе створио слободним и да природа никог није начинила робом.¹ Слично је мислио и славни софиста Хипија. Он је људима поручивао да су једни према другима сродници и пријатељи по природи а не закону, јер оно што је једнако по природи није и по закону пошто овај некад приморава људе да раде и нешто мимо природе.² Но, нису сви мислиоци у античком свету једнако доживљавали природно стање или стање једнакости. У ствари, античко схватање природног у целини се разликује од оног што се под тим подразумевало касније. Аристотел, горостас античке филозофије, сужава појам једнакости. За њега је једнакост праведна, али не за све, него само за једнаке, као и што оправдава и неједнакост када тврди да и она може бити праведна ако се не чини свима, него само неједнакима.³ Ма колико да је учинио за човека, индивидуализовао га и увео у заједницу (*zoon politikon*), Аристотел је више вере полагао у праведност закона него у праведност људи. Он је више био склон владавини мудро састављених закона него и владавини најбољих људи јер су људи подложни страстима, а закон је правило без страсти.⁴ Иако идеја природног права (и једнакости) има своје античке корене и узор у софистима и њиховом учењу, она је пре свега европско откриће. Како каже Слободан Јовановић, док се раније сматрало да је њен творац Холанђанин Гроције, сада се узима да је то енглески филозоф Хобз⁵, с тим да су ову теорију заступали и Лок, Русо и други великани рационалистичке филозофије. Тако је Лок сматрао да се људи рађају слободни и једнаки и да као такви уживају сва права и привилегије које произилазе из природног закона, а такође по природи имају и право да бране оно што им припада

¹ Др Драган М. Стојановић, *Основна права човека*, Правни факултет Ниш, у Нишу, 1989. год., стр. 15.

² Данило Н. Баста, *Право и слобода, о перспективи слободе у страној и нашој правној филозофији*, Издавачка књижарница Зорана Стојановића, Сремски Карловци, Нови Сад, 1994. год., стр. 108.

³ Аристотел, *Политика*, БИГЗ, Београд, 1975. год., стр. 66.

⁴ Коста Чавошки, *Могућности слободе у демократији*, Истраживачко-издавачки центар ССО, Србије, Београд, 1981. год., стр. 199.

⁵ Слободан Јовановић, *О држави, основи једне правне теорије*, Сабрана дела, том 8, БИГЗ, СКЗ и Југославијапублич, Београд, 1990. год., стр. 43.

– слободу, живот, својину, своја добра.⁶ Слободан Јовановић сматра да је Лок отац индивидуалистичког либерализма⁷ јер је државу поставио да служи човеку а не обрнуто. У Локовом поимању, држава треба што мање да се меша у човеков живот, ограничава његове слободе и укида његову правну и политичку једнакост. Ове напредне идеје грађанске рационалистичке филозофије буржоазија је спровела кроз своје славне револуције, а пре свега ону незаборавну, Француску. Увек ће да нас узбуђују и узвишено да звуче незаборавне пароле Француске револуције – слобода, братство и једнакост. Но, то што се у једном тренутку револуционарног заноса лако обећало показало се до данас тешко остваривим. Модерно друштво је у свему напредовало и превазишло слабости и предрасуде прошлих векова, али ипак није испунило сва обећања својих очева – твораца. Једно од тих неиспуњених обећања је свакако и једнакост. Једнакост толико приличи човеку и привлачи га да за њом вичито жуди, али никако не успева да је освоји, оствари. Као и некад, човек је и данас подједнако удаљен и од једнакости и неједнакости. Колико год да су му на дохват руке предности друштвене једнакости, толико га и обесхрабрују и доводе до очаја изазови бројних неједнакости са којима се суочава у свом животу. Неједнакост је наличје и зла коб једнакости, њен стални пратилац. Попут клатна које иде час на једну, а час на другу страну, и наш живот промиче између изазова таквих крајности какве су добро и зло, правда и неправда, једнакост и неједнакост.

I

Једнакост представља највеће достигнуће демократског и моралног развитка модерне државе. Она се испољава (или не испољава) у различитим видовима, при чему се модерне демократије у свету највише мере и препознају по степену остварења правне и политичке једнакости. Грађанско капиталистичко друштво је развило економске слободе и тржишну утакмицу, али и слободну политичку конкуренцију у којој се пласирају различите политичке идеје и вредности. Претпоставка те економске и политичке утакмице и једнакости била је и правна једнакост или једнакост грађана пред законом. Грађанско друштво је било успешно, не само у економском и политичком смислу, не само што је разви-

⁶ Џон Лок, *Две расправе о влади*, НИП „Младост“, Београд, 1978, књига II, стр. 51 и 87.

⁷ Слободан Јовановић, *О држави, основи једне правне теорије*, Сабрана дела, том 8, БИГЗ, СКЗ и Југославијапублик, Београд, 1990. год., стр. 47.

ло економску и политичку демократију. Оно се прочуло и по томе што се преобразило у правну творевину и постало правно уређена заједница (правна држава). Ова правна грађанска држава прогласила је примат и владавину закона и дошла је после векова самовоље појединаца или државне власти. Њену суштину чини поштовање устава и закона или, краће, уставност и законитост. У правном смислу, уставност и законитост значе да правни поредак једне земље мора да буде усклађен. У њему мора да влада хијерархија правних аката, од најнижих до највиших, односно до закона и устава који стоје на врху те пирамиде коју граде сви ти општи правни акти. У ствари, уставност и законитост су сличне појаве или, како то добро примећује проф. Павле Николић, уставност је само виши облик законитости или на виши степен подигнута законитост.⁸ Оваква структура и хармоничност правног поретка у коме се зна место сваком правном акту није могућа сама по себи. За то је потребно, поред механизма заштите, да се изгради правна свест људи, али ни то није довољно. Таква правна држава зависи и од демократске политичке културе и традиције друштва, али и заинтересованости људи да се понашају у духу устава и закона, поштују своја и туђа права као и узајамне обавезе и одговорности.

Једнакост је принцип демократског друштва у коме се поштује вредност и интегритет човека, у коме права и обавезе једног човека имају свој корелатив, границу у правима и обавезама другог човека. Та једнакост је од почетка схваћена у природном смислу, величина по самој својој природи. Природноправни филозофи су тврдили да она постоји од човековог рођења, да је ствар природе и да остаје таква док је човека, дакле трајна је. Но, то што је по природи изгледало једнако, у друштву никад није постало или остало тако. Како је тврдио Монтескије, људи се по природи рађају у једнакости, али у њој не остају па тако прави разлику између регулисане демократије у којој влада дух умерене једнакости и нерегулисане демократије коју раздиру страсти крајње једнакости.⁹ Иако начело једнакости прати демократску мисао и праксу још од античких времена, оно ни до данас није остварено и уграђено у темеље модерних демократија. Како каже Коста Чавошки, оно што највише погађа осредњег човека, који бројчано преовлађује у демократији, није толико одсуство највиших могућности слободе колико одсуство једнакости.¹⁰ Капита-

⁸ Павле Николић, *Уставно право*, Пословни биро, д.о.о. Београд, 1997. год., стр. 351.

⁹ Монтескије, *О духу Закона*, књига VIII, Филип Вишњић, Београд, 1988. год., стр. 127 и 130.

¹⁰ Коста Чавошки, *Увод у право I, основни појмови и државни облици*, „Драганић“, Београд, 1996. год., стр. 200.

лизам је прогласио правну и политичку једнакост, али је и постао арена за њихову злоупотребу и ограничавање. Под плаштом „слободно друштво“, капитализам је подстицао немилосрдну утакмицу и борбу која је порушила толеранцију и једнакост међу људима. „Слободно друштво“ је формално отворило врата за сваког, признало свима једнакост, али стварно то није било тако. Беспштедна утакмица је омогућила иживљавање егоизма, нетолеранцију и гажење туђих права, а никако није водила поштовању и признавању једнаких права свих људи. Оно што је формалноправно било једнако претворило се у неједнакост, отворило повор неправди између појединаца и класа. Као и увек, показало се да је једнакост, равноправност лако обећати, али је тешко остварити. Нетолеранција, неједнакост и дискриминације разних врста пратилац су сваког друштва – недемократског, али и оног демократског. Мада је капитализам превазишао своје „дечје болести“, напустио либерализам, идеје неолиберализма су живе и данас и заговарају се у различитим облицима. Показује се да идеје социјалне правде, солидарности, једнакости и др. више одговарају концепту социјалне и правне државе. Либерално-демократска држава припада прошлости јер заговарањем неограничене слободе и утакмице подстиче економски и политички индивидуализам и утилитаризам. Испада да „неконтролисана“ демократија више иде на руку неједнакости него што води у једнакост. То значи да једнакост не може да се брани филозофијом природног права, него инструментима и мерама позитивног права, правне државе. Једнакост није дата, остварена за све људе и сва времена самим позивањем на њу. На њу се људи свакако позивају, али морају за њу и да се боре, освајају је, али и доживљавају поразе и разочарења када је губе. За једнакост је задужен и одговоран сваки човек, али више од њега заједница, односно држава. Држава може много да учини да људи буду задовољни оствареним степеном једнакости. Са наше, данашње тачке гледишта, та једнакост не долази од Бога или природе него од државе – њеног залагања или незалагања да она буде потпунија. Једнакост значи да су сви људи вредни поштовања и да су, без обзира на разлике које међу њима постоје, равноправни.¹¹ Тако једнакост и равноправност иду руку под руку, исте су вредности, долазе са оне стране људског живота у коме се исказује поштовање људске личности и њеног достојанства. Док су једнакост и равноправност, фигуративно речено, лице бољег или правичног живота, онаквог какав треба да буде, неједнакост је његово наличје, оно што не треба и што удаљава

¹¹ Проф. др Невенка Петрушић и Косана Бекер, *Практикум за заштиту од дискриминације у Србији*, Београд, 2012. год., стр. 11.

људе једне од других. Зато и не чуди што је Алексис Токвил, велики поклоник демократије, ову поистовећивао са једнакошћу. По њему, у демократији, поред природног укуса за слободу, људи имају ужарену, незаситу и неутољиву страст за једнакост па су највише склони да у тој једнакости виде основни демократски идеал.¹²

Колико год да се велича једнакост, не смеју да се забораве и њене мане и ограничења. Претеривањем у једнакости ствара се ризик од неједнакости која штети и погађа оне који су способни, талентовани и знају боље и више од оних других, просечних. Једнакост никад не може да постане потпуна јер би то водило њеном банализовању и величању осредњости. Зато њу треба схватити, прихватити у изворном Перикловом одређењу оквира и могућности атинске (античке) демократије. А та демократија се није безусловно поистовећивала са свим људима без обзира на њихове способности, вештине, таленте и умешност за бављење јавним пословима. За Перикла је једнакост општа, важи за све људе, али само у смислу поштовања њиховог једнаког достојанства и могућности да равноправно учествују у јавном животу, дају заједници све што могу и користе могућности које им она пружа.¹³ То није никако потпуна једнакост нити значи да су људи у демократији изједначени по питању квалитета мишљења или начина живота.¹⁴ И Перикле је више веровао у моћ и врлине способних појединаца него у вредност масе. Зато је и схватио да стваралаштво јењава, губи се у условима опште једноличности и једнообразности.¹⁵ Перикле се залагао за једнакост, али само као могућност да људи могу под истим условима да живе у заједници и учествују у њеним пословима користећи своје способности, али и шансе које им се пружају у заједници.¹⁶

Када се једнакост правилно схвати и не банализује, она се најпре своди на политичку једнакост, у којој долази до изражаја и поштовање општељудских вредности и људског достојанства. У правно уређеној заједници у којој се поштује владавина права и једнакост пред законом, једнакост има и своју правну димензију. Правна једнакост се успоставља одговарајућим односом према закону и изражава се уобичајеном правном квалификацијом да су сви људи једнаки пред законом.

¹² Алексис Де Токвил, *О демократији у Америци*, свеска друга, Државна штампарија, Београд, 1874. год., стр. 455.

¹³ Михаило Ђурић, *Хуманизам као политички идеал*, Београд, Српска књижевна задруга, 1968. год., стр. 288.

¹⁴ Ibid, стр. 288.

¹⁵ Ibid, стр. 288.

¹⁶ Ibid, стр. 289.

II

Правна једнакост значи да су пред законом сви људи једнаки, нема привилегованих у правном смислу, односно сви грађани уживају једнаку правну заштиту. Још конкретније, то значи да нема повлашћених и обесправљених. Свако има само она права која му по закону припадају, и обрнуто, никоме се не могу наметнути обавезе и одговорности мимо оних законом предвиђених. Но, као и код једнакости уопште, тако и код ове правне једнакости није све онако како би требало да буде. И она је још увек више идеал па и мит савремене правне и демократске државе него што је постала њена стварност. То што су нам још увек потребне бројне и разрађене институције и механизми правне заштите грађана говори нам да се једнакост међу људима тешко постиже, а лако губи.

Једнакост грађана пред законом или једнака примена закона на њихове појединачне ситуације пре свега је брига и функција судова. Судови су позвани да примењују законе и решавају спорове о правима и интересима грађана. Они су позвани да кажу како гласи закон у једној спорној правној ситуацији, да је реше и кажу ко је у праву, а ко је прекршио закон. Судови имају стваралачку улогу, то нису органи за пуко примењивање права. Судије (и судови) морају да утврде чињенично стање у једном конкретном случају и да на њега примене апстрактну норму¹⁷ и то нису готове одлуке које су већ написане у закону одакле судија има само да их извади. Када би то било тако, судија би био свако ко иоле зна да чита законе. Таквом судији би сви предмети – и они једноставни и они други, замршени – изгледали исто јер за њих има унапред припремљена решења за која само треба да отвори закон и тамо их нађе. Зато судијска функција није пука примена закона на појединачне случајеве. Она значи решење једног правног спора у коме судија мора да испољи како познавање права, тако и самог живота и људских односа који су често тако замршени да их није лако решити само читањем и пуким примењивањем правне норме. Закон садржи апстрактне норме које треба да важе исто за све појединачне случајеве. Да би се у томе успело, највећа одговорност је у рукама судија и судова. Јер истина је да закон гласи онако како је суд рекао да гласи.¹⁸ То што пише у закону тумачи суд, открива прави смисао закона и вољу законодавца. Он то

¹⁷ Стеван Ђорђевић, *Међународни судови – проблеми и предлози*, „Правни живот, часопис за правну теорију и праксу, бр. 12/1995, стр. 562.

¹⁸ Ратко Марковић, *Управно право*, Београд, 2002, стр. 76.

може да уради на различите начине па чак и да својим тумачењем утиче и на промену смисла закона. Наравно, судови не стварају право, него га примењују, али у самој тој примени некад могу својим тумачењем да одступе од воље законодавца. И не само то. Самом применом закона судови цене да ли је то што се примењује доиста закон.¹⁹ Зато је важно да судови буду на висини задатка, да знају где им је место и да је њихова функција да обезбеде ауторитет и поштовање закона. Како примењује проф. Гордана Станковић, судови су државни органи који одлучују о правима и интересима субјеката у процесу примене права, али тиме штите и законитост и обезбеђују владавину права.²⁰ Судије (судови) могу из објективних или субјективних разлога да погрешно и површно тумаче и примењују законе и решавају спорове грађана и тако подстичу неједнакост међу њима. Баш таква неспремност или тенденциозност судија и судова у утврђивању правног стања ствари постаје извор неправде. Ту неправду судова и судије изазивају онда када ускраћују правду невином, а додељују је оном ко је скривио повреду права. Грађане више боли неједнакост и неправда коју доживе од судова него она коју доживе од институција политичког живота и политике. У политици човек је још увек апстрахован или потиснут утицајем других, битнијих чинилаца политичког живота, пре свега странака. Зато се грађани лакше мире и прихватају да у политици буду изиграни, преварени или злоупотребљени. Пред судовима пак грађани не пристају да буду пасивни и равнодушни као у политици. Ту бране своја права и интересе који су им много ближи и „стварнији“ од политичких права и интереса. Зато судови и судије морају да буду објективни, независни и ауторитативни када преућују спорове – решавају која је страна у спору у праву а која не, ко је скривио повреду закона или да те повреде права и закона није било. Судови и судије морају да буду прва и последња брана за одбрану правде. Они морају тежити да остваре и задовоље правду тако што ће све сличне случајеве решавати на исти (сличан) начин. Тиме се обезбеђује правна једнакост и доприноси јачању стабилности и законитости у једној држави. Према томе, када се говори о неједнакости грађана пред судом, обично се мисли на неједначеност судске праксе,²¹ неједнако поступање судова у истим или сличним случајевима. Иако у Србији нема прецизних

¹⁹ Слободан Јовановић, О држави, основи једне правне теорије, Сабрана дела, том 8, БИГЗ, СКЗ, Југославијапублик, Београд, 1990. год., стр. 237.

²⁰ Проф. др Гордана Станковић, *Судски систем и нови Устав*, зборник радова, Ниш, 2004., стр. 235.

²¹ Јован Ђирић, *(Не)једнакост грађана пред судовима*, НБП, Журнал за криминалистичку и право, часопис Криминалистичко-полицијске академије у Београду, бр. 1/2013.

статистичких показатеља којим би се мерила неједнакост грађана пред судовима, ипак има неких негативних назнака у том смислу. Проф. Јован Ћирић, анализирајући 370 правоснажно осуђујућих пресуда, закључује да је чак 45% осуђених лица у економском и социјалном смислу деградирано и *маргинализовано* у нашем (српском) друштву.²² Дакле, из саме економске и социјалне неједнакости појединих категорија грађана могу да се наслуте па и пронађу и узроци њихове евентуалне правне неједнакости. Наравно да је тешко доказати ову везу између економске, социјалне и правне једнакости (неједнакости). Но, свакако да једнакост има смисла само ако је потпуна, обухвата све аспекте људског живота, друштвених веза и односа. И без велике анализе и доказивања, лако може да се закључи да људи који су економски и социјално неједнаки, обесправљени, лакше постају жртве правне обесправљености него што то постају они економски и социјално привилеговани. Не каже се случајно у народу „кида се тамо где је најтање“. Често смо сведоци разних друштвених, политичких па и судских афера са чудним епилогом. Угледни, утицајни и богати актери тих афера вешто и наочиглед целе јавности избегавају законску правду и показују нам колико су моћни и недодирљиви. С друге стране, опет смо сведоци немилосрдне судске правде према неким сиромашним грађанима који не могу да измирују своје елементарне законске обавезе (плаћање станарине, комуналних услуга и др.). Изгледа као да постоји нека логична веза и објашњење. Они који су економски богати, угледни и друштвено утицајни су и правно, законски привилеговани. И обрнуто, они сиромашни и друштвено маргинализовани су и правно обесправљени и неједнаки пред законом и институцијама које спроводе и штите закон. Све ово говори да формалноправна заштита људских права није довољна. Није довољно што уставни (па и наш српски Устав од 2006) гарантују право свакога на једнаку правну заштиту у законом предвиђеном поступку, као и право на жалбу или друго правно средство против одлука којима се решава о његовом праву или интересу. Од те формалне заштите и гаранција важнија је она стварна заштита људских права коју спроводе судови (редовни, управни), уставни судови, омбудсмани и друге институције задужене за заштиту људских права и њихове једнакости.

Саставни део правне заштите грађана пред судовима чини право на закониту правну заштиту, право на једнаку правну заштиту и право на

²² Видети, Јован Ћирић, *(Не)једнакост грађана пред судовима*, НБП, Журнал за криминалистику и право, часопис Криминалистичко-полицијске академије, Београд, бр. 1/2013.

правично суђење.²³ Без ове три компоненте правне заштите грађана немогуће је обезбедити правилно поступање судова у поступцима у којима се решава о правима и интересима грађана и других правних субјеката.

У свести и памћењу грађана свакако највећи одјек изазива право на правично суђење или обавеза судова да поступају правично. То је највећи изазов за судове и судије у чију стручност, компетентност се мање сумња него у њихово поштење и правичност. Управо у поступању судија повезује се право и правда, да оно што закон даје или забрањује суд преточи у правичну одлуку. Но, није увек тако па онда стручњаци, али и лаици, резигнирано констатују да судови спроводе право, али не и правду. Ово право на правично суђење сублимира већи број конкретних права и процесних гаранција.²⁴ Све те бројне гаранције треба да омогуће грађанима ефикасну заштиту њихових права и интереса. Важан елемент права на правично суђење јесте и право на суђење у разумном року. Често је незадовољство грађана као странака у поступцима заштите њихових права баш због тога што судови крше своју обавезу да поступају и решавају о правима и обавезама грађана у разумном року. Честа је пракса да се право и правда изигравају, заобилазе или вређају тако што судови отежу са својим радом. Многи судски поступци пред домаћим судовима, парнични и кривични, неразумно дуго трају, због чега грађани губе поверење у исправност и правичност судова.

Поступање судова у разумном року јесте пре свега њихова унутрашња правна обавеза. То важи и за поступање наших судова, у Републици Србији. Према нашем Уставу из 2006. год. свако има право да независан, непристрасан и законом установљени суд правично и у разумном року јавно расправи и одлучи о његовим правима и обавезама.²⁵ Такође, ово брзо и ефикасно поступање суда подразумева право окривљеног да у најкраћем могућем року, подробно и на језику који разуме, буде обавештен о природи и разлозима дела за које се терети, право на одбрану и стручну помоћ браниоца, право да буде саслушан, да му се суди у присуству, да испитује сведоке²⁶ и др. Ово право на суђење у разум-

²³ Проф. др Гордана Станковић, *Нормативно ограничавање права на правну заштиту у парничном поступку*, рад објављен у Зборнику радова Правног факултета у Источном Сарајеву, „Актуелност и значај људских права и слобода“, Источно Сарајево, 2011. год., стр. 94.

²⁴ Мирјана Ђукић, *Међународноправна и уставноправна регулентација права на правично суђење са освртом на суђење у разумном року*, рад у оквиру научно истраживачког пројекта Правног факултета у Косовској Митровици „Законодавство Републике Србије – стање, циљеви и даљи развој за период 2013–2015“, свеска 2. Косовска Митровица, 2014. год., стр. 241

²⁵ Видети члан 32 Устава Републике Србије из 2006. год.

²⁶ Видети члан 33 Устава Републике Србије из 2006. год.

ном року није само унутрашњеpravна обавеза домаћих судова. То право на суђење без непотребног одлагања и окончање суђења у разумном року представља део каталога људских права гарантованих најважнијим међународноправним актима.²⁷ Овакву обавезу поступања домаћих судова у разумном року најпре налаже Међународни пакт о грађанским и политичким правима из 1966. год. Овај пакт предвиђа да свако има право да му буде суђено без непотребног одлагања.²⁸ Свакако да непотребно одуговлачење судског поступка наноси штету правима и интересима грађана и да то подстиче неједнакост међу њима. Нису у истом положају грађани који као странке брзо остваре или заштите своја права и интересе, за разлику од оних других који су у том погледу изложени разним врстама малтретирања, шиканирања или, блаже речено, занемаривања њихових права и интереса. За наше, европско поднебље важна је и Европска конвенција о људским правима, која такође посвећује дужну пажњу овом питању поступања судова. И она налаже судовима да поступају у разумном року односно предвиђа да свако има право на правично и јавно суђење у разумном року.²⁹ У пракси рада Европског суда изграђен је стандард шта се сматра суђењем у разумном року и који су то рокови у парничном и кривичном поступку у оквиру којих су домаћи судови дужни да пресуде спорове. Иначе, један од честих разлога обраћања Европском суду јесте неразумно одуговлачење судских предмета (пресуђења) пред домаћим судовима, што код грађана изазива оправдани револт и губитак поверења у домаће правосуђе.

III

Једнакост међу људима је услов да се човек осећа вредан у себи и према другима око себе, али и да има и брани свој понос и достојанство. То је интимна сфера живота сваког човека и од ње зависи колико ће успети да сачува своју приватност и одбрани свој физички и морални интегритет. Сви смо осетљиви на различите изазове који доводе у питање наше достојанство и спремни смо да га бранимо и по цену живота. Живот није вредан или испуњен смислом ако га ми сами или неко други, без

²⁷ Др Саша Кнежевић, *Право на суђење у разумном року*, рад објављен у Зборнику радова „Међународно хуманитарно право“, Правни факултет у Косовској Митровици, 2013. год., стр. 66.

²⁸ Видети члан 14 (3) ц Међународног пакта о грађанским и политичким правима из 1966. год.

²⁹ Видети члан 47 Европске конвенције о заштити права човека и основних слобода из 1950. год.

наше воље, обезвређује и спушта испод подношљивог нивоа достојанства. Свако је осетљив на вређање свог достојанства и, како примећује Коста Чавошки, оно што највише погађа понос и достојанство човека јесте одсуство једнакости.³⁰ Једнакост или неједнакост нас приближава или удаљава од корпуса права и слобода са којима се човек успоставља и одржава као слободно, неподељено биће, доследно својим унутрашњим осећањима и настројености. Без једнакости, човек се осећа као ниже и безвредно биће. Нити може да има самосвест, осећа и спознаје себе, нити да има свест о другима, да разуме и препознаје људе који су му блиски и којима сме да се приближи и разликује их од оних од којих мора да зазире или се удаљава. Достојанство прати и прожима нашу личност и без њега не можемо да будемо људска бића. Оно се кроз време и епохе различито схватало, али је увек било синоним за човека као слободну и друштвено признату и изграђену индивидуу. У епохи ропства и касније, у различитим облицима везаности и потчињености, човек је био лишен достојанства, осећања да нешто вреди или може да промени у себи и око себе. Достојанство се враћа човеку онда када постаје слободан грађанин. За то су заслужне грађанске, буржоаске револуције које су прогласиле правну и политичку једнакост људи. Од тада се мења и смисао самог достојанства. Пре тога, односно почев од римског права, достојанство се везивало за статус, да би у овој нашој модерној епохи постало основ фундаменталних људских права, вредност која та права повезује и даје подстицај за развој и настанак нових људских права.³¹ Од времена грађанских револуција, достојанство се више не доводи у питање, не оспорава као општедруштвена вредност. Но, било је (и биће) назадних, ретроградних и мрачних снага и покрета и у грађанском друштву који су били уперени против човека и грубо вређали и одузимали његово достојанство. Фашизам, нацизам и различити облици тоталитаризма у свету увек су велика претња и опасност по очување људског достојанства. Основни правац деловања свих тих назадних и мрачних идеја и покрета је да се обесправи човек, претвори у роба, лиши достојанства и једнакости. Зато и потреба за људским достојанством изражава и потребу за очувањем основних права. Тако право на живот значи право на достојанствен живот, право на мишљење – право на достојанствено мишљење, право на суђење – право на достојанствено суђење, право на

³⁰ Коста Чавошки, *Увод у право I, основни појмови и државни облици*, „Драганић“, 1996. год., стр. 200.

³¹ Сања Златановић, *Савремени концепт права на (достојанствен) рад*, чланак објављен у зборнику радова „Међународно хуманитарно право“ Правног факултета у Косовској Митровици, Косовска Митровица, 2013. год., стр. 441.

рад – право на достојанствен рад³² и др. Најкраће речено, достојанство прожима сва људска права, оно је њихов основ. Достојанство даје вредност људским правима и, обрнуто, људска права представљају материјалну основу на којој се уздиже достојанство. Иако је време фашизма, нацизма и тоталитаризма далека прошлост јер живимо у миру и демократском режиму, не значи да смо ослобођени свих дилема око очувања свог достојанства. У ствари, једну врсту искушења и опасности по достојанство су заменили нови, савремени изазови и ризици који доводе у питање опстанак људског достојанства. Достојанство је још увек важно етичко и правно питање које се поставља и решава на новом и вишем нивоу опстанка и функционисања друштва и појединца. Живимо у времену које је проширило домете достојанства. У њему се то достојанство не своди само на заштиту физичког интегритета или приватности човека.

Достојанство је искорачило и ушло у нове, неиспитане сфере и терене људског живота и опстанка који траже решења за нове изазове пред којима се нашао савремени човек. Питање достојанства и даље се поставља у сфери заштите човековог интегритета и приватности, али све више и у области биомедицинских истраживања, појединачног и групног генетског тестирања, генетског саветовања, генетске терапије и генетске информације.³³ Нарочито је осетљиво питање достојанства посебних категорија лица која болују од тешких и прогресивних (неизлечивих) болести које траже квалитетан медицински третман као и посебну негу и однос према достојанству таквих лица.

На достојанство данас можемо да гледамо као на општељудску вредност која представља основ свих људских права. Људска права и достојанство не могу једно без другог. Но, достојанство није само основ људских права него је то и једно посебно право. И српски Устав из 2006. год. јемчи право на достојанство и слободан развој личности као ново, оригинално и посебно право које ужива посебну уставноправну заштиту.³⁴ И др Славољуб Вукићевић говори о праву достојанства³⁵ као посебном праву, које се тумачи у хришћанском и лаичком смислу.

³² Ibid, стр. 442.

³³ Весна Клајн Татић, *Етички и правни положај људи као субјекта биомедицинских истраживања и клиничких огледа*, Институт друштвених наука, Центар за правна истраживања, Београд, 2012. год., стр. 220.

³⁴ Видети члан 23 Устава Републике Србије из 2006. год.

³⁵ Др Славољуб Вукићевић, *Право на достојанство као основно људско право*, чланак објављен у Зборнику радова „Право и друштвена стварност“ Правног факултета у Косовској Митровици, Косовска Митровица, 2014. год., стр. 128.

Хришћанско (теолошко) тумачење инсистира на достојанству као урођеном људском својству, нечему што нам је свима дато од Бога.³⁶ Оно друго, лаичко тумачење, достојанство поистовећује са човековом способношћу да одреди оно што је за њега најбоље, изабере такав начин живота који је за њега добар, али да уважава и друге људе.³⁷ Достојанство је цивилизацијска тековина која се различито схватала у различитим епохама и културама. Но, како год да се схватало, никад није могло да се одвоји од таквих вредности као што су правда, слобода и једнакост. Никада и нигде није могло да се велича достојанство, а да се истовремено толерише неправда, неједнакост и неслобода међу људима. Људско достојанство није мерљива категорија. Не може се рећи да је достојанство једног човека веће и вредније од достојанства другог човека. Иако су то индивидуалне вредности и релације људи једних према другима, ипак се све те појединачне вредности достојанства у нечему приближавају, ако не и поистовећују. То поистовећивање се догађа онда када људи или осећају да имају достојанство или не осећају да га имају. Без обзира на интензитет, нијансе његове јачине, људи се осећају достојанствено онда када су слободни, уживају једнакост и могу да досегну или доживе друштвену правду. И обрнуто, сви људи су на истом – без осећања достојанства – онда када су робови или у положају сличном ропству (дакле неслободни), када су изложени друштвеној неправди и када се налазе у неједнаком друштвеном, правном и политичком положају.

IV

Дискриминација и заштита од ње или сузбијање њених различитих видова питање је које тангира како сферу међународног правног живота, тако и унутрашњеправног. Заштита од ње подједнако је важна за правни статус човека у међународној заједници, али и у правном систему сваке земље.

Забрана дискриминације је допуна и коректив принципа једнакости међу људима. Та једнакост представља највеће достигнуће демократског и моралног развитка модерне државе. Или, другачије гледано и интерпретирано, једнакост значи да су сви људи вредни поштовања и да су, без обзира на разлике које међу њима постоје, равноправни.³⁸

³⁶ Ibid, стр. 128.

³⁷ Ibid, стр. 128.

³⁸ Проф. др Невена Петрушић и Косана Бекер, *Практикум за заштиту од дискриминације у Србији*, Београд, 2012. год., стр. 11.

Тако једнакост и равноправност иду руку под руку, исте су вредности и долазе са оне стране људског живота у којој се исказује поштовање људске личности и њеног достојанства. Док су једнакост и равноправност, фигуративно речено, лице бољег или правичнијег живота, онаквог какав треба да буде, дискриминација је његово наличје, оно што не треба и што загорчава човеку живот. Уз једнакост и равноправност никако не иде, не пристаје дискриминација. Она може да се помиње уз њих само у смислу њене забране. У ствари, да би се остварио принцип једнакости, мора да буде забрањен сваки облик дискриминације и да сваком човеку буде признато право на слободу од дискриминације.³⁹

Дискриминација и дискриминаторско понашање се мање-више слично препознају и одређују. Најједноставније речено, суштина дискриминације се огледа у неједнаком поступању према једнакима или, обрнуто гледано, у једнаком поступању према неједнакима.⁴⁰ Прецизније и потпуније звучи дефиниција по којој је дискриминација неоправдано прављење разлике или неједнако поступање, односно пропуштање у односу на лица и групе, било отворено или прикривено, које се чини због њихове расе, пола, националности, верских или политичких убеђења, образовања, сексуалне оријентације, физичког хендикепа, здравственог стања и др.⁴¹ Овакво одређење дискриминације прихвата и нови српски Закон о забрани дискриминације од 2009. год.⁴² Овај закон разрађује лепезу могућих случајева дискриминације и сврстава их у следеће групе: опште облике, тешке облике и посебне облике или случајеве дискриминације.⁴³ Од ових општих облика дискриминације Закон помиње њих седам и они се препознају и срећу у свим случајевима дискриминације, било да су теже или посебне природе. Ти општи облици би били: непосредна дискриминација, посредна дискриминација, повреда начела једнаких права и обавеза, забрана позивања на одговорност, удруживање ради вршења дискриминације, говор мржње, као и узнемиравање и понижавајуће поступање.⁴⁴

³⁹ Ibid, стр. 11.

⁴⁰ Ibid, стр. 16.

⁴¹ Др Дејан Миленковић, *Водич кроз закон о забрани дискриминације*, Хелсиншки одбор за људска права у Србији, Београд, 2010. год., стр. 23.

⁴² Видети: Члан 2 Закона о забрани дискриминације, „Службени гласник РС“, бр. 22/09

⁴³ Видети члан 4–28 Закона о забрани дискриминације „Службени гласник РС“, бр. 22/09.

⁴⁴ Мирна Косановић, др Саша Гајин, др Дејан Миленковић, *Забрана дискриминације у Србији и рањиве друштвене групе*, Министарство рада и социјалне политике, Београд, 2010. год., стр. 17–18.

У тешке облике или случајеве дискриминације наш Закон о забрани дискриминације убраја:

1) изазивање и подстицање неравноправности, мржње и нетрпељивости по основу националне, расне или верске припадности, језика, политичког опредељења, пола, родног идентитета, сексуалног опредељења и инвалидитета;

2) пропагирање или вршење дискриминације од стране органа јавне власти и у поступцима пред органима јавне власти;

3) пропагирање дискриминације путем јавних гласила;

4) ропство, трговина људима, апартхејд, геноцид, етничко чишћење и њихово пропагирање;

5) дискриминација лица по основу двају или више личних својстава (вишеструка или укрштена дискриминација);

6) дискриминација која је извршена више пута (поновљена дискриминација) или која се чини у дужем временском периоду (продужена дискриминација) према истом лицу или групи лица;

7) дискриминација која доводи до тешких последица по дискриминисаног, друга лица или имовину, а нарочито ако се ради о кажњивом делу код кога је претежна или искључива побуда за извршење била мржња, односно нетрпељивост према оштећеном која је заснована на његовом личном својству.⁴⁵

На крају, Закон конкретизује читаву лепезу посебних случајева дискриминације. У првој групи се налазе случајеви дискриминације у поступцима према органима власти, у области рада, пружања јавних услуга и коришћења објеката и површина и дискриминација у области образовања и стручног усавршавања.⁴⁶ Другу групу чине случајеви дискриминације везани за лична својства људи и то би била: верска дискриминација, полна дискриминација, по основу сексуалне оријентације, старосног доба, синдикалне или политичке припадности, здравственог стања, националних мањина, дискриминација деце и особа са инвалидитетом.⁴⁷

Интернационализација људских права и слобода довела је и до интернационализације питања равноправности међу људима, сузбијања

⁴⁵ Видети: Члан 13 Закона о забрани дискриминације „Службени гласник РС“ бр. 22/09.

⁴⁶ Др Дејан Миленковић, *Водич кроз Закон о забрани дискриминације*, Хелсиншки одбор за људска права у Србији, Београд, 2010. год., стр. 34.

⁴⁷ Ibid, стр. 23.

разних видова дискриминације. И као што су доношени различити међународни акти (конвенције, декларације, пактови и сл.) о признавању спектра људских права и слобода, тако је и забрана различитих видова дискриминације постала предмет међународне правне регулативе. Ту на првом месту треба поменути Повељу Уједињених нација из 1945. год. која садржи широку антидискриминаторску формулу и предвиђа поштовање људских права и слобода једнако за све, без разликовања расе, пола, језика или вере.⁴⁸ Ова општа начела Повеље даље су разрађена и конкретизована посебним међународним актима који се, између осталог, баве и сузбијањем дискриминације међу људима. Тако Универзална декларација о људским правима (од 10. децембра 1948. год.) јемчи слободу и једнакост у достојанству и правима, без обзира на разлике као што су раса, вера, боја коже, пол, језик, вера, политичко или неко друго опредељење, национално или друштвено порекло, власништво, рођење или неки други статус.⁴⁹ Следећи важни акти који се баве забраном дискриминације су Међународни пакт о грађанским и политичким правима из 1966. год. и Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима из 1966. год. Пакт о грађанским и политичким правима забрањује свако заговарање националне, расне или верске мржње, гарантује једнакост пред законом, једнаку законску заштиту против сваке дискриминације по основу расе, боје, пола, језика, вероисповести, политичког мишљења, националног порекла, рођења и др.⁵⁰ И Пакт о економским, социјалним и културним правима обавезује све државе чланице ОУН да гарантују да се призната права имају вршити без дискриминације засноване на раси, боји, полу, језику, вероисповести, политичком или другом мишљењу, националном или друштвеном пореклу, имовини, рођењу или другом својству.⁵¹

Међународна конвенција о укидању свих облика расне дискриминације из 1965. год. пружа ужу заштиту од дискриминације и усмерена је на борбу против расизма. Њоме се осуђује свака пропаганда, све организације које заговарају супериорност неке расе или групе и које

⁴⁸ Видети члан 55 Повеље Уједињених нација, „Службени лист ФНРЈ – Међународни уговори“, бр. 5/45.

⁴⁹ Видети члан 1 и 2 Универзалне декларације о правима човека, „Службени лист ФНРЈ“ 0/48.

⁵⁰ Видети члан 20 став 2 и 26 Међународног пакта о грађанским и политичким правима из 1966. године објављено у „Декларације и основни документи“, Савез удружења правника Југославије, Београд, 1968. год.

⁵¹ Видети члан 2 став 2 Међународног пакта о економским, социјалним и културним правима из 1966. год., објављено у „Декларације и основни документи“, Савез удружења правника Југославије, Београд, 1968. год.

оправдавају и подржавају било који облик расне мржње и дискриминације.⁵² Поред заштите од расне дискриминације, међународни документи забрањују и друге врсте дискриминација: према женама, деци, особама са инвалидитетом, избеглицама, лицима без држављанства и др. Тако су донете: Конвенција о статусу избеглица (1951. год.), Конвенција о правном положају лица без држављанства (1954. год.), Конвенција о борби против дискриминације у области просвете (1960. год.), Међународна конвенција о укидању и кажњавању злочина апартхејда (1973. год.), Конвенција о укидању свих облика дискриминације жена (1979. год.), Конвенција о правима детета (1989. год.), Међународна конвенција о заштити права радника миграната и чланова њихових породица (1990. год.), Конвенција о правима особа са инвалидитетом (2006. год.) и др.⁵³ Сви ови облици забране дискриминације имају подједнак значај и подједнак правни третман и са становишта унутрашње правне и међународноправне заштите. За сваку земљу понаособ, а и целу међународну заједницу, важно је да се штите права и равноправност и инвалида, деце, жена, лица без држављанства, миграната, као и мањинских заједница и група изложених разним појавама неравноправности. Но, већу политичку тежину имају појаве угрожавања мањинских група и заједница и заштита од дискриминације коју уживају националне, етничке, верске и језичке групе и мањине. Проблем ових заједница или група датира још од завршетка Првог светског рата и актуелан је и данас јер се међународни односи стално развијају, али и компликују и изазивају разне унутрашње трзавице у земљи. То питање дискриминације мањинских заједница је осетљиво и тешко у мултиетничким, мултикултуралним и мултиконфесионалним срединама и земљама. У њима се с времена на време, из различитих политичких мотива и намера, „отварају“ проблеми националне, културне, верске, језичке, образовне и друге равноправности (дискриминације). Иако се често ти проблеми и преувеличавају или политизују, они постоје и не могу се занемаривати. Они морају да се решавају на време, да се реагује на сваку, па и најбезазленију, акцију или провокацију у смислу било које дискриминације. Боље је и лакше решавати такве ситне проблеме и провокације него дозволити да они нарасту и постану озбиљан унутрашњи проблем једне земље.

⁵² Мирна Косановић, др Саша Гајин, др Дејан Миленковић, *Забрана дискриминација у Србији и рањиве друштвене групе*, Министарство рада и социјалне политике, Београд, 2010. год., стр. 8.

⁵³ Видети: Милан Пауновић, Борис Кривокапић, Ивана Крстић, *Међународна људска права*, Београд, 2010. год., стр. 38.

Истина, проблеми разних појединаца, мањинских група и заједница никад не могу до краја да се реше. Увек ће бити оних који су нечим незадовољни и изазивају атмосферу веће или мање друштвене напетости. Њих ипак нико не може да потцени нити било која политичка власт сме ту тему да „затвори“ или је игнорише. Она (власт) мора да има слуха и стрпљења да саслуша сваког, па и оног који није у праву, а нарочито мора да буде обазрива према мањинама које су увек осетљивије, рањивије и незадовољније од већине. Ако се политичка власт понаша игнорантски, те мањинске заједнице и групе неће прихватати државу у којој живе као своју и настојаће да праве проблеме и тамо где их нема. Свака власт мора да покаже мудрост према онима који су потенцијално незадовољни њоме. Увек ће бити таквих група и заједница које траже више него што им припада, које су незадовољне и склоне да преувеличавају своје проблеме, траже заштиту како унутар земље, тако и ван ње. Са њима власт мора да поступа мудро, да некад показује чврстину, али некад и попустљивост. Те мањинске групе и заједнице лако постају жртве политичких злоупотреба и инструмент оних политичких снага које ником не мисле добро а понајмање мањинским групама и заједницама.

**Mihajlović Vladan, PhD, Full time professor, Faculty of law,
University iz Kosovska Mitrovica**

EQUAL PROTECTION OF RIGHTS (EQUALITY) AND NON-DISCRIMINATION VARIOUS FORMS

Summary

Equality represents the greatest achievement of modern society. Thanks to the equality of rights and duties of a single human being are correlative and limit the same rights of another human being. Although the formal legal equality is being guaranteed in practice, it has not been realized yet. In fact, as much as we strive for equality, it will never be total. With all of its advantages, it has always had its disadvantages and limitations. A special aspect of equality is equality under the law and consists of equal implementation of the law for all citizens. It is the function of the courts and of these functions it

depends on how much rights and justice are respected in the certain country. Citizens are more hurt with inequality and injustice they experience from the courts but the one experience of the institution of politics. Because of this, courts have been invited to solve all cases and disputes in the same way, so they can ensure equality and justice for all citizens. Back face of equality is inequality or discrimination.

In order to achieve equality among people, any form of discrimination should be banned and suppressed. The discrimination means unequal treatment of individuals or vice versa speaking equal treatment of non individuals.

Keywords: *equality, equal rights and obligations, equality before the Law, equal protection of rights, equal court treatment for equal cases, discrimination as denial of equality, different approach to equals, same treatment for different cases, discrimination based on religious believes, sex, education, ethnical and social background, sexual orientation, etc.*

**РЕФЕРЕНДУМ
У РЕПУБЛИЦИ СРПСКОЈ
– УСТАВНОПРАВНИ И ПОЛИТИЧКИ АСПЕКТ –**

Проф. др. Синиша Каран*

***Апстракт:** У Босни и Херцеговини и Републици Српској посебно, референдумска дилема за или против, не односи се на референдумско питање и изјашњавање грађана. Дилема се односи на одрживост уставноправне позиције института референдума као таквог и његове верификације са аспекта уставности и законитости као и политичке природе, односно легалитета и легитимитета. Уставноправне дилеме супротстављају се поимању уставних одредаба Устава БиХ и Републике Српске, у односу на цјелину Дејтонског мировног споразума за Босну и Херцеговину и посебно мандата Канцеларије високог представника у Босни и Херцеговини. Данас, 20 година након Дејтонског мировног споразума за Босну и Херцеговину, референдум се посматра са широко постављеног дискурса уставног права на референдум и, са друге стране, као „најдосљеднији удар“ на уставну структуру Босне и Херцеговине и њен суверенитет.*

Референдум¹ као један од облика непосредне демократије је, заједно са другим облицима непосредне демократије, имао значајну улогу у демократској организацији политичких заједница и организација. Он је резултат демократске праксе и демократске друштвене мисли, а може бити обавезан или факултативан. Одлука донесена на референдуму има обавезну снагу за органе који одлуку треба да спроведу; уколико то није случај, у питању је савјетодавни референдум.

* Факултет правних наука, Паневропски универзитет АПЕИРОН, Бања Лука

¹ Референдум (од лат. referendum – оно о чему треба да се извјести) је непосредно одлучивање бирачког тијела о уставу (уставни референдум), закону (законски референдум) или неком другом акту односно одлуци у оквиру неке територијално-политичке заједнице.

Референдум у Републици Српској има карактер претходно савјето-давног о неком питању и накнадно обавезујућег за институције Републике Српске које морају донијети одговарајући акт на бази референдумске одлуке о том питању, у времену који одређује закон.

Према Закону о референдуму и грађанској иницијативи („Службени гласник Републике Српске“ број 42/10), ререферендум у Републици Српској може се расписати ради претходног изјашњавања грађана о појединим питањима из надлежности Народне скупштине Републике Српске.

Кључне ријечи: референдум, непосредно изјашњавање, устав, закон, надлежности, институција високог представника, Анекс Х, Дејтонски мировни споразум, међународна заједница, наметнути закони, суверенитет, Општи оквирни споразум за мир у Босни и Херцеговини.

У основи, питање референдума² у Босни и Херцеговини отворило се као питање статуса Републике Српске у оквиру Босне и Херцеговине, уз оцјену да се ради о антидејтонском дјеловању, али и за међународну заједницу, питање или редефинисање уставноправне и политичке природе одлука високог представника у Босни и Херцеговини³ које је доносио, посебно одлука којима је наметао законе⁴. Оспоравајући могућност Ре-

² Предсједник Републике Српске упутио је, 1.7.2015. године, приједлог за заказивање посебне сједнице Народне скупштине Републике Српске, са дневним редом „Приједлог за расписивање Републичког референдума“, на којој би била донесена одлука о расписивању републичког референдума. Референдумско питање о коме би се грађани – бирачи изјашњавали гласило би: „Да ли подржавате неуставно и неовлашћено наметање закона од стране високог представника међународне заједнице у Босни и Херцеговини, посебно наметнуте законе о Суду и Тужилаштву БиХ и примјену њихових одлука на територији Републике Српске?“. Народна скупштина РС је на 10. посебној сједници донијела одлуку о расписивању републичког референдума са наведеним референдумским питањем. За дан одржавања референдума, предвиђена је прва недјеља по истеку педесет дана од дана ступања на снагу одлуке о расписивању републичког референдума.

³ Институција високог представника успостављена је Анексом Х (Споразум о цивилном спровођењу мирног рјешења) Општег оквирног споразума за мир у Босни и Херцеговини, који су потписали Република Босна и Херцеговина, Република Српска, Федерација Босне и Херцеговине, Република Хрватска и Савезна Република Југославија. Овлашћења високог представника регулисана су чланом 2 Анекса Х Општег оквирног споразума за мир у Босни и Херцеговини. Оно што је најважније јесте одредба члана 5 овог анекса (Коначни ауторитет за тумачење) која предвиђа да је високи представник на терену коначни ауторитет за тумачење Споразума о цивилном спровођењу мирног рјешења. Сходно члану 6 овог анекса, Споразум је ступио на снагу послје потписивања, с тим да су стране преузеле обавезу (члан 4) да ће у потпуности сарађивати са високим представником и његовим/њеним особљем, као и са међународним организацијама и агенцијама као што је предвиђено у члану 9 Општег оквирног споразума.

⁴ У анализи донесених аката високог представника може се утврдити да су се закони доноси-

публици Српској да може поставити наведено референдумско питање⁵, оспорава се и сам институт референдума⁶, а додају му се политичке квалификације које излазе из оквира улоге, значаја и домена референдума у Републици Српској као што је оцјена да се референдумом жели извршити сецесија Републике Српске од Босне и Херцеговине, те да се узурпирају надлежности институција Босне и Херцеговине. У с т а в о м Републике Српске предвиђена законодавна активност унапријед се осуђује као антидејтонски чин, игноришући став Народне скупштине Републике Српске да републички референдум и његова одлука неће угрозити интегритет и суверенитет Босне и Херцеговине, имајући у виду да је она сложена држава, заједница састављена од два ентитета у чијим је надлежностима правосудни систем.

Референдум није и не може узурпирати надлежности прије свега Парламентарне скупштине БиХ која је донијела законе о Суду и Тужилаштву БиХ и која једина и може мијењати, допуњавати или укинути наведене законе и донијети друге.

Сврха и циљ референдума је оспоравање легитимитета високог представника да неуставно и неовлашћено намеће законе, посебно наметнуте законе о Суду и Тужилаштву БиХ и на бази одлуке на референдуму дјеловање институција у складу са уставом и законом.⁷ Наметнутим одлукама високи представник је преузео ингеренције извршне и законодавне власти и изишао из манадата који му је изворно дат Дејтонским мировним споразумом.

ли на два начина – у форми закона или у форми одлука којима се проглашавао одређени закон, које су законодавна тијела Босне и Херцеговине имала обавезу да усвоје у истовјетном облику – тексту.

⁵ Члан 2 Закона о референдуму и грађанској иницијативи (1) Референдум у Републици Српској (у даљем тексту: републички референдум) расписује се ради претходног изјашњавања грађана, у складу са Уставом. (2) Референдум у општини, односно граду (у даљем тексту: општински референдум) расписује се ради претходног изјашњавања грађана о питањима из надлежности скупштине општине, односно града утврђених законом и статутом општине, односно града. (3) Општински референдум спроводи се на начин и по поступку утврђеним овим законом и статутом општине, односно града. Члан 3 дефинише начин да овим Законом грађани иницирају, односно предлажу промјену Устава, закона, других прописа и општих аката из надлежности Народне скупштине РС (у даљем тексту: Народна скупштина), општине, односно града, расписивање референдума о одређеном питању и подносе друге приједлоге у складу с Уставом, законом и статутом (у даљем тексту: грађанска иницијатива).

⁶ Члан 5 (1) Закона дефинише референдум и грађанску иницијативу као облике непосредног и слободног изјашњавања грађана. Став (2) дефинише да нико не може позвати грађанина на одговорност због изјашњавања на референдуму, односно због учествовања у грађанској иницијативи у складу с овим законом.

⁷ Члан 36 – Ако су се грађани референдумом претходно изјаснили о одређеном питању, надлежни орган ће донијети одговарајући акт у року од шест мјесеци од дана одржавања референдума.

Сегмент референдумског питања о примјени одлука Суда и Тужилаштва БиХ на територији Републике Српске подразумијевао би одговарајући законски оквир забране тог дјеловања, односно његовог другачијег нормирања. Референдум је одговор и реакција на правно и политичко насиље и селективан приступ у раду ових правосудних институција, и оспоравање њиховог легитимитета на дијелу територије Босне и Херцеговине (Република Српска). Дјеловање било ког органа Републике Српске или Босне и Херцеговине (превасходно уставних судова) или реакција међународне заједнице, која у оцјени уставности и законитости референдума не посматра цјелину многозначног аспекта референдума, не може доћи до цјелиходне оцјене, посебно када је ријеч о тумачењу члана 3 Закона о референдуму и грађанској иницијативи (члан 3 дефинише начин да овим законом грађани иницирају, односно предлажу промјену Устава, закона, других прописа и општих аката из надлежности Народне скупштине РС, општине, односно града).

Расправа о референдуму треба имати у виду реализације донесених правних и политичких аката Народне скупштине РС из ранијег периода (декларације, резолуције, закључци, препоруке и др.), који се одnose на систем правосуђа Босне и Херцеговине, а који претходи одлуци о расписивању референдума. Политички аспект, а на бази анализа provedбе наведених докуманата Народне скупштине РС, показује да постоји уставна и законска основа и политичка оправданост за одржавање републичког референдума, као облика демократског изјашњавања грађана о реформи правосудног система у Босни и Херцеговини.

Посебно је важно нагласити да је структурални дијалог о реформи правосуђа у Босни и Херцеговини до сада био неуспјешан и није дао одговарајуће и очекиване резултате, те да је овакав вид преговарања, у великој мјери, најчешће злоупотребљаван, првенствено са циљем успостављања и јачања улоге треће, уставно непостојеће правосудне гране власти у Босни и Херцеговини. У исто вријеме Тужилаштво БиХ презимало је надлежности ентитетских тужилаштава, а није покренуло поступке за бројне злочине учињене над српским народом. У исто вријеме је Суд БиХ неуставно и незаконито ретроактивно примјењивао Кривични закон БиХ из 2003. године, те се оглушио на стално инсистирање да се изврши озбиљна анализа и ревизија изречених судских одлука.

Улога Канцеларије високог представника додатно је модификована јер Анексом X високи представник није добио извршна и наредбодавна овлашћења, а посебно не законодавна овлашћења. Дата овлашћења од-

носе се само на право да надгледа спровођење мировног рјешења, одржава тијесне контакте са странама уговорницама, координира активности цивилних организација и агенција, сугерише и савјетује одређена рјешења.

Накнадно (само)тумачење Анекса о праву да издаје наредбодавне одлуке, смјењује или поставља личности, доноси законе⁸ и друге акте супституирајући домаће институције државне власти, дубоко је подијелило босанскохерцеговачко друштво и наставља се и данас, након 20 година успоставе данашње уставне структуре Босне и Херцеговине.

У овом свјетлу, референдум је само до краја „оголио“ видљиву и мање видљиву неуставну праксу међународне заједнице и дефинисао посебан облик старатељства као специфичан вид протектората над Босном и Херцеговином који се остварује од стране високог представника (ОХР).

Чак и са аспекта принципа међународног уговорног права (јер је Дејтонски мировни споразум међународни уговор), а како то истиче и проф. Миодраг Митић, високи представник међународне заједнице, с обзиром на то да није страна овог споразума, није могао добити овлашћење да га коначно тумачи. Оно на шта јесу пристале стране уговорнице, како примјећује академик Снежана Савић, јесу овлашћења високог представника која су јасно одређена и на које су пристале стране уговорнице.

Међународна заједница, свјесна ограничења за високог представника да интервенише у уставноправну сферу Босне и Херцеговине на бази овлашћења датих Анексом X, успоставља и Савјет за имплементацију мира (Peace Implementation Council – PIC). Већ „чувеним“ декларацијама⁹, посебно Бонском,¹⁰ дошло је до проширивања

⁸ Специфичност закона које је донио високи представник садржана је у уобичајеној одредби тих закона, одредби да „закон ступа на снагу као закон Босне и Херцеговине, на привременој основи све док Парламентарна скупштина БиХ не усвоји овај закон у одговарајућем облику, без амандмана и додатних услова.“ Одлуке високог представника, како општи тако и појединачни правни акти, објављују се у службеним гласницима Босне и Херцеговине, ентитета, и Дистрикта Брчко, као што се објављују и акти домаћих институција и власти.

⁹ Савјет за имплементацију мира, односно његов управни одбор, прати ситуацију у Босни и Херцеговини да би на повременим конференцијама (сједницама) оцјењивао степен имплементације Дејтонског мировног споразума уз доношење ставова и упућивања сугестија високом представнику и институцијама Републике Српске, Федерације Босне и Херцеговине и Босне и Херцеговине.

¹⁰ За високог представника под тачком 2.б овог дијела Декларације предвиђено је “доношење привремених мјера када стране нису у стању да постигну договор, што ће остати на снази све док Предсједништво БиХ или Савјет министара БиХ не усвоје одлуку која је конзистентна са Мировним споразумом по питањима о којима се ради”. О овом овлашћењу смо говорили у више наврата, с обзиром на то да је у пракси дошло до злоупотребе овог овлашћења од стране висо-

овлашћења и надлежности високог представника које ће у протеклих 20 година до данас створити другачију уставноправну структуру Босне и Херцеговине, а посебно ентитета, у односу на важећи Устав БиХ. Како високог представника именују министри вањских послова у Управном одбору Савјета за имплементацију мира, на приједлог Европске уније, а мандат му потврђује Савјет безбједности Уједињених нација, управо се Резолуцијом Савјета безбједности број 1031 додатно јача даљи капацитет и позиционира мјесто и улога високом представнику у Босни и Херцеговини и потврђује његова водећа улога.

Референдумско питање¹¹ о коме би се грађани – бирачи изјашњавали, које гласи: „Да ли подржавате неуставно и неовлашћено наметање закона од стране високог представника међународне заједнице у Босни и Херцеговини, посебно наметнуте законе о Суду¹² и Тужилаштву БиХ¹³ и примјену њихових одлука на територији Републике Српске?“, отвара и проблематизује најмање три важна уставноправна и политичка питања чији одговори могу имати далекосежне посљедице на будући развој Босне и Херцеговине.

Прво је отварање питања уставноправне и политичке природе одлука, а посебно наметнутих закона од стране високог представника међународне заједнице у Босни и Херцеговини, као друго издвојено ког представника. Мада је јасно да високи представник није законски предлагач, јер се обраћа Предсједништву БиХ или Савјету министара БиХ, као уставним предлагачима закона. Даље, ово овлашћење је широко примјијењено јер су постојале честе ситуације када се стране нису договориле о одређеним питањима.

¹¹ Према члану 36 Закона о референдуму и грађанској иницијативи, Народна скупштина РС, као надлежни орган, у року од шест мјесеци након одржаног референдума доноси одговарајући акт којим одређује активности и рокове за остваривање одлуке грађана исказане на референдуму.

¹² Закон о Суду БиХ наметнут је одлуком високог представника 2000. године, а Парламентарна скупштина БиХ га је усвојила 2002. године. Суд је основан да би се осигурало ефикасно остваривање надлежности државе Босне и Херцеговине и поштовање људских права и владавине закона на њеној територији. Суд је организован кроз три одјељења (кривично, управно и апелационо).

¹³ Тужилаштво БиХ представља самосталан и посебан орган чији је главни задатак да обезбједи ефикасно остваривање надлежности Босне и Херцеговине, поштовање људских права и слобода, те законитости на простору Босне и Херцеговине. Надлежност Тужилаштва утврђена је Законом о Тужилаштву БиХ. Са аспекта надлежности, Тужилаштво је орган надлежан за спровођење истраге за кривична дјела за која је надлежан Суд БиХ, за гоњење починилаца пред Судом БиХ. Тужилаштво је и орган надлежан за примање захтјева за међународну правну помоћ у кривичним стварима, у складу са законима, мултилатералним и билатералним споразумима и конвенцијама, укључујући и захтјеве за изручење или предају тражених лица од стране судова или органа на подручју Босне и Херцеговине и других држава, односно међународних судова или трибунала. Као спецификум се наводи да у прелазном периоду може бити именовано троје међународних тужилаца Посебног одјељења за организовани криминал, привредни криминал и корупцију, који не могу бити држављани Босне и Херцеговине или држављани било које од сусједних земаља.

питање односи се на наметнуте законе о Суду и Тужилаштву БиХ, и треће, као посебно, примјена њихових (Суда и Тужилаштва БиХ) одлука на територији Републике Српске.

Разматрајући прво питање, вјероватно и најважније имајући у виду да друга два питања представљају неку врсту последице дјеловања високог представника, можемо рећи да је једно од најважнијих питања које одређује и положај Босне и Херцеговине као суверене земље модерног доба са специфичним обликом старатељства међународне заједнице.

Акти високог представника инкорпорирани су у правни поредак Босне и Херцеговине, те се поставља питање односа тих аката са Уставом БиХ не само данас, него и након одласка високог представника из Босне и Херцеговине. Уставни суд БиХ, као орган који одлучује о сагласности општих аката са Уставом, приликом оцјене уставности неких од закона које је донио високи представник, није имао јединствен став, тачније, мишљења судија била су супротстављена и различита, политички детерминисана, и потпуно недоследна у властитој пракси суда. Дјелујући као уставотворна и законодавна власт, високи представник је вршио ревизију Устава БиХ, пореметивши Уставом утврђену и јасно одређену равнотежу између ентитета и Босне и Херцеговине, са циљем јачања тенденција за централизацијом и унитаризацијом Босне и Херцеговине.

Супротна настојања иду у правцу одбране и заштите Уставом успостављених институционалних односа, уставног статуса Босне и Херцеговине и ентитета, степен њихове самосталности, државности и суверенитета подразумева енергично и континуирано анализирање уставноправних ефеката пренесених надлежности и дјеловања високог представника. У овом смислу захтјеви за оцјену уставности и законитости и враћање пренесених надлежности¹⁴ на ентитете имају свој пуни уставноправни и политички основ.

¹⁴ Надлежност институција Босне и Херцеговине и ентитета регулисани су чланом III Устава БиХ. У тачки 1 овог члана таксативно су набројане надлежности Босне и Херцеговине: спољнотрговинска политика; царинска политика; монетарна политика; како је одређено чланом VII; финансирање установа и међународних обавеза Босне и Херцеговине; политика и прописи за усељавање, избјеглице и азил; спровођење кривичних закона на међународном плану и између ентитета, укључујући ту односе са Интерполом; увођење и рад средстава за међусобне и међународне комуникације; регулисање саобраћаја између ентитета; контрола ваздушног саобраћаја. Тачком 3 истог члана прописано је да ће све државне институције и овлашћења која овим уставом нису изричито додијељена институцијама Босне и Херцеговине, припадати ентитетима.

Референдум који је расписала Народна скупштина РС доводи ово питање преко наметнутих закона без сагласности ентитета,¹⁵ а посебно закона о Суду и Тужилаштву БиХ до нове уставне, правне и политичке ситуације у којој све институције у Босни и Херцеговини и Републици Српској „имају прилику“ да изнова протумаче и тумаче однос Устава БиХ и Устава РС.

Изнава смо у позицији и да сагледамо реакцију Уставног суда РС и БиХ.¹⁶ Уставни суд БиХ је већ раније дао оцјену о уставности одлука високог представника¹⁷, а које су предмет и референдумског питања. Питање надлежности¹⁸ и независности, као и апелационе надлежности¹⁹, Уставног суда БиХ нека су од од спорних питања у правничкој јавности Босне и Херцеговине, с обзиром на то да је сопствену надлежност сам Уставни суд у својим одлукама одређивао и у предметима у којима она није децидирано предвиђена Уставом²⁰.

¹⁵ У домену подјеле надлежности између институција Босне Херцеговине и ентитета, Уставом су предвиђене још двије одредбе. Наиме, члан III 3 4 (Координација) предвиђа да Предсједништво БиХ може да одлучи да олакша координацију међу ентитетима по питањима која не спадају у надлежност Босне и Херцеговине према Уставу, уколико се један ентитет не противи томе у било ком посебном случају. Истим чланом, тачком 3 5а (Додатне надлежности), прописано је да ће Босна и Херцеговина преузети надлежност за све друге послове о којима се ентитети сложе; за послове које предвиђају анекси V до VIII Општег оквирног споразума; и за послове који су нужни за очување суверенитета, територијалног интегритета, политичке независности и међународног статуса Босне и Херцеговине у складу са подјелом надлежности међу установама Босне и Херцеговине. По потреби се могу установити додатне установе ради обављања тих послова.

¹⁶ Вијеће за заштиту виталног интереса при Уставном суду РС дана 10.8.2015. године, одлучило је да је прихватљив захтјев Клуба делегата бошњачког народа у Вијећу народа РС за утврђивање повреде виталног националног интереса у вези са одлуком о расписивању републичког референдума, коју је Народна скупштина РС донијела 15.7.2015. године.

¹⁷ Када је Закон о Суду БиХ, који је високи представник наметнуо одлуком, оспорен пред Уставним судом БиХ, четири од шест судија из Босне и Херцеговине правилно су закључили да је Закон неуставан. Међутим, Закон је подржан, гласовима три стране судије Уставног суда.

¹⁸ Једном од најзначајнијих одлука Уставног суда БиХ сматра се одлука о конститутивности народа, која је промијенила унутрашњу структуру ентитета. Ради се о ситуацији у којој се Уставни суд БиХ појавио у улози уставотворца, вршећи суштинску ревизију Устава, занемарујући при томе чињеницу да је основна улога сваког уставног суда управо заштита од неуставних промјена и, уопште, заштита Устава.

¹⁹ Највеће одступање од класичне уставне концепције европских уставних судова представља надлежност Уставног суда БиХ да има апелациону јурисдикцију по питањима из Устава која проишле из пресуда било ког суда у Босни и Херцеговини.

²⁰ Уставни суд сачињава девет судија, од којих шест судија бирају парламенти ентитета (Представнички дом Федерације БиХ бира четири, а Народна скупштина РС два), док преосталу тројицу бира председник Европског суда за људска права, након консултација са Предсједништвом БиХ. За судије Уставног суда могу да буду изабрани истакнути правници високог моралног угледа. Судије које бира председник Европског суда за људска права не могу бити држављани Босне и Херцеговине, нити било које сусједне државе. Мандат судија именованих у првом сазиву је

Надлежност Уставног суда БиХ није да мијења Устав БиХ, односно њено државно уређење, јер је тиме отворена могућност, како наводи академик Снежана Савић, да се сва она рјешења која није могуће провести кроз институције Босне и Херцеговине, у којима је при одлучивању увијек присутна клаузула заштите виталног интереса народа, проведу кроз његове одлуке, јер се једино у њему (Уставном суду БиХ) одлучује обичном већином. На овај начин, додаје Савић, умјесто да буде чувар Устава БиХ, Уставни суд, супротно Уставу, постаје уставотворац, механизам за најједноставнији начин промјене Устава БиХ.²¹

Имајући у виду досадашњу праксу Уставног суда БиХ, може се рећи да је сваки захтјев за оцјеном сагласности одређених одредаба устава ентитета са Уставом БиХ превасходно политичке, а тек потом (и) правне природе, те да се у оваквим захтјевима испољава једна политичка опција која је остала незадовољна рјешењима садржаним у Дејтонском мировном споразуму. На овај начин Суд мијења државно уређење Босне и Херцеговине, прекорачавајући своје надлежности²² те, умјесто да штити Устав, постаје уставотворац, чиме и саме одлуке тог суда излазе из уставноправних оквира.

У одлуци број: У-9/00 од 3.11.2000. године,²³ Уставни суд по први

пет година, а судије каснијих сазива могу да обављају своје дужности до 70. године старости, изузев ако прије тога не поднесу оставку или не буду разријешени консензусом осталих судија. Постојеће уставно овлашћење да три члана Уставног суда бира председник Европског суда за људска права (члан IV тачка 1) директан је израз улоге међународне заједнице у уставном систему Босне и Херцеговине. По свом карактеру оно свједочи о ограничењу суверености ове државне заједнице. Зато Парламентарна скупштина БиХ законом треба да пропише другачији избор ових судија.

²¹ Анекс – издвојено мишљење судије Снежане Савић на Дјелимичну одлуку Уставног суда БиХ, број: У 5/98 од 1.7.2000. године.

²² За реализацију Уставом утврђене подјеле надлежности од великог значаја су овлашћења Уставног суда БиХ. У вези с тим, није тешко запазити да су физиономија и функције овог суда конципирани као компромис и мјешавина елемената система судске контроле уставности англосаксонских земаља и европских система уставносудске заштите путем посебних уставних судова, што је вјероватно и разлог за несистематичност и недовољну прецизност и јасност у начину утврђивања његових надлежности.

²³ Предмет У 9/00 БиХ Закон о државној граничној служби „Службени гласник БиХ“ број 01/02. Закон о државној граничној служби је наметнуо високи представник међународне заједнице у Босни и Херцеговини 13.1.2000. године, након што Парламентарна скупштина БиХ није усвојила Нацрт закона који је 24.11.1999. године предложило Председништво БиХ. На питање да ли је могуће оцјењивати овлашћења високог представника, која као таква егзистирају на основу Анекса 10, тј. оцјењивати њихову уставност, користећи при томе Устав БиХ као мјерило, Уставни суд је индиректно негативно одговорио, и то у својој водећој одлуци о уставности Закона о државној граничној служби: у конкретном случају, Уставни суд БиХ констатује да: високи представник – чије овласти које произлазе из Анекса 10 Општег оквирног споразума, релевантних резолуција Вијећа сигурности Уједињених народа и Бонске декларације, нису подложне контроли Устав-

пут се бавио оцјеном уставности наметнутог закона²⁴ од стране високог представника за Босну и Херцеговину.

У том захтјеву, подносиоци су истицали да високи представник нема нормативних овлашћења да наметне закон у случају да га не изгласа Парламентарна скупштина БиХ, јер му Анекс 10. Општег оквирног споразума за мир у Босни и Херцеговини и глава XI 6. 2. Бонске декларације не додјељују нормативна овлашћења. Уставни суд је тај захтјев оцијенио допустивим, образлажући да: „У конкретном случају, високи представник, чија овлашћења која произилазе из Анекса 10. Општег оквирног споразума, релевантних резолуција Савјета безбједности Уједињених нација и Бонске декларације²⁵, нису подложна контроли Уставног суда, као ни вршење тих овлашћења, а да је високи представник интервенисао у правни систем Босне и Херцеговине, супституирајући домаће власти. У том погледу он је дјеловао као власт Босне и Херцеговине, а закон који је донио је природе домаћег закона, те се мора сматрати законом Босне и Херцеговине, чија је сагласност са Уставом подложна контроли

ног суда, као ни вршење тих овласти – интервенисао је у правни систем Босне и Херцеговине, супституирајући домаће власти. У том погледу он је, стога, дјеловао као власт Босне и Херцеговине, а закон који је он донио је природе домаћег закона, те се мора сматрати законом Босне и Херцеговине. У цитираој одлуци о Закону о државној граничној служби (У 9/00) наводи се и сљедеће: Стога, без обзира на природу овласти додијељених високом представнику Анексом 10. Општег оквирног споразума за мир у Босни и Херцеговини, чињеница да је Закон о државној граничној служби донио високи представник, његовој форми, будући да је овај закон објављен као такав у ‘Службеном гласнику БиХ’ 26.01.2000. године (‘Службени гласник БиХ’ број 2/2000), као ни у његовој суштини, која се, био он или не у сагласности са Уставом, тиче сфере која потпада под законодавну надлежност Парламентарне скупштине БиХ према члану IV/4а) Устава БиХ. Парламентарна скупштина БиХ је слободна да мијења цијели текст или дио текста овог Закона у будућности под претпоставком да се испоштује одговарајућа процедура.

²⁴ Надлежност заштите Устава, додијељена Уставном суду према члану VI/3 Устава, прецизира на ставовима а), б) и ц), у вези са чланом I/2 Устава, који гласи да је Босна и Херцеговина демократска држава која функционише у складу са законом и на основу слободних и демократских избора, додјељује Уставном суду моћ контроле сагласности са Уставом свих аката, без обзира на аутора, док год та контрола почива на једној од надлежности побројаних у члану VI/3 Устава. У каснијим одлукама донесеним поводом захтјева у којима је тражено да се испита уставност закона које је наметнуо ОХР Уставни суд се, у суштини, ограничава само на подсјећање на своју судску праксу у предмету број: У 9/00.

²⁵ Ово становиште ОХР-а потврдио је управо Уставни суд БиХ, у одмаклој фази политичких дискусија између ОХР-а и Суда. У предмету број: АП 953/05 Уставни суд се бави, између осталог, питањем да ли овлашћења високог представника, осим из Анекса 10. Дејтонског мировног споразума, извиру и из међународног права, да ли резолуције Савјета безбједности УН о улози високог представника треба вредновати као одлуке у смислу члана 39 Повеље УН, те да ли је, онда, Босна и Херцеговина, као земља чланица УН, обавезна да, према члану 25 Повеље УН, имплементира ове одлуке. Суд признаје да није потпуно јасно да ли се у случају спорних прописа из резолуција Савјета безбједности (о улози високог представника) ради о одлукама Савјета безбједности, јер ови акти нису названи одлукама, а члан 39 формално наводи само двије врсте аката Савјета безбједности према поглављу VII: препоруке и одлуке.

Уставног суда, на основу члана VI/3 (а) Устава Босне и Херцеговине“ . Специфична је и одлука Уставног суда број: У-7/97 од 22.12.1997. године, у којој се констатује да Уставни суд БиХ није надлежан да оцјењује уставност Општег оквирног споразума за мир у Босни и Херцеговини. На бази оваквих одлука, Уставни Суд БиХ заузео је став да се закони високог представника не могу испитивати са формалноправног аспекта, односно да Суд није надлежан да оцјењује овлашћења високог представника, јер се ради о институцији међународног карактера.²⁶ Иначе, а полазећи од уставног принципа утврђеног у члану VI/4 Устава, према којем су одлуке Уставног суда коначне и обавезујуће, Пословником Уставног суда разрађен је начин извршења одлука Уставног суда.

Оваква формулација Уставног суда БиХ производ је, између осталог, и специфичности његове физиономије и функције као компромиса и мјешавине елемената система судске контроле уставности англосаксонских земаља и европских система уставносудске заштите путем посебних уставних судова. Посљедица је несистематичност и недовољна прецизност и јасноћа у начину доношења одлука ове највеће судске инстанце. Слична је ситуација и са оцјеном уставности наметнутог Закона о Суду БиХ.²⁷

²⁶ У наредним годинама, када се ауторитет високог представника појачано почиње да доводи у питање, високи представник је одлучио да своја овлашћења не базира само на Анексу 10. Дејтонског мировног споразума већ и на резолуцијама Савјета безбједности УН. Он то чини тако што указује да Савјет сигурности у члану 4 Резолуције 1174 (1998) од 15.6.1998. године, у поглављу VII Повеље, још једном потврђује да је високи представник највиша инстанца за тумачење и у односу на Анекс 10. Дејтонског мировног споразума о цивилној имплементацији Мировног споразума, те да у случају спора може дати своје тумачење и своје препоруке и да према властитој процјени може доносити обавезујуће одлуке у питањима која је обрадио Савјет за имплементацију мира у Бону 9. и 10.12.1997. Уосталом, Савјет безбједности УН је „експлицитно потврдио“ декларацију РС-а из Бона (о тумачењу надлежности високог представника) у низу резолуција као што су: 1247 (1999), 1423 (2002), 1491 (2003), 1551 (2004), 1575 (2004), 1639 (2005) и 1722 (2006).

²⁷ Одлуку Уставног суда БиХ од 28.9.2001. године о уставности Закона о Суду БиХ, изгласала су тројица страних судија и двојица судија из реда бошњачког народа, а неуставним су га сматрали свих четворо судија из реда српског и хрватског народа. Ради се о професорима правних факултета – др Снежани Савић, др Витомиру Поповићу, др Звонку Миљку, те о Мирку Зовку, бившем предсједнику Уставног суда РС. Одлука је донесена супротно утемељеним ставовима судија из реда два од три конститутивна народа, само са два гласа судија из реда Бошњака и још три гласа страних судија. Тако је, издвајајући мишљење, судија Снежана Савић констатовала да не постоји уставни основ за доношење тог закона, односно успостављање Суда БиХ, јер се ни високи представник није могао позвати на одредбу Устава БиХ. Судија Звонко Миљко у издвојеном мишљењу констатује да не може да постоји Суд БиХ ако га нема у самом Уставу БиХ. Овај закон не би могла да донесе чак ни Парламентарна скупштина БиХ, па тако ни високи представник који у овом случају сусституише Парламентарну скупштину БиХ, како стоји у самој одлуци Уставног суда. Једини начин за успостављање оваквог суда био би могућ уставном ревизијом, у складу са чланом 10.1. Устава БиХ.

Основно уставноправно, али и далекосежно политичко питање које се повезује са иницијативом о расписивању референдума, јесте да ли Република Српска има уставно и законско право да распише референдум, а посебно да ли питање које је постављено има упориште у домену тог права.

Референдум је у складу са Уставом БиХ, а посебно праксама демократских држава у Европи и свијету. Посебно је карактеристична „међународноправна подлога“ на којој почива Устав БиХ као дио међународног уговора којим је одређен његов међународноправни карактер. Уставом БиХ тачком 3.3.(б) стоји да ће „општи принципи међународног права представљати интегрални дио права Босне и Херцеговине и ентитета“. Преамбула Устава БиХ такође се позива на Повелју Уједињених нација, Универзалну декларацију о правима човјека, као и друге акте међународног права. Дејтонски мировни споразум не садржи ниједну одредбу која би се могла тумачити као забрана или ограничавање референдума. У резолуцији из 2007. године, Парламентарна скупштина Савјета Европе потврђује референдум као инструмент непосредне демократије који припада европском изборном наслијеђу.

Устав РС дефинише референдум у чл. 70 и 77, а посебно разрађује Законом о референдуму и грађанској иницијативи.²⁸ Закон је прошао „тест“ уставноправне контроле.²⁹ Уставом РС (члан 77 Устава) прописано је да Народна скупштина РС може одлучити да о појединим питањима из своје надлежности одлуку донесе након претходног изјашњавања грађана на референдуму. Такође, чланом 32 Устава прописано је да грађани имају право да јавно износе мишљење о раду државних и других органа и организација, да им подносе представке, петиције и приједлоге и да на њих добију одговор. Уставноправни аспект је недвосмислено јасан: Устав БиХ нема ниједну одредбу о правосудним институцијама на нивоу БиХ, нити је она тим Уставом предвиђена као надлежност БиХ,

²⁸ Поред референдума, овај закон уређује и институт грађанске иницијативе као облика непосредне демократије у којој одређени број грађана има право предлагања закона, других прописа или пак политичких одлука (3.000 потписа).

²⁹ Закон о референдуму и грађанској иницијативи прошао је оцјену о уставности Уставног суда РС и постао важећи. Клуб Бошњака у Вијећу народа РС, покренуо је иницијативу за заштиту виталног националног интереса у вези са Законом о референдуму 13.4.2010. године. Вијеће за заштиту виталног интереса Уставног суда РС донијело Ријешење о неприхватљивости захтјева број: УВ-4/10 од дана 20.4.2010. године. У погледу усклађености Закона о референдуму са европским законодавством не постоји извори права ЕУ релевантни за доношење овог закона али постоји препорука Савјета Европе о учешћу грађана у јавном животу на локалном нивоу (Rec (2001) 19) и Кодекс добрих пракси Венецијанске комисије (CDL-AD (2007)008) које су приликом израде Закона узете у обзир.

судска власт у потпуности припада ентитетима. Устав БиХ је чланом 3.3.а) врло прецизно регулисао да „све државне функције и овлашћења која овим уставом ниси изричито додијељена институцијама Босне и Херцеговине припадаће ентитетима“. У потпуности и досљедно тој одредби међународног уговора, Устав РС чланом 3 потврђује да „Републици припадају све државне функције и надлежности осим оних које су Уставом БиХ изричито пренесене на њене институције“. Даље је чланом 1 став 2 Устава РС регулисано да: „Република Српска самостално обавља своје уставотворне, законодавне, извршне и судске функције“. Даље, чланом 68 регулисано је да „Република уређује и обезбјеђује интегритет, уставни поредак и територијалну цјелокупност Републике, уставност и законитост“, док Устав РС чланом 69 одређује да „судска власт припада судовима“. Устав РС усаглашен је са Уставом БиХ као актом веће правне снаге (класичан однос федералног нивоа са федералним јединицама) и процес усаглашавања је завршен и све промјене које су се десиле од 1995. до априла 2006. године односиле су се на Устав РС и Устав Федерације БиХ.³⁰

Друштвени аспект можемо посматрати као стално настојање да се оспори уставноправни положај Републике Српске који јој припада по Дејтонском мировном споразуму. Упорно се оспорава и крши Дејтонски мировни споразум од стране дијела међународне заједнице кроз наметање уставних амандмана на уставе ентитета, наметање закона, смјене изабраних званичника од стране високог представника.

Укупност противрјечних процеса изградње федерације Босне и Херцеговине, те односа федералних јединица (ентитета) са федералним нивоом највидљивија је кроз питање (не)дјеловања правосудних институција на нивоу БиХ, Суда и Тужилаштва, а нешто мање Високог судског и тужилачког савјета БиХ.³¹ Касније се оснива Одјелење за ратне

³⁰ Када је ријеч о Уставу РС, испитивање сагласности са Уставом БиХ односило се на питања везана за преамбулу Устава, констатацију да је Република Српска држава српског народа, питање граничне линије између ентитета, специјалних веза са СРЈ, екстрадицију, службену употребу српског језика и ћириличног писма, односа са Српском православном црквом, питање азила, супремације одредаба о људским правима, питање својине, области одбране, представљања у иностранству и питања у вези са представништвима, Народној банци, а посебно чланом 138 Устава РС измијењеним амандманима LI и LXV, који овлашћују органе Републике Српске да доносе акте и подузимају мјере за заштиту права и интереса Републике Српске против аката институција Босне и Херцеговине или Федерације БиХ.

³¹ Народна скупштина РС је и 13.4.2011. године одржала 4. посебну сједницу и расправљала о недјеловању Суда и Тужилаштва БиХ разматрајући информацију о истраживању и процесуирању ратних злочина и тражењу несталих лица и донијела одлуку о расписивању референдума. Народна скупштина РС је 2011. године донијела одлуку о расписивању републичког референдума ради изјашњавања грађана о законима наметнутим од стране високог представника, посебно Закона о

злочине у Суду и Тужилаштву БиХ, са страним судијама и тужиоцима³².

Садашњи предсједник Уставног суда РС је, 2011. године, уочио да Суд и Тужилаштво БиХ годинама праве штету због које испаштају грађани Босне и Херцеговине, те да Република Српска инсистира на реформи правосуђа и редефинисању улоге правосудних институција на нивоу Босне и Херцеговине, што је била основна намјера и структуралног дијалога.³³

Посебан аспект је оцјена рада правосудних институција на нивоу Босне и Херцеговине у дијелу кривичних дијела ратног злочина³⁴. Са друге стране, ретроактивном примјеном Кривичног закона БиХ на случајеве почињених ратних злочина, селективним приступом довеле су до ревизије свих судских поступака којима су казне затвора за ратни злочин изречене ретроактивном примјеном Кривичног закона БиХ³⁵.

Суду и Тужилаштву БиХ и њиховој неуставној верификацији у Парламентарној скупштини БиХ.

³² Године 2002. и 2003, високи представник својом одлуком значајно проширује надлежност наметнутих институција. Проширење обухвата додавање нових надлежности за одређена кривична дјела која су била регулисана ентитетским законима. Исто тако, 2002. године, високи представник одлуком именује свих седам судија новог суда, 2003. године, високи представник налаже да се ограничени број странаца именује на мјеста судија и тужилаца умјесто грађана БиХ. Према одлуци, стране судије и тужиоци могу се именовати само у прелазном периоду од четири године. Високи представник и даље попуњава свако мјесто на основу низа одлука, 2003. године, високи представник издаје одлуку којом се укида ограничавање броја странаца који могу да раде на мјесту судија и тужилаца, 2003. и 2004. године, страним судијама и тужиоцима признаје се готово апсолутни имунитет од процесуирања због било каквог кршења закона, што је привилегија коју у другим земљама уживају једино дипломате, никако судије и тужиоци, 2004. године, високи представник својом одлуком знатно проширује мјеста која стране судије могу попуњавати, 2004. долази до новог проширења надлежности Суда и Тужилаштва БиХ и продужења прелазног периода у којем се стране судије и тужиоци могу ангажовати, 2004, 2005 и 2006. високи представник својим одлукама наставља да именује стране судије и тужиоце.

³³ Структурални дијалог није остварио своју основну улогу о легислативним, институционалним и другим кључним питањима и на већину њих у четворогодишњем периоду нису дати одговори нити нађена квалитетна рјешења. У току структуралног дијалога, углавном се вршило увођење и промовисање питања која нису у средишту његовог циља и улоге, првенствено питања организације, рада, надлежности и одговорности Суда и Тужилаштва БиХ, Уставног суда БиХ, Високог судског и тужилачког савјета БиХ. Дакле, супротно ономе што је било садржано у изјавама Ештон–Додик из маја 2011. године.

³⁴ Број оптужница и пресуда против Срба пред Судом БиХ, непобитно указује на селективан приступ правди који доводи до искључиве кривице српског народа. У погледу правоснажно изречених казни, Србима је до сада изречено 1.498,5 (78,5 %) година затвора. На другој страни, Бошњацима је изречено 224 (11,7%) и Хрватима 188 (9,8 %) година затвора, што укупно чини проценат од 21,5% укупно правоснажно изречених затворских казни.

³⁵ Суд Босне и Херцеговине је годинама нарушавао основни правни принцип и ретроактивно примјењивао Кривични закон БиХ из 2003. године, наносећи несагледиву штету процесуираним лицима. Нажалост, за такво нешто је добио правну подршку Уставног суда БиХ све до одлуке Европског суда за људска права у предмету Мактоуф–Дамјановић. Упркос наведеној одлуци, овај суд и данас наставља са ретроактивном примјеном закона на начин да потврђује оптужнице по Кривичном закону БиХ за кривична дјела која су била прописана Кривичним законом СФРЈ, важећим у моменту извршења дјела.

Досадашња искуства указују на то да је правна држава више идеал коме се стреми него практично остварење, и да многе државе не функционишу по прерогативима модерних демократски уређених правних система. Правна држава требало би да буде брана свим облицима узурпације права од стране државе и њених органа, а истовремено је гарант људских права и слобода.³⁶ Једнакоправност представља основни постулат правне државе, јер је један од основних циљева правне државе једнакост људи пред законом која се остварује у симбиози правног поретка и уставности и законитости, или, како наводи академик Снежана Савић, „смисао људских права и слобода, тј. њихово остварење и заштита, налазе се у једнакости људи пред законом односно у недискриминацији по било ком основу тако да су ова два појма у нераскидивој вези“.

Закључак

Досадашњи рад правосудних институција БиХ окарактерисан са аспекта неуставно дефинисане надлежности, преузимања надлежности од правосудних институција ентитета, селективним приступом у раду, ретроактивном примјеном закона и дјеловањем по наметнутим законима, створио је уставноправну и политичку подлогу за расписивањем референдума у Републици Српској.

Референдум не доводи у питање суверенитет и територијални интегритет Босне и Херцеговине, управо супротно, жели се сачувати интерес и права Републике Српске, њених институција и грађана, а тиме и Босна и Херцеговина. Само се потврђује уставно одређење да је судска власт дефинисана уставима ентитета, као и одговарајућим законима. Република Српска, као страна потписница Анекса 4 Дејтонског мировног споразума, није постигла споразум са Федерацијом БиХ за преношење надлежности за Суд и Тужилаштво БиХ на ниво Босне и Херцеговине, како је прописано члановима III 5.а) и IV 4.е) Устава БиХ. За сваки пренос надлежности мора да постоји споразум страна потписница, а у

³⁶ Уставом БиХ, на специфичан начин, гарантује се заштита људских права и основних слобода. Тако се, у члану II, који носи назив Људска права и основне слободе, утврђује њихово остварење и заштита. У ставу I овог члана прописује се да ће „Босна и Херцеговина и оба ентитета обезбиједити највиши ниво међународно признатих људских права и основних слобода“. У ставу 2 истог члана прописују се међународни стандарди и утврђује: „Права и слободе које одређује Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода и њени протоколи примјењују се директно у Босни и Херцеговини. Те ће одредбе имати приоритет над свим другим законима“.

случају наметнутих закона од стране високог представника тих споразума није било.

Одлука о референдуму ће захтијевати да се реформа правосуђа у Босни и Херцеговини врати у оквире уставног уређења с јасно одређеним надлежностима БиХ и ентитета. Референдумско изјашњење о обавези поштовања Дејтонског мировног споразума у домену правосуђа, биће допринос демократском и европском путу Босне и Херцеговине.

Остваривање, одбрана и заштита Уставом успостављених институционалних односа, уставног статуса Босне и Херцеговине и ентитета, степен њихове самосталности, државности и суверенитета подразумева континуирано анализирање ефеката пренесених надлежности и одупирање покушајима олаког мијењања, деградирања и деформисања тих односа противно Уставом утврђеном поступку.

Анализа досадашњих заједничких резултата рада новоуспостављених институција, а посебно правосудних институција на нивоу Босне и Херцеговине, указује на то да заједнички органи и институције нису обезбиједили очекиване ефекте, а да при томе озбиљно нарушавају сам Устав БиХ.

Може се констатовати да су све активности досадашњих преноса надлежности усмјерене на умањење надлежности ентитета њиховим преношењем на институције Босне и Херцеговине.

Како смо рекли, у члану III тачка 5а стоји: Босна и Херцеговина ће преузети надлежности за све друге послове (осим оних који су изричито дате Босни и Херцеговини) о којима се ентитети сложе. То значи да Народна скупштина РС, као законодавни орган, мора дати сагласност да би нека надлежност била пренесена са Републике Српске на Босну и Херцеговину. Све док постоји Устав БиХ, којим су утврђене надлежности и могућности (начин) њиховог преношења, дотле ће процеси као што је и расписивање референдума о наметнутим законима бити легални и легитимни.

Уставне промјене, као сложен и дуготрајан процес, морају бити резултат консензуса и компромиса, јер је и сама Босна и Херцеговина резултат компромиса. Основни принцип било каквих промјена уставноправног уређења Босне и Херцеговине јесте да се мора поћи од садашњег стања државног уређења у коме је расподјела надлежности између ентитета и институција Босне и Херцеговине уравнотежена и не смије бити нарушена.

Легално је и легитимно право Републике Српске да обустави даље неуставно преношење надлежности и да тражи макар дјелимичан по-

врат пренесених надлежности, поготово оних које нису дале позитивне резултате функционишући на нивоу Босне и Херцеговине.

Остварење владавине права, правне државе и заштита људских права и слобода изражене у једнакости људи пред законом односно у недискриминацији по било ком основу, нормативноправно, у Босни и Херцеговини и њеним ентитетима постоји. Уставом БиХ изричито је искључена било каква неједнакост пред законом, а искључена је и забрањена и многобројним законским рјешењима.

Ипак, питање фактичке правне, посебно кривичноправне дискриминације, још увијек је отворено. На њеном елиминисању се мора још много тога учинити, у првом реду реформом правосуђа Босне и Херцеговине, ВСТВ (Високог судског и тужилачког вијећа), кривичног законодавства, посебно уставном позиционирању Суда и Тужилаштва БиХ. Структурални дијалог је имао тај задатак и није га успио ријешити за протекле четири године. Тај дијалог траје и данас и наставља се са новом шансом да ријешити сва отворена питања у складу са Уставом БиХ, у противном референдум у Републици Српској има ту задаћу.

ЛИТЕРАТУРА

1. Кунић Петар/ Каран Синиша, *Уставно право*, Факултет за безбједност и заштиту, Бања Лука, 2012.
2. Каран Синиша, *Парламентарна скупштина Босне и Херцеговине - специфичност уставноправног положаја, тенденције проширења надлежности*, монографија, Бања Лука, 2012.
3. Каран Синиша, *Уставноправна и политичка природа Одлука Високог представника у Босни и Херцеговини*, ГПФ Апеирон, јули, 2015.
4. Кузмановић Рајко, *Референдум као облик непосредне демократије*, Уставно право, Бања Лука, 2002.
5. Кузмановић Рајко, *Уставноправни статус Републике Српске у оквиру Босне и Херцеговине - нормативно и стварно*, Република Српска - десет година Дејтонског мировног споразума, Научни скуп, АНУРС, Бања Лука, 2005.
6. Кузмановић Рајко/ Каран Синиша, *Уставно право*, Паневропски универзитет Апеирон, Бања Лука, 2015.

7. Матић Миодраг, *Међународноправни аспекти Дејтонског споразума и покушај његове неовлашћене ревизије*, Зборник радова са научног скупа Република Српска – десет година Дејтонског мировног споразума, АНУРС, Бања Лука, 2005
8. Мијановић Гашо, *Подјела надлежности између институција Босне и Херцеговине и ентитета*, Округли сто, АНУРС, Бања Лука, 1999.
9. Мијановић Гашо, *Контрола уставности закона*, ОДШТП Мића Соколовић Рогатица, Српско Сарајево, 2000. год.
10. Пилиповић Милан, *Устав Босне и Херцеговине - нормативно и стварно*, ППГП Комесграфика, Бања Лука, 2008.
11. Савић Снежана, *Судска власт према Уставу БиХ*, Округли стол Дејтонски мировни споразум као правни и политички основ развоја РС, АНУРС, 2012.
12. Савић Снежана, *Неке специфичности правног поретка Босне и Херцеговине - улога Високог представника за Босну и Херцеговину*, часопис Правна ријеч бр.1/2004, Удружење правника РС, 2004,
13. Савић Снежана, *Подјела надлежности између институција Босне и Херцеговине и ентитета*, Академија науке и умјетности Републике Српске, научни скупови, Књига III, одјелење друштвених наука Књига II, Бања Лука, 2000.
14. Савић Снежана, *Република Српска после Дејтона*, Бања Лука, 1999.
15. Савић Снежана, *Конститутивност народа у БиХ*, Бањалука, 2002.

Остали извори

16. Закон о референдуму („Службени гласник Републике Српске“ број, 4/93);
17. Закон о референдуму и грађанској иницијативи („Службени гласник Републике Српске“ број, 42/10);
18. Закон о Тужилаштву Босне и Херцеговине (Сл. гласник БиХ бр. 24/02);
19. Закон у Суду Босне и Херцеговине (Сл. гласник БиХ бр. 29/00);
20. Закон о Високом судском и тужилачком савјету (Сл. гласник БиХ бр. 15/02);

21. Одлука Уставног суда Републике Српске број:УВ-4/10 од 20. априла 2010. године;
22. Одлука Народне скупштине РС о расписивању републичког референдума број 01-541/11 од 13. априла 2011. године;
23. Одлука Уставног суда БиХ о „конститутивности народа“ (предмет У 5/98);
24. Седма сједница Сената Републике Српске од дана 27. маја 2011. године;
25. Структурални дијалог у области реформе правосуђа у сарадњи са Европском комисијом – информација;
26. Стратегија за реформу сектора правде за период 2014-2018. година, Влада РС;
27. Информација о раду Тужилаштва и Суда БиХ и других институција по питању процесуирања ратних злочина, јуни 2015. година од стране Републичког центра за истраживање рата, ратних злочина и тражење несталих лица Владе РС;
28. Устав Босне и Херцеговине, *Анекс 4 Дејтонског мировног споразума*, потписан 14. децембра 1995. године;
29. Устав Републике Српске - Пречишћени текст, Службени гласник Републике Српске, бр. 3/92, 6/92, 8/92, 15/92 и 19/92.;
30. Документи Дејтон-Париз, четврто издање, Бања Лука, 2002;
31. Извјештај о ефектима одлука о преносу овлашћења са Републике Српске на заједничке органе БиХ, материјал Владе Републике Српске од марта 2006. године.

Siniša Karan, PhD
Professor
Faculty of Legal Sciences
Pan European University APEIRON, Banja Luka

REFERENDUM IN REPUBLIC OF SRPSKA **- Constitutional right and political aspects-**

Summary

In Bosnia and Herzegovina and the Republic of Srpska in particular, the referendum dilemma for or against, is not related to the referendum issue and voting of the citizens. The dilemma of constitutional and political nature is related to the sustainability of the constitutional and legal position of the institute of referendum as such and its verification in terms of constitutionality, legality and political nature, i.e. legality and legitimacy. The constitutional and legal dilemmas confront the notion of constitutional provisions of the Constitution of Bosnia and Herzegovina and the Republic of Srpska, with respect to the Dayton Peace Agreement for Bosnia and Herzegovina and especially the mandate of the Office of the High Representative in Bosnia and Herzegovina. Today, 20 years after the Dayton Peace Agreement for Bosnia and Herzegovina, a referendum is seen from the broadly set discourse of the constitutional right to referendum and, on the other hand, as „the most consistent impact“ on the constitutional structure of Bosnia and Herzegovina and its sovereignty.

Referendum³⁷ is a form of direct democracy, which, with a range of other instruments of direct democracy, played an important role in the democratic organisation of political communities and organisations in which it was led. It is the result of democratic practice and democratic social thought. It may be mandatory or optional. The decision made in the referendum has mandatory force for the authorities which should implement the decision. If this exceptionally is not the case, it is a consultative referendum.

The referendum in the Republic of Srpska has the character of previously advisory and subsequently binding for institutions of the Republic of

³⁷ Referendum (from the Latin Referendum – what needs to be reported on) is a direct decision of the electorate on the constitution (constitutional referendum), law (legislative referendum), or any other act or decision within a territorial and political community.

Srpska, which must issue an appropriate act on the basis of the referendum decision on an issue.

According to the Law on Referendum and Civic Initiative (“Official Gazette of the Republic of Srpska“ no. 42/10) a referendum in the Republic of Srpska can be called for the purpose of prior declaring of citizens on specific issues within the competence of the National Assembly of the Republic of Srpska, which may make the referendum decision after prior declaring of citizens – voters in a referendum.

Key words: *Referendum, direct declaring, constitution, law, competences, the institution of the High Representative, Annex X, the Dayton Peace Agreement, the international community, imposed laws, sovereignty, the General Framework Agreement for Peace in Bosnia and Herzegovina.*

РЕПУБЛИКА СРПСКА И МЕХАНИЗАМ КООРДИНАЦИЈЕ У ПРОЦЕСУ ПРИДРУЖИВАЊА БиХ ЕВРОПСКОЈ УНИЈИ

Проф. др Милан Благојевић*

Magis dignum trahit ad es minus dignum.

Оно што је мање вриједно треба подредити ономе што је више вриједно.

Апстракт: Крајем 2015. године навршиће се двадесет година од потписивања Општег оквирног споразума за мир у БиХ, познатијег као Дејтонски мировни споразум, којим је Република Српска добила међународно признање. Узимајући у обзир те чињенице, у овом раду је најприје извршена анализа оног најважнијег што је Српска у уставно-правном погледу изгубила у протеклом периоду, након чега је централни дио рада посвећен актуелном питању механизма координације у процесу придруживања БиХ Европској унији. У том дијелу рада, након кратког компаративног приказа искустава која о томе имају одређене сложене уређене државе чланице Европске уније, наведено питање је разматрано превасходно из угла интереса Републике Српске и опасности које тај механизам може имати за њу. У завршном дијелу рада изнесени су приједлози принципа којих Српска треба да се држи, како овај механизам не би био само још један у низу инструмената за њену даљу уставну десупстанцијализацију.

Кључне ријечи: механизам координације, уставне надлежности, федерално уређење, надлежности федерације, надлежности федералних јединица.

* Ванредни професор на Правном факултету Универзитета за пословни инжењеринг и менаџмент у Бањалуци.

1. Уводни дио

Крајем 2015. године навршиће се двије деценије од парафирања и потписивања Општег оквирног споразума за мир у Босни и Херцеговини, познатијег као Дејтонски мировни споразум. Када се посматра у историјским размјерама, наведени временски одсјек не представља неко дуже вријеме, али у уставноправном погледу то је сасвим довољно вријеме за својеврсно свођење рачуна. Ово потоње нарочито важи за државу каква је Босна и Херцеговина и (не)прилике какве постоје у њој, што је њена константа која се провлачи од ступања на снагу Дејтонског мировног споразума (14. децембра 1995. године) до данас. Иако се њен настанак не може везивати за њега, ипак је чињеница да је Република Српска тек потписивањем и ступањем на снагу Дејтонског мировног споразума добила и међународноправно признање. Због тога Српска у свему томе има посебан интерес за свођење сопствених рачуна. За то постоји више разлога, од којих ћемо на неколико њих указати у овом уводном дијелу, док је једном од њих посвећен централни дио рада.

У протекле двије деценије Република Српска изгубила је бројне од својих изворних уставних надлежности, што је чињеница против које се не може и не вриједи борити. Умјесто тога, потребно је указати на оно што је Српска изгубила у том времену те шта су узроци за то. При томе, неке од тих грешака више се не могу правно исправити. Умјесто тога, потребно је настојати да се оне барем не чине више у будућности, а такво настојање је у вези са централном темом овог рада, о којој ћемо говорити након уводног дијела.

Веома је дуг списак надлежности које је, што силом САД и Европске уније, што својом (не)вољом изгубила Република Српска у протеклом периоду. Према неким подацима, ради се о 68 надлежности¹ које овдје нећемо појединачно наводити. Умјесто тога, подсјетићемо само на неке од њих које су најболније по Републику Српску.

¹ Ови подаци садржани су документу Владе Републике Српске под називом *Списак пренесених надлежности са нивоа Републике Српске на БиХ*, по којем се 2009. године расправљало и у Народној скупштини Републике Српске. Том приликом Народна скупштина Републике Српске је закључила да је у само три од 68 дотадашњих случајева она дала сагласност за пренос надлежности са Републике Српске на институције БиХ. Нажалост, упркос таквом закључку тај процес је (уз активно учешће представника Српске) настављен и након тога, о чему свједочи примјер Закона о систему државне помоћи, као и други примјери. Тако је Законом о о систему државне помоћи створен Савјет за државну помоћ БиХ, чиме је Република Српска развлаштена од одлучивања о питањима везаним за давање државне помоћи у виду новчаних средстава из сопственог буџета.

Свакако да је најважнија међу њима надлежност Републике Српске над њеном територијом у ономе што се данас званично назива Брчко дистрикт Босне и Херцеговине. Још у вријеме доношења тзв. коначне арбитражне одлуке за Брчко, коју је у марту 1999. године донио арбитар Робертс Б. Овен, адвокат из САД, сваком објективном познаваоцу ове материје било је јасно да таква одлука представља неправу. Са ове временске дистанце треба додати како оно што је учинио поменути арбитар представља криминал због чега би, да се међународни односи којим случајем одвијају према праву, он требало кривично да одговара (за злоупотребу овлашћења), а његова одлука буде поништена.

Да се ради о злоупотреби овлашћења јасно је већ из предмета спора. Наиме, чланом 5 Анекса 2 Дејтонског мировног споразума стране којих се то тиче (Република Српска и Федерација БиХ) сагласиле су се да се подвргну обавезујућој арбитражи *спорног дијела њихове међусобне граничне линије* у области Брчког. Дакле, предмет арбитраже могло је бити само питање *куда ће се протезати граница између ових двају ентитета у Брчком*, то јест да ли ће то бити граница каква је била у вријеме престанка непријатељстава или, пак, граница која би била помјерена према југу у односу на ријеку Саву, како би Република Српска у том дијелу њене територије евентуално добила шири ваздушни коридор. Другим ријечима, предмет спора није одређен као могућност стварања једне нове федералне јединице у БиХ, али је то поменути арбитар ипак учинио. Потврда овако одређеног предмета спора налази се у самом Дејтонском споразуму, и то не само у чињеници да је ово питање тим споразумом одређено као *арбитравање о спорном дијелу међусобне граничне линије између Републике Српске и Федерације БиХ у области Брчког*, већ и у томе да је чланом 5 став 4 Анекса 2 Дејтонског мировног споразума одређено да *ће, уколико се не постигне другачији договор, ова област бити и даље под управом каква је била у тренутку парафирања, потписивања и ступања на снагу Дејтонског мировног споразума*. На ово је указао и арбитар проф. др Витомир Поповић у свом издвојеном мишљењу од 11. марта 1999. године, којим је као један од арбитра у овом спору изразио неслагање са одлуком арбитра Робертса Б. Овена. Том приликом арбитар Поповић је између осталог указао на одредбу члана 5 став 4 Анекса 2 Дејтонског мировног споразума, према којој „...предсједавајући арбитар је могао једино да констатује да област назначена у горњем ставу 1 биће и даље под управом каква је и сада“, а како то предсједавајући арбитар није учинио, арбитар Поповић указује на

могући закључак да се у случају одлуке предсједавајућег арбитра Овена „...у ствари не ради ни о каквом *condominium*-у или неутралном дистрикту него о посебном трећем ентитету за чије упориште нема правног основа у Дејтонском споразуму. Овакав трећи ентитет никада није био помињан нити предметом разговора на мировним конференцијама. Напротив, трећи ентитет предсједавајући арбитар уводи иако му је савршено познат Дејтонски споразум па и Устав Бих...“². С обзиром на управо речено, не треба чудити што арбитар Поповић своје издвојено мишљење завршава сљедећим ријечима (курзив у цитату је наш):

„Одлука предсједавајућег арбитра је донесена *супротно његовим овлашћењима и надлежностима* предвиђеним арбитражним уговором из члана 5. Споразума, *односи се на спор који није предвиђен нити обухваћен арбитражном клаузулом*, истовремено садржи одредбе које премашују границе компромиса и арбитражне клаузуле и супротна је јавном поретку Републике Српске и БиХ. *Ова одлука предсједавајућег арбитра у ствари нема карактер Одлуке из члана 31. тачке 1. UNCTRAL правила него представља његово мишљење које би, ако би се прихватило, могло проузроковати неслагливе посљедице по Дејтонски споразум те даљу будућност и опстанак Републике Српске.*“³

Нажалост, упркос свему наведеном, власти Републике Српске су прихватиле одлуку Робертса Б. Овена, за чије спровођење се иначе побринуо високи представника у БиХ. Наиме, најприје је тадашњи високи представник 8. марта 2000. године донио Одлуку број 20/00 о успостављању Брчко дистрикта. Ту одлуку је донио Волфганг Петрич због чега је, између осталог, Алекса Буха у праву када примјећује сљедеће (курзив у цитату је наш):

„Од 7 високих представника у постдејтонској БиХ⁴, петорица су испод *германског чекића*. *Све што су радили, а узимали су овлашћења правих колонизаторских намјесника, чинили су на штету Републике Српске*. Ни друга двојица нису се одмакли од антисрпског менталитета, један од њих је избио на прво мјесто. *Историја/новијест се, ни као догађање ни као сјећање, не понавља него се не прекида. Прошлост*

² Издвојено мишљење арбитра проф. др Витомира Поповића о неслагању са арбитражном одлуком предсједавајућег арбитра од 4. марта 1999. године. Цитирано према књизи др Витомир Поповић, др Владимир Лукић, *Документи Дејтон – Париз*, Бања Лука, 1999, стр. 228 и 229.

³ *Ibidem*, стр. 230.

⁴ Високи представници у БиХ били су: Карл Билт (1995–1997), Карлос Вестендорп (1997–1999), Волфганг Петрич (1999–2002), Педи Ешдаун (2002–2006), Кристијан Шварц-Шилинг (2006–2007), Мирослав Лајчак (2007–2009) и Валентин Инцко (од 2009. године).

која долази из будућности гора је од прошле прошлости и прошле садашњости.“⁵

Када се ово има у виду, онда не чуди што се пред посјету Београду њемачке канцеларке Ангеле Меркел у јулу 2015. године већ најављује да је пристанак Србије на слабљење Републике Српске те уставне реформе које би ојачале институције на нивоу БиХ један од захтјева СР Њемачке према Србији⁶.

По доношењу наведене одлуке високог представника, истог дана супервизор за Брчко (који такође дјелује као дио Канцеларије високог представника) донио је Статут Брчко дистрикта.

О томе како су власти Републике Српске прихватиле правно неваљану одлуку арбитра Овена свједоче два примјера, које ћемо изложити у наставку. У првом од њих, представници Републике Српске у Парламентарној скупштини БиХ пристали су 2009. године на амандман I на Устав БиХ. Ова уставна ревизија између осталог садржи и одредбу којом се омогућава Брчко дистрикту да, у суштини, егзистира као трећа федерална јединица у БиХ, са сопственим органима и надлежностима идентичним онима које имају Српска и Федерација БиХ, при чему се у наведеном уставном амандману каже како је такав положај *коначно утврђен арбитражном одлуком за Брчко*. Други пут Република Српска признаје наведену одлуку Робертса Б. Овена крајем 2011. године. Наиме, у то вријеме Влада Републике Српске донијела је закључак о утврђивању картографске основе Републике Српске, на основу ког је укинута међуентитетска граница између Српске и Федерације БиХ у Брчком. Истина, Влада Републике Српске је то учинила под притиском, и то не само САД него и Европске уније (и високог представника у БиХ), с обзиром на то да су САД и Европска унија као *један од услова за трансформацију Канцеларије високог представника у Канцеларију специјалног представника Европске уније у БиХ* поставили обавезу потпуне имплементације тзв. коначне одлуке арбитра Робертса Б. Овена. То је, између осталог, подразумевјевало укидање наведене границе у Брчком, мада је то и прије овог закључка Владе Републике Српске учинила супервизор за Брчко, Американка Сузан Р. Џонсон, налогом од

⁵ Алекса Буха, *Први свјетски рат у контексту Младе Босне или шта је превасходило и (на)водило у Велики рат*, објављено у научном часопису Политеиа, број 8, из децембра 2014. године, стр. 133, издавач Факултет политичких наука Универзитета у Бањалуци.

⁶ Пренесено према порталу листа Дневни аваз, са адресе <http://www.avaz.ba/clanak/181782/sta-angela-merkel-trazi-od-vucica>. Приступ од 9.6.2015. године.

4.8.2006. године. Тим налогом она је одлучила да је *ништаван* (курзив у цитату је наш): „...било који поступак било које институције Дистрикта или државе, предузет након издавања тог налога, који за намјеру или ефекат има: а) да учини да *некадашња међуентитетска граница има правни значај ... ц) да учини Дистрикт или било који дио истог дијелом било ког Ентитета.*“

Имајући у виду понашање којим јој је без икаквих скрупула отет дио њене територије тзв. коначном арбитражном одлуком арбитра Робертса Б. Овена, Република Српска је, заједно са СР Југославијом (а затим и Србијом као правном насљедницом те бивше државе), *имала правну могућност да одбије признање и извршење такве одлуке.* На то је својевремено указао и арбитар проф. др Витомир Поповић у свом издвојеном мишљењу из марта 1999. године. С тим у вези он је том приликом истакао да:

„Њујоршка конвенција о признању и извршењу арбитражних одлука⁷ која је ратификована посебним законом Скупштине СФРЈ од 1.10.1981. године и сходно одредбама Устава БиХ и Устава Републике Српске чини дио правног система, предвиђа могућност одбијања признања и извршења арбитражних одлука које се односе на спор који није предвиђен у компромису или није обухваћен арбитражном клаузулом, или садржи одредбе које премашују границе компромиса или арбитражне клаузуле, односно које су противне јавном поретку.“⁸

Такође, пада у очи и чињеница да Република Србија, као правна насљедница бивше СР Југославије и у том својству једна од заинтересованих страна у Дејтонском споразуму, није ништа предузела ради *поништења одлуке арбитра Робертса Б. Овена пред Међународним судом правде*⁹. *На то указујемо због чињенице да је ова међународна судска институција у својој јуриспруденцији имала и случајеве у којима*

⁷ Ради се о члану 5 став 1 тачка ц) те конвенције Уједињених нација, који у верзији на енглеском језику гласи (курзив у цитату је наш): „*Recognition and enforcement of the award may be refused, at the request of the party against whom it is invoked, only if that party furnishes to the competent authority where the recognition and enforcement is sought, proof that: (c) The award deals with a difference not contemplated by or not falling within the terms of the submission to arbitration, or it contains decisions on matters beyond the scope of the submission to arbitration, provided that, if the decisions on matters submitted to arbitration can be separated from those not so submitted, that part of the award which contains decisions on matters submitted to arbitration may be recognized and enforced...*“

⁸ Цитирано према др Витомир Поповић, др Владимир Лукић, *Ibidem*, стр. 230.

⁹ Као ни СР Југославија и државна заједница Србија и Црна Гора, за све вријеме од доношења одлуке арбитра Овена у марту 1999. године па до престанка њиховог постојања средином 2006. године.

је поступала по тужбама за поништење арбитражних одлука. Такав је случај из 1960. године у граничном спору између Никарагве и Хондураса. Тај спор је најприје 1906. био ријешен арбитражном одлуком од стране тадашњег краља Шпаније као арбитра, а Међународни суд правде је 1960. године поступио по тужби за поништење те арбитражне одлуке.

Други важан губитак Република Српска је доживјела у периоду 2003–2005. година, такозваном реформом система одбране у БиХ. И у том процесу високи представник у БиХ је имао кључну улогу, јер је његовим налогом од 8. маја 2003. године најприје успостављена Комисија за реформу система одбране. Важност те одлуке је и у томе што је њоме на својеврстан начин одређен (трасиран) западни правац војне, а тиме и политичке и економске оријентације БиХ. Ово стога што је том одлуком високи представник одлучио да (курзив у цитату је наш):

„Одбрамбене структуре у Босни и Херцеговини као и закони којима се те структуре успостављају морају бити усклађени са евроатлантским стандардима, с циљем да се, као минимум, осигура прихватљива кандидатура Босне и Херцеговине за улазак у програм Партнерство за мир.“¹⁰

Цитирана одлука као и активности поменуте комисије високог представника у БиХ представљају темељ за оно што је потом убрзо успиједило. Наиме, најприје је у децембру 2003. године донесен Закон о одбрани Босне и Херцеговине („Службени гласник БиХ“, број 43/03), који је омогућавао постојање ентитетских оружаних снага. Дакле, овим законом није укинута Војска Републике Српске, али јој је одузета могућност да она штити територијални интегритет Републике Српске у случају напада на било који дио њене територије. Учињено је то тако што је чланом 6 наведеног закона прописано да *Босна и Херцеговина* организује, развија и одржава војни капацитет и спремност својих оружаних снага у циљу осигурања *њеног територијалног интегритета*. Очигледно је да се овим законом инсистира искључиво *на територијалном интегритету БиХ*. Другим ријечима, није омогућена правна заштита и територијалног интегритета ентитета.

Након тога је у октобру 2005. године донесен важећи Закон о одбрани Босне и Херцеговине („Службени гласник БиХ“, број 88/05). Овим законом не само што није прописана правна заштита територијалног интегритета ентитета, већ он не дозвољава ни постојање

¹⁰ Партнерство за мир је политичко-војни програм НАТО савеза.

оружаних снага ентитета, упркос томе што постојање тих оружаних снага прописује Устав БиХ. То је последица тога што су 30. децембра 2005. године тадашњи премијери Републике Српске и Федерације БиХ (Перо Букејловић и Ахмет Хаципашић) у име Републике Српске и Федерације БиХ потписали Споразум о преносу свих ентитетских надлежности у области одбране на ниво БиХ, услед чега је престала да постоји Војска Републике Српске. Потписивању овог споразума претходила је расправа у Народној скупштини Републике Српске, при чему је индикативно да је тај законодавни орган у кратком временском размаку о овом питању заузимао два супротна становишта. Наиме, најприје је у *марту 2005. године* Народна скупштина Републике Српске донијела Декларацију о стратешким одређењима Републике Српске у систему одбране Босне и Херцеговине¹¹, у којој је, у тачки 2.6, одређено да ће професионалне оружане снаге БиХ подразумевати и даље све војне снаге у БиХ, *а укључиваће Војску Републике Српске*. Међутим, врло брзо Народна скупштина Републике Српске радикално мијења свој став о томе, јер је *30. августа 2005. године* донијела Одлуку број 01-511/05¹², којом је прихватила да се надлежности из области одбране Републике Српске пренесу на заједничке органе и институције БиХ, након чега је у *децембру 2005. године* услиједило потписивање наведеног Споразума о преносу свих ентитетских надлежности у области одбране на ниво БиХ.

Најзад, трећи важан губитак Република Српска је доживјела у области пореза на додату вриједност, који представља најважнији приход њеног буџета. Из члана 3 Устава Босне и Херцеговине јасно произлази како је и ова материја изворно у надлежности ентитета, због чега чланом 8 став 3 тог устава и јесте прописано да ће Федерација БиХ обезбиједити двије трећине, а Република Српска једну трећину прихода потребних за буџет БиХ. Међутим, и овдје су власти Републике Српске (и њени представници у Парламентарној скупштини БиХ) пристали на пренос надлежности. Истина, и у овом случају активну улогу је имао високи представник у БиХ, који је својом одлуком из фебруара 2003. године најприје основао Комисију за политику индиректног опорезивања, у коју је именовао представнике Савјета министара БиХ те влада Републике Српске, Федерације БиХ и Брчко дистрикта. Занимљиво је како је на конференцији за штампу тадашњи високи представник Педи Ешдаун тим поводом рекао сљедеће (курзив у цитату је наш): *„Одлука коју сам данас донио у име грађана БиХ значи да се више не поставља питање да*

¹¹ Ова декларација је објављена у „Службеном гласнику Републике Српске“, број 63/05.

¹² Ова одлука је објављена у „Службеном гласнику Републике Српске“, број 82/05.

ли ће Босна и Херцеговина увести јединствену царинску управу и систем ПДВ-а на државном нивоу него како ће то учинити¹³. Тако формирана комисија усагласила је текст Прелазног закона о спајању царинских управа и оснивању Управе за индиректно опорезивање, који је у јуну 2003. године усвојила Парламентарна скупштина БиХ. Након тога је у току 2005. године Парламентарна скупштина БиХ усвојила сет закона из области индиректног опорезивања, а међу њима и Закон о порезу на додату вриједност. Тај закон ступио је на снагу 1.1.2006. године, чиме је престала примјена дотадашњег начина опорезивања у виду пореза промет производа и услуга, а Управа за индиректно опорезивање постала је искључиво надлежна не само за прикупљање пореза на додату вриједност него и свих осталих индиректних пореза. На тај начин је, дакле, Република Српска развлаштена од до тада (према слову Устава БиХ) самосталног одлучивања о овом за њу важном питању.

2. Механизам координације – техничко или уставноправно питање

На први поглед, све оно о чему је било ријечи у уводном дијелу може изгледати као да нема везе са централним питањем овог рада, то јест са механизмом координације у процесу придруживања БиХ Европској унији. Но, то може само изгледати тако, јер ствари стоје сасвим другачије, боље рећи супротно од тог првог утиска.

Наиме, из уводног излагања можемо закључити како период од потписивања Дејтонског мировног споразума до данас карактеришу неуставно преношење, боље рећи развлашћивање ентитета од њихових изворних уставних надлежности, а у случају Српске и отимање једног од виталних дијелова њене територије, на шта су ентитети пристајали. При томе пристајање Федерације БиХ не чуди, с обзиром на то да се тиме јачају институције БиХ а слабе ентитети, што одговара тамошњим политичким снагама (посебно оним из бошњачког политичког корпуса). Међутим, такво нешто не одговара Републици Српској, јер је тиме вршена својеврсна десупстанцијализација њеног уставног бића. У том процесу активну улогу су имали САД, високи представник у БиХ и Европска унија, то јест снаге западног свијета од којег је српски народ, почев од 1878. године па до данас, доживљавао само нападе и трагедије¹⁴.

¹³ Цитирано према порталу Канцеларије високог представника у БиХ, на адреси http://www.ohr.int/ohr-dept/press/pressr/default.asp?content_id=29245. Приступ од 5. јуна 2015. године.

¹⁴ Од 1878. године српски народ је те нападе и трагедије доживљавао и доживљава у сљедећим

Европска унија је такву улогу између осталог имала и због чињенице да се развлашћивање ентитета вршило и позивањем на тзв. стандарде Европске уније, што је она свесрдно подржавала.

У суштини, такву опасност са собом потенцијално доноси и механизам координације, чега треба бити свјесна Република Српска, будући да управо тај механизам може послужити као погодно средство оним снагама које желе да помоћу одређеног правног инструмента (заодјенуто у правну форму) изврше њену даљу уставну десупстанцијализацију. О томе на својеврстан начин свједоче и посљедња дешавања у вези са начином успостављања овог механизма.

С тим у вези најприје треба примијетити настојања којима се жели приказати како механизам координације не представља важно питање. Тако је у склопу дугогодишњег пројекта Амбасаде Велике Британије у БиХ у марту 2015. године у Сарајеву одржана конференција о успостављању дјелотворног механизма координације за Федерацију БиХ. Између осталог, на том скупу је речено како „механизам координације није уставно или озбиљно правно питање, већ начин приступања БиХ Еуропској унији. То је механизам који помаже у прикупљању одговора на питања која поставља Унија“¹⁵.

Како видимо, механизам координације жели се приказати као техничко питање, што је на поменутој конференцији веома јасно изразио и амбасадор Велике Британије у БиХ Едвард Фергусон рекавши (курзив у цитату је наш): „БиХ има сложен сустав, бројне разине власти, а помоћу сустава координације све их се окупља те се постиже учинковитост, конкретно у процесу техничких питања, као што је брзина слања одговора надлежним тијелима ЕУ-а.“¹⁶

Исто се може запазити и у наступу шефа Делегације Европске уније у БиХ и специјалног представника Европске уније у БиХ Ларса-Гунара Вигемарка. Наиме, у интервјуу за Дневни аваз од 23. априла 2015. године овај дипломата је изјавио (курзив у цитату је наш) како: „Успостављање механизма координације, без обзира на то у којем облику, ни на који начин не утјече на надлежности. Дакле, то није институционално већ

временским интервалима: од 1878. до 1914, од 1914. до 1918, потом од 1941. до 1945. и у периоду од 1990. до данас. Но, упркос томе, српски народ би сада поново у *државно-политички савез* са тим западним свијетом.

¹⁵ Цитирано према <http://dnevni-list.ba/web1/mehanizam-koordinacije-nije-ustavnopravno-pitanje/>. Приступ од 6.6.2015. године.

¹⁶ Цитирано према <http://dnevni-list.ba/web1/mehanizam-koordinacije-nije-ustavnopravno-pitanje/>. Приступ од 6.6.2015. године.

политичко питање“, као и да „неких 90 посто питања која се рјешавају, а везана су уз ЕУ, јесу питања техничке природе.“¹⁷

Међутим, како ћемо одмах ниже видјети, овај механизам је од и те какве важности у државама са сложеним државним уређењем, будући да се њиме у тим државама тангира питање уставне расподјеле надлежности између централне државе и политичко-територијалних цјелина од којих је састављена. Стога механизам координације није техничко, већ *par excellence* уставноправно питање. Наиме, овим механизмом се, што је суштина његове правне природе, уређују правни односи између централне државе и њених политичко-територијалних јединица у поступку извршавања обавеза које пред сваког од њих постављају прописи Европске уније. О томе свједочи искуство неколико земаља чланица Европске уније са сложеним државним уређењем, о чему говоримо у наставку.

3. Кратак компаративни приказ механизма координације и имплементације прописа Европске уније у национално право

У овом дијелу изложићемо уставноправна рјешења из СР Њемачке, Белгије, Шпаније и Италије, везана за имплементацију прописа Европске уније у национално право те механизам координације.

3.1. СР Њемачка

Основни закон СР Њемачке у члану 32 уређује питања спољних односа ове државе. Према ставу 1 тог члана, одржавање односа са страним државама ствар је савезне државе. Међутим, прије него закључи споразум којим се дира у посебне односе једне од земаља чланица ове федерације, савезна власт мора омогућити да се земља чланица изјасни о томе (члан 32 став 2 Основног закона). Уколико су према савезном уставу федералне јединице надлежне за законодавство у одређеној области, оне могу закључивати уговоре са страним државама уз сагласност савезне владе (члан 32 став 3 Основног закона).

Претходно изложена уставна правила треба разликовати од оних посвећених надлежностима везаним за Европску унију. Ова потоња

¹⁷ Цитирано према <http://www.avaz.ba/clanak/174553/lars-gunar-wigemark-za-avaz-bh-vlasti-morat-ce-donositi-teske-odluke>. Приступ од 6.6.2015. године.

правила садржана су у члану 23 Основног закона СР Њемачке. У битном, овај устав разликује двије ситуације, у зависности од тога да ли питање везано за Европску унију спада у искључиву надлежност савезне државе или надлежност федералних јединица. Према члану 23 став 3 Основног закона, савезна Влада омогућује Савезном вијећу (Бундестагу као доњем дому савезног парламента) да се изјасни прије Владиног учествовања у доношењу правних аката Европске уније. Овако ће савезна Влада поступити када се ради о питању из *искључиве надлежности савезне државе*. Чланом 23 став 5 Основног закона прописано је да ако су у неком подручју из искључиве надлежности савезне државе дотакнути интереси федералних јединица, савезна држава *узима у обзир* ставове Вијећа земаља (Бундесрата као горњег дома савезног парламента), *а ако је тежиште стављено на законодавне надлежности федералних јединица*, устројство њихових служби или њихов управни поступак, *онда ће се при доношењу одлука на нивоу савезне државе као мјеродавно узети схватање Бундесрата*, али се при томе мора сачувати одговорност савезне државе за цијелу државу. Модел из СР Њемачке не би био добро рјешење када је ријеч о интересима Републике Српске, јер је уставом СР Њемачке предвиђено да њене федералне јединице у пословима који се односе на Европску унију, а тичу се њихових надлежности, *учествују путем горњег дома савезног парламента*, као и због тога што према Европској унији увијек наступа савезна Влада, која у том својству заступа интересе СР Њемачке.

3.2. Белгија

Ова земља пружа нам сасвим супротан примјер у односу на СР Њемачку када је ријеч о учешћу федералних јединица у обављању послова везаних за Европску унију. Наиме, суштина уставноправних рјешења у СР Њемачкој је у томе да је њеним федералним јединицама омогућено да кроз Бундесрат учествују у расправама и одлучивању које се тиче наведених послова, и то у ономе што се односи на уставне надлежности федералних јединица или се тиче њихових интереса. У случају Белгије имамо другачију ситуацију, о којој свједоче примјери које ћемо навести.

Истина, први примјер који наводимо *stricto sensu* није везан за послове Европске уније, али је веома илустративан за објашњење односа између ове федерације и њених федералних јединица у погледу

преузимања међународноправних обавеза. Ријеч је о заједничкој декларацији *европских министара образовања* (познатијој као Болоњска декларација) потписаној 19.6.1997. године у Болоњи, а у којој се говори о европском простору високог образовања. Њени потписници су министри образовања држава потписница. Ништа у томе не би било необично да, у случају Белгије, као потписници нису означене фламанска и француска заједница, а оне су један од облика федералних јединица у Белгији. Наиме, белгијским Уставом прописано је да је Белгија састављена од *три заједнице*: Француске, Фламанске и Њемачке заједнице. Чланом 3 Устава је прописано да је Белгија састављена *и од три региона*: Валонског, Фламанског и региона Брисел. Чињеница да су Болоњску декларацију у име Белгије потписале њене федералне јединице још више је занимљива када се узме у обзир да су ту декларацију потписале и Република Аустрија и СР Њемачка, то јест државе које су федерације као и Белгија, али у случају тих федерација потписници декларације нису биле њихове федералне јединице.

Други примјер односи се на Споразум у вези са представљањем Краљевине Белгије у Савјету министара Европске уније, који су 8. марта 1994. године потписали федералне власти и власти федералних јединица (региона и заједница) Белгије. Њиме је уређено не само то ко ће и по којем редослиједу представљати Белгију у Савјету министара Европске уније, већ су уређени и односи у погледу *заузимања белгијског става у вези са сваким питањем које је на дневном реду Савјету министара Европске уније*. У литератури се истиче како је циљ овог споразума организовање *општег механизма координације* којим се обезбјеђује јединство у погледу изражавања става Белгије. Сједница овог облика координације мора се одржати прије сваке сједнице Савјета министара Европске уније, при чему се заједнички став заузима *консензусом*, а ако нема консензуса белгијски представник се у том случају мора суздржати од гласања или заузимања става на сједници Савјета министара Европске уније.¹⁸ Имајући у виду претходно наведено, овај споразум је извор белгијског уставног права, и то како оног његовог дијела који се тиче *организације и функционисања органа државне власти*, тако и дијела којим се уређују *односи државе са другим државама и међународним организацијама*. Све ово наводимо због тога што ми уставно право као грану права одређујемо тако што кажемо да је то систем највиших правно-

¹⁸ Christian Franck, Hervé Leclercq, Claire Vandevivere, *Belgium: Europeanisation and Belgian federalism*, стр. 9 и 10. Доступно на <http://www.uni-koeln.de/wiso-fak/powi/wessels/DE/PUBLIKATIONEN/texte/TextMaurer/andreas/Belgium.pdf>. Приступ од 6.6.2015. године.

политичких аката којима се уређују питања везана за најзначајније односе у одређеном друштву организованом у државу, а то су односи који се тичу *организације и функционисања органа државне власти, правног поретка, социјално-економског система, правног положаја човјека и његових организација, као и односа државе са другим државама и међународним организацијама.*

3.3.

У завршном дијелу овог кратког компаративног приказа навешћемо примјере Шпаније и Италије, које спадају у ред регионалних држава. У уставноправној науци се за регионалну државу каже да представља трећи облик *tertium genus* (облик између унитарне и федералне државе). Ради се о територијалној аутономији којом се мијења карактер до тада унитарне државе. Прва таква држава успостављена је у Италији 1948. године, а друга у Шпанији 1978. године, до чега су довели историјски, културни, економски и географски разлози.

Тамошњи региони, односно покрајине (*comunidades autonomas*), имају *уставом признате надлежности и финансијску аутономију, са законодавном и извршном влашћу, као и учешћем у формирању органа власти на државном нивоу.* Ово потође им је омогућено тако што у обје поменуте државе постоји дводомни државни парламент, у којем је горњи дом (Сенат) облик територијалног представништва региона, односно покрајина¹⁹.

3.4. Шпанија

Уставом Шпаније извршена је расподјела надлежности између централне државе и њених 17 покрајина. Учињено је то чл. 148 и 149 шпанског Устава, у којима су садржане одредбе о *искључивим надлежностима* централне државе и покрајина. Ове надлежности су од посебне важности из два разлога. Први разлог је то што шпански Устав познаје и тзв. *подијељене надлежности (shared powers)* у којима централна држава доноси оквирне законе (у области заштите животне средине)

¹⁹ Чланом 69 став 1 шпанског Устава је *expressis verbis* прописано да је Сенат дом територијалног представништва. Чланом 57 став 1 италијанског Устава је прописано да се чланови Сената бирају *на регионалној основи*, а ставом 2 истог члана је прописано да регион не може имати мање од седам сенатора, с изузетком региона Молизе који има два сенатора те региона Вале да Оста који има једног сенатора.

или има опште законске надлежности, док су специфичности (нпр. у области јавне безбједности) препуштене покрајинским законима²⁰. Други разлог је у вези са јуриспруденцијом Уставног суда Шпаније, као и једном институцијом својственом Шпанији. У вези са Уставним судом Шпаније треба рећи како је он одбио могућност захтијевања да се, ради транспоновања права Европске уније у шпански правни систем, омогући централној држави да својим прописима закључује у уставне надлежности њених покрајина²¹. Институција коју смо малочас поменули *јесте Међувладин комитет за послове Европске уније (Conferencia para Assuntos Relacionados con las Comunidades Europeas)*, основана 1988. године, која је више година касније добила и законски статус на основу Закона број 2/1997. У оквиру тог комитета састају се највиши званичници државне администрације са политичким представницима 17 покрајина ради расправљања о питањима везаним за Европску унију. Овај систем прави разлику између питања која су у искључивој надлежности покрајина од оних које спадају у подијељене надлежности. Наиме, ако се ради о подијељеним надлежностима између централне државе и покрајина, централна влада мора настојати да усагласи са покрајинама националну стратегију о наступу у Европској унији (мада у томе централна влада има коначну ријеч). Међутим, ако се ради о питањима из *искључиве надлежности покрајина*²² и ако покрајине о одређеном питању из те надлежности имају заједничку политику, таква политика мора бити заступана и у Бриселу без обзира што се са њом не слаже централна влада²³.

²⁰ Chiara Bologna, Justin O. Frosini, Peter Leyland, Andrea Ross-Robertson, Mayte Salvador Crespo, : *Europe, Regions and local government in Italy, Spain and the United Kingdom*, Center for Constitutional Studies and Democratic Development, Bologna, 2003, p. 16.

²¹ Ibidem, стр. 35.

²² Устав Републике Аустрије у вези са *искључивим надлежностима федералних јединица* Аустрије има сљедеће рјешење. Према члану 16 тог устава федералне јединице обавезне су на предузимање мјера ради примјене међународних уговора (што значи и оних који се односе на Европску унију) ако је ријеч о питањима *из њихове надлежности*. Ако то оне не учине, савезна држава има право да то учини, па и доношењем савезног закона у областима из надлежности федералних јединица. Међутим, *то право савезне државе (па и савезни закон који је она евентуално донијела) престаје оног тренутка када је покрајина предузела одговарајућу мјеру ради примјене међународног уговора*.

²³ Chiara Bologna, Justin O. Frosini, Peter Leyland, Andrea Ross-Robertson, Mayte Salvador Crespo, Ibidem, стр. 50.

3.5. Италија

И Устав Републике Италије у члану 117 врши расподјелу надлежности између централне државе и њених региона. Према том члану, постоје искључиве надлежности централне државе, одређене методом позитивне енумерације. Након тога су у истом члану побројане конкурентне надлежности²⁴ централне државе и региона, а потом је у ставу 4 прописано да региони имају законодавну надлежност у свим питањима која нису у надлежности централне државе. Разликовање ових надлежности је од важности, с обзиром на чињеницу да је Уставни суд Републике Италије у својој одлуци број 126/1996 нагласио како *примјена правних норми Европске уније у земљама чланицама мора узети у обзир структуру тих земаља, то јест да ли су оне централизоване, децентрализоване или федерално уређене*. Стога не чуди што је овај суд у својим одлукама бр. 203/2003 и 68/2008 заштитио надлежности региона од мијешања централне државне власти, навевши како је неуставно понашање којим централна држава своју координативну улогу у пословима везаним за Европску унију користи да би регионима одузела њихове надлежности (одлука број 203/2003) без сагласности региона (одлука број 68/2008)²⁵.

4. Проблем механизма координације у процесу придруживања БиХ Европској унији

У другом дијелу рада указали смо на покушаје да се тај механизам прикаже као техничко питање. Тим покушајима треба додати и настојање да се механизам координације ентитетима наметне од стране институција БиХ, без претходне комуникације са њима и, у крајњем, противно

²⁴ Конкуренте или подијелене надлежности су такве надлежности у којима и централна држава и региони имају уставну надлежност да својим законима уређују одређену област друштвених односа. Централна држава то чини тзв. оквирним законима, који садрже основна начела, након чега региони својим законима уређују детаље у датој области. По томе се овај систем разликује од њемачког. Наиме, за разлику од италијанског система, у СР Њемачкој модел зван *konkurrierende Gesetzgebung*, то јест модел у којем федерација и федералне јединице имају подијелену надлежност, значи да федералне јединице уставно право да својим законима уређују неко питање из области која спада у подијелену надлежност могу користити само до оног тренутка док федерација то питање не уреди својим законом, након чега престаје то њихово право, чиме престаје да важи и одговарајући покрајински закон.

²⁵ Giuseppe Martinico, *The impact of "regional blindness" on the Italian Regional State*, p. 8-9. Доступно на <http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/18337/2011martinicoIDEIR.pdf?sequence=2>. Приступ од 7.6.2015. године.

њиховој вољи. На то упућује понашање Савјета министара БиХ, који је почетком јуна 2015. године усвојио одлуку о именовању тима за израду механизма координације у ком, према тој одлуци, Република Српска (њена Влада) има једно мјесто. Оно што забрињава у одлуци јесте чињеница да је усвојена и гласовима савезних министара који долазе из Републике Српске. Ради се о ситуацији у којој је Савјет министара БиХ, па још и гласовима његових министара из Републике Српске, без претходних консултација са ентитетским владама донио наведену одлуку, иако право на самостално доношење одлуке *о наведеном питању* за њега не произлази како из Устава БиХ, тако ни из закона на нивоу БиХ. Због тога не чуди реакција која је одмах потом услједила из Републике Српске, будући да је Жељка Цвијановић, предсједник Владе Републике Српске, изјавила да „...Савјет министара БиХ не може именовати тим за израду механизма координације у којем резервише мјесто или у који именује представнике Владе Републике Српске, а да претходно није извршио консултације са Владом и од ње добио сагласност за ту врсту активности.“ У складу с тим, предсједник Владе Републике Српске је с правом „...подсјетила да о учешћу представника Владе у било којем радном тијелу одлучује искључиво и једино Влада Српске, а не неки други ниво власти“ те да кад „...неки ниво власти има намјеру да формира заједничко радно тијело онда се о томе претходно консултује са Владом Републике Српске, кроз те консултације утврди број учесника сваке стране и дефинише принципе на којима се заснива рад тог тијела“²⁶.

Врло брзо након тога услједио је и закључак Владе Републике Српске, број 04/1-012-2-1075/15, донесен на 24. сједници Владе од 4.6.2015. године. Тим закључком Влада Српске се упознала са информацијом о 26. састанку Комисије за европске интеграције у саставу Привременог одбора за стабилизацију и придруживање и покушају да се без правног овлашћења донесе одлука о изради Програма интегрисања, усљед чега је закључено (тачка 2 наведеног закључка) „...да је незаобилазан предуслов за израду ‘Програма интегрисања’ постизање договора између свих нивоа власти у БиХ по питању новог механизма координације у области европских интеграција БиХ“. Из тих разлога истим закључком су обавезана министарства и други републички органи управе Републике Српске „...да не учествују у било каквим активностима на изради ‘Програма интегрисања’ које иницирају институције БиХ без претходног испуњења услова из тачке 2 Закључка“, то јест док се не

²⁶ Цитирано према <http://www.nezavisne.com/novosti/bih/Cvijanovic-Moraju-da-nauce-da-je-RS-strana-u-pregovorima-308308.html>. Приступ од 3.6.2015. године.

постигне договор између свих нивоа власти у БиХ по питању новог механизма координације у области европских интеграције БиХ.²⁷

Претходно наведено сасвим поуздано указује на то како механизма координације још нема нити је извјесно када ће он бити усвојен и шта ће да садржи. Услјед тога је писање на ову тему посебно тешко, јер се ради о писању о нечему за шта још није јасно како ће изгледати. Но, упркос томе Република Српска мора водити рачуна о неколико ствари како и овај процес не би био (зло)употријебљен на штету њених уставних надлежности. О томе говоримо у наставку овог дијела рада.

Као прво неопходно је још једном указати на забрињавајућу појаву чија суштина се, у најкраћем, може изразити одсуством координације између званичних институција Републике Српске и њених представника у институцијама БиХ, а нарочито у Савјету министара БиХ. Због тога и јесте могло доћи до тога да Савјет министара БиХ, па још и гласовима његових министара из Републике Српске, без претходних консултација са Владом Републике Српске покушава тој влади, а тиме и Републици Српској, наметнути наведену одлуку о именовању тима за израду механизма координације. Посљедица је то чињенице што власт на нивоу Републике Српске врши једна политичка опција унутар српског народа, док представници Републике Српске у институцијама БиХ припадају супротној политичкој опцији унутар истог народа. Стога се и на овом примјеру по ко зна који пут понавља и потврђује стари проблем који прати Србе у стварању, а нарочито у одбрани државе коју створе. Ријеч је одсуству критичне количине јединства у његовим политичким елитама у одсудним тренуцима по тај народ и његову државу.

Није нам намјера да стајемо на било чију страну у актуелном сукобу политичких елита унутар српског народа у Републици Српској. Умјесто тога, само желимо указати на то како је, упркос свим њиховим разликама, неопходно јединство тих политичких снага код одлучивања о овом питању, јер оно у себи крије више замки које, уколико на њих не буде благовремено и јединствено реаговано, воде у даље развлашћивање Републике Српске.

²⁷ У вези са тим закључком треба имати у виду да је у Републици Српској на снази и Одлука Владе Републике Српске о остваривању координације републичких органа управе у спровођењу активности у области европских интеграција и међународне сарадње („Службени гласник Републике Српске“, број 47/13). Том одлуком утврђена је обавеза поменутих органа Српске на међусобну координацију и сарадњу у спровођењу активности у области европских интеграција и међународне сарадње.

Да би се овај потенцијални проблем лакше уочио, морамо најприје подсјетити на један детаљ из блиске прошлости. У тзв. априлском пакету уставних промјена из 2006. године било је предвиђено (у тачки бц) да су институције власти на нивоу БиХ „...одговорне за *преговарање, израду, усвајање те провођење закона потребних за испуњавање европских стандарда*, као и политичких и економских услова везаних за европске интеграције БиХ“. Овај пакет уставних промјена, а тиме и наведене надлежности институција БиХ, нису усвојени захваљујући само томе што за њега у Парламентарној скупштини БиХ нису гласали Странка за БиХ (на чијем челу је тада био Харис Силајдић) и хрватска политичка странка ХДЗ 1990. Дакле, политичке странке из Републике Српске прихватиле су тај пакет, а да је он којим случајем усвојен то би било штетно по Републику Српску. Наиме, према рјешењу на које смо претходно указали, институције БиХ имале би искључиву надлежност за доношење закона сваки пут када је то *потребно за испуњавање европских стандарда*. Шта је све потребно за усвајање тих стандарда, врло је неодређено и отвара простор за манипулацију којом би се на нивоу БиХ корак по корак пренијеле надлежности у готово свим областима друштвених односа за чије уређивање *de constitutione lata* ентитети имају искључиву надлежност. Да бисмо ово потпуније објаснили послужићемо се једним примјером. Директивом Савјета Европске уније, број 2000/78/ЕЗ од 27.11.2000. године²⁸, у члану 5 је прописана обавеза послодавца: „да предузму одговарајуће мјере (*што је европски стандард – наша опаска*), гдје су потребне, како би се лицу с инвалидитетом омогућио приступ запошљавању, учествовање или напредовање на послу или школовање, уколико такве мјере не би за послодавца представљале несразмјеран терет“.

Када домаће законодавство треба хармонизовати са оваквом одредбом, то значи да су ентитети у БиХ надлежни да измијене или допуне своје законе о раду и законе о запошљавању, јер су питања која су уређена цитираном одредбом Директиве број 2000/78/ЕЗ од 27.11.2000. године из домена рада и запошљавања, што је уставна надлежност ентитета у БиХ. Међутим, да је којим случајем био усвојен априлски пакет уставних промјена из 2006. године, он би омогућио институцијама БиХ (Парламентарној скупштини БиХ) да својим законом уреди и ову област, досљедно наведеном рјешењу из априлског пакета, према којем би „институције БиХ имале искључиву надлежност за доношење закона

²⁸ „Службени лист Европских заједница“ од 2.12.2000. Л 303/16.

сваки пут када је то *потребно за испуњавање европских стандарда*“. На овај начин било би онда поступано и у бројним другим областима из надлежности ентитета, као што су социјална заштита, организација и рад привредних субјеката, облигационо право, својинскоправни односи и др. Стога су то замке и опасности од којих се „...свакако треба чувати уколико се не жели потпуно развлашћивање Републике Српске“.²⁹

Таква опасност по Републику Српску може се запазити и у литератури која се публикује од одговарајућих институција БиХ, а тиче се њених европских интеграција. С тим у вези и овдје ћемо се, као и малочас, послужити једним примјером како бисмо указали о каквој опасности по Српску је ријеч. Ради се о Приручнику за усклађивање прописа Босне и Херцеговине са прописима Европске уније, чији издавач је Дирекција за европске интеграције Босне и Херцеговине на чијем интернет порталу се тај приручник може наћи.

Примјетно је да се у одговарајућем поглављу Приручника, посвећеног избору домаћег нормативног инструмента за преузимање прописа Европске уније (поглавље 8.1, стр. 73–75 Приручника³⁰), говори само о нормативном оквиру на нивоу БиХ. Другим ријечима, нема ниједне једине ријечи о нормативним оквирима у ентитетима. Умјесто тога, набрајају се *само прописи који се доносе на нивоу институција БиХ* (стр. 73 Приручника), након чега се каже да „...прописи Парламентарне скупштине и Вијећа министара, те појединих министарстава и других органа управе имају потребну обавезујућу снагу и ефективност која их чини подобним за преузимање легислативе ЕУ“ (стр. 73–74 Приручника). На овај начин се, истина не тако огољено, хоће рећи како би сви прописи Европске уније требало да буду преузимани прописима донесеним од стране институција и органа на нивоу БиХ, с тим што се сугерише да би се „прописи који би могли имати политичке импликације требали имплементирати уз учешће Парламентарне скупштине БиХ“ (стр. 74 Приручника).

Ако би се поступало на овакав начин, у ономе за шта уставну надлежност имају ентитети, то би значило њихово потпуно или, у најбољем случају по њих, дјелимично развлашћивање ентитета, чиме би институције на нивоу БиХ преузимале надлежности за уређивање друштвених односа које према Уставу БиХ не могу уређивати како

²⁹ Доц. др Милан Благојевић, *Правни есеји – Књига*, Значења, Добој, 2011, стр. 251.

³⁰ Приручник је доступан на интернет порталу Дирекције за европске интеграције Босне и Херцеговине, на адреси <http://www.dei.gov.ba/dei/dokumenti/uskladjivanje/default.aspx?id=3959&langTag=bs-BA>. Приступ од 10.6.2015. године.

у цјелини, тако ни дјелимично. С тим у вези треба имати у виду став Европске уније према којем су инструменти транспоновања³¹ њених прописа у домаћи правни систем *ствар избора држава чланица који зависи од конкретних уставних рјешења сваке државе*.

Најзад, прије преласка на закључно разматрање, потребно је указати на још једну чињеницу која је, када је ријеч о овом питању, везана за Уставни суд БиХ. У дијелу рада у којем је дат кратки компаративни приказ механизма координације и имплементације прописа Европске уније у национално право, видјели смо како уставни судови Шпаније и Италије имају већ изграђене ставове којима, у битном, штите уставне надлежности тамошњих региона и када је ријеч о преузимању прописа Европске уније у домаће право. Међутим, такво нешто није основано очекивати и од Уставног суда БиХ, о чему свједочи једна одлука тог суда која је прошла прилично незапажено у домаћој стручној и научној јавности. Наиме, у одлуци тог суда број У-16/11 од 13. јула 2012. године заузет је став, који нема упориште у Уставу БиХ, да (курзив у цитату је наш) „...Босна и Херцеговина, према релевантним одредбама Устава Босне и Херцеговине, има обавезу и надлежност за извршавање међународних обавеза Босне и Херцеговине у оквиру чега има и овлаштење да одлучује о начину извршавања међународних обавеза Босне и Херцеговине“³². Из цитираног произлази како би овај суд, у случају евентуалног спора пред њим између ентитета и БиХ о томе ко је од њих надлежан за имплементацију прописа Европске уније, сматрао да и имплементација тих прописа представља међународну обавезу БиХ³² па би пресудио у корист институција БиХ чак и у оним областима које према Уставу БиХ уређују ентитети својим правним прописима, позвавши се при томе и на претходно цитирани став из његове одлуке број У-16/11 од 13. јула 2012. године. Тога Република Српска нарочито треба бити свјесна и одупријети се томе, на начин што њени представници у институцијама власти на нивоу БиХ неће, кад је ријеч о имплементацији прописа Европске уније у домаће право, дати своје гласове за доношење прописа за чије доношење је према Уставу БиХ надлежна Република Српска.

³¹ Термин транспоновање овдје употребљавамо у смислу преузимања прописа, мада се он у литератури о овом питању објашњава као дио ширег појма *хармонизације* домаћег права са правом Европске уније. Тако се у већ поменутом Приручнику разликују три метода хармонизације домаћих прописа са правом Европске уније. Један је *транспозиција*, којим се од ријечи до ријечи преноси текст прописа Европске уније у домаће право. Други је *преформулација*, којом се преузима суштина обавеза које произлазе из директиве, а трећи метод је *утуђивање (реферирање)*, којим се одредбе директиве могу навести у анексу домаћег прописа (стр. 58 Приручника).

³² А такав став, када је ријеч о имплементацији прописа Европске уније у домаће право, противи се јуриспруденцији уставних судова Шпаније и Италије на коју је указано у овом раду.

5. Закључно разматрање

Излагање у раду показало је како се Република Српска од потписивања Дејтонског мировног споразума до данас у континуитету суочавала са низом политичких и уставних замки, од којих многе није прошла. Због тога не чуди што је у том периоду остала без дијела своје територије у подручју Брчког који јој је отет правним насиљем западног свијета, на које је она пристала. Поред тога, у истом периоду Српска је остала и без бројних својих уставних надлежности, од којих су неке од виталне важности за њу (одбрана – Војска Републике Српске, односно систем индиректног опорезивања – порез на додату вриједност).

На такве замке Република Српска мора бити спремна и у процесу који се овдје колоквијално зове процесом европских интеграција БиХ (њених интеграција у западни свијет), или процесом придруживања БиХ Европској унији. Важно питање у том процесу је механизам координације, у којем Српска мора водити рачуна те досљедно и непоколебљиво инсистирати на сљедећем:

1. механизам координације не смије бити тијело које би било коме наметало рјешења, а посебно оно не смије бити тијело које би усвајало прописе;

2. механизам координације такође не смије бити тијело које би као арбитар рјешавало у споровима до којих у процесу европских интеграција дође између БиХ и ентитета или између ентитета, а у Федерацији БиХ између ње и кантона;

3. основ постојања овог механизма не може бити било какав акт Савјета министара БиХ. Умјесто тога, механизам координације треба настати споразумом ентитета, који је *sui generis* извор уставног права у БиХ, на чије постојање већ указују споразум ентитета о преношењу њихове надлежности у области одбране на нивоу БиХ, или споразум ентитета о дјелимичном преношењу њихове надлежности у области правосуђа на нивоу БиХ, који је основ постојања садашњег Високог судског и тужилачког савјета БиХ;

4. пошто није орган власти који намеће одлуке, овај механизам треба бити мјесто разговора, преговора и договарања између ентитета у погледу оних послова који су, и када је ријеч о имплементацији прописа Европске уније, њихова надлежност према Уставу БиХ, док су Парламентарна скупштина и Савјет министара институције у којима се, ради

имплементације прописа Европске уније, могу усвајати само прописи из надлежности институција БиХ. У процесу договарања ентитети помоћу механизма координације треба да усагласе нацрте и приједлоге прописа за чије усвајање су надлежни, како би се избјегла дисхармонија између њихових прописа.

У поступку разговора и преговарања у механизму координације Република Српска се треба руководити сљедећим принципима, које треба бранити досљедно и непоколебљиво:

1. први и најважнији принцип је да је Република Српска вриједност која се не смије ниједним дијелом жртвовати било чему другом, односно све друго треба бити подређено вриједности која се зове Република Српска као највишој вриједности;

2. у свим областима друштвених односа које су њена уставна надлежност Република Српска својим законима и другим прописима треба искључиво имплементирати прописе Европске уније;

3. имплементација тих прописа никако не значи нити смије значити да и у једном случају треба да се преносе уставне надлежности ентитета на ниво БиХ. До преноса надлежности не смије доћи не само у цјелини, већ ни дјелимично у виду тзв. оквирних или тим законима сличних савезних закона;

4. у ситуацији у којој је један ентитет ускладио своје прописе са прописима Европске уније, а други ентитет то није учинио, не може се тражити одговорност ентитета који је извршио хармонизацију својих прописа нити се због тога може извршити пренос надлежности на ниво БиХ;

5. тамо гдје је то неопходно ради примјене прописа Европске уније (нпр. контрола квалитета млијека и сл.) треба оснивати *међуентитетске органе* (нпр. комитете, заводе, дирекције и др.), а не оснивати нове органе на нивоу БиХ;

6. досљедно претходно наведеном, а имајући у виду и искуства из других земаља чланица Европске уније на које смо указали у раду, треба да се формирају међуентитетске делегације за преговоре са Европском унијом, нарочито у областима за које ентитети имају уставну надлежност.

Milan Blagojević, PhD

Associate Professor

Faculty of Law

University for Business Engineering and Management Banja Luka

**THE REPUBLIC OF SRPSKA AND MECHANISM OF
COORDINATION IN THE PROCESS OF ASSOCIATION OF B&H
TO THE EUROPEAN UNION**

Summary

By the end of 2015 it would be reached a 20 years after the General Framework Agreement to the Peace in B&H, known as Dayton Peace Accord, was signed, by which the Republic of Srpska was internationally recognized. Taking these facts into consideration, the most important what Srpska has lost in that period is analysed firstly in this paper. After that, the central part of the paper is dedicated to the actual question of mechanism of coordination in the process of association of B&H to the European Union. In that part of the paper, after short comparative review of experience that some states with complex state structure has about that question, the mechanism of coordination is dealt with from the viewpoint of interests of the Republic of Srpska, and taking in mind the dangers of it for the Republic of Srpska. In final part of the paper the principles which should be observed by the Srpska in that process are exposed, in order to prevent that this mechanism of coordination do not serve as a new one instrument for constitutional desubstantialization of the Republic of Srpska.

Key words: *mechanism of coordination, constitutional competencies, federal order, competencies of federation, competencies of federal units.*

УСТАВНО СУДСТВО ДЕЈТОНСКЕ БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ

Др Марко Станковић*

***Апстракт:** Дејтонска Босна и Херцеговина је по много чему оригинална творевина. Њена највећа особеност је у томе што је важећи Устав од 1995. донесен у форми међународног уговора (тачније, анекса уз Дејтонски мировни споразум), чиме су и њени ентитети, Република Српска и Федерација БиХ, стекли међународно признање. Осим тога, у готово свим највишим заједничким органима Босне и Херцеговине обезбеђена је паритетна партиципација свих конститутивних народа (Срба, Муслимана – Бошњака и Хрвата), што је карактеристично за теоријски модел конфедерације. Уставни суд Босне и Херцеговине замишљен је као орган који би требало да штити начело уставности и специфичан федерално-конфедерални аранжман, али и да врши још неке, веома разнородне функције. Овај рад анализира састав и надлежности Уставног суда БиХ и његов положај у уставном систему.*

***Кључне речи:** Босна и Херцеговина, Уставни суд Босне и Херцеговине, Уставно судство, Република Српска, Федерација БиХ.*

1. ДРЖАВНО УРЕЂЕЊЕ БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ И УСТАВНО СУДСТВО

Уставно судство је у Босни и Херцеговини постојало још у време када је она била федерална јединица у саставу СФР Југославије, док су уставни судови ентитета – Републике Српске и Федерације БиХ – институције новијег датума, као уосталом и сами ентитети.

* Доцент Правног факултета Универзитета у Београду. Рад настао у оквиру пројекта „Идентитетски преображај Србије“ Правног факултета Универзитета у Београду.

Још у Уставу СФРЈ од 1963. године „нови државни органи били су Уставни суд Југославије и уставни судови република, којима је поверена функција заштите уставности, шире схваћена“¹, чиме је СФРЈ постала прва социјалистичка држава у свету која је увела уставно судство.² Она је то учинила доследно применивши федерално начело у његовој организацији, пошто су, поред федералног, постојали и уставни судови република, што је било тумачено као израз релативно децентрализованог федералног државног уређења.³ Федерално начело било је обезбеђено и у саставу федералног Уставног суда, јер су републике биле представљене у складу са начелом паритета. „Обележја, тог у основи јединственог система уставносудске заштите у организацији више уставних судова, која су успостављена 1963. године, у свим битним елементима задржана су непромењена и у уставима донетим 1974. године.“⁴ Но, услед непостојања начела супрематије федералног правног поретка, сужених овлашћења савезног Уставног суда приликом контроле уставности републичких прописа, као и недовољних надлежности у области федералних односа, Уставни суд Југославије готово да и није имао у својој пракси решавање спорова о правима и обавезама између федерације и федералних јединица. Томе је несумњиво допринела и пасивност овлашћених предлагача за покретање поступка пред Уставним судом, али и суздржаност самог Уставног суда у одлучивању.⁵

¹ Ратко Марковић, *Уставно право и политичке институције*, Београд 2003, 165.

² Уставни суд Босне и Херцеговине конституисан је по први пут 15. фебруара 1964. године на основу Устава од 1963. године, а задржан је и каснијим Уставом од 1974. године. Овај Уставни суд је у првом реду имао надлежност у апстрактној нормативној контроли, као што је одлучивање о сагласности републичких закона са Уставом и о уставности и законитости других прописа и општинских и самоуправних аката, те решавање спорова између Републике и других друштвено-политичких заједница, као и сукоба надлежности између судова и органа друштвено-политичких заједница. Законом о Уставном суду била су регулисана питања организације, надлежности и поступка пред овим Уставним судом.

³ Уставним амандманима на Устав СФРЈ донесеним 1968. предвиђен је уставни основ за успостављање уставних судова аутономних покрајина, па су 1972. године основани уставни судови Војводине и Косова. Такође, аутономне покрајине имале су по једног представника у савезном Уставном суду. Овакво решење, према којем, осим федералних јединица, чак и јединице територијалне аутономије имају сопствено уставно судство и представнике у саставу федералног уставног суда било је јединствено у упоредном праву. Ширење дејства федералног начела на јединице територијалне децентрализације био је један од кључних фактора касније дезинтеграције СФР Југославије.

⁴ Љиљана Славнић, *Федерализам и уставносудска функција – случај Југославије – правна студија са упоредно-правним елементима*, Београд 2000, 111.

⁵ Имајући у виду наведена организациона решења, али и резултате које је југословенско уставно судство остварило у пракси, Будимир Кошутић је, чини се, дао објективну оцену уставног судства у СФРЈ: „Тај модел непосредне, апстрактне, контроле уставности закона, допуњен одређеним облицима посредне контроле (право редовних судова да застану с поступком и затра-

Државно уређење дејтонске Босне и Херцеговине по својим обележјима може се сместити „негде између“ два облика федерализма – федерације и конфедерације – мада се, због већег броја особина карактеристичних за први облик федерализма, обично сматра „федерацијом са израженим конфедералним елементима“. Сложена државна организација је утицала и на организацију уставносудске функције – уведен је централизован систем контроле, при чему је, као у Немачкој и Русији, федерално начело уважено и у организацији уставног судства, па осим Уставног суда Босне и Херцеговине постоје и уставни судови федералних јединица (ентитета).

При том, суверенитет Босне и Херцеговине је ограничен, тј. она је међународни протекторат, што недвосмислено потврђују и правила о начину избора односно именовања чланова Уставног суда, као и услови које они морају да испуњавају да би могли да дођу на ту функцију. Наиме, Уставни суд БиХ сачињен је од осам чланова и председника. Две трећине чланова Суда бира се у парламентима ентитета – четири члана бира Представнички дом Федерације БиХ, а два Народна скупштина Републике Српске – док преосталу трећину поставља председник Европског суда за људска права након консултација са Председништвом БиХ. Та три члана „не смеју да буду држављани Босне и Херцеговине или било које од суседних држава“. Ово правило се оштро критикује јер је у супротности са једним од општеприхваћених принципа да у одређеној држави јавне функције могу вршити искључиво њени држављани.⁶ И то није све, пошто стране држављане на ту високу државну функцију поставља орган међународне организације (Савета Европе). Све су то ограничења суверенитета која доводе у питање самосталност државне творевине каква је Босна и Херцеговина. Дакле, „особености БиХ као једног новог државног облика у новим међународним условима, одражавају се и на уставно судство. Имајући у виду компаративну праксу, сасвим су нетипична решења да органи међународне заједнице именују чланове уставног суда, као и да у састав уставног суда улазе грађани који нису држављани државе чији је он орган.“⁷

же оцену уставности одредбе закона коју треба да примене на конкретан случај) био је у складу с модерним европским тенденцијама у том времену. Наравно, ни уставни судови нису могли имати другачију судбину од државе у којој су постојали.“ Будимир Кошуткић, „Место Уставног суда у систему поделе власти“, *Уставни суд Србије – у сусрет новом уставу* (зборник радова), Београд 2004, 77.

⁶ Погледати: Рајко Кузмановић, *Уставно право*, Бања Лука 1997, 229.

⁷ Љ. Славнић, 92.

2. НАДЛЕЖНОСТИ УСТАВНОГ СУДА БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ

Дејтонски устав доделио је Уставном суду Босне и Херцеговине разнородне надлежности⁸, од којих неке уопште не спадају у уобичајене надлежности уставног судства. При том, многе уставне одредбе о уставном судству веома су конфузне. Генерално посматрано, функције овог органа су конфликтна функција, функција контроле уставности нормативних аката, функције редовног судства и функција деблокаде легислативе.

Пре свега, Устав наводи као надлежност Уставног суда решавање „уставних спорова“, под чиме он у ствари подразумева две његове надлежности – контролу уставности нормативних аката и конфликтну функцију (решавање сукоба надлежности). Дакле, Уставни суд БиХ има надлежност контроле уставности нормативних аката у апстрактном поступку која, између осталог, подразумева одлучивање о томе да ли је одлука неког од ентитета да успостави посебне паралелне односе са неком суседном државом у складу са Уставом (укључујући одредбе које се тичу суверенитета и територијалне целовитости Босне и Херцеговине), као и да ли је било која од одредаба устава или закона неког од двају ентитета у складу са Уставом.

Круг овлашћених предлагача за покретање поступка апстрактне нормативне контроле релативно је широк. Предлог за покретање поступка могу поднети члан Председништва БиХ, председник Савета министара БиХ, председник или потпредседник било којег од двају дома Парламентарне скупштине БиХ, четвртина чланова било којег дома Парламентарне скупштине БиХ, или пак четвртина чланова било којег дома представничког органа неког од ентитета. Дакле, и федералним јединицама омогућено је да покрену поступак пред федералним уставним судом, што се, као што је више пута наглашено, сматра врло важним елементом уставносудске контроле у федерацијама.

Поред тога, постоји и могућност контроле уставности у конкретном поступку. Наиме, Уставни суд је надлежан за питања која му „проследи“ било који суд у Босни и Херцеговини у вези са тим да ли је неки закон, од чије правоснажности зависи одлука тог суда, у складу са Уставом, Европском конвенцијом о људским правима и основним слободама и њеним Протоколима (ова конвенција и протоколи у БиХ имају надзаконску правну снагу)⁹, односно са законима Босне и Херцеговине.

⁸ Члан VI, одељак 3 Устава Босне и Херцеговине.

⁹ Права и слободе одређени у Европској конвенцији за заштиту људских права и основних сло-

Даље, Уставни суд има искључиву надлежност за решавање спорова о вертикалној и хоризонталној подели власти. Будући да се ради о сложеној држави, нарочито је важна функција арбитража у федералним споровима, односно решавања међусобних спорова између ентитета или између Босне и Херцеговине и једног или оба ентитета. Осим тога, Уставни суд је овлашћен да решава и спорове који се појаве међу установама Босне и Херцеговине.

Но, осим уставносудске функције у ужем смислу речи, Уставном суду БиХ поверене су и неке функције које по правилу припадају редовним судовима, чиме Уставни суд прелази оквире основних циљева постојања уставног судства, сврставајући се у ред судова опште надлежности.¹⁰ Наиме, Уставни суд има апелациону надлежност над питањима у вези са Уставом поводом пресуде било којег другог суда у Босни и Херцеговини. Такође, Уставни суд одлучује и о питањима у вези са „постојањем или општим досегом владавине међународног права у вези са одлуком дотичног суда“. Ова надлежност Уставног суда Босне и Херцеговине представља највеће одступање од класичне уставносудске концепције карактеристичне за европске државе и чини овај орган „судом сваштаром“.

Конечно, Уставни суд има и једну посебну надлежност у вези са „деблокадом“ Парламентарне скупштине БиХ, значајну за функционисање сложеног државног уређења. Наиме, Устав БиХ познаје специфичну парламентарну процедуру налик белгијском „звону на узбуну“. Предлог одлуке Парламентарне скупштине може да се прогласи штетним по витални интерес бошњачког, хрватског или српског народа од стране већине бошњачких, хрватских или српских посланика. Када се то догоди, председник Дома народа одмах сазива заједничку комисију од три посланика, према одабиру бошњачких, хрватских и српских посланика, ради разрешења тог питања. Ако комисија не успе да пронађе решење у року од пет дана, случај се прослеђује Уставном суду који у убрзаном поступку оцењује његову „процедуралну регуларност“. Ни ова функција не може се сврстати у традиционалне надлежности уставног судства, али њено поверавање Уставном суду, за разлику од претходне функције, има логично оправдање.

бода и у њеним Протоколима непосредно се примењују у Босни и Херцеговини и имају првенство пред свим другим законодавством (члан II, одељак 2 Устава Босне и Херцеговине).

¹⁰ У том смислу видети: Р. Кузмановић, 228; Ј. Славнић, 91.

3. ДЕЈСТВО ОДЛУКА УСТАВНОГ СУДА БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ

Кад је реч о дејству одлука Уставног суда Босне и Херцеговине, оне су, према Уставу, „коначне и општеобавезујуће“.¹¹ Одлуке, дакле, делују *erga omnes*, што је иначе у складу са централизованим моделом уставносудске контроле од стране специјализованог уставног суда. Сви остали аспекти дејства одлука Уставног суда уређени су подзаконским актом – Правилима поступка Уставног суда од 2005. године.¹² Њима је утврђено да „Уставни суд одлуком којом усваја захтев одлучује о њеном правном деловању (*ex tunc, ex nunc*)“, као и да „Уставни суд може у целости или делимично укинути општи акт или поједине његове одредбе“.¹³ Дакле, временско деловање одлуке зависи од воље Уставног суда и може бити како ретроактивно тако и проспективно. Такође, Уставни суд, у случају када утврди несагласност неког нормативног акта са Уставом, Европском конвенцијом о људским правима или законом, може да предложи надлежном органу да тај акт усклади са наведеним прописима и да одреди рок за усаглашавање који не може бити дужи од шест месеци.¹⁴ Јасно је да су могућности које стоје на располагању Уставном суду у вези са дејством одлука веома широке – он може да поништи неуставни пропис или да га укине, а може и да га привремено задржи на снази, обавезујући надлежни орган да отклони његову неуставност. У овом последњем случају, Уставни суд не делује само као „негативни“, већ и као „позитивни законодавац“, активно учествујући у законодавном поступку. Но, деконституционализација важних правила функционисања уставног судства представља крупан недостатак у систему судске контроле уставности у Босни и Херцеговини.

¹¹ Члан VI, одељак 4 Устава Босне и Херцеговине.

¹² Уређивање овако важних питања подзаконским актом који је, при том, донео сам Уставни суд, веома је неуобичајено решење.

¹³ Члан 63, ставови 1 и 2 Правила Уставног суда Босне и Херцеговине од 2005. године.

¹⁴ Члан 63, став 4 Правила Уставног суда Босне и Херцеговине од 2005. године.

4. УСТАВНИ СУД БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ КАО „ЧУВАР ФЕДЕРАЦИЈЕ“

Јуриспруденција Уставног суда БиХ у области федералних односа прилично је скромна, мада су последњих година највеће интересовање јавности изазвале његове одлуке у случајевима о називима општина које су у свом имену садржале придев „српски“ и о ентитетским обележјима (грбу, застави и химни).

Уставни суд је 26. марта 2004. утврдио да део члана 11 Закона о територијалној организацији и локалној самоуправи и чл. 1 и 2 Закона о Граду Српско Сарајево, у односу на називе: Град Српско Сарајево, Српски Дрвар, Српски Сански Мост, Српски Мостар, Српско Горажде, Србиње, Српски Кључ, Српска Костајница, Српски Брод, Српска Илиџа, Српско Ново Сарајево, Српски Стари Град и Српско Орашје, нису у складу са Уставом Босне и Херцеговине и то са чланом 2, став 4, који говори о забрани дискриминације „на било којој основи попут пола, расе, боје коже, језика, вере, политичког или другог мишљења, националног или социјалног порекла, припадности националној мањини, имовине, рођења или другог статуса“. Уставни суд је наложио Народној скупштини Републике Српске да најкасније у року од три месеца од дана објављивања ове одлуке у „Службеном гласнику Босне и Херцеговине“ неуставне прописе усклади са Уставом Босне и Херцеговине.

С друге стране, 31. марта 2006. године утврђено је да чл. 1 и 2 Закона о грбу и застави Федерације Босне и Херцеговине и чл. 2 и 3 Уставног закона о застави, грбу и химни Републике Српске нису у складу са чланом 2, став 4 Устава Босне и Херцеговине у вези са чл. 1.1. и 2.а) и ц) Међународне конвенције о укидању свих облика расне дискриминације из Анекса I на Устав Босне и Херцеговине. Парламенту Федерације Босне и Херцеговине и Народној скупштини Републике Српске наложено је да у року од шест месеци од дана објаве одлуке у „Службеном гласнику Босне и Херцеговине“ усагласи наведене одредбе са Уставом Босне и Херцеговине. Такође је утврђено да члан 2 Закона о употреби заставе, грба и химне, у делу у којем је прописано да се заставом, грбом и химном Републике Српске „представља државност Републике Српске“, није у складу са чланом 1 (ставови 1 и 2) Устава Босне и Херцеговине и да члан 3 Закона о употреби заставе, грба и химне, у делу у којем је прописано да се симболи Републике Српске употребљавају „у складу са моралним нормама српског народа“ нису у складу са чланом 2, став

4 Устава Босне и Херцеговине у вези са чл. 1.1. и 2.а) и ц) Међународне конвенције о укидању свих облика расне дискриминације из Анекса I на Устав Босне и Херцеговине, те их је Уставни суд у том делу и укинуо. Укинуте одредбе престале су да важе наредног дана од дана објављивања одлуке у „Службеном гласнику Босне и Херцеговине“. У образложењу, Суд је навео да сматра да је легитимно конститутивно право бошњачког и хрватског народа у Федерацији Босне и Херцеговине, односно српског народа у Републици Српској, али да се мора дати једнако право српском народу у Федерацији БиХ, односно бошњачком и хрватском народу у Републици Српској. На овај начин Уставни суд је желео да потврди конститутивност сва три народа на целокупној територији Босне и Херцеговине.

Као што је наведено, Босна и Херцеговина је према Дејтонском споразуму претежно федерална држава, иако се из уставних одредаба може видети да има мноштво конфедералних елемената. Но, у пракси ствари функционишу потпуно другачије. Високи представник међународне заједнице, који има велика овлашћења, несумњиво је доминантна политичка фигура у систему,¹⁵ а то значи да у Босни и Херцеговини нема демократије, па је самим тим и федерализам готово немогућ. При том, држава нема своју војску, већ су у њој стациониране стране војне трупе, па је најтачније закључити да се ради о модерном облику протектората или о вазалној држави XXI века.

Уз то, суштина федералног уређења је, сматра се, очување јединства уз поштовање различитости, тако да све друштвене групе буду задовољне. У Босни и Херцеговини, међутим, ниједна од трију конститутивних нација није задовољна постојећим стањем и поретком. С једне стране, Муслимани (Бошњаци) теже централизацији и унитаризацији федерације, с друге, Срби желе већу децентрализацију и уградњу додатних конфедералних институција у постојећи федерално-конфедерални систем, док се, с треће стране, Хрвати залажу за формирање треће федералне јединице у којој би тај народ чинио већину становништва. Јасно је, дакле, да ће Босна и Херцеговина у садашњем облику опстати само док је међународна заједница буде одржавала, што се уосталом јасно испољило и приликом свих досадашњих преговора о уставним реформама.

¹⁵ Он је до сада својим одлукама мењао и допуњавао Устав Републике Српске и Устав Федерације Босне и Херцеговине, доносио, мењао, допуњавао и укидао законе, доносио буџет и статуте градова и општина, изрицао пресуде, забрањивао политички рад изабраним народним представницима и државним службеницима, смењивао политичке функционере у општинским, градским, републичким, федералним и заједничким органима власти итд.

5. УСТАВНО СУДСТВО У ЕНТИТЕТИМА

Поред Уставног суда БиХ, постоји и уставно судство двају ентитета – Федерације БиХ и Републике Српске. Нарочито је интересно уставно судство Федерације БиХ, пошто се ради о ентитету који је по свом унутрашњем уређењу такође федерација, која има два конститутивна народа (Бошњаци и Хрвати) и десет територијалних јединица (кантона). У Федерацији БиХ постоји само један уставни суд, док кантони немају сопствено уставно судство (аустријски модел).

Уставни суд Федерације БиХ првенствено је конфликтни суд. Његова је „главна надлежност“, како каже Устав Федерације БиХ, да решава спорове: између федерације и кантона, између кантона међусобно, између кантона и општина, између федерације и општина, као и између „установа федералне власти или пак унутар поједине установе федералне власти“.¹⁶ Тек након тога, дакле као секундарну надлежност, Устав наводи функцију контроле уставности нормативних аката. Акти који подлежу контроли Уставног суда су: 1) предлог закона Федерације (усвојен у једном или оба дома); 2) предлог закона или закон кантона, укључујући кантонални устав и његове евентуалне амандмане; 3) предложени или усвојени пропис који је донело неко „тело федералне власти“; 4) предложени или усвојени пропис који је донело неко „тело општинске или кантоналне власти“.

Дакле, контроли уставности подлеже широк круг аката, укључујући и уставе и законе федералних јединица, као и подзаконске акте федерације, федералних јединица и локалне самоуправе. Ипак, приметно је да је заштита уставности федералних закона најслабије обезбеђена, јер је предвиђена само претходна контрола њихове уставности, с обзиром на то да Устав говори о испитивању уставности предлога закона. Они су, стога, подложни контроли само док не ступе на снагу, док су након тога изван домашаја уставносудске контроле. То је велики недостатак уставносудске заштите у Федерацији БиХ. Додуше, питање је може ли се уставност закона контролисати на основу члана 10, става 3 Устава, који говори о „пропису“ који је донело неко „тело федералне власти“, али се чини да је уставотворац на том месту имао у виду подзаконске прописе. Други недостатак је тај што Уставни суд испитује сагласност прописа са Уставом, али не и са законима Федерације, па се могу јавити проблеми уколико је кантонални устав или закон у супротности са зако-

¹⁶ Глава IV, одељак С, члан 10 Устава Федерације БиХ од 1994. године.

ном Федерације БиХ. Трећа замерка може се ставити на одредбе о кругу овлашћених предлагача. Наиме, против федералних правних аката поступак могу покренути само федерални органи, док против кантоналних и општинских правних аката поступак могу покренути само кантонални органи.¹⁷ Другим речима, нити федерални орган може оспорити кантонални пропис, нити кантонални орган може захтевати контролу уставности савезног прописа, што је такође крупан недостатак уставно-судске контроле у Федерацији БиХ. Врло је важно за одржавање равнотеже у федерацији, сматрају теоретичари федерализма, да федерација има овлашћење да покрене поступак за оцену уставности акта федералне јединице (нарочито њеног устава), као и да федерална јединица има право да оспорава уставност федералних аката. То је готово неопходно да би се спречило задирање једног нивоа власти у искључиве надлежности другог. Но, овај недостатак донекле је ублажен могућношћу да Врховни суд Федерације, Суд за људска права или неки кантонални суд „предочи“ Уставном суду одређено уставно питање које се јави током конкретног судског поступка.¹⁸

Уставни суд састоји се од девет судија, а за избор је неопходно да то буду „истакнути правници највиших моралних квалитета“. Ови услови су потпуно неодређени, јер изрази „истакнути правник“ и „највиши морални квалитети“ имају безброј могућих тумачења. Судије именује председник Федерације уз сагласност допредседника Федерације и уз потврду већине посланика у Дому народа. Они обављају дужност све док не наврше 70 година старости, осим ако пре тога не дају оставку или не буду с разлогом смењени консензусом осталих судија.¹⁹

Република Српска је ентитет са унитарним унутрашњим уређењем. Њен Устав од 1992. године установио је Уставни суд, који сачињава председник и осам судија изабраних од стране Народне скупштине Републике Српске на предлог председника Републике.²⁰ Судији

¹⁷ Контролу уставности предлога федералног закона могу захтевати председник Федерације, допредседник Федерације, премијер, заменик премијера и једна трећина чланова било којег од домова Парламента Федерације, а контролу уставности подзаконских прописа Федерације могу захтевати ти исти органи, изузев чланова Парламента. Уставност кантоналног закона испитује се на захтев кантоналног премијера, заменика премијера, кантоналног председника или једне трећине посланика у законодавном телу дотичног кантона, а уставност кантоналног или општинског подзаконског прописа испитује на захтев кантоналног премијера, заменика премијера или кантоналног председника (Глава IV, одељак С, члан 10, став 2 Устава Федерације БиХ).

¹⁸ Глава IV, одељак С, члан 10, став 3 Устава Федерације БиХ.

¹⁹ Погледати: Глава IV, одељак С, чланови 5 и 6 Устава Федерације БиХ.

²⁰ Чланови 115–120 Устава Републике Српске.

престаје функција кад наврши 70 година живота.²¹ Уставни суд Републике Српске има надлежности које су уобичајене за уставносудске органе у једноставним државама: контролише уставност и законитост нормативних аката, решава сукобе надлежности између државних органа и одлучује о питањима имунитета. Уставно судство у Републици Српској успостављено је по угледу на уставно судство у Републици Србији према Уставу од 1990. године.

6. УМЕСТО ЗАКЉУЧКА

Објективно посматрано, Уставни суд Босне и Херцеговине има веома незахвалну улогу у уставном систему БиХ. Он је замишљен преваходно као специјализовани орган за контролу уставности, заштитник устава и „чувар федерализма“, како је још Ханс Келзен описивао улогу уставног суда у сложеним државама. Али, проблем Уставног суда Босне и Херцеговине јесте у томе што Устав БиХ није потпун, целовит устав (а донесен је, при том, у форми међународног уговора), а ни сама Босна и Херцеговина није федерација, већ поседује готово једнак број особина теоријских модела федерације и конфедерације. Када се томе додају константно неслагање конститутивних народа о уређењу Босне и Херцеговине, како садашњем тако и будућем, чињеница да је Босна и Херцеговина и суштински несамостална у међународној заједници, немогућност постизања сагласности о виталним државним питањима у оквиру највиших политичких органа, јасно је да се од Уставног суда БиХ и нису могли очекивати значајнији резултати. Он се, једноставно, у потпуности уклопио у изузетно лоше функционисање свих уставних чинилаца Босне и Херцеговине.

Када је реч о уставном судству у ентитетима, слабости су евидентне у Федерацији БиХ, како у погледу састава Уставног суда, тако и у погледу његових надлежности. То је велики проблем када се има у виду да је тај ентитет федерално уређен. У Републици Српској, која има унитарно унутрашње уређење, уставно судство нема тако велики значај као у сложеним државама, иако поседује веома солидне уставноправне основе.

²¹ Погледати чланове 10–15 Закона о Уставном суду Републике Српске.

Dr. Marko Stankovic
Assistant Professor
University of Belgrade Faculty of Law

**CONSTITUTIONAL COURT OF THE DAYTON BOSNIA AND
HERZEGOVINA – PROTECTOR OF THE CONSTITUTION OR
OMNIBUS COURT?**

Summary

Dayton Bosnia and Herzegovina is in many ways an original creation. Its greatest peculiarity is that the current Constitution of 1995 was passed in the form of an international treaty (or more precisely, an annex to the Dayton Peace Agreement), and thus its entities, Republic of Srpska and the Federation of Bosnia and Herzegovina, gained international recognition. In addition, almost all of the highest common bodies of Bosnia and Herzegovina have provided participation of all constituent peoples (Serbs, Muslims – Bosniaks and Croats), which is typical for a theoretical model of a confederation. The Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina was conceived as a body that is supposed to protect the principle of constitutionality and specific federal–confederal arrangement, but also to perform some other, very diverse functions. This paper analyzes the composition and powers of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina and its position in the constitutional system.

Keywords: *Bosnia and Herzegovina, The Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina, Constitutional jurisprudence, Republic of Srpska, Federation of Bosnia and Herzegovina.*

ПРОМЈЕНЕ УСТАВА БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ *VIA FACTI И DE IURE*

Мр Милан Пилиповић*

Анстракт: Грађански рат у Босни и Херцеговини окончан је потписивањем Општег оквирног споразума за мир у БиХ у Дејтону (Дејтонски мировни споразум) 21.11.1995. године, потврђеним у Паризу 14.12.1995. године. Општи оквирни споразум за мир у БиХ састоји се од једанаест анекса, међу којима је најважнији Анекс IV, који представља Устав Босне и Херцеговине. Устав Босне и Херцеговине у формалном и материјалном смислу је специфичан. Чланом X Устава Босне и Херцеговине предвиђене су процедуре за доношење амандмана на Устав. До данас, Устав Босне и Херцеговине једанпут је мијењан на начин предвиђен у члану X, и то 2009. године, усвајањем Амандмана I, али је прије тога, на друге, различите начине дошло до његове ревизије. Другим ријечима, ревизије Устава извршене су мимо процедуре предвиђене чланом X Устава, што је предмет овог рада.

Кључне ријечи: Устав Босне и Херцеговине, Дистрикт Брчко, високи представник, Уставни суд, додатне надлежности, амандман.

Уводно разматрање

Општи оквирни споразум за мир у Босни и Херцеговини (Дејтонски мировни споразум) усаглашен је 21.11.1995. године у ваздухопловној бази Рајт-Петерсон у Дејтону, САД, а званично потписан и потврђен 14.12.1995. године у Паризу. Овим споразумом не само да је окончан рат у Босни и Херцеговини, већ је Босна и Херцеговина конституисана као самостална држава сложеног државног уређења. „Због овога се

* Виши асистент на Правном факултету Универзитета у Бањој Луци

може рећи да Дејтонски мировни споразум, како то, уосталом, говори и његов назив, спада у категорију међународних споразума и то споразума којима се окончава рат (мировни споразум).⁴¹ Чињеница да је овим споразумом окончан рат у Босни и Херцеговини не представља нешто необично јер „најчешћи и најнормалнији пут завршетка ратног стања представља мировни уговор.“⁴² Оно што је необично јесте чињеница да је овим мировним споразумом не само завршен рат у БиХ, већ и донесен Устав једне државе – Босне и Херцеговине.³ Доношењем овог устава прекинут је уставни континуитет Републике Босне и Херцеговине и она је организована на нов начин. Дејтонски мировни споразум, као Општи оквирни споразум за мир у БиХ, састоји се од једанаест анекса, међу којима је најважнији Анекс IV, који представља Устав Босне и Херцеговине. Међутим, и остали анекси су од утицаја на уставноправни поредак БиХ, што се не смије занемарити у проучавању државног уређења и правног поретка БиХ.

Члан X Устава Босне и Херцеговине („Амандман“), у тачки 1, предвиђа процедуру за доношење амандмана, те прописује да се Устав може мијењати и допуњавати одлуком Парламентарне скупштине БиХ, укључујући двотрећинску већину присутних посланика који гласају у Представничком дому. У протеклом периоду, од потписивања Општег оквирног споразума за мир, до данас, Устав Босне и Херцеговине, *de iure*, мијењан је само једном у смислу члана X Устава, усвајањем у Парламентарној скупштини БиХ Амандмана I.

Међутим, може се рећи да је прије тога, на различите начине, долазило до одступања од нормативних одредаба Устава односно његове ревизије која се одвијала, умјесто на формалноправно уређен начин, једноставно *via facti*, што је предмет овог рада. Прије тога, биће ријечи о форми и садржини Дејтонског мировног споразума, односно правној природи тог акта, као и о форми и садржини Устава БиХ.

¹ Снежана Савић, *Република Српска послје Дејтона*, Бања Лука, 1999, стр. 13.

² Смиља Аврамов, Миленко Крећа, *Међународно јавно право*, Београд, 1996, стр. 583.

³ „Готово да и нема примјера у међународном праву и међународним уговорима и споразумима да се као дио, односно прилог споразума, странама потписницима обезбједи устав“. Миле Дмичић, *Босанскохерцеговачка држава и њен устав*, Годишњак Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, бр. 35/2013, Бања Лука, 2013, стр. 83.

1. Правна природа Дејтонског мировног споразума

За одређивање правне природе Дејтонског мировног споразума неопходно је анализирати његову форму и садржину. Дејтонски мировни споразум представља међународни уговор (споразум), и то уговор о миру између зараћених страна, на што нас упућује не само његов назив, већ и више чињеница које карактеришу овај споразум. За настанак сваког уговора неопходна је сагласност воља, два или више субјеката, што повлачи одређена правна дејства. Тако и међународни уговор представља „манифестацију или израз воље двају или више субјеката а са циљем да се створе реципрочна права и обавезе“.⁴ Дејтонски мировни споразум потписали су Босна и Херцеговина, Савезна Република Југославија, Република Хрватска, као уговорне стране, и свједоци – представници Европске уније, Републике Француске, Републике Њемачке, Руске Федерације, Велике Британије и Сједињених Америчких Држава. Република Српска није непосредно учествовала у разговорима односно није директни потписник споразума, већ је то у њено име учинила СР Југославија на основу овлашћења добијеног од Скупштине Републике Српске 29.8.1995. године, што значи да је СР Југославија у Дејтону била уговорни заступник Републике Српске. Међународна заједница није директно и формално признала Републику Српску, али прихватајући наведено уговорно заступање, међународна заједница посредно је признала државност Републике Српске и њен легитимитет за преговарање.⁵ У погледу поступка доношења Дејтонског мировног споразума, многи аутори су сагласни да је доста специфичан, што се, прије свега, огледа у чињеници да је на уговорне стране и учеснике преговора вршен велики притисак, нарочито од стране САД. Тих притисака је било и раније, у осмом и деветом мјесецу 2005. године, што је резултирало споразумима у Женеви и Њујорку, о основним принципима, који су касније и прихваћени у Дејтону. Овом у прилог иде и избор мјеста преговора – ваздухопловна база Рајт-Peterson у Дејтону, гдје су учесници прегово-

⁴ Смиља Аврамов, Миленко Крећа, цит. дј., стр. 378.

⁵ Са друге стране, Босна и Херцеговина је од стране Организације уједињених нација призната као самостална држава већ 6.4.1992. године, када је примљена у чланство (што представља чин колективног признања), иако „не можемо а да не устврдимо да она ипак нема становништво, које би према одредбама међународног права удовољило потребној квалификацији, да сасвим извјесно, у моменту признања није имала ни јасно омеђену територију, а о сувереној власти није могло бити ни говора.“ Љиљана Мијовић, *Нека од питања међународно правног субјективитета Републике Српске*, Зборник реферата са научног скупа Изградња и функционисање правног система Републике Српске, Правни факултет Бања Лука, 1997, стр. 126.

ра били изоловани од контакта са јавношћу и са својим земљама. Уз велике притиске на све три стране, утврђен је и усаглашен дефинитиван, коначан текст уговора – Општег оквирног споразума за мир у БиХ са једанаест анекса. „Дефинитивно потписивање ових споразума обављено је 14. децембра 1995. године у Паризу, када су и ступили на снагу.“⁶ Споразум је материјализован у писменој форми, иако „међународно право не предвиђа посебан облик кроз који воља мора бити изражена. Уговорне стране преузеле су обавезе самим чином потписивања,⁷ јер Дејтонски споразум није у тексту предвидио ратификацију, као фазу коначног обавезивања уговором.

У погледу *материје (садржине)* Дејтонског мировног споразума, Дејтонски мировни споразум се састоји од Општег оквирног споразума за мир у БиХ и 11 анекса, који сачињавају саставне елементе споразума⁸. Од свих анекса, најзначајнији је свакако Анекс IV, који је по свом садржају Устав Босне и Херцеговине, односно највиши правни акт на њеном простору, и као такав представља предмет овог рада. „Међутим, из анализе и ‘духа’ цијелог споразума, произилази да је правна снага и осталих дијелова истог, идентична снази Анекса IV, што такође за споразуме овакве врсте, а изражено у форми анекса, није уобичајено.“⁹ Зато се може рећи да су Општи оквирни споразум и његових једанаест анекса „акти уставног карактера, посебно Анекс IV, и представљају изворе уставног права.“¹⁰ Дејтонским мировним споразумом потврђен је суверенитет, територијални интегритет и независност БиХ, али је „њиме утврђено да ће дотадашња Република Босна и Херцеговина добити ново име *Босна и Херцеговина* и наставити своје правно постојање по међународном праву, као држава, са унутрашњом струк-

⁶ Члан I споразума предвиђа да „стране и ентитети које оне представљају обавезују се да ће потписати ове споразуме у Паризу у њиховој садашњој форми... чиме ће они ступити на снагу и што ће представљати датум од када ће постати оперативни“. Иако је чином потписивања споразума у Паризу, исти ступио на снагу, парламенти Републике Српске и Федерације БиХ су расправљали о њему и усвојили га без измјена и допуна.

⁷ Чланом II Општег оквирног споразума предвиђено је да „данашње парафирање сваког блока за потпис Општег оквирног споразума за мир у Босни Херцеговини и његових анекса изражава сагласност Страна и ентитета које оне представљају да су се обавезале тим споразумима“.

⁸ Владимир Лукић, Витомир Поповић, *Документи Дејтон–Париз*, Институт за међународно право и пословну сарадњу, Бања Лука, 1999, стр. 21.

⁹ Снежана Савић, *Република Српска послје Дејтона*, Бања Лука, 1999, стр. 16.

¹⁰ Рајко Кузмановић, *Уставно право*, Бања Лука, 2002, стр. 304. Проф. Нурко Побрић сматра да су то, прије свега „Анекс III (Споразум о изборима), Анекс VI (Споразум о људским правима) и Анекс VII (Споразум о избјеглицама и расељеним лицима). Нурко Побрић, *Уставно право, Мостар*, стр. 19.

туром измијењеном према овом споразумом и са својим дотадашњим међународно признатим границама и да ће се састојати од два ентитета, Федерације БиХ и Републике Српске.¹¹ Дакле, Дејтонским споразумом настављен је међународно правни континуитет Босне и Херцеговине, али је дошло до прекида са државним уређењем бивше Републике Босне и Херцеговине. „Потврђено је уставноправно уређење државе, према којем је БиХ састављена од двају равноправних и јединствених ентитета, као конститутивних и државотворних јединица.“¹² Из наведеног се може закључити да је Босна и Херцеговина, конституисана Дејтонским мировним споразумом, вишеструко специфична држава, *sui generis*.¹³

Након анализе форме и садржине Дејтонског мировног споразума, може се одредити његова правна природа. Из наведеног се може закључити да Дејтонски мировни споразум спада у уговоре–законе (легислативне уговоре). Легислативни уговори одређују апстрактна, општа правила којих се стране уговорнице морају придржавати дужи временски период. То је управо случај са Дејтонским мировним споразумом, што се, прије свега, односи на Анекс IV (Устав БиХ), али и на остале дијелове. Дејтонски мировни споразум, дакле, по својој форми је вишестрани (мултилатерални) међународни уговор (уговор–закон), док по својој садржини представља међународни мировни споразум којим се регулише уставна материја односно који садржи устав. Он је акт међународног карактера са елементима уставности.¹⁴

¹¹ Миле Дмичић, *Уставно правни статус Републике Српске у оквиру Босне и Херцеговине – нормативно и стварно*, Зборник радова са научног скупа Република Српска – десет година Дејтонског мировног споразума, Академија наука и умјетности Републике Српске, Бања Лука 2005, стр. 157.

¹² Исто, стр. 158.

¹³ Иако је истакнут суверенитет, територијални интегритет и независност, „правна природа нове државе је заиста чудна и непозната у досадашњој правној теорији. Тим пре што други делови–анекси споразума битно ограничавају њену самосталност.“ Александар Ђурђев, *Опште карактеристике развоја државности и уставности српских земаља*, Правна ријеч (часопис за правну теорију и праксу) број 1/2004, Удружење правника РС, Бања Лука 2004, стр. 11 и 118.

¹⁴ На такве врсте уговора, односно споразума, у цјелини се односи стара и општеприхваћена правна максима „*pacta sunt servanda*“ према којој се сви морају држати и проводити их, а не мијењати. „*Pacta sunt 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.“ Вид. Борис Кривокапић, *Лексикон Међународног права*, Радничка штампа и Институт за упоредно право, Београд, 1998, 329.

2. Устав Босне и Херцеговине у формалном и материјалном смислу

Након одређивања правне природе Дејтонског мировног споразума, покушаћемо одредити и Устав Босне и Херцеговине у формалном и материјалном смислу. Као што је Дејтонски мировни споразум по много чему специфичан, тако је и Устав Босне и Херцеговине „по много чему, у односу на општи појам устава као највишег правног акта, специфичан.“¹⁵ Устав БиХ је саставни дио Општег оквирног споразума за мир у БиХ (Дејтонски мировни споразум), и то Анекс IV. Истичемо то као специфичност, јер скоро да нема примјера у међународном праву и међународним уговорима и споразумима да се као дио, односно, као прилог споразума страна потписница „дарује“ устав. Иако је „атипична политичко-правна појава, бар у новије доба, да предмет међународног уговора буде уставно уређење једне од уговорних страна, а што је случај са уставним уређењем Босне и Херцеговине,¹⁶ неспорно је да „са теоријско-правног гледишта, овај Анекс по својој садржини, представља Устав Босне и Херцеговине и такав назив и носи.“¹⁷ Будући да је саставни дио вишестраног, међународног споразума, за Устав БиХ се може рећи да није унутрашњи већ међународноправни акт, односно да није акт државног права као већина устава у свијету, већ акт међународног права. У односу на општи појам устава, у погледу органа који га доноси, Устав БиХ је такође специфичан. Није га донио уставотворни орган тј. уставотворна скупштина, редовна скупштина, шеф државе, а ни народ. „О њему се нису изјашњавали ни парламенти ентитета нити њихови грађани референдумом те је по начину доношења *de facto* октроисани устав.“¹⁸ „Он није настао као резултат политичке воље, тј. воље њених народа (Срба, Хрвата и Бошњака), већ након четворогодишњег рата, као продукт „воље међународне заједнице“ и резултат компромиса представника сва три народа“.¹⁹ „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 асиме-

¹⁵ Снежана С. Савић, *Дејтонска Босна и Херцеговина*, Бања Лука, 2003, стр. 45.

¹⁶ Нурко Побрић, цит. дј., стр. 61.

¹⁷ Снежана С. Савић, *Република Српска послје Дејтона*, Бања Лука, 1997, стр. 16, и додаје да и у самом Анексу IV члан 12 стоји: „1. Овај устав ће ступити на снагу по потписивању Општег оквирног споразума као уставни акт који замјењује Устав Босне и Херцеговине.“

¹⁸ Гашо Мијановић, *Систем заштите уставности и законитости у Републици Српској*, Зборник реферата са научног скупа Изградња и функционисање правног система Републике Српске, Правни факултет Бања Лука, 1997, стр. 31.

¹⁹ Снежана С. Савић, *Дејтонска Босна и Херцеговина*, Бања Лука, 2002, стр. 52.

трично уређење.²⁰ Из наведеног је видљиво да је Устав Босне и Херцеговине „по много чему необичан и битно се разликује од многих европских и других устава у свијету“.²¹ Овоме треба додати да у смислу технике и методологије израде Устава преовладава англосаксонски модел.

Устав БиХ (Анекс IV) у *материјалном смислу*, одређен је својом садржином. Док је његов формални смисао упитан, овај анекс по својој садржини представља Устав Босне и Херцеговине, „односно може се рећи да се ради о уставу у материјалном смислу“.²² Наиме, анализирајући његов садржај, примјећује се да су предмет регулисања: организација државне власти, државни органи, њихов међусобни однос као и однос према другим органима, права и слободе, контрола јавне власти, друштвено-економски односи, што одговара појму устава у материјалном смислу. Међутим, правни теоретичари су сагласни да „устав није регулисао сву неопходну материју (која чини *constituens* државе)“.²³ Другим ријечима, Устав БиХ „темељи се на концепту сужавања стандардне уставне материје.“²⁴ Овим Уставом, Босна и Херцеговина *организована је на другачији начин* у односу на претходну „фактички непостојећу али међународно признату БиХ.“²⁵ Дакле, дошло је до прекида са државним уређењем претходне Босне и Херцеговине, јер у члану I 3 Устава стоји да ће се Босна и Херцеговина састојати од два ентитета, Федерације Босне и Херцеговине и Републике Српске, из чега је видљиво да је БиХ сложена и специфична држава.²⁶ Босна и Херцеговина заснива се на

²⁰ Миле Дмичић, *Босна и Херцеговина – за шта, а против кога и чега*, Аргументи, часопис за друштвено-политичка питања, бр. 19/2013, Бања Лука, стр. 38. Да Устав БиХ припада категорији октроисаних устава, домаћи аутори се се слажу. Види: Касим Трнка, *Уставно право*, Сарајево, 2006, стр. 37, Снежана Савић, „Промјене Устава Босне и Херцеговине“ у: *Република Српска – десет година Дејтонског мировног споразума*, АНУРС, Бања Лука, 2005, стр. 117; Нурко Побрић, *Уставно право*, Мостар, 2002, стр. 62; Рајко Кузмановић, *Уставно право*, Бања Лука, 2002, стр. 34; итд.

²¹ Рајко Кузмановић, цит. дј., стр. 304.

²² Снежана С. Савић, *Република Српска после Дејтона*, Бања Лука, 1997, стр. 16.

²³ Рајко Кузмановић, цит. дј., стр. 305.

²⁴ Нурко Побрић, цит. дј., стр. 39, при чему аутор наводи да „сужавање стандардне уставне материје може бити двојако. Прво, уставотворци сматрају да нека питања, из различитих разлога, није уопће потребно регулисати уставом, него законом, или пак подзаконским актима. Друго, поимање стандарда – основе државног и друштвеног уређења, је веома уско“. Устав Босне и Херцеговине се састоји из два дијела, преамбуле и нормативног дијела који има дванаест чланова. У нормативни дио Устава спадају и два додатка (анекса) који су донесени истовремено, заједно са интегралним дијелом устава, те је њихова правна снага једнака правној снази Устава. Због постојања ова два анекса, проф. Нурко Побрић сматра да се Устав БиХ састоји из три дијела: преамбуле, нормативног дијела и додатака. Нурко Побрић, цит. дјело, стр. 45.

²⁵ Снежана С. Савић, цит. дј., стр. 21.

²⁶ Специфичност се огледа већ у самом појму „ентитет“ који је неуобичајен у уставноправној

принципу равноправности два ентитета и три конститутивна народа. Њена основна обиљежја су „мултинационална и мултиконфесионална особеност и традиција, ентитетска заступљеност и гласање и институције и механизми заштите виталног националног интереса које су наведене и у преамбули и основним одредбама Устава Босне и Херцеговине. Ови принципи су уставноправно обавезујући, на њима се заснивају институционална организација, структура и функционисање укупног друштва и државе Босне и Херцеговине“.²⁷ Уставом су, начелно, одређене надлежности институција БиХ и ентитета чије је унутрашње државно уређење препуштено њима самим односно ентитетским уставима. Устав није утврдио облик државног уређења, тј. да ли је Босна и Херцеговина федерација, конфедерација, унија, конфедерално-федерални савез.

Устав уређује основну *организацију државне власти* само „на нивоу Босне и Херцеговине као цјелине (члан IV до VII). Дакле, организација власти у ентитетима, како на нивоу ентитета, тако и у локалним јединицама, није обухваћена Уставом Босне и Херцеговине.“²⁸ То се битно разликује од односа у већини савремених сложених држава.

Устав Босне и Херцеговине „не садржи начелан став ни о прихватању принципа подјеле ни о принципу јединства власти. Анализа уставних одредаба не оставља никакву сумњу да је у питању један специфичан, до сада у компаративној савременој уставности, непознат модел подјеле власти“.²⁹ Устав Босне и Херцеговине, у организацији државне власти, као највише представничко тијело предвиђа Парламентарну скупштину. Овај највиши законодавни, па и уставотворни орган БиХ,³⁰ има необичан и специфичан назив. Двodomна структура Парламентарне скупштине (Представнички дом и Дом народа) одговара типу сложене државне заједнице каква је Босна и Херцеговина. Предсједништво Босне и Херцеговине састављено од три члана (Бошњака, Хрвата и Србина), представља колективног шефа државе.³¹ Предсједништво БиХ има

теорији и пракси. „Термин ентитет, употребљен у Дејтонском уставу Босне и Херцеговине, такође се може различито тумачити, у зависности од тренутних интереса и потреба појединих актера. Непрецизност термина утиче и на његову операционализацију у пракси. Александар Ђурђевић, цит. дј., стр. 118.

²⁷ Миле Дмичић, *Босна и Херцеговина – за шта, а против кога и чега*, Аргументи, часопис за друштвено-политичка питања, година VII, бр. 19, Бања Лука, 2013, стр. 43

²⁸ Миле Дмичић, *О босанскохерцеговачкој „недовршеној држави, „подијељеном друштву“ и „народима без уставног патриотизма“*, Правни живот, Београд, 2014.

²⁹ Миле Дмичић, *Уставноправна рјешења о Босни Херцеговини, као сложеној држави или државној заједници*, Споменица проф. др Гаши Мијановићу, АНУРС, Бања Лука, 2011, стр. 198

³⁰ Члан X Устава одређује да се Устав може мијењати одлуком Парламентарне скупштине.

³¹ Члан V Устава БиХ.

релативно велике надлежности које задиру у извршну власт коју, поред Предсједништва, чини и Савјет министара, као *sui generis* Влада. У погледу судова, Уставом је утврђено постојање само Уставног суда БиХ.

На крају можемо закључити да је Устав Босне и Херцеговине (Анекс IV) и по својој форми и садржини специфичан правни акт, али, и као такав и са одређеним недостацима, представља по својој форми и садржини највиши правни акт у Босни и Херцеговини на основу којег су формиране и функционишу институције власти у БиХ.

У његовом тумачењу и примјени у протеклих двадесет година, било је доста тешкоћа и проблема. Уз посредовање, тачније речено велики утицај и ангажовање међународне заједнице посредством Канцеларије високог представника, али и кроз рад ентитетских и државних институција, Устав је омогућио да се БиХ изграђује и развија као демократска држава. Међутим, у протеклом периоду долазило је и до његовог кршења и ревизије која се одвијала „умјесто на формалноправно уређен начин, једноставно *via facti*“,³² што је довело до тога да „данас Устав Босне и Херцеговине (поред његовог специфичног карактера) фактички представља нешто друго у односу на оно прописано њиме, дакле – нормативно (важеће).“³³ Тако су данас, *de facto*, надлежности БиХ и ентитета другачије у односу на, *de iure*, прописано Уставом, што се одражава и на државно уређење Босне и Херцеговине. Другим ријечима, дошло је у извјесној мјери до раскорака између нормативног и стварног. Промјене Устава, у складу са чланом X, које су извјесне у будућности, требало би, прије свега, да отклоне тај раскорак између нормативног и стварног, а затим и да отклоне уставне празнине прецизирањем појединих елемената који улазе у *materia constitutionis* устава у теоријском смислу. То не значи да би Устав требало да се мијења у цијелости, у својим основним принципима и начелима на којима се темељи Босна и Херцеговина, као сложена држава. Евентуална ревизија Устава зависи од политичке воље политичких субјеката (странака, партија) који партиципирају у власти на државном и ентитетском нивоу.

³² Никола Мојовић, *Промјене Устава via facti*, Зборник радова са научног скупа Република Српска – десет година Дејтонског мировног споразума, АНУРС, Бања Лука 2005, стр. 177.

³³ Снежана С. Савић, *Дејтонска Босна и Херцеговина*, Правни факултет Универзитета у Б. Луци, 2002, стр. 54.

3. Промјене Устава Босне и Херцеговине *via facti*

Члан X Устава Босне и Херцеговине („Амандмани“), у тачки 1, предвиђа процедуру за доношење амандмана, те прописује да се Устав може мијењати и допуњавати једино амандманима – одлуком Парламентарне скупштине, укључујући двотрећинску већину присутних посланика који гласају у Представничком дому. Осим ове, Устав садржи само још једну норму о својој ревизији, према којој се ниједним амандманом не могу одузети или умањити права и слободе предвиђене његовим чланом II, нити се може измијенити ова норма.

У протеклом периоду, од потписивања Општег оквирног споразума за мир до данас, Устав Босне и Херцеговине, *de iure*, мијењан је само једном у смислу члана X Устава, усвајањем у Парламентарној скупштини БиХ Амандмана I.

Међутим, може се рећи да је прије тога, на различите начине, долазило до одступања од нормативних одредаба Устава односно његове ревизије. То значи да је до промјене Устава дошло *via facti*, „јер свака промјена до које је дошло на другачији начин од оног који је устав одредио може се сматрати фактичком промјеном. Ни уговор, макар имао и међународни карактер, међународна заједница не може једнострано мијењати и раскинути.“³⁴ Прописани поступак промјене босанскохерцеговачког Устава, утврђен чланом X, „није примијењен већ се константно, пузећом методом, устав нелегално мијењао, подводећи такве промјене под теоријску могућност његовог фактичког мијењања.“³⁵

До ревизије Устава, прије свега, дошло је доношењем „Коначне одлуке предсједавајућег Арбитражног трибунала о спорном дијелу међуентитетске линије разграничења у области Брчког“,³⁶ од 5.3.1999. године; затим одлуке Уставног суда Босне и Херцеговине о конститутив-

³⁴ Никола Мојовић, цит. дј., стр. 189. Промјене Устава Босне и Херцеговине, мимо процедуре предвиђене самим Уставом, довеле су до тога да се може рећи да су „већ извршене промјене устава, односно да нормативно не одговара стварном (фактичком)“. Снежана Савић, цит. дј., стр. 131.

³⁵ Рајко Кузмановић, *Стварна или привидна потреба уставне и државне реконфигурације Босне и Херцеговине*, часопис Правна ријеч број 14/2008, Бања Лука, 2008, стр. 20.

³⁶ „Први наговјештај крупнијих промјена принципа уграђених у Општи оквирни споразум, била је одлука предсједавајућег Арбитражног трибунала о спорном делу међуентитетске линије разграничења у области Брчког“, истиче Милијан Поповић у реферату *Од конфедерализма ка регионализму*, Зборник радова са научног скупа Република Српска – десет година Дејтонског мировног споразума, Академија наука и умјетности Републике Српске, Бања Лука, 2005, стр. 193 и 194.

ности народа; одлукама односно законима високог представника којим су успостављене нове надлежности и институције Босне и Херцеговине којих у Уставу нема, те законима усвојеним у Парламентарној скупштини, сходно члану III 3 5а Устава Босне и Херцеговине, којим су пренесене надлежности са ентитета на Босну и Херцеговину.

3.1. Успостављање Брчко Дистрикта – прва неуставна ревизија Устава БиХ

Анекс II (Границе између ентитета) Општег оквирног споразума за мир у БиХ који су потписале Република Босна и Херцеговина, Федерација Босне и Херцеговине и Република Српска, предвиђа успостављање међуентитетске границе између Федерације БиХ и Републике Српске. С обзиром на то да се у Дејтону стране нису споразумјеле око расподјеле контроле међу ентитетима у области Брчко, чланом 5 овог анекса предвиђено је да стране „пристају на обавезујућу арбитражу у вези спорног дијела међуентитетске границе у области Брчко“. Истим чланом, ставом 2, предвиђено је оснивање Арбитражног трибунала који ће се састојати од три члана. Једног арбитра ће именовати Федерација БиХ, једног Република Српска, док ће трећег споразумно одабрати именовани арбитра. Уколико се именовани арбитра о томе не споразумију, трећег арбитра ће именовати Међународни суд правде, а трећи арбитар биће уједно и предсједавајући Трибунала. Како именовани арбитра нису у предвиђеном року одабрали трећег арбитра, то је истог поставио предсједник Међународног суда правде. У Дејтону је постигнут усмени договор, који је касније потврђен и писмено, да ће се, уколико се не постигне већинска одлука, одлука предсједавајућег арбитра сматрати коначном и обавезујућом за све стране (Федерацију БиХ и Републику Српску). Чланом 5 ст. 5 Анекса предвиђено је да ће Трибунал донијети одлуку у року од једне године од дана ступања на снагу Споразума, тачније до 14.12.1996. године. Уз пристанак и одобрење Трибунала стране су се споразумјеле да продуже рок до 15. фебруара 1997. године.

Треба истаћи да је од почетка спора и у току рада Трибунала постојала несагласност између страна о предмету спора. Наиме, представници Федерације БиХ су тврдили да предмет арбитраже треба бити, да ли град односно општина Брчко треба да биду укључени у територију Федерације или у територију Републике Српске, те да је Трибунал надлежан да ријеши и остала питања у вези са будућим управљањем

подручјем Брчког. С друге стране, представници Републике Српске сматрали су да је Трибунал једино надлежан да коначно ријешити питање међуентитетског разграничења у области Брчког, односно да помјери међуентитетску границу јужније од фактичког положаја насталог ратом. Исто тако, представници Републике Српске су тврдили да се путем Арбитражне одлуке подручје Брчког не може пренијети из Републике Српске у Федерацију БиХ.

У својој одлуци од 14. фебруара 1997. године, предсједавајући Трибунала (остала два члана нису потписала одлуку) навео је да одредба члана 5 Анекса II садржи неколико нејасноћа. Ова одредба не објашњава природу спора и донекле неодређено спомиње „Област Брчко“, не дефинишући прецизно ту област. У одлуци се наводи да, користећи „допунска средства тумачења“ за прецизирање ових нејасноћа, јасно је да су разлог за непостојање прецизне дефиниције спора била радикално супротна становишта страна у погледу ситуације која у области Брчког треба да постоји после Дејтона. Трибунал је тако „допунским средствима тумачења“ закључио да има довољно широку надлежност да разријешити спор који су стране изнијеле пред њега. Рјешење спора могло би резултирати додјелом Брчког Федерацији, додјелом Брчког Републици Српској, али и креирањем рјешења које би представљало компромис између крајње супротстављених страна. Трибунал је одлучио да се у области Брчког уведе „прелазни међународни надзор“ над имплементацијом Дејтонског споразума у области Брчко, под руководством замјеника високог представника за Брчко („супервизор за Брчко“ или „супервизор“). Одлуком Трибунала, Супервизор је овлашћен доносити обавезујуће прописе и наредбе ради пружања подршке програму за имплементацију и локалној демократизацији. У случају сукоба закона такви прописи и наредбе имају већу правну снагу. Оваквом одлуком Трибунала „супервизор је постао највиша власт у области Брчко, а над том области успостављен је специфичан протекторат (заправо, сваки протекторат је специфичан).“³⁷

Трибунал је 15. марта 1998. године донио Допунску одлуку, у којој је одлучио да се међународни надзор у области Брчко наставља, с тим да су овлашћења супервизора повећана, у смислу што супервизор, као замјеник високог представника за Брчко, има овлашћења једнака оним која су, према Бонској декларацији из 1997. године, дата високом представнику, укључујући право да смијени било које званично лице, које, по

³⁷ Нурко Побрић, цит. дј., стр. 325.

мишљењу супервизора, неадекватно сарађује са његовим напорима да обезбиједи поштовање Дејтонског споразума. Супервизор је овлашћен да предузме одговарајуће мјере у циљу економског оживљавања.

Трибунал, тачније председавајући Трибунала, доноси 5. марта 1999. године Коначну одлуку за област Брчко. Трибунал се у овој одлуци позива на сопствену одлуку из 1997. године, којом је утврђен „широк обим овлашћења“ Трибунала како би се ријешило овај спор (Трибунал је сам себи додијелио „широк обим овлашћења“). Како је Коначна одлука захтијевала успоставу посебног режима управе, што је изражено и у самом тексту одлуке, високи представник за БиХ доноси одлуку о успостави Брчко Дистрикта БиХ. Брчко Дистрикт проглашен је 8.3.2000. године, доношењем “налога о успостављању Брчко Дистрикта Босне и Херцеговине” и “налога о именовању чланова прелазне владе Брчко Дистрикта” од стране високог представника и супервизора за Брчко Дистрикт, а који су ступили на снагу одмах. Позвавши се на члан 9 Коначне арбитражне одлуке, супервизор је, у консултацији с високим представником, прогласио и статут Брчко Дистрикта БиХ, те се овај датум узима као званични датум када је Брчко Дистрикт БиХ добило свој основни правни акт и прву владу.

Коначном одлуком Трибунала успостављен је „Брчко Дистрикт Босне и Херцеговине“, као нова административна јединица под искључивим суверенитетом Босне и Херцеговине. Нова Влада Дистрикта ће спадати под надлежности установа БиХ, онако како су те надлежности наведене у Уставу Босне и Херцеговине. Све друге функције везане за управљање на територији општине Брчко оствариваће искључиво Влада Дистрикта, уз координацију са владама оба ентитета, а координацију ће обављати супервизор. Ентитетима се налаже да неодложно спроведу све директиве, прописе или одлуке које изда супервизор или установа коју он опуномоћи. У Коначној одлуци се наводи да ће, по успостави Дистрикта, његова цјелокупна територија (тј. предратна општина Брчко), постасти заједничко власништво (тзв. *condominium*) који припада и једном и другом ентитету, али, ипак, ентитети неће имати никаквих овлашћења унутар граница Дистрикта.³⁸ У том смислу и проф. Н. Побрић сматра да

³⁸ Проф. С. Савић истиче да је „ноторна чињеница да у сложеним државним заједницама, као што је и Босна и Херцеговина, у конфедерацији конкретно, али и у савезној држави (федерацији), у погледу држава чланица, односно федералних јединица, за сваку од њих мора да постоји компактна територија, становништво на тој територији, али и власт на цјелокупној територији државе чланице, односно федералне јединице, у оном обиму суверенитета који је државама чланицама или пак федералним јединицама остављен као такав. Мишљење да је оваквом арбитражном одлуком Републици Српској обезбијеђен територијални континуитет као и својина над

„одредбе одлуке о тзв. кондоминију су потпуно непотребне и оне немају никакав правни значај. Наиме, кондомниј је заједничка власт двије или више држава на истом подручју. Трибунал је у конкретном случају поистовјетио појам ‘власт’ (што је битно за кондомниј) и појам ‘власништва’ (што није битно за појам кондомнија)... Какав правни значај има ‘заједничко власништво’ (или чак заједничка власт) ентитета, ако се самом одлуком утврђује да ентитети неће имати никаква овлаштења унутар граница Дистрикта, те да је Дистрикт под искључивим суверенитетом Босне и Херцеговине.“³⁹

Стога има мишљења да је одлука супротна Уставу Босне и Херцеговине, да га на недопустив начин мијења односно да је оваквом одлуком измијењено ионако сложено и специфично државно уређење Босне и Херцеговине, те да је повријеђен и Устав Републике Српске.

Тако проф. Р. Кузмановић истиче да је „повријеђен Устав БиХ у сљедећем: повријеђен је члан 1 тачка 1 и 3 Устава..., члан 2 тачка 6..., члан 3 тачка 1, 3 и 5; давањем нове надлежности Босне и Херцеговине, стварањем нове територијалне политичке јединице, очигледно да је промијењена структура државног уређења БиХ, што је апсолутно недопустиво. Повријеђен је и Устав Републике Српске, јер су одузете неке надлежности Републици Српској које су изричито у њеној надлежности..., повријеђена су и правила UNCITRAL-а по којима се води арбитража..., дакле, одлука је једнострана, волунтаристичка и политичка, а ни у једном елементу није правна, јер право је искључено, у ствари право је игнорисано, а тиме и правда, правичност и морал.“⁴⁰

И проф. С. Савић сматра да је „доношењем овакве одлуке угрожен Устав Босне и Херцеговине, односно измијењен тип државног уређења Босне и Херцеговине, доведен у питање ентитетски субјективитет Републике Српске, те створен један нови, опет специфичан, субјективитет (ентитет?) у Босни и Херцеговини – Дистрикт Брчко.“⁴¹ И проф. Н. Побрић истиче да је Трибунал „у Коначној одлуци образложио (или покушао образложити) да та одлука није супротна Уставу Босне и Херцеговине, што је био приговор једне од страна у спору. Тако је у Одлуци наведено да она не противрјечи одредби члана I 3 Устава Босне и Хер-

територијом Брчког, за Републику Српску, у погледу њеног ентитетског субјективитета у Босни и Херцеговини, не значи ништа ако је област Брчког на њеној територији изузета из њених овлаштења... У прилог нашој тврдњи иде и одлука да се међуентитетска граница може укинути.“ Снежана С. Савић, *Република Српска послје Дејтона*, Бања Лука, 1999, стр. 80.

³⁹ Нурко Побрић, цит. дј., стр. 326.

⁴⁰ Рајко Кузмановић, *Есеји о уставности и државности*, Бања Лука, 2004, стр. 169.

⁴¹ Снежана С. Савић, *Република Српска послје Дејтона*, Бања Лука, 1999, стр. 79.

цеговине која одређује да се Босна и Херцеговина састоји од два ентитета... јер Дистрикт Брчко припада и једном и другом ентитету, Дистрикт је њихово заједничко власништво, по принципу кондоминија. Образложење Трибунала које смо поменули је неувјерљиво и само је једна правно неутемељена конструкција.⁴²

Проф З. Миљко истиче да је арбитражни трибунал Коначном одлуком заправо прекршио сам Дејтонски споразум, а тиме и Устав БиХ. У корист овом ставу наводе се сљедећи аргументи: продужавање егзистенције Међународног трибунала у Дистрикту увођењем супервизора као високог представника за Брчко (замјеник високог представника за БиХ) као “највише власти”, успостава Брчко Дистрикта БиХ мимо Дејтонског споразума и Устава БиХ, као и чињеница да Трибунал није ријешило основни предмет арбитраже који се тичао једино унутарњих граница између ентитета и међуентитетске црте у подручју Брчког. С друге стране, Трибунал је у члану 12 закључио да ће план за Брчко Дистрикт БиХ (садржан у одлуци) адекватно заштитити легитимне интересе оба ентитета и међународне заједнице.⁴³

Дакле, Коначном одлуком предсједавајућег Трибунала, створен је један нови субјективитет, „јединствена административна јединица“, како већ стоји у тачки 9 Одлуке – Дистрикт Брчко. Анализом Устава Босне и Херцеговине може се видјети да ниједна одредба не предвиђа постојање „административне јединице – Дистрикта Брчко“ нити „супервизора за њега који се ставља изнад самог Устава Босне и Херцеговине и њених установа, које може, како истиче предсједавајући Трибунала, опуномоћити, нити познаје неке посебне установе и надлежности у погледу Дистрикта Брчко.“⁴⁴ Дистрикт Брчко изузет је од контроле ентитета који немају никаквих овлашћења унутар Дистрикта, већ истим управља Влада Дистрикта под суверенитетом Босне и Херцеговине. Из овог се може закључити да „Република Српска није више ентитет какав је предвиђен њеним Уставом као и Уставом Босне и Херцеговине.“⁴⁵ Све ово указује на то да је доношењем арбитражне одлуке односно

⁴² Нурко Побрић, цит. дј., стр. 327.

⁴³ Звонко Миљко, *Уставни поредак и Брчко Дистрикт Босне и Херцеговине*, Зборник радова Правног факултета Свеучилишта у Мостару, бр. XVII, Мостар, 2004, стр. 200. У том смислу и Н. Побрић, цит. дј., стр. 326 и 327; Петар Кунић, *Република Српска – држава са ограниченим суверенитетом*, Бања Лука, 1997, стр. 124 и 125; Витомир Поповић, Радомир Лукић, *Документи Дејтон–Париз (издвојено мишљење о неслагању са арбитражном одлуком предсједавајућег арбитра)*, Бања Лука 1999, стр. 230 и 231.

⁴⁴ Снежана С. Савић, цит. дј., стр. 80.

⁴⁵ Исто, стр. 84.

успостављањем Брчко Дистрикта 2000. године дошло до промијене ионако сложеног државног уређења Босне и Херцеговине. Ово потврђује и чињеница да Дистрикт има своју организацију државне власти и органе све три власти (законодавне извршне и судске), те да је под суверенитетом Босне и Херцеговине. Стога проф. С. Савић закључује да „је у питању стварање новог ентитета унитарног државног уређења.“⁴⁶

Предсједавајући Трибунала се за институционалне промијене у оквиру Дистрикта позива на члан III 3 5а Устава, што се не може прихватити из простог разлога што предсједавајући Трибунала није овлашћен да одлучује о преузимању надлежности Босне и Херцеговине нити за успостављање нових институција, већ о томе могу одлучивати ентитети, односно представници ентитета у институцијама Босне и Херцеговине.

Стога се може закључити да је доношењем Коначне одлуке прекршен Устав Босне и Херцеговине, „да је њоме измијењено државно уређење Босне и Херцеговине, те да је ова сложена државна заједница овом Одлуком претворена у један галиматијас, непознат у теорији државне права.“⁴⁷

3.2. Уставни суд Босне и Херцеговине – чувар Устава или уставотворац?

Промијене Устава Босне и Херцеговине извршене су и одлукама Уставног суда Босне и Херцеговине, међу којима је свакако најзначајнија трећа дјелимична одлука Уставног суда БиХ у предмету У 5/98 од 1. јула 2000. године.⁴⁸ У овом предмету Суд је одлучивао по захтјеву Алије Изетбеговића, тадашњег предсједавајућег Предсједништва, а који се односио на оцјену сагласности одређених одредаба Устава Републике Српске и Устава Федерације Босне и Херцеговине, са Уставом Босне и Херцеговине. Суштина Изетбеговићег захтјева, у погледу Устава Републике Српске, састојала се у оспоравању одредаба Преамбуле Уста-

⁴⁶ Исто, стр. 81, и наставља „једина специфичност овог новог ентитета је чињеница да је он под директном супервизијом супервизора чија су овлашћења и надлежности морају повећавати, како стоји у т. 37 Одлуке и по томе што је под ексклузивним суверенитетом институција Босне и Херцеговине, док су друга два ентитета надлежности Босне и Херцеговине, установила на тај начин, што су мировним споразумом у Дејтону на исту пренијела дио својих.“

⁴⁷ Снежана С. Савић, исто, стр. 89, и наставља „сматрамо да је нужно да се Одлука из основа измијени, тј. сведе у оквиру Анекса II и IV (Устава Босне и Херцеговине). У супротном теорија и пракса не могу дати гаранције за функционисање овакве државне заједнице.“

⁴⁸ У овом предмету, 2000. године, донесене су четири дјелимичне одлуке, од којих је најзначајнија трећа, јер садржи одлуку о конститутивности народа, а објављена је у Сл. гласнику БиХ бр. 23/00.

ва РС, тј. да исте нису у сагласности са посљедњом алинејом преамбуле Устава Босне и Херцеговине и члановима II/ 4, II/6 и III/3 б Устава БиХ, „будући да према овом Уставу постоје три конститутивна народа – Бошњаци, Хрвати и Срби – који, заједно са осталим грађанима, остварују своја суверена права на цијелој територији Босне и Херцеговине без дискриминације по било којем основу, као што је, међу осталим, национално поријекло“.⁴⁹ По мишљењу Изетбеговића, Република Српска не може бити национална држава, с обзиром на конститутивност и Бошњака и Хрвата, а не само Срба, а она и не може бити држава, јер је чланом I 3 Устава одређена као ентитет.

Поступајући по наведеном захтјеву, Уставни суд је донио четири дјелимичне одлуке,⁵⁰ од којих је најзначајнија трећа дјелимична одлука, јер иста садржи одлуку о конститутивности народа у Босни и Херцеговини. Ова одлука је донесена већином гласова, пет према четири (три гласа „за“ судија из реда страних држављана и два гласа „за“ судија из реда бошњачког народа, док су судије из реда српског и хрватског народа гласале „против“), а њена суштина је да су сва три народа, без обзира на постојање ентитета и сложено државно уређење Босне и Херцеговине, конститутивна на цијелој територији Босне и Херцеговине. Из ове одлуке произилази да су и Републику Српску и Федерацију БиХ, које су *de iure* и *de facto* настале прије потписивања Дејтонског мировног споразума (1992. и 1994) и које је Устав БиХ, као дио тог споразума, потврдио, конституисала сва три народа, што апсолутно није тачно. У анализу образложења већинске одлуке Суда се нећемо упуштати, али ћемо истаћи мишљење проф. Милијана Поповића да је „образложење Уставног суда сасвим танко, а одлука правно проблематична... Уставни суд БиХ обрће ствари на главу. Није БиХ формирала ентитете, већ су већ формиране државе (пре Дејтона) Република Српска и Федерација Босна и Херцеговина образовале Босну и Херцеговину, као државни савез, међународним уговором (Дејтонским уставом), а себе су тим уговором назвали ентитетима...“⁵¹.

Мишљење проф. М. Поповића наводимо из разлога што се исто подудара са суштином издвојених мишљења судија Уставног суда који су гласали против и који су издвојили своја мишљења. Основа свих

⁴⁹ Према књизи Снежане С. Савић, *Конститутивност народа у Босни и Херцеговини*, Бања Лука, 2000, стр. 126.

⁵⁰ Шире у цит. дј. Снежане Савић. У овој књизи је у цјелини објављена трећа дјелимична одлука Уставног суда БиХ као и издвојена мишљења судија који су гласали против већинске одлуке.

⁵¹ Милијан Поповић, цит. дј., стр. 198 и 199.

издвојених мишљења састоји се у тврдњи да се овом одлуком „мијења Устав Босне и Херцеговине који је јасно утврдио да се Босна и Херцеговина састоји од два ентитета и да у њима, а и на нивоу Босне и Херцеговине, народи Босне и Херцеговине (Бошњаци, Срби и Хрвати) остварују конститутивност тако да изворно Срби своју конститутивност остварују у Републици Српској, а тиме и у Босни и Херцеговини; Хрвати и Бошњаци у Федерацији Босне и Херцеговине (сагласно Вашингтонском споразуму који садржи Устав Федерације Босне и Херцеговине) а тиме и у Босни и Херцеговини. Ово потврђују већ наведени чланови Устава Босне и Херцеговине као и чланови I 1, 3; III 1, 2 и 3; IV 1a, б; V 1; VI 1 а; VII 2.“⁵²

Проф. др С. Савић, која је, као судија Суда, гласала „против“, у свом издвојеном мишљењу, између осталог, сматра „да оваква одлука Уставног суда БиХ, проглашавајући оспорене одредбе ентитетских устава неуставним, производи и једно веома опасно и непримјерено дејство. Уставни суд БиХ надлежан је да штити Устав БиХ. Међутим, доношењем овакве одлуке он не испуњава свој задатак. Оваквом одлуком се, што је и био циљ подношења оваквог захтјева, директно утиче на државно уређење БиХ, што није задатак Уставног суда БиХ. Државно уређење БиХ је утврђено Дејтонским мировним споразумом, тачније Анексом IV тог споразума – Уставом БиХ и Уставни суд БиХ, у складу са чланом 6 Устава БиХ, мора да га поштује и штити... Надлежност Уставног суда БиХ није да мијења Устав БиХ те у складу с тим његове одлуке не би смјеле да утичу на организацију институција БиХ, односно на државно уређење и Устав БиХ. Међутим, у овом случају није тако... умјесто да буде чувар Устава БиХ, Уставни суд БиХ, супротно Уставу, постаје уставотворац, механизам за најједноставнији начин промјене Устава БиХ“.

Сличне ставове износе не само други судија из реда српског народа, већ и судије из реда хрватског народа.⁵³ Указујемо на парадокс да

⁵² Снежана Савић, *Промјене Устава Босне и Херцеговине*, Зборник радова са научног скупа Републике Српске – десет година Дејтонског мировног споразума, Академија наука и умјетности Републике Српске, Бања Лука, 2005. стр. 125 и 126.

⁵³ И судија из реда хрватског народа, доц. др Звонко Миљко, у издвојеном мишљењу наводи да се „основно разилажење с већинским мишљењем огледа у томе што сматра да се овај уставни спор јавља у првом реду као проблем државног уређења Босне и Херцеговине, а не као проблем у домену заштите индивидуалних људских права и основних слобода које Устав БиХ јамчи...“ те да би „прихватање захтјева предлагача довело до радикалне ревизије свеобухватне уставне организације не само ентитета, већ и саме Босне и Херцеговине.“ Проф. др В. Поповић у издвојеном мишљењу закључује да „ова одлука Уставног суда није донесена у складу са Уставом БиХ и Пословником Уставног суда БиХ, те да је она на најгрубљи могући начин повриједила одредбе овог Устава па и Дејтонског споразума у цјелини. Поступајући на овакав начин, Устав-

се Одлука Уставног суда односи на конститутивност народа који живе у Босни и Херцеговини, а да су против ње гласали судије два од три конститутивна народа тј. да су „за“ биле судије једног (бошњачког) народа којем је припадао и покретач поступка, а иста има огроман утицај на све конститутивне народе и Босну и Херцеговину у цјелини.

Међутим, већинска одлука Уставног суда је обавезујућа и извршна, те су ентитетски парламенти, у циљу спровођења одлуке Суда, усвајањем великог броја амандмана, извршили промјене својих Устава. Народна скупштина Републике Српске, 4. априла 2002. године, усвојила је амандмане на Устав Републике Српске (LXVI–XCІ), који су на захтјев високог представника достављени ОХР-у. Високи представник је до- нио Одлуку о измјенама и допунама Устава Републике Српске, којом се одобравају достављени амандмани и захтијева њихово објављивање са промјенама на амандмане LXXI, LXXXII и LXXXV које је он навео, при том и сам доносећи и додатни амандман XCII.⁵⁴ Високи представник је тако дјеловао као уставотворна власт, што и није био једини случај када су у питању ентитетски уставни, јер је то исто чинио и касније, спроводећи реформе, као нпр. реформу правосуђа.

3.3. Високи представник за БиХ – (не)суверени орган

Институција високог представника успостављена је Анексом X (Споразум о цивилном спровођењу мирног рјешења) Општег оквирног споразума за мир у Босни и Херцеговини. Овим анексом високи представник није добио извршна и наредбодавна овлашћења, нити законодавна, него је утврђено да надгледа спровођење мировног рјешења, одржава тијесне контакте са странама уговорницама, координира активности цивилних организација и агенција, сугерише и савјетује одређена рјешења, те периодично извјештава о напретку и примјени Мировног споразума. Из овог анекса не произилази никакво наређивање, смјењивање или постављање својих људи, а камоли доношење закона и других прописа

ни суд БиХ се од своје улоге чувара Устава претвара у законодавни орган, па и уставотворца, што би по мом дубоком мишљењу могло имати несагледиве посљедице. “Исто сматра и судија Мирко Зовко, изражавајући став да је „одлука Суда по питању конститутивности најочевиднија ревизија Опћег оквирног споразума за мир... нисмо могли ревидирати устрој власти и других институција на разини државе БиХ, јер то може сукладно Уставу, учинити само Парламентарна скупштина БиХ у амандманском поступку... Уставни суд и његови суци нису уставотворци, него само заштитници Устава онаквог какав јест... па зато ова одлука може имати далекосежне посљедице.“

⁵⁴ Амандмани на Устав РС као и одлука Високог представника објављени су у Сл. гласнику РС бр. 21/02.

умјести легалних и легитимних органа двају ентитета као и институција Босне и Херцеговине.

У погледу Устава Босне и Херцеговине, високи представник извршио је његову ревизију доносећи законе односно одлуке које садрже законе у материјалном смислу којима је основао нове институције Босне и Херцеговине и успоставио њихову надлежност. Високи представник је, мимо воље ентитета, вршио пренос надлежности са ентитетских органа на институције Босне и Херцеговине, нарушавајући надлежност ентитета а јачајући Босну и Херцеговину као државу. Тако је својим законима успоставио Државну граничну службу, Суд БиХ, Тужилаштво БиХ, Високи судски тужилачки савјет, Министарство безбједности, Министарство правде итд., а поред тога био је иницијатор и имао главну улогу и у реформи одбране, безбједности, индиректног опорезивања, које су резултирале успостављањем од стране ентитета, Министарства одбране, Обавјештајно-безбједносне агенције и Управе за индиректно опорезивање. Разлоге и основ за своје поступање високи представник је налазио у ставовима и закључцима са састанака органа за имплементацију мира, па се „у вези с тим, неизбјежно намеће неколико питања: да ли ти акти имају декларативни, конститутивни, проведбени или надуставни карактер? При томе, основно питање је: како се могу без пристанка страна уговорница, мијењати, тумачити и проводити дејтонски и постдејтонски документи?“⁵⁵ У пракси се показало да може, а Савјет за имплементацију мира и високи представник најбољи су показатељ за то. Својом активношћу мијењали су Уставом усвојену подјелу надлежности, што је пореметило Уставом утврђену равнотежу између државотворних субјеката–ентитета и Босне и Херцеговине, и допринијело јачању тенденција за централизацијом и унитаризацијом Босне и Херцеговине. Високи представник, односно његова Канцеларија, дјелује као посебан апарат који о свему одлучује, а нема одговорности према домаћим властима односно онима који су се и сагласили да се успостави. Стога се може рећи да „он на овај начин постаје једна посебна, суверена институција у Босни и Херцеговини, а не институција међународне заједнице која је дужна да у Босни и Херцеговини олакша примјену цивилног дијела Општег оквирног споразума за мир.“⁵⁶

⁵⁵ Миле Дмичић, *Уставноправни статус Републике Српске у оквиру Босне и Херцеговине – нормативно и стварно*, Зборник радова са научног скупа Република Српска - десет година Дејтонског мировног споразума, Академија наука и умјетности Републике Српске, Бања Лука, 2005, стр. 172 и 173.

⁵⁶ Снежана С. Савић, *Неке специфичности правног поретка Босне и Херцеговине – улога*

Поред закључака и ставова из декларација и комуника, високи представник, приликом доношења закона којима је оснивао нове институција и утврђивао њихове надлежности, позивао се и на одредбе Устава БиХ. Пред Уставним судом БиХ оправдано се поставило питање уставности тих закона и са формалноправног и са материјалноправног аспекта. Међутим, Уставни суд је стао на становиште да „није надлежан да оцјењује овлашћења високог представника за Босну и Херцеговину, али да је истовремено ова институција супституирала домаће институције, те да се закон може испитивати са материјалноправног аспекта тј. аспекта његове садржине односно њене усклађености са Уставом БиХ“⁵⁷ што је, с теоријскоправног аспекта, проблематично. Уставни суд је тако одлучио да је нпр. Закон о Суду БиХ у складу са Уставом БиХ, иако се ни високи представник, приликом доношења овог закона, није позвао на одредбе Устава.⁵⁸

Треба истаћи да приликом одлучивања није постојала сагласност свих судија Уставног суда о спорним законима које је доносио високи представник. Различитост и супротстављеност мишљења судија Уставног суда, по овим питањима, нарочито је дошла до изражаја приликом одлучивања уставности Закона о Суду БиХ⁵⁹ који је такође донио високи представник за Босну и Херцеговину, 12. новембра 2000. године. Двадесет пет посланика Народне скупштине Републике Српске, 23.3.2001. године, поднијели су Уставном суду БиХ захтјев за оцјену уставности овог закона, у којем су тражили да Уставни суд БиХ одлучи да ли постоји уставни основ за доношење овог закона, односно успостављање овог суда, с обзиром на то да оваква институција није предвиђена Уставом БиХ, те да ли доношење овог закона крши члан III За Устава БиХ.

Дакле, предмет оцјене уставности је уставни основ за доношење закона, и то материјалноправни аспект, јер формалноправни аспект (чињеница да га је донио високи представник), с обзиром на раније до-

Високог представника за Босну и Херцеговину, часопис Правна ријеч бр. 1/2004, Бања Лука, 2004, стр. 60 и 61.

⁵⁷ Снежана Савић, *Промјене Устава Босне и Херцеговине*, Зборник радова са научног скупа Република Српска – десет година Дејтонског мировног споразума, Академија наука и умјетности Републике Српске, Бања Лука, 2005, стр. 127. Овакав став Уставни суд БиХ је навео у својој одлуци и у поступку оцјене уставности Закона о Државној граничној служби Босне и Херцеговине. Одлука у овом предмету, број У-9/00, са издвојеним мишљењима судија, објављена је у Сл. Гласнику БиХ бр. 1/01.

⁵⁸ Примјена овог закона подразумијевала је касније доношење низа закона материјалног и процесног карактера (Кривичног закона БиХ, ЗКП-а БиХ сл.).

⁵⁹ Сл. гласник БиХ бр. 29/00.

несене одлуке Суда у случајевима када је доносилац акта био високи представник, није била предмет разматрања.⁶⁰

Одлучујући у овом предмету, под бројем У 26/01, Уставни суд је већинским мишљењем (5 : 4) одлучио⁶¹ да је Закон о Суду БиХ у складу са Уставом Босне и Херцеговине. Већинско мишљење Суда заснива се на оцјени да је ово питање размотрено у контексту члана I/2 Устава БиХ, те чланова III/1, I/7, II и III/5а Устава. У образложењу, између осталог, у тачки 24 стоји: може се очекивати да ће успостављање Суда Босне и Херцеговине бити важан елемент у осигурању да институције Босне и Херцеговине дјелују у сагласности са владавином права и да задовољавају услове Европске конвенције у погледу правичних суђења пред судом и ефективних правних лијекова... а у тачки 25 и 26 образложења наведено је да Уставни суд „запажа да док Суд Босне и Херцеговине не почне функционисати, у правном систему Босне и Херцеговине не постоји могућност оспоравања одлука институција Босне и Херцеговине пред органом који испуњава предувјете независног и непристрасног трибунала. У тим околностима Босна и Херцеговина, функционишући као демократска држава, овлашћена је да у областима из њене надлежности, осим Уставом изричито предвиђених, успостави и друге механизме и додатне институције које су јој потребне за извршење њених надлежности, укључујући и успостављање суда за јачање правне заштите њених грађана и осигурање поштовања принципа Европске конвенције о људским правима. У вези с тим, Уставни суд се позива на члан IV/4а Устава који предвиђа да Парламентарна скупштина Босне и Херцеговине доноси законе који су јој потребни за провођење одлука Предсједништва или за вршење функција Скупштине по овом уставу. Иако није задатак Уставног суда да изражава мишљење о томе да ли неки закон треба бити донесен, Суд ипак запажа да се, успостављањем Суда Босне и Херцеговине, може очекивати већи допринос јачању владавине права, што је један од темељних принципа за функционисање демократске државе.“

⁶⁰ Уставни суд Босне и Херцеговине, у предмету оцјене уставности Закона о Државној граничној служби, стао је на становиште да може испитивати наведени закон са материјалноправног аспекта, не улазећи у формални аспект – оцјену овлашћења високог представника за доношење закона, сматрајући да се ради о специфичној међународноправној институцији у Босни и Херцеговини, док су судије које су издвојиле мишљење (С. Савић, В. Поповић) сматрали да Уставни суд БиХ није надлежан за испитивање тих аката, јер они са формалне стране и са позиције Устава БиХ нису домаћи закони. У прилог томе иде и чињеница да су домаће власти дужне да их усвоје у истом садржају и у истој форми. Одлука у предмету У-9/00 са издвојеним мишљењем судија објављена је у Сл. гласнику БиХ бр. 1/01

⁶¹ Одлука Уставног суда са издвојеним мишљењима, објављена у Сл. гласнику БиХ бр. 4/02, а исправка Одлуке (издвојено мишљење судије др Звонка Миљке) објављена је у Сл. гласнику бр. 6/02. Мишљење су издвојиле судије из реда српског и хрватског народа.

Иако је захтјев подносиоца био питање сагласности наведеног закона са чланом III За Устава БиХ, из образложења Одлуке може се запазити да Уставни суд нигдје изричито и конкретно није одлучио о сагласности предметног закона са наведеним чланом Устава, што је „Суд сагласно Уставу БиХ и Пословнику Суда био обавезан да учини, већ је у оцјени уставности узео у обзир друге (већ наведене чланове)“, како то истиче у издвојеном мишљењу судија проф. др С. Савић. Она наглашава да „овај закон нема за циљ спровођење одлука Предсједништва нити пак осигуравање вршења функција Скупштине, већ напротив, успостављање једне нове судске институције на нивоу БиХ, иако њен Устав познаје само Уставни суд БиХ као институцију те врсте“.

Неспорна је чињеница да Устав Босне и Херцеговине, осим Уставног суда, не предвиђа постојање неког другог суда. Стога судија доц. др Звонко Миљко, у издвојеном мишљењу,⁶² експлицитно наводи да „не може постојати Суд Босне и Херцеговине, ако га нема у самом Уставу Босне и Херцеговине.“ Он сматра да „овај закон не би могла донијети чак нити Парламентарна скупштина Босне и Херцеговине, па тако нити високи представник, који у овом случају ‘супституира Парламентарну скупштину БиХ’, како стоји у самој одлуци Суда. Једини начин за успоставу оваквог суда био би могућ уставном ревизијом, у складу са чланом X/1 Устава Босне и Херцеговине.“

Специфичност овог предмета јесте чињеница да се ни високи представник у преамбули своје одлуке (чији је саставни дио Закон о Суду БиХ) није позвао⁶³ на Устав Босне и Херцеговине као што је то чинио раније, приликом доношења других закона. „Да ли ово значи да је и високи представник оцијенио да Устав БиХ, у чисто правном смислу, не садржи основ за доношење овог закона, с обзиром да се на њега не позива“, поставља питање судија проф. др С. Савић, и одговара „нема сумње да значи, поготово стога што се у преамбули предметне одлуке даље истиче: ‘Имајући надаље у виду да се усаглашени текст заснива на Нацрту закона о Државном суд БиХ Венецијанске комисије Вијећа Европе од 16. јуна 2000. године који је радна група прилагодила правном оквиру (*а не Уставу БиХ* – оп. а.) и условима специфичним за Босну и

⁶² Издвојено мишљење судија Звонко Миљко завршава ријечима: „и као судија Уставног суда Босне и Херцеговине и као универзитетски професор Уставног права, имао сам обавезу да гласам против ове одлуке те напишем и образложим своје издвојено мишљење.“

⁶³ Високи представник се позвао на члан 5 Анекса X Општег оквирног споразума за мир у БиХ, члан XI/2 Бонске декларације, XII/1 Мадридске декларације и тачку 3 Анекса 2 ове декларације, као и на Бриселску декларацију, и сл.

Херцеговину”⁶⁴, што сасвим очито не може бити довољан правни основ за доношење овог закона.

Уставни суд, у већинској одлуци, дакле, закључује да „Закон о Суду БиХ није противан Уставу Босне и Херцеговине“. Међутим, судија С. Савић оправдано поставља питање: „којим одредбама Устава“, јер Уставни суд нигдје није изричито дао одговор на питање да ли постоји уставни основ за доношење овог закона, те да ли је исти у складу са чланом III/3а Устава, што је и био захтјев подносиоца. С друге стране, Суд наводи „да може да се очекује да ће успостављање Суда БиХ бити важан елемент...“ успостављањем Суда БиХ може да се очекује...“ и сл. и на тај начин даје вриједносне оцјене „што није задатак Уставног суда, како то већинско мишљење и само констатује, и упркос томе, то ипак чини. Свакако да је успостављање владавине права један од основних принципа сваке модерне државе. Међутим, задатак сваког уставног суда, па и Уставног суда БиХ, јесте да кроз заштиту устава и основних принципа правног поретка садржаних у њему доприноси томе, а не да утврђује које институције држави требају, што је надлежност уставотворца, тј. законодавног органа, а поготово не да оцјењује карактер и улогу тих институција.“⁶⁴ Основна функција уставног судства јесте контрола уставности закона и других прописа, те „у ужем смислу, уставни судови могли би се дефинирати као посебни државни органи, који су основани искључиво ради контроле уставности закона и других прописа. И у ужем одређењу функције уставног судства, истиче се контрола над законодавном функцијом државе. Вршећи ту контролу уставно судство врши и операцију тумачења правних норми, упоређује норме закона и норме устава.“⁶⁵

Говорећи о односу општих правних аката (закона) високог представника и Устава Босне и Херцеговине, у свјетлу одлука Уставног суда БиХ, није нам била намјера да дајемо оцјене и коментаре наведених одлука (оне су општеобавезујуће и извршне), већ да анализирањем истих покажемо да у Уставном суду није постојала сагласност по овом питању (мишљења судија су била супротстављена и различита), а исти није био ни досљедан у властитој пракси и ставовима. Поједини ста-

⁶⁴ Издвојено мишљење судије С. Савић, која закључује „не улазећи дакле у питање да ли је Суд БиХ потребан или пак није и чему ће његово успостављање допринијети, што је питање друге природе на које Уставни суд, сагласно својој природи и својој надлежности, не може и не треба одговорити... сматрам да уставног основа за доношење овог закона (са материјалноправног аспекта) нема, тј. да Устав БиХ не познаје, не предвиђа постојање овакве институције, те да предметни закон није у складу са Уставом БиХ.“

⁶⁵ Нурко Побрић, цит. дј., стр. 465.

вови и закључци већинских одлука Уставног суда разликују се и од општеприхваћених схватања у правној теорији, као нпр. о појму закона као правног акта.

Стога Милијан Поповић закључује да се ревизија Дејтонског устава вршила „на разне начине и употребом различитих средстава, али упорно и континуирано, све до данас. При томе су углавном коришћене две главне полуге: Уставни суд Босне и Херцеговине и установа високог представника међународне заједнице.“⁶⁶

3.4. Додатне надлежности БиХ и промјене Устава

Надлежност институција Босне и Херцеговине и ентитета регулисане су чланом III Устава Босне и Херцеговине. У тачки 1 овог члана таксативно су набројане надлежности Босне и Херцеговине.⁶⁷ Тачком 3 истог члана прописано је да ће све државне институције и овлашћења која овим уставом нису изричито додијељена институцијама Босне и Херцеговине, припадати ентитетима.

У домену подјеле надлежности између институција Босне и Херцеговине и ентитета, Уставом су предвиђене још двије одредбе. Једна је утврђена чланом III 3 4 (Координација), а представља основ дјеловања шефа државе „изражен веома специфичном и неуобичајеном формулацијом да Предсједништво може одлучити да олакша сарадњу између ентитета у стварима које према Уставу не спадају у надлежност БиХ, уколико се један од ентитета у датом случају томе не противи.“⁶⁸ „Значи, ако је један ентитет против тога, Предсједништво нема овлашћење да врши координацију“.⁶⁹ Истим чланом, тачком 3 5а, (Додатне надлежности), прописано је да ће Босна и Херцеговина преузети надлежност за све друге послове о којима се ентитети сложе; за послове које предвиђају анекси V до VIII Општег оквирног споразума; и за послове

⁶⁶ Милијан Поповић, цит. дј., стр. 211.

⁶⁷ То су: спољна политика; спољнотрговинска политика; царинска политика; монетарна политика, како је одређено чланом VII; финансирање установа и међународних обавеза Босне и Херцеговине; политика и прописи за усељавање, избјеглице и азил; спровођење кривичних закона на међународном плану и између ентитета, укључујући ту односе са Интерполом; увођење и рад средстава за међусобне и међународне комуникације; регулисање саобраћаја између ентитета; контрола ваздушног саобраћаја.

⁶⁸ Миле Дмичић, *Уставно право, допуна основној литератури*, Бања Лука, 2011, стр. 158

⁶⁹ Миле Дмичић, *Спроводити, али и мијењати поједина уставна рјешења у Босни и Херцеговини и Републици Српској*, Зборник радова са научног скупа „Република Српска, двадесет година развоја – достигнућа, изазови и перспективе, одржаног 17. и 18. септембра 2012. године у Бањој Луци, Бања Лука, 2012, стр. 820.

који су нужни за очување суверенитета, територијалног интегритета, политичке независности и међународног статуса Босне и Херцеговине у складу са подјелом надлежности међу установама Босне и Херцеговине. По потреби се могу установити додатне установе ради обављања тих послова.

Од потписивања Дејтонског мировног споразума до данас, основан је читав низ институција Босне и Херцеговине. До успостављања нових институција, осим одлукама (наметнутим законима) високог представника, долазило је и вољом ентитета односно представника ентитета и конститутивних народа у институцијама Босне и Херцеговине. Од институција успостављених вољом домаћих власти могу се разликовати, с једне стране, оне које су основане у циљу обављања послова из надлежности институција БиХ (члан III 1), ефикаснијег обављања тих послова или усклађивања рада ентитетских органа у појединим областима. Те институције формиране су на основу закона усвојених у Парламентарној скупштини односно одлука Савјета министара донесених на основу тих закона. Оснивањем тих институција није долазило до укидања ентитетских институција нити губљења њихових надлежности. С друге стране, разликујемо институције које су такође формиране нормативним актима домаћих власти, али су настале ради обављања додатних надлежности Босне и Херцеговине (члан III 3 5а). Наиме, у периоду 2003–2006. године дошло је до значајног преноса надлежности са ентитета на институције Босне и Херцеговине (одбрана; обавјештајно-безбједносни послови и служба; царина и индиректно опорезивање), при чему су се и успостављале нове институције Босне и Херцеговине за обављање преузетих надлежности (Министарство одбране, Обавјештајно-безбједносна агенција, УИО), а истовремено укинута ентитетске институције које су обављале послове из тих надлежности.⁷⁰ Дакле, ентитети су се договорили и сложили да надлежност делегирају на Босну Херцеговину, те да се формирају нове институције за обављање тих (додатних) надлежности. Пренос надлежности и уставних овлашћења вршен је у различитим формама: закључцима ентитетских парламената, амандманима на уста-

⁷⁰ О преносу надлежности на институције Босне и Херцеговине, види: Миле Дмичић, *Пренос надлежности са Републике Српске на институције Босне и Херцеговине, ефекти њихових преноса и могућности поврата*, Правна ријеч, часопис за теорију и праксу, бр. 10, Бања Лука 2007, стр. 49–95; Миле Дмичић, *Уставноправни аспекти преноса надлежности, ефекти преноса и могућност њиховог поврата*, Годишњак Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, бр. 30/2007, стр. 149–182; Миле Дмичић, *Подјела надлежности и оправданост преноса са Републике Српске на институције Босне и Херцеговине*, Правна ријеч, часопис за правну теорију и праксу, бр. 18, Бања Лука 2009, стр. 49–73.

ве ентитета, споразумом између ентитетских влада и Савјета министара или само усвојеним законима у Парламентарној скупштини Босне и Херцеговине.

На овај начин долази до нарушавања начела уставности, односно, на другој страни, до, у свјетлу члана III 3 5а Устава, несагласности нормативног и стварног у појму Устава Босне и Херцеговине, односно до његовог другачијег материјалног појма у односу на оно што је он првобитно представљао, тј. уставотворне норме у материјалном смислу не одговарају више његовом формалном појму, јер су садржане у неким другим актима, односно законима као актима мање правне снаге у односу на устав.⁷¹ С обзиром на чињеницу да Устав БиХ у члану X прописује процедуре за доношење уставних амандмана, то се „могућности из члана III 3 5а Устава нису могле остваривати у форми закона, с обзиром на немогућност измјена устава путем закона као нижег правног акта.“⁷² Тако „данас у Босни и Херцеговини постоји ситуација да садржај њеног устава не одговара класичном појму устава у материјалном смислу, односно да се норме уставноправног карактера не налазе у њему већ у неким другим актима мање правне снаге.“⁷³

4. Промјена Устава БиХ *de iure*, према члану X Устава БиХ

У марту 2009. године Парламентарна скупштина Босне и Херцеговине усвојила је Амандман I на Устав Босне и Херцеговине.⁷⁴ „Његов значај је у томе што је представљао први успјешан покушај политичких елита у Босни и Херцеговини да изврше промјену Устава по поступку који је предвиђен његовим чланом X – усвајањем у Парламентарној скупштини по амандманској процедури, која је сложенија од поступка за доношење и промјену закона.“⁷⁵

⁷¹ Снежана Савић, *Промјене Устава Босне и Херцеговине*, Зборник радова са научног скупа Република Српска – десет година Дејтонског мировног споразума, Академија наука и умјетности Републике Српске, Бања Лука, 2005, стр. 124 и 125.

⁷² Снежана Савић, исто, стр. 131.

⁷³ Исто, стр. 130.

⁷⁴ Амандман I на Устав Босне и Херцеговине (Сл. гласник БиХ бр. 25/09).

⁷⁵ Горан Марковић, *Уставне промјене у Босни и Херцеговини*, у: Држава, политика и друштво у Босни и Херцеговини – анализа постдејтонског политичког система (ур. Д. Бановић, С. Гаврић), Сарајево, 2011, стр. 91.

Овим амандманом Брчко Дистрикт БиХ унесен је у правни систем Босне и Херцеговине, јер су до тада његов положај регулисале само арбитражне одлуке и његов статут. Уставна материја садржана у овим актима сада је само формалноправно смјештена у Устав БиХ. Уосталом, и сама Парламентарна скупштина се позвала на раније донесене одлуке Арбитражног трибунала. Наиме, овим амандманом у Устав је последије члана VI 3 додат члан VI 4 „Брчко Дистрикт Босне и Херцеговине“, по којем је Брчко Дистрикт под суверенитетом Босне и Херцеговине и његова територија је у заједничкој својини (кондоминијуму) Републике Српске и Федерације БиХ. Брчко Дистрикт БиХ дефинисан је као јединица локалне самоуправе под директним суверенитетом Босне и Херцеговине, са властитим институцијама, законима, прописима и статусом коначно прописаним одлукама Арбитражног трибунала за спор у вези с међуентитетском линијом разграничења у области Брчког. Однос између Брчко Дистрикта и институција БиХ и ентитета може се даље уредити законом који доноси Парламентарна скупштина БиХ. Уставни суд је добио надлежност да одлучује о било којем спору који се односи на заштиту утврђеног статуса и овлашћења Брчко Дистрикта који се може јавити између једног или више ентитета и Брчко Дистрикта или између БиХ и Брчко Дистрикта, према Уставу и одлукама Арбитражног трибунала. Такав спор може покренути већина посланика у Скупштини Дистрикта, под условом да укључује најмање по једну петину посланика из реда сваког конститутивног народа.

Ова промијена Устава, дакле, до сада је прва и једина, која је извршена по поступку који је предвиђен његовим чланом X – усвајањем у парламенту по амандманској процедури, која је сложенија од поступка за доношење и промијену закона, а која, у ствари, представља уношење већ раније настале територијалне јединице у уставноправни систем БиХ.

5. Закључна разматрања

Доношење Коначне одлуке предсједавајућег Арбитражног трибунала о спорном дијелу међуентитетске линије разграничења у области Брчког представља ревизију Устава БиХ јер се том одлуком промијенило државно уређење Босне и Херцеговине. Промијене Устава Босне и Херцеговине извршене су и одлукама Уставног суда БиХ, међу којима је најзначајнија трећа дјелимична одлука у предмету У 5/98 од 1.7.2000.

године, која се односи на конститутивност народа. Овом одлуком Уставни суд је директно утицао на државно уређење БиХ, организацију институција власти, претварајући се тако, од чувара и заштитника Устава, у улогу уставотворног и законодавног органа. Високи представник је такође дјеловао као уставотворна и законодавна власт, доносећи законе којима је, мимо воље ентитета, успостављао нове надлежности Босне и Херцеговине и њене нове институције (Суд БиХ, Тужилаштво БиХ) и на тај начин извршио ревизију Устава Босне и Херцеговине. До промјена Устава Босне и Херцеговине дошло је и законима усвојеним од стране Парламентарне скупштине Босне и Херцеговине, закључцима и споразумима ентитета о преносу надлежности, при чему су се успостављале додатне надлежности Босне и Херцеговине и оснивале нове институције којих у Уставу нема. Због свега наведеног, дошло је до несагласности нормативног и стварног у појму Устава БиХ тј. уставотворне норме у материјалном смислу не одговарају више његовом формалном појму, јер су исте садржане у законима, као актима мање правне снаге у односу на Устав. Дакле, постоји ситуација да се норме уставноправног карактера не налазе у њему, већ у актима мање правне снаге.⁷⁶ Протеклих година „карактеристично је континуирано мијењање устава али се мијењао без формалне процедуре која је прописана уставом и која је једино исправна и легална. Таква фактичка промјена постала је правило, а у ствари правило је мијењање устава по прописаном поступку.“⁷⁷

Важећи Устав настао је као резултат компромиса њених народа, те и законска рјешења треба да буду донесена на исти начин, тј. да буду резултат компромиса трију народа, што се нарочито односи на евентуалне промјене Устава, сходно члану X. Измјене и допуне општих правних норми, а нарочито устава, као основне норме, треба да изражавају и задовољавају интересе оних на које се и односе – три конститутивна народа, те је неопходно да они искључиво и учествују у њиховом стварању. У Босни и Херцеговини, до сада, право је у великој мјери било „једнострано ауторитарно изјашњавање“ које је довело и до тога да је стварно другачије од нормативног (прописаног) у основној нор-

⁷⁶ Проф. М. Дмичић истиче да „мијењање уставних норми одлукама парламената ентитета, високог представника или судова, штетно је не само за уставни статус и овлашћења ентитета него и за цјелину већ успостављених односа у овој области у БиХ. Креативном, научно фондираном, стручно квалификованом интерпретацијом и одговарајућом праксом требало би аргументовано успоставити и заштитити уставом успостављене институционалне односе, уставни статус и БиХ и ентитета, степен њихове самосталности, државности и суверенитета.“ Миле Дмичић, цит. дј., стр. 163.

⁷⁷ Рајко Кузмановић, *Нови есеји о уставности и државности*, Бања Лука, 2010, стр. 139.

ми правног поретка и основном закону–уставу. Право у Босни и Херцеговини, да би било проходно, мора бити реално и одражавати интересе конститутивних народа, што се у пракси показало тешко, јер „ускладити право са реалним потребама и могућностима друштва, посебан је проблем младих права. Право се ствара (треба да се ствара) и остварује према захтјевима стварности и потребама живота. Право створено ван тих захтјева остаје само идеал, идеалитет, никада реалитет. Двије су врсте друштвених снага које учествују у стварању права: друштвено-политичке и стручне. И једне и друге стране морају да покажу и показују висок степен одговорности, знања, реалности и досљедности за дјелатност коју врше.“⁷⁸

У Босни и Херцеговини, у будућности, од одлучног значаја је минимум заједничких интереса свих њених народа, као и постизање компромиса и консензуса у даљем изграђивању правног поретка. И Устав Босне и Херцеговине, иако је данас нешто друго у односу на оно што је био, али још увијек важећи, настао је као резултат компромиса њених народа. „Чињеница да је важећи устав настао као резултат компромиса различитих тежњи њених народа треба да буде опомена и истовремено показатељ да је тај минимум могуће постићи. Наравно, од њега треба ићи даље, али реално, уважавајући све релевантне околности и факторе. Само на тај начин отвориће се могућност за дограђивање неких од уставних рјешења, само на тај начин њен устав ће постати оно што представља у свим демократском државама – резултат воље народа.“⁷⁹ Босна и Херцеговина се, дакле, заснива на компромису и консензусу конститутивних народа и тако треба да остане и у будућности. Нарушавање принципа уставности и законитости и извршеним промијенама Устава БиХ на другачије начин од прописаног самим Уставом довело је до тога да је стварно (фактичко) другачије од нормативног (прописаног) у основној норми правног поретка и основном закону – уставу. Покушаје његове неовлашћене ревизије треба спријечити и онемогућити, а евентуалне ревизије устава, што зависи од политичке воље представника ентитета и конститутивних народа, треба спровести у складу са уставом предвиђеном процедуром, са циљем да се, прије свега, отклоне супротности између нормативног и стварног, те сачини уставноправни оквир који би задовољио интересе сва три конститутивна народа и створио услове за укључивање Босне и Херцеговине у евроатлантске интеграције.

⁷⁸ Слободан М Благојевић, *Апстрактно-регулативна функција права (стварање права као дио правног процеса)*, Стварање права – зборник радова, југословенско удружење за теорију, филозофију и социологију права, Београд 2000, стр. 44 и 45.

⁷⁹ Снежана Савић, цит. дј., стр. 132.

Milan Pilipovic, LL.M.

Senior assistant, Law school, Banja Luka University

CHANGES TO THE CONSTITUTION OF BOSNIA AND HERZEGOVINA VIA FACTI AND DE IURE

Summary

The civil war in Bosnia and Herzegovina ended with the signing of the General Framework Agreement for Peace in Bosnia and Herzegovina in Dayton (Dayton Peace Agreement) on 21.11.1995. confirmed in Paris 14.12.1995. year. The General Framework Agreement for Peace in Bosnia and Herzegovina consists of XI annexes, including the noteworthy Annex IV, which is the Constitution of Bosnia and Herzegovina. The Constitution of Bosnia and Herzegovina, formally and substantially, is specific. Article X of the Constitution of Bosnia and Herzegovina, provided for the procedures for the adoption of amendments to the Constitution. To date, the Constitution of Bosnia and Herzegovina has been amended in the manner provided in Article X, in 2009, when I Amendment was adopted, but it was revised, variously ever before. In other words, the revision of the Constitution was made contrary to the procedure provided for in Article X of the Constitution which is the subject of this paper.

Key words: *Constitution of Bosnia and Herzegovina, the Brcko District, the High Representative, the Constitutional Court, additional authorities, amendment.*

ПРАВНИ ПОЛОЖАЈ БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ ЗА ВРЕМЕ АУСТРОУГАРСКЕ ВЛАДАВИНЕ

Мр Сања Савић*

Апстракт: Правни положај Босне и Херцеговине за време аустроугарске владавине може се разматрати на два начина. Први начин би подразумевао сагледавање њеног међународноправног положаја у коме се нашла након окупације. Основно питање које се том приликом поставља јесте ко је имао суверену власт над Босном и Херцеговином у периоду од окупације до анексије (1878–1908) – Турска или Аустроугарска?

Дилеме око носиоца суверене власти решене су 1908. године, када је Аустроугарска анектирала Босну и Херцеговину. Следствено томе, питање које се само по себи наметнуло односило се на дефинисање њеног државноправног положаја у саставу Монархије. Да ли је Босна и Херцеговина након анексије била посебна, трећа држава унутар Монархије или је она била њен колонијални посед? Шта је *corpus separatum* био по својој правној природи?

Кључне речи: Босна и Херцеговина, окупација, међународноправни положај, анексија, државноправни положај.

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

У периоду од 13. јуна до 13. јула 1878. године у Берлину је одржан конгрес великих сила. Још пре конгреса енглеска влада и кнез Бизмарк (Bismarck) саветовали су грофу Андрашију (Gyula Andrassy) да Аустроугарска војном силом заузме Босну и Херцеговину, чиме би велике силе

* Виши асистент, Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву

биле доведене пред свршен чин. Међутим, Андраши је тај предлог одбио.¹

На осмој седници Конгреса, одржаној 28. јуна 1878. године, на дневном реду се нашао и Санстефански мировни уговор, тачније његов чл. 14, који се односио на Босну и Херцеговину. Све присутне силе, узев османских представника, подржале су британски предлог да се Аустроугарској да мандат да управља Босном и Херцеговином.² Одлука о окупацији формулисана је у члану 25 Берлинског уговора.

Годину дана након потписивања Берлинског уговора, тачније 21. априла 1879, потписана је и тзв. Цариградска конвенција. Реч је о билатералном међународном уговору којим су се Порта и Монархија споразумеле о појединостима везаним за окупацију. Конвенцијом је потврђен султанов суверенитет над Босном и Херцеговином, на чему су османски представници инсистирали још од потписивања Берлинског уговора.

2. ПРАВНИ ПОЛОЖАЈ БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ НАКОН ОКУПАЦИЈЕ

Питање које је након окупације Босне и Херцеговине побудило нарочито интересовање међу правницима тичало се правног положаја ових покрајина. Јуристичку елиту је занимало ко има суверенитет над Босном и Херцеговином – Турска или Аустроугарска? Оно у чему су сви аутори били сложни јесте да се радило о једној правној аномалији која се није могла подвести ни под једну до тада познату правну категорију. Упркос томе, неки одговор се морао дати, а самим тим и образложити.

Највећу пажњу овом питању од домаћих аутора посветио је Глигорије Гершић.³ Полазећи од међународних правних аката – чл. 25 Берлинског уговора и Цариградска конвенција, он је истицао тезу о непрекинутој султановој суверености. Исти став заступали су и Јелинек (Georg Jellinek)⁴, Мартенс (Friedrich Martens), Шнелер (Hans Shnellер)

¹ Фердо Шишић, *Окупација и анексија Босне и Херцеговине*, Загреб 1938, 59.

² Гргур Јакшић, *Босна и Херцеговина на Берлинском конгресу*, Београд 1955, 53; Владимир Ђоровић, *Илустрована историја Срба (шести део)*, Крагујевац 2011, 18.

³ Глигорије Гершић, *Поглед на међународни и државноправни положај Босне и Херцеговине и острва Кипра према научним оценама представника данашње међународноправне теорије*, читано као приступна академска расправа на свечаном скупу Српске Краљевске Академије 16. фебруара 1893. године, Глас Српске краљевске академије XXXVII, Београд 1893.

⁴ Државноправни положај Босне и Херцеговине Јелинек је окарактерисао на следећи начин: „Од 1878. до 1908. Босна и Херцеговина биле су турске провинције којима је Аустрија управљала;

итд.⁵ Са друге стране, аутори попут Њумана (Leopold Neumann), Холцендорфа (Franz Holtzendorff) и Линга (Emil Lingg) су при одређивању правног положаја Босне и Херцеговине полазили од фактичког стања, па су самим тим и одрицали постојање султановог суверенитета.⁶

У скромном покушају да дамо одговор на ово по свему судећи компликовано правно-теоријско питање, неопходно је најпре дефинисати појам који је предмет расправе. Према општеусвојеном схватању у правној науци, сувереност представља „својство државне власти да је на односној територији највиша и независна од свих других власти“⁷. Уколико наведену дефиницију применимо на постокупационо стање у Босни и Херцеговини заиста долазимо до закључка да након 1878. године османска власт није имала никакве ингеренције у унутрашњем правно-политичком животу ових покрајина, односно да је највишу власт имала и вршила Аустроугарска. Чињеница да је та власт била ограничена међународним уговорима и циљевима аустроугарског мандата не умањује њену реалну вредност. Дакле, наведена дефиниција суверености иде у прилог тврдњама да је носилац суверене власти била Аустроугарска.

Са друге стране, не смемо занемарити ни уговоре којима је третирано ово питање, управо због тога што је реч о правним актима из којих недвосмислено произилази да султан задржава право суверене власти над окупираним покрајинама. Зашто је тим уговорима предвиђена неповредивост султановог суверенитета када је од самог почетка окупације било јасно да је то његово право *nudum ius*? Признати султану суверенитет над окупираним покрајинама за Аустроугарску је био добар политички и дипломатски потез који је вероватно имао за циљ стварање

ипак оне нису биле нити аустријско нити угарско државно подручје; њихови припадници нису имали нити аустријско нити угарско државно поданство. С друге стране, упркос придржавања суверенитета од стране Турске, њена власт над овим провинцијама, услед преношења читаве државне власти на Аустро-Угарску, није имала уобичајени државно-правни садржај. Тако су се ове провинције и према Турској царевини појавиле као државно-правно самосталне територије са властитим поданицима; шта више Аустро-Угарска их је и према вани заступала. Њихова веза са Турском царевином имала је битно међународни карактер, што је и спријечило Аустро-Угарску да ове покрајине инкорпорира једном од своја два државна подручја, без пристанка Порте и осталих држава, потписница Берлинског конгреса.“ Georg Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin 1929, 650–651. Наведено према: Анте Малбаша, *Босанско питање и Аустро-Угарска у свијетлу политичког дневника Ј. М. Ваернреитера*, Сарајево 1933, 34.

⁵ Мустафа Имамовић, „Правни положај Босне и Херцеговине 1878–1908”, *Преглед*, бр. 12, Сарајево 1971, 586.

⁶ Ibid.

⁷ Борис Кривокапић, *Лексикон међународног права*, Београд 1998, 465–466. О појму суверености више види: Ратко Марковић, *Уставно право и политичке институције*, Београд 1996, 177–192.

привида о томе да Монархија заиста жели само да уведе ред у окупиране покрајине и на тај начин отклони опасност по међународни мир. Самим тим, они су умирили не само босанскохерцеговачко становништво, него и међународну јавност. Међутим, без обзира на разлог због ког је Монархија пристала на ову клаузулу, у уговору остаје чињеница да је и она сама на тај начин признала неповредивости султановог суверенитета.

Питање носиоца суверене власти у Босни и Херцеговини након одлуке Берлинског конгреса може се анализирати и са аспекта правне природе саме окупације. Иако у први мах може деловати збуњујуће, ставови о непрекинutom султановом суверенитету и те како имају смисла уколико се ради о ратној окупацији. Наиме, код ратне окупације долази до насилног заузимања туђе суверене територије од стране неке државе и успостављања фактичке власти на њој. Чињеница да при томе не долази до преноса суверене власти значи да окупација представља фактичко стање које има привремени карактер. Док траје окупација суверена права територијалне државе се привремено суспендују. За време трајања окупације окупатор је дужан да поштује унутрашњи правни поредак окупиране земље, па самим тим не може заводити своје унутрашње законодавство. Изузетак представљају они прописи који су у супротности са окупацијом, односно угрожавају њену безбедност.⁸ Дакле, уколико је Аустроугарска извршила ратну окупацију Босне и Херцеговине, суверена власт је заиста остала код султана. Међутим, намеће се питање да ли је у овом случају заиста реч о ратној окупацији.

Неколико је разлога због којих се може дати негативан одговор на ово питање. Као прво, ако је окупација извршена од стране Аустроугарске заиста била ратна, какав је био смисао одржавања Берлинског конгреса? Аустроугарска војска је у Босну и Херцеговину ушла не по самовољној одлуци свог монарха, него на основу мандата великих сила и међународног уговора на који је пристала и Османска царевина. Дакле, уколико је постојао међународни уговор, значи да је постојала и сагласност свих заинтересованих међународних субјеката да ове покрајине буду запоседнуте. То што је аустроугарска војска ишла на локални отпор једног дела становништва који је угушен након месец дана борбе и који није био подржан од стране Порте, не даје основа за тврдњу да су ове покрајине насилно заузете. Даље, Аустроугарска је радила и на нормативном регулисању одређених питања иако није реч о прописима који су угрожавали окупацију, што опет није у складу

⁸ Б. Кривокапић, 307–308.

са објашњењем ратне окупације према којем окупатор треба да поштује унутрашњи правни поредак. Имајући у виду наведено, са разлогом се може поставити питање да ли се стање успостављено у Босни и Херцеговини након 1878. године може квалификовати као окупација.

Дакле, можемо закључити да је однос успостављен између Босне и Херцеговине и Аустроугарске након 1878. године представљао правну аномалију. Самим тим, и последице које произилазе из таквог стања не могу се уклапати у до сада познате стандарде, него се морају засебно тумачити и разумевати. У складу с тим сматрамо да је султану *de iure* припадало право суверености, а да је вршење права која произилазе из суверене власти *de facto* имала Аустроугарска. Да такво стање не представља правну бесмислицу Гершић објашњава кроз аналогију са приватним правом. Узимајући за пример право својине и право плодотуживања где се, такође, правно и фактичко стање размимоилазе, Гершић с разлогом поставља питање уколико је тако нешто могуће „са својином на пољу приватног права, онда зашто се не би могло замислити и при суверености на пољу међународног права и зашто би ту баш морало апсурдно изгледати?“⁹

3. ПРАВНИ ПОЛОЖАЈ БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ НАКОН АНЕКСИЈЕ

Након окупације, правни положај Босне и Херцеговине био је изузетно специфичан. Наиме, као што смо видели, султан је само *de iure* имао суверену власт над територијом Босне и Херцеговине, док је *de facto* ту власт вршила Аустроугарска. Без обзира на сву апсурдност положаја у коме се Босна и Херцеговина налазила, Монархија са међународноправног становишта није имала право да једнострано мења одлуку Берлинског конгреса у погледу уговорних одредаба. За било какву промену био је потребан пристанак свих потписника уговора.¹⁰ Међутим, како интересима Аустроугарске није одговарао овако нерешен правни статус окупиране територије, покренута је опсежна дипломатска акција како би се обезбедила подршка великих сила у погледу њене анексије.

⁹ Г. Гершић, 57–58.

¹⁰ У додатку лондонском протоколу из 1871. године формулисано је начело међународног права према коме „ни једна сила не може да се разреши од обавеза некога уговора нити може мењати његове одредбе без пристанка осталих уговорних страна путем пријатељског споразума.“ Ibid, 71.

Прокламацију о анексији Босне и Херцеговине цар Фрањо Јосиф је потписао у Будимпешти 5. октобра 1908. године. Кршећи на тај начин одредбе Берлинског уговора и Цариградске конвенције, Монархија је право подредила сили и тако показала да је њен циљ од самог почетка био присаједињење ових покрајина, а не провођење одговарајућих реформи, како се то у почетку истицало.

Дилеме и расправе око међународноправног положаја Босне и Херцеговине након окупације коначно су решене 1908. године, када је Аустроугарска анектирала ову покрајину. Самим тим, она је својој територији припојила целу територију Босне и Херцеговине, те над њом стекла и пуни суверенитет. Међутим, иако је анексијом решено питање међународноправног положаја Босне и Херцеговине, питање њеног државноправног положаја је и даље остало нерегулисано. При томе су и даље били на снази Закон о укључењу Босне и Херцеговине у заједничко аустроугарско царинско подручје из 1879. године и Закон о босанскохерцеговачкој управи из 1880. године.¹¹

О начину на који ће Босна и Херцеговина бити укључена у дуалистичку структуру Монархије расправљано је непосредно пред анексију и на седницама Заједничке владе – 19. августа и 10. септембра 1908. године. Најважније питање које се том приликом постављало јесте да ли ће се задржати дотадашње дуалистичко устројство или ће бити извршена реорганизација на тријалистичкој основи? Иначе, под тријализмом су се још почетком XIX века подразумевале идеје о културном и политичком уједињењу Јужних Словена, што је у бити ишло ка федерализацији Хабзбуршке монархије.¹²

Већ на седници од 19. августа дошло је до конфронтације мишљења између аустријског председника владе Бека и његовог угарског колеге Векерлеа. Угарска влада је истицала захтев да се Босна и Херцеговина припоје Угарској, а да се при томе не дира у питање заједничког управљања тим покрајинама. Како консензус између њих није постигнут, донета је одлука да се до следеће седнице усагласе ставови по том питању. Међутим, ни на последњој седници заједничке владе пред анексију (10. септембра) договор о томе није постигнут.¹³ Тако је непо-

¹¹ Цевад Јузбашић, „Аустроугарско заједничко министарство и управљање Босном и Херцеговином након анексије (Државноправни аспект)”, *Политика и привреда у Босни и Херцеговини под аустроугарском управом*, књига СХVI, Сарајево 2002, 247.

¹² Мустафа Имамовић, *Основе управно-политичког развитака и државноправног положаја Босне и Херцеговине*, Сарајево 2006, 88.

¹³ Хамдија Капићић, „Дискусије о државноправном положају Босне и Херцеговине за вријеме

средно пред анексију питање начина на који ће Босна и Херцеговина бити инкорпорисана у сложену заједницу две државе, каква је била Аустроугарска, било нерешено.

Симпатије које је надвојвода Франц Фердинанд једно време показивао према тријализму имале су више тактички, него реални карактер. То уосталом показује и његова изјава да идеју тријализма сматра крајње опасном.¹⁴ Из његових планова за реформу Монархије види се да је посебна пажња била посвећена управо питању положаја Босне и Херцеговине. Наиме, према његовом мишљењу, Мађарска никада не би дозволила да ове покрајине припадну Аустрији јер би то довело до јачања словенске већине. Са друге стране, оне се не би могле прикључити ни Мађарској јер би то изазвало отпор не само у Аустрији, наго и у самој Босни и Херцеговини. Такође, ни њена подела између два дела Монархије не би долазила у обзир. Због наведених разлога он је сматрао да је најбоље да Босна и Херцеговина буду проглашене за *Reichsland*, тј. територију која је под директном влашћу Круне.¹⁵ Управо то показује и његова изјава из 1908. године: „Ако дође до анексије, ја дајем свој пристанак само под једним условом, да се обе провинције прикључе Монархији као круновине. Ако Мађарска буде тражила да ове земље припадну круни Светог Стефана – а то ће се догодити – ми не треба да попуштамо ни под којим условима, чак и ако би то значило одлагање анексије и одржање status quo-a.“¹⁶

Никакве измене у погледу државноправног положаја Босне и Херцеговине није донео ни сам чин анексије. Прокламацијом о анексији само је констатовано да „...протежемо ми право наше суверености на Босну и Херцеговину“, а при томе о њеном државноправном положају није речено ништа. Дакле, упркос измени међународноправног положаја, Босна и Херцеговина је и даље задржала исти државноправни однос према Монархији. Она је остала засебно управно подручје (*corpus separatum*) које се налазило под контролом не само заједничке владе, него и влада обје државе чланице Монархије. При том, она није припадала ни Аустрији, ни Угарској, него је третирана као општедржавно

аустроугарске владавине (покушаји анексије)“, *Гласник архива и Друштва архивиста БиХ*, IV–V/1964–65, Сарајево 1965, 158–165, 171; Џевад Јузбашевић, „Анексија и ставови аустроугарских војних кругова према управљању Босном и Херцеговином“, *Политика и привреда у Босни и Херцеговини под аустроугарском управом*, књига СХVI, Сарајево 2002, 291–292; Ф. Шишић, 80.

¹⁴ Владимир Дедијер, *Сарајево 1914*, Београд 1966, 223–224, 227–228.

¹⁵ *Ibid*, 219–220.

¹⁶ *Ibid*, 218.

подручје Монархије. За разлику од аустријских, угарских и заједничких аустроугарских органа који су имали право да утичу на управљање Босном и Херцеговином, анектирана покрајина не само да није имала право да буде представљена у делегацијама и тако равноправно учествује у заједничким пословима, него није добила ни могућност да формира сопствену унутрашњу управу. Тако је у Босни и Херцеговини и даље задржан исти управни систем који је постојао и у периоду 1878–1908. године. Њоме је и даље управљала Земаљска влада која је била потчињена и за свој рад одговорна заједничком министру финансија. Самим тим, Босна и Херцеговина је и након анексије остала у подређеном положају, како према Монархији као целини, тако и према државама које су је чиниле.¹⁷

Прокламацијом о анексији Босни и Херцеговини је обећано доношење устава. До испуњења тог обећања је дошло тек након две године, када су у фебруару 1910. године санкционисани Земаљски устав (штатут) и органски закони. Према првом параграфу Устава Босна и Херцеговина су „једно јединствено засебно управно подручје, које стоји по закону од 22. фебруара 1880, држ. зак. 1. бр.18, уг. зак. чл. VI: 1880, под одговорним водством и врховним надзирањем ц. и кр. заједничког министарства“. Из наведеног произилази да правни положај Босне и Херцеговине ни овим актом није измењен. Она овим чином не само да није стекла статус самосталне државе унутар Монархије, него није постала ни саставни део неке од њених држава чланица.¹⁸ Дакле, и даље је остала *corpus separatum*. Такође, није постојала ни могућност да Сабор законодавним путем одлучује о измени постојећег односа са Монархијом. За тако нешто је према Закону о управи из 1880. године било потребно доношење усаглашених закона у аустријском и угарском парламенту.¹⁹

¹⁷ О могућем будућем решењу положаја Босне и Херцеговине у време анексионе кризе своје ставове су заузели и хрватски политичари. Више о томе види: Стјепан Матковић, „Хрватски погледи на увођење босанскохерцеговачког сабора“, *Историјска трагања*, бр. 7, Сарајево 2011, 119–132.

¹⁸ О питањима измене државноправног положаја Босне и Херцеговине види: В. Дедијер, 218–236; Хамдија Капићић, „Положај Босне и Херцеговине за вријеме аустроугарске управе (државноправни односи)“, *Историјске претпоставке Републике Босне и Херцеговине*, бр. 4, Сарајево 1968, 70–80.

¹⁹ Цевад Јузбашевић, „Земаљски устав – састав и дјелокруг Сабора“ *Национално-политички односи у босанскохерцеговачком Сабору и језичко питање (1910-1914)*, књига LXXIII, Сарајево 1999, 50.

Доношењем Земаљског устава чак је повећан утицај који су аустријска и угарска влада имале на босанскохерцеговачку управу, чиме се изашло из оквира предвиђених законом из 1880. године. Тако је према Уставу било неопходно не само прибавити сагласност аустријске и угарске владе на све законе усвојене у Сабору, при чему су оне имале право вета, него се иста сагласност морала обезбедити и када је реч о владиним законским предлозима.

На правни положај Босне и Херцеговине није утицала ни реорганизација босанскохерцеговачке управе из 1912. године. Укидање функције цивилног адлатуса и преношење вођства целокупне управе на земаљског поглавара имало је пре свега политички, а не државноправни карактер.

Министар Билински је у писму упућеном генералу Поћореку 22. маја 1913. године изнео идеју о могућој реформи државноправног положаја Босне и Херцеговине. Његова идеја је била да она буде заступљена са по три представника (Србин, Муслиман, Хрват) у аустријској и угарској делегацији.²⁰ Међутим, ни он сам није био сигуран у реализацију ове идеје. Иако је добио подршку цара Франца Јозефа I (Franz Joseph) да покрене ово питање, Билински је био свестан да ће Мађари пружити отпор.²¹

Поћорек је са своје стране подржавао ову идеју верујући да ће се кроз пружање могућности учешћа у заједничким пословима изаћи у сусрет жељама Сабора, а самим тим и ојачати веза између Босне и Херцеговине и Монархије.²² Међутим, како би учешће представника Босне и Херцеговине непосредно у делегацијама било супротно нагодбеним законима из 1867. године о избору и саставу делегација и дуалистичком устројству Монархије, Поћорек је изнео и тезу да би било једноставније решење да се Сабору дозволи да у парламенте обје државе Монархије шаље по шест својих представника. За реализацију идеје о учешћу босанскохерцеговачких представника како у делегацијама, тако и у парламентима, било би неопходно да се квалификованом већином усвоје одговарајући закони у парламентима Аустрије и Угарске. У Босни и Херцеговини то питање би могло бити решено једноставно владаревом одлуком.²³

²⁰ Цевад Јузбашић, „Реформни планови – тешкоће у образовању саборске радне већине”, *Национално-политички односи у босанскохерцеговачком Сабору и језичко питање (1910-1914)*, књига LXXIII, Сарајево 1999, 162.

²¹ Ibid, 165.

²² Ibid, 164.

²³ Ibid, 164–165.

Исту идеју заступао је и престолонаследник Франц Фердинанд. Према његовом мишљењу, делегације је требало реформисати на начин да и Босна и Херцеговина, сходно броју свог становништва, добије право да пошаље своје представнике у ово тело: „Садашња ситуација становништва у провинцијама је таква да оно нема никаквог парламентарног представништва када се одлучује о питањима која су од интереса за читаву Монархију, а тако исто и о питањима која спадају у делокруг Сабора; такво се стање не може одржати за сва времена, јер је неправедно и неправично, и своди Босанце на статус грађана другог реда.“²⁴

Због својих историјских аспирација ка Босни и Херцеговини Мађари су били противници идеје да она добије своје представнике у делегацијама. Тим поводом је и бивши председник угарске владе Шандор Векерле (Sandor Wekerle) истицао да би ова покрајина требало да буде подељена између Аустрије и Угарске, па би у том случају оба њена дела могла бити заступљена и у једној и у другој делегацији.²⁵

О правном положају Босне и Херцеговине расправљало се и почетком Првог светског рата, при чему су јасно долазили до изражаја експанзионистички ставови и једне и друге половине Монархије. Са једне стране, угарски политичари су заговарали идеју да се након рата Босна и Херцеговина прикључи Угарској, док су са друге аустријски војни кругови тражили да она буде прикључена Аустрији. Наиме, мађарски политички кругови су истицали да је већ у самој нагодби из 1867. године, а нарочито Хрватско-угарским уговором од 1868. године, осигурано њихово право на земље „круне Св. Стјепана“, те су у складу с тим ово своје право протезали и на Босну и Херцеговину. Чак је и Иштван Тиса отворено говорио да је мађарски парламент само под тим условом дао своју сагласност на окупацију 1878. године. Поред тога, постојала је и идеја о подели територије Босне и Херцеговине између Аустрије и Угарске.²⁶ Тако је током целе аустроугарске владавине питање инкорпорисања Босне и Херцеговине у уставну и државну структуру Монархије остало нерешено.

²⁴ В. Дедијер, 220.

²⁵ Ц. Јузбашић, „Реформни планови...“, 166.

²⁶ Љубомир Зовко, *Студије из правне повијести БиХ 1878-1941*, Мостар 2007, 29. Види и: Фердо Хауптман, „Комбинације око државно-правног положаја БиХ на почетку Првог свјетског рата“, *Годишњак Друштва историчара БиХ*, Сарајево 1961, 95–96; Лука Ђаковић, „Комбинације мађарских политичких фактора 1915. године око прикључења БиХ Угарској“, *Прилози Института за историју Сарајево*, бр. 16, Сарајево 1979, 103–147.

Имајући у виду наведено, намеће се питање каква је била природа односа између Монархије и Босне и Херцеговине? Шта је представљао *corpus separatum* по својој правној природи?

Поједини аустроугарски правници и политичари доживљавали су Босну и Херцеговину као крунску колонију. Исти став је заузео и посланик др Милан Сршкић на петој седници босанскохерцеговачког Сабора. Ово становиште је међутим само делимично одрживо. Наиме, колоније се у теорији дефинишу као несамоуправне територије које су подвргнуте неограниченој власти одређене државе.²⁷ Тачно је да је Босна и Херцеговина током целог периода аустроугарске владавине била несамоуправна територија, али се по питању обима права које је аустроугарска власт имала према овој покрајини треба правити разлика између два периода. Први период обухвата време од окупације до доношења Земаљског устава (1878–1910), а други период почиње од санкционисања овог акта и траје све до окончања аустроугарске владавине Босном и Херцеговином (1910–1918).

Чињеница је да је у првом периоду власт коју је Аустроугарска вршила у Босни и Херцеговини преко заједничког министра финансија и њему подређене Земаљске владе била апсолутистичка. Све до 1910. године монарх је имао искључиво право да законским путем регулише сва она питања која су се тицала земаљских послова. Изузетак су представљали једино они послови који су се тицали привредних интереса једне или обје државе чланице Монархије.²⁸

Међутим, након 1910. године, положај Босне и Херцеговине се на изванредан начин модификује. Као прво, Земаљским уставом Босна и Херцеговина је добила властите органе. Реч је о Сабору, Земаљском савету и котарским већима. Затим, монарх више није имао искључиво право доношења закона. Сада се у ту законодавну делатност укључује и Сабор. Иако дефинисана као сарадничка, његова улога ипак није била занемарљива. Ако већ није имао право да самостално доноси законе, онда је бар имао прилику да опструира оне владине предлоге који нису били у интересу земље. Дакле, иако Сабор није могао самостално да доноси законе, за решавање свих оних питања која су била у његовој надлежности морала се постићи и његова сагласност.

Такође, Уставом су загарантована и одређена људска права и слободе. Иако су те промене ишле у правцу увођења самоуправе, Босна

²⁷ Б. Кривокапић, 184.

²⁸ Ц. Јузбашић, „Аустроугарско заједничко министарство...”, 247.

и Херцеговина није могла постати субјект у државноправном смислу.²⁹ Чињеница је, међутим, да је овај акт обезбедио Босни и Херцеговини минималну аутономију и ограничен субјективитет. Самим тим, она се не може третирати као колонија у правом смислу те речи. Тачно је, међутим, да је економска политика Аустроугарске према Босни и Херцеговини била колонијална.

Дакле, иако није имала статус самосталне државе и није била субјекат суверених права, Босна и Херцеговина је, као што видимо, имала одређене елементе државности. Као таква, она је представљала један специфичан *sui generis* организам.

ЗАКЉУЧАК

Након окупације, правни положај Босне и Херцеговине био је изузетно специфичан. Разлог томе била су два правна акта – Берлински уговор из 1878. године и Цариградска конвенција из 1879. године. На основу првог акта Аустроугарска је добила мандат да окупира Босну и Херцеговину и њоме управља, док је другим актом потврђена султанова суверена власт над овом покрајином. На овај начин се дошло до једне правна аномалије, по којој је *de iure* суверенитет над Босном и Херцеговином припадао султану, док је *de facto* власт у овој покрајини вршила Аустроугарска. Тако је Порта захваљујући Цариградској конвенцији успела да и после Берлинског конгреса одржи, макар формално, привид непрекинуте султанове суверене власти, иако је то његово право у пракси било сведено на *nudum ius*.

Питање међународноправног положаја Босне и Херцеговине решено је након анексије 1908. године. Међутим, оно што је и даље било спорно јесте њен положај унутар Монархије. Босна и Херцеговина није укључена у ову сложену заједницу двају држава као њен трећи равноправни члан. Она је и даље третирана као општедржавно подручје у чијој управи су учествовали аустријски, угарски, те заједнички аустроугарски органи. На промену правног положаја Босне и Херцеговине није утицало ни доношење Земаљског устава из 1910. године. Овим актом она није стекла статус самосталне државе, него је и даље дефинисана као *corpus separatum*. Упркос томе, она је имала одређене елементе државности, те је као таква представљала специфичну *sui generis* појаву.

²⁹ Ibid, 248.

Sanja Savić, LL.M.
Senior Assistent, Faculty of Law
University of East Sarajevo

LEGAL STATUS OF BOSNIA AND HERZEGOVINA DURING AUSTRO-HUNGARIAN RULE

Summary

After the occupation the legal status of Bosnia and Herzegovina was extremely specific. The reason were two legal instruments - Treaty of Berlin of 1878 and the Carigrad Convention of 1879. On the basis of the first of the Austro-Hungarian Empire mandate to occupy Bosnia and Herzegovina and controll her, while other act confirmed the Sultan's sovereignty over the province. In this way, there was a legal anomaly, for which the de jure sovereignty over Bosnia and Herzegovina belonged to the Sultan, while the de facto authority in the province conducted the Austro-Hungarian Empire. Thus, thanks to the Carigrad Convention Porta managed to and after the Berlin Congress maintain, at least formally, the illusion of unbroken Sultan's sovereign authority, although it is his right was reduced to „nudum ius“.

The question of international legal position of Bosnia and Herzegovina were resolved after the 1908 annexation. However, what is still at stake was its position within the monarchy. Bosnia and Herzegovina is not involved in this complex community of the two states as third equal member. She is still treated as opštredržavno area whose administration are included Austria, Hungary, and the joint Austro-Hungarian authorities. On the change of the legal status of Bosnia and Herzegovina did not affect either the adoption of the National Constitution of 1910. With this act she has not attained the status of an independent state, but is still defined as a corpus separatum. Despite that she had certain elements of statehood, and as such represent a specific sui generis phenomenon.

Key words: *Bosnia and Herzegovina, occupation, international legal status, annexations, legal status.*

ПРАВОБРАНИЛАШТВО – ЧУВАР ЗАКОНИТОСТИ ИЛИ РЕВНОСНИ ЧУВАР ДРЖАВНЕ ИМОВИНЕ

Мр Војо Павичић*
Лидија Видић**

Апстракт: Правобранилаштво је орган коме је повјерена заштита права одређених субјеката јавног права. У овоме је улога правобранилаштва ограничена на јасно одређен сегмент правних односа у којем држава учествује (јер су заступници државе и сви други државни органи, сваки у границама својих надлежности).

Потреба за реформом законског уређења правобранилачке функције је већ одавно уочена, па је потребно обезбиједити одговарајући правни оквир за реформу овог органа као битног дијела правосудног система у Републици Српској и Босни и Херцеговини.

Разлози за доношење новог закона су, између осталог, нови начин уређења својинскоправних и других имовинскоправних односа, јасно утврђивање начела на којима се заснива рад правобранилаштва (начело самосталности и друга начела), прецизно дефинисање односа правобранилаштва и субјеката које заступа, те да се новим законом трајно ријешити питање начина остваривања правобранилачке функције.

Провођење реформе треба да обезбиједи још ефикаснију заштиту имовине и имовинских интереса субјеката које правобранилаштво заступа, и то у отежаним условима свеобухватних транзицијских промјена кроз које пролази наше друштво, гдје су општа и јавна добра, добра од општег интереса као и други имовински интереси ових субјеката изложени нападима који имају за циљ стицање власничких права на некадашњој друштвеној, а сада државној имовини (без правног основа).

* Начелник одјељења у Правобранилаштву Републике Српске

** Помоћник правобраниоца Републике Српске

Услови за најквалитетнију заштиту имовинских права и интереса Републике Српске и других субјеката које заступа могу се постићи кроз реформу која треба да обезбједи равноправан положај правобранилаштва са другим дијеловима правосудног система (правосуђе, тужилаштво, адвокатуру) тако да ова институција поново постане уставна категорија и уз подизање дигнитета правобранилачке функције и поновно враћања ове институције у уставну категорију.

У раду је дат приказ правобранилачке функције у праву Републике Српске, као и у земљама у окружењу.

Остало је отворено питање да ли правобранилаштво треба да остане ревносни чувар државне имовине или би требало да уз чувара државне имовине све више преузима улогу чувара законитости. Садашња улога правобранилаштва упоредива је са улогом осталих приватноправних заступника, јер и једни и други бране своје клијенте без упуштања у оцјену законитости (па и истинитости) њихових навода.

Наравно, одговор на ово питање треба да да како теорија тако и пракса кроз јавну расправу.

Кључне ријечи: *правобранилаштво, правобранилачка функција, заштита имовинских интереса, заштитник законитости, самостални орган.*

УВОД

Правобранилаштво је орган коме је повјерена заштита права одређених субјеката јавног права, а прије свега државе. Наравно, правобранилаштво није једини заступник државе већ су то сви државни органи, сваки у границама своје надлежности. Овим је улога правобранилаштва ограничена на јасно одређен сегмент правних односа у којем држава учествује. Овај сегмент састоји се у остваривању и заштити имовинских права и интереса државе кроз правно заступање и савјетовање државе односно државних органа.

Тако према Закону о Правобранилаштву Републике Српске¹: „Правобранилаштво Републике Српске је самостални орган који у поступку пред судовима и другим надлежним органима предузима правна средства ради заштите имовинских права и интереса Републике Српске,

¹ „Службени гласник Републике Српске“ број 16/05, 77/06, 119/08 и 78/11.

града, општине и њених органа и организација, те других органа и организација који немају својство правног лица и нису уписани у судски регистар, а финансирају се из буџета Републике Српске².“

Појам имовинских права и интереса је у правној теорији вишезначно одређен. Овдје је потребно разјаснити појам имовинских права и интереса којим је одређена надлежност Правобранилаштва Републике Српске. У овом смислу обухваћени су сви правни односи у којима Република Српска и њени органи учествују поводом своје имовине³. Дакле, овдје они не учествују са позиције власти, већ су равноправни учесници (странке) са осталим учесницима у тим односима.

Правобранилаштво се често назива државним адвокатом, иако то није (мада постоје извјесне сличности). Правобранилаштво заступа државу и њене органе као законски заступник, а адвокат странку заступа као пуномоћник. Ово је битна разлика коју познаје и теорија⁴, а и Закон о парничном поступку Републике Српске⁵.

Пуномоћник странке везан је налозима своје странке – властодавца, а странка може и сама⁶ предузимати радње у поступку, па и опозвати⁷ радње које је предузео њен адвокат.

Правобранилаштво као законски заступник⁸ предузима „све радње у поступку“⁹.

Промјене у друштвеним односима које су наступиле посљедње двије деценије довеле су до низа значајних промјена у правном поретку, организацији власти, те нарочито у правном уређењу својинскоправних¹⁰ и других имовинскоправних односа, тако да потреба даљег унапређења правног система Републике Српске захтијева и унапређење организације правобранилаштва и правобранилачке функције.

² Члан 1 Закона о Правобранилаштву Републике Српске („Службени гласник Републике Српске“ број 16/05, 77/06, 119/08 и 78/11).

³ О појму имовине опширније види – проф. др Марко Рајевић, *Пословно право*, Бања Лука, 2007. године, стр. 52.

⁴ Опширније види – проф. др Марко Рајевић, *Пословно право*, Бања Лука, 2007. године, стр. 66–69.

⁵ „Службени гласник Републике Српске“, број 58/03, 85/03, 74/05, 63/07, 49/09 и 61/13.

⁶ Члан 300 Закона о парничном поступку Републике Српске.

⁷ Члан 303 Закона о парничном поступку Републике Српске.

⁸ Члан 293 Закона о парничном поступку Републике Српске.

⁹ Члан 294 Закона о парничном поступку Републике Српске.

¹⁰ Закон о стварним правима Републике Српске („Службени гласник Републике Српске“, број 124/08, 58/09 и 95/11).

Ово посебно са аспекта нових надлежности Правобранилаштва, енормног повећања броја предмета у раду, те усклађивања са законима Европске уније.

Због тога ћемо у овом раду: дати краћи приказ настанка и историјског развоја правобранилачке функције, појаснити улогу и значај правобранилачке функције, приказ уређења и организације Правобранилаштва Републике Српске, упоредни приказ правобранилачке функције у другим земљама и земљама у окружењу, упоредни приказ положаја правобранилачке функције и правобраниоца са судијама, тужиоцима и адвокатима, те перспективе правобранилаштва у Босни и Херцеговини и Републици Српској.

1. НАСТАНАК И ИСТОРИЈСКИ РАЗВОЈ ПРАВОБРАНИЛАШТВА

Како за потребе овог рада није потребно давати детаљан приказ настанка правобранилаштва, а ради лакшег разумијевања проблема којим се аутори баве у овом раду, преносимо текст о настанку правобранилаштва који смо преузели са интернет странице Wikipedia¹¹.

Правобранилаштво као институција има своје коријене још римском праву. Након трансформације римске републике у Римско царство, у вријеме владавине римског цара Хадријана у првом вијеку нове ере у историјским изворима налазимо прве трагове о магистрату и државном службенику под називом *advocatus fisci* који је обављао послове заступања имовинских интереса државе и који је претеча данашњег правобранилаштва, као посебног државног органа овлашћеног да, у поступку пред судом и другим органом, заступа друштвени или јавни интерес, односно поступа као правни заступник државе у остваривању њених имовинских права и интереса.

Функција правобранилаштва нужно постоји у држави као једном правном субјекту. Чим се у једном друштву развила свијест о држави као посебном бићу, као посебној грађанскоправној личности, односно носиоцу својих сопствених права и обавеза, одвојених од права и обавеза физичких лица која врше власт у име државе, морало се поставити питање ко ће заступати интересе тог посебног правног субјекта у правним односима са другим правним субјектима. Стога државно правобранилаштво има дугу традицију, јер његов развој отпочиње чим право у једном

¹¹ <http://sr.wikipedia.org>, посјећено 15.10.2014. године.

друштву достигне такав степен развоја у коме се прави разлика између имовине државе и имовине владара, те када се за старање о заштити имовинских интереса државе ангажују посебни државни службеници.

Прво историјски неспорно одвајање имовине државе од имовине владара одиграло се током трансформације римске републике у царство, током I вијека нове ере. У вријеме првог римског цара – императора Октавијана Августа, поред старе установе јавне благајне – ерара (лат. *aerarium*), појављује се посебна благајна императора – фискус (лат. *fiscus*), у коју су се сливали приходи из провинција. Иако се понегдје фискус назива приватном благајном римског императора, заправо је и ова благајна била јавна, односно државна, док је приватна благајна императора била одвојена од фискуса (лат. *res privata Principis, ratio Caesaris*). У вријеме владавине римског императора Хадријана, почетком II вијека нове ере, када су благајна императора (*fiscus*) и благајна Сената и народа Рима (*aerarium*) већ сједињене у јединствену јавну благајну, односно када више не постоје битне разлике у правном положају различитих облика јавне имовине, иако се оба назива и даље паралелно користе и међусобно мијешају, налазимо траг о посебном царском службенику који је обављао послове заступања те јединствене јавне благајне, односно имовинских интереса државе, под називом адвокат фискуса (лат. *advocatus fisci*).

На положај адвоката фискуса римски цареви су постављали најистакнутије правнике, припаднике римске аристократије (лат. *equestrēs*). Неки од најпознатијих адвоката фискуса били су: Септимије Север, касније римски цар, као и Емилије Папинијан, један од најистакнутијих римских правника.

Advocatus fisci римског права представља претечу данас постојећих различитих облика правобранилаштва, са многим истим или сличним карактеристикама. Од тог времена па до данас, изузев у средњем вијеку, постоје државна правобранилаштва као посебни државни органи који врше правобранилачку функцију, односно дјелују као правни заступници државе у поступцима пред судовима или другим органима у остваривању њених имовинских права и интереса и као правни савјетници другим државним органима и организацијама.

Правобранилаштво постоји и у другим државама, односно другим правним традицијама, али се надлежности и организација битно разликују од државе до државе.

Ово истичемо из разлога што се у широј јавности понекад истичу мишљења да је правобранилаштво орган везан само за претходну државу и систем, те да се ради о застарјелом и превазиђеном органу чије се постојање веже само за социјалистичко уређење. Ово напросто није исправно схватање јер и у упоредном праву односно упоредним правним системима, како у Европи тако и на подручју бивше Југославије, постоје органи који обављају ове послове и заузимају врло значајно мјесту у правним системима тих земаља. Ради тога дајемо кратак приказ назива органа који врши правобранилачку функцију у правним системима тих земаља, а који смо у цијелости преузели са интернет странице Wikipedia¹².

Републике бивше СФРЈ:

- Република Србија – Државно правобранилаштво
- Црна Гора – Заштитник имовинскоправних интереса Црне Горе
- Босна и Херцеговина – Правобранилаштво Босне и Херцеговине
- Република Српска – Правобранилаштво Републике Српске
- Федерација Босна и Херцеговина – Федерално правобранилаштво
- Република Хрватска – Државно одвјетништво (Грађанско-управни одјел)
- Република Македонија – Државно правобранителство
- Република Словенија – Државно правобранилство

Европа:

- Република Италија – Државно правобранилаштво Италије (итал. *Avvocatura dello Stato*)
- Краљевина Шпанија – Државно правобранилаштво Шпаније (шп. *Abogacia General del Estado*)
- Република Аустрија – Финансијска прокуратура (заступништво) (њем. *Finanzprokurator*)
- Република Француска – Правосудни заступник државе (фр. *Agent judiciaire de l'État*)
- Велика Британија (Енглеска и Велс) – Државни правобранилац (енгл. *Attorney General*) и Правозаступник трезора (енгл. *Treasury Solicitor*)
- Руска федерација – Федерални трезор (рус. *Федеральное казначейство*)
- Чешка Република – Канцеларија за заступање владе у имо-

¹² <http://sr.wikipedia.org>, посјетено 15.10.2014. године.

винскоправним поступцима (чеш. *Úřad pro zastupování státu ve věcech majetkových*)

- Пољска – (пољ. *Prokuratoria Generalna Skarbu Panstwa*)
- Грчка – Државни правни савет (грч. *Νομικό Συμβούλιο του Κράτους*)
- Албанија – Државно правобранилаштво (алб. *Avokatura e Shtetit*)
- Краљевина Холандија – *Landsadvocaat*
- Краљевина Данска – *Kammeradvokaten*
- Краљевина Норвешка – *Regjeringsadvokaten*
- Краљевина Шведска – *Justitiekanslern*

Из предњег је јасно видљиво да и у развијеним западним правним системима правобранилаштво има велики значај и улогу, те заузима посебно мјесто у правном систему, а у многима од њих је уставна категорија.

2. ЗНАЧАЈ И УЛОГА ПРАВОБРАНИЛАЧКЕ ФУНКЦИЈЕ

Правобранилаштво као државни орган у државном уређењу заузима значајно мјесто. Посебно је значајна улога правобранилаштва у заштити имовине и имовинских интереса оног субјекта којег заступа.

У прилог овоме говори и чињеница о постојању ових органа како у земљама у окружењу, тако и у развијеним западним системима, од којих је у многим и уставна категорија (како смо и навели на претходним страницама).

Посебно је значајна улога правобранилаштва у системима који немају адекватну заштиту државне имовине, у којима је ова имовина чешће нападана.

А каква је улога и значај правобранилаштва у земљама које пролазе кроз транзицијске промјене?

Одговор на ово питање је јасан: значај и улога правобранилачке функције посебно долази до изражаја у вријеме транзицијских промјена кроз које пролази друштво.

Република Српска и БиХ укупно пролазе кроз свеобухватне друштвене реформе, а које су присутне и проводе се већ готово 20 година, почев од процеса приватизације, као модела преласка са друштвено

усмјереног (социјалистичког) система привређивања на капиталистички начин привређивања, па све до реформи уставног система и свеукупне законске легислативе (донесен читав низ нових како процесних тако и материјалних закона).

У свеукупном процесу реформи посебно су изражене власничке реформе, гдје се прелази на индивидуалистички концепт уређења имовинских права, умјесто досадашњег система друштвене својине.

Користећи слабости новонасталих система у транзицији, појединци, користећи често дозвољена па и недозвољена средства, настоје искористити слабости система ради стицања власничких права на некадашњој друштвеној а сада државној имовини. При томе су нападнута и општа и јавна добра, и добра од општег интереса као што су шуме и шумско земљиште, пољопривредно земљиште, рудна богатства и друго.

У циљу заштите државне имовине и спречавања наведених појава у свеукупном систему заштите значајну улогу има, и треба да има, правобранилаштво.

Као што смо раније истакли, у широј јавности се понекад намеће мишљење да су правобранилаштво и правобранилачка функција везане само за претходни систем и државу, и на тај начин умањују значај овог органа (што је апсолутно нетачно због постојања и значајне улоге ових институција у развијеним западним земљама).

Овакво поимање правобранилаштва и правобранилачке функције у широј јавности последица је и постојећег законског оквира који треба мијењати у складу са свеопштим промјенама у друштву.

Због тога је неопходно квалитетно уређење и организација правобранилаштва као заштитника имовине и имовинских интереса субјеката које заступа. Као један од првих корака ка постизању овог циља јесте стварање одговарајућег правног оквира за наставак провођења реформи Правобранилаштва као једног битног дијела правосудног система у Републици Српској, о чему ће више ријечи бити на наредним страницама.

3. ПРАВОБРАНИЛАШТВО У БИВШОЈ СФРЈ

Након завршетка II свјетског рата и ослобођења Југославије дошло је до револуционарног разлаза са ранијим државним уређењем. Нова власт је почела изградњу нове државности и новог права.

Свеукупне друштвене промјене обухватиле су и правобранилаштво. Одмах, априла 1945. године, донесен је Закон о укидању Врховног државног правобранилаштва, државних правобранилаштва, Врховног државног тужилаштва¹³ којим је укинута Државно правобранилаштво и њихове надлежности пренесене на Јавног тужиоца ДФЈ и његове подређене органе.

Како се ово рјешење није показало као добро, августа 1945. године донесен је Закон о заступању надлештава, установа, предузећа и организација јавног карактера¹⁴.

Овим је по први пут одређено да сваки државни орган и јавна установа заступа саму себе (односно заступају их лица која су на челу тих установа). Заштиту имовинских интереса пред судовима и другим народним властима могао је предузети и други орган народне власти под чијим надзором или руковођењем је био тај орган.

Према овом рјешењу је постојало више носилаца правобранилачке функције, чиме је створена поприлична конфузија, тако да овај закон није створио ни минимум услова за вршење правобранилачке функције.

Стога је крајем октобра 1945. године донесен Закон о потврди, измјенама и допунама Закона о заступању надлештава, установа, предузећа и организација јавног карактера¹⁵.

Очигледно, ови закони су изазвали конфузију и проблеме у пракси због тога што је, због непрецизно одређене надлежности, могло доћи и долазило је до сукоба надлежности.

Из ових разлога било је неминовно обновити функцију правобранилаштва и прецизно одредити дјелокруг рада и посебан орган за вршење послова правобранилаштва. Тако је 1952. године донесен Закон о јавном правобранилаштву¹⁶.

Јавно правобранилаштво било је организовано по угледу на претходно – предратно Државно правобранилаштво.

Овим законом одређено је да јавно правобранилаштво у имовинскоправним односима заступа ФНРЈ, народне републике, аутономне јединице, срезове, градове и општине, као и остале установе којима је признато својство правног лица.

Како су у послијератној Југославији биле честе уставноправне реформе, указала се и потреба за усаглашавањем са уставним промјенама,

¹³ Службени лист ДФЈ, број 27/45.

¹⁴ Службени лист ДФЈ, број 56/45.

¹⁵ Службени лист ФНРЈ, број 88/46.

¹⁶ Службени лист ФНРЈ, број 24/52.

између осталог, и правобранилачке функције. То је проузроковало и честе измјене закона, које ћемо на овом мјесту само поменути, јер цијенимо да за потребе овог рада није потребна детаљна анализа ових закона.

Тако је након доношења Уставног закона из 1953. године донесен Закон о јавном правобранилаштву из 1955. године¹⁷.

Први пут институција Правобранилаштва постаје уставна категорија доношењем Устава из 1963. године, а тај Устав први пут институцију која обавља правобранилачку функцију означава ријечју Правобранилаштво.

Устав СФРЈ из 1963. године одредио је надлежност Федерације за доношење двију врста закона: потпуних и основних.

Потпуним законима уређивали би се одређени правни односи у цјелини, док би основним законима биле уређиване само основе тих односа, а Републикама би било препуштено да прецизније уреде те односе.

На основу тог устава донесен је Основни закон о јавном правобранилаштву¹⁸ из 1965. године. Нешто касније и републике доносе своје законе о јавном правобранилаштву.

Након доношења Устава из 1974. године и даљег развлашћивања федерације, федерација и републике билу су потпуно самосталне у уређивању својих органа. Нема више хијерархијског односа између правобранилаштва, федерација није више уређивала ни основна правила правобранилачке функције (законом се уређивало само Савезно и Војно јавно правобранилаштво), док је свака република својим законом уредила правобранилачку функцију на својој територији.

У том периоду донесен је Закон о савезном јавном правобранилаштву¹⁹, након чега и републике доносе своје законе. СРБиХ је 1976. године донијела Закон о Јавном правобранилаштву²⁰, а потом 1989. године и нови Закон о Јавном правобранилаштву СРБиХ²¹.

¹⁷ Службени лист ФНРЈ, број 51/55.

¹⁸ Службени лист СФРЈ, број 15/65.

¹⁹ Службени лист СФРЈ, број 4/77.

²⁰ Службени лист СРБиХ, број 36/76, 28/81 и 40/84.

²¹ Службени лист СРБиХ, број 2/89.

4. ПРАВОБРАНИЛАШТВО У ЗЕМЉАМА У ОКРУЖЕЊУ И БОСНИ И ХЕРЦЕГОВИНИ

4.1. РЕПУБЛИКА СРБИЈА

У Републици Србији вршење правобранилачке функције уређено је Законом о правобранилаштву²² из 2014. године, којим је стављен је ван снаге Закон о јавном правобранилаштву.²³

Према важећем Закону, правобранилаштво је орган који обавља послове правне заштите имовинских права и интереса Републике Србије, аутономне покрајине, односно јединице локалне самоуправе²⁴.

Послове правобранилаштва обављају Државно правобранилаштво, правобранилаштва аутономних покрајина и јединица локалне самоуправе.

Државно правобранилаштво послове из своје надлежности обавља у сједишту у Београду и у једанаест одјељења образованих ван сједишта.

Функцију Државног правобранилаштва обављају државни правобранилац и његови замјеници, а правобранилачки помоћници израђују правобранилачке поднеске и акте и предузимају радње заступања на расправама пред судом, органом управе или другим надлежним органом.

Државни правобранилац, поред руковођења и представљања државног правобранилаштва, искључиво је надлежан за покретање поступка оцјене уставности и законитости, а ради постизања законитости, дјелотворности и једнообразности у поступању издаје, у писменој форми, општа обавезна упутства за рад и поступање замјеника и осталих запослених у Државном правобранилаштву. У појединим предметима може издати упутство за обавезно поступање замјеника, а уколико замјеник државног правобраниоца сматра да је упутство незаконито или неосновано може изјавити приговор.

Надлежности Државног правобранилаштва одређене су као надлежности заступника и пуномоћника²⁵.

²² Закон о правобранилаштву („Службени гласник Републике Србије“, број 55/14).

²³ Закон о јавном правобранилаштву („Службени гласник Републике Србије“, број 43/91).

²⁴ Члан 2 став 1.

²⁵ Члан 11.

Државно правобранилаштво, као заступник:

– заступа Републику Србију, државне органе и посебне организације који имају и немају својство правног лица, а чије се финансирање обезбјеђује из буџета Републике Србије и јавне установе чији је оснивач Република Србија, и чије се финансирање обезбјеђује из буџета Републике Србије, у правним поступцима пред судовима, арбитражама, органима управе и другим надлежним органима, када ови субјекти имају положај странке или умјешача о чијим правима и обавезама се одлучује у том поступку,

– заступа Републику Србију пред страним и међународним судовима и арбитражама и пред другим надлежним органима у иностранству,

– заступа Републику Србију и пред Европским судом за људска права у складу са Европском конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода и додатним протоколима уз ову конвенцију, а послове заступања обавља замјеник државног правобраниоца који је постављен и за заступника Републике Србије пред тим судом.

Државно правобранилаштво, као пуномоћник:

– може на основу посебно датог пуномоћја заступати у поступку пред судовима, арбитражама, органима управе и другим надлежним органима и друга правна лица чији је оснивач Република Србија.

Остале надлежности Државног правобранилаштва утврђене су Законом о Правобранилаштву и у другим прописима.

Државно правобранилаштво овлашћено је да самостално покрене поступак пред надлежним органом поводом питања из своје надлежности, а поступа и по писменим налозима и захтјевима субјектата које заступа. Када оцијени да се налогом или захтјевом крши Устав, закон или се угрожавају имовинска права и интереси Републике Србије, Државно правобранилаштво писменим путем обавјештава издаваоца налога са образложеним разлозима за одбијање поступања. Међутим, ако заступани субјекат и даље остане при издатом налогу или поднијетом захтјеву, Државно правобранилаштво ће поступити по налогу или захтјеву, с тим да државни правобранилац, односно његов замјеник, не могу трпјети штетне посљедице уколико су поступили у складу са процедуром утврђеном у Закону.

4.2. ЦРНА ГОРА

Црну Гору, њене органе и јавне службе које немају својство правног лица пред судовима и другим државним органима заступа Заштитник имовинскоправних интереса као самосталан орган успостављен Законом о државној имовини из 2009. године. У имовинским споровима од нарочитог значаја за државу, или у случају да је вриједност спора изнад 30.000 €, Заштитник је дужан да поступи по упутствима Владе Црне Горе, а за одрицање од тужбеног захтјева, или признање тужбеног захтјева, те за закључење поравнања, заштитнику је потребно посебно овлашћење.

Поред послова заступања пред судовима и другим државним органима, Заштитник је надлежан да органима, чија имовинска права и интересе заступа, на њихов захтјев даје правна мишљења у вези са закључивањем уговора, као и о другим имовинскоправним питањима. Сви закључени уговори о стицању и располагању непокретним стварима и покретним стварима и другим добрима веће вриједности у државној својини обавезно се достављају Заштитнику.

Заштитник је овлашћен да, прије покретања поступка, предузме потребне радње у циљу споразумног разрјешења спорног односа, ако природа спора то допушта.

Заштитник своју надлежност остварује на територији цијеле Црне Горе кроз канцеларије (Подгорица, Бијело Поље и Котор) основане за подручја више судова као организационе форме и без подјеле надлежности по територијалном и стварном принципу (канцеларија у Подгорици је надлежна за давање правних мишљења о уговорима и другим питањима у вези са управљањем, коришћењем и располагањем државном имовином).

Заштитник има 10 замјеника, који су распоређени по канцеларијама.

4.3. РЕПУБЛИКА ХРВАТСКА

Након самостаљења Републике Хрватске, јавноправобранитељство постало је државно правобранитељство и његова се улога ограничила на заштиту имовине Републике Хрватске и њено заступање у грађанским и управним поступцима. Измјенама Устава Републике Хрватске из 2000. године државно правобранитељство се спаја са државним одвјетништвом и дефинише као самостално и независно правосудно тијело²⁶.

²⁶ Опширније види: Др сц. Динка Шаго и Розана Домић, *Улога државног одвјетника у парничном поступку*, Зборник радова Правног факултета у Сплиту, год. 50, 1/2013, стр. 199–222.

Године 2001. донесен је Закон о државном одвјетништву²⁷ којим се установљава Државно одвјетништво и одређује његова организација, дјелокруг и надлежност.

Према важећем Закону о државном одвјетништву²⁸, Државно одвјетништво је самостално и независно правосудно тијело, овлашћено и дужно поступати против починилаца кривичних и других кажњивих дјела, предузимати правне радње ради заштите имовине Републике Хрватске, те подносити правна средства за заштиту Устава и закона.²⁹

Веома је битна одредба важећег закона којом се забрањује сваки облик утицаја, а посебно сваки облик присиле према државним одвјетницима, злоупотреба јавних овлашћења и личног утицаја, као коришћење медија и јавних иступања у предметима кривичних дјела за која се гони по службеној дужности, као и у предметима у којима државни одвјетник законито извршава своја овлашћења и дужности у заштити имовине Републике Хрватске и одредба члана 6 Закона која прописује да главни државни одвјетник и државни одвјетник, те њихови замјеници не смију бити позвани на одговорност за изражено правно мишљење у предмету који му је додијелен у рад, осим ако се ради о кршењу закона које је кажњиво дјело.

У Републици Хрватској државна одвјетништва су: Државно одвјетништво Републике Хрватске, на чијем челу је главни државни одвјетник, жупанијска државна одвјетништва (15), на чијем челу су жупанијски државни одвјетници, и опћинска државна одвјетништва уз сталне службе у појединим опћинским државним одвјетништвима (34), на чијем челу су опћински државни одвјетници.

Према Закону, организација државног одвјетништва заснива се на вертикалној субординацији. На челу државног одвјетништва је главни државни одвјетник Републике Хрватске. Опћинска државна одвјетништва подређена су жупанијским, а ова Државном одвјетништву Републике Хрватске.

Субординација посебно долази до изражаја у управљању државним одвјетништвом, па тако виши државни одвјетник може нижем државном одвјетнику давати а упутства (напутке) за рад и поступање када је то потребно ради јединствене примјене закона и јединственог поступања државних одвјетништава. Налози и упутства могу се односи-

²⁷ „Народне новине“, број 51/01, 58/06, 16/07, 20/07 и 146/08.

²⁸ „Народне новине“, број 76/09, 153/09, 116/10, 145/10, 57/11, 130/11, 72/13 и 148/13.

²⁹ Члан 2 став 1.

ти и на поступање у поједином случају и у таквом случају они се дају у прописаној процедури.

Структура државних одвјетништава је таква да, у правилу, имају установљене кривичне и грађанско-управне одјеле, а унутар одјела могу се основати одсједи као стручна тијела од најмање три замјеника државног одвјетника који су специјализовани за одређену врсту предмета (за грађанско-управне одјеле: одсјек за стварноправне односе, обвезноправне односе, управни поступак, радне односе и слично).

У државном одвјетништву може бити именован један или више замјеника државног одвјетника. Државно одвјетништво може имати савјетнике и више савјетнике који помажу државном одвјетнику или његовом замјенику у раду, те стручне сараднике (службеници са завршеним одговарајућим стручним студијем, криминалистичког, дефектолошког, социолошког, педагошког, економског, књиговодствено-финансијског и другог одговарајућег смјера) који помажу државном одвјетнику или замјенику државног одвјетника у раду у стварима у којима су потребна стручна знања

Од краја 2001. године као посебно државно одвјетништво у саставу државноодвјетничке организације основан је Уред за сузбијање корупције и организираног криминалитета (УСКОК).

Надлежности државног одвјетништва одређене су као надлежности заступника и пуномоћника. Законом о измјенама и допунама Закона о државном одвјетништву из 2007. године државна одвјетништва више нису овлашћена да на основу посебних пуномоћи заступају јединице локалне самоуправе и подручне (регионалне) самоуправе.

Државно одвјетништво је орган државе, дакле правног лица које заступа, и оно своја овлашћења изводи из закона, а не из воље заступаног правног лица. Међутим, у случајевима када се ради о имовинским стварима од посебног значаја за Републику или велике вриједности, а треба се одрећи захтјева, признати захтјев противне стране, закључити нагодбу, одустати од правног лијека, надлежно државно одвјетништво о томе обавјештава Државно одвјетништво Републике Хрватске, које са својим мишљењем о томе извјештава Владу која може дати своје мишљење за поступање, а ако надлежно државно одвјетништво не поступи у складу са мишљењем Владе, дужно је о томе Владу обавијестити, уз навођење разлога за такву одлуку.

Према члану 88а важећег закона, надлежно државно одвјетништво дужно је, на захтјев правног лица које заступа, доставити податке о

стању предмета и дати процјену вјероватности успјеха у спору, а државна тијела која заступа државно одвјетништво дужна су именовати координатора за сарадњу са државним одвјетништвима те правовремено достављати изјашњења о чињеничним наводима тужбе или приједлога, доказне приједлоге, документацију којом располажу те своје мишљење о основаности захтјева у поступцима пред судовима, управним и другим тијелима.

4.4. СЛОВЕНИЈА

Република Словенија, као независна држава, донијела је 1997. године Закон о Државном правобранилаштву³⁰ којим је дефинисана његова организација и надлежности. Организација Државног правобранилаштва Републике Словеније је најсличнија организацији Правобранилаштва Републике Српске.

По важећем закону, Државно правобранилаштво је самостални државни орган који је јединствен, а своје задатке извршава у сједишту у Љубљани и у спољним организационим одјељењима. Према члану 1 поменутог закона, Државно правобранилаштво је заступник пред судовима и управним органима Републике Словеније, њених органа и управних организација у њиховом саставу, а које имају својство правног лица, а извршава и друге законом одређене задатке.

Правобранилаштво извјештава субјекте које заступа о току њихових предмета и даје правне савјете при закључивању уговора на основу којих за те субјекте настају имовинска права и обавезе, затим при закључивању уговора којима се оснивају, мијењају или укидају стварна права на некретнинама и при рјешавању других имовинских питања.

Према члану 14 Закона о државном правобранилаштву, онај ко намјерава да покрене парницу или неки други поступак против субјекта који заступа Државно правобранилаштво, мора претходно да предложи Државном правобранилаштву да се спорни однос ријеши прије покретања парнице или другог поступка.

4.5. МАКЕДОНИЈА

Државно правобранилаштво Републике Македоније основано је Законом о Државном правобранилаштву³¹ из 2007. године. Према том

³⁰ „Урадни лист Републике Словеније“, број 20/1997.

³¹ „Службени гласник Републике Македоније“, број 87/07.

Закону, Државно правобранилаштво је државни орган који предузима мјере и правна средства пред судовима и другим органима, у земљи и иностранству, у циљу правне заштите имовинских права и интереса Републике Македоније и државних органа основаних законом.

Функцију Државног правобранилаштва врше државни правобранилац Републике Македоније и државни правобраниоци у 15 сједишта која су одређена одлуком Владе Републике, а којом су одређена и судска подручја на којима они обављају државноправобранилачку функцију.

Државног правобраниоца Републике Македоније, по приједлогу Министарства правде, именује Влада Републике Македоније, на период од шест година, са правом на поновни избор, а државне правобраниоце по сједиштима такође именује Влада, по претходно прибављеном мишљењу државног правобраниоца, без ограничења мандата.³²

4.6. БОСНА И ХЕРЦЕГОВИНА

На територији Босне и Херцеговине одговарајућим законима основани су Правобранилаштво Босне и Херцеговине, правобранилаштва ентитета и Правобранилаштво Брчко Дистрикта.

4.6.1. Правобранилаштво Босне и Херцеговине

Правобранилаштво Босне и Херцеговине основано је законом из 2002. године,³³ са циљем да се држави Босни и Херцеговини осигура ефикасна законска заштита и заступање у погледу заштите њених Уставом утврђених надлежности, интереса и права.

Функцију Правобранилаштва, према закону, врше правобранилац, два замјеника правобраниоца и више помоћника правобраниоца.

Правобранилаштво Босне и Херцеговине надлежно је да врши послове савјетовања и законског заступања Босне и Херцеговине, њених институција и органа, јавних агенција, јавних корпорација и других организација Босне и Херцеговине утврђених законом Босне и Херцеговине пред свим редовним судовима, државним органима и Уставним судом Босне и Херцеговине, затим пред међународним судовима, судовима

³² Општирније види: Државно правобранилаштво Републике Македоније, ДП бр. 03-140/13,22. април 2013. године, Мјесто и улога државног правобранилаштва Републике Македоније у правосудном систему Републике Македоније, Билтен Републичког јавног правобранилаштва, бр. 2/2013, Интермекс, Београд, стр. 58.

³³ Закон о правобранилаштву Босне и Херцеговине „Службени лист БиХ“, број 8/02,10/02,44/04, 102/09, 47/14.

других држава, међународним арбитражама и међународним органима других држава. Правобранилаштво Босне и Херцеговине пружа стручну помоћ институцијама Босне и Херцеговине у рјешавању имовинскоправних питања и даје мишљења у вези са закључивањем уговора имовинскоправне природе, по посебној пуномоћи може заступати ентитете и Дистрикт Брчко, а има и превентивну улогу, која се огледа у спречавању настанка спорова и њиховог мирног рјешавања, без вођења судског или другог поступка.

4.6.2. Федерација Босне и Херцеговине

У Федерацији Босне и Херцеговине вршење правобранилачке функције уређено је по принципу и на начелима подјеле надлежности између федералних, кантоналних и опћинских правобранилаца.

На нивоу Федерације Босне и Херцеговине организација, правни и материјални положај федералних правобранилаца уређена је Законом о Федералном правобранилаштву³⁴.

На нивоу кантона, у оквиру уставом прописаних надлежности, сваки од десет кантона овлашћен је и надлежан за доношење закона о правобранилаштву којим уређује организацију, правни и материјални положај кантоналних правобранилаца и њихових замјеника и искључиво је надлежан за уређење правобранилачке функције на подручју тог кантона. Кантоналним законима о правобранилаштву су, такође, регулисани и уређени организација, правни и материјални положај и општинских правобранилаца и њихових замјеника.

Правобранилачку функцију, на нивоу кантона, обављају кантонални правобраниоци и њихови замјеници, док на нивоу општина функцију правобраниоца обављају општински правобраниоци и њихови замјеници, а постоје и случајеви да једно општинско правобранилаштво обавља правобранилачке послове, за више општина и да поједина кантонална правобранилаштва, поред послова из своје надлежности, обављају и правобранилачке послове из надлежности општинског правобраниоца³⁵

Као што је већ речено, на нивоу Федерације Босне и Херцеговине организација, правни и материјални положај федералних правобранила-

³⁴ Службене новине Федерације Босне и Херцеговине број. 2/9, 12/98, 18/2000, 61/06.

³⁵ Опширније види: Пројекат реформе правобранилачке функције у Федерацији Босне и Херцеговине, Удружење правобранилаца/правобранитеља у Федерацији Босне и Херцеговине, вељача 2011, http://upuf.ba/wp-content/uploads/Projekat_reforme_pravobranilastva.pdf.

ца и њихових замјеника уређен је Законом о Федералном правобранилаштву.

Федерално правобранилаштво је посебан самосталан орган који предузима мјере и правна средства ради правне заштите имовине и имовинских интереса Федерације Босне и Херцеговине и њених органа и тијела који немају својство правног лица, а финансирају се из Буџета. Федерално правобранилаштво може заступати правна лица која оснива Федерација и која се финансирају из Буџета Федерације ако је то предвиђено актом о оснивању правног лица.

Федерално правобранилаштво, поред вршења послова одређених федералним законом, заступа Федерацију (осим ако Влада Федерације другачије не одлучи или ако по прописима стране земље не може непосредно заступати) пред иностраним судовима, арбитражама и другим државним органима и организацијама, а може да заступа кантонално или општинско правобранилаштво ако то заступање затраже.

Федерално правобранилаштво обавезно даје мишљење у поступку доношења општих аката, којима се уређују имовинскоправни односи, права и обавезе према стварима и власништву Федерације и у вези са закључивањем уговора имовинскоправне природе (уговора о купопродаји, замјени, закупу, преносу на привремено или трајно коришћење ствари, уз накнаду или без накнаде, уговора о концесији, уговора о грађењу и удруживању средстава за грађење, уговора о статусним и уговорним облицима повезивања предузећа, као и других уговора којима се прибављају ствари или располаже стварима, односно материјалним правима), чија вриједност прелази 10.000 КМ.

4.6.3. Правобранилаштво Брчко Дистрикта БиХ

Правобранилаштво у Брчко Дистрикту основано је законом 2006. године³⁶ као самостални орган који, у поступцима пред судовима и другим надлежним органима, обавља послове правне заштите јавне имовине, имовинских права и имовинских интереса Дистрикта, његових органа, институција и правних лица која се финансирају у потпуности или претежно из буџета Дистрикта или у односу на њих Дистрикт врши оснивачка права.

Функцију Правобранилаштва врши правобранилац који се бира на период од четири године и четири замјеника чија је функција стална.

³⁶ Закон о Правобранилаштву Брчко Дистрикта БиХ „Службени гласник Брчко Дистрикта“, број 28/06, 19/07, 17/08, 20/10.

Правобраниоца и замјенике правобраниоца бира Правосудна комисија, а мандате верификује Скупштина Брчко Дистрикта.

У предузимању правних радњи Правобранилаштво може да предузима све радње које предузима странка у поступку, а уколико сматра да не треба покренути поступак пред судом или другим органом или треба повући тужбу или се одрећи тужбеног захтјева или приједлога за извршење, признати захтјев противне странке или закључити поравнање, обавијестиће о томе субјекат који заступа.

У поступку доношења закона и других прописа којима се уређују имовинскоправни односи, као и права и обавезе према средствима у власништву Дистрикта и јавних предузећа у којима Дистрикт има већинско власништво, обавезно се прибавља мишљење Правобранилаштва. Мишљење Правобранилаштва прибавља се и прије доношења аката и закључивања уговора којима се регулишу финансијска и имовинскоправна питања и чија вриједност прелази 15.000 КМ. Интересантно је законско рјешење да су донесени акти и уговори ништавни уколико није затражено мишљење Правобранилаштва, осим ако Правобранилаштво не достави мишљење у законом прописаном року.

5. ПРАВОБРАНИЛАШТВО У ПРАВНОМ СИСТЕМУ РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ

5.1. ПРЕУЗЕТИ ЗАКОН О ЈАВНОМ ПРАВОБРАНИЛАШТВУ СР БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ

Република Српска је у свој правни систем преузела до тада важећи Закон о јавном правобранилаштву Социјалистичке Републике Босне и Херцеговине на основу члана 12 Уставног закона за провођење Устава Републике Српске³⁷ чији је основни текст усвојен 1989. године³⁸ и који се примјењивао до 1993. године.

Јавно правобранилаштво, према преузетом закону, било је самостални орган одређене друштвено-политичке заједнице које предузима мјере и правна средства ради њене правне заштите, правне за-

³⁷ Уставни закон за провођење Устава Републике Српске („Службени гласник Републике Српске“, број 21/92).

³⁸ Закон о јавном правобранилаштву („Службени лист СРБиХ, бр. 2/89 и 33/89).

штите њених органа, других државних органа и организација које се финансирају из буџета, фондова и мјесних заједница (друштвено правна лица). У случајевима одређеним законом предузимало је мјере и правна средства ради заштите добара од општег интереса и ствари у друштвеној својини, и вршило друге послове одређене законом. Јавно правобранилаштво могло је заступати, на њихов захтјев, друга друштвено правна лица ако вршење тих послова не утиче на благовремено и успјешно извршавање његових функција.

Остале надлежности Јавног правобранилаштва биле су прописане Законом о Јавном правобранилаштву и другим материјалним прописима.

Функцију јавног правобранилаштва вршила су општинска јавна правобранилаштва која је оснивала скупштина општине и Републичко јавно правобранилаштво. Двије или више општина могле су, својом одлуком, основати међуопштинско јавно правобранилаштво.

Републичко јавно правобранилаштво је, поред послова правне заштите СРБиХ као друштвено-политичке заједнице, заступало пред иностраним судовима, арбитражама и другим иностраним органима и организацијама све кориснике друштвених средстава са територије Републике, а у случајевима када то није било могуће, по прописима стране земље, Републички јавни правобранилац имао је овлашћење да овласти друго лице да га замијени у заступању. Надаље, Републичко јавно правобранилаштво је корисницима друштвених средстава са територије Републике давало правно мишљење о имовинскоправним уговорима које намјеравају да закључе са страним правним и физичким лицима, те другим имовинскоправним односима са тим лицима.

5.2. ЗАКОН О ЈАВНОМ ПРАВОБРАНИЛАШТВУ ИЗ 1993. ГОДИНЕ

Правобранилаштво у Републици Српској, као самостални орган који своју функцију врши на основу устава, закона, других прописа и општих аката, основано је Законом о Јавном правобранилаштву из 1993. године.³⁹ Ступањем на снагу тог закона престала су да раде Републичко јавно правобранилаштво бивше СРБиХ, општинска и међуопштинска јавна правобранилаштва, основана преузетим законом бивше СРБиХ.

Чланом 1 тог закона било је прописано да функцију јавног правобранилаштва у Републици Српској врши Републичко јавно правобрани-

³⁹ „Службени гласник Републике Српске“, бр. 17/93, 14/94 и 32/94.

лаштво, а да законом одређене мјере и правна средства ради заштите права и интереса Републике у погледу средстава којима располаже Министарство одбране и јединице и установе Војске Републике Српске преузима Војно правобранилаштво⁴⁰.

Јавно правобранилаштво, према Закону, било је надлежно да врши послове правне заштите, у свим судским поступцима и у управном поступку, имовинских права и интереса Републике, општине и њихових органа, других органа и организација које се финансирају из буџета и фондова који имају својство правног лица, затим јавних предузећа и других правних лица које оснива друштвено-политичка заједница, када је то прописима предвиђено.⁴¹ У случају да су државни органи тужени у управном спору, Јавно правобранилаштво их је заступало, ако га на то орган власти када су повријеђена имовинска права и интереси општине, града и Републике.

У случајевима када је Јавно правобранилаштво требало да по закону заступа странку чији су интереси у супротности, општину, град и Републику заступа лице које одреди њихов извршни орган, а другу странку његов овлашћени представник. У таквом случају Јавно правобранилаштво било је дужно да странкама да правно мишљење са приједлогом споразумног рјешења спора.

Остале надлежности Јавног правобранилаштва биле су: пружање стручне помоћи правним лицима које заступа у рјешавању имовинско-правних питања на некретнинама, давање правног мишљења у вези са закључивањем уговора (купопродаја, замјена, закуп, пренос на привремено коришћење, уговор о концесији, уговор о грађењу и удруживању средстава за грађење), праћење и проучавање друштвених појава у области вршења својих функција и давање приједлога ради спречавања друштвено штетних појава.

Републичко јавно правобранилаштво своје овлашћење за покретање поступка правне заштите имовинских права лица које заступа и предузимање радњи у поступку изводило је из закона. Међутим, у предметима у којима је вриједност спора прелазила десетоструки износ бруто просјечне плате запослених у Републици, уколико је сматра-

⁴⁰ У складу са чланом 45 основног текста Закона о правобранилаштву Републике Српске из 2005. године, Војно правобранилаштво је наставило да обавља своју функцију још шест мјесеци, рачунајући од дана ступања на снагу тог закона. Функција војног правобраниоца и његових замјеника престала је истеком тог рока, а Правобранилаштво је преузело све предмете, средства рада и запослене раднике.

⁴¹ Члан 5.

ло да не треба покренути поступак, или да треба повући тужбу, одрећи се тужбеног захтјева или приједлога за извршење, признати захтјев противне стране, или закључити поравнање, било је дужно затражити став о даљем поступању од органа, односно организације коју заступа. У случају да се између Републичког јавног правобранилаштва и заступаног правног лица није постигла сагласност о даљем поступању, заступано лице било је дужно затражити да о томе одлучи Влада.

5.3. ВАЖЕЋИ ЗАКОН О ПРАВОБРАНИЛАШТВУ РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ

Према Закону о правобранилаштву Републике Српске,⁴² Правобранилаштво је самосталан орган, који у поступку пред судовима и другим надлежним органима предузима правна средства ради заштите имовинских права и интереса Републике Српске, града, општине и њихових органа и организација, те других органа и организација који немају својство правног лица и нису уписани у судски регистар, а финансирају се из буџета Републике Српске и врши и друге послове одређене законом.⁴³ Правобранилаштво врши своју функцију на основу закона и других прописа,⁴⁴ а оснива се и укида законом.⁴⁵

Сједиште правобраниоца Републике Српске је у Бањој Луци. Правобранилац има замјенике, чији број утврђује Народна скупштина Републике Српске. Правобранилаштво је организовано по сједиштима замјеника (укупно осам сједишта) која обухватају законом одређена подручја мјесне надлежности основних судова.⁴⁶

Осим послова, Закон о правобранилаштву Републике Српске одређује и друге надлежности Правобранилаштва и то: давање мишљења субјектима које по закону заступа (приликом закључивања уговора који регулишу имовинскоправна питања, затим имовинскоправних уговора са елементима иностраности и уговора којима се прибавља или отуђује непокретности), подношење тужбе за утврђење ништавности или поништење уговора које закључују субјекти које Правобранилаштво заступа, уколико оцијени да је закључени уговор ништаван или рушљив, покретање поступка за оцјену уставности закона и законитости других

⁴² „Службени гласник Републике Српске“, број 16/05, 77/06, 119/08, 78/11.

⁴³ Члан 1.

⁴⁴ Члан 2.

⁴⁵ Члан 3.

⁴⁶ Чланови 26 и 27.

прописа и општих аката ако су повријеђена имовинска права и интереси субјеката које заступа, предузимање мјера ради покушаја закључења вансудске нагодбе, или споразума у поступцима медијације, праћење и проучавање појава и проблема из области вршења својих функција које се односе на примјену закона, обавјештавање надлежних органа и предлагање мјера за спречавање друштвено штетних појава.

Поред надлежности прописаних Законом о Правобранилаштву Републике Српске, Правобранилаштво врши и друге послове који су одређени другим законима којима је правобранилаштво, у процесно правном смислу, дата страначка способност⁴⁷, па тако Правобранилаштво Републике Српске поднеси тужбу надлежном суду ради поништења уговора који је закључен супротно одредбама Закона о приватизацији државних станова,⁴⁸ у име правних лица која по закону заступа подноси приједлог за утврђивање општег интереса и експропријацију непокретности,⁴⁹ може изјавити жалбу против рјешења којим је повријеђен закон у корист појединца или правног лица а на штету јавног интереса,⁵⁰ може покренути управни спор када је управним актом повређен закон на штету субјеката које заступа⁵¹, надлежно је да покрене поступке за упис неуписаних јавних и општих добара у јавну евиденцију о непокретностима и правима на њима⁵², учествује у кривичном поступку ако је услед кривичног дјела оштећена имовина Републике Српске, може поднијети захтјев за покретање поступка ревизије приватизације државног капитала у предузећима,⁵³ спроводи поступак вансудског поравнања у поступку за признавање права предвиђених Законом о остваривању права на накнаду материјалне и нематеријалне штете настале у периоду ратних дејстава од 20.5.1992. до 19.6.1996. године и низ других надлежности.

⁴⁷ Одредбом члана 291 став 2 Закона о парничном поступку прописано је да се посебним прописима може одредити ко осим физичких и правних лица може бити странка у поступку. Наведени закон изједначава Правобранилаштво Републике Српске (које нема својство правног лица) са положајем странке када је исто овлашћено да на основу Закона о правобранилаштву Републике Српске (члан 23), или по посебном закону, покрене парнични поступак. Ова страначка способност је створена само у процесноправном смислу.

⁴⁸ Закон о приватизацији државних станова („Службени гласник РС”, број 72/07, 59/08 и 71/10).

⁴⁹ Члан 23 став 3 Закона о експропријацији РС („Службени гласник РС”, број 112/06, 33/07, 66/08 и 10/08).

⁵⁰ Чл. 211 ст. 2 Закона о општем управном поступку („Службени гласник РС”, број 13/02, 87/07 и 50/10).

⁵¹ Чл. 2 став 3 Закона о управним споровима („Службени гласник РС”, број 109/05 и 65/11).

⁵² Чл. 346 ст. 2 Закона о стварним правима („Службени гл. РС”, број 124/08, 58/09 и 95/11).

⁵³ Чл. 10 став 1 алинеја ђ. Закона о ревизији приватизације капитала у предузећима и банкама („Службени гласник Републике Српске”, број 33/06).

Правобранилаштво је централизован орган који представља правобранилац Републике Српске као неполитичка личност. У нашем правном систему Правобранилаштво обавља важну друштвену улогу, те његова перцепција као самосталног органа, и то независног од управне, судске и законодавне власти и његова улога као неполитичког тијела, не смије бити еродирана.⁵⁴

6. МАТЕРИЈАЛНИ ПОЛОЖАЈ ПРАВОБРАНИЛАШТВА РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ

Према члану 42 Закона о правобранилаштву Републике Српске, средства за рад правобранилаштва обезбјеђују се у буџету Републике. Према тој законској одредби, средства се обезбјеђују тако да обимом и временом дозначавања омогућавају Правобранилаштву да извршава своје финансијске обавезе. Обезбјеђење средстава врши се до износа који је планиран у буџету, али у складу са расположивим средствима.

Расположива средства нису довољна за обезбјеђење услова за ефикаснији рад Правобранилаштва.

Какав је однос законодавне и извршне власти према Правобранилаштву Републике Српске најбоље показује начин на који су регулисане плате и друга лична примања носилаца правобранилачке функције.

Тако је ранијим Законом о платама запослених у органима управе Републике Српске, који је регулисао плате и друга лична примања носилаца правобранилачке функције,⁵⁵ Правобранилаштво Републике Српске посредно „сврстано“ у органе управе, иако је правобранилаштво самостални орган који се оснива и укида законом⁵⁶ и по својој организацији, статусном и функционалном положају у систему подјеле власти припада органима правосуђа.

Важећи Закон о платама запослених у институцијама правосуђа Републике Српске⁵⁷, истина, „сврстава“ Правобранилаштво у институције правосуђа Републике Српске, али у категорију осталих запослених у правосуђу.

⁵⁴ Опширније види: Мр Слободан Радуљ и Љиљана Грбић, *Организација, правни и материјални статус носилаца правобранилачке функције*, Билтен Републичког јавног правобранилаштва, бр. 2/2012, Интермекс, Београд, стр. 70.

⁵⁵ „Службени гласник Републике Српске“, број 118/07, 116/09, 1/11 и 1/12.

⁵⁶ Члан 1 и 3 Закона о правобранилаштву Републике Српске.

⁵⁷ „Службени гласник Републике Српске“, број 31/14.

Ово је недопустиво, између осталог, због тога што носиоце правобранилачке функције именује Скупштина Републике Српске, чиме је значајно нарушен њихов дигнитет, као и дигнитет законодавца.

Важеће законско рјешење је, по нашем мишљењу, настало усљед притисака других социјалних партнера у преговорима и као такво је исхитрено и на штету носилаца правобранилачке функције и које сматрамо прелазним рјешењем.

И ово питање, као и друга напријед поменута отворена питања, треба бити ријешено кроз доношење новог закона о правобранилаштву.

Услови за обављање послова судије, тужиоца и правобраниоца идентични су по свом значају па су, прије рата, у материјалноправном и статусном погледу судије, тужиоци и правобранилац били у свему изједначени, а што је и сада случај у земљама у окружењу и на територији Босне и Херцеговине.

Плате, додаци на плату и друга материјална примања државних одвјетника у Хрватској регулисани су Законом о плаћама судаца и других правосудних дужносника⁵⁸. Према том закону, плате државних одвјетника у потпуности су изједначене са платама судија, па тако исти коефицијент имају председник врховног суда и главни државни одвјетник, судије врховног суда и замјеници државног одвјетника, председник жупанијског суда и жупанијски државни одвјетник и тако редом.

У Републици Словенији, у којој је организација Државног правобранилаштва најсличнија организацији Правобранилаштва Републике Српске, материјални статус правобраниоца је изједначен са материјалним статусом тужиоца и судије. На државне правобраниоце у Републици Словенији се, везано за појединачна права и обавезе, примјењују одредбе Закона о судачкој служби. Овакво законско рјешење резултат је више одлука Уставног суда Словеније који је изразио своје становиште да захтјев за уравнотеженост појединачних грана власти претпоставља и успоредиву плату према статусу међусобно успоредивих функционера различитих грана власти (одлука Уставног суда Републике Словеније, бр. У-И-60/06, У-И-214/06, У-И-228/06 од дана 7. 12. 2006).⁵⁹

Законом о правобранилаштву Брчко Дистрикта Босне и Херцеговине прописано је да се закон о платама и другим накнадама судија и ту-

⁵⁸ „Народне новине”, број 10/99, 25/00, 30/01, 59/01, 64/02, 153/02, 17/04, 8/06, 142/06, 34/07, 134/07, 155/08, 39/09, 155/09, 14/11, 154/11, 12/12, 143/12, 100/14, 147/14.

⁵⁹ Опширније види: др Бошгјан Тратар, *Мјестио и улога државног правобранилаштва у правосудном систему у Републици Словенији*.

жилаца Брчко Дистрикта БиХ сходно примјењује и на правобраниоца и замјенике правобраниоца и да правобранилац и његови замјеници имају основну плату која не може бити мања од износа који представља 90% основне плате председника, односно судије Основног суда Брчко Дистрикта БиХ.⁶⁰

Из предњег јасно произилази да је посао правобраниоца у Републици Српској потцијењен и обезвријеђен, а тиме и нарушен дигнитет правобранилачке функције.

Будућа и неизбјежна реформа Правобранилаштва Републике Српске иде у правцу да, између осталог, правобранилаштво постаје уставна категорија и да се сврста у ред правосудних органа. У том случају би, без дилеме, плате (и остала лична примања) носилаца правобранилачке функције биле изједначене са платама судија и тужилаца. До тог момента и за случај да превагну мишљења да је правобранилаштво ипак орган управе, због чињенице да у једном веома малом сегменту и у ограниченом периоду ради на рјешавању о правима и обавезама других лица,⁶¹ сматрамо оправданим да се по угледу на земље у окружењу и Брчко Дистрикт Босне и Херцеговине, плате и друга лична примања носилаца правобранилачке функције изједначе са платама тужилаца (и судија), а упориште за то налазимо и у горенаведеним пресудама Уставног суда Републике Словеније.

На овај начин би се осигурало да статус носилаца правобранилачке функције и њихове плате одговарају достојанству њихове професије и терету одговорности, а у исто вријеме би се онемогућио било какав притисак и утицај на рад ове институције.

7. ЗАКЉУЧНИ ДИО

Провођење реформи правобранилачке функције кроз доношење квалитетног законског оквира је неопходно и ова потреба је одавно уочена. Сасвим је утемељено очекивање да исход реформе овог органа иде у смјеру јачања и повећавања његове улоге у правосудју.

⁶⁰ Члан 76.

⁶¹ Поступак за признавање права предвиђених Законом о остваривању права на накнаду материјалне и нематеријалне штете настале у периоду ратних дејстава од 20.05.1992. до 19.06.1996. године („Службени гласник РС“, број 103/05, 1/09, 49/09 и 118/09), у предметима који нису правоснажно окончани, спроводи се путем вансудског поравнања код Правобранилаштва Републике Српске.

Реформа правобранилачке функције треба да створи претпоставке да Правобранилаштво функционише на још квалитетнији начин, да се дигнитет правобранилачке функције издигне на достојан ниво, а што би се свакако одразило на квалитет заштите имовине и имовинских интереса субјеката које заступа. Овај циљ се може постићи свеобухватним мјерама и активностима а посебно уколико се реформом обезбиједи:

– да Правобранилаштво, као орган који има посебан значај за државу, постане уставна категорија (што је и закључак са међународног округлог стола под називом „Мјесто и улога правобранилаштва у систему правосуђа“ који је одржан 2010. године у Неуму) као што су то судови, тужилаштво и адвокатура (члан 121, 128 и 131 Устава Републике Српске), јер правобранилаштво постоји да у име државе, пред судовима предузима радње заступања државе и њених органа као странке у поступку (а не ради рјешавања о правима и обавезама других лица);

– да се правобранилачка функција стави у исти положај са осталим правосудним тијелима као што су судови и тужилаштва. Неодрживо је да се Правобранилаштво Републике Српске кроз одлуке извршне власти третира као орган управе, а по својој улози по систему подјеле власти, а и законски припада органима правосуђа;

– уређење материјалног положаја правобраниоца на такав начин да се изједначи са положајем тужиоца;

– да стручна јавност, како теоретичари тако и практичари, заузму јасан став по питању да ли се функције правобранилаштва могу свести само на заступање и савјетовање о имовинским питањима, или би ова институција требало да изађе из улоге чувара државне имовине у улогу чувара законитости;

– континуирана едукација и специјализација правобранилаца по појединим правним подручјима (гдје је то могуће). Ово из разлога што правобраниоци који дјелују на одређеном пољу рада стичу одређења стручна знања из области у којој дјелују, те продубљују и теоретска знања са одређеног правног подручја, као и знања о устаљеној пракси судова;

– да без обзира на то у ком правцу ишла реформа, она мора да обезбиједи да се овим послом баве прије свега врсни познаваоци закона, судске праксе и правне теорије, и уз то добри и племенити људи.

На крају, само уз овај квалитет, вођени начелом савјесности и поштења могу да гарантују успјешно обављање послова који су им законом повјерени, јер онај систем који „лиши себе епитета савјесности

и поштења, претвара подношљиво право у неподношљиво законско неправо“⁶².

**Vojo Pavičić, MA, Head of the Department at the Attorney General's
Office of the Republic of Srpska**
**Lidija Vidić, Assistant of the General Attorney of the Republic of
Srpska**

THE ATTORNEY GENERAL'S OFFICE – GUARDIAN OF THE LEGALITY AND DEVOTED GUARDIAN OF THE STATE PROPERTY

Summary

The attorney general's office is a body entrusted with protecting of rights of certain public law entities. Such role of the attorney general's office is limited on a clearly defined segment of legal relations in which the country participates (since the representatives of the country are also all other state bodies, each of which within the limits of its competence)

The need for reform of legal regulation of the function of general attorney's office was identified a long time ago, thus it is necessary to provide an adequate legal framework for the reform of this body being an important part of judicial system of the Republic of Srpska and Bosnia and Herzegovina.

The reasons for adoption of the new law are, among other, a new manner of regulation of ownership legal relations and property legal relations, clear establishment of the principles on which the work of the Attorney General's Office is based (principle of independence and other principles), precise definition of the relation of the Attorney General's Office with entities represented by it, as well as permanent solving of issue related to the manner of exercise of the function of attorney general's office.

The implementation of reform should provide more efficient protection of property and property interest of entities represented by the Attorney Gen-

⁶² Опширније види: Уводна ријеч проф. др Слободан Перовић на отварању пленарне сједнице 27. сусрета Копаоничке школе природног права, Правни живот број 1–2, Београд 2015. године

eral's Office, even in more difficult conditions of comprehensive transitional changes through which our society passes, where general and public goods, goods of general interest and other property interests of these subjects are exposed to attacks aimed at acquiring ownership rights to the former social, and today state-owned property (without a legal basis).

The conditions for the best quality protection of the property rights and interests of the Republic of Srpska and other entities represented can be achieved through the reforms which should provide equal position of the Attorney General' Office and other parts of judicial system (judiciary, prosecutor's office, advocacy) so that this institution becomes again an institutional category, together with improvement of dignity of function of the attorney general's office.

This paper gives an overview of the function of attorney general's office in the law of the Republic of Srpska, as well as of surrounding countries.

The question left is whether the Attorney General's Office should remain a devoted guardian of the state owned property or it should more and more take the role of guardian of legality rather than that of a guardian of the legality. Current role of the General Attorney's Office can be compared to the role of other private legal representatives, since both of them defend their qualities without including themselves in the assessment of legality (and truthfulness) of their allegations.

The answer to this question should be given both by theory and public through the public debate.

Key words: *general attorney's office, the function of general attorney's office, protection of property interests, protection of legality, independent bodies*

ПРАВО НА ПРАВИЧНО СУЂЕЊЕ ПРЕМА ЧЛАНУ 6 ЕВРОПСКЕ КОНВЕНЦИЈЕ О ЉУДСКИМ ПРАВИМА

Здравко Вуковић*

Анстракт: У овом раду аутор обрађује право на правично суђење, као право од фундаменталног значаја за функционисање сваког демократског друштва.

Доношењем Европске конвенције о људским правима и основним слободама уобличена је идеја о јединственој заштити основних права и слобода сваког човјека. Право на правично суђење, чији смисао изви-ре из Европске конвенције о људским правима и основним слободама, у Уставу Босне и Херцеговине гарантовано је чланом II/2, којим је регули-сано да се права и слободе предвиђене Европском конвенцијом за зашти-ту људских права и основних слобода и њеним протоколима директно примјењују у Босни и Херцеговини и имају приоритет над свим другим законима.

Када је у питању право на правично суђење, Уставни суд Босне и Херцеговине и остали судови у Републици Српској и Босни и Херцего-вини требало би да ускладе своје одлуке са схватањем Европског суда за људска права, јер постоји некомпатибилност судске праксе у Бос-ни и Херцеговини са праксом стандарда правичног суђења из Европске конвенције.

С тим у вези, неопходно је успоставити строжу контролу су-дова од стране Високог судског и тужилачког савјета Босне и Херце-говине, посебно у домену кршења људских права на правично суђење, које је учињено кроз судске поступке и одлуке судова, а на које је указа-но одлукама Европског суда за људска права, како би се судска пракса уједначила и уједно спријечило даље кршење људских права у истим или

* Центар за пружање бесплатне правне помоћи, Канцеларија Требиње.

сличним ситуацијама, те отклониле „аномалије“ правног система које су узрок кршења права на правично суђење.

Кључне ријечи: право на правично суђење, једнакост странака, право на независан и непристрасан суд, претпоставка невиности, начело јавности суђења, право одбране, право на суђење у разумном року, право на правни лијек.

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

У данашњем времену немогуће је замислити демократски уставноправни систем који не гарантује право на правично суђење. Уколико се крши право на правично суђење, губи се повјерење у правни поредак, односно губи се „кредибилитет“ правног система. У том контексту „правичност је вриједност или правило према којем се просуђује неки поступак, дјеловање, али и институција или биће“¹, односно, „право на правично суђење“ или право на „фер поступак“ је круна владавине права и правне државе.

Ово право прокламовано је у многим међународним документима. У једном од најстаријих, Великој повељи о слободама из 1215. године, наводи се: „Право на правду нећемо никоме предати, ускратити или одгодити“. Дакле, ради се о праву које је успостављено прије осам вијекова и које је још увијек у сталној афирмацији. Стога, „сматра се да је у међународне документе о људским правима ово право укључено под утицајем англосаксонске државно-правне традиције у којој се оно врло успјешно афирмише већ више од 800 година.“² „Право на законит и правичан судски поступак (*dure process of law, fair trail*) предвиђа низ значајних материјалноправних и процесноправних гаранција које се тичу приступа суду, карактера, надлежности и компетентности суда, третмана страна које се суде, гаранција оптуженог, извођења доказа, кориштења правних лијекова, третмана малољетних лица пред судовима. Већина ових гаранција припада општим правним начелима признатим од стране просвијешћених народа, која су темељ сваког цивилизованог правног система.“³

¹ * Здравко Вуковић, Центар за пружање бесплатне правне помоћи, Канцеларија Требиње.

² Vrbanić, *Država i Pravo*, Golden marketing, Zagreb, 2003, str. 158–159.

³ Н. Вучинић, *Основи људских права и слобода*, Подгорица, 2001, стр. 82.

³ Ibidem.

Најважнији међународни инструмент којим је успостављена владавина права и заштита људских права представља Европска конвенција о људским правима и основним слободама и протоколи уз Конвенцију. Доношењем Европске конвенције о људским правима и основним слободама уобличена је идеја о јединственој заштити основних права и слобода сваког човјека. Надзор над њеном примјеном, као и њено тумачење, у надлежности је Европског суда за људска права.

Такође, у члану 14 Међународног пакта о грађанским и политичким правима наводи се да: „Свако има право да његова ствар буде правично и јавно саслушана од стране надлежног, независног и непристрасног суда, који је установљен Законом.“⁴

Право на правично суђење у Уставу Босне и Херцеговине гарантовано је чланом II/2, којим је регулисано да се права и слободе предвиђене Европском конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода и њеним протоколима директно примјењују у Босни и Херцеговини и да ти акти имају приоритет над свим другим законима, као и чланом II/3 е Устава Босне и Херцеговине, којим се гарантује право на правичан поступак у грађанским и кривичним стварима и друга права у вези са кривичним поступком, док се у Уставу Републике Српске право на правично суђење гарантује низом одредаба истог.

Члан 6 Европске конвенције о људским правима и основним слободама истиче:

1. „Свако, током одлучивања о његовим грађанским правима и обавезама или о кривичној оптужби против њега, има право на правичну и јавну расправу у разумном року пред независним и непристрасним судом, образованим на основу закона. Пресуда се изриче јавно, али се штампа и јавност могу искључити с цијелог или с дијела суђења у интересу морала, јавног реда или националне безбједности у демократском друштву, када то захтијевају интереси малољетника или заштита приватног живота странака, или у мјери која је, по мишљењу суда, нужно потребна у посебним околностима када би јавност могла да нашкоди интересима правде.

2. Свако ко је оптужен за кривично дело сматраће се невиним све док се не докаже његова кривица на основу закона.

⁴ Члан 14 Међународног пакта о грађанским и политичким правима. Доступно на: www.ljudskaprava.gov.rs/

3. Свако ко је оптужен за кривично дјело има сљедећа минимална права:

a. да у најкраћем могућем року, подробно и на језику који разумије, буде обавијештен о природи и разлозима за оптужбу против њега;

b. да има довољно времена и могућности за припремање одбране;

c. да се брани лично или путем браниоца кога сам изабере или, ако нема довољно средстава да плати за правну помоћ, да ову помоћ добије бесплатно када интереси правде то захтијевају;

d. да испитује свједоке против себе или да постигне да се они испитају и да се обезбиједи присуство и саслушање свједока у његову корист под истим условима који важе за оне који свједоче против њега;

e. да добије бесплатну помоћ преводиоца ако не разумије или не говори језик који се употребљава на суду.⁵⁴

Из члана 6 Европске конвенције о људским правима и слободама произилазе најважнији аспекти права на правично суђење, који се односе на:

1. једнакост странака,
2. право на независан и непристрасан суд,
3. претпоставку невиности,
4. начело јавности суђења,
5. право одбране (посебне гаранције),
6. право на суђење у разумном року,
7. право на правни лијек,
8. забрана поновног суђења за исто дјело (*ne bis in idem*),
9. право на накнаду штете због судске грешке.

Сви аспекти права на правично суђење од једнаке су важности. С тим у вези, поступајући судови су у обавези да испоштују све сегменте овог права како би суђење било окончано правично и на закону заснованој пресуди којом се остварује суштински циљ права, а то је повјерење у јавни поредак.

У овом раду ће бити указано на поједине одредбе Устава Републике Српске и Устава Босне и Херцеговине које се ослањају на појам права на правично суђење и дат кратак преглед разних становишта тог права.

⁵ Европска конвенција о људским правима. Доступно на: www.echr.coe.int/Documents/Convention_BOS.pdf

2. ЈЕДНАКОСТ СТРАНАКА

У члану 6 став 1 Европске конвенције о људским правима и слободама се наводи: „Свако, током одлучивања о његовим грађанским правима и обавезама или о кривичној оптужби против њега, има право на правичну и јавну расправу у разумном року пред независним и непристрасним судом, образованим на основу закона“, док се у ставу 2 истог члана Конвенције наводи: „Свако ко је оптужен за кривично дјело има сљедећа минимална права...“. Из наведеног текста видљиво је да се под изразом „свако“ подразумеје свако лице без обзира на то о коме и каквом лицу се ради. Једнакост свих пред судовима подразумеје да је успостављање различитих судова за различите групе људи по основу расе, боје коже, језика, пола, вјере, етничке припадности, националног или социјалног поријекла, политичког или другог увјерења, имовног стања или било ког другог недозвољеног основа неприхватљив. Дакле, сви појединци морају имати једнак приступ правосуђу и забрањено је лишавати овог права поједине категорије. Такође, једнакост мора да постоји између странака током цијелог поступка, што подразумеје да имају право да дођу до ријечи, односно да расправљају пред судом, да присуствују суђењу и да имају право на правни лијек, уколико су незадовољне одлуком суда. Спорно питање представља успостављање одређених специјалних судова попут војних судова, без обзира на чињеницу што су такви дозвољени у правним системима већег броја држава. Међутим, мишљење Комитета за људска права јесте да су војни судови дозвољени све док поштују процедуралне гаранције и док искључиво суде војним лицима. У Уставу Републике Српске ово право је гарантовано одредбом члана 10 Устава Републике Српске, којим је прописано да „грађани Републике Српске су равноправни у слободама, правима и дужностима, једнаки су пред законом и уживају исту правну заштиту без обзира на расу, пол, језик, националну припадност, вјероисповијест, социјално поријекло, рођење, образовање, имовно стање, политичко и друго увјерење, друштвени положај или друго лично својство.“⁶

⁶ Устав Републике Српске („Службени гласник Републике Српске“, бр. 21/92) и Амандмани на Устав Републике Српске („Службени гласник Републике Српске“, бр. 28/94, 8/96, 13/96, 15/96, 16/96, 21/96, 21/02 и 30/02).

3. НЕЗАВИСНОСТ И НЕПРИСТРАСНОСТ СУДА

Уживање људских права у пуном обиму може се остварити само кроз рад и суђење независних и непристрасних судова. Члан 6 став 1 Конвенције о људским правима прописује да свако, током одлучивања о његовим грађанским правима и обавезама или о кривичној оптужби против њега, има право на правичну и јавну расправу у разумном року пред независним и непристрасним судом, образованим на основу закона. Дакле, поштено суђење може се очекивати само уколико постоји независан и непристрасан суд. Иако „данас влада опште увјерење да нема ефикасне заштите људских права без подјеле власти“, ⁷ важно је истаћи да „улога суда нарочито је важна ако право појединца угрожава сама држава, то јест извршна власт“. ⁸

У Уставу Републике Српске ово право је гарантовано одредбом члана 16 став 1 Устава Републике Српске, којим је прописано да „свако има право на једнаку заштиту својих права у поступку пред судом и другим државним органом и организацијом.“ ⁹ Дакле, независност суда захтијева да се судови као институције заштите од утицаја остале двије власти – извршне и законодавне и да буду имуни на било какав политички утицај, као и да суде на основу Устава и закона. Основни принципи Уједињених нација о независности судства предвиђају да судије морају посједовати одговарајуће стручне квалификације да би биле изабране у звање судије, да им се мора гарантовати сталност судијске функције и адекватна накнада за рад (плата), као и правичан и независан дисциплински поступак.

У Босни и Херцеговини и Републици Српској судије именује Високи судски и тужилачки савјет Босне и Херцеговине, који у домену именована носилаца правосудних функција има надлежност да, у складу са законским овлашћењима, именује: судије, укључујући предсједнике судова, судије поротнике и додатне судије у све судове на државном, ентитетском, кантоналном, окружном, основном и општинском нивоу у Босни и Херцеговини, укључујући Брчко Дистрикт Босне и Херцеговине, са изузетком уставних судова ентитета Босне и Херцеговине, Такође,

⁷ Ibidem.

⁸ В. Димитријевић, М. Пауновић, *Људска права*, Београдски центар за људска права, Досије, Београд, 1997, стр. 271.

⁹ Устав Републике Српске („Службени гласник Републике Српске“, бр. 21/92) и Амандмани на Устав Републике Српске („Службени гласник Републике Српске“, бр. 28/94, 8/96, 13/96, 15/96, 16/96, 21/96, 21/02 и 30/02).

поред судија, Високи судски и тужилачки савјет именује главне тужиоце, замјенике главног тужиоца и тужиоце у сва тужилаштва на државном, ентитетском, кантоналном и окружном нивоу у Босни и Херцеговини, укључујући и Брчко Дистрикт Босне и Херцеговине, затим стручне сараднике у општинским судовима у Федерацији Босне и Херцеговине, те даје приједлоге надлежним органима у вези са њиховим предлагањем и избором судија Уставног суда Републике Српске и именовањем судија у Уставни суд Федерације Босне и Херцеговине. Независност суда може зависити и од повезаности суда са политичким актерима, односно политичким партијама. Да би се процијенило да ли је неки суд независан или није, потребно је анализирати начин постављања судија на судијску функцију, да ли се судије бирају на сталну судијску функцију или на мандат и гаранције да ће суд бити заштићен од свих спољних притисака (политике, утицајних медија и других фактора). Држава ни у ком случају не би требало да се мијеша у рад суда и у судски поступак. С тим у вези, непристрасност суда може се посматрати са субјективног и објективног становишта.

Из субјективног становишта произилази да странке пред судом треба да имају равноправан третман и да сви пред законом буду једнаки. Из наведеног проистиче да суд не треба да даје предност било којој странци, нити да било којој од странака ускраћује права која јој припадају по закону. Дакле, суд треба да странке третира једнако без обзира на статус странака у судским споровима: грађанин против грађанина, грађанин против државе и обратно, као и високи политички функционер или друга јавна личност против грађанина и обратно. Из наведеног произилази да суд треба да странке посматра једнако и да пресуду донесе искључиво на основу чињеница, доказа и закона.

Из објективног становишта произилази да нико не може бити судија у сопственом спору, што проистиче из старе максиме Римског права: *nemo iudex in re sua*. Стога, правни системи демократских држава предвиђају могућност изузећа судија и других службеника који су запослени у правосуђу у случају да су судије или запослени у суду повезани са странкама у смислу родбинског или неког другог односа или уколико имају било какав лични интерес у истом предмету. Такође, непристрасност суда може се испитати и у ситуацији уколико је судија већ био ангажован у истом предмету у некој другој улози, као што је адвокат, тужилац или судија у ранијем поступку, као и у случају других, сличних разлога.

4. НАЧЕЛО ЈАВНОСТИ СУЂЕЊА

Из члана 6 став 1 Конвенције о људским правима и основним слободама проистиче да свако, током одлучивања о његовим грађанским правима и обавезама или о кривичној оптужби против њега, има право на правичну и јавну расправу у разумном року пред независним и непристрасним судом, образованим на основу закона и да се пресуда изриче јавно. То право је гарантовано и чланом 14 Међународног пакта о грађанским и политичким правима. Начело јавности суђења представља једно од основних начела поступка. Дакле, поступак треба да буде усмен и отворен за све (грађанство, јавно мњење, те представнике штампаних и електронских медија). Јавност поступка обезбјеђује демократску контролу над радом правосуђа. Таква отвореност поступка и присуство јавности је од позитивног утицаја на рад суда, јер јавност очекује правичну и на закону засновану судску одлуку, што је и сврха постојања суда. „Одредбом да свако има право на јавну расправу и да се пресуда изриче јавно, заправо је један од начина да се осигура и учини видљивим сам правичан карактер суђења.“¹⁰ Из наведеног извире да у конкретном предмету поступак треба да буде доступан јавности, односно да јавност има увид у рад суда у конкретном поступку. Дакле, право на правично суђење представља не само интерес странака, већ и интерес друштва у цјелини. Стога, право на правично суђење састоји се од права странке да присуствује расправи и да предузима све радње које су у њеном интересу, као и да сва заинтересована јавност присуствује расправи. Међутим, Европска конвенција о људским правима и основним слободама и Међународни пакт о грађанским и политичким правима предвиђају одређена одступања од овог начела и наводе разлоге због којих се може искључити јавност са расправе. Јавност се може искључити из читавог или једног дијела поступка уколико је то у интересу морала, јавног реда или националне безбједности у демократском друштву, када то захтијевају интереси малолетника или заштита приватног живота странака, или у мјери која је, по мишљењу суда, нужно потребна у посебним околностима када би јавност могла да нашкоди интересима правде. Морални основ постоји увијек када се расправља о учињеним сексуалним деликтима. Интерес јавног реда постоји у ситуацијама уколико јавност опструира рад суда и не дозвољава судијама да обављају свој посао то-

¹⁰ Ć. Sadiković, *Evropsko pravo ljudskih prava*, Fond otvoreno društvo BiH –Pravni centar FOD BiH Sarajevo, Magistrat, Sarajevo, 2001, str. 91– 92.

ком суђења, па уколико у току суђења наступе такви разлози, суд може одлучити да искључи јавност са суђења. Овакве ситуације честе су код суђења за кривична дјела која због своје тежине имају негативан одјек у јавности који може резултирати и позивом на линч учиниоца кривичног дјела, што може да битно утиче не само на рад суда, већ и на рад тужиоца, адвоката и других актера у кривичном поступку. Такође, интерес националне безбједности постоји у ситуацијама када у поступку може доћи до одавања неке веома важне државне или војне тајне. Иако израз „државна тајна“ обично обухвата све оно што држава жели да сакрије од нежељених очију јавности, овај израз се односи само на категорију најповерљивијих тајних података. Међутим, и у овој ситуацији неопходно је да суд процијени да ли би одавањем државне или војне тајне настале штетне последице по националну безбједност и саму државу, пошто у демократским правним системима постоји могућност скидања ознаке „повјерљиво“ са података или информација које су означене као војна или државна тајна.

До искључења јавности може доћи када то захтијевају интереси малољетника или да би се остварила заштита приватног живота странака. Када се суди малољетнику, јавност је увијек искључена. Судија може допустити да на главном претресу присуствују само лица која се баве заштитом и васпитањем малољетника или сузбијањем преступништва младих, као и научни радници. У току главног претреса судија може наредити да се, осим тужиоца, браниоца и представника органа старатељства, са засједања удаље сва или поједина лица. Такође, до искључења јавности може доћи када то захтијевају заштита приватног интереса странака и ово се најчешће чини у ситуацијама када треба заштитити жртве кривичних дјела, као што су силовање и други сексуални деликти, као и у бракоразводним парницама. Међутим, и када је јавност искључена са расправе, пресуда се мора јавно саопштити, изузев када то није у интересу малољетника или уколико се ради о брачном спору или старатељству над дјецом.

5. ПРЕТПОСТАВКА НЕВИНОСТИ

Унутар права на правично суђење значајно је начело претпоставке невиности, које је садржано у Европској конвенцији о људским правима и основним слободама и саставни је дио домаћег законодавства. Претпо-

ставка невиности представља елементарни гарант положаја окривљеног лица у кривичном поступку и свакако, саставни елемент права на правично суђење. Начело претпоставке невиности у правној теорији кривичног права повезује се са дејством процесног института *in dubio pro reo*. Ово начело регулисано је у домаћем законодавству и у Европској конвенцији о људским правима и слободама. Члан 6 став 2 Европске конвенције о људским правима и основним слободама, као и члан 14 став 2 Пакта о политичким и грађанским правима предвидјели су да свако ко је оптужен за кривично дјело има се сматрати се невиним, све док се његова кривица на основу закона не докаже. Такође и Декларацијом о правима човјека и грађанина из 1789. године истакнуто је да се сваки човјек сматра невиним док се не утврди да је крив. Претпоставка невиности управљена је на кривични поступак и њом се настоји осујетити преурањено изрицање кривице. „Став да се човјек мора сматрати невиним све док правоснажном пресудом не буде проглашен кривим, представља свакако један од најпоузданијих начина да се човјек заштити у кривичном поступку од арбитрарности, што онда свакако има и одређени шири демократски карактер“.¹¹ Оптужени не треба да доказује своју невиност, а терет доказивања кривице је на тужиоцу који треба да докаже његову кривицу. Држава је у обавези да заштити оптуженог и да елиминише све врсте утицаја на суд који су генерисани од стране државних органа, односно извршне власти, политичких партија, невладиног сектора, као и од приватних лица. „Са овим правом повезано је и право оптуженог да не буде приморан да свједочи против себе, или да призна своју кривицу (чл. 14, ст. 3, т. г) ПППП“.¹² „Европски суд сматра да право на правично суђење у кривичним стварима укључује и право оптуженог на ћутање и право да не доприноси властитој оптужби“.¹³ При том, оптужени смије бити изложен било каквим посљедицама због своје одлуке да се брани ћутањем. Такође, одредбом члана 20 став 2 Устава Републике Српске прописано је да нико не може бити сматран кривим за кривично дјело док то не буде утврђено правоснажном судском одлуком. Дакле, оптужени се може сматрати кривим тек по правоснажности пресуде кривичног суда којом је оглашен кривим и којом му је изречена кривична санкција. Претпоставку невиности дужни су испоштовати не само судови, већ сваки појединац и цијела јавност, а посебно представ-

¹¹ Ć. Sadiković, *Evropsko pravo ljudskih prava*, Fond otvoreno društvo BiH – Pravni centar FOD BiH Sarajevo, Magistrat, Sarajevo, 2001, str. 92.

¹² М. Пауновић, Б. Кривокапић, И. Крстић, *Међународна људска права*, Београд, 2010, стр. 193.

¹³ Ibidem.

ници штампе и електронских медија који приликом лишавања слободе једног или више лица, која су само осумњичена да су извршила одређено кривично дјело, у јавност износе информације у којима су осумњичени већ практично оглашени кривим, односно да су учинили одређено кривично дјело, док се након завршетка истраге или наконведеног кривичног поступка у одређеним случајевима може доказати супротно, из чега произилази да се таквим понашањем медија осумњиченим лицима могу нанијети различити видови штете.

6. ПОСЕБНЕ ГАРАНЦИЈЕ У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ

Чланом 6 став 3 Европске конвенције о људским правима и основним слободама истиче се:

Свако ко је оптужен за кривично дело има сљедећа минимална права:

а) да у најкраћем могућем року, подробно и на језику који разумије, буде обавијештен о природи и разлозима за оптужбу против њега. Дакле, свако оптужено лице у најкраћем могућем року мора бити детаљно обавијештено о карактеру и разлозима оптужбе, као и о кривичном дјелу које му се ставља на терет. Оптужено лице о природи и разлозима оптужбе треба да буде обавијештено одмах, на језику који разумије (на матерњем језику) на начин што ће исто бити упознато са правном квалификацијом оптужбе и доказима на којима је заснована оптужба.

б) да има довољно времена и могућности за припремање одбране. Вријеме које се ставља на располагање оптуженом цијени се од случаја до случаја и зависи од природе поступка, чињеничног стања, тежине кривичног дјела и других околности. Оптуженом треба омогућити прилику да ангажује браниоца, коме такође треба ставити на располагање одређено вријеме за припрему одбране, што укључује и право да се оптуженом и његовом браниоцу дају на увид сви докази, исправе и списи који се односе на његов случај и да му се омогући приступ информацијама и документима који су потребни за припремање одбране.

ц) да се брани лично или путем браниоца кога сам изабере или, ако нема довољно средстава да плати за правну помоћ, да ову помоћ добије бесплатно када интереси правде то захтијевају. Дакле, основно право оптуженог је да се брани сам или уз помоћ браниоца кога сам из-

абере, што је прописано и чланом 14 став 3 тачка д Пакта о грађанским и политичким правима. Када оптужени нема довољно средстава да плати браниоца, суд му може поставити браниоца по службеној дужности, који је такође дужан да свој посао обавља стручно и одговорно у складу са највишим стандардима правне струке. Право на бесплатну правну помоћ зависиће од имовног стања оптуженог и уколико интереси правде то захтијевају, што је условљено сложеношћу поступка и висине запријеђене санкције. „У пракси се ови захтјеви одбијају само ако је у питању оптужба за ситно кривично дјело“.¹⁴ Свакако, битно је истаћи да оптужени може да присуствује претресу, међутим поступак се може одвијати и без присуства оптуженог само уколико је оптужени уредно позван, а није се одазвао позиву, што се треба сматрати да се оптужени не жели користити својим правом на учешће у поступку и својим правом на одбрану. Чланом 19 Устава Републике Српске зајамчено је право на одбрану, право на слободан избор браниоца и несметано општење са њим.

д) да испитује свједоке против себе или да постигне да се они испитају и да се обезбједи присуство и саслушање свједока у његову корист, под истим условима који важе за оне који свједоче против њега. Дакле, оптужени има право да од суда захтјева да се на претрес позову свједоци оптужбе и свједоци одбране, што указује на равноправан третман оптужбе и одбране. Такође, мора се обезбједити да сваки свједок који је предложен од стране оптужбе буде испитан од стране одбране и обратно, као и да сваки свједок одбране буде испитан од стране тужиоца (оптужбе). „У овом случају појам свједок је аутономан и он се дефинише, не према законодавству дотичне државе, него према конвенцији. Овај принцип само је, заправо, потврда више да се осигура правичност самог поступка и једнакост странака у поступку“.¹⁵ Такође, судија или судијско вијеће такође имају право да постављају питања свједоцима оптужбе и одбране.

е) да добије бесплатну помоћ преводиоца ако не разумије или не говори језик који се употребљава на суду. Чланом 14 став 3 тачка ф Пакта о грађанским и политичким правима прописано је да приликом утврђивања кривичних оптужби против неког лица, оно мора имати право на бесплатну помоћ тумача, уколико не разумије или не говори језик

¹⁴ В. Димитријевић, М. Пауновић, *Људска права*, Београдски центар за људска права, Досије, Београд, 1997, стр. 275.

¹⁵ Ћ. Sadiković, *Evropsko pravo ljudskih prava*, Fond otvoreno društvo BiH – Pravni centar FOD BiH Sarajevo, Magistrat, Sarajevo, 2001, стр. 93.

који се употребљава на суду. „Суд мора изаћи у сусрет и оним оптуженима којима језик суда није матерњи чак и ако се не претпоставља да га познају, али инсистирају на свом језику из симболичких разлога“.¹⁶ Превођење се односи на усмени поступак који се одвија пред судом, односно превођење на судским рочиштима приликом непосредног усменог и писменог општења странака и суда, као и у дијелу који се односи на превођење страних докумената који су правно релевантни за конкретан поступак који се води пред судом.

Поред ових посебних гаранција у кривичном поступку који су обухваћени чланом 6 став 3 Европске конвенције о људским правима и основним слободама, истичу се и сљедеће гаранције у кривичном поступку:

а) Нико не може да буде приморан да свједочи против себе, нити да призна кривицу, односно оптужени може да одбије да суду да било какав исказ и да се такво одбијање давања исказа не смије тумачити на штету окривљеног или оптуженог. Забраном мучења обухваћено је признање које је постигнуто принудом, пријетњом, давањем лажних обећања или уцјеном. Сваки исказ који је прибављен примјеном силе не може се користити пред судом.

б) Заштита права малољетника у кривичном поступку. Пакт о грађанским и политичким правима, као и Конвенција о правима дјетета, захтијева од држава потписника конвенције да у поступку пред судом узимају у обзир узраст малољетника и да воде рачуна о њиховој социјализацији и да поступак за малољетнике у кривичном поступку треба да буде проведен на начин да малољетна лица поштеде траума и да их трајно не означи као преступнике и осуђенике, односно као лица са криминалном прошлости, што је у интересу малољетника.

7. ПРАВО НА СУЂЕЊЕ У РАЗУМНОМ РОКУ

Право на суђење у разумном року је право оптуженог да му се суди без непотребног одуговлачења, што је гарантовано чланом 6 став 1 Европске конвенције о људским правима и основним слободама и чланом 14 став 3 тачка ц Пакта о грађанским и политичким правима. „Ова одредба тумачи се тако да указује на право на суђење на којем до-

¹⁶ В. Димитријевић, М. Пауновић, *Људска права*, Београдски центар за људска права, Досије, Београд, 1997, стр. 277.

лази до доношења коначне одлуке и изрицања казне без непотребног одуговлачења.¹⁷

„Право на суђење у разумном року објашњава се схваћањем да је ‘закашњела правда, ускраћена правда’, а ‘пребрзо суђење маћеха правди’.¹⁸ Ово право није довољно заштићено у Републици Српској и Босни и Херцеговини и ради се о проблему који оптерећује функционисање судова у Републици Српској и Босни и Херцеговини, а као разлог се наводи велики број предмета, враћање судских предмета на поновни поступак, одлагања суђења, па чак и неактивности судова. Захтјев „разумног рока“ односи се на парничне и кривичне поступке и представља вријеме у којем се треба пресудом окончати поступак. Приликом утврђења да ли је суђење вођено уз непотребна одуговлачења, потребно је размотрити све околности конкретног поступка, као што су сложеност предмета, понашање странака и врсту судског поступка. Дуже трајање поступка може имати оправдање због правне сложености поступка као што су стицај кривичних дјела, више оптужених у једном кривичном предмету, потребе да се примијени нови закон који је тек ступио на снагу и слично. У кривичном поступку рок трајања судског поступка почиње тећи са даном подизања оптужнице, а завршава се правоснажношћу пресуде, док у парничном поступку рок почиње тећи од дана покретања поступка, па до правоснажности пресуде. За сва кашњења и одуговлачења поступка одговорна је држава. Од оптуженог се не очекује активна сарадња којом би се доприносило пожуривању поступка који се води против њега, међутим од оптуженог се очекује да пред судом предузима све оне радње које су у његовом интересу и да не чини „процесна изигравања“, односно да не утиче на одуговлачење поступка. Нажалост, немогуће је утврдити било каква мјерила који би одредила дужину трајања кривичног, грађанског, управног или прекршајног поступка. Дакле, трајање разумног рока није дефинисано, а ни Европски суд за људска права није постављао никакве границе одређивања тог рока. С обзиром на наведено, судови се морају руководити начелом економичности поступка и морају да проведу поступак са што мање одуговлачења и да својом активношћу утичу на саме странке како би се поступак мериторно окончао у разумном року. До повреда права на суђење у разумном року може доћи због поновних укидања пресуда и враћања на поновно суђење, као и због других разлога, као што су: дуг период неактивности суда и

¹⁷ М. Пауновић, Б. Кривокапић, И. Крстић, *Међународна људска права*, Београд, 2010, стр. 198.

¹⁸ В. Ljubanović: *Pošteno suđenje kao temelj sudačke etike*, Zbornik radova Pravnog fakulteta у Splitu, br. 49, Split, 2012, str. 454.

дуготрајна одгађања суђења, промјене судијског кадра (промјене судија), потешкоће у достављању писмена, лоша комуникација између судова и државних органа по питању прибављања информација, података или исправа и споро просљеђивање списа између судова. У случају да поступак буде неразумно дуго трајао, странка у поступку која је оштећена другим, неразумним трајањем поступка, има право на одштету, о чему одлучује Уставни суд Босне и Херцеговине.

8. ПРАВО НА ПРАВНИ ЛИЈЕК (ПРАВО НА ДВА СТЕПЕНА СУЂЕЊА)

У члану 2 Протокола број 7 Европске конвенције о људским правима и основним слободама се истиче: „Свако ко је одлуком суда осуђен због кривичног дјела, има право на то да виши суд преиспита пресуду или казну. Кориштење овим правом, укључујући и основе по којима се тим правом може користити, уређује се законом“.¹⁹ Међутим, постоје и изузеци од овог правила и то у случајевима када је ријеч о дјелима мањег значаја која су одређена законом, у случајевима када је лицу у првом степену судио највиши суд или је осуђено на ослобађајућу пресуду. Такође, чланом 14 став 5 Међународног пакта о грађанским и политичким правима прописано је: „Свако ко је оглашен кривим за неко кривично дјело има право да његову кривицу и осуду размотри виши суд у складу са законом.“²⁰ Чланом 113 став 1 Устава Републике Српске, прописано је да се против појединачних аката судова, управних и других државних органа, као и организација која врше јавна овлашћења, донесених у првом степену, може изјавити жалба надлежном органу, док је ставом 2 истог члана Устава Републике Српске прописано да се законом изузетно може искључити жалба ако је на други начин обезбијеђена заштита права и законитости. Из наведеног произилази да се управо постојањем двостепености у судском одлучивању гарантује остваривање права на правично суђење, а сам појам двостепености укључује постојање права на изјављивање жалбе у законом одређеном року или изјављивања другог правног средства против првостепених одлука судова. Дакле, постојање жалбе (или другог правног лијека) даје могућност странкама да након

¹⁹ Европска конвенција о људским правима. Доступно на: www.echr.coe.int/Documents/Convention_BOS.pdf

²⁰ Међународни пакт о грађанским и политичким правима. Доступно на: www.ljudskaprava.gov.rs/...prava/

доношења првостепене одлуке могу изнијети нове чињенице и указати на погрешно утврђено чињенично стање или погрешну примјену процесних и материјалних закона у конкретној правној ствари и на тај начин да кроз поступак пред другостепеним судом доведу до ситуације у којој би се првостепена одлука суда укинула или преиначила. Изјављивање жалбе и све остале појединости које се односе на подношење жалбе или другог правног средства регулисано је процесним законима као што су: Закон о кривичном поступку, Закон о парничном поступку, Закон о прекршајима, као и други закони. Жалба је по својој правној природи деволутиван правни лијек, што значи да о жалби одлучује другостепени суд који није одлучивао у првом степену. Дакле, другостепеност представља правило без изузетка у смислу да жалба против првостепене пресуде никада није искључена. Поред жалбе, неопходно је поменути и ванредни правни лијек у кривичном поступку – понављање кривичног поступка и захтјев за заштиту законитости, као и ванредне правне лијекове у грађанском поступку – ревизију и приједлог за понављање поступка, који свакако могу бити у интересу оптуженог, уколико се ради о кривичном поступку, односно парничне странке, уколико се ради о грађанском, то јест парничном поступку.

9. ЗАБРАНА ПОНОВНОГ СУЂЕЊА ЗА ИСТО ДЈЕЛО (*ne bis in idem*)

Сврха овог права је да се појединац заштити од поновног суђења и изрицања санкције за исто кривично дјело. Чланом 14 став 7 Међународног пакта о политичким и грађанским правима прописано је да нико не може бити кривично одговоран или кажњен због дјела за које је већ био ослобођен или осуђен коначном пресудом у складу са законом и кривичним поступком сваке земље. „Дакле, ово право односи се на кривичне повреде, при чему се она дефинишу према међународним, а не према домаћим стандардима и зависе од природе саме повреде и потенцијалне казне.“²¹ Ова забрана предвиђена је чланом 4 став 1 Седмог протокола Европске конвенције о људским правима и основним слободама, којим је прописано: „Никоме не може да се поново суди или да буде поново осуђен у кривичном поступку под надлежношћу исте државе за дјело због кога је већ био коначно осуђен или ослобођен оптуж-

²¹ М. Пауновић, Б. Кривокапић, И. Крстић, *Међународна људска права*, Београд, 2010, стр. 199.

бе у складу са законом и кривичним поступком те државе²², док је ставом 2 истог члана наведеног протокола прописано да: „Одредбе претходног става не спречавају поновно отварање поступка у складу са законом и кривичним поступком дате државе, ако постоје докази о новим или новооткривеним чињеницама, или ако је постојала суштинска мана у претходном поступку која је могла да утиче на његов исход.“²³ Такође, ово начело је једно од основних начела Закона о кривичном поступку Републике Српске, као и осталих закона о кривичном поступку који се примјењују у Босни и Херцеговини (Закон о кривичном поступку Босне и Херцеговине, Закон о кривичном поступку Федерације Босне и Херцеговине и Закон о кривичном поступку Брчко Дистрикта).

10. ПРАВО НА НАКНАДУ ШТЕТЕ ЗБОГ СУДСКЕ ГРЕШКЕ

Чланом 3 Протокола број 7 уз Европску конвенцију о људским правима и основним слободама прописано је: „Ако је неко лице коначном пресудом било осуђено због кривичног дјела, иако је касније његова осуда била укинута или је био помилован због тога што нека нова или новооткривена чињеница неоспорно указује на судску грешку, лице које је претрпјело казну, као последицу такве осуде, добиће накнаду у складу са законом или праксом дотичне државе, уколико се не докаже да је оно у потпуности или дјелимично одговорно за то што непозната чињеница није откривена на вријеме“. Такође, чланом 17 Устава Републике Српске прописано је да свако има право на накнаду штете коју му незаконитим или неправилним радом наноси службено лице или државни орган, односно организација која врши јавна овлашћења, као и да лице које је неоправдано осуђено или незаконито и без основа лишено слободе, има право на рехабилитацију, накнаду штете, јавно извињење и друга законом утврђена права. Законима о кривичном поступку Републике Српске и Босне и Херцеговине прописани су случајеви и поступак за остваривање ових права. Свако лице коме је правоснажно изречена кривичноправна санкција, или које је оглашено кривим, а касније је ослобођено од казне, или је касније поводом ванредног правног лијека поновљени поступак правоснажно обустављен или је правоснажном пресудом ослобођено од оптужбе или је оптужба одбијена (осим у

²² Европска конвенција о људским правима. Доступно на: www.echr.coe.int/Documents/Convention_BOS.pdf

²³ Ibidem.

случајевима: ако је до обуставе поступка или пресуде којом се оптужба одбија дошло због тога што у поновљеном поступку тужилац одустао од кривичног гоњења, а до одустанка је дошло на основу споразума са осумњиченим, односно оптуженим, ако је у поновљеном поступку пресудом оптужба одбијена због ненадлежности суда, а овлаштени тужилац предузео кривично гоњење пред надлежним судом), има право на накнаду штете. Осуђени нема право на накнаду штете ако је својим лажним признањем или на други начин намјерно проузроковао своју осуду, осим ако је на то био принуђен. У случају осуде за кривична дјела у стицају, право на накнаду штете може се односити на поједина кривична дјела у погледу којих су испуњени услови за признање накнаде. Право на накнаду штете без основа осуђених лица и лица лишених слободе регулисано је одредбама Закона о кривичном поступку Босне и Херцеговине, као и Закона о кривичном поступку Републике Српске.²⁴

11. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Право на правично суђење, као и најважнија становишта тог права: једнакост странака, право на независан и непристрасан суд, претпоставка невиности, начело јавности суђења, право одбране, право на суђење у разумном року, право на правни лијек, забрана поновног суђења за исто дјело и право на накнаду штете због судске грешке, представљају најважније процесно право које је загарантовано чланом 6 Европске конвенције о људским правима и слободама, чланом II/2 и II/3.е Устава Босне и Херцеговине и одредбама чланова: 19, 16 став 1, 17, 20 став 2 и 113 став 1 Устава Републике Српске.

Наведено право представља основ судске етике и као такво треба да буде темељ сваког судског поступка, без обзира да ли се ради о грађанском или кривичном поступку. Дакле, Европска конвенција о људским правима и слободама и њени протоколи су најзначајнији међународни инструмент за успоставу права и заштиту људских права и која у Босни и Хер-

²⁴ Право на накнаду штете без основа осуђених лица и лица лишених слободе регулисано је одредбама чланова 432–438 Закона о кривичном поступку Босне и Херцеговине (Службени гласник Босне и Херцеговине, бр. 3/03, 32/03, 36/03, 26/04, 63/04, 13/05, 48/05, 46/06, 76/06, 29/07, 32/07, 53/07, 76/07, 15/08, 58/08, 12/09, 16/09, 93/09, 72/13), као и одредбама 408–414 Закона о кривичном поступку Републике Српске – Пречишћени текст („Службени гласник Републике Српске” бр. 100/09).

цеговини има приоритет над домаћим прописима, односно законима. Уставни суд Босне и Херцеговине и остали судови у Републици Српској и Босни и Херцеговини, по питању права на правично суђење, треба да ускладе своје одлуке са схватањем Европског суда за људска права. Стога, једнакост учесника у судском поступку, независност и непристрасност суда, претпоставка невиности, јавност суђења, право на одбрану и суђење у разумном року, те право на правни лијек, забрану поновног суђења и право на накнаду штете због судске грешке, чине фундамент модерног уставноправног система и уједно представљају темељ стабилног и сређеног правног система. Само са адекватном примјеном овог права у сваком поступку, усклађеним са мишљењем и ставовима Европског суда за људска права, може се достићи ниво поштеност суђења. Дакле, неопходно је уједначити судску праксу у Републици Српској и Босни и Херцеговини, јер постоји некомпатибилност судске праксе у Босни и Херцеговини са праксом стандарда правичног суђења из Европске конвенције, а хармонизација судске праксе може се извршити кроз одлуке Уставног суда Босне и Херцеговине.

Такође, неопходан предуслов за примјену овог права је да се приликом избора судија бира најбољи стручни кадар и да се обавља стално стручно усавршавање судија са акцентом на заштиту основних права и људских слобода. Поред тога, неопходно је успоставити строжу контролу судова од стране Високог судског и тужилачког савјета Босне и Херцеговине, посебно у домену кршења права на правично суђење које је учињено кроз судске поступке и одлуке судова, а на које је указано одлукама Европског суда за људска права, како би се судска пракса уједначила и уједно спријечило даље кршење људских права у истим или сличним ситуацијама. Истовремено, на тај начин би се отклониле и аномалије правног система које су узрок кршења права на правично суђење. Ако би се сагледале све ситуације и сви разлози који доводе до кршења права на правично суђење, тек онда би се могле предузети одговарајуће мјере кроз реформу правосуђа, а које би за циљ имале управо уклањање разлога који доводе до повреде права на правично суђење, као и уклањање аномалија правног система које доводе до кршења људских права и слобода. На тај начин омогућила би се постепена транзиција сложеног правног система Босне и Херцеговине ка правном систему Европске уније, која свакако мора бити заснована на компромису између Босне и Херцеговине, као државне заједнице, и њених ентитета.

Дакле, треба имати на уму да је Босна и Херцеговина сложена држава, односно државна заједница која има више уставноправних си-

стема и то: на нивоу ентитета Републике Српске и Федерације Босне и Херцеговине и на нивоу државе Босне и Херцеговине, којима је регулисан механизам заштите људских права и основних слобода. У тој консталацији веома је значајна улога Уставног суда Босне и Херцеговине, чије одлуке се рефлектују на праксу ентитетских судова. Поред наведеног, у зависности од тога да ли се ради о грађанском и кривичном поступку, пожељно би било у Закону о парничном поступку, односно у Закону о кривичном поступку, уградити одредбе у којима би, као начело, било прописано – право на правично суђење, које би, разумије се, у даљем тексту Закона било детаљније разрађено и регулисано. У сваком случају, право на правично суђење у сталној је афирмацији и, како је већ наведено, представља темељ сваког судског поступка и судске етике и може се закључити да ниво афирмисаности овог права у држави указује и на степен развијености демократије конкретног друштва.

Zdravko Vuković
Centre for Free Legal Aid
Office in Trebinje

RIGHT OF RIGHTEOUS TRIAL ACCORDING TO ACT 6 OF EUROPEAN HUMAN RIGHTS CONVENTION

Summary

In this paper author is working on right to righteous trial, as a fundamental right for function of any democratic society.

Bringing the European convention of human rights and basic freedoms the idea was formed on unique protection of basic rights and freedoms for every man. Right of fair trial who's sense originates from European convention on human rights and basic freedoms, is guaranteed in Bosnia and Herzegovina Constitution by Act II/2, which regulates direct application of rights and freedoms prearranged by the European convention for protection of human rights and basic freedoms and it's protocols and have priority over other laws.

When it comes to right of a fair trial, Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina and other Courts in Republic of Srpska and Bosnia and Herzegovina should complement their decisions with understandings of European court of human rights, because there are incompatibilities of Court practice in Bosnia and Herzegovina with the practice of standards in righteous trials in European Convention.

With this in mind, it's necessary to implement harsher control of Courts by the side of High Judicial and Prosecutors council of Bosnia and Herzegovina, especially in domain of breaching the human rights of a fair trial which has been done through Court procedures and Court decisions, and which are pointed out by decisions from European Court for human rights, in order to equalize the Court practice and at the same time prevent further breach of human rights in same and similar situations, and remove "anomalies" of legal system which are the cause of breach of right for a fair trial.

Key words: *Right of a righteous/fair trial, equality of parties, right for an independent and impartial Court, assumption of innocence, principle of publicity of trial, right to defense, right to defend, right for a trial in reasonable time, right for legal remedy.*

УПРАВНО ПРАВО

OCENJIVANJE ZAPOSLENIH KAO FAKTOR MOTIVACIJE U JAVNOJ UPRAVI*

Prof. dr Predrag Dimitrijević**

Apstrakt: *Motivacioni sistem utemeljen je na oceni rada zaposlenih. Ocena rada je tako bitna da postaje suštinski smisao iako je zapravo samo tehnika i metoda. Ta metoda mora biti tačna, sa jasnim kriterijumima, nezavisna i objektivna. Samo takva, ona je sredstvo odgajanja i razvijanja službenika.*

Osnovni problem ocenjivanja (evaluacije) jeste spojiti objektivnost sa ekonomičnošću. Ocena mora da bude tačna, a metode pouzdane. Izvori informacija za ocenu moraju biti tačni. Subjektivnost treba svesti na najmanju moguću meru i ocenjivanju treba posvetiti dovoljno vremena. Ocenjivanje mora biti jednostavno i ekonomično, prilagodljivo i razumljivo službenicima na koje se primenjuje i prihvaćeno od njih kao svrsishodno i pravedno.

Ključne reči: *evaluacija, motivacija kadrova, merenje performansi u javnoj upravi.*

1. Osnovna pitanja

Usled velikih promena koje su se desile rastom konkurencije, promenom posla kroz uvođenje informacionih tehnologija, usmerenosti ka razvoju pružanja usluga, sve više pažnje obraća se na fleksibilnost radne snage, konstantno usavršavanje radnika i brzo snalaženje u obavljanju zadataka, koji do tada nisu bili u njihovoj nadležnosti, pa sistem nagrađivanja ide ka tome da najviše budu nagrađeni oni kadrovi koji su najspremniji da po principu „svi

* Rad je rezultat istraživanja na projektu: „Usklađivanje prava Srbije sa pravom Evropske unije“, koji finansira Pravni fakultet Univerziteta u Nišu u periodu 2013–2018. godine.

** Pravni fakultet Univerziteta u Nišu

sve“ rade u ostvarivanju ciljeva organizacije. Međutim, pretpostavka za nagrađivanje je ocena i vrednovanje rada zaposlenih u upravi.

Ocene rezultata rada (evaluacija performansi) uopšte, pa i u upravi, imaju brojne prednosti. Pre svega, pravilno sprovedena evaluacija (objektivna, bez uravnilovke i negativnih posledica) utiče na efikasnost rada uprave. Efikasnost upravnog sistema povećava se uvođenjem sistema procene rezultata rada. To zahteva postojanje permanentne evaluacije po službama koja obuhvata sve zaposlene ali i njihove pretpostavljene (obostrana evaluacija). Ta dvosmerna i dvostruka evaluacija povećava osećaj pripadnosti timu, pojačava osećaj zajedničkog uspeha i obostrane odgovornosti za neefikasnost, za greške u radu i pogrešne procene i strateške odluke.

Osnovni problem ocenjivanja (evaluacije) jeste spojiti objektivnost sa ekonomičnošću. Ocena mora da bude tačna, a metode pouzdane. Izvori informacija za ocenu moraju biti tačni. Subjektivnost treba svesti na najmanju moguću meru i ocenjivanju treba posvetiti dovoljno vremena. Ocenjivanje mora biti jednostavno i ekonomično, prilagodljivo i razumljivo službenicima na koje se primenjuje i prihvaćeno od njih kao svrsishodno i pravedno.

Rezultati evaluacije čine osnov za preduzimanje čitavog niza mera i donošenje odluka u procesu upravljanja ljudskim resursima. Tako, rukovodilac koristi ocene rezultata rada zaposlenih u donošenju niza odluka vezanih za zaposlene, kao što su: odluke o unapređenjima, premeštanjima i otpuštanjima, odluke o potrebama za daljim usavršavanjem i razvojem kadrova, kao i odluka na osnovu kojih se vrši ocena programa selekcije i razvoja kadrova. Sa druge strane, rezultati evaluacija pružaju zaposlenom povratnu informaciju o tome kako upravna organizacija gleda na njihov rad. Rukovodilac treba da o oceni, razgovara sa podređenima, da ih upozorava na koje tačke u njihovoj ličnosti i radu moraju da obrate pažnju i da im pomognu u otklanjanju opaženih slabosti. Pored toga, evaluacija performansi može se koristiti i kao sredstvo za planiranje osoblja i donošenje odluka o nagrađivanju.

Predmet ocene (parametri) mogu biti: rezultati po pojedinačnim radnim zadacima, način ponašanja i lične osobine upravnih službenika ali i starešina, u slučaju evaluacije starešina. U slučaju godišnje evaluacije rezultata rada, evaluacija treba da bude zasnovana na određivanju individualnih ciljeva, koji se prate i meri njihova ostvarljivost.

Ocenu rezultata mogu da vrše: (1) *neposredno nadređeni* starešina, koji je i odgovoran za rad podređenih (prednost), iako on nije dovoljno blizu da bi stekao realnu sliku, (2) *kolege u istom rangu*, kada se dobija nekoliko mišlje-

nja bliskih saradnika ali sa rizikom od neobjektivnosti zbog eventualnog (ne) prijateljstva, (3) *sam zaposleni ocenjuje svoj rad* (autoevaluacija), što je odličan način da se podstakne razgovor zaposlenog i nadređenog o učinku, mada trpi rizik od neobjektivnosti, i ocenu rezultata vrši (4) *neposredni podređeni*, jer „ocjenitelj“ ima česte kontakte sa osobom čiji se rad procenjuje „nadređenim“ službenikom ili starešinom (prednost), ali postoji moguća neobjektivnost, strah od konsekvenci, ukoliko se da negativna procena rada nadređenog.

Metodi evaluacije mogu biti različiti. To može biti jednostavni *pisani sastav* koji predstavlja opis dobrih i loših strana zaposlenog, radni učinak u proteklom periodu, njegovi potencijali i predlozi za poboljšanje radnog učinka i dr. Nisu potrebni komplikovani obrasci ni posebna obuka za osobu koja vrši procenu. Međutim, ovaj metod ima lošu stranu jer veoma zavisi od sposobnosti pisanog izražavanja osobe koja vrši ocenu. Drugi način je kada osoba koja vrši evaluaciju tako što *opisuje* neki kritični događaj, kao ilustraciju ponašanja koje dovodi do uspešnog ili neuspešnog obavljanja posla. Treći metod je izrada *grafikona*, koji se odnose na: kvalitet i kvantitet rada, obim stručnog znanja, saradnju sa drugima (komunikativnost) lojalnost,¹ redovnost na poslu, poštenje, inicijativa i dr. Postoje i drugi metodi evaluacije, kao što su: bihevioristički zasnovane skale ili poređenje učinka više zaposlenih.²

Problemi koji se mogu javiti u vezi sa procenom su nesporazumi, pre-dubedenja, netrpeljivosti lična ili prema starešini i dr. Često je davanje povratne informacije o oceni radnog učinka jedna od najneprijatnijih dužnosti zaposlenima i ako nisu obavezani organizacionom politikom, oni često ignorišu ovu obavezu.

Ciljevi ocene radnog učinka (*performance management*) su: da zaposlenici znaju šta se od njih očekuje, da se radni učinak transparentno ocenjuje i da zaposleni dobiju povratne informacije o svom radnom učinku. Kada se radi o eventualnoj oceni starešina, cilj je da se meri kvalitet upravljačkog rada rukovodećih kadrova, što je bitno za njegovo (ne)napredovanje kao starešine. Tako, ukoliko starešina dobije loše ocene, ima određene sankcije, kao što su: nemogućnost napredovanja u službi, gubitak funkcionalnog dodatka i dr. (npr. austrijski upravni sistem).

Glavni cilj evaluacije radnog učinka je precizna procena individualnog doprinosa radu ministarstva i drugih organa i organizacija javne uprave. Ko-

¹ Komunikativnost može biti unutrašnja – unutar kolektiva, sa službenicima i sa nadređenim (ovde ima zloupotreba) i eksterna – odnos sa strankama (klijentima).

² Na ovim skalama dodeljuje se obično po pet poena, u okviru ocena od 1 do 5. Ovakvo ocenjivanje oduzima značajno manje vremena za razvoj i primenu, a omogućava dobru kvantitativnu analizu i poređenje.

rektno prikazana ocena može da ima pozitivan uticaj na rad zaposlenih u smislu bolje motivacije i radnog učinka, naročito kada je ocena urađena na osnovu bihevorističkih parametara, koji su usmereni ka rezultatima rada, kada se uz ocenu učinka razmatra i o mogućnostima napredovanja u karijeri i kada zaposleni imaju priliku da aktivno učestvuju u procesu procene (razgovori o rezultatima rada – intervju).³

Dobar sistem ocenjivanja nije lako naći. Treba obezbediti opšte uslove, npr. ispitivanje kvalifikacija, ispiti, ispravno raspoređivanje novoprimitljenih službenika, psihološka ispitivanja, uzdizanje u službi kroz treninge, koji treba da obezbede bolji prosečni kvalitet službenika. Ovi uslovi olakšavaju ocenjivanje i daju mu smisao. To su objektivni, opšti i jasni standardi rada, tj. merila šta je dobar i uspešan službenik.

2. Motivacija zaposlenih (Teorijski pristup)

Jedan od osnovnih pokretača čovekovog delovanja je motiv (motivacija). Motiv (latinski *motus*) znači povod, pobudu za neko delovanje, akciju. To je ono što nas pokreće na određeno ponašanje, rad, učenje. Motivacija je skup psiholoških faktora (karakteristika) pojedinaca bez kojih se znanje i sposobnosti neće uopšte ili će se slabo ispoljavati. Bez motivisanosti i najveći stručnjaci neće moći pokazati svoja znanja i veštine.

Efikasno pružanje usluga često zavisi od odnosa licem u lice između javnog službenika i korisnika usluge. Motivacija je voljni momenat zaposlenog za rad, odnosno „uticaj koji izaziva, usmerava i održava željeno ponašanje ljudi“⁴. Motivacija je psihološki fenomen, koji je potreban zaposlenom da bi se zadovoljila njegova potreba za radom. Motivi zaposlenih vode i podstiču ka realizaciji cilja, a sa aspekta menadžera to su aktivnosti koje stvaraju uslove da zaposleni teže, žele i hoće da ostvare definisane ciljeve i da konstantno pomeraju granice svojih moći.

³ *Intervju* u vezi sa radnim učinkom zaposlenih je mesto na kome se susreću interesi zaposlenih i nadređenih, u okviru konstruktivnog dijaloga. Standardna procedura podrazumeva da će svim zaposlenima u ministarstvu biti ponuđen godišnji intervju sa direktnim nadređenim. Ovaj postupak se vrši radi obostrane koristi, ministarstva i zaposlenog. Intervju daje priliku rukovodiocu i zaposlenom da zajedno razmotre svakodnevnu radnu problematiku. Obe strane imaju priliku da pogledaju unazad, ali i unapred. Mogu da razgovaraju o trenutnoj situaciji na radnom mestu, ličnom i profesionalnom usavršavanju i da zajednički donesu plan programa razvoja za pojedinačne kadrove. Najjednostavnija forma intervjuja je dijalog o tome kako se situacija na radnom mestu može poboljšati u narednom periodu, u korist obe strane. Zaposleni tada ima priliku da iznese svoje želje.

⁴ <http://bs.wikipedia.org/wiki/Motivacija> 23.11.2014.

Motivacioni procesi uključuju i čitav niz psihičkih procesa (emocije, ličnost, intelektualne procese i drugo). U psihologiji postoje različite teorije motivacije, ali među menadžerima najpopularnije su: teorija Abrahama Maslowa (1943) i Herzbergova teorija.⁵

Teorija A. Maslowa ljudske potrebe razvrstava prema hijerarhiji prioriteta u pet kategorija: (1) *fiziološke (primarne) potrebe* (hrana, voda, vazduh, san i ostale osnovne egzistencijalne potrebe) za čije zadovoljenje ljudi su „spremni na sve”; (2) *potrebe za sigurnošću* su psihološke potrebe po rangi neposredno uz fiziološke potrebe (npr. potreba zaštite od rizika, opasnosti, odnosno otklanjanje nepovoljnih dejstava okoline, potreba za sigurnošću na poslu, za stanom i dr.); (3) *potreba za pripadanjem* su psihološke potrebe za pripadnošću, za uključivanjem u grupu i priznavanjem za člana zajednice. Tu spada i potreba za ljubavlju i prijateljstvom; (4) *potreba za uvažavanjem* postoji kod svakog čoveka. Čovek pre svega ceni sam sebe, ali ima potrebu da ga i drugi cene i uvažavaju. To su potrebe za ugledom, reputacijom, za postizanjem uspeha, za nezavisnošću, slobodom; (5) *potreba za samoaktualizacijom* najviši je nivo potreba i pojavljuje se nakon zadovoljenja prethodne četiri vrste potreba. Čovek koji oseća ovu potrebu teži kreativnosti, vrhunskim rezultatima, usavršavanju i uživanju u poslu. Samoaktualizacija se može postići uglavnom radom, odnosno pozitivnim društvenim delovanjem čoveka. Ovo je veoma značajno sa stanovišta motivacije za rad.

Proučavanje potreba je značajno kod stimulisanja kadrova. Naime, potrebe se često nalaze u hijerarhijskom odnosu: zadovoljenjem „niže” potrebe, otvara se mogućnost za početak zadovoljenja „više” potrebe. Dešava se da neka „viša” potreba (potreba za uvažavanjem) bude zadovoljena pre „niže” potrebe (potrebe za stanom) i obrnuto.

Potrebe su osnovni motivatori ljudskog ponašanja i ljudi neprekidno teže da zadovolje što veći broj potreba, odnosno da postignu traženi cilj. Ukoliko cilj ne može da se ostvari, pojedinci često počinju sa negativnim, defanzivnim ponašanjem (izostanci sa posla, bolovanje, odbijanje usavršavanja i sl.). Tako, dolazi do sukoba i nemogućnosti saradnje, što utiče na smanjenje efikasnosti.

Herzbergova teorija „motivacione higijene” zasniva se na dve grupe faktora: unutrašnji faktori – motivatori (npr. uspešno postizanje nekog zadatka, priznanje i pohvale, lični rad, odgovornost za svoje i za poslove drugih, napredovanje) i spoljašnji faktori „faktori higijene” (npr. povećanje zarade, proces kontrole, nadzora, kvalitet međuljudskih odnosa, politika i uprava preduzeća, radni uslovi, sigurnost na poslu).

⁵ S.P. Robbins, M. Coulter, *Menadžment*, Data Status, Beograd, 2005, str. 392–415.

Unutrašnji faktori „motivatori” direktno utiču na zadovoljstvo u radu (motivacija osobe za delovanje, a ne za rezultate delovanja) jer podižu satisfakciju poslom i motivisanost za što bolji uspeh u poslu. Spoljašnji faktori „higijenski” pretpostavljaju spolja postavljene ciljeve koji treba dosegnuti kao osnovni motiv delovanja, iza čega sledi nagrada (delovanje prestaje biti važno, važna postaje nagrada). Ukoliko su prisutni, rađaju motivaciju za napredovanje i uspeh.

Motivacija se može posmatrati sa dva aspekta: sa aspekta zaposlenog i sa aspekta menadžmenta. Sa aspekta zaposlenog motivacija predstavlja interno stanje koje vodi ka ostvarenju njegovih individualnih ciljeva, dok sa aspekta menadžmenta ona predstavlja aktivnost koja obezbeđuje da ljudi konstantno teže ka postavljenim ciljevima organizacije i da ih kroz svoj angažman ostvaruju.⁶

3. Praktični aspekti

Motivacija ima veoma značajnu ulogu u celokupnom procesu upravljanja ljudskim resursima. Pojmovi motivacije, nagrađivanja i performansi zaposlenog u organizaciji, odnosno njegove učinkovitosti na poslu, u korelativnom su odnosu. U zavisnosti od toga kolika je motivacija zaposlenog, meri se najčešće i njegov učinak na radnom mestu.⁷ Motivacija je problem kojem najveću pažnju moraju posvetiti menadžeri za ljudske resurse. Oni moraju preuzeti konkretne akcije koji će uticati na povratak zaposlenog na poboljšanje radnih performansi.

Kako motivisati ljude i dalje je često pitanje u svakodnevnom životu i radu. Kao praktična primena teorijskih znanja dovela je do izrade upitnika (anketa) koji su dali odgovarajuće rezultate.

U organima javne uprave veoma se malo (gotovo nimalo) vodi računa o motivaciji zaposlenih. Veliki broj službenika smatra da bi rukovodioci morali da nađu načina da motivišu službenike, kako bi oni pružili svoj maksimum. Tako treba dozvoliti svakom pojedincu da participira, odnosno da učestvuje u odlučivanju, vođenju dela zadatka, da slobodno iskaže svoje mišljenje. Na

⁶ Sajfert, Z., *Menadžment ljudskih resursa*, Apologija humanog kapitala, Univerzitet u Novom Sadu, 2006, str. 130–131.

⁷ Bez obzira na karakteristike koje zaposleni u kratkom vremenskom periodu ima pri obavljanju radnih dužnosti, one dugoročno mogu značajno opasti ukoliko postoji nedostatak motivišućeg faktora. Čorović, B., *Menadžment ljudskih resursa*, Fakultet za pomorstvo, Kotor, 2008, str. 245.

unutrašnju motivaciju pozitivno deluje pohvala, nasuprot kritici, jer „pohvala ne košta, a motiviše i podiže samopouzdanje”.⁸ Merenje performansi podrazumeva da treba postavljati realne ciljeve (zadatke), koji su dostupni uz ulaganje određene količine napora. Važno je negovati potrebu za istraživanjem i za kreativnošću. Treba uvesti otvoreni sistem napredovanja (prema sposobnostima) umesto automatskog (protek vremena u službi), ili eventualno kombinovati oba sistema. Evaluacija se vrši sa ciljem da se pravi razlika između onih koji rade i postižu rezultate i onih koji samo dolaze na posao, ili čak ne dolaze. Prve treba nagraditi, druge sankcionisati (novčano, raspodela na drugo radno mesto i dr.). Svakako da je potrebno obezbediti odgovarajuće radne uslove (prostor, oprema),⁹ omogućiti stručno usavršavanje zaposlenih, itd.

Praktična ispitivanja nesporno pokazuju da najvažniji motivacioni faktor jeste poboljšanje ekonomskog statusa zaposlenih. Motivacija zaposlenih zasniva se, pre svega, na dobrim platama i pohvalama, koje slede za uspešno obavljen posao. Prema tome, službenici kao osnovni faktor motivacije izdvajaju novčanu nadoknadu, odnosno povećanje zarade. Nakon toga, ističe se mogućnost usavršavanja, tj. slanja na kurseve (jezici, kompjuteri), zatim mogućnost putovanja (kongresi, seminari, itd.). Kada bi imali pristojna primanja, službenici su kao najvažnije motivacione faktore izdvojili: mogućnost usavršavanja (potreba za samoaktualizacijom), mogućnost putovanja i napredovanje u karijeri. Motivacioni faktor jesu svakako i uslovi rada (materijalni i psihološki ambijent), pohvala starešine i dr.

Primena sankcija prema onima koji ne izvršavaju svoje obaveze, u kombinaciji sa nagrađivanjem onih koji savesno rade, takođe stimulatивно deluje na službenike i na osećaj pravičnosti.

Radna sredina, naročito međuljudski odnosi, osećaj ravnopravnosti, odnos rukovodioca prema službenicima i slično, ocenjena je kao veoma bitan faktor motivacije. O ovome treba posebno voditi računa da se za rukovodiocce postavljaju ljudi koji mogu da stvore pozitivnu atmosferu u timu, koji će da stimulišu kreativnost i odgovornost svakog pojedinca, i koji će dati šansu svakome podjednako i slično.

Što se tiče evaluacije, odnosno povremenog vrednovanja (ocenjivanja) rada svih, mišljenja su različita. Većina službenika smatra da bi evaluacija

⁸ Naime, 60% službenika muškog pola i 70% ženskog pola izjavilo je da ih pohvala motiviše, odnosno pozitivno deluje na njih, a ostali da ih motiviše, ali u maloj meri. Prema tome, nije teško pohvaliti nečiji trud, naročito ako će to stimulatивно uticati na dalji rad. Isto, str. 249.

⁹ Rezultati istraživanja pokazuju da većoj motivisanosti za rad doprinosi ostvarenje uslova rada, koji omogućavaju da u većoj meri dođe do izražaja samoaktuelizacija čoveka i njegova potreba da se iskaže kao kreativno i slobodno biće, i da se poštuje njegovo ljudsko dostojanstvo i njegova vrednost kao pojedinca.

uticala na povećanje efikasnosti rada. Manji broj izražava sumnju zbog mogućih manipulacija i subjektivnosti. Većina službenika se izjašnjava za „partnerstvo” umesto „hijerarhije”, mada ima nesigurnosti i sumnji da li bi princip partnerstva funkcionisao u upravi.

U svakom slučaju, primena unutrašnjih i spoljašnjih faktora zavisice i od same ustanove, od karaktera poslova, od samih pojedinaca, zato pretpostavljeni treba da vode računa o zaposlenima i da, uz malo truda, prepoznaju njihove potrebe i očekivanja. Samo zadovoljni službenici, adekvatno nagrađeni i motivisani, moći će da pruže svoj maksimum i da stvore efikasnu upravu.

Zaključak

Sistem menadžmenta ljudskih resursa treba biti transparentan, treba da podržava vrednosti i profesionalizam, te da pruža motivaciju osoblju na osnovu jasnih kriterijuma. Motivacioni sistem nagrađivanja pretpostavlja definisanje kriterijuma za procenu učinka, kao i kriterijume za određivanja visine i vrste nagrade za postignute rezultate. Definisane dodatnih (materijalnih i nematerijalnih) nagrada, kao i kriterijima za njihovo dodeljivanje, omogućava: nagrađivanje za postizanje poslovnih ciljeva, za ponašanja u skladu sa željenom etikom poslovanja i nagrađivanje izvrsnih specijalista nezavisno od hijerarhijske pozicije.

Međutim, motivacioni sistem utemeljen je na oceni rada zaposlenih. Ocena rada je tako bitna da postaje suštinski smisao iako je zapravo samo tehnika i metoda. Ta metoda mora biti tačna, sa jasnim kriterijumima, nezavisna i objektivna. Samo takva, ona je sredstvo odgajanja i razvijanja službenika.

Evaluacija mora da obuhvata i starešine, što menja tradicionalni psihološki ambijent da je „šef uvek u pravu”, i tera ih da vode brigu o svojim službenicima (podređenima) jer njegov uspeh zavisi od njih. Starešina počinje službenike doživljavati kao „tim” i to vodi ka partnerskim odnosima u realizaciji upravnih ciljeva. Evaluacija starešina je motivacioni faktor ne samo za starešine, koji imaju veliki stres kada se rezultati ocene njihovog rada objavljuju na oglasnoj tabli, već i za sve službenike. To stvara odnos „ravnopravnosti” u vrednovanju rada a sveukupno vodi ka efikasnoj realizaciji upravnih zadataka i strateški javne politike, koja se operacionalizuje.

Predrag Dimitrijević, PhD
Professor
Faculty of Law in Niš

EMPLOYEE EVALUATION AS MOTIVATING FACTOR IN PUBLIC ADMINISTRATION

Summary

Motivation system is based on evaluation of employees. Work performance assessment is of such importance that it becomes essential, although it is just a technique and a method. This method must be accurate, with clearly defined criteria, independent and objective. Only as such, it can be used as an instrument of education and development of clerks.

Basic problem with evaluation is how to bring together objectivity and cost-effectiveness. Evaluation must be accurate, and its methods reliable. Sources of information used in the evaluation process must be authentic. Subjectivity must be reduced to a bare minimum, and enough time should be allocated to the evaluation process. Evaluation must be simple and cost-efficient, adaptable and clear so clerks under evaluation could understand it and acknowledge it as practical and fair.

Keywords: *evaluation, staff motivation, performance assessment in public administration.*

НЕОПХОДНОСТ ПРОМЕНА У ПОРЕСКОМ ПОСТУПКУ*

Проф. др Марина Димитријевић**

Апстракт: Намера аутора овог рада је да укаже на неопходност промена у пореском поступку. Потреба континуираног иновирања поступка примене пореза нарочито је важна, у актуелним условима, када се администрирање пореским системом суочава са пуно препрека и изазова. Почетни део рада садржи основне напомене о пореском поступку и његовој важности у савременој држави. У наставку рада, детаљније су обрађени кључни сегменти промена у пореском поступку. Однос пореских органа и пореских обвезника, улога пореског обвезника у пореском поступку, трајање и квалитет пореског поступка, више од деценије, сегменти су пореског поступка погодни за промене. На основу извршене анализе досадашњих модификација пореског поступка аутор, у завршном делу рада, даје одговор на питање колико су оне допринеле побољшању и осавремењивању овог поступка, тј. да ли је исход који су промене условиле очекиван.

Кључне речи: порези, порески закони, порескоправни однос, порески поступак, побољшање и осавремењивање пореског поступка.

УВОД

Опстанак државе и њено нормално функционисање тешко је замислити без континуираног прилива адекватног износа пореских прихода. Порескоправна правила стога свакодневно доводе пореске обвез-

* 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.

** Ванредни професор, Правни факултет Универзитета у Нишу

нике (физичка и правна лица) у везу са државом (пореским повериоцем) и тангирају све њихове активности којима се манифестује економска моћ погодна за опорезивање. Порескоправни односи државе и пореских обвезника се, на законом прописан начин, детаљније уређују у пореском поступку (поступку примене пореза).¹ Поступак утврђивања, контроле и наплате пореза изазива комплексна фискална, економска, правна и социјално-психолошка дејства па се, у савременим условима, предузимају бројне промене у правцу његовог побољшања и осавремењивања. Модификације пореске процедуре посебно се показују неопходним у условима економско-финансијске кризе која је захватила свет. У многим је земљама фискална консолидација постала императив управљања јавним финансијама а успешније функционисање јавног сектора (тима и јавне управе) истиче се као један од приоритетних захтева. То се одражава и на пореске управне органе, у чијој је надлежности администрирање пореским системом, тј. спровођење пореских поступака. У окружењу које је променљиво и које се формира под утицајем бројних унутрашњих и спољних фактора,² реално је очекивати да порески органи имају јасну представу циљева свог рада. Они се могу достићи уколико се поступање пореских органа у пореском поступку континуирано иновира. Објективна оцена конкретног националног амбијента, постојећих пореских поступака, организационе структуре, културе и интегритета пореских органа у јавности, потребни су како би се предузеле неопходне промене и обезбедила што ефикаснија, економичнија и ефективнија употреба ресурса који пореским органима стоје на располагању. Неизоставно, новине у пореском поступку треба да буду и одраз значајнијег уважавања пореских обвезника, њихових потреба и права, што је нарочито битно уколико се има у виду да је, временски јако дуго, ова област била запостављена а изражени јавни интерес за прибављањем пореских прихода је неприкосновено доминирао као обележје сфере опорезивања.

¹ Порескоправни однос има извесне одлике општег управноправног односа, али и значајне разлике које га чине посебним према том односу. Практични циљ порескоправног односа – да се држави обезбеди довољно прихода за остваривање њених функција и финансирање јавних добара – постиже се посредством новчане облигације (обавезе плаћања пореза). Овај имовински (материјални) елемент посебно одликује порески однос иако он, као однос јавне (пореске) власти и пореских обвезника, поред имовинске компоненте, има и формалну (управну) компоненту као доминантну. О проблематици порескоправног односа видети: Дејан Поповић, *Пореско право*, Правни факултет Универзитета у Београду, 2013, стр. 93–194.

² Унутрашњи фактори су изазови развоја државе (јавног сектора), тржишта и њиховог међусобног односа. Процеси глобализације и европских интеграција, као и притисак међународних финансијских организација да се, под утицајем теорије и политике тврдог буџетског финансирања, модернизује јавни сектор, најбитнији су спољни фактори.

НЕКОЛИКО НАПОМЕНА О ПОРЕСКОМ ПОСТУПКУ И ЊЕГОВОЈ ВАЖНОСТИ

Порески поступак је посебни управни поступак који воде порески управни органи ради решавања пореске управне ствари. Пореска управна ствар представља правну ситуацију коју порески орган треба ауторитативно да уреди (на основу важећих правних прописа) доношењем пореског управног акта – пореског решења.³ Наведено је могуће остварити уколико се предузме скуп строго формализованих процесних радњи обезбеђивања информација, правних чињеница и доказа у вези са доношењем пореских одлука у конкретним случајевима. У пореском поступку се одређује да ли једно лице дугује нешто на име пореза, тј. утврђује се правни основ и новчани износ његове пореске обавезе. Општа правна дужност плаћања пореза се индивидуализира с обзиром на околности појединачне животне ситуације. Правилима пореског поступка уређују се сва релевантна питања решавања (и извршења) у пореским стварима а порески обвезник, као странка у поступку, унапред зна које процесноправне ситуације може очекивати у поступку примене пореза. Познавање „правила игре“ у односима са пореским органима је значајно будући да јача правну сигурност пореских обвезника.

Општепознато је да су порези доминантне дажбине и најиздашнији приходи данашњих буџета. Из те чињенице произилази и важност пореског поступка. Јасност, једноставност и прецизност правила овог поступка (формално пореско право) имају суштински значај за успешну имплементацију пореског система и правилну примену закона (прописа) о порезима (материјално пореско право). Формално (процесно) пореско право је „алат“ за примену материјалног пореског права а строго поштовање правила пореског поступка поуздана је гаранција правилне примене материјалних порескоправних норми.⁴ Уосталом, права вред-

³ Пореска управна ствар има следеће елементе: појединачна је правна ствар (појединачна ситуација) уређена пореским прописима на тај начин што је обвезнику утврђена обавеза плаћања пореза а пореском органу овлашћење за доношење пореског решења; по правилу се ради о неспорној правној ситуацији; пореска управна ствар је ствар од јавног интереса; предмет пореске управне ствари је из домена пореске управне области; у оквиру пореске управне области надлежни порески орган има овлашћење да, непосредно примењујући прописе, решава о правима, обавезама и интересима странака; порески орган је овлашћен да: потврђује или региструје чињенице, врши управни надзор и спроводи административно извршење. Видети више: Марина Димитријевић, *Порески поступак*, магистарска теза, Универзитет у Нишу, Правни факултет, 2002, стр. 29–31.

⁴ Овим нормама се, унутар пореских закона, уређују конститутивни (предмет, обвезник, основа и стопа) и факултативни (пореска ослобођења и олакшице – порески подстицаји) елементи пореза.

ност пореских закона, којима парламент установљава поједине порезе, може се процењивати тек када се види снага њихове примене у реалном животу.

У пореском поступку сучељавају се два захтева, као одраз различитих интереса: први захтев налаже што брже и целисходније утврђивање, контролу и наплату пореза, неопходних за финансирање јавне потрошње, док други захтев акценат ставља на потребу да се економска моћ (порескоправна способност) обвезника објективно утврди и оптерети порезима у мери прописаној пореским нормама. Својеврсни компромис ових захтева је у пореском поступку битно постићи. Правила пореског поступка треба да буду прилагођена потреби перманентног обезбеђивања средстава буџету уз истовремено уважавање начела законитости и одређености пореза, угодности њиховог плаћања и јефтиноће убирања.⁵ Доследна примена таквих правила и законито одлучивање пореских органа у пореском поступку кључни су предуслови остваривања и заштите јавног интереса у пореској области, као и права и интереса обвезника пореза.

КЉУЧНИ СЕГМЕНТИ ПРОМЕНА У ПОРЕСКОМ ПОСТУПКУ

Промене у пореском поступку потребне су ради одржавања и развијања здравих порескоправних односа. Савремено доба је донело бројне изазове у сфери имплементације система опорезивања држава те се, у том смислу, намећу као неопходне модификације у многим сегментима поступка везаног за примену пореза. У наставку рада биће указано на неколико сегмената овог поступка који су се издвојили као кључни за промене. Пре њихове детаљније анализе треба истаћи значај пореских закона којима се уређују конкретни порески облици, као елементи пореске структуре, за успешно спровођење пореског поступка.

Порески закони својим квалитетом прилично утичу на пореске обвезнике и њихову перцепцију пореског поступка у коме се ти закони примењују. Општеприхваћени захтев који се поставља пред законе уопште, а тиме и пореске законе, тиче се експлицитних стандарда квалитета, чије ће се уважавање директно одразити на сам порески поступак и успешност његовог спровођења. Ови стандарди обухватају: корисничке

⁵ Милева Анђелковић, Марина Димитријевић, *Пореско право Србије*, Центар за публикације Правног факултета у Нишу, 2009, стр. 180–181.

стандарде – јасност, једноставност, разумљивост и лака доступност пореским обвезницима; концептуалне стандарде – флексибилност и усаглашеност са другим прописима; правне стандарде – структура, правилност, прецизно формулисање, адекватна правна терминологија; стандарде ефикасности – као што су релевантност за јасно дефинисане проблеме и услове који важе у реалном свету; економске и аналитичке стандарде – испитивање односа користи и трошкова и испитивање и мерење утицаја на пореске обвезнике, конкурентност и економију; стандарде имплементације – као што су примена, прихватање и расположивост потребних ресурса.⁶ Питање квалитета пореске регулативе је битно јер савремени порески системи често наликују пореском лавиринту у коме пореском обвезнику није лако да се снађе. Примена пореског система од стране пореских органа је тада тежа. Пренормираност и честе регулативне интервенције законодавне власти у области пореза стварају правну несигурност која за последицу може имати неразумевање, несналажење, односно неправилну примену пореских прописа. Такав амбијент није пожељан будући да погодује стварању неповерења у односима субјеката порескоправног односа, сумње у правилност утврђених пореских обавеза, додатних спорова на релацији порески органи – порески обвезници. Из тих разлога, потребно је обезбедити постојаност пореских прописа у највећој могућој мери.

Легитимно је право пореског обвезника да добије јасан одговор на питање колики износ пореза треба да плати, по ком правном основу и за које ће се намене опорезивањем убрана средства утрошити. Зато опорезивање, у свакој држави која је правна и демократска, треба да буде дизајнирано и регулисано тако да порески обвезник своју пореску обавезу може јасно препознати, проценити и лоцирати у времену, прихватити је као правичну и испунити је а да, с тим у вези, не остане ни најмања сумња. Квалитетно пореско законодавство претпоставка је тога. Уз то, потребни су и порески органи који ће такво законодавство доследно примењивати.

Однос пореских органа и пореских обвезника

На прелому друге деценије 21. века порески обвезници, као главни финансијери савремене државе, захтевају да у пореском поступку са

⁶ Видети више: Квалитет закона и прописа – регулаторни механизми у развијеним земљама, Влада Републике Србије, Агенција за унапређење државне управе, Београд, новембар 2001, стр. 13–16.

пореским органима успоставе однос који није искључив, једносмеран, проста принуда да се обвезници повинују обавезама које произилазе из пореских закона. Они од пореских органа (пореских службеника) очекују да буду професионални, објективни и непристрасни у поступању, носиоци културе опорезивања. Уосталом, укључивање држава у евроинтеграцијске процесе, у пореској области, захтева од пореских службеника нова знања, вештине и способности, стално усавршавање и развој, другачији став према сопственој улози у односу према обвезницима. Све појединачне радње у поступку треба да служе једном заједничком циљу а он се састоји у правилном и законитом решавању конкретног пореског предмета. У пореском поступку је потребно да се истовремено оствари и штити јавни интерес, као и права и интереси пореских обвезника.

У многим земљама широм света, деценију и више уназад, предузимају се реформе у намери осавремењивања јавне управе у целини. Реформска настојања се тичу и дела јавне управе у чијој је надлежности примена пореза (порески органи). Темељне карактеристике тих настојања су усмерене на: преузимање погодних критеријума и механизма функционисања из тржишног сектора, а који су примењиви у јавној управи; већу оријентацију на начине поступања, уз слабење традиционалних бирократских процедура; децентрализацију, како би се јавна управа учинила одговорнијом и ближом грађанима; одвајање сегмента формулације политике у одређеној области од њене конкретне примене; систем одговорности јавне управе који се темељи на постигнутим резултатима.⁷

Лакшу и квалитетнију реализацију функције опорезивања, кроз примену пореског законодавства, могуће је остварити уколико се односи пореских органа и пореских обвезника развијају у атмосфери узајамног уважавања. Поступањем у доброј вери (*bona fides*) они се опредељују за савесно, коректно, поштено и добронамерно понашање. У таквом амбијенту, већи су изгледи да се субјекти порескоправног односа приближе стању међусобне сарадње. Битна претпоставка наведеног је побољшање постојећих модалитета комуникације на релацији порески органи – порески обвезници. Важно је, такође, да стандарди поступања пореских органа буду постављени објективно и на завидном нивоу, као и да порески обвезници имају могућност заштите уколико се стандарди не поштују.

⁷ Donald F. Kettl, *The Global Public Management Revolution: A Report on the Transformation of Governance*, Washington, Brookings Institution Press, 2000, p. 1–3.

Пажљива анализа, по нашем мишљењу, показује да односи пореских органа и пореских обвезника у пореском поступку треба да буду засновани на следећим постулатима: одговарајући и унапред познати стандарди рада;⁸ отвореност пореских органа (пореске администрације) и адекватно информисање пореских обвезника; консултације са пореским обвезницима о појединим пореским темама; коректан приступ у комуникацији са пореским обвезницима, уз уважавање њихових особина; спремност да се благовремено решавају порески предмети и исправе евентуалне грешке у поступању и сл.

У циљу успостављања и очувања интегритета пореских органа у популацији пореских обвезника, и од стране неких међународних организација (ОЕЦД), формулисане су одговарајуће препоруке у погледу промена у пореском поступку које, уколико већ нису, треба предузети а тичу се односа са пореским обвезницима. Наиме, препорука је да порески органи: пореске прописе примењују на праведан, поуздан и транспарентан начин; информишу пореске обвезнике о њиховим правима и обавезама, укључујући и право на покретање жалбене процедуре и процедуре за накнаду штете, када постоји правни основ; континуирано пружају поуздане информације пореским обвезницима; исправно обрађују питања и решавају захтеве пореских обвезника; дају прилику пореским обвезницима да изразе своје мишљење о пореској политици, пореским законима, порезима и пореским поступцима; користе податке о пореским обвезницима у обиму и у сврхе које допушта закон; развијају и чувају добре односе са пореским обвезницима и широм јавношћу.⁹ У принципу, потребно је, у односима са пореским обвезницима, примењивати концепте рада који су деценијама проверавани и искуствено потврђивани, али и модерна начела доброг управљања пореским пословима.¹⁰ Права пореских обвезника треба да буду прецизно законом предвиђена, разрађена одговарајућим подзаконским актима, поштована и правилно третирана, као део фундаменталних права у демократском друштву.

⁸ Стандарди представљају захтевани ниво рада и могу бити одређени законом од стране пореских органа или министарства финансија.

⁹ Principles of Good Tax Administration (Practice Note), Tax guidance series, Centre for Tax Policy and Administration, OECD, 21 September 2001, p. 4.

¹⁰ Видети опширније: Марина Димитријевић, *Порески поступак и смернице савременог правног и друштвеног живота*, Правна ријеч, бр. 27/2011, стр. 370–372.

Улога пореског обвезника у пореском поступку

Пореским органима постављен је комплексан задатак да, у пореском поступку, кроз примену пореза реализују законом уређене односе државе и пореских обвезника. Прилично дуго, порески обвезници су имали улогу „пасивног“ учесника у пореском поступку. Ово посебно важи за земље у којима порески обвезници нису довољно порески информисани и едуковани.

Улога пореског обвезника у пореском поступку показала се као прилично погодан сегмент за промене, нарочито са промовисањем концепта самоопорезивања (утврђивања пореза од стране пореских обвезника).¹¹ Самоопорезивање је трошковно ефикасније у односу на утврђивање пореза од стране пореског органа (пореским решењем). Пребацавањем одговорности за тачност пореске обавезе, са пореских органа на пореске обвезнике, остварују се и два позитивна индиректна ефекта: сужавају се прилике за подмићивање пореских службеника а, осим тога, нетачно приказивање пореске обавезе од стране обвезника може се директно повезати са утајом пореза, као строже санкционисаном квалификацијом од „обичног“ неблагоприятног или чак потпуног неплаћања пореским решењем утврђене пореске обавезе.¹²

Примена пореских прописа и утврђивање пореза од стране пореских обвезника захтевају добро познавање пореских норми и одређена стручна знања.¹³ Да би самоопорезивање могло успешно да се примењује порески закони треба да буду стабилни и јасно написани, како би порески обвезници могли да разумеју своје обавезе у овом систему утврђивања пореза. Промене у пореском поступку потребне су у смислу да порески органи одређеним информацијама, упутствима и саветима (пружање

¹¹ Концепт самоопорезивања је примењив само код неких пореских облика (нпр. порези по одбитку, порез на додату вредност). Порески обвезници (дужници) су одговорни за утврђивање пореских обавеза, поуздано и благовремено извештавање пореских органа о томе и плаћање пореза.

¹² Борис Беговић, Гордана Илић-Попов, Бошко Мијатовић, Дејан Поповић, *Реформа пореског система (прва верзија)*, Центар за либерално-демократске студије, Београд, 2003, стр. 28.

¹³ Порески обвезници често ангажују пореске саветнике. Услуге које порески саветници, квалификовано и стручно, пружају својим клијентима – пореским обвезницима, укључују: припрему и предају пореских пријава, израду пореских биланса и других евиденција од значаја за опорезивање, стручну помоћ у случајевима самоопорезивања, стручне експертисе у пореским и предузетничким питањима, решавање спорних пореских питања и заступање у пореским поступцима пред надлежним органима, давање општих савета у пореским и сродним областима, пружање помоћи у питањима која се односе на пореско право страних држава итд. Видети: Гордана Илић-Попов, *Порески саветници и њихова делатност у пореском праву земаља бивше СФРЈ*, Страни правни живот, бр. 1/2013, стр. 28–29.

тзв. пореских услуга) самоопорезивање учине лакшим пореским обвезницима.¹⁴ Стално истицање усмерености пореских органа према пореским обвезницима и њиховим потребама (услужно-оријентисани модел рада) је, такође, неопходно. Самоопорезивање иде „руку под руку“ са добровољним плаћањем пореза и подразумева одређено „партнерство“ пореских органа са пореским обвезницима и промену строгог стила комуникације у отворени стил којим се тежи успостављању бољих односа са пореским обвезницима.¹⁵ Истовремено, самоопорезивање представља манифестацију кооперативности пореских обвезника у пореском поступку која не мења фундаментално обележје пореза – порези су и даље принудна давања држави. Неиспуњавање обавезе плаћања пореза санкционише се на основу закона, као и некооперативност обвезника у пореском поступку.

Трајање и квалитет пореског поступка

Порески обвезници, у највећем броју случајева, имају поверење у поступање пореских органа и њихову ажурност. Ово поверење се, најчешће, губи уколико је присутна спорост у раду пореских органа, порески обвезници остану без правилног разрешења својих порескоправних ситуација или уколико до таквог разрешења дође након дужег временског периода. Порески обвезници желе да виде брзину и квалитет пореског поступка у властитим пореским предметима. Сходно томе, важно им је да порески службеник не „решава“ само рутински њихов порески предмет, већ и да уважава све посебности порескоправне ситуације.

Информационо-технолошка модернизација показала се као значајан покретач промена у пореском поступку. Информациона технологија се у овом поступку све више користи као моћно средство којим се скраћује време прикупљања, преноса и анализе информација и података и побољшава њихова тачност, премошћује физичка удаљеност субјеката који комуницирају (порески органи, други државни органи, порески обвезници, трећа лица), остварује уштеда како у времену, тако и у погледу издатака за текући рад пореских органа, елиминише непо-

¹⁴ У том циљу могу се користити: посебни семинари за пореске обвезнике, презентације закона са детаљним објашњењима на *web* сајту пореских органа, различите брошуре и упутства о порезима и пореском поступку, непосредни контакти пореских органа и пореских обвезника, *call* центри пореских органа у којима порески службеници одговарају преко телефона на питања пореских обвезника (питања и одговори се могу слати и поштом и на *e-mail*).

¹⁵ Michael D'Ascenzo, *Tax administration into 21st century*, у: *Tax Administration in the 21 Century*, Edited by Michael Walpole and Chris Evans, Prospect, St Leonards, 2001, p. 5.

требно бирократско понашање у поступку, смањује папирологија, постиже већа транспарентност рада пореских органа и олакшава њихов рад. Скраћивање трајања пореског поступка и успешност поступања пореских органа у овом поступку треба да се остварују у границама владавине права.

У току пореског поступка порески органи се сусрећу са бројним захтевима везаним за разумевање индивидуалних околности и афинитета пореских обвезника. Умешност пореских органа да уваже ове захтеве непосредно се одражава на трајање и квалитет пореског поступка. Практика указује да је, у принципу, потребно развити структуре пореских услуга, прилагодљиве једноставним административним захтевима већине пореских обвезника, уз истовремено постизање потребне функционалности у раду.

У циљу скраћивања времена за спровођење пореских поступака и повећања њиховог квалитета, порески органи бројних савремених земаља граде стратешки прилаз пружању услуга пореским обвезницима, који обухвата: пружање бројних врста услуга различитим групама пореских обвезника, имајући у виду испољене карактеристике, ставове, очекивања и понашања сваке од њих;¹⁶ консултовање, у значајнијој мери, пореских обвезника и/или њихових представника, везано за имплементирање промена у постојећим услугама и дизајнирање нових услуга; коришћење предности које пружа информациона технологија (тзв. електронске пореске услуге); утврђивање и праћење услуга према прописаним стандардима и мерење задовољства пореских обвезника обимом и квалитетом услуга које им се нуде; пружање публицитета достигнутом нивоу пружања услуга; системско идентификовање слабости у пружању услуга, развој планова за усредсређивање пажње на те слабости, као и анализа трошкова који притом настају.¹⁷

¹⁶ Тако разликујемо велике, средње и мале пореске обвезнике (критеријум је приходни потенцијал обвезника) или обвезнике различитих облика пореза. Свака од група пореских обвезника има посебан став и понашање у вези са поштовањем пореских закона, што се може третирати као ризик у раду пореских органа. Да би успешно управљали овим ризиком, порески органи примењују и развијају приступе у раду који су прикладни за сваку групу пореских обвезника. Штавише, порески органи неких развијених земаља примењују *Customer relationship management (CRM)*, који ближе идентификује чиниоце утицаја на пореске обвезнике, унапређује филозофију оријентације према пореском обвезнику, развија постепено процесе који су у служби потреба пореских обвезника, обезбеђује адекватну помоћ обвезницима, као и поступање по њиховим приговорима и жалбама.

¹⁷ Survey of Trends in Taxpayer Service Delivery Using New Technologies, Forum on Tax Administration, Centre for Tax Policy and Administration, OECD, February 2005, p. 8.

ОЧЕКИВАНИ ИСХОД ПОБОЉШАЊА И ОСАВРЕМЕЊИВАЊА ПОРЕСКОГ ПОСТУПКА

Порески органи сваке земље и даље имају широк опсег овлашћења везаних за администрирање пореским системом. Изузетно је важно да они, реализујући та овлашћења, воде рачуна о потреби постојања правичног третмана пореских обвезника уз поштовање њихових права. Несумњиво, од односа пореских органа и пореских обвезника, тј. начина на који се они опходе према обвезницима, правремено реагују на њихове потребе, уважавају их, професионално, независно и одговорно поступају у поступку, зависи и повиновање обвезника порезима (ниво пореске сагласности).

Реално је очекивати да се постављање пореских обвезника и њихових потреба у центар активности модерних пореских органа (услужно-оријентисани модел рада) позитивно одрази на резултате администрирања пореским системом и квалитет пореског поступка. Уважавање захтева да порески органи треба да пружају обвезницима пореза одређене пореске услуге, користећи најбољу праксу приватног сектора и стандарда које термин „клијент“ подразумева, треба да води бољој кооперативности обвезника и вишем нивоу поштовања пореских прописа. Мишљења смо да треба подржати настојање пореских органа да у свој однос са пореским обвезницима (реч је јавноправном односу) унесу неке одлике концепта „клијент – корисник пореске услуге“ јер је то у функцији побољшања овог односа и остваривања позитивног утицаја на пореску културу једног народа.

Информационо-технолошко осавремењивање пореског поступка доприноси побољшању рада пореских органа и већој транспарентности у том раду. Очекивање је да модернизовани порески органи лакше могу да прате пословање великих пореских обвезника и њихово повиновање порезима. Повећано коришћење информационе технологије и остваривање бољих резултата у пореском поступку, најчешће, бива праћено и реорганизацијом пореских органа. У том смислу, унутар организационе структуре, установљавају се сервиси за пореске обвезнике, као и посебне организационе јединице за рад са великим пореским обвезницима. Неретко, поступање пореских органа карактерише и постојање посебних програма рада са средњим и малим пореским обвезницима.

У контексту новог управљања пореским пословима порески органи би, периодично, требало да извештавају јавност о резултатима свог рада, степену поштовања стандарда рада и тешкоћама које се у раду јављају. Пожељно је да порески органи утврђују квалитет одлука које доносе у пореском поступку и квалитет пореског поступка који спроводе (важно мерило је трајање поступка). При томе се могу користити два приступа. Први приступ је утврђивање квалитета према законским и професионалним стандардима уз употребу статистичких података којима порески органи располажу. Други приступ подразумева утврђивање квалитета на основу ставова (мишљења) пореских обвезника о раду пореских органа и услугама које им пружају – квалитет према перцепцији пореских обвезника.¹⁸ До информација о ставовима пореских обвезника могуће је доћи на различите начине – путем анкета, узорка, телефонских разговора, посета пореским обвезницима, састанака (сусрета) пореских органа са пореским обвезницима и др.

Порески закони су врло уопштени па нема гаранције да ће сви порески службеници принципе правичности, најмањег трошка за пореске органе (административни трошкови) и пореске обвезнике (трошкови плаћања пореза) и сл. једнако примењивати. Управо зато, реално је очекивање да промена у пореском поступку, која се састоји у имплементацији стандарда у раду, омогући смањење могућности различитог приступа обвезницима у истим или сличним пореским ситуацијама, бољу контролу трошкова, краће трајање пореског поступка. У том циљу, сматрамо важним стално иновирање тих стандарда. Примера ради, могуће је поставити стандарде у смислу броја пореских пријава и захтева које је потребно обрадити, броја пружених услуга обвезницима, броја пријема обвезника у просторије пореских органа у циљу образлагања одговарајућих пореских мишљења и тумачења, а све посматрано по једном пореском службенику или у одређеном временском периоду.

Изузетно се позитивним може оценити постојање и функционисање информационог управљачког система, у пореским органима развијених земаља, са широким спектром показатеља о обављеним активностима, као и система извештавања о успешности рада пореских органа. Захваљујући тим системима, порески органи могу да врше анализу сопственог рада, тј. откривају „уска грла“ у раду и формулишу мере

¹⁸ Gunnar Olsson, *Introduction to Taxes and Tax Administration in Sweden*, у: *Local and Regional Tax Administration in Transition Countries*, Edited by Mihaly Hogue, Local Government and Public Service Reform Initiative, Open Society Institute, Budapest, 2000, p. 423.

да се она отклоне а успешност подигне на виши ниво. Подаци о броју и трајању жалбених пореских поступака, учесталости грешака пореских органа које се утврђују кроз резултате жалбеног пореског поступка, односно измене пореских управних аката у жалбеном пореском поступку и одлукама суда, износима плаћене камате и накнаде штете пореским обвезницима због грешака пореских органа им, при томе, могу бити од велике помоћи.

Развој информационог управљачког система и система извештавања о успешности рада јесте одраз снажно испољене тенденције да се у јавном сектору следе идеје *New Public Management*-а, које наглашавају потребу перманентног праћења и оцењивања рада субјеката јавног сектора, тј. обављања јавних послова. Те идеје су прихватиле земље чланице ЕУ и њихове јавне управе (укључујући и пореске органе). Истовремено, њихово уважавање је неопходно и приликом реформисања система јавне управе земаља које су на путу европских интеграција (што важи и за Републику Србију).

ЗАКЉУЧАК

Успешна примена пореских закона у пореском поступку има непроцењиви значај за нормално функционисање државе и друштва и представља основни циљ рада пореских органа. Достижање овог циља суочено је са бројним изазовима, као пратиоцима савремених друштвених, економских и политичких односа. Сходно томе, промене у поступању пореских органа, тј. у пореском поступку постају неопходне. Оне се предузимају у правцу: успостављања једноставнијих, транспарентнијих и временски краћих поступака; јачања независности и професионалних способности пореских службеника; увођења стандарда у примени пореза, перманентне евалуације спроведених поступака и повећања одговорности пореских органа за успешност примене пореских закона; оспособљавања пореских органа да разумеју понашања пореских обвезника и предузимају адекватне мере утицаја на то понашање; побољшања угледа пореских органа у јавности; промене положаја пореских обвезника у поступку; развијања квалитетних односа пореских органа и пореских обвезника и нове организационе културе пореских органа; интензивније примене информационе технологије у пореском поступку, укључујући и пружање широког спектра пореских услуга обвезницима.

Реформа поступка опорезивања је континуирани и сложен процес. Крајња намера је дизајнирање пореског поступка чија ће примена резултирати наплатом потребног износа пореских прихода уз ниске трошкове (административне трошкове и трошкове плаћања пореза) и висок ниво пореске сагласности обвезника.

Marina Dimitrijević, LL.D.

Associate Professor, Faculty of Law, University of Niš

THE NECESSITY OF CHANGE IN THE TAX PROCEDURE

Summary

Successful implementation of the tax laws in the tax procedure is of crucial importance for the normal functioning of a state and the society and is the main goal of the tax authorities. To achieve this goal means facing great challenges which follow contemporary social, economic and political relations. Accordingly, changes in the activities of the tax authorities, i.e. in the tax procedure, become necessary. They are undertaken in the following directions: establishing simpler, more transparent and shorter periods of proceedings; strengthening the independence and professional ability of tax officials; introduction of standards in the implementation of taxes, permanent evaluation of the implemented procedures and increasing the responsibility of the tax authorities for the successful implementation of tax laws; training the tax authorities to understand the behaviour of taxpayers and take appropriate measures to influence the behaviour; enhancing the reputation of the tax authorities to the public; changing the position of taxpayers in the procedure; developing quality relationships between the tax authorities and taxpayers and new organizational culture of the tax authorities; more intensive application of information technology in the tax procedure, including the provision of a wide range of tax services to taxpayers.

The taxation procedure reform is a continuous and complex process. The ultimate goal is designing a tax procedure whose implementation will result in the required amount of tax revenues at low costs (administrative expenses and tax compliance costs), and a high level of tax compliance of taxpayers.

Keywords: *taxes, law on taxes, tax-legal relation, tax procedure, improvement and modernisation of tax procedure*

**NOVI KONCEPT UPRAVLJANJA KADROVIMA U JAVNOJ
UPRAVI ZASNOVAN NA NOVIM TEHNOLOŠKIM RJEŠENJIMA I
BAZAMA ZNANJA**

Prof. dr Mladen Radivojević*

Doc. dr Sreten Tešanović**

Mr Korana Stevandić***

***Apstrakt:** U ovom radu posmatramo drugačiji koncept upravljanja kadrovima u javnoj upravi sa posebnim osvrtom na upotrebu novih tehnoloških rješenja zasnovanih na bazama znanja. Predlažemo kako u novom informacionom sistemu efikasnije izvršiti izbor kadrova, njihovo efikasnije uvođenje u radni sistem javne uprave, njihovu motivaciju i napredovanje, te efikasniji i kvalitetniji timski rad, jednostavnije stvaranje uslužnih timova, te njihovo efikasnije povezivanje. Želimo obezbijediti da se uz upotrebu novih softverskih rješenja omogući javnoj upravi da najkvalitetniji kadrovi dođu na odgovarajuća radna mjesta koja odgovaraju njihovim sposobnostima, znanjima i vještinama. Da bi se to moglo ostvariti, neophodan je drugačiji način upravljanja kadrovima, a autori smatraju da se uz upotrebu novih tehnoloških rješenja to može i ostvariti.*

***Ključne riječi:** upravljanje kadrovima, javna uprava, baze znanja, ontologije.*

1. UVOD

Sada javna uprava radi u veoma složenom okruženju koje se neprestano mijenja i koje je drugačije od jednostavnog, stabilnog i predvidivog. Promje-

* Универзитет за пословне студије

** ПРОМЕТЕЈ, Бања Лука

*** Основна школа, "Јован Цвијић"

ne političkih i ekonomskih sistema, nova očekivanja i zahtjevi građana, kao i implementacija evropskih standarda, nameću potrebu za prilagođavanjem javne uprave novim okolnostima.

Za uspostavljanje moderne javne uprave u Republici Srpskoj nije dovoljno samo promijeniti zakonodavni okvir, već zahtijeva usvajanje promjena na svim područjima, a posebno u osposobljavanju i upravljanju kadrovima.

Svako ministarstvo, svaka uprava, upravna organizacija ili jedinica lokalne samouprave, biće onoliko uspješna, koliko su kvalitetni i uspješni njeni kadrovi. Da bi javna uprava Republike Srpske bila efikasnija i davala kvalitetniju uslugu, moraju se prvo detaljno analizirati postojeći kadrovski resursi, te provesti drugačije planiranje zasnovano na znanju, a u skladu sa neophodnim potrebama. Ukoliko se javna uprava u Republici Srpskoj odluči za novo zapošljavanje, mora imati oblikovan proces pronalaženja potencijalnih kandidata kojima bi se mogla popuniti upražnjena radna mjesta uz efikasan sistem selekcije, a da se izaberu najprihvatljiviji.

Znanje i nove tehnologije sve više se povezuju u jedinstveni lanac. Kreativnost, inovativnost, kooperativnost, vještina i motivisanost, te primjena novih tehnologija, neophodni su preduslovi za uslužni uspjeh bilo kog organa uprave. Kvalitet kadrova u javnoj upravi umnogome zavisi od njihovih znanja, njegovog usvajanja, širenja, prikupljanja i primjene.

Upravljanje kadrovima u javnoj upravi dosta je složen proces, a počinje raspisivanjem konkursa, prijema u radni odnos, odlučivanja o pravima i obavezama, utvrđivanje njihove odgovornosti za rad i rezultate rada, njihovo raspoređivanje, ocjenjivanje kvaliteta njihovog rada, napredovanja uz utvrđivanje njihovih sposobnosti. Svaka od ovih faza je složena i može se razlagati na veći ili manji broj podfaza. Na primjer, u Republici Srpskoj raspisivanje konkursa može biti preko javnog oglasa, internog oglasa i javnog konkursa.

Sada se prijem i praćenje kadrova u javnoj upravi Republike Srpske funkcionalno dijeli između:

- Agencije za državnu upravu Republike Srpske, koja obavlja neke horizontalne (zajedničke) funkcije u ovom procesu, i
- Organa javne uprave koji obavljaju određene konkretne postupke kadrovskog upravljanja. Svako ministarstvo, svaka uprava ili upravna organizacija odgovorna je za izvođenje postupaka kadrovskog upravljanja za svoje službenike i namještenike.

Ovakvo rješenje ne obezbjeđuje efikasno upravljanje kadrovima, jer je prijem, raspoređivanje i praćenje, a posebno napredovanje, više vezano uz

politička rješenja nego uz stvarna znanja kadrova i potrebe javne uprave u Republici Srpskoj. Zbog toga u ovom radu predlažemo rješenje zasnovano na znanju kadrova, a ne njihove pripadnosti političkoj stranci ili porodičnoj vezi.

Bez obrazovanih, motivisanih i stručno osposobljenih službenika i namještenika (kadrova) u javnoj upravi Republike Srpske, nema efikasnog usluživanja i zadovoljstva korisnika njenom uslugom. Zbog toga se mora permanentno provoditi usavršavanje svih zaposlenih. Po pozitivnim zakonskim propisima u Republici Srpskoj svaki zaposleni ima pravo i obavezu na stručno usavršavanje i obrazovanje.

2. JAVNA UPRAVA

Pod kadrovima u javnoj upravi podrazumijevamo zaposlene koji unapređuju usluživanje i postižu uslužnu izvrsnost. To su kreativna ljudska bića koja svojim znanjem i sposobnostima stvaraju nove vrijednosti, a pri tome unapređuju lični kvalitet rada.

Intelektualni kapital je proizvod stalnog učenja, a obuhvata: sposobnosti, vještine, iskustvo, kreativnost, inovativnost i motivaciju zaposlenih. To je pokretačka snaga i generator ljudskog kapitala i drugih vrijednosti u uslužnom sistemu. Intelektualni kapital je “inteligentna uprava” koji proizvodi nova uslužna rješenja, inovacije, programe, projekte, informacije, znanje, zakone i podzakonska akta.¹

Uspješno planiranje, organizovanje i upravljanje u javnoj upravi gotovo je nemoguće bez naučnih metoda i određenih tehnika. Nauka i nova znanja sadržana u ljudima potiskuju ponavljajuće uslužne elemente, a odnosi između davaoca i korisnika usluga (javne uprave te pravnih i fizičkih lica) zahtijevaju sve više pažnje, timskog rada, novih znanja i sposobnosti.

Nauka i znanja kadrova, te njihova sposobnost, djeluju kao neposredna uslužna snaga, a javnoj upravi obezbjeđuju da korisnicima usluga obezbijedi kvalitetnu uslugu i zadovoljstvo. U zemljama sa višim stepenom tehničko-tehnološkog razvoja, znanje, obrazovanje i stvaralačke vještine postaju neophodnim uslovom za upotrebu odgovarajućih resursa i daljnjeg napretka.

Ako želimo efikasno upravljati kadrovima, moramo imati odgovarajuća znanja o:

- unutrašnjoj organizaciji i sistematizaciji radnih mjesta u organima

¹ Sreća Velimir, *Put ka elektronskom poslovanju*, Zagreb, 2011, str. 50.

uprave (ministarstvima, upravama, upravnim organizacijama, te jedinicama lokalne samouprave).

- efikasnijem raspoređivanju i korišćenju kadrovskog potencijala,
- jedinstvenom pogledu na podatke o kadrovima javne uprave,
- efikasnijem sistemu kontinuiranog školovanja i usavršavanja,
- praćenju svih postupaka u vezi s kadrovima:
 - zasnivanju radnog odnosa,
 - raspoređivanju,
 - ocjenjivanju,
 - napredovanju,
 - usavršavanju i utvrđivanju sposobnosti,
 - prestanku radnog odnosa.

Ova, i sva druga znanja neophodna za drugačije upravljanje kadrovima, možemo predstaviti pomoću Protégé platforme koja korisnicima omogućava očitavanje i spremanje ontologija.

Zbog toga je neophodno uvesti drugačiji informacioni sistem zasnovan na znanju. On bi trebalo da obezbijedi: efikasnije zapošljavanje, odgovarajuće planiranje karijere, bolju motivaciju zaposlenih, uspješnije ocjenjivanje, napredovanje i nagrađivanje, te kvalitetnije, efektivnije i efikasnije upravljanje ljudskim resursima u javnoj upravi.

3. ONTOLOGIJA

Pojam ontologija veoma je širok i predstavlja više konceptualnu ideju nego neki strogo definisan formalizam za izražavanje znanja. U svom radu Chi i Hsu² pristup razvoju ontologija definišu kao proces, uključivanja i sticanje znanja, njegovog spremanja, pronalaženja i korišćenja.

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.³ Ona se koristi za prikaz znanja, upravljanje i organizovanje znanja, modeliranje i oblikovanje

² Chi, Y., Hsu, T. and Yang, W., 2006., *Ontological techniques for reuse and sharing knowledge in digital museums*. Electronic Library, The, 24 (2), pp. 147–159.

³ K. Klarin, *Ontologija i razvoj informacijskog sustava u javnoj upravi*, CASE 23, Zagreb, 2011.

baza podataka, pretraživanje i preuzimanje traženog znanja.

„Ontologija je formalna, eksplicitna specifikacija zajedničke konceptualizacije“.⁴

Prema Boose i Gaines⁵ ontologije opisuju znanja neke domene na generički način i obezbjeđuje razumijevanje te domene.

To je skup termina i relacija među njima, kojima se opisuje određeni domen ili oblast znanja. Domen može biti bilo koja predmetna oblast, bez obzira na njen nivo opštosti.

Ovdje sa pravom možemo postaviti pitanje: zašto razvijati ontologiju u sistemu upravljanja kadrovima u javnoj upravi? U našem slučaju to radimo zbog: efikasnijeg dijeljenja informacija i znanja, te boljeg korišćenja i analize domene znanja. Sistem zasnovan na ontologijama obezbijedio bi: softverskim agentima da iskoriste neophodne informacije i znanja iz svih ministarstava, uprava, upravnih organizacija i jedinica lokalne samouprave, za dolazanje do neophodnih znanja za efikasnije upravljanje kadrovima.

Paulheim⁶ definiše tri razloga za korišćenje ontologije u poslovnim sistemima: bolja preglednost, bolja interakcija između sistema i korisnika, jedinstvena baza znanja. Zašto ovi razlozi ne bi mogli da se iskoriste i u javnoj upravi?

Mora se znati da ne postoji jedinstveni pristup koji preporučuje pravi put (metodologiju) razvoja ontologija.

Mi ćemo koristiti iterativni pristup. Navešćemo osnovna znanja za upravljanje kadrovima, a zatim ćemo kroz određena revidiranja i poboljšanja dolaziti do osnova za novi sistem automatizacije procesa upravljanja kadrovima. Treba razmišljati o više alternativa da bi se obezbijedilo da ontologija bude proširiva i da obezbijedi neophodne informacije i znanja javnoj upravi.

Da bi se utvrdio opseg ontologije, neophodno je kreirati listu pitanja na koja bi baza znanja na osnovu ontologije trebalo da bude u mogućnosti da pruži odgovarajući odgovor.

Kada se radi sa bazama znanja, treba ih prvo kreirati i napuniti, a zatim razmišljati o alatima (agentima) za njeno pretraživanje. U implementaciji ta-

⁴ W. N. Borst, *Construction of Engineering Ontologies for Knowledge Sharing and Reuse*, Centre for Telematica and Information Technology, University of Twente, Enschede, The Netherlands, 1997.

⁵ Boose, J. H. and Gaines, B. R., 1989., Knowledge acquisition for knowledge-based systems: Notes on the state-of-the-art. *Machine Learning*, 4 (3-4), pp. 377-394.

⁶ H., Paulheim, F., Probst, *Improving UI Integration with Formal Semantics*. SAP Research CEC Darmstadt Bleichstrasse 8 64283 Darmstadt, Germany.

kve baze u javnoj upravi treba početi od radnog mjesta i potrebnog znanja na tom radnom mjestu, a zatim razmišljati (implementirati agente) koji mogu to znanje u odgovarajuće vrijeme dovesti na odgovarajuće mjesto u neophodnoj količini.

Model koji predlažemo treba da ispunjava sljedeće:

- Eksplicitno predstavljeno neophodno znanje za upravljanje kadrovima, sa posebnim naglaskom na motivaciju kadrova.
- Posjeduje elemente koji obezbjeđuju automatsko generiranje prijedloga rješenja o raspoređivanju postojećih i novoprimitljenih kadrova na odgovarajuća mjesta.
- Praćenje razvoja kadrova, te predlaganje unapređenja i najefikasnije preraspodjele (pravi kadrovi na prava mjesta).

Prednost ovog modela je u tome što može da obezbijedi efikasnije upravljanje kadrovima, semantičku i ontološku zastupljenost postupka u procesu motivacije zaposlenih, te drugačije preraspodjele kadrova za efikasnije usluživanje.

Ontološki model koji predlažemo dosta se oslanja na istraživanja Savvasa⁷ i Vassilakisa⁸ koji su prvi predstavili metodu modeliranja ontologije u domeni e-Uprave. Oni koji rade na implementaciji novog koncepta usluživanja koriste ontološki model da bi obezbijedili semantičku interoperabilnost u simuliranom višeagentnom okruženju.

Ontologije omogućavaju postizanje višeg stepena funkcionalnosti kroz⁹: povećanje preciznosti u pretraživanju, povezivanje informacija i znanja na stranicama sa pridruženim im strukturama znanja i pravilima zaključivanja, razmjenu znanja između ljudi i softvera, pružanje strukture za prenos informacija u domenu linkovanih podataka, te mogućnost nadograđivanja i mijenjanja u skladu sa potrebama.

Ključnu ulogu u efikasnom postupku upravljanja kadrovima igra znanje. Pri izgradnji novog sistema mogu se posmatrati tri bitna faktora veza na za znanje, a to su: sakupljanje znanja, predstavljanje znanja, te korišćenje znanja kada je to potrebno.

U ovom radu želim predložiti dio neophodnih znanja potrebnih za efi-

⁷ I., Savvas, N., Basiliades, *A Process-Oriented Ontology-Based Knowledge Management System for Facilitating Operational procedures in Public Administration*. // *Expert Systems with Applications: An International Journal*. 36, 3(2009), pp. 4467–4478.

⁸ C., Vassilakis, G., Lepouras, *Ontology for e-Government Public Services*. // *Encyclopaedia of E-Commerce, E-Government, and Mobile Commerce*, 2006, pp. 721–728.

⁹ S. Štrbac, *Ontology checker – Grafički korisnički interfejs za Pellet Reasoner*, VI međunarodni naučnostručni simpozijum Infotech Jahorina, Mart 2007, Vol. 6, Ref. B-16, p. 123–126.

kasno korišćenje ontologije u procesu upravljanja kadrovima u javnoj upravi u Bosni i Hercegovini (Republici Srpskoj). Zbog ograničenosti rada izdvajamo samo, po nama, najbitnije dijelove neophodnih znanja navodeći ih samo da se shvati novi koncept upravljanja kadrovima.

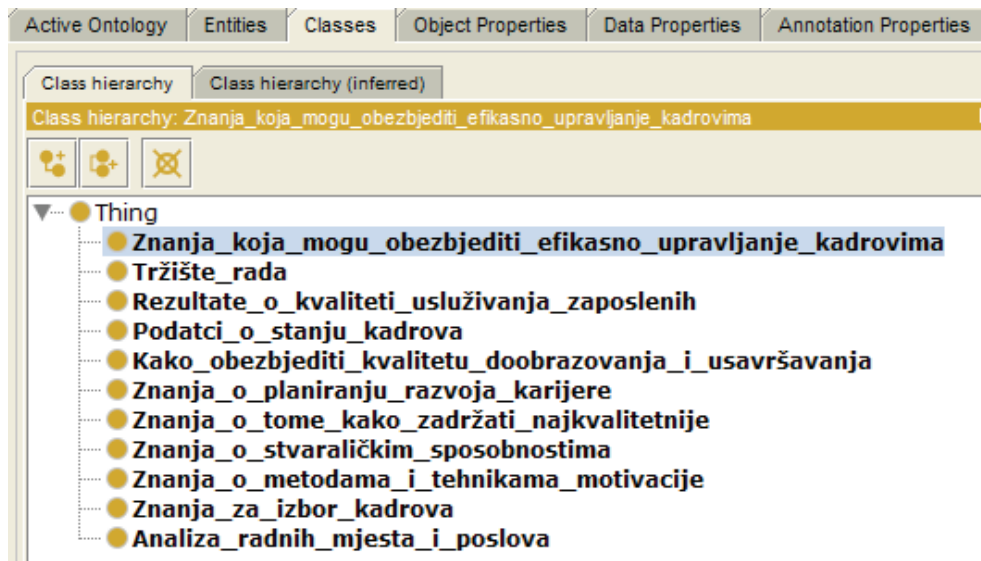
4. Protégé-OWL EDITOR

Sada raspoložemo sa velikim brojem jezika i alata za opisivanje ontologija. Među ontološkim jezicima najviše je u upotrebi OWL (Web Ontology Language) te alat za uređivanje ontologija „Protégé-OWL“. OWL je razvojno okruženje predstavljano od strane World Wide Web Consortiuma-a (W3C).

Protégé je platforma otvorenog koda koja korisnicima omogućuje: očitavanje i spremanje OWL i RDF ontologija, ažuriranje i vizualizovanje klasa, definisanje karakteristika logičkih klasa, izvođenje uzroka, te ažuriranje. Namjena mu je da omogući korisnicima prikazivanje značenja termina i odnose među tim terminima. Pruža bogat skup struktura za modelovanje i aktivnosti koje podržavaju stvaranje, vizuelizaciju i manipulaciju ontologijama koje su zastupljene u različitim formatima. Razvijen je u Stenford istraživačkom centru za biomedicinsku informatiku na Medicinskom fakultetu Univerziteta Stenford u Kaliforniji¹⁰.

Ovdje smo Protégé platformu iskoristili za očitavanje i spremanje OWL i RDF ontologija, za ažuriranje znanja neophodnih za upravljanje kadrovima. Na slici 1 data je pojednostavljena slika neophodnih znanja, a detaljnija obrada zloženja su data u narednom tekstu.

¹⁰ B. Smith, C. Welty, *Ontologies: Towards a New Synthesis*, FOIS'01, October 17-19, 2001, Ogunquit, Maine, USA, 2001.



Slika 1. Neophodna znanja

U okviru OWL-a moguće je¹¹: definisati kardinalnost nekog svojstva, definisati sinonime za objekte, klase i svojstva, definisati ograničenja na vrijednosti koje neko svojstvo može da uzima, definisati nove klase primjenom skupa operacija nad postojećim klasama.

Prvi korak u stvaranju ontologije jeste definisanje osnovnih pojmova, te odnosa i ograničenja datog domena. Važnu ulogu u razvoju ontologije predstavlja konceptualizaciju i organizaciju znanja. Zadatak konceptualizacije je transformacija neformalnog znanja u ontološki koncept.

Da bi se to ostvarilo, treba se pridržavati W3C preporuka za formalni opis pojmova, termina i odnosa u *Web Ontology Language (OWL)*.

5. PREDSTAVLJANJE ZNANJA

U ovom radu predstavimo osnovna znanja u svakoj fazi, od sagledavanja potrebe za kadrovima, pa sve do njihovog penzionisanja ili prelaska na rad u neki drugi poslovni sistem (preduzeće). Pošto se radi o velikoj količini znanja za čije predstavljanje treba veliki broj stranica, u ovom radu ćemo

¹¹ M., Radivojevic, *Concept for Advanced Electronic, Mobile and Intelligent Government Services*, International Journal of Managerial Studies and Research (IJMSR) Volume 1, Issue-3.

samo detaljnije predstaviti neophodna znanja za motivaciju kadrova, a sva ostala neophodna znanja iz ostalih faza predstavljamo u najgrubljem obliku.

Kod analize radnih mjesta treba poći od sadašnjosti, ali sva rješenja treba projektovati prema budućnosti. Treba izvršiti popis svih radnih mjesta i opis svakog od njih. Dobro provedena analiza radnih mjesta osnova je za drugačije projektovanje novog uslužnog sistema. Radno mjesto je najmanja organizaciona jedinica na najnižem nivou organizacione strukture javne uprave. Na radnom mjestu obavljaju se poslovi vezani za uslužne zadatke i obaveze. Uslužni poslovi mogu biti manje ili više složeni. Cilj analize je da se svaki zaposleni rasporedi na mjesto koje odgovara njegovom znanju i sposobnostima. Da bi prava osoba došla na pravo mjesto, neophodno je imati odgovarajuće činjenice o njima, kao što su: školovanje, znanje, iskustvo, zdravstveno stanje, želje, motivi, sklonosti i slično.

Neophodna znanja u postupku analize radnih mjesta i planiranja ljudskih potencijala podrazumijevaju znanja za analizu radnih mjesta, promjena u uslužnom okruženju, te kriterijumi za obavljanje poslova,

A) Planiranje razvoja ljudskih potencijala

Planiranje razvoja ljudskih potencijala podrazumijeva politiku ljudskih potencijala, planiranje potreba, te plan razvoja. Politika ljudskih potencijala treba da sadrži znanja i načela koja se odnose na politiku zapošljavanja, eksploataciju kadrova, razvoj i upravljanje zaposlenim. Planiranje potreba za zaposlenim podrazumijeva analizu potreba za neophodnim kadrovima. Plan razvoja ljudskih potencijala treba da sadrži količinu i mjeru doobrazovanja koju treba preduzimati, da bi se doobrazovali novi ili postojeći zaposleni. Planiranje je neophodno provesti jer se planiranjem greške mogu unaprijed otkriti i procijeniti, a ne poslije provedene aktivnosti. Ciljevi planiranja pored ostalog obuhvataju: vezu između strategije i planova; upravljanje znanjem, da se odgovarajuće znanje nađe na pravom mjestu u pravo vrijeme i neophodnoj količini; utvrđivanje potreba; kvalitet produkta (neophodnog kadra); uslužnu izvrsnost.

Upravljanje znanjem i ljudskim potencijalima zahtijeva interdisciplinarnost u planiranju uz upotrebu novih tehničko-tehnoloških rješenja (e-Usluživanje, m-Usluživanje, i-Usluživanje, odnosno e-m-i-Usluživanje u uslužnom sistemu javne uprave). Neophodna znanja za razvoj karijere data su na slici 2.

Bez obzira na sva znanja, sve podatke i informacije mogu se pri planiranju i razvoju ljudskih potencijala i karijere pojaviti neke od poteškoća, kao

što su: nepredviđeno ponašanje, promjene u okruženju, nesigurnost na tržištu rada, brzo zastarijevanje planova, loše upravljanje uslužnim procesima, uticaj okruženja, složenost uslužnog sistema javne uprave, otpor promjenama i slično.

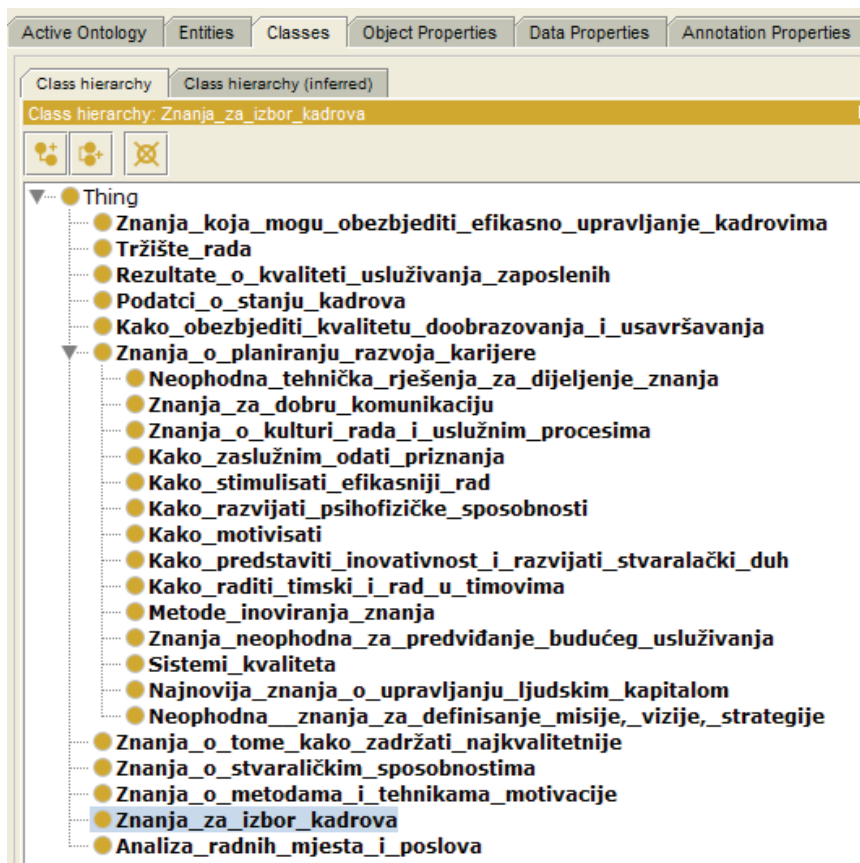
Da bi se mogla uraditi dobra procjena potrebe za kadrovima u javnoj upravi, moraju se u sistemu zasnovanom na znanju imati znanja sadržana u sljedećim metodama: metod linearne ekstrapolacije, uspoređivanja, direktne procjene, projekcije trendova, Delfi analize, ekonometrije i slično.

B) Benchmarking ljudskih potencijala

Benchmarking, kako ga u javnoj upravi posmatramo, jeste proces uvođenja promjena u uslužni sistem sa ciljem stalnog poboljšanja uslužne prednosti. Njegova efikasna primjena može da obezbijedi uslužnu prednost odgovarajućem organu uprave. U novom informacionom sistemu zasnovanom na znanju moramo ga iskoristiti da dobra uslužna rješenja drugih iskoristimo za vlastite potrebe. Dobrom primjenom benchmarkinga možemo doći do neophodnih znanja za bolje razumijevanje kritičnih procesa, možemo ga iskoristiti za efikasnije učenje i bolju motivaciju, da razvijemo uslužni sistem koji uči iz dobrih praksi drugih, da se uslužni sistem javne uprave u Republici Srpskoj nauči prilagođavati promjenama.

Neophodna znanja za primjenu benchmarkinga u uslužnom sistemu javne uprave odnose se: Na šta primijeniti benchmarking? Gdje pronaći benchmarking informacije? Kako iskoristiti prikupljene podatke? Zašto ga je neophodno implementirati?

Ovo će nam omogućiti da dobijemo znanja o tome gdje je lociran problem ili mogućnost i u čemu je njihov značaj.



Slika 2. Neophodna znanja o planiranju razvoja karijere.

C) Pribavljanje i odabir

Pribavljanje kadrova je veoma značajna funkcija i za nju su neophodna odgovarajuća znanja u novom informacionom sistemu. Moraju se imati odgovarajuća znanja iz planova ljudskih potencijala, odgovarajućih postupaka iz kojih se mogu sagledati karakteristike pojedinih kandidata. Znanja su neophodna da bi se mogle otkriti vještine i iskustva kandidata, njihova znanja, sposobnosti za obavljanje određenih poslova, komunikacione vještine, sposobnost timskog rada, te kreativnost i fleksibilnost.

Aktivnost počinje kad operater na sistemu dobije zahtjev od rukovodnog radnika iz javne uprave za neophodnim kadrovima. Provjerava se baza kadrova da se vidi koji postojeći kadrovi zadovoljavaju tražene uslove i koji bi ušli u uži izbor ili će se kandidati tražiti izvan javne uprave. Analiza poč-

nje pretraživanjem podataka u bazi kadrova da bi se ustanovilo da li postoje odgovarajući kadrovi koji bi se mogli preraspodijeliti ili unaprijediti. Ako ne postoje odgovarajući kadrovi neophodno ih je potražiti na tržištu rada raspisivanjem konkursa ili oglasa. Sa kojim znanjem bi sistem ili tim koji radi na odabiru kadrova, a vezano za njegova obilježja, trebalo da raspolaže?

U svakom slučaju, ta znanja su: Kako prepoznati i odrediti moć komunikacije? Kako saznati i odrediti njegovu upornost? Kako ustanoviti ideje i inicijative koje bi kandidat mogao praktično iskoristiti? Kako ustanoviti koliko će biti spreman za efikasan rad i koliko ga se pri tome može opteretiti? Kakva mu je memorija i kako brzo može usvajati neophodna znanja za poboljšanja i promjene? Koliko poznaje nove tehnologije i u kom obimu može da ih koristi? Koliko će pri radu da ističe svoju ličnost, a koliko uslugu koju pruža u organu uprave? Koliko će biti lojalan i koliko će biti spreman na timski rad? Kakve su mu radne i organizacione sposobnosti? Koliko poznaje struku i sa koliko znanja ulazi u organ uprave? Koliko je pedantan i susretljiv? Koliko je odgovoran na radnom mjestu i za radno mjesto? Kako ustanoviti kakve su mu analitičke sposobnosti i samopouzdanje? Kako saznati da li se više orijentiše na prošlost, sadašnjost ili budućnost? Kako odrediti sa kojim potencijalima raspolaže za razvoj karijere? Kako ustanoviti da li u budućnosti može inovirati i nuditi bolja uslužna rješenja? Kako ustanoviti ponašanje budućeg zaposlenog u kritičnim i stresnim situacijama? Kako ustanoviti koji su mu lični ciljevi i da li se poklapaju sa ciljevima društva ili organa u javnoj upravi u kom bi trebalo da radi? Kako ustanoviti koliko će biti savjestan ili odgovoran? Kako ustanoviti kako će se ponašati u timu ili u radu sa korisnicima usluga? Kako ustanoviti da li će poslove odrađivati na vrijeme i najkvalitetnije što može? Kako ustanoviti koliko će biti motivisan i kako će uticati na druge? Kako odrediti koliko je emocionalno stabilan? Kako odrediti koliko će razumjeti uslužni sistem javne uprave i svoju ulogu u tom sistemu? Kako ustanoviti koliko će biti spreman na samoobrazovanje i usavršavanje?

Šta od ovog pomenutog i puno više toga nepomenutog povjeriti računarskom sistemu, a šta timu ljudi zaduženom za prijem? Da li računarski sistem, koji je manje podložan političkom ili ljudskom pritisku, može u sadašnjim uslovima sve to da odradi? Možemo li razmišljati o tome da kompletan proces zapošljavanja povjerimo automatizovanom računarskom sistemu? Da li već pomenuti jedinstveni e-m-i-Uslužni sistem može da zadovolji takve potrebe? Gdje je tu javna uprava kao davalac usluga, a gdje korisnik sa svojim zahtjevima, željama i tehnološkim rješenjima kao korisnik usluge? Gdje su nam granice, a u okviru želja i mogućnosti? Treba li i kako odgovoriti na bilo

koje od ovih pitanja? Možda bismo i to mogli prepustiti nekom novom sistemu zasnovanom na drugačijem semantičkom veбу i softverskim agentima sa znatno većim mogućnostima.

Neophodna znanja u postupku pridobijanja i odabira kandidata su: predviđanje potreba, znanja o načinima pridobijanja najkvalitetnijih, aktivnosti pribavljanja, metode i tehnike odabira kandidata za zapošljavanje, testovi i provođenje intervjua, kako rangirati kandidate, organizacija prijema, te prikupljanje i raspoređivanje.

D) Zapošljavanja i uvođenje u posao

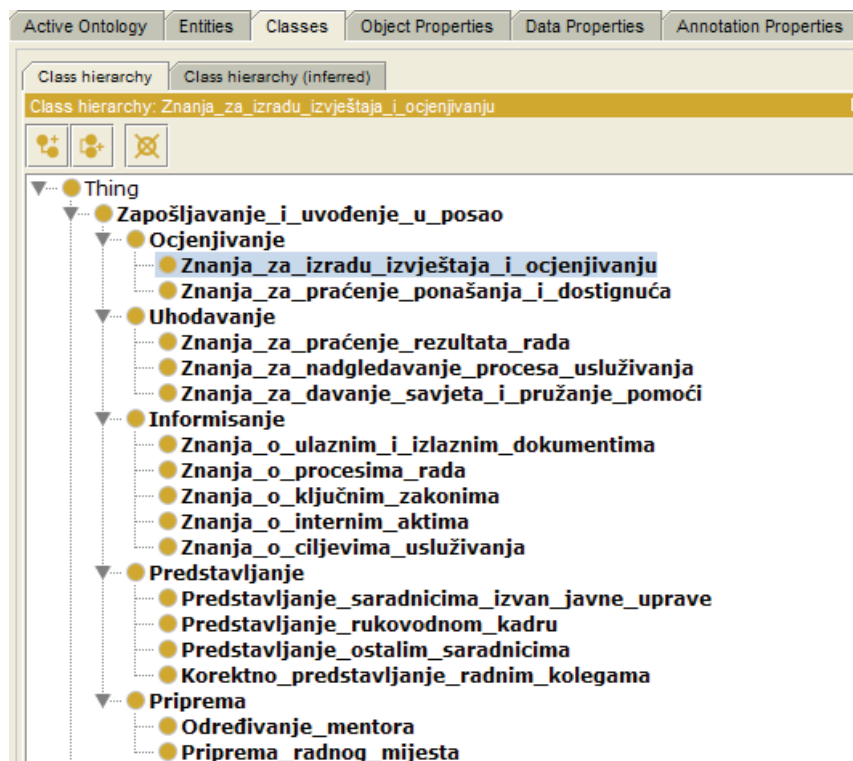
Moglo bi biti interesantno provesti analizu o tome da li je neophodno pri zapošljavanju i početku rada razmišljati o određenim koracima koje je neophodno provesti ili o nuđenju znanja iz automatizovanog informacionog sistema koji sve to može zamijeniti. Uvođenje u posao je veoma bitna aktivnost i mora biti korektno i postupno provedena. Sa kojim znanjem sistem treba raspolagati prilikom uvođenja radnika u posao? Kako zaposlenog motivisati da koristi znanja iz automatizovanog sistema?

Pošto školovanje ne obezbjeđuje sva neophodna znanja za rad, neophodno je raspolagati sa odgovarajućim znanjem za dovršenja određenog profila. Koja su to znanja i koje su to vještine neophodne novom radniku – zaposlenom?

Obično prilikom početka rada novozaposleni sve vidi idealno, pa je neophodno raspolagati znanjem za otklanjanje naivnih očekivanja. Kako se to može ostvariti?

Novozaposleni radnik mora prihvatiti određenu poslovnu kulturu i postojeće procese rada. Koja su mu znanja neophodna da se to ostvari?

Postoji teza da je uvođenje u posao potrebno provesti kroz pet faza, i to: priprema, predstavljanje, informisanje, uhodavanje i ocjenjivanje. Neophodna znanja u procesu zapošljavanja i uvođenja u posao predstavljena su na slici 3.



Slika 3. Neophodna znanja za zapošljavanje i uvođenje u posao.

Neophodna znanja mogu biti više ili manje detaljna i složena u zavisnosti od mjesta novoprimitljenog u uslužnom procesu.

Organ uprave trebalo bi da raspolaze određenim dokumentima i podacima koji mogu biti korisni prilikom uvođenja novog zaposlenog u posao, a to su: organizaciona šema organa uprave, strategija razvoja, termini u žargonu uslužnog sistema određenog organa, određeni pravilnici i obaveze iz radnog odnosa, opis radnih mjesta i procesa usluživanja, poslovni imenik saradnika i slično.

E) Motivacija kadrova

Pod motivacijom podrazumijevamo proces koji ponašanje zaposlenog podstiče i usmjerava prema ostvarenju određenog cilja¹². Motivacija je veoma kompleksna pojava i nije je moguće jednostavno definisati. Ona je vezana uz

¹² I., Vidović, *Ljudsko kapital i neto produkt savremene jugoslovenske emigracije*, Ekonomski pregled, broj 3, 4. Zagreb, str. 123.

rad i uslužni organ, a započinje i održava aktivnost u odgovarajućem redu¹³. Motivacija je pojam za sve faktore koji upravljaju fizičkim i intelektualnim energijama, usmjeravaju ponašanje i određuju smjer, trajanje i intenzitet. Motivaciju možemo posmatrati u kontekstu potreba koje osjećamo, želja kojim težimo, radnjama za ostvarenje cilja i zadovoljstva koje se može ostvariti. Motivacija predstavlja sumu svih faktora koji izazivaju, pojačavaju, usmjeravaju i organizuju ponašanje zaposlenog, odnosno djelovanje određenog intenziteta i trajanja. Koja su nam to znanja potrebna da bismo ostvarili želje i potrebe i pri tome ostvarili zadovoljstvo? Pri svemu tome moramo imati u vidu da na motivaciju utiču lične karakteristike zaposlenog, karakteristike usluga i karakteristike organa uprave (javne uprave).

Neophodna znanja o ličnim karakteristikama odnose se na: lične potrebe, individualne stavove, lične interese, očekivanja od zaposlenja.

Neophodna znanja o karakteristikama usluga moraju se odnositi na strukturu uslužnih procesa u javnoj upravi Republike Srpske, uslužnu kulturu i etiku, stilove rukovođenja.

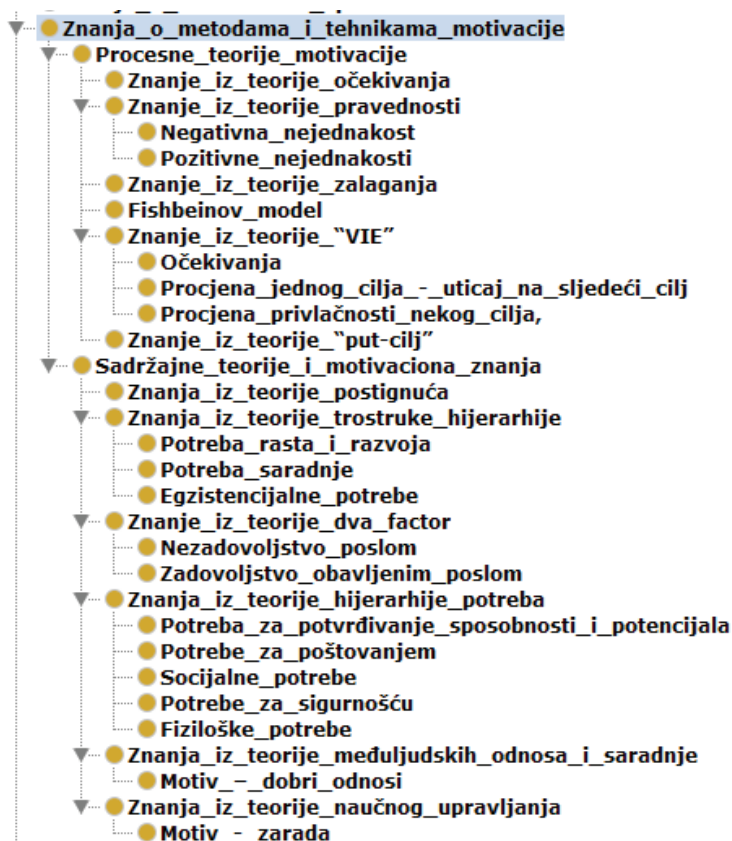
Neophodna znanja vezana uz karakteristike organa uprave odnose se na složenost usluge, prioritetne usluge i načine usluživanja, te samostalnost u usluživanju.

Znanja koja su potrebna javnoj upravi odnose se na to: kako doći do najkvalitetnijih i zadržati ih, kako obezbijediti zadovoljstvo korisnika usluga, kako podsticati kreativnost i inovativnost u usluživanju, kako ostvariti uslužne ciljeve, kako obezbijediti korektne odnose između javne uprave i korisnika usluga (pravnih i fizičkih lica).

Motivacija treba da bude usmjerena na povećanje zadovoljstva svih, i korisnika i davaoca usluga, te kvalitetnije usluge uz ostvarenje zacrtanih ciljeva. Ona treba da u zaposlenom pobudi potrebu i spremnost na postizanje vlastitih ciljeva, ali kroz kvalitetnije usluge i zadovoljstvo korisnika. Mora se pri svemu tome imati u vidu da su interesi zaposlenih različiti i da zaposleni različito reaguju, pa i motivacija mora da bude individualna i primjerena svakom zaposlenom. To dovodi do potrebe da se kombinuju različite motivacione metode i postupci.

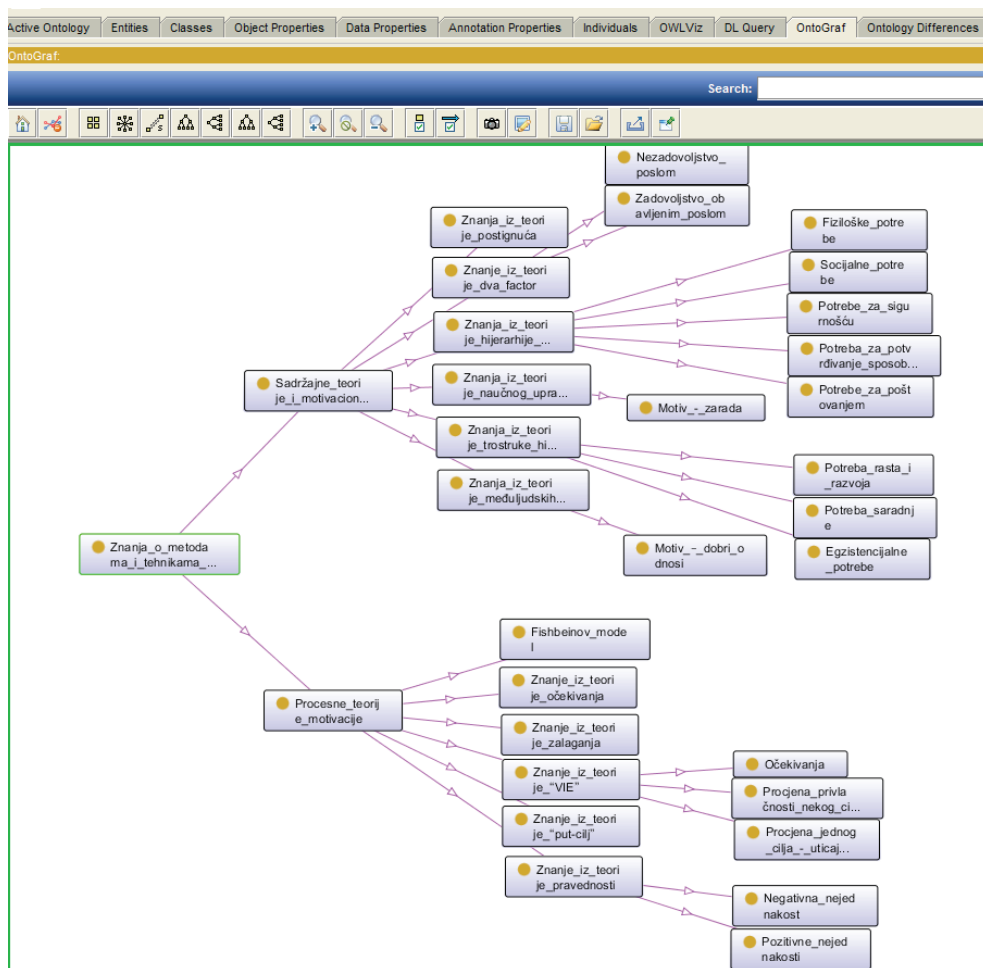
Da bismo efikasnije mogli predstaviti znanje potrebno za motivaciju, posmatračemo odvojeno znanja: 1. Sadržajne teorije motivacije i 2. Procesne teorije motivacije, a prikazana su na slici 4.

¹³ W. H. Wroom, *Work and Motivation*, John Willy, New York, 1984. str. 33.



Slika 4. Neophodna znanja o metodama i tehnikama motivacije.

Sve ove teorije, predstavljene na slici 4, zasnivaju se na pretpostavci da je motivacija za rad u svakom zaposlenom i kao motorna snaga može da ga vodi prema efikasnijem usluživanju, određenom zadovoljstvu, a to zadovoljstvo dovodi do veće motivisanosti. Neophodna znanja o metodama i tehnikama motivacije možemo predstaviti i pomoću OntoGrafa, slika 5.



Slika 5. Metode i tehnike motivacije – OntoGraf

F) Mjerenje motivacije i zadovoljstva zaposlenih

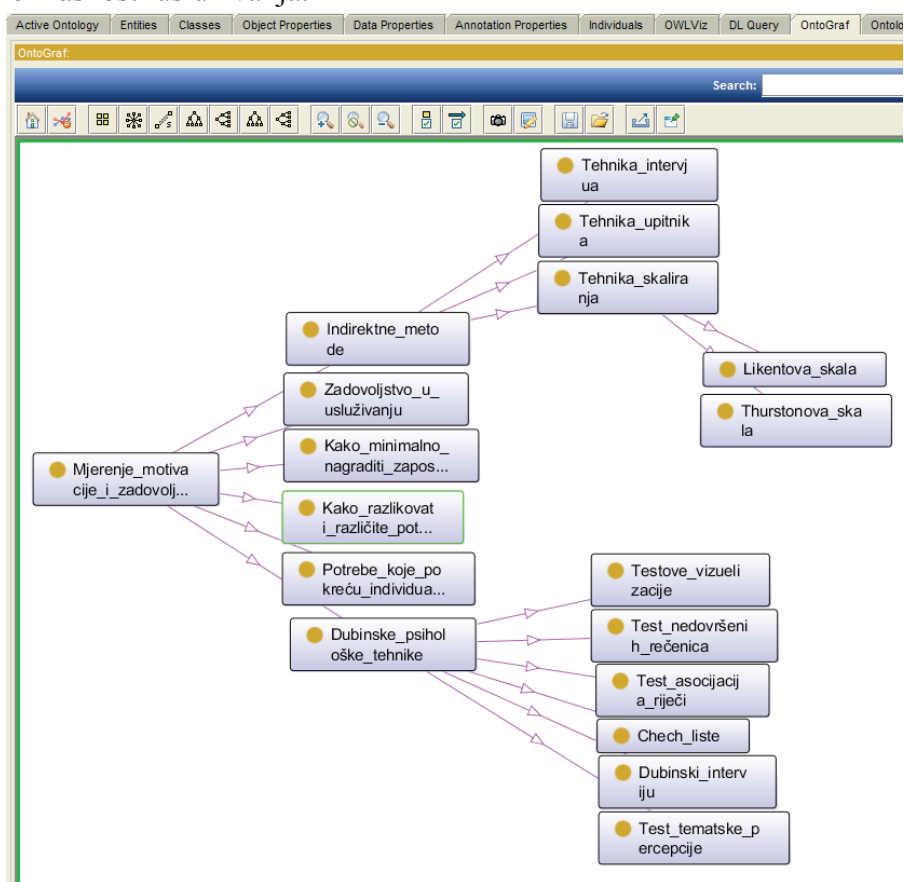
Mjerenje motivacije ima veoma značajnu ulogu u procesu usluživanja, ali treba imati u vidu da je to složen i zahtjevan proces. Da bismo mjerili motivaciju, trebaju nam znanja o pristupima, indikatorima i instrumentima motivacije. Neophodna su nam znanja o dubinskim, indirektnim i psihološkim tehnikama za mjerenje motivacije, a prikazane su na slici 6.

Problem u ovakvim ispitivanjima može biti u tome što se službenik želi prikazati u što boljem svjetlu, i što neiskreno mogu da odgovore na neka pitanja, pa samo ispitivanje ponekad gubi pravi smisao.

G) Nadogradnja znanja

Permanentna obuka i obrazovanje donosi zaposlenim veću sigurnost, nezavisnost, zadovoljstvo i efikasnije usluživanje, a korisnicima usluga bržu i jeftiniju uslugu skrojenu po njihovoj mjeri. Nova znanja mogu zaposlene učiniti sposobnijim za efikasnije i efektivnije usluživanje. Za primjenu novih znanja treba da prođe neko vrijeme prije nego se može primjenjivati, pa se ono ne može steći samo obrazovanjem prije zaposlenja.

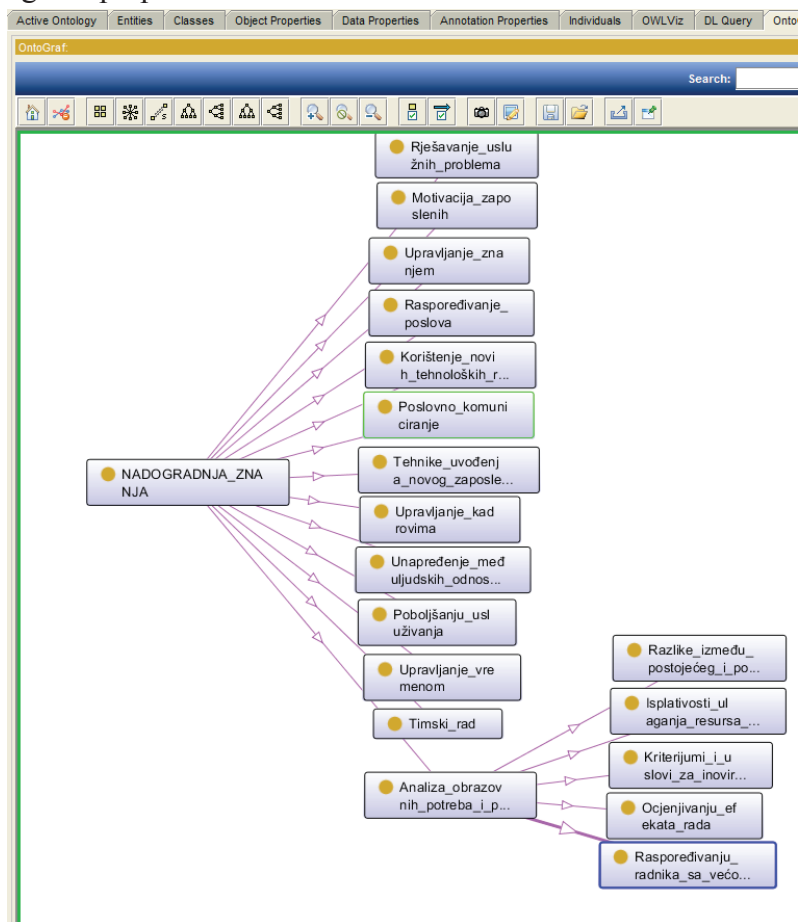
Već se odavno počelo tvrditi da je jedina isplativa investicija ulaganje u znanje. Razvijene zemlje došle su u fazu kada efikasnost poslovanja i kvalitet usluživanja zavise od stanja nauke i stepena razvijenosti tehnologije. Zbog toga i na ovim prostorima treba različitim vidovima doobrazovanja i usavršavanja obuhvatiti sve zaposlene. Dodatno usavršavanje zaposlenih u javnoj upravi u Republici Srpskoj treba shvatiti kao funkciju unapređenja i povećanja efikasnosti usluživanja.



Slika 6. Tehnike za mjerenje motivacije

Da bismo mogli razmišljati o usavršavanju kadrova, neophodna su nam odgovarajuća znanja, koja su predstavljena na slici 7.

Neophodna dodatna znanja koja se moraju obezbijediti da novi IS može u potpunosti odgovoriti svojoj funkciji su: komunikološka, pedagoška, psihološka, ekonomska, demografska, tehnička, pravna i slično. Da li je sva ova znanja moguće jednostavno i brzo prikupiti? U svakom slučaju, u našem sistemu za upravljanje kadrovima u javnoj upravi u Republici Srpskoj sigurno ne, ali uz upotrebu softverskih agenata i semantičkog vebsa, to je moguće ostvariti u dogledno vrijeme. Novi softverski agenti bi se po potrebi aktivirali i obezbijedili neophodna znanja iz drugih baza podataka i znanja u potrebnoj količini, i u odgovarajućem vremenu. Neophodno je imati u vidu da nam je u ovako složenim sistemima neophodna multidisciplinarnost da bi ovakav sistem mogao u potpunosti efikasno funkcionisati.



Slika 7. Nadogradnja znanja – OntGraf

Mladen Radivojević, PhD

Professor

University of Business Studies, Banja Luka, Bosnia and Herzegovina

Sreten Tešanović, PhD

Assistant Professor

PROMETEJ, Banja Luka

Korana Stevandić, LL.M.

“Jovan Cvijić” Primary School, Banja Luka, Bosnia and Herzegovina

**THE NEW CONCEPT OF HUMAN RESOURCES MANAGEMENT
IN THE PUBLIC ADMINISTRATION BASED ON NEW
TECHNOLOGICAL SOLUTIONS AND KNOWLEDGE BASES**

Summary

In this paper, the authors looked at the concept of human resources management in the public administration in the Republic of Srpska in a different way with the special emphasis on the use of new technological solutions based on knowledge bases. They suggested to the new information system based on ontologies and knowledge bases how to more effectively make the choice of personnel, their effective introduction to the working system of the public administration, their higher motivation and progression, more efficient and more quality team work, easier creation of service teams and their effective connection. The authors consider that with the use of the new software solutions the public administration can ensure that the best staff comes to the appropriate jobs that match their abilities, knowledge and skills. In order for this to be achieved the authors propose a different way of managing human resources, the use of new technological solutions, based on ontologies and knowledge bases.

Key words: *human resources management, public administration, knowledge databases, ontologies.*

ВРСТЕ И ПРАВНА ПРИРОДА АКТА О ПРИЈЕМУ И ПОСТАВЉЕЊУ ДРЖАВНИХ СЛУЖБЕНИКА

Проф. др Владимир Ђурић*
Доц. др Невенко Врањеш**

***Анстракт:** У правним прописима који уређују положај државних службеника на нашем подручју често није изричито одређена врста и правна природа аката о пријему и постављењу државних службеника, што ствара недоумице у погледу карактера поступка пријема у државну службу, момента успостављања службеничког статуса (или односа), карактера тог статуса или односа, као и у погледу могућности и врсте правне заштите права и интереса кандидата који су у таквом поступку учествовали. Наведено прати и веома дивергентна судска пракса што додатно усложњава ситуацију и дестабилизује положај државних службеника. Питање врсте и правне природе аката о пријему и постављењу државних службеника представља предмет разматрања аутора у овом раду.*

***Кључне ријечи:** државни службеник, државна управа, пријем државних службеника, постављење, одлука и рјешење.*

Основни чинилац у управној организацији, заправо њен супстрат, чине људи од којих се та организација састоји, од којих зависи квалитет њеног рада и који ту организацију персонификују.¹ Будући да је државна управа правно уређен систем, правом су регулисани сви аспекти пријема и дјелатности лица која раде у државној управи. Предмет овог рада је питање врсте и правне природе аката о пријему и постављењу државних

* Институт за упоредно право, Београд.

** Факултет политичких наука Универзитета у Бањој Луци.

¹ Пусић, Е., *Наука о управи*, Школска књига, Загреб 1993, стр. 167.

службеника. Први корак у анализи предмета рада јесте утврђивање самог појма државног службеника.

1. Појам државног службеника

Преовлађујућу групу људи у управи чине управни службеници, односно лица која обављају рад, интелектуални или мануелни, у управним организацијама као своје трајно и главно занимање.² Као што постоје одређења управе у функционалном и организационом смислу, тако и дефиниције управних службеника могу бити функционалне, односно оне које одређују појам управног службеника према функцији коју обављају, тачније према садржају посла, методима којима се посао обавља и правима и дужностима службеника, и организационе које као управне службенике одређују сва лица која раде у одређеним, набројаним или лимитативно одређеним управним организацијама.³ Будући да се управа организује на различитим нивоима организовања јавне власти, ужу групу управних службеника чине државни службеници.

Одређење појма државног службеника може се извршити са теоријског и позитивноправног становишта. У теоријском смислу, одређење појма државног службеника није једноставно, како због различите врсте служби које се могу обављати у органима државне власти и утицају који на теоријско одређење у појединим земљама имају позитивноправна рјешења, тако и због различите врсте органа државне власти. У сваком случају, државни службеник је лице које као трајно занимање обавља послове у име и за рачун државе. У савременој науци управног права, појам државног службеника више се везује за обављање послова у име и за рачун државе у оквиру њеног управног апарата.

Утицај који позитивноправна рјешења и теоријско поимање управе имају на теоријско одређење појма државног службеника у страниој правној науци може се сагледати на неколико примјера. Полазећи од схватања управе као јавне службе, у Француској се државни службеник одређује као лице које стално партиципира у функционисању јавних служби, тачније као лице које у апарату јавне службе припада сталном и редовном кадру.⁴ Изложено одређење појма државног службеника

² Исто, стр. 166.

³ Исто, стр. 167.

⁴ Duguit, L., *Traite de Droit constitutionnel*, t. III, ed. 3, Paris, 1930, стр. 4, наведено према: Вукашиновић, З., *Европски службенички систем*, Криминалистичко-полицијска академија, Београд, 2013, стр. 12.

логичан је изданак схватања француског Државног савјета који управу поима као збир јавних служби, а управне акте одређује као акте којима се регулишу јавне службе. Наименовани намјештеници (према нашем схватању – државни службеници), карактеришу се у Француској трајношћу, сигурношћу и стабилношћу положаја. Ови, фаворизујући елементи, имају и своју другу страну, намјештеници се, како писани извори кажу, „налазе у статутарном и на уредбодаван начин регулисаном (реглементарном) положају.“⁵

У науци управног права у СР Њемачкој државни службеник се одређује као лице које је у посебном односу потчињености према држави и као такво обавезно на обављање послова, вјерност и послушност. Такво теоријско одређење кореспондира и са позитивноправним одређењем државног службеника. Наиме, Основним законом СР Њемачке прописано је да државни службеници врше државне послове као стално занимање, стручно и професионално, бринући се о сталном извршавању послова у јавном интересу.⁶

У англосаксонској науци одређивање појма државног службеника врши се у склопу ширег теоријског поимања јавног службеника. Колико су у пракси и теорији широки приступи овом питању, свједочи и својеврсна појмовна дисперзија при одређивању појма јавног службеника. Тако се, примјера ради, у Енглеској користе сљедећи термини: *officer* (службеник, чиновник); *servant* (чиновник, намјештеник); *employe* (намјештеник); *civil servant* (државни службеник, државни намјештеник), док се у САД употребљавају појмови: *public employees*, *officer* и *public officer*.⁷ Најприближнији појму државни службеник је термин *civil servant*. Ријеч је о појму који је настао из термина *Civil service* под којим се подразумевају како званичници централне власти, тако и служење заједници, односно стручно служење држави.⁸ У Уједињеном Краљевству појам *civil servant* одређује се као „слуга Круне који није носилац политичке или судске функције, који је запослен у грађанском капацитету и чија накнада се у потпуности исплаћује из новчаних средстава која предвиђа парламент (из буџета – прим. аутори)“.⁹

⁵ Бребан, Ги., *Административно право Француске*, превод: Катарина Дамјановић, Службени лист СРЈ и ЦИД Подгорица, 2002, стр. 277.

⁶ Видјети: Чл. 35 и чл. 131 Основног закона СР Њемачке (Устав СР Њемачке), верзија на енглеском језику: Basic Law for the Federal Republic of Germany, доступно на: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gg/index.html, приступљено: 30.7.2015. године.

⁷ Борковић, И., *Управно право*, Информатор, Загреб, 1987, стр. 268.

⁸ Gladden, E. N., *Civil Service of the United Kingdom 1853-1970*, Franck Cass, London, 1967, p. 1.

⁹ Исто, стр. 3

Сличан теоријски приступ налазимо и у нашој теорији управног права. Тако, према Ратку Марковићу, запослени у државним органима називају се службеници, а тип њиховог радног односа је службенички. Оваква подвојеност је утемељена на основу традиционалног схватања по којем службенички однос није класични радни однос. „Службенички однос, тј. рад у државним органима, у државној служби, је вршење службе, односно вршење службених овлашћења, која, поред осталог, обухватају и могућност ауторитативног иступања, тј. вршења државне власти. При том, државни службеник не врши службу као своје право, већ само као своју надлежност и дужност, и не врши је у своје име, већ само као орган државе. Због тога је, за разлику од радног односа, који је превасходно уговорни однос, службенички однос јавноправни однос.“¹⁰

На основу већ и летимичног прегледа теоријских ставова може се закључити да у ширем смислу државни службеници персонификују државу. Државни службеници представљају државу јер обављају претежно ауторитативне послове, активности чију суштину чини вршење прерогатива државне власти. То значи да они, будући да обављају послове државне власти, према другим лицима изван оквира државног апарата иступају ауторитативно, односно са јачом вољом.¹¹ Осим функционалне димензије, у теоријском појму државног службеника треба још уочити и статусно-организациону димензију (стално запослење у управи, а не политичка или судска функција). Заправо, сублимирајући наведена одређења, можемо закључити да су неподидељена мишљења у домаћој и страној теорији да државне службенике детерминише најмање три заједничка фактора, и то: сталност државне службе, професионалност и засебан радноправни режим. У највећем дијелу европских земаља државни службеници су лица која су запослена у органима државне управе (централној власти) док лица запослена у јавним службама и јединицама регионалне и локалне власти немају статус државних службеника. Такође, статус државних службеника немају изабрана и именована лица, који су представници политичких партија заступљених у органима власти (најчешће: министри и државни секретари).

¹⁰ Марковић, Р., *Управно право, општи део*, друго поправљено и проширено издање, Слово, Краљево, 2002, стр. 171.

¹¹ Рађеновић, М., *Мјесто службеничког права у систему права Републике Српске*, Модерна управа, број 1, часопис за управноправну теорију и праксу, Агенција за државну управу Републике Српске, Бањалука, 2008, стр. 24. О теоријском појму државног службеника, видјети шире: Димитријевић, П., *Управно право – општи део, књига прва*, Центар за публикације правног факултета у Нишу, Ниш, 2008, стр. 204; Томић, З., *Опште управно право*, Правни факултет Универзитета у Београду и ЈП „Службени гласник“, Београд, 2009, стр. 157.

Теоријска схватања о појму државног службеника свој нормативни израз имају у позитивноправном одређењу тог појма. У законодавствима земаља у региону примјетно је својеврсно уједначавање одређења државних службеника, уз мање или веће разлике. Тако, према законодавству Републике Српске, државни службеник је лице са високом стручном спремом које је запослено у органу републичке управе и обавља послове основне дјелатности органа републичке управе. Изузетно, државни службеник је и лице са завршеном вишом и средњом стручном спремом у складу са уредбом Владе.¹²

Према Закону о државној служби у институцијама Босне и Херцеговине, државни службеник је лице постављено управним актом на радно мјесто у државној служби, у складу са законом.¹³

Према Закону о државним службеницима Републике Србије, државни службеник је лице чије се радно мјесто састоји од послова из дјелокруга органа државне управе, судова, јавних тужилаштава, Републичког јавног правобранилаштва, служби Народне скупштине, предсједника Републике, Владе, Уставног суда и служби органа чије чланове бира Народна скупштина или с њима повезаних општих правних, информатичких, материјално-финансијских, рачуноводствених и административних послова.¹⁴ Интересантно је да одмах у наредном ставу истог члана Закон прописује ко није државни службеник, наглашавајући да државни службеници нису народни посланици, предсједник Републике, судије Уставног суда, чланови Владе, судије, јавни тужиоци, замјеници јавних тужилаца и друга лица која на функцију бира Народна скупштина или поставља Влада и лица која према посебним прописима имају положај функционера.

Најзад, у ставу 3 цитираног члана, поменути закон дефинише намјештеника као лице чије се радно мјесто састоји од пратећих помоћно-техничких послова у државном органу.

Законом о државним службеницима у Републици Хрватској, прописано је да су државни службеници лица која у државним тијелима као редовно занимање обављају послове из дјелокруга тих тијела утврђене Уставом, законом или другим прописима донесеним на основу

¹² Члан 2 Закона о државним службеницима, Службени гласник Републике Српске, бр. 118/08, 117/11 и 37/12.

¹³ Чл. 1, ст. 2 Закона о државној служби у институцијама Босне и Херцеговине, Службени гласник БиХ, бр. 19/02, 35/03, 4/04, 17/04, 26/04, 37/04, 48/05, 2/06, 32/07, 43/09, 8/10 и 40/12.

¹⁴ Чл. 2 Закона о државним службеницима, Службени гласник Републике Србије, бр. 79/2005, 81/2005, 83/2005, 64/2007, 67/2007, 116/2008, 104/2009 и 99/2014.

устава и закона. Такође, државни службеници су и лица која у државним тијелима обављају информатичке послове, опште и административне послове, планске, материјално-финансијске и рачуноводствене послове и сличне послове.¹⁵

2. Класификација државних службеника

За разматрање питања врсте и правне природе аката о пријему и постављењу државних службеника од значаја је сагледати и класификацију државних службеника и могућност да она буде један од чинилаца који утичу на врсту и правну природу аката о пријему и постављењу.

Као и у случају појма државних службеника, тако и у погледу њихове класификације постоје теоријска и позитивноправна одређења, при чему је јасно да између таквих одређења постоји међусобна повезаност.

Државни службеници су стални и професионални кадрови у органима државне управе.¹⁶ Међутим, унутар опште категорије службеника издвајају се понекад уже групе којима се у било којем смислу приписује нека „битнија“ или „виша“ обиљежја него другима.¹⁷ Такво разликовање последица је хијерархијског устројства службеничког система и јасно се може уочити у свим законодавствима у региону.

Тако, према Закону о државним службеницима Републике Српске, државни службеници у републичким органима управе Републике Српске разврстани су у сљедеће категорије: (а) помоћник министра, секретар министарства, руководилац републичке управе и републичке управне организације; (б) замјеник и помоћник руководиоца републичке управе, републичке управне организације, главни републички инспектор и секретар у Агенцији; (в) инспектор; (г) интерни ревизор; (д) стручни савјетник; (ђ) руководилац унутрашње организационе јединице; (е) виши стручни сарадник и (ж) стручни сарадник.¹⁸ Службеници

¹⁵ Чл. 3 Закона о државним службеницима – пречишћен текст, Народне новине, бр. 49/12.

¹⁶ Пусић, Е., *Нака о управи, књига I, уводна питања, управа у друштву, управа као људска дјелатност*, II допуњено издање, Школска књига, Загреб, 1973, стр. 165. Слично размишљање налазимо и код Иве Крбека. Видјети: Крбек, И., *Лица у државној служби*, Издавачки завод Југословенске академије знаности и умјетности, Загреб, 1948, стр. 30.

¹⁷ Пусић, Е., *Наука о управи*, Школска књига, Загреб 1993, стр. 169.

¹⁸ Чл. 26–27 Закона о државним службеницима, Службени гласник Републике Српске, бр. 118/08, 117/11 и 37/12.

разврстани у категорије од (а) и (б) су руководећи државни службеници и њих на приједлог Агенције за државну управу поставља и разрјешава Влада, док сви остали спадају у категорију државних службеника и њих на приједлог Агенције за државну управу поставља и разрјешава руководиоца органа.

Законом о државној служби у институцијама Босне и Херцеговине, руководећи државни службеници су: (1) секретар и секретар са посебним задатком и (2) помоћник министра, помоћник директора и главни инспектор. У остале државне службенике класификују се: (1) шеф унутрашње организационе јединице; (2) стручни савјетник; (3) виши стручни сарадник и (4) стручни сарадник.¹⁹ Такође, Закон је у наредним одредбама прописао које институције представљају изузеће, односно чији запослени немају статус државног службеника (негативна енумерација).²⁰

Законом о државним службеницима у Републици Србији прописано је да Влада поставља на положај помоћника министра, секретара министарства, директора органа управе у саставу министарства, помоћника директора органа управе у саставу министарства, директора посебне организације, замјеника и помоћника директора посебне организације, директора службе Владе, замјеника и помоћника директора службе Владе, замјеника и помоћника генералног секретара Владе, Републичког јавног правобраниоца и замјеника Републичког јавног правобраниоца. Положај је радно мјесто на којем државни службеник има овлашћења и одговорности везане за вођење и усклађивање у државном органу. Положај се стиче постављењем од Владе или другог државног органа или тијела. Из наведеног није јасно прописано да ли се ради о руководећим државним службеницима али судећи по чињеници овог овлашћења очито се ради о руководећим државним службеницима. Наведено слиједи и из чињенице да су у наредним члановима прописане сљедеће категорије извршилачких радних мјеста, као сва радна мјеста која нису положаји, укључујући и радна мјеста руководиоца ужих унутрашњих јединица у државном органу. Извршилачка радна мјеста разврставају се по звањима, у зависности од сложености и одговорности послова, потребних знања и способности и услова за рад. Звања су виши савјетник, самостални савјетник, савјетник, млађи савјетник, сарадник,

¹⁹ Чл. 7 Закона о државној служби у институцијама Босне и Херцеговине, Службени гласник БиХ, бр. 19/02, 35/03, 4/04, 17/04, 26/04, 37/04, 48/05, 2/06, 32/07, 43/09, 8/10 и 40/12.

²⁰ Видјети: Чл. 4–6 Закона о државној служби у институцијама Босне и Херцеговине, Службени гласник БиХ, бр. 19/02, 35/03, 4/04, 17/04, 26/04, 37/04, 48/05, 2/06, 32/07, 43/09, 8/10 и 40/12.

млађи сарадник, референт и млађи референт.²¹ Наведене детерминације указују на то да дефиниција појма државног службеника није заснована на свим елементима службеничке функције, већ је она „везана“ само за радно мјесто које се састоји од послова из дјелокурга различитих органа.²²

Законом о државним службеницима у Републици Хрватској, државни службеници се разврставају у три категорије радних мјеста: радна мјеста руководећих државних службеника, радна мјеста виших државних службеника и радна мјеста нижих државних службеника.²³

Анализом категоризације државних службеника у региону, уочавамо готово истовјетна рјешења. Рјешења која постоје у неким западним земљама нешто су другачија, нарочито у погледу руководећег кадра. Примјера ради, у СР Њемачкој државни секретари могу бити или државни службеници или политички државни секретари који не припадају државној служби, док је у Француској служба у владиним кабинетима неспојива са државном. У Португалу налазимо интересантно рјешење гдје министри имају јавно-уговорни статус али немају статус државних службеника.²⁴

3. Правна природа аката о пријему и постављењу државних службеника у Републици Српској и Босни и Херцеговини

Селекција државних службеника у Републици Српској је поступак који започиње пријавом кандидата на јавни оглас и завршава се доношењем одговарајућег акта у форми рјешења. Закон о државним службеницима Републике Српске, за разлику од нормативних рјешења на државном нивоу, не опредјељује правну природу таквог акта. Закон предвиђа да се о коначном постављењу државног службеника, а на приједлог Агенције за државну управу утемељеном на коначној листи успјешних кандидата, доноси рјешење. Уколико се ради о руководећем

²¹ Чл. 33–43 Закона о државним службеницима, Службени гласник Републике Србије, бр. 79/2005, 81/2005, 83/2005, 64/2007, 67/2007, 116/2008, 104/2009 и 99/2014.

²² Миленковић, Д., *Јавна управа, одабране теме*, ФПН и Чигоја штампа, Београд, 2013, стр. 331.

²³ Чл. 74 Закона о државним службеницима – пречишћен текст, Народне новине, бр. 49/12.

²⁴ Demmke, С., Moilanen, Т., *Civil Services in the EU of 27, Reform Outcomes and Future of the Civil Service*, Peter Lang GmbH, Frankfurt am Main, 2010, p. 69-70.

државном службенику, рјешење²⁵ доноси Влада на период од пет година, са могућношћу обнове мандата. Такво рјешење објављује се у Службеном гласнику Републике Српске. Уколико се ради о државном службенику, рјешење доноси руководицац републичког органа управе, такође на приједлог Агенције. Ситуација је нешто другачија уколико се ради о поступку избора интерним оглашавањем. Тако, уколико је кандидат који је изабран на основу интерног огласа из истог републичког органа управе, руководицац органа доноси рјешење о његовом премјештају са једног на друго радно мјесто, а ако је изабрани кандидат из другог републичког органа управе, рјешење о његовом премјештају доноси руководицац органа у који је изабрани кандидат премјештен.

Сама чињеница да се поступак селекције државних службеника окончава доношењем одговарајућег рјешења може упућивати на закључак да је ријеч о управном поступку који се завршава доношењем појединачног правног акта (рјешења) које има природу управног акта. Такав закључак би додатно могло да поткријепи законско рјешење према коме је допуштена и одговарајућа правна заштита у поступку по жалби чиме акт о пријему, односно постављењу, по изричитој законској одредби, стиче својство коначности. Наиме, Закон предвиђа да је изабрани кандидат дужан да ступи на рад најкасније 15 дана од дана *коначности* рјешења о постављењу, односно запошљавању. Ако кандидат то не учини, сматра се да је одустао, а руководицац органа може да изабере другог кандидата по броју освојених бодова са листе успјешних кандидата.

Након доношења акта о постављењу, односно рјешења о заснивању радног односа, Агенција за државну управу обавјештава све учеснике јавне конкуренције о извршеном избору кандидата. Слиједи жалбени поступак, предвиђен законом, а он омогућава да сваки учесник јавне конкуренције има право да у року од 15 дана од дана пријема обавјештења изјави жалбу, уколико сматра да испуњава услове за запослење на радном мјесту или да су се у изборном поступку десиле такве неправилности које би могле утицати на објективност његовог исхода. Жалба се подноси Одбору државне управе за жалбе, путем Агенције за државну управу, изузев ако је ријеч о државним службеницима које поставља Влада. За ову категорију државних службеника остаје једино могућност покретања управног спора пред надлежним судом, уколико би правна природа акта

²⁵ Члан 43. Закона о Влади (Рјешењем се одлучује о именовањима, постављењима и разрјешењима...), Службени гласник Републике Српске, број 118/08.

о постављењу, односно заснивању радног односа службеника била таква да тај акт сврстава у управне акте.

Јавни конкурс није успио ако Комисија утврди да ни један кандидат не испуњава услове прописане за избор кандидата или ако Влада не донесе рјешење о постављењу у року од 30 дана од дана пријема приједлога Агенције за државну управу, односно руководилац органа ако не донесе рјешење о заснивању радног односа у року од 15 дана од дана пријема приједлога Агенције за државну управу. О разлозима неуспјелог јавног конкурса, комисија, Влада или руководилац републичког органа управе доносе закључак и достављају Агенцији за државну управу ради обавјештавања учесника јавног конкурса.

Дакле, акт којим се државни службеник поставља у државну службу у републичке органе управе Републике Српске је рјешење. Несумњиво је ријеч о појединачном ауторитативном на закону заснованом правном акту којим се рјешава о правима и правним интересима кандидата за државну службу, што га у великој мјери приближава категорији управних аката. Воља адресата акта, односно изабраног или постављеног лица које је по закону дужно да ступи на рад у року од 15 дана од дана коначности рјешења, није услов правног постојања акта, већ само његове правне ваљаности.²⁶ Да би се акт о пријему, односно постављењу у државну службу могао сматрати управним актом, а поступак пријема одредио као (посебни) управни поступак, од кључне важности је размотрити да ли се таквим актом рјешава управна ствар.

Управна ствар се у домаћој правној науци одређује као појединачна животна ситуација ванспорног карактера са непосредно ангажованим јавним интересом, коју је на основу закона неопходно ауторитативно и конкретно правно уредити,²⁷ односно као поједина неспорна правна ситуација у којој надлежни орган на основу правних прописа непосредно на ауторитативан и конкретан начин уређује примарну диспозицију.²⁸ Попуњавање радног мјеста државног службеника очигледно, према Закону о државним службеницима Републике Српске, носи у себи веома изражену дозу јавног интереса и несумњиво је да је ријеч о ауторитативном рјешавању о правима физичких лица у појединачној животној ситуацији ванспорног карактера. То што се такво рјешавање

²⁶ У истом смислу: Томић, З., *Управно право, систем*, Службени лист СРЈ, Београд 2002, стр. 280.

²⁷ Исто, стр. 274.

²⁸ Кунић, П., *Управно право*, Правни факултет, Бања Лука, 2001, стр. 359.

односи на њихов радноправни статус, не негира чињеницу да је такав однос јавноправног карактера, односно да се ауторитативно уређује.

Међутим, када је у питању дилема да ли се у поступку пријема државног службеника уређује управна ствар, односно да ли је такав поступак по свом карактеру управни поступак, опречна мишљења налазимо у судској пракси: „Не ради се о управној ствари и управним актима, већ о појединачним правним актима из радноправне области, у случају рјешења Одбора државне управе за жалбе којима је тај орган одлучио да поништи поступак избора за попуну упражњеног радног мјеста у Пореској управи Републике Српске те да поништи и рјешење Пореске управе Републике Српске којим је тужитељка након наведеног поступка избора за попуну упражњеног радног мјеста примљена у радни однос на неодређено вријеме, због чега се у оваквом случају ради о грађанском (радном) спору и грађанском предмету.“²⁹ Остаје нејасно, а не види се ни из образложења, шта значи термин „појединачни правни акт из радноправне области“.³⁰

На основу дјелимичног увида у судску праксу Врховног суда Републике Српске који су аутори имали, може се међутим закључити да тај Суд, као и већина судова у региону, годинама стоји на становишту да акти о пријему државних службеника имају карактер управних аката. будући да су њима рјешаване управне ствари, тј. ситуације које садрже јавни интерес.³¹

²⁹ Пресуда Окружног суда у Бањалуци, број 11 0 У 009658 12 У од 6.12.2013. године.

³⁰ Благојевић, М., *Практикум за управни спор (са управносудском праксом)*, Службени гласник Републике Српске и Универзитет ПИМ, Бања Лука, 2014, стр. 569. Сличну судску праксу налазимо у Федерацији БиХ: „Одлука Одбора државне службе за жалбе, којом је одлучено о жалби државног службеника изјављеној против рјешења руководиоца органа државне службе о престанку радног односа, не може се преиспитивати тужбом у управном спору јер не представља управни акт, већ се њено преиспитивање може вршити само пред надлежним судом по правилима парничног поступка.“ У образложењу цитиране одлуке, између осталог, наводи се: (...) Рјешењем Одбора државне службе за жалбе од 29.5.2006. године није рјешавано у некој управној ствари, по правилима управног поступка, него се рјешавало о радно-правном статусу тужитељице (којој је престао радни однос код првотуженог) у поступку прописаном по наведеним одредбама Закона о државној служби у Федерацији Босне и Херцеговине, па како то рјешење није управни акт у смислу члана 8. Закона о управним споровима, то се може преиспитивати (како је прописао члан 65. став 9. Закона о државној служби у Федерацији Босне и Херцеговине) само у парничном поступку пред надлежним редовним судом (...).

³¹ Супротну праксу, међутим, има Врховни суд Федерације БиХ: „О правима, дужностима и одговорности намјештеника из радног односа одлучује рјешењем руководиоца органа државне службе примјењујући одговарајуће одредбе Закона о управном поступку, али то рјешење нема карактер управног акта и када постане коначно против њега се не може тужбом покренути и водити управни спор него радни спор код надлежног редовног суда“, Врховни Суд Федерације БиХ, Увп-270/06 од 13.12.2006. године и Увп-74/06 од 6.12.2006. године.

Са друге стране, важно је напоменути да у случају изостанка доношења рјешења о постављењу било од стране руководиоца или од стране Владе конкурс није успио. Из тога слиједи да приједлог Агенције није обавезујући ни за Владу ни за руководиоца и да они могу у коначници обуставити сваки пријем па и у случају постојања адекватне листе успјешних кандидата. У том случају даљи покушаји правне заштите нису могући. Судска пракса стоји на истом становишту са веома јаким аргументима заснованим на начелу подјеле власти: „Уставно уређење Републике Српске темељи се на подјели власти, усљед чега није надлежност судова, па ни у управним споровима, да врше постављења државних службеника или да налажу њихова постављења у било којем органу управе, јер је то домен извршне власти“ (Рјешење Окружног суда у Бањалуци, број: 11 0 У 009930 12 У од 6.9.2012. године).³² Дакле, у описаном случају, изостанак доношења рјешења не може се сматрати ћутањем управе, што, на својеврстан начин, поступку селекције кандидата одриче карактер управног поступка, а имплицитном негативном акту (недонесеном рјешењу о пријему или постављењу) карактер управног акта.

За разлику од законских рјешења у Републици Српској, у државну службу у институцијама Босне и Херцеговине, постављење државног службеника врши се управним актом објављеним у “Службеном гласнику Босне и Херцеговине”. Овакво законско одређење очигледно је правно везано, готов изричито, будући да је одређена врста поступка, врста и правна нарав акта, из чега недвосмислено проистиче да је поступак избора (пријема) кандидата у државну службу у институције Босне и Херцеговине управни поступак, а акт о пријему је акт којим је завршен такав управни поступак, односно појединачни правни акт (управни акт) – рјешење. Прије преузимања дужности, постављени државни службеник прима писмени опис свог радног мјеста и опис услова службе. Дакле, законска рјешења на нивоу БиХ експлицитно предвиђају да је ријеч о рјешењу као управном акту. Постављење државног службеника врши Агенција за државну службу БиХ у складу са постигнутим резултатима кандидата у изборном поступку. Постоје и посебне ситуације у вези са појединим категоријама запослених у државним органима, у којима је законодавац такође самим (посебним) законом одредио карактер аката. Тако, акти којима се регулише статус професионалних војних лица, лица у резервном саставу и цивилних лица у Оружаним снагама БиХ, јесу управни акти.³³

³² Благојевић, М., н. дј., стр. 329.

³³ Чл. 7 Закона о служби у Оружаним снагама БиХ, Службени гласник БиХ, бр. 88/05, 53/07,

Руководеће државне службенике именује надлежна институција, по претходно прибављеном мишљењу Агенције за државну службу БиХ, са листе успјешних кандидата који су прошли јавни конкурс. Уколико се именовање не изврши у року од 30 дана од дана пријема мишљења Агенције и листе успјешних кандидата, ако посебним прописом није одређен краћи рок, Агенција ће по службеној дужности именовати најуспјешнијег кандидата. Трагом наведеног, констатујемо да се целокупна процедура именовања завршава изван Савјета министара БиХ па чак када су у питању и руководећи државни службеници. Оно што представља специфичност, за разлику од ентитетских рјешења, јесте да руководећи државни службеници у институцијама БиХ не подлијежу реизбору.

Судска пракса на нивоу БиХ, иако је законом изричито прописано да се постављење државног службеника врши управним актом, стоји међутим на другачијем становишту. Суд БиХ наике сматра да „учесник конкурса за радно мјесто државног службеника, који то избором није постао, нема право тражити судску заштиту због повреде права из радног односа као државни службеник (према одредби члана 2. став 3. Закона о управним споровима), али ни по одредби члана 2. став 1. тачка 1. истог закона као грађанин или правна особа којој је коначним управним актом повријеђено неко његово право или непосредни лични интерес заснован на закону.“ Суд такав став образлаже мишљењем према коме: „...коначни управни акт против кога се може водити управни спор у смислу става 2. члана 8. ЗУС-а Босне и Херцеговине, јесте акт којим мјеродавна институција из члана 4. овог закона рјешава о извјесном праву или обавези грађанина или правне особе у некој управној ствари (подвукао Суд). У конкретном случају не ради се о управној ствари, него о радном спору, за чије је рјешење надлежан редовни суд, како то правилно сматра и вијеће за управне спорове овог суда (...)“³⁴

4. Врста и правна природа аката о пријему и постављењу државних службеника у упоредном праву

У Републици Србији, пријем државног службеника у државну службу, по проведеном интерном или јавном конкурс у врши се рјешењем.

59/09, 74/10 и 42/12.

³⁴ Пресуда вијећа за управне спорове Суда БиХ, број У-22/03 од 31.3.2004. године.

Поменуто рјешење је законом прописано, а по својим формалним и материјалним елементима, иако закон то не одређује експлицитно, има карактер управног акта. Рјешење о пријему у радни однос доноси руководилац, док рјешење о постављењу на положај доноси Влада. У вези са правном природом ових аката посебно је важно да се укаже да је одредбом чл. 73 ст. 1 Закона о државним службеницима³⁵ изричито прописано да против рјешења Владе о постављењу на положај жалба није допуштена, али може да се покрене управни спор, што таквом акту несумњиво даје карактер управног акта.³⁶ Изабрани кандидат стиче права и дужности из радног односа у државном органу у који је примљен или премјештен од дана ступања на рад. Као дан ступања на рад прописан је осми дан од дана коначности рјешења о пријему у радни однос, односно о премјештају, изузев ако му руководилац не продужи рок. Остаје нејасно како и ко констатује коначност рјешења и о томе обавјештава успјешног кандидата, у случају жалбе других кандидата, па и у случајевима када те жалбе нема.

Законом о државним службеницима, у Републици Хрватској, службенички однос је *expressis verbis* одређен као радноправни однос између државних службеника и државе као послодавца.³⁷ Иако чланица Европске уније, Хрватска нема посебно тијело надлежно за селекцију државних службеника. Поступак селекције који може да буде интерни или јавни врши комисија коју формира орган који изрази потребу за запошљавањем државног службеника. Према чл. 52 Закона о државним службеницима Републике Хрватске, изабрани кандидат прима се у државну службу рјешењем челника тијела или службеног лица коме је у

³⁵ Закон о државним службеницима, Службени гласник Републике Србије, бр. 79/2005, 81/2005, 83/2005, 64/2007, 67/2007, 116/2008, 104/2009 и 99/2014.

³⁶ Додуше, чланом 3 Закона о управним споровима (Сл. гласник Републике Србије, бр. 111/2009) прописано је да, осим одлучивања о законитости коначних управних аката, предмет управног спора може бити и одлучивање о законитости *других коначних појединачних аката када је то законом предвиђено*. У том смислу, могло би се заступати и становиште да рјешење о пријему, односно постављењу може да има карактер *другог појединачног акта*, али са становишта врсте и обима правне заштите такво резонување суштински не би било другачије од схватања да је ријеч о управном акту!

³⁷ Дрмић, А., *Службенички однос у Хрватској правној регулативи*, Хрватска компаративна јавна управа (ур. Копрић И.), Институт за јавну Управу, Загреб, бр. 2/2013, стр. 570. Такође, шире видјети: Човић, С., Јурас, Д., Вучков, Д., *Нека питања у регулацији радноправног статуса државних службеника*, Зборник Правног факултета Свеучилишта у Риједи (ур. Јурић Д.), бр. 1/2015, стр. 645–670. Омајец, Ј., *Статус државних службеника, Правна пракса и стајалишта Европског суда за људска права, Европског суда правде и Уставног суда Републике Хрватске*, Хрватска компаративна јавна управа (ур. Копрић И.), Институт за јавну Управу, Загреб, бр. 2/2006, стр. 47–81.

опису послова рјешавање о томе. Рјешење се доставља свим кандидатима пријављеним на конкурс, а незадовољни кандидат може изјавити жалбу Одбору за државну службу у року од 15 дана од дана пријема рјешења. Занимљиво је истаћи да хрватски закон предвиђа да по *извршности* рјешења о пријему у државну службу, за лице које је примљено у државну службу доноси се рјешење о распореду на радно мјесто. Лице примљено у државну службу постаје државни службеник даном почетка рада који се утврђује у рјешењу о распореду, а може се одгодити до највише 60 дана, о чему се доноси посебно рјешење. Руководеће државне службенике именује Влада рјешењем, наконведеног конкурса који сама расписује и резултата листе успјешних кандидата које јој доставља Комисија за избор.³⁸ Хрватско законодавство не опредјељује изричито да је рјешење о пријему у државну службу управни акт, али закон у чл. 63 ст. 1 прописује да је одлучивање о распореду на радно мјесто те о другим правима и обавезама државних службеника, као и о престанку државне службе, управна ствар. Иако закон говори само о рјешењу *о распореду на радно мјесто*, треба стати на становиште да карактер управне ствари *a fortiori* у хрватском правном поретку има и одлучивање о пријему у државну службу.

На основу таквих законских рјешења, јасно је да је за рјешавање спорова у вези са постављењем и разрјешењем државних службеника надлежан тамошњи Управни суд. Тај суд стоји на становишту да „Влада Републике Хрватске има овлашћење, по приједлогу државног секретара Средишњег државног уреда за управу, разријешити положаја начелника Уреда државне управе у јединици подручне (регионалне) самоуправе према слободној оцјени уз навођење посебно оправданих разлога“.³⁹

На основу такве праксе, јасно је да оно што карактерише све сличне солуције о пријему, постављењу и у појединим случајевима разрјешењу државног службеника у земљама региона јесте чињеница да акти који се у таквим случајевима доносе садрже дискрециону оцјену. Та дискрециона оцјена артикулисана је кроз бодовање односно давање оцјена кандидату од стране чланова конкурсне комисије. При томе, чланови комисије су самостални и независни, готово ничим везани да дају оцјене односно бодове кандидатима вођени сопственим нахођењем. Одбори држав-

³⁸ Закон о државним службеницима, Народне новине, бр. 92/05; 142/06:77/07; 107/07; 27/08; 34/11; 49/11; 150/11; 34/12; 49/12; 37/13; 38/13; 01/15, Видјети и шире: Уредба о расписивању и provedби јавног најтечаја и интерног огласа у државној служби, Народне новине, бр. 74/10, 142/11 и 53/12.

³⁹ Одлука Управног суда Републике Хрватске, бр. Ус-3464/2004 од 15.9.2014. године.

не управе за жалбе, формирани у већини система као другостепени органи, не улазе у оцјену додијељену кандидату од стране комисије.

Питање дискреционе оцјене налази се у самом средишту управног права, јер се ради о најзначајнијем одступању од првобитног виђења правне државе, према којем је управа требало да постане потпуно везана законом.⁴⁰ Иако вршење дискреционе оцјене увијек значи субјективно дјеловање, свако субјективно дјеловање не значи дискрециону оцјену. Ма колика ова субјективност била, докле год се таквим дјеловањем тежи да се утврди воља закона, односно нечија друга објективна воља, ту нема дискреционе оцјене. Она почиње тек кад њен носилац таквим субјективним дјеловањем, на основу законског овлашћења, спроводи сопствене судове о томе шта је опортуно, корисно, у општем интересу. Сама оцјена цјелисходности управног акта није предмет судске контроле управе.⁴¹ Наведено имплицира да се контрола опортунитета избора државних службеника завршава на одлуци Одбора за жалбе односно неког другог органа који представља другостепени орган по конкурсним процедурама када су у питању постављена државних службеника изван владине ингеренције. Државни службеници које поставља Влада своје незадовољство рјешењем могу изразити кроз управни спор који се ограничава на испитивање легалитета првостепене одлуке али не и њене цјелисходности.

У законодавству СР Њемачке, државни чиновник је лице које је на основу управног акта и давања своје сагласности, а уз уручивање исправе која садржи ријечи „с позивањем у чиновнички однос“, ступило у један посебан радноправни однос служења и вјерности држави у сврху истовременога или каснијег постављења на одређено службено мјесто.⁴² Пријем у чиновничку службу заснован је на слободној оцјени. Међутим, ова слободна оцјена подлијеже преиспитивању код управних судова што чини значајну разлику у односу на наше правно схватање слободне (дис-

⁴⁰ Милосављевић, Б., *Управно право*, Службени гласник и Правни факултет Универзитета Унион, Београд, 2007, стр. 71.

⁴¹ У том смислу, проф. Томић сматра да суд у спору пуне јурисдикције може вршити дискрециону оцјену у управним стварима али не може поништавати акт у управном спору због нецјелисходности. Метафорично срочено, суд може – начелно – да снесе дискрециону „јаје“ (ако природа ствари то дозвољава), али не може непосредно да утврђује шта је дискрециони „мућак“. Шире видјети: Томић, З., *Дискрециона оцена у управном праву*, Правни живот, вол. 55, бр. 10, Београд, 2006, стр. 6.

⁴² Merk, W., *Deutsches Verwaltungsrecht I*, Berlin, 1962, стр. 546. Цитирано према: Петровић, М., *Наука о управљању као претпоставка управне политике (општи део)*, Правни факултет, Ниш, 2006, стр. 340–341.

креционе) оцјене. То испитивање је иначе ограничено, али „(...) Прикладност и способност за службу као и стручни учинак сматрају се предметом субјективне валоризације надлештва које врши пријем. Зато суд може испитивати само то, да ли је дотично надлештво пошло од нетачно утврђеног чињеничног стања, да ли је испустило из вида уставна начела о чиновништву од позива и није ли пренебрегло општеважећа мјерила оцјењивања или прибјегло разматрањима кад су туђа ствари у питању. С тим у вези, одлуке о постављењу кандидата, избор између више кандидата као и уобличавање поступка који се за то примјењује лежи у границама слободне оцјене сагласне службеним дужностима старјешине службе која врши пријем. Таквој његовој оцјени такође је препуштено одређивање које ће објективне околности имати већи значај од других приликом одлучивања о избору између више кандидата и на који ће се начин најбоље остварити начело једнакога приступа сваком јавном службеном мјесту сагласно принципу учинка, под условом да сам тај принцип није доведен у питање. Дјелотворно средство за остваривање принципа учинка јесу поступци утврђивања прикладности, који су најчешће уређени интерним прописима службених надлештава. Сврха је тих поступака да се старјешини службе која врши пријем пружи могућност да у непосредном, личном и од трећих лица неупливисаном разговору стекне слику о личности кандидата (...)“.⁴³

Према Закону о јавним службеницима из 1992. године, у Републици Мађарској, службенички однос је прописан као радни однос између државе односно локалне заједнице као послодавца, с једне стране, и јавног службеника или административног па и мануелног радника који обавља послове за њих, с друге стране. Суштински, радило се о специфичном радном односу, заснованом на својеврсном јавном уговору. Услед снажних реформских захвата, проведених 2001. године, око 20.000 јавних службеника у Мађарској изгубило је службенички статус и подведени су под одредбе општег акта о раду. Без обзира на наведено, службенички однос се и даље регулише као посебан уговорни однос између државе или локалне самоуправе и јавног службеника, с међусобним правима и дужностима, али се статус јавног службеника стиче именовањем, а не уговором.⁴⁴ Наиме, државни службеници се именују у службу, након проведене селекције актом организације која их бира (engl. *letter of appointment*) док се именовања из надлежности Владе врше од-

⁴³ Петровић, М., *Op. cit.*, стр. 341–342.

⁴⁴ Section 5, Act on Legal Status of Public Servants, доступно на: https://www.google.ba/?gws_rd=ssl#q=Law+on+Civil+Servants+hungary, приступљено: 10.8.2015. године.

лукама које су по својој природи типични политички акти. Поменути *letter of appointment* (писмо именовања, прим. аутора), садржи сљедеће елементе: одређење класе јавног службеника; позиција и платни разред јавног службеника; плату јавног службеника; опис послова за конкретно радно мјесто на које се јавни службеник поставља; мјесто рада јавног службеника и услове за евентуално напредовање. Поред наведеног, писмо именовања може укључивати и друге елементе који се односе на статус и службу јавног службеника. Опис надлежности радног мјеста може бити и као посебан додаток писма. Из оваквог садржаја поменутог акта не може се поуздано утврдити правна природа акта о постављењу јавних службеника у Републици Мађарској, иако она по описаној форми и наведеним параметрима, чини се, највише одговара рјешењу као појединачном правном акту у нашем правном систему.

5. Закључак

У правним прописима који уређују положај државних службеника на нашем подручју често није изричито одређена врста и правна природа аката о пријему и постављењу државних службеника. Тамо гдје је то учињено, такви акти се изричито одређују као управни акти. Упоредна анализа упућује на закључак да је у већини земаља чија су рјешења анализирана заиста ријеч о појединачним ауторитативним на закону заснованим правним актима којим се рјешава о правима и правним интересима кандидата за државну службу, што такве акте у великој мјери приближава категорији управних аката. С друге стране, ријеч је о веома специфичним актима којима се заснива и радни однос, донесеним на основу дискреционе оцјене и који, у појединим правним системима, због начела подјеле власти, не подлијежу до краја судској контроли законитости у случају да у поступку конкурса изостане доношење било каквог акта. Због тога је и судска пракса у вези са питањем врсте и природе оваквих аката веома дивергентна, што додатно усложњава ситуацију и дестабилизује положај државних службеника. Излаз из такве ситуације могу да представљају законске промјене којима би се акти о пријему и постављењу државних службеника изричито одредили као управни акти.

**Prof Vladimir Đurić,
Institute of Comparative Law, Belgrade
Nevenko Vranješ, PhD, Assistant Professor
Faculty of Political Sciences in Banja Luka**

THE TYPES AND THE LEGAL NATURE OF THE ACTS ON ADMISSION AND APPOINTMENT OF CIVIL SERVANTS

Summary

The types and the legal nature of the acts on admission and appointment of civil servants often are not explicitly defined by the laws and legal regulations governing the status of civil servants in our area. Where this is done, such acts are explicitly defined as administrative acts. The comparative analysis indicates the conclusion that in most countries whose solutions are analyzed the acts at hand are individual, authoritarian, law-based legal acts by which it is decided on the rights and legal interests of the civil service candidates. That puts such acts much closer to the category of the administrative acts. On the other hand, it is a very specific category of acts on which the employment of civil servants is based on, which are adopted on the basis of discretion and which, in some legal systems, because of the principle of separation of powers, are not subject to judicial review of legality in the event that the contest proceeding fails due to the no adoption of any act. Consequently, the jurisprudence on the issue of the type and the legal nature of these acts is very divergent, which further complicates the situation and destabilizes the position of civil servants. The legal changes by which the acts on admission and appointment of civil servants would be specifically defined as administrative acts could be a solution for such legal situation.

Keywords: *civil servant, state administration, recruitment of civil servants, admission, decision and appointment to a position*

ПРОМЕНА УЛОГЕ СЛУЖБЕНОГ ЛИЦА У УПРАВНОМ ПОСТУПКУ*

Доц. др Зоран Лончар**

***Апстракт:** Одредбама будућег закона о општем управном поступку планирана је и значајна промена улоге овлашћеног службеног лица у управном поступку, која се тиче начина одлучивања приликом решавања у управним стварима. Убудуће би уместо старешине који руководи органом управе, ова најважнија процесна радња требало да буде у надлежности службеног лица које води управни поступак. Међутим, да би таква новина могла да произведе позитивне ефекте у правом систему Републике Србије, неопходно је, поред измене закона о општем управном поступку, створити и многе друге правне, као и фактичке претпоставке, на којима данас функционишу државе са високо деполитизованим и професионализованим управним системима.*

***Кључне речи:** државни службеник, управни поступак, решавање у управним стварима, овлашћено службено лице.*

1. Уводне напомене

Управни поступак данас представља један од најбоље правно уређених поступака, у коме грађани остварују своја права и правне интересе. Разлог за то се налази, пре свега, у традицији кодификације правних правила за рад органа управе при решавању у управним стварима, која је дуга скоро пун век, али сигурно и у квалитету правних норми,

* Рад је резултат истраживања на пројекту: „Биомедицина, заштита животне средине и право“, број 179079, који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

** Правни факултет Универзитета у Новом Саду

захваљујући коме су ова правила остала битно неизмењена дуги низ година. У том погледу Краљевина Југославија имала је истакнуто место у правној историји, пошто је била четврта држава која је извршила кодификацију правила за рад органа управе, доношењем Закона о општем управном поступку 1930. године,¹ свега пет година након прве кодификације коју је извршила Аустрија 1925. године.²

Упркос бројним променама државно-правних облика и неколико новела Закона о општем управном поступку, правила општег управног поступка у Србији током протеклих 85 година нису суштински мењана, већ су само постепено дограђивана.³ Из тог разлога се за Закон о општем управном поступку Савезне Републике Југославије из 1997. године, који се данас још увек примењује у Републици Србији,⁴ може рећи да почива на добрим основама успостављеним првим Законом о општем управном поступку, донетим у време Краљевине Југославије.

Но, без обзира на његов, још увек, неспоран квалитет, неопходне су ипак одређене промене правила општег управног поступка. Оне нису

¹ У питању је Закон о општем управном поступку Краљевине Југославије, који је донет 9. новембра 1930. године, а ступио на снагу 26. фебруара 1931. године.

² Иако се у теорији могу пронаћи поједини аутори, попут Зилеа (J. Ziller, *Administrations Comparées: Les systèmes politico administratifs del'Europe des douze*, Paris, Montchrestien, 1993, p. 297) и Бребана (G. Braibant, *Institutions administratives comparées*, II, Paris, Fondation nationale des sciences politiques, 1974–1975, p. 379) који сматрају да је прву кодификацију управног поступка извршила Шпанија, Законом о основама управног поступка (Ley de Bases de Procedimiento Administrativo) донетим 19. октобра 1889. године, ипак већина аутора, са пуним правом, првом кодификацијом управног поступка сматра аустријски Закон о општем управном поступку од 25. јула 1925. године, с обзиром на то да је шпански закон садржао низ принципа за рад органа управе, који су, због своје општости и неодређености, остављали доста простора управи да кроз подзаконска акта уреди низ посебних процесних правила, која су често битно одступала од општих законских принципа. Управо је то био један од основних разлога због којих је Шпанија 17. јула 1958. године донела нови Закон о управном поступку, по узору на аустријски закон. О развоју кодификације управног поступка видети: Д. Милков, *Управни поступак у Србији и европско право*, Зборник "Хармонизација српског и мађарског права са правом Европске уније", Нови Сад, 2014, стр. 91–102; Д. Милков, *О потреби усклађивања српског управног поступка са правом ЕУ*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, број 68, 2014, стр. 83–96.

³ Закон о општем управном поступку Краљевине Југославије из 1930. године се на основу Закона о неважности правних прописа донетих пре 6. априла 1941. године и за време непријатељске окупације формално примењивао све до 1956. године, када је донет други по реду Закон о општем управном поступку ("Службени лист ФНРЈ", број 52 од 19. децембра 1956. године), који је током пуне четири деценије примене новелиран пет пута, и то: 1965. године („Службени лист СФРЈ“, број 10 од 10. марта 1965. године), 1976. године („Службени лист СФРЈ“, број 4 од 14. јануара 1977. године), 1978. године („Службени лист СФРЈ“, број 11 од 3. марта 1978. године), 1986. године („Службени лист СФРЈ“, број 9 од 28. фебруара 1986. године) и 1994. године („Службени лист СРЈ“, број 24 од 18. марта 1994. године). Последњи пут Закон о општем управном поступку је донет 1997. године у време постојања СР Југославије.

⁴ Закон о општем управном поступку, „Службени лист СРЈ“, број 33 од 11. јула 1997. године.

толико производ захтева везаних за сам процес европских интеграција, у оквиру кога Република Србија данас има статус кандидата за чланство у Европској унији, колико потребе за његовом модернизацијом. Наиме, потпуна стандардизација правила управног поступка не представља обавезу која проистиче из интеграционог процеса.⁵ Штавише, ни све државе чланице Европске уније још увек немају кодификован управни поступак, какав је данас случај са Француском, Великом Британијом, Белгијом, Румунијом, Литванијом и Ирском.⁶ И поред тога, приликом припреме правила о општем управном поступку у Републици Србији би требало водити рачуна о одређеним принципима која су предвиђени неким од најважнијих међународних докумената везаних за деловање управе, као би се омогућила њихова што лакша примена у пракси, попут: Повеље о основним правима ЕУ из Нице 2000. године (Charter of Fundamental Rights of the European Union), Европског кодекса доброг управног поступања Европског омбудсмана из 2005. године (The European Code of Good Administrative Behaviour, Luxemburg, European Communities, The European Ombudsman), а посебно Директиве ЕУ о службама у унутрашњем тржишту (Directive 2006/123/Ес of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on services in the internal market), као и одређеним препорукама Савета Европе, попут Препоруке РЕС (1977) 31 о заштити појединаца од аката управних органа, Препоруке РЕС (2003) 16 о извршавању управних и судских одлука, Препоруке РЕС (2004) 6 о побољшању домаћих правних лекова, Препоруке РЕС (2007) 7 о добром управљању, Препоруке РЕС (2010) 3 о ефективним правним лековима у случају поступака који предуго трају итд. Такође, требало би водити рачуна и о одређеним принципима формулисаним од стране *Sigme*, као стручног дела ОЕСД-а, у оквиру листе питања која се проверавају приликом давања мишљења о садржини закона о општем управном поступку (*Checklist for a General Law on Administrative Procedure*, *Sigma*, 2005), а која директно утичу на садржини извештаја о напретку држава у процесу европских интеграција.⁷

⁵ „Посматрајући Европску унију, може се констатовати да прописи о управном поступку спадају у сферу националног, а не заједничког законодавства. Свака држава чланица Европске уније има слободу да управни поступак самостално уреди у складу са сопственим потребама. У том смислу, на нивоу Европске уније не постоје чак ни покушаји уједначавања прописа о управном поступку држава чланица”. Д. Милков, *Управни поступак у Србији и европско право*, Зборник ”Хармонизација српског и мађарског права са правом Европске уније”, Нови Сад, 2014, стр. 97.

⁶ Видети: J. Ziller, *Administrations Comparées: Les systèmes politico administratifs de l'Europe des douze*, Paris, Montchrestien, 1993, p. 297; W. Rusch, *Administrative Procedures in EU Member States*, in: Conference on Public Administration Reform and European Integration, SIGMA, Budva, 26-27 march 2009, p 8.

⁷ Видети: З. Лончар, *Нека питања реформе управно-процесног законодавства у Србији*, Правни

Неопходност реформе правила управног поступка у Републици Србији требало би да буде последица, не само потребе да коначно и Србија, од када је постала самостална држава, по први пут уреди правила свог управног поступка, већ пре свега потребе његовог осавремењивања у циљу стварања правних услова за ефикаснији и економичнији рад органа управе при остваривању права и правних интереса грађана, на шта се у делу домаће правне теорије већ годинама указује.⁸

Током претходне четири године у Републици Србији су забележена чак три покушаја израде новог Закона о општем управном поступку. Најпре је фебруара 2012. године усвојен Предлог Закона о општем управном поступку, који је, услед расписивања парламентарних избора и формирања Владе, повучен из законодавне процедуре у јулу 2012. године. Затим је децембра 2013. године од стране нове Владе поново утврђен Предлог Закона о општем управном поступку, али је и он, такође због расписивања ванредних парламентарних избора и формирања актуелне Владе, повучен из законодавне процедуре у априлу 2014. године. У међувремену, надлежно Министарство за државну управу и локалну самоуправу израдило је нову верзију Преднацрта Закона и изнело је јуна 2015. године на јавну расправу, а сагласно Акционом плану за спровођење Стратегије реформе јавне управе у периоду 2015–2016. године, утврђивање предлога новог Закона о општем управном поступку и његово усвајање у Народној скупштини требало би очекивати до краја 2015. године. Међутим, упркос формално различитим законским текстовима, суштински посматрано, ипак се ради о истом концепту измена важећег Закона о општем управном поступку, на који је домаћа стручна јавност до сада изнела низ аргументованих критика, због којих га неке чине већ помало и контроверзним правним прописом.⁹

живот, број 10, 2013, стр. 321–322; Д. Вучетић, *Европска управно-процесна правила и општи управни поступак Републике Србије*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, број 68, 2014, стр. 181–183.

⁸ Видети: З. Лончар, *Пледоаје за нови Закон о општем управном поступку*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, број 3, 2009, стр. 181–193; З. Лончар, *Модернизација управног поступка*, Зборник радова „Актуелна питања савременог законодавства“, Будва, 2010, стр. 351–362; П. Димитријевић, *У сусрет новом закону о општем управном поступку у Републици Србији*, *Facta universitatis – series: Law and Politics*, број 1, 2010, 33–42; Д. Милков, *Реформа управно-процесног законодавства у Србији*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, број 4, 2012, стр. 38–41.

⁹ Видети: Д. Милков, *Поводом Нацрта Закона о општем управном поступку – корак напред или десет у страну*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, број 1, 2013, стр. 85–99; Д. Милков, *Управни поступак у Србији и европско право*, Зборник „Хармонизација српског и мађарског права са правом Европске уније“, Нови Сад, 2014, стр. 91–102; З. Лончар, *О Нацрту Закона о општем управном поступку*, *Правна ријеч*, број 35, 2013, стр. 425–444; З. Лончар, *Нека питања реформе управно-процесног законодавства*, *Правни живот*, број 10, 2013, стр.

Најзначајнији приговор се односи, пре свега, на потпуни дисконтинуитет са важећим Законом, израђеним према аустријском моделу управног поступка, а који је данас прихваћен у највећем броју држава Европске уније које су се одлучиле за кодификацију управног поступка, као и на примену многих недовољно проверених решења из новог хрватског Закона о општем управном поступку из 2009. године,¹⁰ који је заснован на скандинавском моделу управног поступка.¹¹ Поред тога, значајан недостатак законског текста представља покушај да се под изговором модернизације управног поступка, Законом о општем управном поступку изврше системске измене у области државне управе, увођењем нових послова органа управе, попут: закључивања управних уговора, пружања јавних услуга и сл., као и формулисање неких од основних појмова који већ постоје у правном систему, на потпуно другачији начин него што је то уређено у другим правним прописима системског карактера, какав је случај, на пример, са одређењем управне ствари, управног акта, управне радње итд., као да се ради о врховном правном пропису у области државне управе, коме би требало да се прилагођавају сви остали прописи у овој области, а не пропису процесне природе, који би требао да уреди само поступак рада органа управе. Нажалост, ни законским текстом који је био на јавној расправи у јуну 2015. године, ништа од ових приговора није отклоњено, а измене које су извршене у односу на верзију претходног Предлога Закона из децембра 2013. године само су козметичке природе.

Један од недостатака међу планираним новинама на које бисмо желели овом приликом да укажемо јесте промена улоге овлашћеног служ-

319–333; П. Димитријевић, *У сусрет новом закону о општем управном поступку у Републици Србији*, *Facta universitatis – series: Law and Politics*, број 1, 2010, стр. 33–42; П. Димитријевић, *Нека отворена питања примене ЗУП-а*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, број 68, 2014, стр. 145–158; П. Димитријевић, *Апорије Закона о општем управном поступку*, *Правни живот*, број 10, 2014, стр. 197–210; Д. Миловановић, Д. Васиљевић, *У сусрет новим законским решењима у управном поступку Републике Србије*, Зборник радова са међународног научног скупа "Развојне тенденције у управном законодавству", Охрид, 2011, стр. 69–80; Д. Вучетић, *Европска управно-процесна правила и општи управни поступак Републике Србије*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, број 68, 2014, стр. 179–191.

¹⁰ Закон о општем управном поступку, „Народне новине“, број 67 од 27. марта 2009. године.

¹¹ Интересантно је да приређивачи будућег закона о општем управном поступку Републике Србије директну мотивацију за поједина нова решења не налазе само у тексту Закона о општем управном поступку који је Хрватска усвојила 2009. године, већ и у неким од његове три раније радне верзије (из септембра 2007, септембра 2008. и фебруара 2009. године) које нису успешно прошле законодавну процедуру у тој држави. О поступку израде хрватског закона видети: В. Ђулабић, *Нови хрватски Закон о општем управном поступку као полуга модернизације јавне управе*, Хрватска јавна управа, број 2, 2009, стр. 307–316.

беног лица у управном поступку. Наиме, правни положај службеног лица у управном поступку не представља правни стандард предвиђен или препоручен иједним од релевантних међународних докумената о којима је било речи, као ни стандард формулисан од стране Sigma у оквиру листе питања о којима би требало водити рачуна приликом припреме Закона о општем управном поступку (*Checklist for a General Law on Administrative Procedure*, Sigma, 2005), што би требало да значи да су све државе слободне да то питање уреде на, за себе, најприхватљивији начин. Како је уређено ово питање у планираним одредбама будућег закона о општем управном поступку Републике Србије и зашто сматрамо да није уређено на задовољавајући начин, предмет је наше пажње у овом раду.

2. Вођење управног поступка и решавање у управним стварима

Планирана промена у погледу улоге овлашћеног службеног лица у управном поступку тиче се измене начина одлучивања приликом решавања у управним стварима, а огледа се у томе што би убудуће, уместо старешине који руководи органом управе, ова најважнија процесна радња била у надлежности службеног лица које води управни поступак. Наиме, Предлозима Закона о општем управном поступку из 2012. и 2013. године било је предвиђено да овлашћено службено лице може не само да води управни поступак, као до сада, него и да одлучује и предузима друге радње у поступку на које је овлашћено.¹² Готово идентично решење задржано је и у овогодишњем Преднацрту Закона који је био на јавној расправи.¹³ Дакле, према замисли приређивача Закона, убудуће се не би морало увек разликовати овлашћење за вођење управног поступка од овлашћења за одлучивање. Исто службено лице могло би бити истовремено надлежно и за вођење управног поступка и за одлучивање при решавању у управним стварима.

¹² „Овлашћено службено лице води поступак, одлучује о предмету, односно предузима поједине радње поступка, у складу са добијеним овлашћењем”. Предлог Закона о општем управном поступку од 23. фебруара 2012. године, члан 45 став 4. „Овлашћено службено лице може да води поступак, одлучује и/или предузима поједине радње у поступку, сагласно овлашћењима”. Предлог Закона о општем управном поступку од 18. децембра 2013. године, члан 42 став 2.

¹³ „Овлашћено службено лице јесте оно које је распоређено на радно место које чине послови вођења поступка и одлучивања у управној ствари, или само вођење поступка или предузимање појединих радњи у поступку”. Преднацрт Закона о општем управном поступку од јуна 2015. године, члан 45. став 2.

Данас су вођење управног поступка и одлучивање у управној ствари увек две различите процесне радње. За вођење управног поступка надлежно је службено лице које, у складу са законом, овласти старешина који руководи органом управе, док је за одлучивање овлашћен искључиво старешина органа управе.¹⁴ У циљу сагледавања обима промене улоге службеног лица у управном поступку, а посебно у односу на старешину органа управе, треба узети у обзир и чињеницу да се будућим Законом о општем управном поступку планира и знатно проширивање предмета управног поступка, па се стога решавање у управним стварима од стране службеног лица неће односити само на одлучивање приликом доношења управних аката, као данас, већ и на закључивања управних уговора, у случају, на пример, концесија, јавних набавки, јавно-приватног партнерства итд., као и предузимања управних радњи или пружања јавних услуга (члан 2 Преднацрта Закона).

Овлашћење за одлучивање у управном поступку старешине данас је директна последица инокосног принципа руковођења органима управе, који представља једно од најважнијих обележја органа управе, у односу на друге државне органе.¹⁵ Упркос томе што одлучивање, као најважнија процесна радња у управном поступку, представља искључиво овлашћење и дужност старешине органа управе, и данас постоји правна могућност да неко службено лице буде овлашћено не само за вођење управног поступка, већ и за одлучивање при решавању у управном стварима. Наиме, старешина органа управе своје овлашћење за одлучивање у управном поступку може да пренесе, у складу са законом, и на друга лица у органу управе. У пракси се као таква лица најчешће јављају државни секретар у министарству, односно заменик функционера који руководи органом управе у саставу, или помоћник министра надлежан за одговарајући сектор, али то свакако може да буде и било који државни службеник који је у складу са законом овлашћен за вођење управног поступка, односно који у конкретном управном поступку представља

¹⁴ „Министар ... доноси прописе и решења у управним и другим појединачним стварима и одлучује о другим питањима из делокруга министарства”. Закон о државној управи, Службени гласник Републике Србије, број 79/2005, 101/2007, 95/2010 и 99/2014, члан 23 став 2. ”Директор решава у управним стварима из делокруга органа у саставу...”. Закон о државној управи, члан 30 став 2.

¹⁵ У теорији се инокосни принцип сматра идеалним принципом руковођења за органе управе и све организације које почивају на хијерархијским односима, заснованим на надређености и подређености, које произлазе из односа власти и ауторитета, на којима почива управна делатност, а највећим заговорником се сматра Макс Вебер (*Привреда и друштво*, I, Београд, 1976). Стога је инокосни принцип руковођења у органима управе предвиђен самим Законом о државној управи, као основним системским прописом у овој области.

овлашћено службено лице. Једини законски услови о којима старешина органа управе мора водити рачуна приликом доношења одлуке да неког државног службеника, поред овлашћења на вођење управног поступка, истовремено овласти и за одлучивање при решавању у управним стварима, јесте да он има стечено високо образовање и положен државни стручни испит.¹⁶ Међутим, таква правна могућност, за разлику од планиране новине у будућем Закону, зависи искључиво од воље старешине органа управе. Овом приликом није на одмет указати на чињеницу да, с обзиром на то да Закон о државној управи не познаје никакво генерално овлашћење државног службеника који води управни поступак да може у њему и да одлучује, већ је то увек овлашћење старешине који руководи органом управе (члан 23 став 2 и члан 30 став 2), увођење таквог правила Законом о општем управном поступку у супротности је са Законом о државној управи, као основним системским правним прописом у овој области.

Без обзира на актуелни правни режим, само постојање формалне надлежности искључиво старешине органа за одлучивање у управном поступку, не значи да старешина у пракси стварно о свему сам одлучује. Наиме, службено лице које води управни поступак припрема и нацрт решења (одлуке), које пре него што дође на потписивање пред старешину органа управе, по правилу пролази претходну контролу од стране помоћника надлежног за одговарајући сектор, као основне унутрашње организационе јединице у органима управе, који на такво решење ставља свој параф. На тај начин се у пракси успоставља својеврсна претходна, неформална, интерна контрола. При оцени стварног значаја оваквог вида контроле решења (одлуке) које треба донети у управном поступку треба узети у обзир чињеницу да су помоћници министара и других старешина органа управе, по правилу, стручнија лица од државних службеника на извршилачким радним местима, који као овлашћена службена лица воде управни поступак, бар према условима који се формално траже за постављење на положај.¹⁷

Промена правила о начину одлучивања при решавању у управним стварима, као суштина нове улоге службеног лица у управном

¹⁶ Закон о државној управи, члан 84 став 2 и 3.

¹⁷ За избор помоћника министра се као законски услов, поред високе стручне спреме, тражи још и најмање девет година радног искуства у струци, што није увек случај са свим државним службеницима, који могу бити овлашћена службена лица у управном поступку. Закон о државним службеницима, „Службени гласник Републике Србије”, број 79/2005, 81/2005, 83/2005, 64/2007, 67/2007, 116/2008, 104/2009 и 99/2014, члан 45 став 2.

поступку, могла би као позитиван ефекат да има повећање степена професионализације државне управе, као и њену додатну деполитизацију, који су неки од основних принципа планиране реформе државне управе у Републици Србији. Стављањем у надлежност службених лица која воде управни поступак истовремено и права на одлучивање при решавању у управним стварима додатно би се могао повећати степен њихове законом гарантоване самосталности. Истовремено, у значајној мери би се могао умањити утицај ванправних (политичких) чинилаца, који могу бити од значаја за одлучивање у управним поступцима у ситуацији када се тако важна процесна радња налази искључиво у надлежности лица која на функцију у управи долазе првенствено захваљујући политичким квалификацијама. Тиме би могли бити створени и важни правни услови за преузимање пуне личне одговорности државних службеника за све радње предузете у управном поступку у својству овлашћеног службеног лица. Међутим, приликом планирања правних могућности за даљу професионализацију и деполитизацију државне управе, требало би узети у обзир да још увек правним прописима предвиђен степен деполитизације и професионализације државне управе у Републици Србији није остварен на приближно прописаном нивоу, те да би таква новина у пракси могла да има сасвим супротан ефекат. Наиме, упркос изричитим законским одредбама, које су у највећем делу у потпуности у складу са међународним стандардима, многи проблеми у процесу деполитизације и професионализације управе и даље се јављају, и то не само у погледу поступка регрутовања државних службеника, већ и кретања у каријери.¹⁸

Поред професионализације и деполитизације вршења управне делатности, као могуће предности увођење правила о одлучивању у управном поступку при решавању у управним стварима од стране службеног лица које води поступак, у правној литератури наводе се још и: јачање стручних критеријума у раду управе, јачање жеље за стручним усавршавањем код службеника, стварање услова за предвидљивије деловање управе и учвршћивање легитимних очекивања грађана, смањење корупције итд.¹⁹

Основни теоријски приговор који се може упутити оваквој планираној промени улоге овлашћеног службеног лица у управном по-

¹⁸ Видети: З. Лончар, *Деполитизација и професионализација управе у Републици Србији*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, број 4, 2013, 192–195.

¹⁹ Видети: И. Копрић, *Закон о опћем управном поступку и технолошко унапређење управе*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, број 57, 2011, стр. 63.

ступку тиче се правног положаја министара, као старешина најважнијег организационог облика органа управе. Наиме, надлежност министара да одлучују о свему што је у надлежности њихових ресора, па у управним стварима о којима се решава у управном поступку, последица је, првенствено, принципа политичког представништва заснованог на изборној вољи грађана, као основи парламентарног система власти. Из тог разлога традиционални систем министарске одговорности, на коме почивају сви правни системи држава са парламентарним системом власти, а којима данас припада и Република Србија, подразумева да је министар одговоран парламенту за све што је у надлежности његовог ресора.²⁰ Због тога би законско преношење овлашћења за решавање у управним стварима са министра на овлашћена службена лица која воде управни поступак, захтевало промену успостављеног система одговорности министара пред парламентом. У супротном, министри би требало да одговарају и за нешто у чијем вршењу не само да немају никаквих правних могућности да учествују, већ би свако њихово мешање било недозвољено.²¹

Основни проблем у пракси за реализацију идеје о промени начина одлучивања у управном поступку, која је планирана будућим законом о општем управном поступку, међутим, представља чињеница да је данас целокупан правни положај државних службеника заснован на инокосном принципу руковођења. Наиме, готово сви елементи њиховог правног положаја прописани Законом о државним службеницима, почев од пријема у службу, преко одлучивања о правима и дужностима, оцењивања, напредовања, стручног усавршавања, па све до питања правне заштите и остваривања одговорности, у већој или мањој мери, зависе од воље старешине органа управе. Тако на пример, одлуком старешине органа управе врши се пријем државног службеника у радни однос, независно од тога да ли се прима на основу јавног или интерног конкурса, или по основу премештаја унутар истог органа државне управе или по основу споразума о преузимању итд. (члан 47, 49, 52 и 57). Такође, одлуком старешине врши се и распоређивање државних службеника на сва извршилачка радна места у органу управе (члан 49), одлучује о привременом раду државног службеника на пословима који нису у опису његовог радног места (члан 20), као и о раду на нижем радном месту

²⁰ Управо је из тог разлога у Републици Србији данас и прописана обавеза за министре да у оквиру годишњег извештаја о раду, који се подноси Народној скупштини, обавесте Народну скупштину и о раду на решавању у управном поступку. Видети: Д. Милков, *Управо право*, I, Нови Сад, 2013, стр. 174.

²¹ Видети: Z. Lončar, *Ministerial Responsibility: Regulations and Practical Issues in Republic of Serbia*, Hrvatska komparativna i javna uprava, broj 4, 2013, str. 1171–1298.

(члан 21), даје сагласност за додатни рад државног службеника (члан 26–27), али и одлучује о њиховом редовном или ванредном оцењивању (члан 84), о врсти и начину напредовања (члан 88), о трајном или привременом премештају у оквиру истог или другог државног органа (члан 90–95), о садржини Програма општег стручног усавршавања и о упућивању државног службеника на стручно усавршавање (члан 96–97), као и о њиховом додатном образовању (члан 98–99). Исто тако, одлуком старешине органа управе одлучује се и о покретању поступка дисциплинске одговорности државних службеника и изричу се санкције (члан 112–113), одлучује о материјалној одговорности државног службеника, односно одговорности за штету коју државни службеник на раду или у вези с радом намерно или из крајње непажње проузрокује државном органу или трећем лицу (члан 121–124), о престанку радног односа државног службеника (члан 126–132), као и о свим правима и дужностима државних службеника (члан 140). На крају, од одлуке старешине који руководи органом управе зависи и овлашћење државног службеника за вођење управног поступка (члан 84 став 3 и 4), без кога ниједно лице, независно од решења будућег Закона о општем управном поступку, не може да дође у ситуацију да одлучује у управном поступку при решавању у управним стварима. Дакле, ако се остане при замисли о промени правила о начину решавања у управним стварима у будућем закону о општем управном поступку, захваљујући оваквим бројним овлашћењима којима старешине органа управе располажу у односу на државне службенике, старешинама се пружа правна могућност да пажљивим избором лица која ће у складу са законским условима овластити да воде управни поступак, унапред обезбеде и доношење одговарајуће одлуке, а да при томе себе изузму од сваке директне личне одговорности. Тиме се под видом жеље за додатном професионализацијом управе може створити потпуно супротан ефекат. Уместо пуне самосталности службеног лица у вођењу и решавању предмета у управном поступку, може се јавити додатни притисак на службена лица за испуњавање налога старешина, уз истовремено њихово изузимање од одговорности за незаконито донете одлуке.

У случају промене правила о начину одлучивања у управном поступку још знатно већи проблем може се јавити на покрајинском и локалном нивоу организације управе, где данас још увек не постоји посебно изграђен службенички систем, већ се на све запослене у органима покрајинске и локалне управе и даље примењује Закон о радним односима у државним органима из 1992. године,²² према коме је став старе-

²² Закон о радним односима у државним органима, „Службени гласник Републике Србије“, број 48/1991, 66/1991, 44/1998, 49/1999, 34/2001, 39/2002, 79/2005, 81/2005, 83/2005 и 23/2013.

шине органа од одлучујућег значаја за готово сва питања њиховог правног положаја, почев од пријема у радни однос, који се врши без обавезне конкурсне процедуре, распоређивања на радно место, напредовања у служби, награђивања, остваривања одговорности, заштите права, итд.²³ У таквој правној позицији покрајинских и локалних службеника, излишно је говорити о могућностима било какве њихове самосталности у односу на старешину органа управе приликом решавања у управним стварима. Такође, и чињеница да су данас готово сви помоћници покрајинских секретара и подсекретари у покрајинским секретаријатима у АП Војводини, истовремено и финансијери политичких странака чији су чланови, и то у износу који у неким случајевима износи чак и по неколико месечних плата, а која се може утврдити захваљујући обавези из Закона о финансирању политичких активности²⁴ (члан 10 став 3 и 4) да се подаци о свим даваоцима прихода, правним или физичким лицима, који су на годишњем нивоу већи од једне просечне месечне зараде, обавезно објављују на интернет презентацији политичке странке, сама по себи говори о степену стварне самосталности овлашћеног службеног лица који води управни поступак у односу на политичку странку којој припада, финансира њен рад и најчешће јој дугује захвалност за радно место у органу управе у коме је овлашћено службено лице.

Намери повећавања нивоа професионализације државне управе кроз увођење правила о одлучивању овлашћеног службеног лица у управном поступку, као основног правила а не само могућности, не иду у прилог ни поједина решења важећих прописа у погледу врсте стручних знања која се данас траже од државних службеника, као једног од услова да би могли да буду овлашћена службена лица у управном поступку. Наиме, Законом о државној управи (члан 84) од државних службеника се тражи да, поред одговарајуће (високе) стручне спреме, имају обавезно положен државни стручни испит. Међутим, од 2009. године су из програма овог испита изостављена знања везана за управни поступак.²⁵ Од тада кандидати са високим образовањем на овом испиту полажу само предмете Уставно уређење, Основни система ЕУ, Основи система државне управе, Радно законодавство и Канцеларијско пословање, али не више и Управни поступак. Дакле, од кандидата се на овом испиту

²³ Видети: З. Лончар, *Службенички систем у Аутономној покрајини Војводини*, Зборник радова са међународне конференције „Развој јавне управе“, Вуковар, 19. и 20. април 2013, стр. 161–178.

²⁴ Закон о финансирању политичких активности, „Службени гласник Републике Србије”, број 43/2011 и 123/2014.

²⁵ Уредба о програму и начину полагања државног стручног испита, „Службени гласник Републике Србије”, број 16/2009 и 84/2014, члан 6.

тражи да познаје, на пример, организацију правосуђа или организацију и функционисање Европске уније, а при томе не мора уопште да зна правила управног поступка у Републици Србији, за чије вођење је Законом о државној управи, као основним системским прописом у области државне управе, управо и прописано да службено лице у управном поступку мора да има положен државни стручни испит.

3. Завршне напомене

Као директан узор идеји о промени правног положаја службеног лица у управном поступку при изради свих досадашњих верзија будућег закона о општем управном поступку послужио је нови хрватски Закон о општем управном поступку из 2009. године, као што је то уосталом био случај и са већином других планираних новина,²⁶ при чему је при формулисању члана 45 Преднацрта Закона, који је био на јавној расправи у јуну 2015. године, инспирација пронађена директно у одредби хрватског Нацрта закона из септембра 2007. године, која није са успехом прошла законодавну процедуру у Сабору Републике Хрватске, а за шта поједини аутори данас сматрају да представља недостатак важећег хрватског Закона.²⁷ Готово идентично решење данас постоји и у новом Закону о управном поступку Црне Горе из децембра 2014. године (члан 46),²⁸ а вероватно би га требало очекивати и у будућем закону о општем управном поступку Македоније, с обзиром на то да на ревизији македонског Закона из 2005. године²⁹ ради иста група страних експерата.

Промена улоге службеног лица у управном поступку, на начин како је планирана одредбама будућег Закона о општем управном поступку, у Републици Србији сама по себи не би морала да представља лоше решење, с обзиром на то да одлучивање при решавању у управним ства-

²⁶ Видети: Д. Милков, *Поводом Нацрта Закона о општем управном поступку – корак напред или десет у страну*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, број 1, 2013, стр. 88 и 94; З. Лончар, *Нека питања реформе управно-процесног законодавства*, Правни живот, број 10, 2013, стр. 322, 324 и 331–332.

²⁷ Видети: И. Копрић, *Закон о општем управном поступку и технолошко унапређење управе*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, број 57, 2011, стр. 63–64; В. Ђулабић, *Нови хрватски Закон о општем управном поступку као полуга модернизације јавне управе*“ Хрватска јавна управа, број 2, 2009, стр. 307–316.

²⁸ Закон о управном поступку, „Службени лист Црне Горе”, број 56/2014.

²⁹ Закон за општата управна постапка, „Службен весник на Република Македонија“, број 38/2005, 110/2008 и 51/2011.

рима од стране службеног лица који води управни поступак може да има извесне предности у односу на одлучивање од стране старешине који руководи органом управе. Међутим, да би таква новина могла да произведе позитивне ефекте у правном систему Републике Србије, неопходно је, поред измене Закона о општем управном поступку, створити и многе правне и фактичке претпоставке на којима данас функционишу државе са високо деполитизованим и професионализованим управним системима.

Пре уношења правила о решавању овлашћеног службеног лица у управним стварима у сам Закон о општем управном поступку, на одговарајући начин би требало изменити најпре Закон о државној управи, а онда и Закон о државним службеницима, као основни службенички статусни пропис, и то првенствено у делу о *одговорности службеника*, како би се они учинили правно одговорним за законитост вршења управне делатности у управном поступку, као и у делу о *начину напредовања у службеничкој каријери*, да би се она учинила мање зависном од воље старешине и осталих функционера органа управе са правним статусом државних службеника на положају.

Такође, неопходно би било на адекватан начин правно уредити и низ других питања која се у случају промене начина одлучивања у управном поступку, са старешине органа управе на службено лице које води управни поступак, могу појавити, као што су на пример: *начин уједначавања управне праксе*, ради избегавања различитог поступања од стране истог органа управе у сличним управним стварима; или другачији *начин решавања по жалби* у случају првостепених решења донетих од стране самосталног органа управе (министарства), с обзиром на то да би се у таквом случају двостепеност у одлучивању могла обезбедити унутар самог органа управе, итд. Посебну пажњу требало би посветити преуређивању *правила о спречавању сукоба интереса код државних службеника*, ради успостављања јасне разлике између државних службеника која могу бити овлашћени за решавање у управним стварима од свих осталих државних службеника, за које би постојеће одредбе о сукобу интереса из Закона о државним службеницима (члан 25–31) и даље могле бити довољне. Наиме, нема никаквог разлога да државни службеници који буду решавали у управним стварима убудуће не буду подвргнути истим правилима о спречавању сукоба интереса која се данас примењују и на функционере органа управе, а прописана су Зако-

ном о Агенцији за борбу против корупције.³⁰ Код таквих лица знатно чешће ће се појављивати разлози за примену посебног правног режима спречавања сукоба интереса, који подразумева, између осталог, и обавезу пријаве имовинске карте, пријаву примања поклона, забрану вршења јавних функција, забрану вршења функције у политичким странкама или чланства у удружењима и органима удружења, забрану заснивања радног односа или пословне сарадње након престанка функције, итд.³¹ Поред адекватних законских измена, биле би неопходне и адекватне организационе и кадровске промене у оквиру саме Агенције за борбу против корупције, како би ова институција била у стању да са успехом прошири поље своје контроле за још неколико хиљада службеника који би могли постати овлашћена службена лица за решавање у управним стварима у органима републичке, покрајинске и локалне управе.

Да би ново правило, да у управном поступку уместо старешине који руководи органом управе одлучује службено лице које води управни поступак, дало у пракси задовољавајуће резултате, неопходно је пре његовог увођења кроз будући закон о општем управном поступку, правно уредити сва наведена питања. Свако другачије поступање при нормирању овог правила било би правно наопако, а резултати његове примене могли би бити веома брзо доведени у питање.

³⁰ Закон о Агенцији за борбу против корупције, „Службени гласник Републике Србије”, број 97/2008, 53/2010, 66/2011 – одлука Уставног суда, 67/2013 – одлука Уставног суда, 112/2013 – аутентично тумачење и 8/2015 – одлука Уставног суда.

³¹ У том случају би требало повести рачуна о уставној одредби члана 6 став 1 о ограничавању забране сукоба интереса на вршиоце јавних функција.

Zoran Lončar, Pf. D., Assistant Professor
Faculty of Law, University of Novi Sad
Republic of Serbia

MODIFICATION IN ROLE OF AN OFFICIAL IN THE ADMINISTRATIVE PROCEDURE

Summary

By provisions of future Law on Administrative Procedure, which is in preparation for several years, it is planned to be changed the role of an authorized official in the administrative procedure, concerning decision-making by resolving in administrative matters. In the future, instead senior official of the administrative authority, this the most important procedural action-decision making- should be responsibility of the official who conduct the administrative procedure. This kind of decision-making (by official who conduct the administrative procedure) may have number of advantages over the decision-making by the senior official which manages of the administrative authority. However, to make that such a novelty have positive effects in legal system of the Republic of Serbia, it is necessary, next to the amendments to the Law on Administrative Procedure, to create a number of legal and factual assumptions, on whom are based highly politicized and professionalised administrative systems today.

Key words: *civil servant, administrative procedures, resolving in administrative matters, authorized civil servant*

ИЗАЗОВИ И ПЕРСПЕКТИВЕ РАЗВОЈА ЕЛЕКТРОНСКЕ УПРАВЕ У РЕПУБЛИЦИ СРПСКОЈ

Проф. др Милица Тепшић*,
Радован Корићанац**

Апстракт: Јавна управа се налази пред бројним изазовима за развој и примјену електронске управе који нису доминантно техничке природе, почев од недостатка подршке кључних доносилаца одлука, па до страха од неминовних промјена начина функционисања јавне управе. Увођење информационих технологија у различите аспекте јавне управе нужно мора да прати одговарајућа правна регулатива, усклађена са трендовима који постоје у савременим друштвима. Иако се законодавни оквир за јавну управу често мијења, потребно је још доста прописа прилагодити електронском пословању у јавној управи. Неопходно је и стварање потребних регистара да се брже уведу нови електронски сервиси, како се неке активности не би дуплирале, те брже уочавање и рјешавање проблема везаних за рационализацију процедура, ради стварања предуслова за потпуно коришћење потенцијала и погодности које електронска управа доноси.

Кључне ријечи: јавна управа, електронска управа, изазови, перспективе

1. Увод

У посљедње двије деценије, свједоци смо револуционарног развоја информационо-комуникационих технологија (ИКТ), а и-мејл, интернет

* Министарство управе и локалне самоуправе Републике Српске, Бања Лука

** Служба за заједничке послове Владе Републике Српске, Бања Лука

и социјалне мреже постали су интегрални дио наших живот¹. Пословни часопис *Economist* је 2000. године донио предвиђање да ће у идућих пет година е-управа промијенити не само начин на који се испоручују већина јавних сервиса, него и битне односе између органа управе и грађана. Послије електронске трговине и електронског пословања, слjedeћа интернет револуција ће бити е-управа².

Увођење и унапређење ИКТ у раду јавне управе нужно подразумијева одговарајућа финансијска средства, изузетно прецизну правну регулативу (посебно подзаконске прописе који би ближе уређивали техничке аспекте примјене, те добро регулисану заштиту података и електронски потпис), политичко одређење, техничко-технолошку подршку (посебно у области безбједности информационих система, приступа информацијама и константног прилагођавања новим достигнућима). Ипак, примјена ИКТ доноси вишеструко веће користи, првенствено материјалне природе, али доприноси и општој модернизацији друштва, те превазилажењу неажурности јавне управе³. Реформа јавне управе не подразумијева само усвајање бројних закона и других прописа и јавних политика, већ и њихово спровођење, на шта реформске активности треба првенствено и да буду усмјерене, уз даљу хармонизацију постојећег законодавства са прописима Европске уније, те да се на ширем, европском и међународном нивоу ради на унификацији електронског права.

2. Појам и значај електронске управе

Howard Gammon сматра се 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.

Електронска управа (*e-Governance*) односи се на употребу ИКТ у реализацији задатака и процеса везаних за државу и јавну

¹ Vicente MR and Lopez AJ (2011). Assessing the regional digital divide across the European Union-27. *Telecommunications Policy*, 35:220-237.

² The Economist, "A Survey of Government and the Internet," June 24, 2000, page 3

³ Тиме добијамо друштво које је једнако за све, јер за информационе системе не постоје рођаци и пријатељи.

администрацију. Суштина концепта је важна за могућности које посједују ИКТ да промовишу, подрже и унаприједи добре управне процедуре и демократске процесе⁴.

Гартнер група дефинише е-управу као континуирану оптимизацију испоруке јавних услуга, изборно судјеловање, те трансформисање унутрашњих и спољних односа у управи коришћењем нових технологија и интернета⁵.

Wikipedia – отворена интернет енциклопедија даје једноставнију дефиницију: е-управа је употреба ИКТ за размјену информација и услуга за грађане, пословне субјекте и саме органе управе.

У сваком случају, е-управа укључује употребу ИКТ, посебно интернета, за побољшавање испоруке јавних услуга јавности. Таква управа има веће могућности спајања органа управе изравно с грађанима јер осигурава испоруку услуга 24 часа дневно, седам дана у недјељи.

Предности прелазна на е-управу прије десетак година препознале су и међународне организације. ОЕСД је 2003. године објавио први цјеловити преглед предности преласка на е-управу, у коме се указује како је кључно при одлуци о прелазу на е-управу имати добро лидерство на нивоу свих кључних органа управе. Компјутеризација и међусобно умрежавање система јавне управе као и омогућавање грађанима да непосредно комуницирају и обављају потребне трансакције са појединим органима управе повећава ефикасност⁶ и ефективност⁷ јавне управе, транспарентност⁸ и повјерење у њезин рад, смањује укупне трошкове администрације те потиче привредни развој земље.

У тематском извјештају Уједињених нација из 2010. године наглашава се како је е-управа снажна полуга и механизам иницирања позитивних друштвених промјена, те испуњавања Миленијских развојних циљева⁹.

⁴ *Stability Pact eSEE Initiative* 2006:5

⁵ Gartner Group, “Key Issues in E-Government Strategy and Management”, Research Notes, Key Issues, 23 May 2000.

⁶ Ефикасно значи оптимизацију остварења – вишеструких, конкурентних – циљева с обзиром на расположиве ресурсе.

⁷ Ефективно значи постићи циљ без обзира на употребу ресурса.

⁸ У Енциклопедијском рјечнику енглеско-српског језика аутори наводе ову ријеч у три одреднице; и то као именицу, придјев и прилог, па су тако основна значења ријечи *transparency* провидност, прозрачност, провидан предмет, транспарент, прозрачна слика, а може чак да има и значење свјетлост у функцији почасне титуле. Транспарентност у пренесеном смислу може да значи провидност, очитост, нескривеност, затим јасност, схватљивост, отвореност, искреност и непатвореност.

⁹ На засједању Генералне скупштине Уједињених нација (Миленијумски самит) 2000.

Међународна унија за телекомуникације у склопу своје глобалне иницијативе “Повезати свијет до 2015” позива на хармонизацију е-управе на регионалном нивоу с циљем укључивања свих грађана у систем управљања.

3. Циљеви, препоруке и препреке увођењу е-управе

Многобројни су циљеви модерне јавне управе, а неки од њих су: повећање ефикасности и ефективности у систему јавне управе; повећање нивоа квалитете управних услуга; виши ниво отворености и приступачности органа управе; јачање владавине права; јачање социјалне осјетљивости у јавној управи и у односу према грађанима; поштовање етичких начела у јавној управи и искорјењивање корупције; те употреба модерне ИКТ.

*Kettl*¹⁰ идентификује шест кључних димензија битних за провођење реформи:

- продуктивност – како постићи више услуга за исти износ новца;
- тржишни механизам – како осигурати увођење структура и процеса из приватног сектора у јавни сектор;
- оријентација према корисницима – осигурати квалитетан однос са грађанима кроз двосмјерну комуникацију и сарадњу;
- децентрализација – за повећање ефикасности и одговорности неопходно је осигурати да се процес доношења одлука и пружања услуга спусти на ниво који је најближи кориснику;
- политике – унапређење процеса израде и евалуације политика;
- одговорност – како повећати способност реализације онога што је обећано и увођење одговорности према грађанима умјесто према вишим нивоима власти.

Према М. Бађун¹¹, препоруке за развој модерне јавне управе су: јачање владавине права; деполитизација јавне управе; отварање према

године, земље чланице УН прихватиле су “колективну одговорност за очување принципа људског достојанства, равноправности и једнакости на глобалном нивоу“. Самит је резултирао дефинисањем осам временски ограничених циљева и задатака, познатих као Миленијумски развојни циљеви, за које су се земље чланице обавезале да их остваре до 2015. године.

¹⁰ D. F Kettl, *The Global Public Management Revolution: A Report on the Transformation of Governance*, Brookings Institute, 2005.

¹¹ <http://www.ijf.hr/Eu2/Badjun.pdf>

грађанима; повећање мотивисаности државних службеника; додатни критеријуми за напредовање у јавној управи; сузбијање корупције; развијање нове културе међу државним службеницима; образовање; квалитетнији рад функционера; дебиروقратизација; и праћење квалитета е-управе. Приликом увођења е-управе јавља се више препрека, а неке се и преплићу: наслеђе организација, тешкоће мијењања интерне структуре јавне управе неопходне за успјешну е-управу; недовољно јасна визија на врху и неадекватно преношење те визије на све нивое јавне управе; недостатак политичке воље уз недостатак знања и стручности, мноштво политичара посебно локалног нивоа који нису вољни да жртвују своје каријере и позиције због е-управе; законске и друге препреке и организациона некомпатибилност; неодговарајућа култура и етичка свијест о потребама јавне управе; недостатак технологије и наслеђе технолошке неоперабилности; недостатак обучених кадрова; недостатак маркетинга за е-управу; недостатак воље за учењем и унапређењем знања; игнорисање потреба корисника.

Поред наведених препрека, употреба ИКТ вуче са собом и извјесне ризике, па се појављују нови облици злоупотребе информационих технологија. Неки од њих су: злоупотреба електронске поште, злоупотреба Web-а, откривање повјерљивих података, неовлашћено коришћење база података, преваре у е-набавкама, манипулације са софтверском заштитом информационих система, преваре при конкурентском учешћу на тендерима, манипулације са е-плаћањем, пресретање наруџби, манипулације са електронским порукама, преваре у наручивању робе или услуга, спамови, манипулације при електронском гласању и пребројавању гласова, те угрожавање његове тајности¹². Такође је веома важна и приватност, која подразумева тајност свих података, почев од личних података грађана, пословних трансакција, па до неких владиних информација. Вјероватно највећи изазов за јавну управу јесу питања приватности и безбједности података, односно одговарајућа заштита података о личности. Савремена ИКТ омогућава веома лак приступ, обраду и повезивање великог броја личних и финансијских података, што може проузроковати и угрожавање људских права и слобода. Приватност података штити се добро испланираним поступцима, једноставним процедурама и правним оквиром који истовремено подржава и слободан приступ информацијама и заштиту података. Због тога је потребно да

¹² М. Драгулић и П. Дракулић, *Електронска управа и злоупотребе*, Правни живот, бр. 9, 2003, стр. 991.

управа преузме одговорност за велику количину личних информација и да гарантује за њихову сигурност, јачајући повјерење корисника.

4. Изазови за развој и примјену е-управе

Е-управу не треба посматрати као механизам који ће омогућити брза рјешења, јер за њено успјешно увођење често су потребне године да би постала дио правног система, вриједности и културе једне државе. Када е-управа постане реалност и када престанемо да будемо фокусирани на базичне баријере, тек ће се тада отворити бројне могућности примјене ИКТ, како за нове или унапређене сервисе, тако и за ефикаснију организацију управе.

Да бисмо јавну управу приближили грађанима, потребно је убрзати започете процесе у области е-управе, као што су: употреба е-потписа на свим нивоима власти што ће убрзати двосмјерну комуникацију између грађана и управе; размјена података међу органима управе како би грађани били ослобођени обавезе прикупљања доказа пред органима управе, што доноси велике уштеде у времену и новцу у свим процесима који се одвијају унутар јавне управе. Електронски организоване датотеке доводе до јефтине обраде, али и бржег прикупљања и пружања информација, боље комуникације са корисницима, као и до побољшане размјене информација¹³. Тако ће услуге јавне управе бити једноставније, брже, квалитетније, рационалније, поузданије, са минималним процентом грешака и са искљученом могућношћу заборављања (службеник је могао заборавити пренијети неку информацију странци, али не и рачунар). С циљем изградње савременог система управе као заједничке пословне, организационе, информационе и комуникационе инфраструктуре, органи управе треба да се повежу на заједничкој информатичкој платформи како би током свог поступања првенствено користили властите информације, односно информације које могу сами прибавити, уз што мањи ангажман странака.

Предности е-управе могу се остварити само ако органи управе и локалне самоуправе промијене методологију рада. Нове технологије морају бити уведене заједно са организационим промјенама и

¹³ Сматра се да је информација – када је ушла у систем јавне управе – тачна, систематизована, па не треба да се нађе на више мјеста, већ треба да буде на једном мјесту са којег ће сви они који имају право и потребу да је користе да је и користе.

новим вјештинама гдје год је потребно, уколико је циљ пружање услуге оријентисане на кориснике (Европска комисија, 2005). Дакле, примјену ИКТ треба да прати реорганизација процеса и континуирано усавршавање информатичких вјештина службеника у јавној управи и корисника јавних услуга.

Иако Република Српска нема посебну институцију за развој е-управе, као што на примјер Република Србија има Дирекцију за е-управу, сви органи републичке управе су веома важни актери у цијелом процесу развоја е-управе. У том смислу неопходно је, на примјер, да се унаприједи Закон о општем управном поступку, којим се мора предвидјети коришћење и е-документа, и е-потписа, и свега осталог што је везано за е-управу равноправно са папирним документима. Док то не буде законом регулисано, увијек ће постојати дилема шта се може радити електронски, а шта не. Дакле, поред Закона о е-пословању, Закона о е-документу и Закона о е-потпису, који су уредили ту област, потребно је измијенити и прописе из области јавне управе везано за употребу ИКТ. Такође је неопходно и доношење Закона о електронској управи, као што су га донијеле многе савремене државе.

5. Правни оквир за е-управу у Босни и Херцеговини

С обзиром на то да се правни оквир у Босни и Херцеговини формирао на четири основна начина: преузимањем прописа бивше Социјалистичке Федеративне Републике Југославије, легислативном дјелатношћу ентитета, кантоналним законодавством унутар Федерације БиХ и доношењем прописа БиХ, преузети прописи, због времена настанка, нису били креирани према потребама и капацитетима ИКТ-а.

На легислативном нивоу у Босни и Херцеговини је остварен само дио формалних предуслова за развој е-управе. Поред прописа који регулишу област јавне управе донесени су сљедећи прописи:

– **Одлуку о ратификацији „eSEE“ Агенде Плус за развој информационог друштва у Југоисточној Европи – SEE 2007–2012.**¹⁴
– као чланица Иницијативе за електронску Југоисточну Европу¹⁵ БиХ је

¹⁴ „Службени гласник БиХ“, број 6/08.

¹⁵ Циљ Иницијативе за Југоисточну Европу (енг. *Electronic South Eastern Europe –eSEE*) је боље интегрисање држава Југоисточне Европе у глобалној економији, заснованој на знању, као и да регионално подстиче развој информационог друштва.

потписала eSEE Агенду за развој информационог друштва, 2002. године у Београду. У њој се наводи да државе потписнице израде и усвоје политику и стратегију информационог друштва кроз приоритетну област – Јединствени SEE информациони простор, и дефинише се начин успостављања јавне инфраструктуре за сигурно пословање засновано на квалификованом е-потпису.

Савјет министара БиХ је у сарадњи са Развојним програмом УН БиХ (UNDP БиХ) 2004. год. усвојио Политику¹⁶, Стратегију¹⁷ и Акциони план¹⁸ развоја информационог друштва у БиХ за период 2004–2010, а поред осталог усвојен је и дио неопходних прописа у области е-пословања.

– **Политика развоја информационог друштва Босне и Херцеговине** – је оквирни и базни документ на основу којег ће се у процесу изградње и развоја информационог друштва моћи доносити закони, прописи и други акти те одлучивати о смјеровима развоја, акционим плановима и приоритетима на нивоу БиХ и њених ентитета.

– **Стратегија развоја информационог друштва Босне и Херцеговине** – је кључна стратешка одредница на основу које ће БиХ дјеловати на развоју информационог друштва. Представља концептуализацију потреба и одређења изражених у Политици развоја информационог друштва. Стратегија развоја информационог друштва као циљ дјеловања поставља убрзани развој е-управе кроз исправну оријентацију, те систематизован, организован и плански начин примјене савремених ИКТ на бази отворених стандарда.

– **Акциони план развоја информационог друштва** – је документ који даје спецификацију конкретних акција за развој информационог друштва БиХ за период 2004–2010. Базиран је на стратешким смјерницама датим у документу Стратегија развоја информационог друштва БиХ. Акциони план се односи на пет развојних стубова: е-Легислатива, е-Образовање, е-Управа, ИКТ инфраструктура и ИКТ индустрија. Е-управа је једно од основних одређења Политике развоја информационог друштва, Стратегије реформе јавне управе¹⁹.

¹⁶ Више видјети: Савјет министара БиХ (2004а): Политика развоја ИД у БиХ 2004–2010, UNDP БиХ, Сарајево.

¹⁷ Више видјети: Савјет министара БиХ (2004): Стратегија развоја ИД у БиХ 2004–2010, Финална верзија, 5.0, UNDP БиХ, Сарајево.

¹⁸ Више видјети: Савјет министара БиХ (2004б): Акциони план развоја ИД у БиХ 2004–2010, Финална верзија 5.0, UNDP БиХ, Сарајево.

¹⁹ Усвојена од стране Савјета министара БиХ на 125. сједници 27. јула 2006. године.

– **Стратегија реформе јавне управе** – поводом доношења Стратегије реформе јавне управе потписана је заједничка изјава предједавајућег Савјета министара БиХ, премијера Федерације БиХ и Републике Српске и градоначелника Брчко Дистрикта о Стратегији реформе јавне управе, који су у својству представника својих институција прихватили одговорност за израду и провођење Стратегије реформе јавне управе. Сви заједно имају одговорност да стварају и одржавају јавну управу способну да грађанима обезбиједи услуге оног квалитета који они очекују, те да у цијелој земљи осигурају темељну имплементацију реформи неопходних за процес европских интеграција. Стратегијом ће се сви напори фокусирати на заједнички рад у циљу: стварања јавне управе која би била ефективнија, ефикаснија и одговорна за оно што ради; која би служила грађанима на бољи начин за мање новца; и која би радила на основу транспарентних и отворених процедура, уз истовремено испуњавање свих услова потребних за европске интеграције, и тиме постала истински фактор који би омогућавао континуирани и одрживи друштвено-економски развој. Оријентација је према заједничком раду на приоритетима и активностима дефинисаним у Стратегији, у циљу осигурања испуњења поменутих циљева и примјене принципа на свим нивоима јавне управе. Уједно су се обавезали да ће редовно вршити преглед резултата реформе у односу на планове и циљеве Стратегије, те да ће Стратегију даље развијати и прилагођавати у свјетлу постигнутих резултата. Учесници у процесу припреме Стратегије за реформу јавне управе су: Канцеларија координатора за реформу јавне управе, координатори за реформу јавне управе са нивоа ентитета и Брчко Дистрикта, чланови радне групе за област управљања кадровским ресурсима, чланови радне групе за област јавне финансије, чланови радне групе за област управни поступак, чланови радне групе за област израде законских прописа, чланови радне групе за област информационе технологије, чланови радне групе за област институционалне комуникације, тим пројекта техничке помоћи ЕК – „Подршка Канцеларији координатора за реформу јавне управе“ и многи други спољни сарадници. Стратегија реформе јавне управе (ПАР) има за циљ реформисање јавне управе у БиХ, у циљу постизања значајног унапређења управе у БиХ током наредне деценије. Реформа представља предуслов за интеграцију БиХ у ЕУ, која управне капацитете, као и способност усвајања и провођење у пракси основних прописа ЕУ (*acquis communautaire*), сматра главним условом за чланство у ЕУ.

– **Акциони планови** – конкретна операционализација Стратегије у акционе планове обавиће се у двије повезане фазе. У првом акционом плану – укљученом у Анексу на Стратегију – описују се конкретне мјере, рокови и надлежне институције. На основу препорука Системског прегледа институција јавне управе који је финансирала Европска комисија, овај акциони план има за циљ развијање капацитета за ефикасно и кохерентно доношење политика и координацију у циљу испуњавања јавних циљева; те изградњу, јачање/консолидацију и усклађивање општих система јавних финансија, људских потенцијала, управног поступка, информационих технологија, те институционалне комуникације. Предвиђено је да се активности ажурирају и прилагоде на основу резултата редовног мониторинга и евалуације имплементације Акционог плана, а узимајући у обзир све релевантне догађаје. Иако је развој општих управних капацитета неопходан, он није довољан за успјешније функционисање управе. Други акциони план фокусиран је на стварање услова за развој секторских капацитета у кључним секторима политике и садржи конкретне приједлоге за повећање кохерентности, ефикасности и ефективности управе и њених институција.

– **Стратешки план развоја локалне самоуправе у БиХ²⁰** – поставља основе за успјешно унапређење и развој јединица локалне самоуправе и представља изврсну платформу за обједињавање значајног броја парцијалних иницијатива у структурирану цјелину, омогућавајући њихову интеграцију и дајући им крајњи смисао кроз јасно дефинисане циљеве.

– **Закон о слободи приступа информацијама у Босни и Херцеговини²¹** – према овом закону, свако физичко и правно лице има право приступа информацијама које су под контролом јавног органа, а сваки јавни орган има одговарајућу обавезу да објави такве информације.

– **Закон о електронском потпису БиХ²²** – којим се уређују основи формирања и употребе електронског потписа и пружања услуга у вези са електронским потписом и овјеравањем. Закон о електронском потпису БиХ у великој мјери преузима достигнућа и режим е-потписа, на начин сличан ономе из документа ЕУ, као нпр.: приступ тржишту, правни учинци е-потписа, одговорност, међународни аспекти и заштита података²³.

²⁰ Стратешки план развоја локалне самоуправе у БиХ, ГРАФИД Бања Лука, 2006.

²¹ Закон о слободи приступа информацијама у Босни и Херцеговини („Службени гласник БиХ“, бр. 28/00, 45/06, 102/09, 62/11 и 100/13).

²² Закон о електронском потпису БиХ („Службени гласник БиХ“, бр. 91/06).

²³ Генерално гледајући, сви споменути закони углавном су усклађени са Директивом 1999/93/

– **Одлука о основама употребе електронског потписа и пружања услуга овјеравања БиХ**²⁴ – у складу са Законом о електронском потпису уређују се основи употребе електронског потписа и пружања услуга овјеравања.

– **Закон о електронском правном и пословном промету**²⁵ – којим се уређује правни оквир за одређене аспекте електронског правног и пословног промета, који обухвата предузимање и пружање услуга информационог друштва, обавезе даваоца услуга у вези са информисањем, закључивање уговора и одговорност даваоца услуга.

– **Закон о електронском документу**²⁶ – којим се утврђује правна ваљаност електронског документа који се користи у поступцима који се воде пред органима управе Босне и Херцеговине, другим институцијама БиХ којима је повјерено обављање послова управе у институцијама с јавним овлашћењима, уређује начин поступања са електронским документом и друга питања у вези с тим.

– **Одлука о усвајању политике софтвера у институцијама Босне и Херцеговине**²⁷ – којом се усваја **Политика софтвера у институцијама Босне и Херцеговине** која се доноси да би се остварили сљедећи циљеви: отвореност, проширивост, неовисност од добављача, поједностављено управљање системима, међусарадња, те једноставна и сигурна размјена података.

– **Закон о заштити података**²⁸ – циљ овог закона је да се на територији Босне и Херцеговине свим лицима, без обзира на њихово држављанство или пребивалиште, осигура заштита људских права и основних слобода, а нарочито право на тајност у погледу обраде личних података који се на њих односе. Овим законом оснива се Агенција за заштиту личних података у Босни и Херцеговини, утврђују се: њена

ЕС (енг. *Electronic Signatures Directive*) Европског парламента и Савјета, о правном оквиру ЕУ по питању е-потписа, и Директивом 2000/31/ЕС (енг. *Electronic Commerce Directive*) Европског парламента и Савјета из 2000. године, по питању правних аспеката услуга информационог друштва, конкретно е-пословања, на унутрашњем тржишту („Директива о е-пословању“). Овим имамо поуздане одговоре на питања везана за: интегритет, аутентичност и немогућност порицања електронског облика и потписа.

²⁴ Одлука о основама употребе електронског потписа и пружања услуга овјеравања БиХ („Службени гласник БиХ“, бр. 21/09).

²⁵ Закон о електронском правном и пословном промету („Службени гласник БиХ“, бр. 88/07).

²⁶ Закон о електронском документу („Службени гласник БиХ“, бр. 58/14).

²⁷ Одлука о усвајању политике софтвера у институцијама Босне и Херцеговине („Службени гласник БиХ“, број 88/07).

²⁸ Закон о заштити података („Службени гласник БиХ“, број 49/06 и 76/11).

надлежност, организација и управљање, као и друга питања значајна за њен рад и законито функционисање.

6. Правни оквир за е-управу у Републици Српској

Поред прописа који регулишу област јавне управе, Република Српска је учинила значајне помаке у сегменту легислативног дјеловања значајног за развој е-управе и усвојила сљедеће прописе:

– **Стратегија развоја електронске Владе Републике Српске**²⁹ – представља стратешки приступ иницијативи *e-Government* и темељи се на неколико основних одредница: 1) изградња сигурне, брзе и доступне мрежне инфраструктуре како за све грађане и привредне субјекте, тако и, кроз додатне услуге за употребу у мрежи органа јавне управе, за владу и њене органе; 2) изградња квалитетне е-управе која имплементацијом технологија, услуга и процеса мора омогућити једноставнији и квалитетнији живот грађанима, те кроз исте и сличне услуге боље функционисање привредним субјектима; 3) изградња *e-Government* пројеката чијим се остваривањем успостављају предуслови за привредни раст субјеката и владе у цјелини, што опет омогућава повећање запослености и бољи живот за све грађане.

– **Стратегија развоја локалне самоуправе Републике Српске за период 2009–2015. године**³⁰ – предвиђа развој и јачање е-управе, те прихватање концепта „канцеларије без папира”, односно да се „јединице локалне самоуправе наметну као истински кориснички сервис за своје грађане, уједно повећавајући брзину пружања услуга уз смањење трошкова” (поглавље 2.6). Што се тиче е-управе и е-учешћа, стратегија има сљедеће циљеве: 1) у контексту стратешког циља осигуравања доступности и квалитета јавних услуга за све грађане (стратешки циљ 3), увођење е-управе у свим јединицама локалне самоуправе, с јединственим информационим системом локалне управе у Републици Српској (2014) као оперативни циљ 32.1.2;³¹ 2) у контексту стратешког

²⁹ <http://www.aidrs.org/sr/legislativa-i-standardizacija/strateski-dokumenti/>

³⁰ <http://www.vladars.net/sr-SP-Cyrl/Vlada/Ministarstva/muls/Documents/strategija%20razvoja%20lokalne%20samouprave%20u%20republici%20srpskoj%20za%20period%202009-2015.pdf>

³¹ У оквирном акционом плану, у односу на овај циљ, наводи се да је 1) „неопходно припремити и усвојити Закон о е-управи” (2010–2012); 2) „модернизовати информационо-комуникациону инфраструктуру и програмску подршку за е-управу у свим општинама, са пратећим обукама” (2010–2014); 3) „припремити програме и организовати одговарајуће обуке управе и грађана за е-услуге” (2010–2014).

циља јачања непосредног учешћа грађана у пословима локалне самоуправе (стратешки циљ 4), оперативни циљ развијања платформе е-учешћа грађана у процесима одлучивања (2011) 4.3.1³², оперативни циљ оспособљавања управе и грађана за кориштење механизма е-учешћа (2013) 4.3.2³³, односно оперативни циљ 4.3.3. унапређења капацитета и утицаја локалних медија у развоју локалне демократије (2013). Похвално је што Стратегија развоја локалне самоуправе у Републици Српској настоји увести е-управу на уједначен начин на локалном нивоу и ојачати е-учешће³⁴.

– **Закон о слободи приступа информацијама**³⁵ – има за циљ: да се установи да информације под контролом јавног органа представљају јавно добро од вриједности и да јавни приступ овим информацијама промовише већу транспарентност и одговорност тих јавних органа, те да су ове информације неопходне за демократски процес; да се установи да свако лице има право приступа овим информацијама у највећој могућој мјери у складу са јавним интересом, те да јавни органи имају одговарајућу обавезу да објаве информације; и да омогући сваком физичком лицу да затражи измјену, и даје коментар на своје личне информације под контролом јавног органа.

– **Закон о електронском потпису Републике Српске**³⁶ – уређује право физичких и правних лица на употребу електронског потписа у управним, судским и другим поступцима, пословним и другим радњама, те права, обавезе и одговорности физичких и правних лица у вези са давањем услуга сертификације електронског потписа у Републици Српској. Електронски потпис отвара могућност преласка са традиционалне папирне на електронску администрацију, а омогућава и развој напредних електронских сервиса. Као најзначајнија поља примјене електронског потписа наводе се: електронско пословање

³² Стратегија у оквирном акционом плану предвиђа да би требало 1) „анализирати стање и перспективе е-учешћа грађана” (2010), за што би требало да буду задужени Министарство управе и локалне самоуправе и специјализоване агенције; односно 2) „креирати и усвојити акциони план за јачање е-учешћа” (2011).

³³ Стратегија у оквирном акционом плану предвиђа да би требало „припремити и реализовати програме оспособљавања грађана и управе за е-учешће” (2012–2013), за што би требало да буду задужени Министарство управе и локалне самоуправе, Савез општина и градова, односно невладине организације.

³⁴ Ђурчић Ф., Силајдић В., Јусић М., Хоћић С., *Развој локалне е-управе у Босни и Херцеговини*, Медиацентар, Сарајево, 2011.

³⁵ Закон о слободи приступа информацијама („Службени гласник РС”, бр. 20/01).

³⁶ Закон о електронском потпису Републике Српске („Службени гласник РС”, број: 59/08).

(*e-Business*), електронска трговина (*e-Commerce*), електронско банкарство (*e-Banking*), електронска управа (*e-Government*), електронско здравство (*e-Healthcare*) и електронско образовање (*e-Learning*).

– **Закон о електронском пословању**³⁷ – регулише употребу података, докумената и порука у електронском облику. Електронско пословање у основи значи аутоматизацију пословних процеса примјеном ИКТ тј. обављање свих активности које предузимају правна и физичка лица ради размјене добара и услуга, користећи при том рачунаре и савремене комуникационе технологије.

– **Закон о електронском документу**³⁸ – уређује начин употребе електронског документа у правном промету, управним, судским и другим поступцима, као и права, обавезе и одговорност правних и физичких лица, као и других надлежних органа и организација који врше јавна овлашћења у вези са електронским документом. Употребом електронског документа који се правно изједначава и има исту правну ваљаност као и класични документ на папиру, жели се омогућити брз и несметан технолошки развој електронског пословања као и напредак у међународном положају и дјеловању.

– **Закон о информационој безбједности**³⁹ – овим законом се дефинише информациона безбједност која се обезбјеђује примјеном мјера и стандарда информационе безбједности, као и основни постулати информационе безбједности, односно заштита и правоваљаност података у електронском облику. Детаљније се утврђују мјере и стандарди информационе безбједности, заштита података у Влади Републике Српске као и надлежна тијела за доношење, провођење и надзор мјера и стандарда информационе безбједности. Доношење овог закона је наставак активности на стварању услова за коришћење и одржавање информација у сигурном окружењу.

7. Карактеристике садашњег стања развоја е-управе

Информационе технологије у јавној управи још увијек се најчешће користе као средство за креирање писмена и за рачунање, дакле као писаћа машина и калкулатор. Такође се користе за информатизацију

³⁷ Закон о електронском пословању Републике Српске („Службени гласник РС”, број: 59/09).

³⁸ Закон о електронском документу Републике Српске („Службени гласник РС”, број: 110/08).

³⁹ Закон о информационој безбједности („Службени гласник Републике Српске“, бр. 70/11).

појединих регистара, тј. унос података у јавне регистре умјесто у књиге евиденција, иако се и то веома често ради дупло (упис у књиге евиденција и унос података у базу података). Употребу ИКТ најчешће не прати пословни процес, већ се само користе за записивање података као коначних резултата обраде. Органи управе су у посљедњих 10-15 година развијали одређена софтверска рјешења која често не омогућавају интероперабилност и преузимање података. Услјед наведених проблема, апликације раде на принципу издвојених „острва“ и то, како унутар појединог органа управе везано за поједине функционалности, тако и на нивоу међусобног комуницирања у оквиру органа управе, а повезивање је врло ријетко. Зато је неопходно унапријед дефинисати одређене регистре као што је регистар грађана, адресни регистар, регистар имовине, привредних субјеката итд. Потребно је регулисати прописима да се тачно зна који су то подаци који се могу користити од стране којих других органа, на који начин и за коју сврху. Такође је потребно обезбиједити повезивање јавних регистара, те безбједан пренос података, као и коришћење аутентичних података из основних регистара и одређивање начина приступа подацима из спољних система. Међутим, главни недостатак у превладавању тренутне ситуације на развоју е-управе јесте спорост у усклађивању прописа који регулишу рад јавне управе са потребама увођења ИКТ у јавну управу. Такође је неопходно да се упоредо с развојем информационих система и успостављањем савремених база података, настави организовање активности на перманентном информатичком усавршавању свих категорија запослених у јавној управи.

Иако се електронске услуге развијају тако да обухваћају једноставне функције, као што је издавање извода из неког регистра и слично, развој електроничких услуга у јавној управи потребно је посматрати кроз 20 основних услуга према Оперативном плану е-Европе 2005, као што су: плаћање пореза на доходак, услуга тражења запослења, плаћање доприноса, захтјев за издавање личних докумената, регистрација аутомобила, издавање грађевинске дозволе, полицијске пријаве (пребивалишта и боравишта), јавне библиотеке, издавање извода из матичних књига, пријаве и достава докумената, упис у више школе, промјена адресе, услуге у здравственом сектору (заказивање прегледа, интерактивно савјетовање о услугама болница). За пословне субјекте је наведено плаћање доприноса за запослене, плаћање пореза на доходак, порез на додану вриједност (ПДВ), регистрација фирме, подношење података Заводу за статистику, царинске декларације, извјештавање о животној сре-

дини и јавне набавке.

Да би е-сервиси функционисали у правом смислу, није довољан један орган који пружа одређену услугу, већ треба да се успостави сарадња различитих органа управе. Потребно је обезбиједити тзв. *operationability* који подразумева институционалну сарадњу у којој различите институције размјењују податке, јер сервиси су само исход свега тога.

Циљ е-сервиса је – коришћењем заједничке рачунарско-комуникационе инфраструктуре обезбиједити заједничко коришћење истих ресурса, било рачунарске мреже, било серверске опреме, било апликативних рјешења или портала, који су, такође, један од инфраструктурних елемената е-управе и, као софтверска инфраструктура, доприносе даљем развоју е-управе са сврхом рационализације трошкова те осигурања виших стандарда безбједности и уједначавања поступања.

8. Перспективе развоја е-управе

ИКТ су дошле до нивоа на којем технолошки захтјеви више не представљају ограничење у развоју. Остварење крајњег циља значи трансформацију управе и према нечему што Европска унија назива *t-government*⁴⁰. Тај је појам изниклао из Лисабонске стратегије, а означава степен информатизације у којем ИКТ представља саставни дио у планирању и остваривању пословних процеса унутар јавне управе, од најранијег почетка њиховог осмишљавања, анализе и оптимизације.

Декларација о е-управи⁴¹, потписана 18.11.2009. у Малмеу од стране министара ЕУ, приказује заједничку визију е-Управе и дефинише приоритете које треба достићи до 2015. године. Акциони план за е-управу⁴² који прати Малме декларацију, потписан је 15.12.2010. 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 Малме декларацијом. Планом је предвиђено повећање броја корисника електронских сервиса, као и креирање прекограничних

⁴⁰ Трансформациона фаза која се сматра највишим нивоом зрелости е-управе, створена под утицајем Web 2.0 технологије која има огроман потенцијал

⁴¹ Malmö Ministerial Declaration, <http://www.epractice.eu/files/Malmo%20Ministerial%20Declaration%202009.pdf>

⁴² e-Government Action Plan 2011-2015, http://ec.europa.eu/information_society/activities/e-government/action_plan_2011_2015/docs/action_plan_en_act_part1_v2.pdf

електронских 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. Република Српска треба „убрзаним корацима“ развијати е-управу како би достигла те циљеве.

9. Закључак

Е-управа подразумијева модерну и кориснички оријентисану комуникацију органа управе и свих осталих друштвених субјеката, прије свега грађана и привредних субјеката, али и органа управе међусобно. Иако та комуникација подразумијева коришћење савремених технологија, она заправо значи модерно организовану државу или систем који само користи технологије да би направио ефикасне и кориснички оријентисане процесе. Будући да дјелокруг органа јавне управе обухвата готово све сегменте живота друштвене заједнице, без квалитетне јавне управе која је способна проводити одлуке власти друштво стагнира или назадуре, ствара се незадовољство грађана и предузетника, успорава се привредна активност, а последице се одражавају на сва друштвена подручја. Због тога је неопходно што прије превазићи поједине бољке органа управе из реалног живота, како се оне не би одражавале и на виртуелни ниво.

Prof Milica Tepšić, PhD

Ministry of Administration and Local Self-Government of Republic of Srpska, Banja Luka

Radovan Korićanac

Joint Services Section, Banja Luka

CHALLENGES AND PERSPECTIVES OF DEVELOPMENT OF E-GOVERNANCE IN THE REPUBLIC OF SRPSKA

Summary

Public administration is facing a number of challenges for the development and implementation of e-governance that are not predominantly technical in nature, ranging from a lack of support from key decision makers, and the fear of imminent change in the manner of functioning of public administration. The introduction of information technology in various aspects of public administration must necessarily be accompanied by appropriate legislation, harmonized with the trends that exist in contemporary societies. Although the legislative framework for public administration often changes it requires a lot of regulations to adapt electronic business in public administration. It is necessary to create the necessary registers to quickly introduce new electronic services, as an activity not to duplicate, and faster identification and resolution of problems related to the rationalization of procedures, in order to create the preconditions for full use of the potential and benefits of e-governance brings.

Keywords: *public administration, E-administration, challenges, perspectives*

ПОЛОЖАЈ ДРЖАВНЕ УПРАВЕ У УСТАВНОПРАВНОМ СИСТЕМУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Аника Јаковљевић*

Апстракт: Аутор у раду разматра и утврђује положај државне управе у уставноправном систему Републике Србије анализом позитивноправних прописа, друштвене стварности у којој се исти примењују, уз преплитање разноврсних политичких токова. Такође, аутор указује на значај изградње одговорне, стручне и ефикасне управе као карике у остваривању принципа правне државе – идеала чијем отелотворењу теже савремене државе. Поред уводног и закључног излагања, рад је подељен у шест делова у којима се анализира организација, формирање, послови државне управе и однос државне управе са државним органима који представљају носеће фигуре основних функција државне власти у Републици Србији: Народна скупштина, Влада и судови. Наведени органи располажу значајним овлашћењима према органима државне управе што свакако не умањује значај постојања својеврсне организационе целине државне управе која обавља специфичну функцију државне власти, а према својим карактеристикама припада извршној функцији. Успостављање правилног односа између државне управе са једне и носилаца основних функција државне власти са друге стране, представља значајан елемент стабилности државне управе као и један од основних правно-политичких задатака нашег државног и политичког уређења.

Кључне речи: државна управа, организација, формирање, послови, Народна скупштина, Влада, судови.

* Сарадник у настави на Правном факултету Универзитета у Крагујевцу.

УВОД

Разматрање и дефинисање појма и положаја државне управе, нераскидиво је повезано са уставноправним и политичким поретком Републике Србије – оквиром у коме државна управа егзистира.

Термин „државна“ опредељује управу као део државне структуре, специфичне организације и делатности, снабдевене ауторитативношћу ради остваривања одређеног циља. Говорећи о циљевима државне управе данас, морамо узети у обзир идеал савремених држава чијем остварењу оне теже – то је концепт правне државе. Један од основних предуслова остваривања овог концепта јесте начело поделе власти. Већина савремених правних и политичких система, као основу свог функционисања, прихватају начело поделе власти. Ово начело подразумева да за три основне функције државне власти треба употребити различите државне органе и на тај начин уобличити садржину законодавне, извршне и судске власти.

Уставом Републике Србије¹ прописано је да је правни поредак јединствен. Уређење власти почива на подели власти на законодавну, извршну и судску. Однос између три гране власти заснива се на равнотежи и међусобној контроли. Судска власт је независна. Идеја правне државе и начело поделе власти пресудно утичу на положај државне управе у правном систему наше државе, као и на изградњу одговорне и ефикасне државне управе која може да одговори изазовима и разноврсним потребама савременог друштва. Такође, значајну улогу остварује владајућа политичка воља и разноврсне политичке игре и токови у политичко-правном животу Србије. Међутим, уставотворац не одређује садржину сваке од три функције државне власти, већ само њихове носиоце. Одредбама Устава није дефинисана припадност државне управе одређеној функцији државне власти. За разлику од Устава, Законом о државној управи² наглашено је да државна управа представља део система извршне власти који врши управне послове у оквиру права и дужности Републике Србије.

Одређивање и боље разумевање положаја и улоге државне управе у правном систему Републике Србије изискује и анализу односа са другим државним органима који представљају основне институције државне власти. То су: Народна скупштина, Влада и судови Републике Србије.

¹ Члан 4, Устав Републике Србије („Сл. гласник РС“, бр. 98/06).

² Члан 1, Закон о државној управи („Сл. гласник РС“, бр. 79/05, 101/07, 99/14).

1. ОРГАНИЗАЦИЈА ДРЖАВНЕ УПРАВЕ

Управа представља врло комплексан систем институција које обављају разнородне активности и које су већим делом регулисане правом.³

Државна управа представља део државне власти за који је Уставом Републике Србије прописано да ужива самосталност, да је везан уставом и законом и да је за свој рад одговоран Влади.⁴ Државну управу чине министарства и други органи државне управе одређени законом, при чему се унутрашње уређење и организација министарстава и других органа државне управе уређују актом Владе (чл. 136 ст. 2 и 4 Устава РС). Законом о државној управи прописано је да државна управа представља део система извршне власти који врши управне послове у оквиру права и дужности Републике Србије.⁵ Такође, одредбама овог закона предвиђено је да државну управу Републике Србије, поред министарства, чине још и органи управе у саставу министарстава и посебне организације као и да се органи државне управе образују законом, те да се законом одређује и делокруг њиховог рада (чл. 2 Закона о државној управи).

Организација управе је важан елемент јер је управа државна функција која служи за извршавање закона и других прописа као и остваривање циљева и задатака државе у одређеном историјском раздобљу. Организација представља један од битних извора моћи сваког колективитета и појединца у њему.⁶ Организација управе представља врло значајну карику у остваривању циљева и дефинисању положаја управе у уставноправном систему, имајући у виду данашњи развој држава и друштва, социјално-економска кретања, развоја науке и технологије.

2. ФОРМИРАЊЕ ОРГАНА ДРЖАВНЕ УПРАВЕ

Министарства, као примарни вршиоци послова државне управе, образују се за послове државне управе у једној или више међусобно повезаних области друштвеног живота (чл. 22 Закона о државној управи).

³ П. Димитријевић, *Управно право, општи део*, Свен, Ниш, 2013, стр. 114.

⁴ Члан 136, став 1, Устав Републике Србије („Сл. гласник РС“, бр. 98/06).

⁵ Члан 1, Закон о државној управи („Сл. гласник РС“, бр. 79/05, 101/07, 99/14).

⁶ П. Димитријевић, *Организација државне управе у Републици Србији*, у: *Заштита људских и мањинских права у Европском управном простору*, Правни факултет Ниш, 2012, стр. 75.

ви). Органи управе у саставу министарства – управе, инспекторати и дирекције – образују се за извршне, односно инспекцијске послове, као и за стручне послове са њима повезане, под условом да њихова природа или обим захтевају већу самосталност од оне коју има сектор, као најшира организациона јединица, у министарству, при чему орган управе у саставу министарства може стећи својство правног лица када је то Законом одређено (чл. 28 Закона о државној управи). Поред органа управе у саставу министарства предвиђених Законом о државној управи, у Републици Србији постоје и јавне агенције, које имају веома различит правни статус.⁷ Коначно, посебне организације (секретаријати, заводи и дирекције) јесу органи државне управе који се образују за стручне и са њима повезане извршне послове чија природа захтева већу самосталност од оне коју имају органи управе у саставу министарства (чл. 33 Закона о државној управи). Посебне организације представљају једну посебну врсту организација, која имају сва обележја која има и било која друга организација, али и одређене специфичности. Те специфичности произилазе из њихове повезаности са државом. Оне не представљају органе управе, јер им управна делатност није основна делатност, али нису ни „обичне“ организације, јер могу имати и управна овлашћења.⁸ Оне чине саставни део извршног апарата, али такав део који није образован првенствено због вршења власти, већ због обављања одређених стручних послова.

Организациона структура државне управе не представља статичан појам већ процес који се стално мења.⁹ Број и надлежност министарства нису утврђени Уставом и нису стални. На овакву праксу наилазимо и у правним системима других земаља.¹⁰ У Француској, као и у нашој земљи, премијер, у тренутку формирања владе, утврђује списак министарства, а његова одлука зависи од техничких и политичких околности, а нарочито од односа политичких снага у коалиционим кабинетима. За време трајања Владе, министарства се могу стварати или укидати. Дакле, не постоји стална структура Владе, па се дешава да поједине службе пребацују из једног министарства у друго.

⁷ Ј. Вучковић, *Положај јавних агенција у систему поделе власти*, докторска дисертација, Правни факултет у Београду, 2013, стр. 75.

⁸ Д. Милков, *Управно право I*, уводна и организациона питања, Правни факултет, Нови Сад, 2013, стр. 82.

⁹ П. Димитријевић, *Организација државне управе у Републици Србији*, у: Заштита људских и мањинских права у Европском управном простору, Правни факултет Ниш, 2012, стр. 75.

¹⁰ G. Berban, *Administrativno pravo Francuske* Službeni list Beograd, CID Podgorica, 2002, стр. 54.

У Републици Србији постоји шеснаест министарстава, петнаест органа управе у саставу одговарајућих министарстава и десет посебних организација, с тим што је број органа управе у саставу министарстава и посебним организација у стварности већи, с обзиром на то да су неки од ових органа образовани посебним законима, а не Законом о министарствима (као што су Републичка радио-дифузна агенција, Републичка агенција за просторно планирање, Агенција за приватизацију и др.).

3. ПОСЛОВИ ДРЖАВНЕ УПРАВЕ

Као послови државне управе у Републици Србији, одредбама Закона о државној управи¹¹ наведени су следећи послови: 1) *Учествовање у обликовању политике Владе* – органи управе учествују у обликовању политике Владе, тако што припремају нацрте закона, других прописа и општих аката за Владу, предлажу Влади стратегије развоја и друге мере којима се обликује Владина политика. Циљ и сврха израде стратегије развоја јесте да се у писменом облику, системски планира и усмерава развој неке области. Орган управе у саставу министарства учествује у обликовању политике владе преко министарства у чијем је саставу; 2) *Праћење стања*, као један од послова државне управе, састоји се у томе да органи државне управе прате и утврђују стање у областима из свог делокруга, проучавају последице утврђеног стања и/или сами предузимају одговарајуће мере или предлажу Влади доношење прописа и предузимање мера на које је Влада овлашћена. 3) *Извршавање закона, других прописа и општих аката* – органи државне управе извршавају законе, друге прописе и опште акте Народне скупштине и Владе тако што доносе подзаконске опште правне акте, решавају у управним стварима, воде евиденције, издају јавне исправе и предузимају управне радње. Органи управе у саставу министарства не могу доносити управне прописе, док министарства и посебне организације могу да доносе прописе, само када су за то изричито овлашћени законом или прописом Владе. Министарства и посебне организације доносе три врсте подзаконских прописа: правилнике, наредбе, упутства и одлуке. 4) *Инспекцијски надзор* – вршењем инспекцијског назора органи државне управе испитују спровођење закона и других прописа непосредним увидом у пословање и поступање физичких и правних лица, те у зависности од резултата над-

¹¹ Члан 12–21, Закон о државној управи („Сл. гласник РС“, бр. 79/05, 101/07, 99/14).

зора изричу одговарајуће мере на које су овлашћени. Инспекцијски надзор уређује се посебним законом (нпр. закон о инспекцијама или неки посебан закон који регулише неку посебну врсту инспекцијског надзора – управна инспекција и сл.). 5) *Старање о јавним службама* од стране органа државне управе подразумева да они воде рачуна о томе да се рад јавних служби (јавних предузећа и установа) одвија у складу са законом (Закон о јавним службама и сл.), при чему органи државне управе врше послове и предузимају мере на које су Законом овлашћени. 6) *Развојни послови* – органи државне управе подстичу и усмеравају развој у областима из свог делокруга у складу са политиком Владе. Они најчешће немају мериторно овлашћење да одлучују о правима и обавезама у појединим областима, већ морају да иницирају одговарајуће деловање Владе, а преко ње и Народне скупштине; 7) *Остали стручни послови* – органи државне управе прикупљају и проучавају податке у областима из свог делокруга, састављају анализе, извештаје, информације и друге материјале, односно врше друге стручне послове којима доприносе развоју области из свог делокруга; 8) Закон о министарствима, прописујући делокруг рада сваког министарства посебно, предвиђа послове који су заједнички за сва министарства. То су послови које врше сва министарства и то свако у оквиру свог делокруга: међународна сарадња, закључивање и примена међународних уговора и припрема, усвајање, односно предлагање техничких прописа и др.

Из претходно наведеног можемо закључити да органи државне управе обављају такозване традиционалне послове управе, али такође се могу запазити и послови, као што су старање о јавним службама и развојни послови, који су у складу са схватањем државе као демократске и социјалне заједнице која треба да се стара о добробити грађана, економском развоју, културном напретку и благостању уопште.

4. ОДНОС ДРЖАВНЕ УПРАВЕ И НАРОДНЕ СКУПШТИНЕ

Парламент је место где изабрани представници народа доносе законе, уређују државу и контролишу власт. Он је један од изузетно важних чинилаца формирања и представљања националног идентитета,¹² творац политичке културе и демократских вредности. У већини писаних

¹² В. Павловић, *Парламентаризам и демократија*, у: Дилеме и изазови парламентаризма, Факултет политичких наука Београд, 2007, стр. 101.

устава модерних држава, као и у Уставу Републике Србије (2006), одредбе о Народној скупштини указују на њену централну позицију у систему поделе власти. Народна скупштина је највише представничко тело, носилац уставотворне и законодавне власти у земљи.¹³ Нажалост, чини се да је оваква слика парламента идеал парламентарних демократија, исписан у највишим правним актима и страницама еминентних аутора и стручњака двадесетог века. Данас, одлучујућу улогу и последњу реч у правно-политичким процесима, чији су исход важне државне одлуке, имају политичке странке или боље речено, њихови челници. Парламент се све више налази у сенци извршне власти, изабране и формално контролисане од стране истог. Парламент се претвара у своје наличје – позорницу, на којој се размењују пропагандне политичке поруке, врло често увреде, а одлуке доносе у врховима извршне власти. Закони, други општи акти и важне одлуке доносе се „кроз“ скупштину, а не од стране скупштине.¹⁴

Законом о државној управи на изричит начин је дефинисан однос државне управе и Народне скупштине. Однос министарства и посебних организација са Народном скупштином заснивају се на правима и дужностима одређеним Уставом, законом и другим општим актима.¹⁵ Министарства и посебне организације дужни су да Народној скупштини преко Владе дају обавештења, објашњења и податке везане за њихове надлежности (чл. 68 ст. 2 Закона о државној управи). Уједно, Закон о државној управи је једини правни акт који изричито регулише однос органа државне управе и Народне скупштине. Анализом других позитивноправних прописа којима се, између осталог, дефинишу овлашћења и надлежности Народне скупштине, може се закључити да Народна скупштина има значајна овлашћења према органима државне управе.

Организациона овлашћења Народне скупштине према органима државне управе. Народна скупштина има организациона овлашћења према органима државне управе. Она законом оснива, мења и укида министарства и посебне организације, утврђује њихову организацију и делокруг као и организацију и делокруг органа управе у саставу министарства.

Финансијска овлашћења Народне скупштине према органима државне управе. Усвајање буџета представља најважнију и једну од

¹³ Члан 98, Устав Републике Србије („Сл. гласник РС“, бр. 98/06).

¹⁴ С. Орловић, *Надлежности парламента*, у: Дилеме и изазови парламентаризма, Факултет политичких наука, Београд, 2007, стр. 143.

¹⁵ Члан 58, Закон о државној управи („Сл. гласник РС“, бр. 79/05, 101/07, 99/14).

најстаријих функција Народне скупштине. Сходно одредбама Закона о државној управи, средства за рад органа државне управе обезбеђују се у буџету Републике Србије.¹⁶ Дакле, Народна скупштина има финансијска овлашћења према органима државне управе. Буџет представља облик контроле и утицаја на политику и програм извршне власти. Реализација Владине политике и програма зависи од средстава из буџета који су за то намењени. Влада је једини овлашћени предлагач закона о буџету. Евентуално одбијање предложеног буџета аутоматски значи и акт несагласности са Владином политиком, што у крајњој линији може довести до изгласавања неповерења актуелној Влади.¹⁷ Са друге стране, политичка већина у скупштини, која је Владу изабрала, браниће свој избор и у највећем броју случајева остаће одан својој политичкој партији – тачније старешини који је уједно и шеф Владе. На крају се може закључити да Влада суверено одлучује о средствима која ће бити на располагању државној управи.

Персонална и контролна овлашћења Народне скупштине према органима државне управе. *Conditio sine qua non* сваког парламентарног система представља избор носилаца извршне власти, као и одговорност исте пред Народном скупштином. Наиме, Скупштина бира и разрешава министре. Такође, у односу на министре које бира и разрешава, скупштина утврђује и њихову одговорност. Иако у Уставу изричито пише да државна управа за свој рад одговара Влади,¹⁸ будући да министре бира и разрешава Народна скупштина, може се рећи да они одговарају и Скупштини. Дакле, Скупштина има персонална и контролна овлашћења према државној управи.

У односу према Народној скупштини, министри иступају двојачко: као појединци који су на челу одређеног ресора или као чланови Владе.¹⁹ Како би Народна скупштина могла да врши контролу, она мора да располаже довољним бројем информација о раду министара. Министри су дужни да народним посланицима дају информације и податке из свог делокруга, а народни посланици имају право да траже пријем ради обавештавања о одређеним питањима из њихове надлежности. Мини-

¹⁶ Члан 6, Закон о државној управи („Сл. гласник РС“, бр. 79/05, 101/07, 99/14).

¹⁷ З. Стојиљковић, *Улога парламента у редуковању корупције и подривљавању представничке демократије*, у: *Искушења парламентаризма*, Центар за демократију Факултет политичких наука, Београд, 2013, стр. 149.

¹⁸ Члан 136, Устав Републике Србије („Сл. гласник РС“, бр. 98/06).

¹⁹ Д. Милков, *Управно право I*, уводна и организациона питања, Правни факултет у Нови Сад, 2013, стр. 106.

стар, односно други функционер, дужан је да прими народног посланика.

У домаћој уставноправној литератури израз „одговорност“ означава правни однос Владе према Скупштини, док се у упоредноправним системима прави разлика између појма одговорност (*responsability*) и полагање рачуна (*accountability*).²⁰ Министар одговара за политику свог ресора, за распоред средстава и буџетске трошкове, за примену и спровођење одлука које се тичу његовог министарства и захтевају сагласност (*responsability*). С друге стране, министар полаже рачун парламенту за рад својих служби и јавних сервиса који су укључени у активност ресора (*accountability*). То значи да министар не одговара односно не мора да поднесе оставку за сваку грешку службеника и службе у министарству, јер би гломазан административни апарат изазвао честе смене и нестабилност Владе. Њихова одговорност у овој ствари може бити покренута само онда када се ради о суштинским и опасним грешкама које угрожавају целу област за коју он одговара.²¹

Нормативни оквир институција парламентарног живота, међу којима су и инструменти контроле извршне власти, чине Устав Републике Србије и Закон о Народној скупштини, међутим, најдетаљнију регулативу пружа Пословник о раду Народне скупштине. Тако је одредбама Пословника предвиђено да народни посланик има право да постави **посланичко питање** поједином министру или Влади, из њихове надлежности.²² Посланичко питање представља индивидуално право сваког посланика које он поставља како би добио обавештење о ставу Владе или о стању у појединој управној области. На овај начин се обезбеђује јавност рада извршне власти као и критика политике извршне власти од стране посланика опозиције.

Одредбама Пословника установљена су посланичка питања у вези са актуелном темом. Председник Народне скупштине, на предлог посланичке групе, најмање једанпут у току три месеца одређује дан када ће поједини министри у Влади одговарати на посланичка питања у вези са неком актуелном темом (чл. 209 Пословника).

У нашој пракси се посланичка питања јако мало користе. На постављена питања одговори се често не добијају или избегавају у до-

²⁰ Woodhouse, *Ministerial Responsibility* in V. Bogdanor (ed), *The British Constitution in the Twentieth Century*, Oxford University Press, 2004, p. 283

²¹ Ibidem.

²² Члан 204 став 1, Пословник о раду Народне скупштине („Сл. гласник РС“, бр. 14/09, 52/10 и 20/12).

бро политички и идеолошко увијеној форми. Овакво стање ствари може бити последица пословничких правила и недостатак парламентарне праксе као и одраз недовољне размене информација између грађана и њихових изабраних представника.²³

Интерпелација представља снажно средство парламентарне контроле које је код нас, такође, недовољно коришћено. Најмање 50 народних посланика може да поднесе интерпелације у вези са радом Владе или појединог члана Владе (чл. 202 Пословника). Влада или члан Владе доставља председнику Народне скупштине одговор на интерпелацију најкасније у року од 30 дана од дана пријема интерпелације. Председник Скупштине одговор на интерпелацију одмах доставља народним посланицима. Ако Скупштина гласањем прихвати одговор, она наставља да ради по усвојеном дневном реду. Ако не прихвати одговор, приступиће се гласању о неповерењу Влади или члану Владе, ако претходно, по неприхватању одговора на интерпелацију, председник Владе, односно члан Владе не поднесе оставку. О питању које је било предмет интерпелације не може се поново расправљати пре истека рока од 90 дана од дана гласања (чл. 227 ст. 3 Пословника).

У средства парламентарне контроле рада државне управе можемо уврстити и **информисање одбора о раду министарства и контролу над радном служби безбедности**. Такође, Законом о Народној скупштини²⁴ су предвиђена, а Пословником о раду Народне скупштине детаљније разрађена правила о анкетним одборима и комисијама. Основни задатак ових *ad hoc* образованих тела јесте прикупљање информација и чињеница са циљем да се помогне и олакша народним посланицима доношење одређене одлуке. За разлику од интерпелације и посланичких питања, код којих се контролна функција базира на информацијама које пружају сами министри и други носиоци извршне функције власти, анкете и истраге омогућавају активнију улогу посланика у фази прикупљања података.

²³ И. Пејић, *Контролна функција Парламента*, у: Дилеме и изазови парламентаризма, Факултет политичких наука, Београд, 2007, стр. 195.

²⁴ Члан 27 став 3. Закон о Народној скупштини Републике Србије („Сл. гласник РС“, бр. 9/10).

5. ОДНОС ДРЖАВНЕ УПРАВЕ И ВЛАДЕ

Влада Републике Србије је Уставом опредељена као носилац извршне власти.²⁵ Влада представља извршну активну власт која одлучује, планира, оперативно делује и трасира даљи развојни пут државе. За већину данашњих влада може се рећи да преузимају све активнију улогу у вођењу политике у држави. Влада има бројна и различита овлашћења у односу на парламент, који зависно од односа политичких снага све чешће постаје само пуки доносилац закона, других прописа и општих аката. Отуда се може рећи да је Влада орган који данас управља државом.

У уставном и политичком систему Републике Србије, према Уставу РС (2006), однос Владе према државној управи је такав однос у коме је управа у потпуности потчињена Влади као носиоцу целокупне извршне власти. Овлашћења Владе Републике Србије према органима државне управе могу бити организациона, персонална, усмеравајућа и контролна.

Организациона овлашћења Владе према органима државне управе. Влада Републике Србије је овлашћена да утврђује права и обавезе органа државне управе, доношењем уредби, одлука и других подзаконских општих аката за извршење закона, којима се могу установљавати права и обавезе органа државне управе.²⁶ Такође, Влада утврђује начела унутрашњег уређења и систематизације радних места у органима државне управе. Управне округе Влада образује уредбом којом одређује седишта и подручја управног округа (чл. 39 ст 1 Закона о државној управи).

Кадровска (персонална) овлашћења Владе према органима државне управе. Влада располаже одређеним кадровским овлашћењима према органима државне управе, и то: на предлог министра Влада поставља и разрешава државног секретара, на предлог министра поставља помоћника министра. Сходно одредбама Закона о државној управи, Влада поставља директора органа државне управе у саставу министарства и његовог помоћника, као и директора, заменика директора и помоћника директора посебне организације.²⁷ Све ове кадрове у орга-

²⁵ Члан 122, Устав Републике Србије („Сл. гласник РС“, бр. 98/06).

²⁶ Члан 42 и 43, Закон о Влади Републике Србије („Сл. гласник РС“, бр. 55/05, 71/05 – исправка, 101/07, 65/08, 16/11, 7/14, 46/14).

²⁷ Члан 26, Закон о државној управи („Сл. гласник РС“, бр. 79/05, 101/07, 99/14).

нима државне управе Влада поставља у складу са одредбама Закона о државним службеницима.

Усмеравајућа овлашћења Владе према органима државне управе. Влада Републике Србије закључцима усмерава органе државне управе у спровођењу политике и извршавању закона и других општих аката, усклађује њихов рад, те министарствима и посебним организацијама одређује рокове за доношење прописа ако нису одређени законом или општим актом Владе. Такође, Влада може закључком наложити органу државне управе да проучи неко питање или предузме неки посао и да јој о томе припреми посебан извештај. С друге стране, Влада има обавезу да на захтев органа државне управе закључком заузме став по питању из њеног делокруга (чл. 61 Закона о државној управи).

Ради усмеравања појединих послова из делокруга више органа државне управе, Влада је овлашћена да формира тзв. координациона тела, при чему Влада одређује и задатке координационом телу, руковођење координационим телом и сва друга питања везана за њихов рад (чл. 62 Закона о државној управи).

Контролна овлашћења Владе према органима државне управе. Влада врши и надзор над радом министарстава и посебних организација, а Народна скупштина то чини преко надзора над радом Владе и њених чланова. Надзорна овлашћења Владе превасходно се односе на контролу усклађености правних прописа са законом или подзаконским прописима Владе. Тако, Влада може поништити или укинути управни пропис органа државне управе који је у супротности са законом или прописом Владе и одредити рок за доношење новог прописа. Ако орган управе не донесе управни пропис, доноси га Влада, ако би недоношењем прописа могло изазвати штетне последице по живот или здравље људи, животну средину, привреду или имовину веће вредности.²⁸ Контролна овлашћења Владе могу обухватити и управне акте органа државне управе у законом предвиђеним случајевима.

Министарства и посебне организације дужни су да сачине годишњи план рада, ради припреме годишњег плана рада Владе. Осим тога, министарства и посебне организације Владе подносе, најмање једном годишње, извештај о свом раду. Влада је овлашћена и да решава сукоб надлежности између органа државне управе, између органа државне управе и имаоца јавних овлашћења, као и између ималаца јавних

²⁸ Члан 8, став 2 и 3, Закон о Влади Републике Србије („Сл. гласник РС“, бр. 55/05, 71/05 – исправка, 101/07, 65/08, 16/11, 7/14, 46/14).

овлашћења.²⁹ Влада одлучује и о свим другим питањима која органи државне управе споразумно не реше (чл. 67 Закона о државној управи).

Влада има и одређена инстанционо+контролна овлашћења према органима државне управе: када је то изричито предвиђено Законом, на првостепено решење министарства и посебне организације може се изјавити жалба, о којој решава Влада (чл. 59 ст. 3 Закона о државној управи).

Државна управа је самостална, везана уставом и законом, а за свој рад одговара Влади. Влада је, поред осталог, Народној скупштини одговорна и за рад органа државне управе. Она одлучује о одговорности функционера које поставља и разрешава, а ова одговорност је правна и политичка (иако позитивноправни прописи не прецизирају врсту одговорности). Министри за свој рад и за стање у области из делокруга министарства одговорни су председнику Владе, Влади и Народној скупштини.

6. ОДНОС ДРЖАВНЕ УПРАВЕ И СУДОВА

Судска функција представља једну од три функције државноправне власти. Она се своди на решавање спорних правних ситуација и пружа заштиту уставом загарантованих људских и мањинских права, без којих се не може замислити остваривање владавине права и концепта правне државе.

Управна и судска власт су две одвојене државноправне функције власти, које имају посебну организациону структуру и посебну надлежност.³⁰ Судска власт обухвата активности доношења судских аката, којима се решавају спорне ситуације док управа доноси акте којима се решавају неспорне ситуације од општег значаја. Органи државне управе су самостални а судови независни у свом раду. У вршењу својих уставом и законом одређених надлежности не смеју једни другима задирати у надлежност. Уколико орган државне управе у управном поступку донесе решење у ствари из судске надлежности, оно се у свако доба може огласити ништавним у целости или делимично.³¹

Између органа државне управе и судова не постоји општа обавеза

²⁹ Члан 58, Закон о државној управи („Сл. гласник РС“, бр. 79/05, 101/07, 99/14).

³⁰ П. Димитријевић, *Управно право, општи део*, Свен, Ниш, 2013, стр. 50.

³¹ Члан. 257. тачка 1, Закон о општем управном поступку („Сл. лист СРЈ“, бр. 33/97, 31/01, „Сл. гласник РС“, бр. 30/10).

пружања правне помоћи. Сматра се да би постојање ове обавезе значило задирање једних у надлежност других органа. Сходно одредбама Закона о општем управном поступку, правна помоћ за извршење појединих радњи у поступку може се пружити у складу са посебним прописима. Изузетно, орган за решавање у управним стварима може тражити од суда да му достави списе који су потребни за вођење управног поступка. Суд је дужан да поступи по том захтеву ако се тиме не омета судски поступак. Суд може одредити рок у коме се списи морају вратити.³²

Између органа државне управе и судова постоји обавеза узајамног признавања аката. Органи државне управе морају као правоваљане признавати судске акте, а судови као такве, морају признавати управне акте. Потреба признавања судских, односно управних аката долази до изражаја при решавању претходног питања у управном, односно судском поступку.

Између органа државне управе и судова успоставља се специфична веза у области тзв. судске и правосудне управе и у области судске контроле управе. *Судска управа* врши бројне организационо-техничке послове, којима се обезбеђује несметано вршење судске функције и рад судова. Послови судске управе детаљније се уређују судским пословником, а обављају се унутар суда, од стране председника суда. *Правосудна управа* је сложена и деликатна активност органа управе која се састоји у организовању и перманентном праћењу рада судова а послове правосудне управе врши Високи савет судства и Министарство правде.³³

Судска контрола рада органа државне управе. Између судова и државне управе успоставља се релација на пољу посебног вида контроле – судске контроле управе. Наиме, судови имају могућност контроле законитости појединачних аката управе, тј. управних аката као и других појединачних аката против којих није обезбеђена друга судска заштита. У новије време постоји тенденција проширења предмета управног спора и на управне уговоре и управне радње у неким управно-процесним системима (нпр. ЗУП Републике Хрватске из 2009. или нацрт ЗУП-а Републике Србије).

У спору ограничене јурисдикције, као једном од облика управног спора, суд контролише законитост тужбом оспореног управног

³² Члан 257 тачка 1, члан 31 став 3, Закон о општем управном поступку („Сл. лист СРЈ“, бр. 33/97, 31/01, „Сл. гласник РС“, бр. 30/10).

³³ П. Димитријевић, *Управно право, општи део*, Свен, Ниш, 2013, стр. 51.

акта уз могућност поништавања истог уколико је незаконит.³⁴ У спору пуне јурисдикције, суд је законом овлашћен да „иде даље“, односно контролишући законитост управног акта, овлашћен је да врши управну функцију тј. мериторно реши управну ствар.

Будући да у демократским државама преовладава начело поделе власти, при чему једна власт не би смела да узурпира функцију друге власти, могло би се поставити питање да ли је корисно и зашто је потребно давати велика овлашћења судовима у случају спора пуне јурисдикције.

Најзад, судови контролишу рад органа државне управе и у другим случајевима. Тако судови опште надлежности решавају о кривичној одговорности службених лица органа државне управе за дела учињена у вршењу службене дужности. Управни суд одлучује и у споровима за накнаду штете или повраћаја ствари, која (имовинска штета) је настала у вези за незаконитим управним актом, чија је оцена предмет управног спора. С друге стране, Уставни суд контролише уставност и законитост прописа органа државне управе. Уставном суду је поверено и решавање у поступку по уставној жалби против појединачних аката и радњи државног органа или носиоца јавног овлашћења, којима се повређују или ускраћују људска или мањинска права и слободе зајамчене Уставом, ако су исцрпљена или нису предвиђена друга правна средства или је законом искључено право на њихову судску заштиту.

ЗАКЉУЧАК

Државна управа је сложена и хијерархијски постављена структура која чини један од носећих стубова државе. Она представља мост који повезује државни интерес, са једне стране, и појединачне интересе грађана, са друге. Из тога произилази да је основна улога државне управе правилна координација и повезивање јавних и приватних интереса, односно обезбеђивање друштвеног мира, благостања заједнице и напретка друштва. Уз бројне проблеме, можемо констатовати да у Србији постоји нормативноправни оквир за побољшано функционисање државне управе. Међутим, то ће остати само „слово на папиру“ без стручног и квалитетног обављања делатности органа државне управе, која чини суштину управне функције. Само у садејству нормативног и стварног, државна управа може бити делотворна, квалитетна и ефикасна.

³⁴ Односно испитује основаност „ћутања“ управе.

Народна скупштина и Влада Републике Србије, као носиоци законодавне и извршне функције власти, имају значајна овлашћења према органима државне управе. То свакако не умањује значај и чињеницу постојања својеврсне организационе целине органа државне управе, који обављају специфичну функцију државне власти која припада извршној власти. Позитивноправним прописима у већој или мањој мери је наглашена обавеза сарадње између државне управе и носилаца трију функција државне власти. То указује на отелотворење начела поделе власти и степен достигнућа идеје правне државе.

Овакву слику у великој мери нарушава свеприсутна политика. За измену приказаног стања ствари потребно је променити многа уставна и законска решења, што несумњиво представља дуг и мукотрпан посао.

Уставно-политички задатак нашег државног уређења и политичког система је успостављање правилног односа између државне управе и носилаца основних функција државне власти, који би требало да се заснива на узајамности, неопходној самосталности истих и неизоставној упућености једних на друге.

ЛИТЕРАТУРА

1. Verban, G., *Administrativnopravo Francuske*, CID, Podgorica, 2002.
2. Вучковић, Ј., *Положај јавних агенција у систему поделе власти*, докторска дисертација, Правни факултет у Београду, 2013.
3. Димитријевић, П., *Управно право општи део*, Свен, Ниш, 2013.
4. Димитријевић, П., *Организација државне управе у Републици Србији*, у: *Заштита људских и мањинских права у Европском управном простору*, Центар за публикације Правни факултет Ниш, 2012.
5. Марковић, Р., *Извршна власт*, Савремене администрација, Београд, 1980.
6. Милков, Д., *Управно право I, уводна и организациона питања*, Правни факултет, Нови Сад, 2013.
7. Орловић, С., *Надлежности парламента*, у: *Дилеме и изазови парламентаризма*, Факултет политичких наука, Београд, 2007.
8. Павловић, В., *Парламентаризам и демократија*, у: *Дилеме и изазови парламентаризма*, Факултет политичких наука, Београд, 2007.

9. Пејић, И., *Контролна функција парламента*, у: *Дилеме и изазови парламентаризма*, Факултет политичких наука, Београд, 2007.
10. Стојиљковић, З., *Улога парламента у редуковању корупције и подривљавању представничке демократије*, у: *Искушења парламентаризма*, Центар за демократију, Факултет политичких наука, Београд, 2013.
11. Woodhouse, *Ministerial Responsibility* in V.Bogdanor (ed), *The British Constitution in the Twentieth Century*, Oxford University Press, 2004.

Правни прописи:

12. Закон о Влади („Сл. гласник РС“, бр. 55/05, 71/05 – исправка, 101/07, 65/08, 16/11, 11/12, 7/14, 46/14).
13. Закон о државној управи („Сл. гласник РС“, бр. 79/05, 101/07, 99/14);
14. Закон о министарствима („Сл. гласник РС“, бр. 44/14);
15. Закон о Народној скупштини („Сл. гласник РС“, бр. 9/10);
16. Закон о општем управном поступку („Сл. лист СРЈ“, бр. 33/97, 31/01, „Сл. гласник РС“, бр. 30/10);
17. Пословник о раду Владе („Сл. гласник РС“, бр. 61/06, 69/08, 88/09, 33/10, 69/10, 20/11, 37/11, 30/13);
18. Пословник о раду Народне скупштине („Сл. гласник РС“, бр. 14/09, 52/10, 20/12);
19. Устав Републике Србије („Сл. гласник РС“, 11/06).

Anika Jakovljevic

Teaching assistant at the Faculty of Law University of Kragujevac

POSITION OF STATE ADMINISTRATION IN THE CONSTITUTIONAL AND LEGAL SYSTEM OF THE REPUBLIC OF SERBIA

Summary

The author considers and determines the position of the state administration in the constitutional and legal system of the Republic of Serbia analysis of positive legislation, the social reality in which the same shall apply, with interweaving of various political trends. In addition to opening and closing sessions, the work is divided into six parts in which we analyze the organization, establishment and activities of state administration and relationship with government authorities who are supporting figures basic functions of government in Serbia: National Assembly, the Government and courts. Those authorities have considerable powers to the authorities of the state which certainly does not diminish the importance of having some kind of organizational units of the state administration that performs a specific function of state government, according to their characteristics belong to the executive function. Establishing the proper relationship between state administration on one side and the holders of the basic functions of government, on the other hand, is an important element of stability state administration as one of the fundamental legal and political tasks of our state and political organization

Key words: *state administration, organization, establishment, activities, National Assembly, the Government, courts.*

УПРАВНОПРОЦЕСНИ АСПЕКТИ НОВОГ ЗАКОНА О ЈАВНИМ НАБАВКАМА У БОСНИ И ХЕРЦЕГОВИНИ

Роберт Јовић*

Апстракт: Процес евроинтеграција намеће државама кандидатима спровођење читавог спектра системских и суштинских реформи у свим важнијим сферама државног и друштвеног уређења, међу којима се посебно истиче област коришћења односно трошења јавних (буџетских) новчаних средстава. У том контексту, сви системски прописи из области јавних набавки бивају подвргнути процесу усклађивања са *acquis communautaire* а све са циљем остварења универзалних вриједности и начела на којима почива Европска унија (нпр. транспарентност, једнака доступност правној заштити, ефикасност, ефективност, недискриминација и друго). С тим у вези, аутор ће у овом раду разматрати те квалитативно анализирати управнопроцесне аспекте новог Закона о јавним набавкама у Босни и Херцеговини из 2014. године, посебно из угла недостатака у контексту старог Закона о јавним набавкама Босне и Херцеговине из 2004. године имајући у виду да се поступак правне заштите у области јавних набавки примарно проводи по правилима (посебног) управног поступка (поступак правне заштите) а по потреби и правилима општег управног поступка. У том смислу аутор ће, у случају идентификовања управнопроцесних недостатака или правних празнина у области правне заштите странака у поступку јавних набавки, понудити конкретна процесна и друга рјешења са циљем њиховог отклањања (или амортизовања њихових негативних импликација) а која као таква, на непосредан или посредан начин, егзистирају у законским рјешењима из области јавних набавки у Репу-

* Мастер права и докторанд на Правном факултету Универзитета у Београду, руководац Службе за правне, кадровске и опште послове у А.Д. „Водовод и канализација“ Бијељина

блици Србији и Републици Хрватској и која су се у пракси показала као сврсисходна, легитимна и друштвено корисна.

Кључне ријечи: *Закон о јавним набавкама у Босни и Херцеговини, Закон о јавним набавкама у Републици Србији, Закон о јавној набавци у Републици Хрватској, правна заштита, управни поступак, посебан управни поступак*

1. УВОД

Доношењем (новог) Закона о јавним набавкама,¹ Босна и Херцеговина је скромно али ипак одважно закорачила у нову фазу евроинтеграција, бар када је у питању област јавних набавки и борба против корупције у погледу коришћења односно трошења јавних (буџетских) средстава.

Из образложења Закона о јавним набавкама, видна је интенција законодавца да системски закон из области јавних набавки суштински прилагоди директивама Европске уније, посебно имајући у виду да „је Босна и Херцеговина једина држава у региону која чак није нити дјелимично имплементирала Директиве Еуропског парламента и Вијећа о јавним набавкама из 2004. године,² нити Директиву о правним лијековима.“³ С тим у вези, нови ЗЈН-а БиХ, према наводима законодавца, треба да Босну и Херцеговину приближи осталим земљама у региону који су на плану јавних набавки знатно прије Босне и Херцеговине извршили (са више

¹ Закон о јавним набавкама – нови ЗЈН БиХ, Службени гласник Босне и Херцеговине, бр. 39/14, ступио је на снагу осмог дана од дана објављивања у „Службеном гласнику БиХ“, с тим да је његова примјена одложена на период од шест мјесеци, а како би се у конкретном периоду одлагања (*vacatio legis*) сви субјекти јавних набавки прилагодили новинама које је законодавац предвидио.

² Директива 2004/17/ЕЗ Европског парламента и Савјета од 31. марта 2004. године, којом се усклађују поступци набавке субјеката који дјелују у области водоснабдијевања, енергетике, саобраћаја и поштанских услуга (са измјенама и допунама), доступно на: <http://www.dkom.hr/UserDocsImages/32004L0017hrv2.pdf>, 23. јун 2014; Директива 2004/18/ЕЗ Европског парламента и Савјета од 31. марта 2004. године о координацији поступака за додјелу уговора о јавним радовима, уговора о јавној набавци робе те уговора о јавним услугама (са измјенама и допунама), доступно на: http://www.sredisnjanabava.hr/UserDocsImages/pravni%20izvori/32004_L0018.pdf, 23. јун 2014.

³ Директива 2007/66/ЕЗ Европског парламента и Савјета од 11. децембра 2007. године којом се мијењају и допуњују Директива Савјета 89/665/ЕЕЗ и 32/13/ЕЕЗ у вези са побољшаном ефикасности поступка ревизије у вези са додјелом уговора о јавним набавкама, доступно на: <http://www.dkom.hr/UserDocs/Images/direktiva2007-66-ez.pdf>, 23. јун 2014; Образложење новог ЗЈН-а БиХ доступно на http://www.javnenabavke.gov.ba/legislativa/upripremi/Obrazlozenje_konacne_verzija_nacrta_Zakona_u_BiH.pdf, стр. 1, 23. јун 2014.

или мање успјеха) суштинске промјене и реформе, усклађујући своје системске прописе са *acquis communautaire*, посебно у дијелу који се односи на побољшање ефикасности поступка ревизије у вези са додјелом уговора о јавним набавкама, о чему детаљније говори Директива 2007/66/ЕЗ Европског парламента и Савјета од 11. децембра 2007. године, а што ће у коначници бити примарни фокус предмета разматрања аутора у овом раду с обзиром на то да управна (административна) и судска заштита права субјеката као учесника у поступку јавне набавке представљају *conditio sine qua non* за остварење односно обезбјеђење имплементације свих начела и општих принципа предвиђених новим Законом о јавним набавкама (транспарентност, једнакост, недискриминација, ефикасност и други).

Међутим, како би се могао сагледати квалитет (нових) рјешења и свеобухватност проблематике правне заштите регулисане у трећем дијелу новог Закона о јавним набавкама, потребно је ову нормативну грађу сагледати из више углова, и то како из угла старог (али још увијек важећег) Закона о јавним набавкама⁴ тако и из угла законских прописа из области јавне набавке у Републици Србији⁵ и Републици Хрватској⁶ који су по свом обиму и садржини структурално сложенији и обимнији у односу на нови ЗЈН БиХ, бар када је у питању правна заштита.

Наиме, разматрајући проблематику правне заштите са нормативноправног, правно – догматског и упоредно – правног аспекта, аутор ће вршити квалитативну идентификацију најважнијих недостатака постојећих управнопроцесних рјешења новог ЗЈН-а БиХ са циљем пружања конкретних нормативних приједлога за побољшање области правне (или административне и судске) заштите као механизма контроле рада уговорних органа и Комисије за разматрање жалби Босне и Херцеговине као самосталне и независне државне институције.

⁴ Закон о јавним набавкама – стари ЗЈН БиХ, Службени гласник Босне и Херцеговине, бр. 49/04, 19/05, 52/05, 8/06, 24/06, 70/06, 12/09, 60/10, 87/13 и 47/14.

⁵ Закон о јавним набавкама – ЗЈН Србије, Службени гласник Републике Србије, бр. 124/12.

⁶ Закон о јавној набави – ЗЈН РХ, Народне новине Републике Хрватске, бр. 90/11.

2. НЕКИ НЕДОСТАЦИ НОВОГ ЗАКОНА О ЈАВНИМ НАБАВКАМА СА УПРАВНОПРОЦЕСНОГ АСПЕКТА

Имајући у виду чињеницу да је највећи дио управнопроцесног аспекта концентрисан у трећем дијелу новог Закона о јавним набавкама под називом „Правна заштита“ а који је подијељен у двије засебне главе: Глава I – Поступак правне заштите и Глава II – Правна заштита против одлука КРЖ (са по неколико одјељака), критичко сагледавање ове проблематике кретаће се почев од анализирања назива нормативних цјелина у области правне заштите па преко анализирања појединачних чланова у трећем дијелу новог Закона о јавним набавкама за које аутор буде сматрао да су праћени конкретним управнопроцесним недостацима, нејасноћама и недоумицама.

2.1. Управнопроцесни недостаци у погледу назива нормативних цјелина

Наиме, термин „правна заштита“ којим је законодавац назвао дио новог Закона о јавним набавкама посвећен ревизији поступака јавних набавки, није најприкладнији термин за означавање ове проблематике иако се овај термин у истом облику користи и у Закону о јавној набави Републике Хрватске⁷ за дефинисање (суштински) исте проблематике. Разлог неприкладности коришћења овог термина лежи у чињеници да, посматрано са лексичког аспекта, акценат ове терминолошке конструкције стављен је на ријечи „правна“ (заштита) што у коначници оставља утисак да законодавац, поред „правне“ (заштите), познаје и неку другу, ванправну (ванинституционалну) заштиту,⁸ што, анализирајући остале одредбе новог Закона о јавним набавкама, наравно није случај. У том смислу, много је прикладније користити се терминолошком конструкцијом „заштита права у поступку јавне набавке“ коју познаје законодавац Републике Србије⁹ с обзиром на то да интенција законодавца у конкретном случају није (нити може бити) на *врсти* заштите (с обзиром на то да се правна заштита као облик заштите свакако подразумејива у XXI вијеку и представља нужну импликацију владавине права) него управо на *предмету* заштите, у нарави заштити права у поступку јавне набавке која нуди, гарантује и штити нови закон а што и произилази из природе и

⁷ В. ЗЈН РХ, 4. дио.

⁸ Нпр. политичка, физичка, итд.

⁹ В. ЗЈН Србије, VIII дио.

суштине свих одредаба груписаних у поглавље „правна заштита“ новог ЗЈН-а БиХ. Међутим, како би се избјегле наведене недоумице у погледу термилошких конструкција „правна заштита“ или „заштита права“, као средње (а можда и најелегантније) рјешење нуди се употреба лексичке конструкције „(поступак) ревизије јавних набавки“ који познаје Директива 2007/66/ЕЗ Европског парламента и Савјета од 11. децембра 2007. године, а што у коначници и јесте циљ (покупка) правне заштите – преиспитивање законитости и правилности поступка јавне набавке, било да је поступак окончан додјелом уговора најповољнијем понуђачу, било да је поступак поништен из одређених разлога.

Такође, остајући на пољу (осталих) назива нормативних цјелина у оквиру трећег дијела новог ЗЈН-а БиХ, од значаја је скренути пажњу и на (несретне) изборе термилошких конструкција када је у питању назив Главе I – „Поступак правне заштите“ и Главе II – „Правна заштита против одлука КРЖ-а“.¹⁰ Наиме, анализирајући одредбе сваке од наведених глава појединачно, долази се до једноставног закључка да се прва глава трећег дијела новог Закона о јавним набавкама у цијелости односи на област *управне (административне) заштите*, у нарави унутрашње (инстанционе) контроле рада уговорног органа¹¹ од стране Комисије за разматрање жалби Босне и Херцеговине (у даљем тексту: КРЖ)¹² као

¹⁰ Аутор налази посебно погрешно користити скраћенице у називима нормативних цјелина правних прописа колико год оне биле одомаћене и подразумијеване у редовном језику правника. Наиме, законе и друге прописе не користе само и искључиво правници него и други грађани и правна лица без стручног правног знања, што им у конкретном случају ствара додатне недоумице и потешкоће у разумијевању не тако једноставних материјалноправних и процесних рјешења у новом Закону о јавним набавкама.

¹¹ У контексту управнопроцесног недостатка предвиђеног у члану 117 новог ЗЈН-а БиХ (експлицитна обавеза примјене правила општег управног поступка од стране КРЖ-а а не и уговорног органа), од значаја је споменути квалитетно (и суштински исправно) рјешење законодавца Републике Србије. У члану 148 став 6 Закона о јавним набавкама Републике, законодавац је предвидио да „на питања поступка заштите права која нису уређена овим законом сходно се примењују одредбе закона којим се уређује управни поступак“, не остављајући простора (погрешном) тумачењу да уговорни орган није дужан примјењивати (општа) правила управног поступка у ситуацији када нешто није регулисано правилима посебног управног поступка у области јавних набавки.

¹² У прилог тези да је законодавац, регулишући поступак правне заштите, имао на уму да се у конкретном случају ради о посебном управном поступку као *lex specialis* у односу на правила општег управног поступка говори и члан 117 новог Закона о јавним набавкама. Наведеним чланом, предвиђено је да „на поступак пред КРЖ-ом који није уређен одредбама овог закона примјениће се одредбе Закона о управном поступку“ а што у коначници јасно имплицира да се правилима (општег) управног поступка надопуњују правне празнине посебног управног поступка у области јавних набавки према принципу *lex specialis derogat legi generali*. Истина, и у овом члану, законодавац је поново био недоречен с обзиром на то да је обавезну примјену правила општег управног поступка позиционирао само у односу на поступак пред КРЖ-ом (несретно и (не)намјерно) изостављајући императивну обавезу уговорних органа да такође примјењују пра-

другостепеног органа у жалбеном поступку, док се друга глава односи на *судску заштиту* која се остварује у управносудском поступку, против одлука КРЖ-а а пред Судом Босне и Херцеговине као стварно и мјесно надлежним судом. Сходно реченом, аутор је мишљења да је много примјереније (и тачније) да прва глава трећег дијела новог Закона о јавним набавкама носи назив „*Управна контрола рада уговорног органа (административна заштита)*“ а друга глава „*Судска контрола рада КРЖ-а (судска заштита)*“.

2.2. Управнопроцесни недостаци у погледу Одјелка А. – Опште одредбе (Глава I – Поступак правне заштите)

У погледу осталих управнопроцесних недостатака појединачних чланова из трећег дијела (правна заштита) новог Закона о јавним набавкама, од значаја је споменути управнопроцесне недостатке општих одредаба правне заштите, а како слиједи:

У члану 94 став 2 новог ЗЈН БиХ, предвиђено је да „о вођењу поступака по жалби КРЖ обавјештава одабраног понуђача по службеној дужности, док се остала лица са својством странке могу пријавити за учешће у поступку по жалби.“ Анализом конкретног става долази се до закључка да је законодавац пропустио да дâ одговор на питање, ко и на који начин обавјештава „остала лица са својством странке“ да се могу пријавити за учешће у поступку по жалби? У конкретном случају, рјешење овог управнопроцесног недостатка може се пронаћи у модалитету којим се послужио законодавац Републике Србије када је предвидио да је уговорни орган дужан обавијестити све учеснике у поступку јавне набавке о поднесеном захтјеву за заштиту права, у нарави жалбе, и то тако што обавјештење о поднесеном захтјеву објављује на порталу јавних набавки, најкасније у року од два дана од дана пријема захтјева за заштиту права, чиме се недвосмислено пружа свима могућност буду

*вила (општег) управног поступка предвиђена Законом о управном поступку у случају правних празина поступка правне заштите у области јавних набавки. Наиме, примјена општих управнопроцесних регула никако не може зависити од добре воље и пословне политике уговорног органа него се у конкретном случају ради о *ex lege* обавези уговорног органа а о чему је Комисија за разматрање жалби у више наврата дала јасне и аргументоване ставове, нпр. „Дакле, уговорни орган у поновном поступку ће правилно донијети Рјешење/Одлуку по приговору жалиоца ... са свим релевантним чињеницама и разлозима у образложењу рјешења који упућују на правилност рјешења истог, са правилном поуком о правном лијеку, односно приликом рјешавања по приговору овог жалиоца поступиће сагласно одредбама Закона о управном поступку, у наведеном дијелу“ (Рјешење УРЖ/КРЖ, број У-675/10 од 2. јуна 2010. године, Милан Благојевић, Хасо Тајић, *Јавне набавке у управној и судској пракси*, Сарајево, 2012, стр. 151).*

упознати о покренутом жалбеном поступку те по потреби да узму учешћа у истом.

На овом мјесту, потребно је подијелити са стручном јавношћу размишљање аутора Коментара новог Закона о јавним набавкама, господин Јубе Тодоровића и Менсура Хаџимусића, у вези са ставом 5 члана 94 ЗЈН-а БиХ¹³ те дискреционим правом КРЖ-а да одређује рокове у којима је уговорни орган дужан жалбу са списом доставити другостепеном органу. Наиме, аутори су мишљења да „овакво рјешење које се односи на рок за достављање документације *није адекватно*, јер се не може другостепеном органу давати овлашћење да одређује рок за достављање документације који је у системском закону из области управног поступка преклузивне нарави и обавезује првостепени орган да жалбу са спорним списима достави без одлагања, а најкасније у року од осам дана другостепеном органу.“¹⁴ Међутим, аутор овог рада се не слаже са оваквом констатацијом господина Тодоровића и Хаџимусића из разлога што законодавац приликом нормирања конкретног става *није имао на уму ситуацију обавезне доставе жалбе са списом КРЖ-у*¹⁵ као другостепеном органу јер је ту проблематику посебно регулисао у члану 100 став 5 ЗЈН-а БиХ, предвидјевши да је уговорни орган дужан у року *пет дана* од датума запримања жалбе исту прослиједити КРЖ-у са својим изјашњењем на наводе жалбе као и комплетном документацијом везано за поступак против којег је изјављена жалба. У том смислу, мишљење аутора Тодоровића и Хаџимусића није правно утемељено имајући у виду чињеницу да је законодавац уговорни орган *ex lege* ограничио петодневним роком из члана 100 став 5 новог ЗЈН-а БиХ остављајући КРЖ-у (ограничено) дискреционо право, сходно члану 94 став 5 новог ЗЈН-а БиХ, да наведени (посебни) петодневни рок по потреби одреди и/или продужи до максималног (општег) законског рока од осам дана предвиђеног чланом 226 ЗУП-а БиХ, у зависности од обимности и сло-

¹³ “Уговорни орган дужан је да у поступку по жалби, на захтјев КРЖ-а, достави документацију у року који одреди КРЖ“.

¹⁴ Љубо Тодоровић, Менсур Хаџимусић, *Јавне набавке*, друга књига, Сарајево, 2014, стр. 19.

¹⁵ Претпоставка аутора овог рада је да се *ratio legis* става 5 члана 94 новог ЗЈН-а БиХ односи на ситуацију доставе „осталих докумената“ (а не жалбе и пропратних жалбених докумената) у ситуацији када КРЖ тражи додатна објашњења, информације, изјаве, мишљења и по потреби друга документа од стране уговорног органа. Наведено процесно рјешење познаје члан 154 став 4 Закона о јавним набавкама Републике Србије којим је предвиђено да „Републичка комисија може пре доношења своје одлуке да тражи додатну документацију, податке, објашњења и мишљења од наручиоца, подносиоца захтјева или других учесника у поступку, Управе за јавне набавке и других лица и да оствари увид у остале документе код странака у поступку јавне набавке, као и да прикупи друге податке за доношење одлуке“.

жености предметне јавне набавке (с обзиром на то да је у том року уговорни орган дужан сачинити свеобухватно изјашњење на све наводе жалбе), а који се не може третирати као преклузивни рок,¹⁶ како су то аутори Тодоровић и Хаџимусић навели у свом коментару, него евентуално као инструкциони рок,¹⁷ јер уговорни орган не губи никаква права у случају да прекорачи наведени (ни петодневни ни осмодневни) рок нити му престаје могућност да и по протеку рока изврши законом предвиђену обавезу, чак је и пожељно, јер у супротном *ризикује* да евентуално буде прекршајно кажњен у смислу члана 116 став 2 тачка м) новог ЗЈН-а БиХ, с тим да је законодавац пропустио (или није сматрао сврсисходним) да предвиди рјешење које познаје законодавац Републике Хрватске,¹⁸ да прије него што се КРЖ одлучи на покретање прекршајног поступка против уговорног органа који није доставио у остављеном року тражену документацију, истог *посебно писмено позове* на доставу тражене документације у додатно остављеном му року, уз упозорење на правне посљедице поступања супротно налогу КРЖ-а (поништење поступка јавне набавке, прекршајно кажњавање, а у најозбиљнијем случају и подношење кривичне пријаве).

У погледу осталих чланова Одјелјка А. – Опште одредбе, може се констатовати да је законодавац довољно квалитетно регулисао проблематику достављања писмена у иностранство,¹⁹ језик поступка,²⁰ активна легитимација²¹ и забрана закључења уговора,²² посебно у односу на стари Закон о јавним набавкама који наведеним управнопроцесним аспектима није посветио нимало нормативне пажње (или незнатно). Међутим, регулишући управнопроцесне аспекте који по природи и значају спадају у категорију општих процесних регула, од значаја је истаћи два додатна управнопроцесна недостатка која је законодавац пропустио да посебно регулише у Одјелјку А. – Опште одредбе, а чијим нормирањем би био отклоњен или знатно сужен круг нејасноћа и недоумица у погледу

¹⁶ „Преклузивним роковима се предузимање процесне радње ограничава на одређен временски период чијим протеком престаје могућност за предузимање процесне радње“ (Стеван Лилић, *Управно право, Управно процесно право*, Београд, 2009, стр. 571).

¹⁷ „Као инструкциони квалификују се они рокови које су дужни да поштују органи надлежни за вођење управног поступка, а чијим протеком не наступају негативне последице по странку или другог учесника у управном поступку“ (Стеван Лилић, *Управно право, Управно процесно право*, Београд, 2009, стр. 571).

¹⁸ ЗЈН-а РХ, чл. 155.

¹⁹ ЗЈН БиХ, чл. 95.

²⁰ *Ibid.*, чл. 96.

²¹ *Ibid.*, чл. 97.

²² *Ibid.*, чл. 98.

идентификације врсте поступка који се користи у области правне заштите те забране злоупотребе права на подношење жалбе, а о чему су се законодавци Републике Србије и Републике Хрватске на одређен начин изјаснили у својим прописима из области јавних набавки.

У том смислу, законодавац Босне и Херцеговине је требало, у дијелу који се односи на опште одредбе правне заштите, унијети норму којом би се констатовало да је *поступак правне заштите који се проводи по одредбама Закона о јавним набавкама управни поступак*²³ чиме би се (сви) адресати новог ЗЈН-а БиХ, укључујући и уговорни орган,²⁴ упутили да у ситуацији када рјешавају о правима, обавезама и интересима странака у поступку јавне набавке (нпр. понуђача, подносиоца жалбе и других странака) дужни су примјењивати одредбе којима се регулише поступак правне заштите, у нарави правила *посебног управног поступка*, а за све остало што није регулисано регулама правне заштите у новом ЗЈН-у БиХ, сходно начелу супсидијарности, дужни су примјењивати правила *општег управног поступка* регулисаног ЗУП-ом БиХ.

Такође, законодавац је пропустио да се експлицитно одреди у погледу *забране злоупотребе правне заштите односно права на подношење жалбе*, што неспорно представља општи правни институт у многим другим гранама права (нпр. грађанско право, кривично право, привредно право итд.) и који је као такав предвиђен у прописима јавних набавки држава у региону.²⁵ У том контексту, законодавац је у оквиру општих одредаба правне заштите требало да се јавно декларише у погледу свог неслагања са злоупотребом права на правну заштиту односно подношење жалбе те предвидјети околности чијим наступањем се претпоставља да је дошло до злоупотребе те одређења да ли ће и какве санкције трпјети субјект јавне набавке који је извршио злоупотребу правне заштите.

2.3. Управнопроцесни недостаци у погледу Одјелка Б. – Изјављивање жалбе (Глава I – Поступак правне заштите)

Прије него што се размотре управнопроцесни недостаци новог ЗЈН-а БиХ у погледу начина изјављивања жалбе, поступка уговорног органа по жалби те рокова за изјављивање жалбе уговорном органу, од

²³ Рјешење предвиђено чланом 139 став 2 ЗЈН-а РХ.

²⁴ В. фн. 24 и фн. 25.

²⁵ Више о овоме, в. ЗЈН Србије, чл. 164.

значаја је осврнути се на концептуално рјешење новог ЗЈН-а БиХ у погледу степеновања ревизије поступка јавне набавке.

Наиме, правна заштита новог ЗЈН-а БиХ познаје само *једностепени жалбени поступак*, на начин да се поступак ревизије покреће подношењем жалбе уговорном органу, у ком случају уговорни орган предузима претходне радње и мјере предвиђене чланом 99 и 100 ЗЈН-а БиХ, да би у коначници жалбу са својим изјашњењем на наводе жалбе заједно са осталом жалбеном документацијом прослиједио КРЖ-у на даље разматрање и даље поступање, уколико претходно није ставио ван снаге оспорено рјешење те донио нови управни акт.

Међутим, на овом мјесту може се поставити питање да ли је *једностепени жалбени поступак* боље или лошије концептуално рјешење поступка ревизије јавних набавки у односу на *двостепени жалбени поступак* (поступак по приговору пред уговорним органом и поступак по жаби пред КРЖ-ом) који познаје стари ЗЈН БиХ?²⁶

Одговор на ово питање није једноставно дати с обзиром на то да оба концептуална рјешења имају своје и предности и недостатке, који у зависности од ситуације, тренутка и сложености дјелатности којом се бави конкретна институција, могу бити и боље али и лошије рјешење. У том смислу, аутор је након сагледавања и анализирања оба концептуална рјешења у контексту поступка ревизије јавних набавки мишљења да је двостепени жалбени поступак у облику који познаје члан 51 и 52 старог ЗЈН-а БиХ ипак боље рјешење с обзиром на то да се кроз поступак по приговору пред уговорним органом као првостепеном инстанцом и кроз жалбени поступак пред КРЖ-ом као другостепеном инстанцом обезбјеђује: да се иста *res administrativa* разматра два пута (а не једном); да се иста *res administrativa* разматра од стране двије (а не једне) организационо и функционално одвојене инстанце; већи степен објективности и непристрасности у (не)мериторном одлучивању за разлику од ситуације када о жалби/приговору одлучује само један орган/инстанца; мања вјероватноћа да КРЖ разматра грубе (техничке) грешке, релативно лаке повреде закона и очигледне процедуралне грешке с обзиром на то да уговорни орган исте може ефикасно и потпуно отклонити у току одлучивања по приговору без да исто (непотребно) разматра КРЖ и у коначници о томе одлучује суд у управном спору; да уговорни орган може мериторно да одлучи о приговору, у нарави одбије приговор као неоснован те на такав начин мериторно оконча жалбени посту-

²⁶ Више о овоме, в. стари ЗЈН БиХ, чл. 51.

пак пред првостепеном инстанцом (уколико странка не искористи жалбу против донесене одлуке) али без обавезног просљеђивања КРЖ-у жалбеног предмета са списом те обавезног разматрања од стране КРЖ-а а што јесте случај са једностепеним жалбеним поступком предвиђеним новим Законом о јавним набавкама.²⁷

Међутим, истине ради, треба имати на уму да и двостепени жалбени поступак има своје мањкавости, истина не толико снажне да надјачају све предности овог концептуалног рјешења али ипак довољне да се на овом мјесту елаборирају. Наиме, недостаци овог концептуалног рјешења крећу се ка *мањој ефикасности* у односу на једностепено одлучивање, с обзиром на то да и прва и друга процесна фаза у двостепеном жалбеном поступку подразумијевају проток одређених (законских) рокова, у конкретном случају рокова за улагање приговора, рокова за улагање жалби, инструкционих рокова по којима је службеник надлежног органа дужан да изврши конкретну управну материјалну радњу итд. Све у свему, потребно је да прође дужи временски период (по правилу двоструко дужи уколико би се искористили сви редовни правни лијекови) како би заинтересована странка дошла до коначне и извршне одлуке. У смислу мање ефикасности двостепеног жалбеног поступка креће се и *други недостатак овог концептуалног рјешења, оличен у мањој економичности поступка ревизије* односно већим укупним трошковима поступка који у зависности од тога да ли подносиоца жалбе и/или уговорни орган у жалбеном поступку заступају адвокати као њихови пуномоћници могу достићи и вриједност самих набавки око којих се стране и „споре“. Такође, не треба изгубити из вида и не тако ријетко *непознавање и непримјену правила општег управног поступка од стране уговорног органа* у ситуацији када доноси одлуку/рјешење по приговору, а што у коначници доводи до касирања незаконитих одлука од стране другостепеног органа.²⁸

Даље, у погледу начина изјављивања жалбе предвиђеног чланом 99 новог ЗЈН-а БиХ, може се истаћи неколико управнопроцесних примједба посебно у дијелу који се односи на *адресата коме се жалба изјављује* (став 1) и *адресата који је дужан да кандидата, понуђача и друге странке у поступку упозна у погледу чињенице да је*

²⁷ Више о овоме, в. нови ЗЈН БиХ, чл. 100.

²⁸ Више о овоме, в. рјешење УРЖ/КРЖ број У-638/10 и У-708/10 од 9. јуна 2010. године, рјешење УРЖ/КРЖ број У-848/10 од 7. јула 2010. године, рјешење УРЖ/КРЖ број У-1302/10 од 6. октобра 2010. године, Милан Благојевић, Хасо Тајић, *Јавне набавке у управној и судској пракси*, Сарајево, 2012, стр. 152 и 155).

покренут жалбени поступак (став 2). Наиме, ставом 1 поменутог члана предвиђено је да се „жалба изјављује уговорном органу у писаној форми, електронским путем,²⁹ ако је електронско средство дефинисано као начин комуникације у тендерској документацији или препорученом поштанском пошиљком“. Овим ставом, законодавац се, између осталог, непосредно одредио и у погледу тога *коме се жалба (формалноправно) изјављује* и *коме се жалба (физички) предаје* и то тако што је уговорни орган начелно одредио за адресата ових материјалних управних радњи с тим да је ову проблематику додатно прецизирао у чланом 107 новог ЗЈН-а БиХ, предвидјевши да „жалилац жалбу изјављује КРЖ-у путем уговорног органа, у роковима и на начин прописан овим законом“. Међутим, да ли је предвиђени начин изјављивања и предаје жалбе уједно најбоље рјешење које је законодавац имао на располагању, односно да ли је квалитетно процесно рјешење да КРЖ не буде упознат са поднесеном жалбом све док га уговорни орган о томе не обавијести, на начин како је то предвиђено чланом 100 став 5 новог ЗЈН-а БиХ? Одговор на ово питање може се пронаћи у анализирању управнопроцесних рјешења предвиђених чланом 149 ЗЈН-а Србије и чланом 145 ЗЈН-а РХ, који су ову проблематику ријешили тако што су предвидјели да се захтјев за заштиту права (жалба) формалноправно *подноси* Републичкој комисији за заштиту права у поступцима јавних набавки Републике Србије, а (физички) *предаје* наручиоцу (уговорном органу), с тим да подносилац захтјева један примјерак истог *истовремено доставља и Републичкој комисији на упознавање*, док је у Републици Хрватској предвиђено да се жалба и (формалноправно) *изјављује* и (физички) предаје Државној комисији за контролу поступака јавне набаве, с тим да је подносилац жалбе дужан, истовремено с достављањем жалбе Државној комисији, један примјерак жалбе *доставити* и наручиоцу (уговорном органу) *на упознавање*.

У погледу става 2 члана 99 новог ЗЈН-а БиХ, законодавац је предвидио да се „жалба подноси у довољном броју примјерака, а који не може бити мањи од три, *како би могла бити уручена квалификованом кандидату или изабраном понуђачу, као и другим странкама у поступку*.“ У анализирању конкретног става, а како је аутор већ раније наговестио, јавља се недоумица *ко је задужен тј. одговоран за просљеђивање жалбе квалификованом кандидату, изабраном понуђачу и другим странкама у поступку?* Да ли наведену обавезу има уговорни орган коме је

²⁹ Подношење жалбе електронским путем (уколико је то предвиђено као начин комуникације у тендерској документацији), представља дефинитивно корак унапријед са модерним начином комуникације у XXI вијеку те њеним европским управним тенденцијама.

жалба поднијета, подносилац жалбе који је исту уложио или КРЖ³⁰ који у коначници одлучује по жалби? Напомене ради, чланом 94 став 2 новог ЗЈН-а БиХ, законодавац је експлицитно дао одговор на ово питање, само у дијелу обавезе КРЖ-а да по службеној дужности обавијести одабраног понуђача о вођењу поступка по жалби, док се законодавац није одредио у погледу начина обавјештавања других странака у поступку јавних набавки о иницираном жалбеном поступку тако да остаје упитно на који начин се „остала лица са својством странке могу пријавити за учешће у поступку по жалби“ кад се законодавац није експлицитно одредио у погледу адресата коме је законом стављена у надлежност обавеза обавјештавања странака о покренутом жалбеном поступку?

Даље, анализирајући члан 100 став 2 и 3 новог ЗЈН-а БиХ, у нарави поступак уговорног органа по жалби, централни управноправни и управнопроцесни недостатак овог процесног сегмента огледа се у чињеници да је уговорни орган, с обзиром на то да је законодавац *одустао од претходног концептуалног рјешења двостепеног жалбеног поступка*, изгубио право да *мериторно одлучи по приговору/жалби* на начин што би уложени правни лијек могао одбити као неоснован и тиме мериторно окончати жалбени поступак у првом степену, под условом да подносилац приговора/жалбе одустане од права на даље преиспитивање те одлуке. Према постојећем рјешењу из члана 100 новог ЗЈН-а БиХ, уговорни орган има право или да закључком одбаци жалбу као неблагоприятну, недопуштену или изјављену од неовлашћеног лица или да уколико сматра да је жалба у цјелини или дјелимично основана својим рјешењем замијенити другом одлуком или рјешењем или поништити јавне набавке, а не и да својим рјешењем одбије жалбу као неосновану (него само да је прослиједи КРЖ-у на даље поступање), а како је на то био овлашћен у члану 51 старог ЗЈН-а БиХ у вези са одлучивањем по приговору.

³⁰ Јасноће ради, чланом 94 став 3 новог ЗЈН-а БиХ, предвиђена је обавеза КРЖ-а да свакој странци у поступку доставља поднеске које заприми у предмету, о којима се расправља о главној ствари или предлажу нове чињенице и докази. У конкретном случају, заинтересовано лице постаје странка у жалбеном поступку оног момента када формалноправно докаже своју страначку легитимацију пред КРЖ-ом, након чега КРЖ отпочиње сву даљу писмену кореспонденцију са том странком на начин како је то законодавац и предвидио у члану 94 став 3 новог ЗЈН-а БиХ. У том смислу, неспорна је писмена кореспонденција КРЖ-а и странке *након што заинтересовано лице стекне својство странке у жалбеном поступку* на свој захтјев (*ex privato* а не *ex officio*) али остаје нејасно на који начин странка претходно бива обавијештена да је жалбени поступак инициран и да сходно томе има право да непосредно учествује у поступку ревизије јавних набавки? На то питање законодавац је остао недоречен у новом ЗЈН-у БиХ.

2.4. Управнопроцесни недостаци у погледу Одјелјак Ц. – Правна заштита пред КРЖ-ом (Глава I – Поступак правне заштите)

У глави I новог Закона о јавним набавкама, Одјелјак Ц је посвећен правној заштити пред КРЖ-ом у оквиру којег је законодавац посебно (додатно) регулисао проблематику доказивања у поступку по жалби (члан 102), битне повреде закона (члан 103) као и овлашћење КРЖ-а (члан 104).

Анализирањем сваког од наведених чланова појединачно, може се констатовати да посебну пажњу у елаборирању заслужује члан 102 новог ЗЈН-а БиХ, који говори да су „*странке у поступку дужне да изнесу све чињенице на којима заснивају своје захтјеве или одлуке, поступке, радње те да предложе доказе којима се те чињенице утврђују*“ (став 1), да „у поступку правне заштите *уговорни орган је дужан да докаже постојање чињеница и околности на основу којих је донио одлуку о правима, предузео радње или пропуштања те спровео поступке који су предмет поступка по жалби*“ (став 2) те да „у поступку правне заштите *жалилац је дужан да докаже или барем учини вјероватним постојање чињеница и разлога који се тичу правног интереса на подношење жалбе, повреде поступка или повреда примјене материјалног права, које су истакнуте у жалби, за које зна или би требало да зна*“ (став 3).³¹

Наиме, иако се законодавац ни на једном мјесту у новом ЗЈН-у БиХ није експлицитно одредио у погледу увођења *расправног начела односно начела контрадикторности*³² као посебног управног принципа у области јавних набавки, а што јесте случај нпр. са законодавцем Републике Хрватске,³³ анализирајући члан 102 новог ЗЈН-а БиХ једноставно се до-

³¹ На скоро идентичан начин као што је предвиђено у члану 102 новог ЗЈН-а БиХ, законодавац Републике Хрватске је регулисао проблематику доказивања у поступку по жалби. Више о овоме, в. ЗЈН РХ, чл. 143.

³² Наиме, расправно начело односно начело контрадикторности прије свега је својствено (модерном) парничном поступку а које подразумијева право (али и обавезу) странака, уколико желе да успију са својим захтјевима у поступку, да суду предоче све чињенице и све доказе којима поткрепљују своје наводе односно доказују изнесене чињенице (процесна грађа). То у коначници подразумијева да ће странка у парничном поступку успјети онолико колико успије суду доказати своје наводе и чињенице, без обзира колико је њена теза праведна и морална с обзиром на то да суд у парничном поступку само изузетно (и крајње ријетко) *ex officio* утврђује чињенице и изводи доказе (нпр. ако постоји сумња да странке хоће да располажу са захтјевима са којима не могу располагати).

³³ В. ЗЈН РХ, чл. 139 ст. 1, с тим да је интересантно споменути да законодавац Републике Србије не познаје расправно начело као такво у Закону о јавним набавкама нити на посредан начин уводи правило о терету доказивања на страни странака што је случај са новим ЗЈН-ом БиХ.

лази до закључка да је принцип контрадикторности на „мала врата“ уведен као правило доказивања у жалбеном поступку.

Увођењем расправног начела као правила доказивања у жалбеном (управном) поступку, законодавац је (брзоплето и највјероватније несвјесно) *дерогирао начело материјалне истине*,³⁴ предвиђеног чланом 9 ЗУП-а, а који налаже да се „у поступку морају потпуно и правилно утврдити све чињенице које су од важности за доношење законитог и правилног рјешења“. Међутим, оно што остаје спорно и што законодавац (ни)је имао на уму приликом увођења расправног начела у поступак правне заштите као посебног управног поступка, јесте забрана регулисања појединих питања конкретне управне ситуације *другачије и супротно основним начелима општег управног поступка у смислу члана 2 ЗУП-а*. Наведеном забраном јасно је предвиђено законско правило да правила и начела посебног управног поступка не могу бити у супротности са основним начелима општег управног поступка, а што у конкретном случају јесте ситуација са расправним начелом у поступку правне заштите у области јавних набавки и начелом материјалне истине као једним од основних начела општег управног поступка. У том контексту, јављају се и друге нејасноће и недоумице, чија обимност и значај елаборирања превазилазе овај рад, посебно у дијелу улоге и значаја КРЖ-а у процесној фази доказивања у управном поступку. Наиме, остаје нејасно да ли и у ком обиму је КРЖ дужан да се води начелом материјалне истине? Штавише, поставља се питање да ли КРЖ уопште може да се користи *истражним односно инквизицијским начелом*, на начин да у току жалбеног поступка, а уколико сматра да је то потребно ради утврђивања одређене одлучне чињенице битне за рјешавање конкретне управне ствари, *ex officio* наређује извођење доказа те предузима друге радње и мјере са циљем утврђивања праве (објективне) истине?

У погледу *члана 103 ЗЈН-а БиХ* (битне повреде закона), може се констатовати да наведени члан нема крупних и суштинских управнопро-

³⁴ Начело материјалне истине представља једно од основних начела општег управног поступка које као такво прати судбину управног поступка од самог почетка дефинишући се као једно од његових главних обилежја. Значај начела материјалне истине у управном поступку огледа се, између осталог, и у томе што непотпуно или неправилно утврђено чињенично стање представља разлог због којег се рјешење може побјигати жалбом (ЗУП, чл. 219а), што се понављање поступка може покретати (и дозволити) уколико се чињенично стање заснива на нетачним, непотпуним и лажним подацима, исказима, наводима и документима (ЗУП, чл. 238) и што се у коначници коначни управни акт мањкав у формалнопроцесном смислу може оспоравати и у управносудско, поступку. В. Стеван Лилић, *Управно право, Управно процесно право*, Београд, 2009, стр. 527; Зоран Томић, *Опште управно право*, Београд, 2009, стр. 252; Петар Кунић, *Управно право*, Бања Лука, 2010, стр. 383.

цесних недостатака. Оно што је законодавац могао додатно нормирати јесте ситуација да *КРЖ може (мора) наставити жалбени поступак* чак и у случају да подносилац жалбе повуче жалбу уколико је иста уложена због апсолутно битне повреде одредаба ЗЈН-а БиХ.³⁵

2.5. Управнопроцесни недостаци у погледу Одјељка Д. – Жалба (Глава I – Поступак правне заштите)

У глави I новог Закона о јавним набавкама, Одјељак Д је посвећен жалби као редовном правном лијеку у оквиру којег је законодавац посебно обрадио проблематику везану за садржај жалбе (члан 105), поступак са неуредном жалбом (члан 106), изјављивање жалбе КРЖ-у (члан 107), накнада на жалбу (члан 108), поступање КРЖ-а по жалби (члан 109) као и суспензивно дјеловање жалбе (члан 110).

Анализирајући члан 105 новог ЗЈН-а БиХ, може се закључити да је законодавац проблематику садржаја жалбе регулисао на скоро идентичан начин као што је то био случај са чланом 50а старог ЗЈН-а БиХ, с тим да је у члану 105 новог ЗЈН-а БиХ изоставио обавезу да жалба, између осталог, мора да садржи и „доказе који потврђују благовременост подношења жалбе, у складу са роковима прописаним овим законом“³⁶ с обзиром на то да је у члану 99 ст. 3–5 новог ЗЈН-а БиХ предвидио у којим све ситуацијама постоји релативна законска претпоставка уредног уручења жалбе тако да терет доказивања благовремености жалбе није више на подносиоцу жалбе него на оној странци у поступку правне заштите која оспорава благовременост исте. Међутим, оно што се може примједбовати као управноправни недостатак у погледу садржаја жалбе и у контексту члана 50а старог ЗЈН-а и у контексту члана 105 новог ЗЈН-а БиХ јесте недостатак у погледу обавезног навођења у жалби тзв. *жалбеног захтјева* којим би се подносилац жалбе непосредно определијелио у погледу својих захтјева у односу на конкретну оспорену одлуку, односно предузету радњу или пропуштено чињење у поступку јавних набавки, а што је нпр. законодавац Републике Хрватске императивно одредио као један од главних елемената жалбе у поступку јавних набавки.³⁷

Анализирајући члан 108 новог ЗЈН-а БиХ који је посвећен проблематици накнада на жалбу, може се говорити о једном управно-

³⁵ В. ЗЈН Србије, чл. 157, ст. 3.

³⁶ В. стари ЗЈН БиХ, чл. 50а, ст. 1, т. ц).

³⁷ В. ЗЈН РХ, чл. 159, ст. 1, т. 8; Упор. Љубо Тодоровић, Менсур Хаџимусић, *Јавне набавке, друга књига*, Сарајево, 2014, стр. 28.

процесном недостатку тј. недоречености законодавца у погледу (не) могућности одбацивања жалбе од стране КРЖ-а уколико подносилац жалбе није уплатио административну таксу или је уплаћена супротно износима предвиђеним чланом 108 став 1 новог ЗЈН-а БиХ. У контексту овог недостатка односно недоумице, аутори Љубо Тодоровић и Менсур Хаџимусић у свом Коментару новог Закона о јавним набавкама, пружају квалитетно образложење и размишљање наводећи да „код одлучивања у управном поступку не може се жалба одбацити јер није уплаћена административна такса, већ је орган који одлучује дужан упознати странку на обавезу плаћања таксе, а истовремено наставити и окончати поступак по жалби, а таксу наплатити у посебном поступку путем надлежне пореске управе. Са оваквим рјешењем кореспондира и Међународна конвенција из ове области која одређује да је поступак по жалби одвојен од одлучивања по жалби и не може жалитељ због тога што није уплатио административну таксу изгубити право у одређеној управној ствари.“³⁸

2.6. Управнопроцесни недостаци у погледу Одјелка Е. – Одлучивање по жалби (Глава I – Поступак правне заштите)

У глави I новог Закона о јавним набавкама, Одјелак Е је посвећен процесној фази одлучивања по жалби у оквиру којег је законодавац посебно обрадио проблематику везану за одлуке по жалби (члан 111), спајање поступака (члан 112), одлучивање КРЖ-а (члан 113) и изузеће због сукоба интереса (члан 114).

Анализирајући члан 111 новог ЗЈН-а БиХ, може се констатовати да је исти оптерећен једним озбиљнијим управнопроцесним недостатком, као и са неколико недоумица односно недоречености законодавца. Наиме, у ставу 1 наведеног члана, законодавац је поближе прецизирао које све одлуке КРЖ може донијети у поступку правне заштите односно којим дијапазоном правних овлашћења КРЖ располаже када одлучује у жалбеном поступку. Међутим, дубљом анализом сваког овлашћења КРЖ-а појединачно, долази се до закључка да законодавац *није регулисао ситуацију мериторног одлучивања КРЖ-а у случају када уговорни орган не поступи по њеним налозима утврђеним у одлуци по жалби*, и то тако што се уговорни орган одлучи или на поступање *супротно* налозима и ставовима КРЖ-а или уопште *не предузме било какву активност* поводом донесене одлуке по жалби, у ком случају се његово непоступање

³⁸ Ibid., стр. 30.

може окарактерисати као „ћутање управе“.³⁹ У том смислу, законодавац је био дужан наведену управнопроцесну ситуацију додатно нормирати како би се избјегле све недоумице у вези са начином поступања и обиму овлашћења које КРЖ има/нема у наведеној ситуацији.

У погледу недоумица које се односе на члан 111 новог ЗЈН-а БиХ, од значаја је споменути оне управноправне недоумице које се директно јављају у ситуацији када се КРЖ користи овлашћењем поништавања уговора о јавној набавци или оквирног споразума. Наиме, прво што остаје нејасно, а што није случај са законодавцем Републике Србије,⁴⁰ да ли поступак поништења уговора мора бити (претходно) инициран од стране подносиоца жалбе по принципу *ex privato* или КРЖ без обзира на захтјев односно иницијативу подносиоца жалбе има право поништити уговор о јавној набавци односно оквирни споразум по принципу *ex officio*, тј. да ли је захтјев странке *conditio sine qua non* за поништење уговора о јавној набавци од стране КРЖ-а?⁴¹ Друга недоумица односи се такође на непрецизност и недореченост законодавца када је у питању поништење уговора о јавној набавци односно оквирног споразума. Наиме, у ставу 1 наведеног члана, законодавац се користио конструкцијом да „КРЖ може (а и не мора) ... поништити уговор о јавној набавци или оквирни споразум у околностима из става 2 овог члана“ док је у ставу 2 истог члана предвидио да „КРЖ ће поништити (по аутоматизму, без могућности било какве дискреционе оцјене) уговор о јавној набавци или оквирни споразум ако је уговорни орган...“. Анализирајући оба наведена става, остаје непознаница да ли је овлашћење КРЖ да поништи уговор о јавној набавци односно оквирни споразум истовремено и његова *ex lege* обавеза у таксативно набројаним ситуацијама из става 2, док то није случај у осталим (ненабројаним) ситуацијама или КРЖ у свакој ситуацији има право дискреционе оцјене да ли се у конкретном случају ради о најтежим (апсолутним) повредама одредбама закона када је реално очекивати да се поништи уговор о јавној набавци или се у конкретном случају ради о ситуацијама из става 3–6 наведеног члана када то и није *ex lege* и *ex officio* обавеза КРЖ-а? У том смислу, од законодавца Босне и Херцеговине се очекује да у првим новелама новог ЗЈН-а БиХ прецизира (и додатно уреди) наведену проблематику у ком случају му релевантна рјешења из ЗЈН-а Србије могу бити од користи.

³⁹ Упор. *Ibid.*, стр. 29.

⁴⁰ В. ЗЈН Србије, чл. 163 ст. 1.

⁴¹ Чланом 163 став 1 ЗЈН-а Србије, предвиђено је да „републичка комисија може сама или на захтев подносиоца или заинтересованог лица поништити уговор о јавној набавци ако утврди да је наручилац...“.

Наиме, завршавајући елаборирање на тему начина и поступка одлучивања КРЖ-а по жалби, аутор је мишљења да нови ЗЈН БиХ (као што то није случај био ни са старим ЗЈН-ом БиХ) није предвидио могућност да странке у зависности од сложености чињеничне грађе и правне проблематике траже одржавање *усмене расправе пред КРЖ-ом*.⁴² Усмена расправа, сама по себи, има читав спектар погодности и предности у односу на одлучивање по принципу искључиве писмене кореспонденције а посебно имајући у виду да све странке у жалбеном поступку на усменој расправи имају могућност да *ad hoc* износе и бране своје ставове, истовремено износећи контраставове те могућност КРЖ-а да у току самог излагања и дискусије странака *ad hoc* поставља питања са циљем (додатног) разјашњења и отклањања недоумица и нејасноћа уочених у току самог поступка.

2.7. Управнопроцесни недостаци у погледу Одјељка А. – Судска заштита (Глава II – Правна заштита против одлука КРЖ-а)

У глави II новог Закона о јавним набавкама, Одјељак А представља најважније нормативно поглавље ове главе посвећено судској заштити као најважнијем правном облику контроле рада КРЖ-а, у оквиру којег је законодавац посебно обрадио проблематику везану за управни спор (члан 115) и прекршајне одредбе (члан 116).

У контексту анализирања Одјељка А ове главе са управноправног аспекта, од посебној је значаја проанализирати члан 115 новог ЗЈН-а БиХ који, између осталог, предвиђа да уговорни орган и учесници у поступку могу против одлуке КРЖ-а покренути управни спор пред Судом Босне и Херцеговине у року од 30 дана од дана пријема одлуке, да се управни спор води по хитном поступку, да странке у поступку могу заједно са тужбом подносити захтјев за одгађање коначне одлуке КРЖ-а, у ком случају суд може својим посебним рјешењем, цијенећи јавни интерес и штету коју би одгађањем коначне одлуке КРЖ-а могло изазвати, одгодити извршење коначне одлуке КРЖ-а или на одређено вријеме или до доношења одлуке суда по тужби у управном спору.

⁴² Одржавање усмене расправе пред надлежном комисијом у жалбеном поступку познају и законодавац Републике Србије (вид. ЗЈН Србије, чл. 155) и законодавац Републике Хрватске (вид. ЗЈН РХ, чл. 166). Оба наведена законодавца су овој управнопроцесној материји посветили посебну пажњу предвидјевши могућност да странка поднесе образложен приједлог за одржавање усмене расправе о чему коначно одлучује надлежна комисија за разматрање жалби након што заприми одговор свих осталих странака у жалбеном поступку.

Наиме, анализирајући наведени члан, долази се до закључка да је законодавац пропустио да експлицитно напомене (односно предвиди) да се *управни спор може покретати и у ситуацији када КРЖ није донијела своју одлуку у предвиђеним роковима* (ћутање управе) те да *подношење тужбе по правилу не одлаже извршење коначне одлуке КРЖ-а*, мада се, тумачећи став 3 истог члана, може посредно доћи и до овог закључка.

3. ЗАКЉУЧАК

Квалитативном анализом одредаба новог Закона о јавним набавкама Босне и Херцеговине, може се доћи до неколико закључака који се непосредно тичу његове суштине.

Прво, нови ЗЈН БиХ сигурно представља корак унапријед када је у питању системско регулисање проблематике јавних набавки у Босни и Херцеговини у односу на стари Закон о јавним набавкама из 2004. године, како у погледу квантитета (броја чланова и обима законодавчеве нормативне пажње) тако и у погледу квалитета нових законских рјешења, посебно у дијелу у коме је законодавац регулисао поступак ревизије јавних набавки (правна заштита).

Друго, користећи се упоредноправним методом, а стављајући законска рјешења новог ЗЈН-а БиХ у упоредни контекст са ЗЈН-ом Србије и ЗЈН-ом РХ, долази се до закључка да се законодавац Босне и Херцеговине у великој мјери користио њиховим постојећим (и квалитетним) законским рјешењима (посебно ЗЈН-ом РХ), што никако није за осуду уколико је законодавац Босне и Херцеговине прије имплементирања релевантних законских рјешења других држава у региону у нови ЗЈН БиХ обазриво проанализирао нормативну компатибилност истих са својим правним системом те њихове практичне предности и недостатке.

Треће, након свеобухватног сагледавања ЗЈН-а БиХ са управноправног аспекта, и поред већег броја (материјалних и процесних) предности, може се закључити да нови системски пропис из области јавних набавки није остао имун на поједине (више или мање озбиљне) управноправне недостатке, чије отклањање законодавац треба да изврши у првим сљедећим новелама, чиме би се директно утицало на повећање степена правне сигурности Босне и Херцеговине те квалитетније провођење овог системског закона у пракси, на задовољство свих њених адресата.

Robert Jović, LL.M

PhD Candidate at the Faculty of Law, University in Belgrade

Head of Service for Legal, Personnel and General Affairs

„Water supply and Sewerage“ Joint-stock Company Bijeljina

ADMINISTRATIVE-PROCEDURAL ASPECTS OF THE NEW LAW ON PUBLIC PROCUREMENT IN BOSNIA AND HERZEGOVINA

Summary

*Eurointegration process imposes candidate countries conducting an entire spectrum of system and substantive reforms in all major spheres of state and social order, among which the area of using or spending public (budget) funds stands out. In this context, all system regulations in the field of public procurement are being subjected to the process of harmonization with the *acquis communautaire*, with the goal of achieving universal values and principles upon which the European Union is set (e.g. transparency, equal access to legal protection, efficiency, effectiveness, non-discrimination, etc.). With reference to this, in this paper, the author will qualitatively discuss and analyze administrative-judicial aspects of the new Law on Public Procurement in Bosnia and Herzegovina from 2014, especially from the perspective of disadvantages of the previous Law on Public Procurement in Bosnia and Herzegovina from 2004, bearing in mind that the process of legal protection in public procurement is primarily carried out by the rules of (special) administrative procedure (legal protection procedure) and, if necessary, by general rules of administrative procedure. In this context, in case the author identifies administrative-judicial deficiencies or legal gaps within the field of legal protection of the parties in public procurement processes, the author will offer specific procedural and other solutions aimed at elimination of those deficiencies (or neutralization of their negative implications), which directly or indirectly exist in legal solutions in the field of public procurement in the Republic of Serbia and the Republic of Croatia, and which, in practice, have proved to be meaningful, legitimate and socially beneficial.*

Key words: *Law on Public Procurement in Bosnia and Herzegovina, Law on Public Procurement in the Republic of Serbia, Law on Public Procurement in the Republic of Croatia, legal protection, administrative procedure, specific administrative procedure.*

СТРАНКА У УПРАВНОМ ПОСТУПКУ И ПОКРЕТАЊЕ ПОСТУПКА

Љубодраг Пљакић*

Апстракт: У овом реферату аутор је обрадио два основна питања у управном поступку која могу битно да утичу на законитост читавог поступка. Сам повод за писање о страначкој легитимацији и покретању управног поступка је у чињеници да се, последњих година, о тим питањима недовољно води рачуна, чему су допринели и неки погрешни правни ставови.

Будући да се ради о примени Закона о општем управном поступку који је актуелан ево већ око 60 година, било је неопходно да се подсетимо одавно заузетих пречишћених правних ставова управно-судске праксе, још увек актуелних. Ови правни ставови су значајни и у материјама које су новијег датума, ако специјалним законима није предвиђено другачије поступање, али увек у складу са начелима Закона о општем управном поступку.

Реферат је намењен у првом реду практичарима у управи и у управно-судском поступку, али је од користи и за теоријска разматрања.

Увод

Одавно је речено да процесни закони и процесне одредбе у материјалним законима представљају демократију било ког поступка. И заиста, ако се зна да у правном поретку државе Србије преко 80% прописа представљају они, које у најширем смислу називамо „управни“, онда је више него јасно од каквог је значаја добро уређен процесни – управ-

* Судија Врховног касационог суда у пензији

ни закон и, у још већој мери, стабилна судска пракса у његовој примени. То, даље, значи поштовање права странке на очекивано решење у управном поступку или очекивану пресуду суда у управном спору, што представља закониту одлуку државног органа у примени права на основу утврђених одлучних чињеница. Право странке да учествује у поступку и да јој се омогући да се изјасни о битним разлозима за доношење решења једно је од основних њених права приликом учешћа у поступку.

Закон о општем управном поступку – у даљем тексту: ЗУП, у своја два прва члана јасно утврђује ко је дужан да примењује овај закон: државни органи, када у управним стварима, уз непосредну примену прописа, одлучују о правима, обавезама и правним интересима физичких и правних лица. Такође, његова примена се односи и на предузећа и на друге организације које обављају исте послове, под условом да су снабдевени јавним овлашћењима, повереним им законом.

Правничкој јавности која се бави овим процесним законом познато је да одредба члана 3 предвиђа могућност да се одредбама посебних закона, којима се уређује одређена област (на пример: Царински закон, Закон о пореском поступку..., Закон о заштити конкуренције...) могу предвидети и посебна одступања од ЗУП-а. Аутор жели да посебно скрене пажњу на чињеницу коју и законодавац често испушта из вида: да та одступања морају да буду у сагласности са начелима ЗУП-а. Сматрам да је Управни суд овлашћен да и сам, не чекајући реакцију Уставног суда по одговарајућем правном средству, одлучи да не примени посебну одредбу из специјалног закона која није у складу са ЗУП-ом.

I. СТРАНКЕ У УПРАВНОМ ПОСТУПКУ

ЗУП у члану 39 предвиђа три својства странке у управном поступку са којим се оне могу појавити:

1. Странка је лице по чијем је захтеву покренут поступак (лице које подноси захтев за издавање грађевинске дозволе, употребне и других дозвола у управном поступку има ово својство);

2. Положај странке има и лице против кога се води управни поступак (на пример, када власник стана искипује песак на тротоар ради извођења радова у стану, овлашћени инспектор ће му наложити да уклони песак, на који начин власник стана стиче положај странке);

3. Два претходна својства релативно су лако препознатљива у пракси. Треће својство задаје мало више проблема у вођењу поступка. Има се у виду лице које нити је ставило захтев за покретање поступка, нити се против њега води поступак, али које, ради заштите својих права и правних интереса, има право да учествује у неком другом поступку. Као пример се, најчешће, узима сусед који има правни интерес да учествује у поступку покренутом по захтеву његовог суседа за издавање грађевинске или употребне дозволе, тврдећи да се објекат гради (изграђен је) на мањој удаљености од међне линије у односу на правила градње. Пошто се у управни поступак улази радњама службеног лица које води поступак, такво лице подноси захтев за учешће у поступку наводећи чињенице и уз доставу доказа. Службено лице ће их оценити и о томе донети посебан закључак против кога је дозвољена посебна жалба (члан 129 ЗУП-а).

Од каквог је значаја питање учешћа странке у поступку види се из чињенице да током целог управног поступка орган води рачуна по службеној дужности да ли лице које се појављује као странка заиста и може да буде странка у управном поступку.

1. Ко може бити странка у поступку?

Питање страначке легитимације различито је регулисано у управном и парничном поступку, па се ове ствари често мешају и у управном спору у коме се оцењује законитост аката донетих у управном поступку. У парници се као странке појављују физичка лица и правна лица са својством правне личности. Државни орган се не може појавити као странка, већ територијална јединица чији је то орган (држава Србија за обавезе свог државног органа и јединица локалне самоуправе за обавезе својих органа).

У управном поступку, као странке се такође појављују физичка лица, али и правна лица без обзира на то да ли имају својство правне личности, уз обавезан услов: да могу бити титулари права и обавеза и правних интереса о којима се решава у поступку.

У управном поступку странке могу бити и државни органи и организације. Такође, и насеље и група лица, заселак, који дакле, немају својство правног лица, могу бити странке. На пример, насеље или заселак у неком селу може бити странка у поступку ако треба да се каптира одређени извор ради напајања водом групе корисника (насеље

„Петровићи“ и они корисници који у том крају имају викендице). Исто тако, група лица може имати својство странке ако треба да поправи или асфалтира пут до њихових кућа. Ко ће заступати њихове интересе код органа, примати пошту, зависи од тога кога ће у том правцу саме странке овластити.

Странка у управном поступку може бити и синдикална организација ако се поступак односи на неко право или правни интерес члана те организације. Тај положај могу имати и државни тужилац када је овлашћен да штити јавни интерес, као и јавни правобранилац ако је овлашћен да штити јавни интерес државе Србије или одређене јединице локалне самоуправе. Важно је рећи да јавни тужилац и јавни правобранилац када се нађу у положају странке не могу имати повољнији третман у односу на друге странке.

Странка у поступку може сама себе заступати, а може имати и пуномоћника који ће у њено име и за њен рачун предузимати радње у поступку. Правни учинак тих радњи је као да их је предузела сама странка.

Оно о чему се у пракси недовољно води рачуна је садржина датог пуномоћја: шта је то на шта странка пуномоћника овлашћује: заступање у читавом управном поступку, заступање у одређеним процесним радњама, на пример, на расправама, али да се одлуке достављају непосредно странци...

Странка може имати и стручног помагача. Он није пуномоћник странке, већ га странка ангажује ради одређених стручних питања за која нема потребна знања. Јасно је да се и стручни помагач уводи у поступак закључком службеног лица.

2. Управно-судска пракса

У примени ЗУП-а је богата судска пракса јер се ради о закону донетом на почетку друге половине XX века, важећем још увек, тако да многи правни ставови заузети у његовој примени још увек имају правну важност, а са новима чине заокружену целину.

„Иако се поступак покреће по службеној дужности ако је актом решавано о праву, односно обавези одређеног лица, не може се сматрати да лице о чијем је праву односно обавези решавано нема право на жалбу односно да нема положај странке.“¹

¹ Савезни Врховни суд Уж. 3643/58 од 26.9.1958. године

Постоје слични правни ставови заузети у грађанској материји и у управном поступку. Тако је, на пример, у грађанској материји 80-их година усвојен правни став да лица која су самодоприносом изградила део електричне мреже, која је пренета на електропредузеће, не могу забранити другим мештанима, који нису учествовали у завођењу самодоприноса, да се прикључе на елетромрежу под условима које прописује ово јавно предузеће, јер је то његово основно средство.

„Лице које је са осталим грађанима самодоприносом учествовало у изградњи електричне мреже, нема положај странке у поступку у коме друго лице, које није учествовало самодоприносом, захтева да се прикључа тој електричној мрежи.² Врло често се о правном положају странке не може закључити на основу цитиране одредбе члана 39 ЗУП-а, већ се мора истовремено консултовати и материјални пропис који уређује одређену област.“

„Права, обавезе и правни интерес лица у одређеној управној ствари произлазе из прописа којима се уређују поједине управне материје, тако да се питање страначке способности мора ценити не само с обзиром на одредбу члана 49 ЗУП-а (ранији члан, прим. аутора) већ и на материјални пропис из кога за лице произлази какво право, обавеза или правни интерес.“³

У поступцима код Врховног суда Србије вођени су бројни управни спорови поводом надзиђивања и претварања заједничких просторија у станове, па је логично што је и формиран правни став у односу на страначку легитимацију у тим предметима:

„Кућни савет не може бити странка у поступку када се примењује Закон о надзиђивању зграда и претварању заједничких просторија у станове.

Овлашћење за учешће током целокупног поступка има скуп станара зграде, као и етажни власници и носиоци станарског права.“⁴

Закон о враћању утрина и пашњака селима на коришћење, овим је признато својство учесника у поступку па тиме и страначка легитимација да поднесу захтев за одговарајуће промене у катастру.

„Врховни суд је ценио наводе тужиоца изнете у тужби, али је нашао да нису основани и да не могу довести до другачије оцене

² ВСС У. 1130/81 од 7.10.1981. године

³ ВСС У. 56/96 од 12.9.1996. године

⁴ Правни став Одељења за управне спорове ВСС од 28.1.1988. године

законитости оспореног решења, а посебно оних који се односе на то да село Б нема својство правног лица и да не може бити носилац права и обавеза. Наиме, одредбама Закона о враћању утрина и пашњака селима на коришћење ('Сл. гласник РС' бр. 16/92), предвиђено је да је селима признато својство учесника у поступку, те да у том смислу села могу стећи право коришћења на земљишту, а самим тим и могућност да своје право упишу у катастар земљишта⁵.

У управно-судској пракси одомаћен је правни став да првостепени орган не може да поднесе тужбу у управном спору против решења другостепеног органа који је одлучивао по жалби против решења тог првостепеног органа. То је зато што је управни поступак, првостепени и другостепени, јединствен па је законитост решења у управном поступку резултат законом уређеног поступка у коме је другостепени орган виши орган, а органи у управном поступку не одлучују о својим правима и интересима, већ о правима и обавезама других лица.

„Према ставу ВСС, Општинска управе В као тужилац, према стању у списима у управном поступку у коме је одлучивано о захтеву мајке детета о упису чињенице рођење детета у матичну књигу рођених, није била странка. Стога, по налажењу овог суда, у конкретном случају не постоје услови за активну легитимацију тужиоца у смислу члана 12 ЗУС-а, јер донетим решењем није повређен његов непосредни лични интерес, нити је у управном поступку решавано о неком његовом праву или правном интересу заснованом на закону.“⁶

„Активно је легитимисан за подношење тужбе у управном спору против решења којим је одлучено о захтеву за регистрацију реда возње у међумесном линијском превозу путника, осим превозника о чијем је захтеву одлучено решењем и превозник који има већ одобрен ред возње на истој линији.“⁷

„Како се и види из оспореног решења, тим решењем је по жалби заинтересованих лица у овом управном спору поништено решење првостепеног органа којим су одбијене као неосноване пријаве заинтересованих лица за легализацију привремених пословних објеката – промену статуса објеката из привременог у сталне пословне објекте на означеној катастарској парцели, па имајући у виду да се у конкретном случају ради о легализацији бесправно изграђених објеката у смислу

⁵ ВСС У. 1873/02 од 22.1.2003. године

⁶ Решење ВСС У. 2749/05 од 10.3.2006. године

⁷ Правно схватање Управног одељења ВСС од 22.5.2007. године

члана 160 и 161 Закона о планирању и изградњи („Сл. гласник РС“ бр. 47/03 и 34/06), то Врховни суд Србије налази да општина нема легитимацију да поднесе тужбу у управном спору ради поништаја другостепеног решења донетог у поступку легализације бесправно изграђених објеката, у смислу члана 12 ЗУС-а.“⁸

II ПОКРЕТАЊЕ ПОСТУПКА И ЗАХТЕВИ СТРАНКА

1. Покретање поступка

Веома важно питање првостепеног управног поступка је његово покретање. Ко заправо, покреће поступак? Оно што никако не сме да се сметне са ума (важно је питање и за студенте права, прим. аутора) је да управни поступак увек покреће надлежни орган. Дакле, на питање ко покреће поступак, одговор је увек надлежни орган. Међутим, на питање како се покреће поступак одговор је: по службеној дужности или поводом захтева странке.

Објашњење за покретање управног поступка се налази у одредби члана 56. ЗУП-а. Она предвиђа да, уколико орган оцени да није надлежан за поступање по захтеву странке, упозориће је на то. Ако странка ипак, инсистира да орган прими такав поднесак, службено лице је дужно да прими поднесак и, уколико нађе на није надлежан, одбациће га због ненадлежности без налагања.

Због тога изненађује сентенца Врховног касационог суда,⁹ према којој:

„Сазнањем Комисије (Комисија за заштиту конкуренције, прим. аутора) да је учињена повреда конкуренције, покренут је поступак по службеној дужности за утврђивање повреде, па се на тај поступак примењују прописи важећи у моменту сазнања.“

ЗУП у одредби члана 115 предвиђа да је „поступак покренут чим орган изврши ма коју радњу ради вођења поступка што значи да је потребна активна радња органа (расписивање и заказивање расправе...)“. У ставу 2 истог члана предвиђено је да уколико орган поводом стављеног

⁸ Решење ВСС У. 6139/06 од 4.4.2007. године

⁹ Сентенца из пресуде ВКС УЗП.70/12 од 13.7.2012. године усвојена на седници Грађанског одељења 25.9.2012. године – Билтен ВКС 1/2013 стр. 202

захтева странке нађе да нема услова за покретање поступка, донеће закључак о одбацивању захтева странке.

И сам Закон о заштити конкуренције¹⁰ у члану 35 предвиђа да „Комисија покреће поступак испитивања повреде конкуренције по службеној дужности када на основу достављених иницијатива, информација и других расположивих података основано претпостави постојање повреде конкуренције...“ а ставом 2 истог члана предвиђено је да о покретању поступка председник Комисије доноси закључак! Дакле, никако се не може закључити да се поступак код Комисије покреће сазнањем да је учињена повреда конкуренције.

По службеној дужности надлежни орган покреће поступак ако га на то обавезује закон или други пропис или ради заштите јавног интереса. Правни ставови у прилог изречених ставова аутора важећи су већ неколико деценија!

„У стварима у којима се поступак може покренути само поводом захтева странке, захтев у материјалном смислу треба да буде такав да се о њему уопште може решавати у управном поступку.“¹¹

„Према правилима управног поступка, орган надлежан за покретање управног поступка није дужан да о покретању поступка доноси посебан закључак осим ако таква обавеза није предвиђена по одредбама посебног управног поступка законом којим се регулише поједина управна материја. Стога ни жалба против закључка о покретању управног поступка, када обавеза доношења таквог закључка није предвиђена ни одредбом посебног управног поступка, није допуштена и треба је одбацивати.“¹²

2. Спајање ствари у један поступак

Једно од начела ЗУП-а је и начело ефикасности. У фази покретања управног поступка ово начело има значај код спајања више ствари у један поступак. Наравно да у томе постоје одређена правила. Спајању ствари у један поступак има места ако се а) права и обавезе странака заснивају на истом или сличном чињеничном стању, б) на истом правном основу и в) ако је орган који води поступак у погледу свих предмета стварно надлежан (члан 117 ЗУП-а). Ово без обзира да ли се ради о правима и

¹⁰ Службени гласник РС бр. 51/09 и 95/13

¹¹ ВСС У. 6053/65 од 8.2.1986. године

¹² ВСС У. 968/86 од 17.12.1986. године

обавезама више странка. Само по себи се разуме да наведени услови морају да буду кумулативно испуњени!

„Ако се странка истовремено жали против два или више првостепених решења, другостепени орган може донети решење по свим жалбеним захтевима, уколико има места спајању ствари у један поступак.“¹³

3. Измена захтева и одустанак

Једном стављени захтев за покретање поступка може се:

- а) проширити;
- б) ставити други захтев уместо ранијег.

За разлику од услова код спајања ствари у један поступак, проширивање захтева или стављање другог захтева се врши без обзира на то да ли се заснивају на истом правном основу, али је морао да буде испуњен услов да се заснивају на битно истом чињеничном основу.

У управно-судској пракси је примећено да странке нису довољно упознате до које фазе вођења поступка могу да мењају или проширују захтев. ЗУП каже све до доношења решења у првом степену. Крајње логично, с обзиром на то да једном стављени захтев опредељује чињенично-процесну грађу која треба да буде предмет утврђивања у поступку.

„Наследник покојног осигураника, који је за живота ставио захтев за признавање извесних права из социјалног осигурања, не може, како у управном поступку, тако ни у судском, стављати нови захтев уместо осигураника, а исто тако не може ни стављени захтев осигураника мењати и допуњавати.“¹⁴

„Како је тужилац предлог за понављање поступка засновао на одредби члана 239 став 1 тачка 1 ЗУП-а, који није изменио до доношења закључка првостепеног органа, тужилац не може накнадно, ни у жалби, ни у тужби, да измени захтев истицањем још једног новог основа за понављање поступка, јер је то противно одредби члана 120 став 1 ЗУП-а, којом је прописано да након покретања поступка, странка може до доношења решења у првом степену проширити стављени захтев или уместо ранијег захтева ставити други, без обзира на то да ли се

¹³ Савезни Врховни суд Уж. 9592/59 од 9.1.1960. године

¹⁴ ВСС Уж.10233/63 од 5.12.1963. године

проширени или измењени захтев заснивају на истом правном основу, под условом да се такав захтев заснива на битно истом чињеничном стању.¹⁵

Странка може одустати у току читавог поступка од већ стављеног захтева. О томе орган доноси закључак будући да сваки поступак мора да се оконча одлуком органа у процесном смислу. Међутим, ако орган оцени да је потребно да се вођење поступка настави у јавном интересу, или (у двостраначким предметима) ако супротна странка то захтева јер хоће да о одређеној ствари добије извршну одлуку, орган ће наставити да води поступак. Све док орган не донесе закључак поводом одустанка странке од поднетог захтева и не достави га странци, странка може опозвати свој одустанак и у том случају се поступак наставља.

„Пријава једног лица на конкурс има карактер његовог захтева као странке у управном поступку. Стога то лице може повући своју пријаву, а може и опозвати и одустанак од пријаве за учешће на конкурс све док није донета одлука у вези повлачења пријаве.“¹⁶

„О обустави поступка услед одустанка странке од поднетог захтева за покретање управног поступка надлежан је да одлучи онај орган управе који је надлежан у одговарајућем стадијуму управног поступка, што значи да поступак може да обустави и другостепени орган, ако је одустанак учињен пре доношења другостепеног решења.“¹⁷

„У двостраначким управним стварима странка, чијем захтеву је удовољено првостепеним решењем не може одустати од свог захтева, јер противна странка има право жалбе против таквог решења, а одустанком од захтева не може јој се то право одузети.“¹⁸

4. Поравнање

О поравнању се ретко говори у управном поступку, ваљда и из разлога што се ради о односу странке и државних органа у коме се захтев странке уважава или одбија па да, сходно томе, и нема могућности за сачињавање поравнања. Ипак, ЗУП у члану 124 предвиђа настојање органа да се странке поравнају ако у поступку учествују две или више странака са супротним захтевима.

¹⁵ Пресуда ВСС У. 5952/04 од 6.4.2006. године

¹⁶ ВСС У. 11263/64 од 4.2.1965. године

¹⁷ ВСС У. 6299/67 од 13.7.1967. године

¹⁸ Савезни Врховни суд У. 9520/60 од 11.4.1961. године

Законодавац ипак, поставља извесна ограничења код закључивања поравнања. Закључено поравнање не сме да буде на штету (треба да стоји „у супротности са“ – прим. аутора) јавног интереса, јавног морала и на штету јавног интереса трећих лица. Орган би био у обавези да одбије закључење таквог поравнања.

Закључивање поравнања најчешће срећемо у поступцима експропријације. Наиме, по правноснажности решења о експропријацији по службеној дужности покреће се поступак накнаде за експроприсану имовину па се корисник експропријације и ранији власник могу поравнати о врсти и висини накнаде. Брана могућим злоупотребима је сагласност јавног правобраниоца за тако закључено поравнање.

Закључено поравнање има снагу извршне исправе. Каква је његова правна природа? Поравнање у управном поступку није одлука државног органа у мериторном смислу, оно је споразум између странака. Због тога се против њега не може улагати жалба, нити водити управни спор, већ се може тражити (као и код судског поравнања) поништај у парници код надлежног суда због принуде, силе или претње.

„Поравнање које ЗУП предвиђа као могуће под одређеним условима, у управном поступку не представља решење о правима и обавезама странака, већ уређивање спорног односа споразумом између странака. Стога се оно може побијати одговарајућим правним средством само код надлежног суда.“¹⁹

На основу изложеног може се

Закључити

Закључивање у овом реферату иде у правцу стриктне примене одредаба ЗУП-а. То значи:

1. Странака у управном поступку је лице а) које је ставило захтев за покретање поступка, б) против кога се води поступак и в) које ради заштите својих права и правних интереса учествује у поступку;

2. Странке у управном поступку могу бити насеља, засеоци, групе лица, државни органи и организације које немају својство правног лица, под условом да могу бити титулари права и обавеза о којима се решава;

¹⁹ ВСС Увп1. 129/82 од 12.8.1982. године

3. У току целог поступка орган пази по службеној дужности да ли лице које се појављује као странка може да буде странка у поступку;

4. Стручни помагач у управном поступку није пуномоћник странке, већ јој даје савете у погледу стручних питања;

5. Управни поступак увек покреће надлежни орган. Ако нађе да нема услова за вођење поступка одбациће захтев странке.

Поступак се покреће по захтеву странке или по службеној дужности;

6. Више управних ствари могу се спојити у један поступак ако се заснивају на истом или сличном чињеничном и истом правном основу и уколико је орган стварно надлежан за сваки од захтева;

7. Све до доношења решења у првом степену странка може проширити захтев или уместо ранијег ставити нови захтев;

8. Странка може одустати од захтева у току целог поступка. Изузетно, уколико има услова да се поступак води по службеној дужности, наставиће се.

До достављања странци одлуке о одустанку од захтева, странка може опозвати свој захтев;

9. Поравнање у управном поступку има снагу извршне исправе. Против њега се не може улагати жалба нити водити управни спор, већ се може тражити поништај у парници због принуде силе и претње, с обзиром на то да је оно, по својој правној природи, уговор између странка.

Ljubodrag Pljakic
a retired judge of the Supreme Court of Cassation

A PARTY IN AN ADMINISTRATIVE PROCEDURE AND THE INITIATION OF A PROCEDURE

Summary

In this paper, the author has treated two basic issues in the administrative procedure that can significantly affect the legality of the entire procedure. The very reason for writing about party legitimacy and the initiation of an administrative procedure lies in the fact that, in recent years, such questions have not been sufficiently taken into account, to which some erroneous legal stances have contributed as well.

As at issue is the application of the Law on the General Administrative Procedure, which has been in effect for almost 60 years now, it was necessary to refer to some revised legal stands of the administrative court practice that were taken a long time ago and which are still topical. Those legal stands are also important in more recent matters if no different action is envisaged by some special laws, but one must always abide by the Law on the General Administrative Procedure.

This paper is primarily intended for practitioners in administration and in an administrative court procedure, but it is also useful for theoretical research.

РАДНО ПРАВО

ФОРМИРАЊЕ И ПОЗИЦИЈА САВЈЕТА РАДНИКА

Проф. Др Жељко Мирјанић*

Апстракт: Предмет упоредне анализе су одредбе закона о раду које се односе на савјет радника и закона о савјетима радника у земљама региона названог „Западни Балкан“. У раду је дата упоредноправна анализа одговарајућих законских одредаба у Републици Српској, Федерацији Босне и Херцеговине, Србији и Хрватској.

Кључне ријечи: законско уређивање права радника на партиципацију (информисање, консултовање, саодлучивање), савјет радника, сарадња савјета радника и синдиката, споразум између савјета радника и послодавца.

УВОД

Савјет радника је облик организовања радника у циљу остваривања права на партиципацију (информисање, консултовање, саодлучивање) и представља важан предмет законског уређивања колективних права радника. Уставни основ за законско уређивање је одредба Устава Републике Српске (чл. 65) по којој запослени имају право учешћа у управљању предузећем, у складу са законом. Савјета радника је предмет одредби закона о раду као општег извора радног права и посебног закона. Према Закону о раду¹ (чл. 124) посебним законом се ближе уређује начин избора, састав, овлашћења и друга питања у вези са успостављањем и радом савјета радника. Економско и социјално уређење Републике засни-

* Редовни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, за ужу научну област Радно и социјално право.

¹ Закон о раду („Службени гласник Републике Српске“, број: 38/00, 40/00, 47/02, 38/03, 66/03 и 20/07).

ва се на равноправности свих облика својине, слободном привређивању, самосталности предузећа и других облика привређивања у стицању и расподјели добити, слободном кретању робе, рада и капитала (Устав, чл. 50) и нема континуитета између законског уређивања права радника на партиципацију и самоуправног одлучивања радника у претходном раздобљу развоја радних односа, а које се заснивало на друштвеној својини и самоуправљању. Да нема континуитета показује и систематика Закона о савјетима радника,² у којој нема прелазних одредаба и ознаке закона који престаје да важи, а што је према правилима правне технике садржај систематике закона.³ У питању је први посебан закон који у правном систему Републике уређује учешће радника у управљању, те у завршним одредбама није одређено који закон престаје да важи ступањем на снагу овог закона. Закони који први пут уређују неку област или неке односе немају прелазне одредбе. У нашој законодавној пракси у правилу се доносе закони који на различит начин уређују исте односе, ситуације и случајеве, те прелазне одредбе редовно представљају саставни дио закона. У питању су закони и односи, ситуације и случајеви код којих постоји правни континуитет и гдје је потребно одредити који се закон примјењује на затечене случајеве.⁴

За уређивања колективних права радника у оквиру правне реформе започете почетком овог вијека тражена су одговарајућа нормативна рјешења у међународном радном праву и радном законодавству европских земаља у циљу усклађивања (хармонизације) домаћег радног права са правом Европске уније (у даљем тексту: ЕУ). Процес хармонизације радног права и других грана права започео је у Босни и Херцеговини усљед њеног специфичног положаја, годинама прије потписивања Споразума о стабилизацији и придруживању 2008. године. Упркос томе, законске одредбе о савјету радника као и у другим земљама Западног Балкана, нису усљед објективних и субјективних разлога усклађене са правом ЕУ. Динамика и обим усклађивања права објективно зависе од могућности поједине државе да се приближи степену економског и социјалног развоја ЕУ, а субјективно зависи од капацитета институција власти и друштвених партнера да према достигнутом степену развоја креирају промјене одређених грана права.⁵

² Закон о савјетима радника („Службени гласник Републике Српске“, број 26/01).

³ Правила правне технике за израду закона и других прописа Републике Српске („Службени гласник Републике Српске“, број 24/14).

⁴ Жељко Мирјанић, *Писање и доношење закона*, стр. 86.

⁵ Жељко Мирјанић, *Значај социјалног дијалога у процесу усклађивања домаћег права са правом Европске уније*, стр. 130.

Основне функције савјета радника у заштити права радника јесу консултовање и саодлучивање са послодавцем о економским и социјалним правима радника, информисање радника и праћење да ли послодавац уредно уплаћује доприносе за социјално осигурање. Савјет радника не може организовати штрајк или друге облике индустријске акције, нити се може мијешати у колективни радни спор који може довести до такве акције. Улога савјета радника није супротстављена улози синдиката, али је неопходно да се јасно и прецизно уреди како би се спријечили могући сукоби. Како се наводи у литератури, битни захтјеви у погледу социјално-економских права и интереса су заједнички и неодојиви. Догађа се да се синдикат и радници не слажу у питањима тактике и стратегије, али када један од ова два субјекта нуди, и чини извјесним, заштиту важних социјално-економских права и интереса, онда овај други не може томе опонирати, напротив то би морао да подржи.⁶ Поред значаја који има за заштиту права радника, партиципација (учешће) радника представља саставни дио социјалне демократије. Читав низ реформи са којима се суочавају економске и друштвене реформе у земљама транзиције, захтијева ангажовање свих расположивих друштвених снага у савладавању тих тешкоћа и ограничења, као и консензус свих релевантних друштвених снага о путевима неопходних и неизбјежних реформи, а с друге стране, по својој суштини, на дуги рок, социјална демократија представља средство, односно ефикасан збир инструмената, који омогућује интеграцију стваралачких снага друштва на остваривању демократски утврђених и општеприхваћених циљева и стратегије развоја друштва.⁷ Социјално-политичка подлога партиципације запослених садржана је у најширим друштвеним захтјевима да се унаприједи индустријска демократија, као нераскидив дио општеполитичке демократије.⁸

Насупрот томе што примјена законских одредаба којима је уређено успостављање савјета радника афирмише слободу радничке партиципације и демократски начин избора чланова савјета, није избјегнута маргинализација савјета радника. Радници ријетко користе законом уређене могућности за формирање савјета радника. Овај рад полази од тезе да је неопходно искористити и унаприједити постојеће законске оквире за заштиту и унапређење радничке партиципације, а има за циљ да, поред указивања на могућа другачија нормативна рјешења, под-

⁶ Влајко Брајић, *Радно право*, стр. 492.

⁷ Дарко Маринковић, *Свет рада – стари изазови у новом добу*, стр. 250.

⁸ Предраг Јовановић, *Радно право*, стр. 380.

стакне развој радничке партиципације по угледу на искуства појединих европских земаља.

Предмет правне анализе су одредбе Закона о савјетима радника у Републици Српској и Закон о вијећу запосленика у Федерацији Босне и Херцеговине⁹ које се односе на право радника да формирају савјет радника, да бирају и да буду бирани у савјет, да као чланови савјета имају посебну заштиту у погледу отказа уговора о раду и на уређивање ових питања споразумом између савјета радника и послодавца.¹⁰ Разлози зашто није дата шире упоредна анализа радног законодавства земаља у региону јесу у чињеници да у Републици Србији није донесен посебан закон о савјетима запослених, иако је то предвиђено општим извором радног права, а закони којима су уређени радни односи у Црној Гори и Македонији немају посебне одредбе о савјету радника. У циљу упоредне правне анализе и проналажења нормативних рјешења примјењивих у процесу усклађивања домаћег радног права са правом ЕУ, предмет анализе су и одредбе о радничком вијећу у радном праву Републике Хрватске.¹¹

Правима радника која се остварују преко савјета радника одговарају дужности послодавца које се односе на консултовање, саодлучивање, те информисање савјета и радника, обезбјеђење материјалних и административно-техничких услова за спровођење избора за чланове савјета. Као што колективним правима радника која се остварују преко савјета радника одговарају одређене дужности послодавца, тако и чланови савјета имају одређене дужности према послодавцу као што је, на примјер, чување пословне тајне. Дужност чувања пословне тајне указује на чињеницу да је једна од претпоставки за провођење законских одредаба о савјету радника сарадња и међусобно повјерење савјета и послодавца.

⁹ Закон о вијећу запосленика („Службене новине Федерације Босне и Херцеговине“, бр. 38/04).

¹⁰ У тексту је коришћен назив *савјет радника* као у поменутим законима у Републици Српској. Код упоредне правне анализе других закона који уређују партиципацију радника, коришћени су у циљу прегледности текста називи коришћени у тим законима: *савјет запослених*, *вијеће запослених* и *радничко вијеће*. Различити називи означавају исто облик реализације права радника на партиципацију.

¹¹ Разлози за то су слична свијест радника и правна традиција у радном праву формиране током претходног вијека и чињеница да земље у региону пролазе процес хармонизација права који је Хрватска прошла прије стицања статуса чланице ЕУ.

1. ПРАВО РАДНИКА ДА ФОРМИРАЈУ САВЈЕТ РАДНИКА

Радници самостално у демократском поступку одлучују да ли ће формирати савјет радника и послодавац не може формално утицати на право радника да формирају савјет, на избор и број чланова савјета. Формална ограничења за раднике су забрана формирања савјета у одређеним областима и прописани услови за формирање савјета. Забрана се односи на запослене у војсци, полицији, органима правосуђа и управе, а услови се односе на број радника запослених код послодавца и број радника чија је подршка потребна за доношење одлуке о формирању савјета радника. Анализирани законске одредбе садрже правило по коме радници могу формирати савјет радника код послодавца који запошљава одређени минималан број радника тако што ће одлуку о успостављању савјета подржати одређени минималан број радника од укупног броја радника запослених код послодавца. Према Закону о савјетима радника (чл. 2) радници могу да успоставе савјет код послодавца који редовно запошљава најмање 15 радника. Исти минималан број запослених код послодавца тражи Закон о вијећу запосленика (чл. 2) без израза *редовно запошљава*, а што упућује на питање да ли је употреба овог израз неопходна. Закон о савјетима радника користи израз *редовно запошљава* али не садржи објашњење шта значи овај израз. Будући да ни Закон о раду као општи извор радног права не садржи овај израз, може се поставити питање тумачења израза у случају када послодавац оспори да *редовно запошљава* најмање 15 радника, а у циљу да спријечи успостављање савјета. Могућност спора и различитих тумачења указује на важност објашњења израза и појмова за правилно тумачење текста закона, а која се пишу када постоје недоумице о значењу неког израза и појма или када је неопходно да се објасне коришћени изрази и појмови. То се, у правилу, односи на стручне појмове, двосмислене појмове, појмове страног поријекла, појмове који имају посебно значење, итд.¹² У основним одредбама Закона о савјетима радника нису дата ни објашњења других коришћених израза и појмова. Услови који се односе на број радника запослених код послодавца различити су у другим законима. Према Закону о раду¹³ у Републици Србији (чл. 205) савјет запослених се може формирати код послодавца који има више од 50 запосленика, што представља значајно строжи критеријум. Стога је у одредбама Закона

¹² Жељко Мирјанић, *Писање и доношење закона*, стр. 75.

¹³ Закон о раду („Службени гласник Републике Србије“, бр. 24/05, 61/05, 54/09, 32/13 и 75/14).

о предузећима, које су брисане Законом о измјенама и допунама Закона о предузећима,¹⁴ било предвиђено да функцију савјета у предузећу са мање од 50 запослених врши представник запослених.¹⁵ Закон о раду Хрватске (чл. 140) прописује да радници запослени код послодавца који запошљава најмање двадесет радника имају право формирати радничко вијеће. Радници запослени код послодавца који запошљава мање од прописаног минималног броја радника/запослених упућени су на модел „једног колосијека“. Како се наводи у литератури, модел „једног колосијека“ представљања запослених заснован је на колективном преговарању, односно на уговорној основи, са синдикатима као јединим саговорником/партнером, а присутан је у Великој Британији, Ирској, Финској, Шведској, Данској, Пољској, Литванији, Кипру, Малти.¹⁶ С времена на вријеме, и у оквиру одређених концепција, поставило се питање оправданости постојања дуплог колосијека и потреба успостављања једног колосијека. И у новијим временима у Европи стручњаци су се, међутим, изјаснили за систем дуплог колосијека.¹⁷

Други услов за формирање савјета радника односи се на подршку радника или синдиката. Према Закону о савјетима радника (чл. 3), успостављање савјета радника условљено је подршком најмање једне трећине од укупног броја радника запослених код послодавца. Поред једне трећине укупног броја радника, о томе може одлучити надлежни орган синдиката који у чланству има најмање 20% од укупног броја радника запослених код послодавца. Услов који се односи на минималан број радника у чланству синдиката у овом случају је исти као услов који се односи на минималан број радника у чланству синдиката неопходан за стицање својства репрезентативног синдиката код послодавца. Према Закону о вијећу запосленика (чл. 3) и Закону о раду Хрватске (чл. 141) вијеће може да се формира на приједлог најмање 20% запослених од укупног броја запослених код послодавца или на приједлог синдиката. Наведени услови који се односе на подршку радника или синдиката нису јасно написани будући да није могуће само на основу њих одговорити на питање међусобног односа синдиката и групе радника у овом случају, а што показује колико су важни прецизност и јасноћа као правнотехнички захтјеви код израде закона.

¹⁴ Закон о измјенама и допунама Закона о предузећима („Службени гласник СРЈ“ бр. 26/02).

¹⁵ Положај представника запослених предвиђен је Конвенцијом МОП-а бр. 135 о заштити и олакшицама које се пружају представнику радника у предузећу.

¹⁶ Бранко Лубарда, *Радно право*, стр. 1070.

¹⁷ Влајко Брајић, *Радно право*, стр. 492.

Предмет законског уређивања су и критеријуми о томе колико савјет може имати чланова, сметње и критеријуми о томе ко може бити кандидат за избор. Критеријум за одређивање броја чланова савјета јесте број радника запослених код послодавца. Према Закону о савјетима радника (чл. 8), критеријум је број стално запослених (за израз *стално запослени* није дато објашњење у Закону о раду), а број чланова савјета ограничен је на начин да је одређен минималан и максималан број чланова (од пет до 15 чланова). Према Закону о вијећу запосленика (чл. 4), број чланова је мањи и вијеће не може имати мање од три а више од девет чланова. Изузетак од правила да се бира савјет радника као колективни орган допушта Закон о раду Хрватске (чл. 142) који предвиђа да се може изабрати један представник радника, а да укупан број чланова није ограничен.

Сметње за избор у савјет су чланство у одређеним органима и одређени статус код послодавца. Према Закону о савјетима радника (чл. 9), сметње за избор су чланство у управном одбору, надзорном одбору, пословодном органу и статус руководећег радника који заступа послодавца пред радницима. Чланство у управном одбору, пословодном органу и надзорном одбору као сметње прописује и Закон о вијећу запосленика (чл. 7), с тим да је забрана проширена на чланове њихових породица, али није одређено на које се чланове породице односи забрана. Закон о раду Хрватске (чл. 145), уз одређење ко су чланови породице чланова управних и надзорних органа послодавца на које се односи забрана, прописује да се забрана не односи на представнике радника у органима послодавца, а исто као и Закон о савјетима радника, прописује да радници који су овлашћени да заступају послодавца у остваривању права и обавеза из радног односа или у вези са радним односом не могу бити чланови радничког вијећа (чл. 9).

Предмет законског уређивања су и облици организовања савјета радника зависно од величине и организације послодавца. Могуће је успостављање посебних савјета у издвојеним дијеловима организације ван сједишта послодавца и заједничког савјета. Према Закону о савјетима радника (чланови 10 и 11), у случају када послодавац има сталне погоне или друге организационе дијелове са више од 100 запослених радника ван сједишта, радници издвојеног дијела могу успоставити савјет. Када постоје два или више ових савјета, може се организовати заједнички савјет од њихових представника који координира њихов рад, разматра и одлучује о одређеним питањима од заједничког интереса за све запо-

слене који му повјере издвојени савјети. Савјети издвојених дијелова споразумом ближе уређују међусобне односе и овлашћења заједничког савјета. Исто правило о успостављању заједничког вијећа под називом главно вијеће, његовом саставу и предмету споразума у случају када постоји више организационих јединица изван сједишта послодавца садржи Закон о вијећу запосленика (чл. 6) али није одређен минималан број запослених. Закон о раду Хрватске (чл. 143) садржи другачије нормативно рјешење, по коме вијећима у појединим организационим јединицама престаје мандат ако је након формирања ових вијећа формирано радничко вијеће на нивоу послодавца. За разлику од других закона који предвиђају да се споразум склапа између разних савјета издвојених дијелова, према овом закону субјекти споразума су послодавац и радничко вијеће.

Послије успостављања савјета радника и првих избора, група радника или синдикат код послодавца предлажу кандидате за нове изборе, а одлуку о расписивању редовних или ванредних избора доноси савјет. Ванредни избори се спроводе ако је доведено у питање даље функционисање савјета услед разлога као што су престанак радног односа, оставке или искључења чланова савјета, ако савјет више нема минималан број чланова потребан за одлучивање, ако су поништени избори за савјет и у другим прописаним случајевима.

2. ПРАВО РАДНИКА ДА БИРАЈУ И БУДУ БИРАНИ У САВЈЕТ РАДНИКА

Радници имају право да бирају чланове савјета радника и да буду бирани за одређени мандат (у правилу на четири године) на слободним и непосредним изборима. Према Закону о савјетима радника (чл. 14), забрањени су агитовање и други видови утицаја на слободно одређење радника код гласања и спровођења других изборних радњи. Да би се заштитио демократски начин избора, изборни поступак је прецизно уређен, од састављања бирачког списка до проглашења изборних резултата. Предмет законског уређивања су састав и функција изборне комисије, рок за расписивање избора, састављање кандидатске листа, састав и послови бирачког одбора, гласање, поништење избора. Наведена питања могу бити предмет подзаконског уређивања као што је предвиђено у Закону о раду Хрватске (чл. 146), по коме министар пра-

вилником прописује поступак избора радничких вијећа, обавезнике, рокове и начин доставе података о изабраним вијећима. У другим законима није предвиђено доношење подзаконских аката за уређивање поступка избора, као ни обавеза достављања података институцијама власти.

Изборна комисија именује бирачки одбор, спроводи гласање, објављује резултате и обавља друге послове у спровођењу избора. Критеријуми за предлагање кандидата односе се на сразмјерну заступљеност радника по дијеловима процеса рада (организационим јединицама), полну, старосну и квалификациону структуру. Члан изборне комисије и бирачког одбора не може бити кандидат за члана савјета. Право радника да бира чланове савјета и да буде биран у савјет радник не зависи од тога да ли је засновао радни однос на неодређено или одређено вријеме. Могућност да радници који су засновали радни однос на одређено вријеме учествује у избору чланова савјета исто као радници који су засновали радни однос на неодређено вријеме, не доводи у питање став по коме је заснивање радног односа на одређено вријеме прихватљиво само као одговор на специфичне и привремене потребе послодавца и запосленог, а никако као начин за стварање некакве „друге класе“ радника којима би било дугорочно ускраћено стабилно запослење.¹⁸ Кандидатску листу могу предложити одређена група радника или синдикат код послодавца. Према Закону о савјетима радника (чл. 12), кандидатску листу може утврдити трећина радника или синдикат који у свом чланству има најмање 20% од укупног броја радника запослених код послодавца. Изборна комисија утврђује кандидатску листу под истим условима као што се утврђује кандидатска листа код успостављање савјета радника. Ако су истовремено група радника и надлежни орган синдиката утврдили посебне листе, онда изборна комисија утврђује јединствену кандидатску листу од кандидата са посебних кандидатских листа. Према Закону о вијећу запосленика (чл. 13), листе кандидата могу предложити синдикат и свака група запослених коју подржава најмање 10% запослених, а према Закону о раду Хрватске (чл. 146), листу кандидата могу предложити синдикат или група радника коју подржава најмање двадесет посто радника.

Према Закону о савјетима радника (чл. 15), избори су пуноважни када се на тајно гласање одавало више од 50% од укупног броја запослених радника, а изабрани су кандидати који су добили већи број гласова. Према Закону о вијећу запосленика (чл. 16), изабрани су кандидати који

¹⁸ Љубинка Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, стр. 446.

су добили више од једне половине гласова, а ако је на јединственој листи кандидата било више кандидата него што се бира у вијеће, изабрани су они кандидати који су добили највећи број гласова и најмање 30% гласова запосленика који су гласали. Према Закону о раду Хрватске (чл. 147), ако се бира један представник, изабран је кандидат који је добио највећи број гласова, а ако два или више кандидата добију исти број гласова, изабран је кандидат који је дуже непрекидно запослен код послодавца. Ако се бирају три или више представника, број представника са сваке листе зависи од броја гласова које је листа добила. За разлику од других закона који не познају цензус, према овом закону листа која добије мање од пет посто гласова радника који су гласали не учествује у подјели мјеста. У случају неправилности код избора одлуку о поништењу избора, према Закону о савјетима радника и Закону о вијећу запосленика доноси изборна комисија, а према Закону о раду Хрватске (чл. 162) одлуку доноси надлежни суд.

Мандат члана савјета може престати прије времена за које је бирач по личном захтјеву, у случају престанка радног односа, ако наступе сметње због којих не може да буде члан савјета, ако се број радника смањи испод минималног броја који је прописан као услов за формирање савјета и услед опозива. Према Закону о савјетима радника (чл. 23) образложени приједлог за опозив може дати најмање једна петина укупног броја радника или синдикат који у чланству има најмање 10% радника запослених код послодавца, а савјет доноси одлуку о спровођењу опозива. За опозив је неопходна подршка најмање 50% од укупног броја радника уписаних у бирачки списак. На питања спровођења опозива која нису посебно уређена законом сходно се примјењују одредбе о поступку избора чланова савјета. Упућивањем на сходну примјену у истој правној материји избјегава се непотребно понављање. Сходна примјена правних прописа постоји у случају непотпуних нормативних аката, који се допуњују другим нормативним актима, и аката који се унутар своје законске материје из правно-техничких разлога скраћују.¹⁹ Према Закону о вијећу запосленика (чл. 20), да би члан вијећа био искључен због неизвршавања обавеза и овлашћења, а по захтјеву синдиката, најмање 25% запослених или послодавца, потребно је да на скупу запослених за искључење гласа више од половине запослених. Према Закону о раду Хрватске (чл. 162), ако радничко вијеће или неки члан тешко повриједи обавезе или наступе сметње за чланство у вијећу, синдикати могу затра-

¹⁹ Жељко Мирјанић, *Писање и доношење закона*, стр. 74.

жити од надлежног суда да распусти радничко вијеће или да искључи одређенога члана. Исто може затражити и најмање 25% радника запослених код послодавца или послодавац. Ако при избору чланова радничког вијећа није осигурана равномјерна заступљеност свих организационих јединица и група запослених, распуштање радничког вијећа може затражити најмање 25% свих радника запослених код послодавца.

3. ЗАШТИТА ЧЛАНОВА САВЈЕТА ОД ОТКАЗА УГОВОРА О РАДУ

Предмет законског уређивања права која припадају члановима савјета су заштита од отказа, накнада плате, повратак на претходне послове, забрана неједнаког поступања, заштита од дискриминације, обављање послова савјета у току радног времена, оспособљавање за рад у савјету. Заштита чланова савјета од отказа уговора о раду јесте предмет свих анализираних закона, а заштита других индивидуалних (појединачних) права чланова савјета обухвата различита права. У Републици Српској послодавац који, у складу са чланом 118 Закона о раду, намјерава да откаже уговор о раду члану савјета, дужан је да о том обавијести савјет у року од 15 дана прије доношења одлуке о отказу уговора о раду, а савјет министарству надлежном за послове рада доставља мишљење о основаности отказа уговора о раду члану савета. У посебном закону није одређена надлежност надлежног министарства, односно какав је правни значај достављеног мишљења министарству, али то проистиче из Закона о раду (чл. 131) у коме је одређено да послодавац може отказати уговор о раду предсједнику савјета радника за вријеме обављања функције и једну годину након истека функције само уз претходну сагласност министра надлежног за послове рада. Према Закону о вијећу запосленика (чл. 26), послодавцу је потребна претходна сагласност вијећа да би могао дати отказ уговора о раду члану вијећа, а неизјашњавање вијећа у корист члана повлачи престанак радног односа. У питању је претпоставка да је вијеће сагласно са одлуком послодавца ако се у року од 10 дана од дана тражене сагласности не изјасни. Насупрот томе, ако вијеће ускрати сагласност, послодавац не може донијети одлуку о отказу и рјешавање спора повјерава се арбитражи. У закону нису одређени начин како се формира арбитража и поступак пред арбитражом, што је недостатак који се може отклонити аутономним

уређивањем. Према Закону о раду Хрватске (чл. 151), послодавац може дати отказ члану вијећа само уз претходну сагласност радничког вијећа (саодлучивање), а неизјашњавање вијећа у року од осам дана у корист свог члана повлачи престанак радног односа. Заштита од отказа је на исти начин проширена на кандидата за члана радничког вијећа који није изабран (у раздобљу од три мјесеца након утврђених коначних резултата избора). Послодавац изузетно може, без претходне сагласности радничког вијећа, донијети одлуку о отказу ако се одлуком рјешава о правима радника који је уједно и синдикални повјереник и који по том својству ужива заштиту од отказа. Ако радничко вијеће ускрати сугласност уз писано образложење, послодавац може у року од петнаест дана од дана доставе изјаве тражити да сагласност замијени арбитражна одлука.²⁰

4. СПОРАЗУМ ИЗМЕЂУ САВЈЕТА РАДНИКА И ПОСЛОДАВЦА

Права радника која се остварују преко савјета радника и дужности послодавца да осигура потребне услове за рад савјета предмет су законског уређивања, али могу бити предмет споразума између послодавца и савјета, независно од тога да ли је законом предвиђено закључивање споразума. Споразум између савјета радника и послодавца примјењује се на све раднике запослене код послодавца и поставља се питање односа између споразума и колективног уговора код послодавца, односно између савјета радника и синдиката који је уговорна страна. Разлог за питања јесте то што посматрани закони предвиђају модел „дуалног система“ представљања запослених. Модел „дуалног система“ представљања запослених заснован је на представљању свих запослених (независно од синдикалног организовања) у изабраном тијелу од стране свих запослених, које се по правилу назива савјет запослених, који постоји и дјелује паралелно са синдикатом код послодавца – нпр. у Њемачкој, Аустрији, Мађарској, Француској, Белгији, Холандији, Шпанији, Португалу, Грчкој.²¹ Радничка партиципација у управљању предузећима нарочито је развијена у Њемачкој и Француској. Када је ријеч о социјалним питањима, право на саодлучивање признато је савјету запослених у предузећима, док је ограничено или укинато кад је

²⁰ На значај социјалног дијалога указује правило да се арбитар одређује са листа арбитра коју утврђује и води Економско-социјално вијеће и да министар, уз претходно мишљење овог вијећа, правилником уређује начин избора арбитра и арбитражни поступак.

²¹ Бранко Лубарда, *Радно право*, стр. 1071.

ријеч о пословним одлукама. У Француској је партиципација проширена (у односу на њемачки модел саодлучивања)²² увођењем делегата запослених и синдикалних одбора, поред већ постојећег савјета предузећа образованог на трипартитној основи (послодавац, представници запослених и синдикат).²³

Савјет радника не може бити страна колективног уговора, а само изузетно може потписивати споразуме о правима који улазе у сферу колективних уговора и рада синдиката. Закон о савјетима радника не предвиђа закључивање овог споразума. Према овом закону (чл. 124), савјету радника припада савјетодавна функција, те он не може утицати на право и положај синдиката у заштити колективних и појединачних права радника – чланова синдиката. За разлику од овог приступа, Закон о раду Хрватске (чл. 160) предвиђа да писани споразум радничког вијећа са послодавцем може да садржи правна правила којима се уређују питања из радног односа, али да у томе постоје ограничења. Ограничења се састоје у томе да се споразумом не уређују питања која се редовно уређују колективним уговором, осим ако странке колективног уговора на то не овласте странке овог споразума. Према међународним изворима радног права и Конвенцији број 98 Међународне организације рада, колективни уговор је извор права за чланове синдиката који га је склопио или му накнадно приступио, али је код нас пракса да се колективни уговор код послодавца примјењује на све раднике независно о њиховој припадности или неприпадности синдикату или синдикатима који су га склопили. Како се наводи, надгледање тога искључиво је задатак чланова вијећа, који морају у случају изостанка примјене или погрешне примјене неког договора тражити од послодавца да исправи грешку, а улога спојнице између колективног уговора и вијећа постала је у посљедње вријеме врло важна. То је дјелимично оправдано и тиме што уговори све више садрже одредбе које се могу детаљно и конкретно реализовати само на основу услова који владају у поједином предузећу. Тиме су се задаци вијећа повећали и у овом подручју. Колективни уговори често постану стварност тек уз саодлучивање представника запо-

²² У њемачком „дуалном систему“ представљања запослених, савјети запослених делују на нивоу предузећа са задатком да рјешавају конфликте између запослених и послодавца. Обавеза савјета јесте да се договара, односно да нађе рјешење за проблем, а у случају да то није могуће, савјет запослених и послодавац дужни су да прихвате мишљење треће стране као арбитра. Савјет нема право да позива на штрајк, али ако синдикат организује штрајк у њему могу да учествују сви запослени укључујући и чланове савјета запослених.

²³ Драган Митровић, *Аутономно право*, стр. 119.

слених одређеног предузећа.²⁴ Савјет радника и синдикат упућени су да сарађују у заступању интереса радника и стога у их јавности понекад поистовјећују иако је савјет радника тијело које представља све раднике и комуницира са послодавцем у том циљу, без инструмената притисака и борбе за радничка права, а синдикат удружење радника које притисцима штити права својих чланова. „Оружје” представника радника је прије закон него директна акција, норма, аргумент, идеја, конкретни приједлози рјешења, а повремено и притисак запослених *прије* почетка непосредне борбе. Синдикалној организацији додатно стоји на располагању инструмент штрајка у најразличитијим варијантама. Ова подјела улога између представника синдиката и оних које су одабрали сви запослени усмјерена је на сарадњу. Конкуренцији између ова два тијела може се веселити само послодавац. Ако је та сарадња успјешна – што се може видјети по дугогодишњем искуству Њемачке, гдје је далеко више од 80% предсједника вијећа и чланови синдиката, а то је случај и у другим земљама – онда она, у начелу, доноси врло добре резултате.²⁵

ЗАКЉУЧАК

Код законског уређивања савјета радника пред законодавца се поставља питање да ли савјет радника уредити истовремено са законом о раду као најважнијим општим извором радног права и посебним законом, или га уредити само једним законом, законом о раду или посебним законом. У основним одредбама важећих закона није уређен овај однос иако оба закона имају исти предмет уређивања, што је нормативни проблем који треба ријешити у новом закону о савјетима радника и то према правилима правне технике за израду закона која прописују да садржај основних одредаба обухвата и питање односа закона са другим законима.

Законско уређивање права радника да формирају савјет радника, да бирају и да буду бирани и посебна заштита чланова савјета од отказа уговора о раду од стране послодавца представља саставни дио процеса усклађивања домаћег радног права са правом ЕУ. У том процесу је неопходно проширити овлашћења савјета, посебно по питању

²⁴ Ibidem, стр. 62.

²⁵ Heribert Kohl, *Prava zaposlenika – zaposleničko vijeće – sindikat*, Zaklada Friedrich Ebert, Ured u Zagrebu, 1998, стр. 46.

саодлучивања, предвидјети квалитетнију заштиту чланова савјета од притисака послодавца, посебно код избора чланова савјета и уредити односе између савјета и синдиката код послодавца, посебно по питању садржаја споразума којим се могу проширити овлашћења савјета. Аутономно уређивање колективних радних односа није развијено у свијету рада земаља незавршене транзиције, а што се у овом случају односи на споразум између савјета радника и послодавца, и споразум између више савјета радника у издвојеним организационим јединицама.

Анализиране законске одредбе о савјетима радника нису препрека за формирање савјета радника, нису узрок маргинализације колективног права радника на партиципацију (информисање, консултовање, саодлучивање) у пракси, нити су сметња за функционисање модела „дуалног система“ представљања радника. Основни узрок наведених проблема је сукоб радног законодавства и стварних односа у којима преовладава страх да формирање савјета радника може довести у питање радноправну сигурност радника.

ЛИТЕРАТУРА

1. Влајко Брајић, *Радно право*, Савремена администрација, Београд, 2001.
2. Љубинка Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, Правни факултет, Београд, 2013.
3. Бранко Лубарда, *Радно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, 2012. стр. 1071
4. Dr. Heribert Kohl, *Права запосленика – запосленичко вијеће – синдикат*, Заклада Friedrich Ebert, Уред у Загребу, 1998.
5. Дарко Маринковић, *Свет рада – стари изазови у новом добу*, Висока струковна школа за предузетништво, Београд, 2012.
6. Драган Митровић, *Аутономно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, 2013.
7. Жељко Мирјанић, *Писање и доношење закона*, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, 2011.
8. Жељко Мирјанић, *Значај социјалног дијалога у процесу усклађивања домаћег права са правом Европске уније*, Зборник радова

Правног факултета у Нишу са међународне научне конференције „Усклађивање права Србије са правом Европске уније“, 2014.

9. Предраг Јовановић, *Радно право*, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Нови Сад, 2012.

Prof. Željko Mirjanić, LL.D.
Full professor
Law Faculty
Banja Luka University

FORMATION AND POSITION OF WORKERS' COUNCIL

Summary

The subject of comparative analysis will be the provisions of Labour Act related to workers' council and Workers' Council Act in Western Balkans countries. This paper presents the comparative analysis of the relevant legal provisions in the Republika Srpska, Federation of Bosnia and Herzegovina, Serbia and Croatia.

Key words: *legal regulation of the right of workers to participation (informing, concelling, co-deciding), workers' council, co-operation between workers' council and union, agreement between workers' councils and employers.*

**УРЕЂИВАЊЕ ДИСЦИПЛИНСКЕ ОДГОВОРНОСТИ У ОКВИРУ
ИНСТИТУТА ПРЕСТАНКА РАДНОГ ОДНОСА: ОСОБЕНО
НОМОТЕХНИЧКО И/ИЛИ КОНЦЕПЦИЈСКО РЕШЕЊЕ У
СРПСКОМ ЗАКОНУ О РАДУ?**

Доц. др Љубинка Ковачевић*

***Апстракт:** У Републици Србији, питање дисциплинске одговорности запослених код послодавца са својством приватног лица уређено је у оквиру института престанка радног односа. То, прецизније, значи да је дисциплинска одговорност уређена у контексту отказа уговора о раду због повреде радне обавезе или непоштовања радне дисциплине, док су друге дисциплинске мере уређене као мере које се могу изрећи запосленом уместо отказа. Како је за правилно и потпуно разумевање овог особеног номотехничког и концепцијског решења неопходно имати у виду развој уређивања дисциплинске одговорности у српском праву, у раду су, најпре, размотрена супротстављена тумачења меродавних одредаба закона о раду од 2001. и 2005. године, у којима дисциплинска одговорност није била изричито поменути нити уређена као посебна врста правне одговорности запосленог. Након тога су критички размотрена решења садржана у последњој новели Закона о раду од 2014. године. Према је њоме ова дилема „решена“ у корист уважавања потребе за обезбеђивањем прогресивног кажњавања запослених за скривљене повреде радних обавеза, многи аспекти дисциплинске одговорности остали су неуређени, док се у погледу осталих питања отварају одређене дилеме, посебно ако се има у виду да су дисциплински и отказни поступак, и поред извесних сличности, два различита радноправна института која служе различитим циљевима. Отуд су у закључним разматрањима учињени предлози *de lege ferenda*, посебно у циљу увођења постојанијих брана злоупотребама послодавчеве дисциплинске власти.*

* * Доцент Правног факултета Универзитета у Београду

Кључне речи: *право Републике Србије; општи режим радних односа; дисциплинска одговорност; дисциплинске мере; дисциплински поступак; престанак радног односа; нормативна власт социјалних партнера.*

Увод

Заснивањем радног односа, запослени преузима обавезу да ради у име, за рачун и под влашћу послодавца. Ово стога што послодавцу, поред *фактичке власти* испољене у његовој економској доминацији, припада и правом признато овлашћење за организацију, усмеравање и контролу рада запосленог. Набројана послодавчева овлашћења допуњује и потврђује његово *овлашћење за кажњавање запослених за повреде радних обавеза*, будући да делотворна организација и обављање делатности није могуће без издавања радних налогâ и упутстава, без надзора над радом запослених, али ни без њиховог кажњавања за скривљене повреде радних обавеза и непоштовање радне дисциплине. Реч је, притом, о јединственом случају кажњавања у приватним уговорним односима, будући да је једној страни уговора о раду признато право да кажњава дисциплинским мерама другу страну за неуредно и несавесно извршавање обавеза, и то, одмах по учињеној повреди, што је много делотворније од општих механизма за кажњавање уговорних страна.¹ Дисциплинска одговорност, отуд, представља посебну врсту правне одговорности запосленог која претпоставља његово подвргавање дисциплинској мери за случај да учини скривљену повреду радне обавезе која је била унапред утврђена меродавним изворима права.

У савременим правним системима, дисциплинска одговорност се традиционално уређује као један од основних облика правне одговорности, с тим што, за разлику од дисциплинске одговорности државних службеника и правила о дисциплинској одговорности запослених у општем режиму радних односа не морају бити детаљно разрађена. Већина законодаваца, отуд, не уређује све аспекте ове врсте одговорности, већ само услове одговорности и основна начела дисциплинског поступка. Остали аспекти овог радноправног института уређују се једностраним општим актима послодавца и колективним уговорима, будући да закон-

¹ T. Treu, *Labour law and industrial relations in Italy*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2007, стр. 70.

ске одредбе о дисциплинској одговорности настају као резултат напетости између аутономије послодавца, са једне, и потребе државе да обезбеди једнакост грађана, са друге стране.² Стога је могуће говорити о начелној самосталности послодавца у уређивању дисциплинске одговорности, због чега се правилници и други једностранни општи акти послодавца, отуд, појављују као најзначајнији извор дисциплинског права омогућавајући да се приликом уређивања предметне материје уваже особености одређене радне средине.³

У законодавству Републике Србије, дисциплинска одговорност државних службеника уређена је као посебан правни институт, што је, у номотехничком смислу, изведено окупљањем одредаба које се односе на дисциплинску одговорност, дисциплински поступак и дисциплинске казне под окриље посебне главе Закона о државним службеницима.⁴ Са друге стране, Закон о раду Републике Србије уређује питање дисциплинске одговорности запослених само у оквиру института престанка радног односа. То, прецизније, значи да се дисциплинска одговорност уређује у контексту уређивања отказа уговора о раду због повреде радне обавезе или непоштовања радне дисциплине, односно да се разматра у поступку давања отказа уговора о раду и у складу са правилима тог поступка.⁵ У том смислу су и дисциплинске мере уређене као мере које се могу изрећи запосленом уместо отказа уговора о раду, будући да је њихова примена везана за постојање одређених олакшавајућих околности, као и за ситуације у којима је природа учињене повреде таква да запосленом не треба да престане радни однос. На тај начин је, први пут после 13 година, српски законодавац непосредно уредио питање дисциплинских мера, што представља значајан напредак, будући да је изостанак одговарајућих правила из законâ о раду од 2001. и 2005. године био различито тумачен у теорији и пракси: једна група аутора сматрала је да законодавац уопште не уређује, па, чак, и не познаје, дисциплинску одговорност, дисциплинске мере и дисциплински поступак, док је друго тумачење почивало на уверењу да је социјалним партнерима допуштено да изворима аутономног радног права уређују дисциплинско кажњавање

² Љ. Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2013, стр. 361.

³ М. Е. Banderet, „Discipline at the workplace: A comparative study of law and practice – The sources and substance of disciplinary law“, *International Labour Review*, број 3/1986, стр. 264–265.

⁴ Закон о државним службеницима (*Службени гласник РС*, бр. 79/05, 81/05, 83/05, 64/07, 67/07, 116/08, 104/09 и 99/14), глава IX, чл. 107–120.

⁵ П. Јовановић, *Радно право*, седмо измењено и допуњено издање, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Нови Сад, 2015, стр. 313.

запослених. Новелом Закона о раду од 2014. године ова дилема је „решена“ у корист правила о постојању дисциплинске одговорности као посебне врсте правне одговорности запосленог, уз увођење новчане казне и опомене уз најаву отказа као нових дисциплинских мера. То је важно због потребе да се створе услови за делотворну примену начела прогресивног кажњавања запослених за повреде радних обавеза, премда су и у овој новели Закона о раду остали неуређени многи аспекти дисциплинске одговорности запосленог. Стога је у реферату, режим дисциплинске одговорности запослених у Републици Србији размотрен *de lege lata* и *de lege ferenda*.

1. РАЗВОЈ УРЕЂИВАЊА ДИСЦИПЛИНСКЕ ОДГОВОРНОСТИ ЗАПОСЛЕНОГ У ПРАВУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

1.1. Дилеме о значењу „ћутања“ законодавца о дисциплинској одговорности у општем режиму радних односа

Након вишедеценијског кретања у оквирима самоуправне концепције радног односа, југословенско (и српско) право почиње да се враћа класичној концепцији радног односа. Тај процес је текао паралелно са променама које су се дешавале у другим сферама, попут стварања услова за тржишно привређивање. Ове промене су, међутим, биле врло споре, што вреди и за „оживљавање“ уговорне концепције радног односа, али и за институт дисциплинске одговорности запосленог. Потоњи институт је, наиме, доживео значајне измене у процесу реформе српског радног законодавства, будући да је у систему радничког самоуправљања био афирмисан став да се дисциплинска овлашћења врше у име (социјалистичког) друштва и државе.⁶ Стога су законима били подробно уређени сви кључни аспекти дисциплинске одговорности: повреде радних обавеза, дисциплинске мере и, нарочито, дисциплински поступак. Ова концепција дисциплинске одговорности напуштена је са реафирмацијом уговорне природе радног односа, уступивши место схватању да кажњавање запосленог за повреде радних обавеза представља један аспект (функцију) послодавчеве власти која, баш као и његова управљачка и нормативна власт, извиру (и) из уговора о раду.

⁶ А. Балтић, М. Деспотовић, „Правна средства којима се обезбеђује радна дисциплина“, *Анали Правног факултета у Београду*, број 5/76, стр. 433–434.

Приликом поређења законских решења из социјалистичког и савременог периода, неки аутори из бивших југословенских република предлажу напуштање детаљног уређивања дисциплинске одговорности запослених код послодаваца са својством приватног лица. Поједини писци се, штавише, залажу за „задржавање“ дисциплинске одговорности само као посебне врсте одговорности државних службеника, док би повреде радних обавеза у општем режиму радних односа требало квалификовати као разлог за отказ уговора о раду, у складу са уговорном концепцијом радног односа.⁷ Такав приступ се, међутим, не чини прихватљивим, тим пре што не ужива већинску подршку у упоредном радном законодавству, нити је афирмисан у научној и стручној литератури, укључујући и радове аутора који долазе из правних система у којима је доследно примењена уговорна концепција радног односа.

За разлику од бивших југословенских република, у којима је реформа у области дисциплинске одговорности, у начелу, обухватила само поједностављивање дисциплинског поступка, српски законодавац се одлучио за увођење сасвим нове концепције дисциплинске одговорности, која подразумева њено уређивање само у оквиру института престанка радног односа. Тако одредбама Закона о раду од 2001. године,⁸ као ни одредбама Закона о раду од 2005. године није непосредно уређено питање дисциплинске одговорности. Иако дисциплинска овлашћења послодавца посредно произлазе из законских одредаба о основним обавезама запослених,⁹ законодавац није, наиме, утврдио границе послодавчевих дисциплинских овлашћења остављајући запослене у општем режиму радних односа без адекватне заштите.

⁷ Тако нпр. одредница „Disciplinska odgovornost“, у: V. Pezo (ur.), *Pravni leksikon*, Leksikografski zavod „Miroslav Krleža“, Zagreb, 2007, стр. 223. На дилему да ли је на данашњем нивоу развоја радног права потребно да закон, и даље, признаје послодавцу право на примену дисциплинских мера, указује и Корпић-Хорват, која нарочито упозорава на то да је њихова примена скопчана са ризиком угрожавања достојанства запосленог и ограничавања његових права (на зараду, напредовање и др.). Ова ауторка, стога, размишља о идеји – за, коју, како истиче, не налази упориште у упоредном праву – да је „цивилизованим и демократским друштвима примереније да послодавац удружује дисциплину са различитим неформалним поступцима (разговор са запосленим, неформална упозорења, саветовања)“. Е. Корпић-Хорват, „Ali je disciplinska odgovornost delavca in javnega uslužbenca skladna s pogodbo o delovnih razmerjih?“, *Zbornik Pravne fakultete Univerze v Mariboru*, број 6/2010, стр. 113–114.

⁸ Одговарајуће одредбе Закона о раду (Службени гласник РС, бр. 70/2001 и 73/2001) биле су супротне Закону о основама радних односа (Службени лист СРЈ, бр. 29/96 и 51/99), који је садржао одредбе о овом облику одговорности (чл. 52–60), и са којим је републички закон морао бити усаглашен, у смислу одредаба Устава СРЈ.

⁹ Закон о раду (Службени гласник РС, бр. 24/05, 61/05 и 54/09), члан 15, ст. 1–2, и члан 17.

1.1.1. Откривање „трагова“ дисциплинске одговорности у правилима о оправданим отказним разлозима и удаљењу са рада

Изостанак одредаба о дисциплинској одговорности и дисциплинском поступку из законâ о раду од 2001. и 2005. године различито је тумачен у српској теорији и пракси. Један број аутора је, тако, сматрао да, и поред тога што су законописци избегли да у законима о раду употребе термин „дисциплинска одговорност“, из законских одредаба јасно произлази да у српском праву постоји дисциплинска одговорност и да послодавци имају право да, самостално или заједно са синдикатима, уређују кажњавање запослених за повреде радних обавеза и радне дисциплине. У том смислу је био афирмисан став да су законским одредбама о отказним разлозима који се тичу скривљене повреде радне обавезе и нарушавања радне дисциплине били постављени темељи дисциплинској одговорности,¹⁰ односно да је у њима била скривена дисциплинска одговорност запосленог.¹¹ Ново светло на питање дисциплинске одговорности бачено је по ступању на снагу Закона о спречавању злостављања на раду, будући да је њиме, у систем заштите за случај злостављања запослених на раду, уврштена и послодавчева *обавеза* покретања поступка за утврђивање одговорности за непоштовање радне дисциплине, односно повреду радне дужности, под условом да је поступак посредовања био неуспешан, а постоји основана сумња да је извршено злостављање.¹²

Будући да су у законима о раду од 2001. и 2005. године, повреда радне обавезе и непоштовање радне дисциплине биле утврђене као оправдани отказни разлози који се односе на понашање запосленог, неки аутори су тврдили да је поступак за утврђивање (најтежих) повреда радних обавеза оствариван кроз поступак отказа уговора о раду.¹³ Становиште да одговарајући отказни поступак представља „специфичан дисциплински поступак“ је, притом, објашњавано у светлу правила да је отказ уговора о раду допуштен само ако постоје оправдани разлози, због чега је послодавац морао да изведе одређене процесне радње како би

¹⁰ Б. Шундерић, „Функције послодавца“, *Право и привреда*, бр. 5-8/2002, стр. 891.

¹¹ З. М. Ивошевић, М. З. Ивошевић, *Коментар Закона о раду*, Службени гласник, Београд, 2006, стр. 361.

¹² Вид.: Закон о спречавању злостављања на раду (Службени гласник РС, бр. 36/2010), чл. 23–25; Правилник о правилима понашања послодавца и запослених у вези са превенцијом и заштитом од злостављања на раду (Службени гласник РС, број 62/2010), члан 9.

¹³ П. Јовановић, *Одговорност запосленог кроз поступак отказа уговора о раду*, у: Р. Брковић (прир.), „Радно право у условима транзиције“, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац, 2003, стр. 63. Уп. са Б. Урдаревић, „Дисциплинска одговорност запослених у светлу нових законских решења“, *Радно и социјално право*, број 1/2014, стр. 195–209.

утврдио евентуално постојање повреде радне обавезе и кривицу запосленог за ту повреду, односно како би утврдио да ли је понашање запосленог такво да не може да настави рад код послодавца.¹⁴ Поступак утврђивања скривљене повреде радне обавезе и непоштовања радне дисциплине је, при том, укључивао обавезу послодавца да пре отказа писаним путем *упозори* запосленог на постојање повреде радне обавезе или нарушавања радне дисциплине. Такво решење је сматрано гаранцијом доступности у изрицању дисциплинских мера, барем када је реч о повредама радних обавеза, односно непоштовању радне дисциплине чија је природа таква да запослени може да настави рад код послодавца.¹⁵ Ово стога што у тим случајевима упозорење треба да спречи понављање нежељеног понашања, за разлику од најтежих повреда радних обавеза, у погледу којих изостаје корективна функција упозорења, већ се њиме запосленом омогућава само изјашњавање о наводима послодавца да су се стекли услови за отказ (право на одбрану). Поред правила које се односе на отказ уговора о раду, трагови дисциплинских правила препознавани су и у законским одредбама о удаљењу запосленог са рада без накнаде зараде, које су описиване као „знак враћања дисциплинских мера у систем радних односа“, истина, уз критику симболичног трајања удаљења, јер је износило свега један до три радна дана.¹⁶

1.1.2. Негирање постојања института дисциплинске одговорности

Различито од аутора који су веровали да је дисциплинска одговорност запосленог посредно и фрагментарно (ипак) уређена законом о раду, било је писаца који су тврдили да овај закон уопште не уређује, па, чак, и не познаје институт дисциплинске одговорности. Они су ту тврдњу заснивали на уверењу да је законодавац у потпуности напустио

¹⁴ Тако: Б. Шундерић, *op. cit.*, стр. 892; П. Јовановић, *Одговорност запосленог кроз поступак отказа уговора о раду*, *op. cit.*, стр. 6465; С. Ковачевић-Перић, „Концепт дисциплинског поступка у међународном праву: захтев и потреба објективности и законитости“, *Радно и социјално право*, бр. 1-6/2005, стр. 251.

¹⁵ Закон о раду (Службени гласник РС, бр. 24/05, 61/05 и 54/09), члан 180, став 3; вид. Б. Живковић, „О упозорењу“, *Радно и социјално право*, бр. 1-6/2005, стр. 315–330.

¹⁶ Тако нпр.: Д. Паравина, „Престанак радног односа и нови Закон о раду Србије: склад и несклад са правилима Међународне организације рада“, *Радно и социјално право*, бр. 1-3/2002, стр. 31; С. Дражић, „Примена законских решења о ништавости одредаба уговора о раду и удаљењу запосленог са рада“, *Радно и социјално право*, бр. 1-6/2005, стр. 283; З. Ивошевић, *Врлине и мане Закона о раду*, у: К. Бобар (ур.), „Новине у прописима о раду“, Глосаријум, Београд, 2006, стр. 94.

концепт дисциплинске одговорности, и то због настојања да се „сфера рада и привређивања ослободи `судовања` у виду компликованог, дугог и скупог дисциплинског поступка“, уз препуштање спорова судовима и другим субјектима надлежним за њихово решавање.¹⁷ Став да у српском праву не постоји дисциплинска одговорност као посебна врста одговорности запосленог је, притом, објашњавана чињеницом да законодавац не помиње, нити ближе уређује, овај облик одговорности, а чак не потврђује ни то да ће он бити ближе уређен општим актом послодавца. Из тога је изведен закључак да „и поред сличности са садржином појма дисциплинска одговорност“, могућност запосленог да добије отказ због скривљене повреде радне обавезе није „у формалном нити у материјалном смислу, институционализована дисциплинска одговорност“.¹⁸ Такав став био је прихваћен и у једном делу праксе, те је министарство надлежно за послове рада и социјалне политике, у неколико својих мишљења, констатовало да одредбама Закона о раду од 2001. године није била отворена могућност за вођење дисциплинског поступка, нити за утврђивање дисциплинских мера колективним уговором или правилником о раду.¹⁹ То је, штавише, било потврђено и у одлукама које је Уставни суд Републике Србије донео поводом оцене законитости одредаба општих аката којима је било уређено питање дисциплинске одговорности запослених. У тим одлукама је, наиме, закључено да се општим актима не могу уређивати дисциплинска одговорност, дисциплински поступак, дисциплински органи и дисциплинске мере, као што је то била пракса немалог броја послодаваца (правилници о раду), односно социјалних партнера (колективни уговори) у Србији, како пре ступања на снагу Закона о раду од 2001. године, тако и у време његовог важења, као и у време важења истоименог закона од 2005. године.²⁰

¹⁷ Б. Ненадић, Радован Безбрадица, „Закон о раду и дисциплинска одговорност“, *Радно и социјално право*, 1-6/2005, стр. 108–109.

¹⁸ *Ibid.*, стр. 110.

¹⁹ Вид. Мишљење Министарства рада, број 011-00-230/2002-02.

²⁰ Б. Ненадић, Р. Безбрадица, *op. cit.*, стр. 110. Утврђујући законитост одредбе појединачног колективног уговора којом је била уведена новчана казна за повреде радних обавеза (и, то, као „одговор“ на захтев запослених да се предвиди блажа казна од престанка радног односа), Уставни суд је оценио да оспорене одредбе колективног уговора нису у сагласности са Законом о раду. Ово стога што одредбама Закона „није предвиђена могућност изрицања дисциплинске мере новчане казне због повреде радних обавеза од стране запосленог“ (Одлука Уставног суда Републике Србије, ИУ број 213/2004 од 23. јуна 2005. године, Службени гласник РС, бр. 68/05). За разлику од ове одлуке, која се чини прихватљивом, будући да се новчана казна може увести у систем дисциплинских мера само на основу закона, спорном се чини одлука у којој је Уставни суд утврдио да са одредбама Закона о раду нису усклађене одредбе колективног уговора којима су били уређени основни аспекти дисциплинског поступка. Суд је, штавише, по сопственој

Схватање да у домаћем праву више не постоји институт дисциплинске одговорности запослених и да се, последично, аутономним општим актима не могу уређивати дисциплинска одговорност, дисциплински поступак, дисциплински органи и дисциплинске мере чинио се, међутим, неприхватљивим, будући да је значао ништа друго до свођење дисциплинске власти послодавца на његову власт отпуштања запосленог због повреда радних обавеза и непоштовања радне дисциплине (као и због невраћања запосленог на рад у прописаном року по истеку одсуства са рада и злоупотребе права на одсуство са рада због привремене спречености запосленог за рад), односно на могућност удаљења запосленог са рада без накнаде зараде.²¹ Такво решење није било утемељено у теорији радног права нити у упоредном радном законодавству и пракси, због чега је српски законодавац морао да преиспита концепт дисциплинске одговорности. Ово тим пре што је постојала потреба за обезбеђивањем делотворних инструмената за спречавање злоупотреба дисциплинских овлашћења послодавца. Са друге стране, ваља имати у виду и то да је удовољавање овој потреби подразумевало и утврђивање ширег каталога дисциплинских мера, не би ли се обезбедила постепеност у кажњавању запослених, али и створиле могућности за послодавце да прописивањем одређених дисциплинских мера утичу на понашање и рад запослених и обезбеђују добро функционисање предузећа. Ово тим пре што најтежа дисциплинска мера мора бити сачувана само за најтеже повреде радних обавеза чије су последице такве да оправдавају искључење запосленог из радне средине. Наведени аргументи били су довољно убедљиви за законодавца да у јулу 2014. године приступи уређивању, истина, само неких аспеката дисциплинске одговорности.

иницијативи, утврдио да нису у складу са Законом ни одредбе истог колективног уговора којима се утврђују дисциплинске мере и (лакше и теже) повреде радних обавеза. Таква одлука образложена је закључком да „Закон о раду не предвиђа дисциплинске мере, дисциплинске органе, нити дисциплински поступак као радноправне институте“. Суд је подсетио да је одредбама Закона о раду обезбеђена посебна заштита од отказа и утврђен поступак који је потребно спровести пре и у случају отказа уговора о раду, закључивши да Закон, самим тим, „није оставио могућност да се установљавају другачије мере и поступци од мера и поступака утврђених законом“. Одлука Уставног суда Републике Србије, ИУ број 494/2004 од 14. јула 2005. године (Службени гласник РС, бр. 68/2005).

²¹ „Ако се потпуно елиминишу дисциплинска овлашћења, па, и дисциплинска одговорност (што је теоријски могуће, јер остају све друге врсте одговорности, напомена материјална), у том случају послодавци [...] добијају неконтролисану и арбитрарну ‘власт’ да на све повреде радне дисциплине реагују најстроже, тј. да раскину радни однос ...], дакле, да у пракси најчешће примењују ону меру која је у систему дисциплинске одговорности најтежа, изузетна и најређе се примењује“. N. Tintić, *Radno i socijalno pravo. Knjiga prva: Radni odnosi (II)*, Narodne novine, Zagreb, 1972, стр. 590.

2. Новела Закона о раду (2014): фрагментарно и посредно уређивање дисциплинске одговорности

Република Србија је последњих година суочена са притисцима да флексибилније уреди радне односе и сузи заштиту запослених, у циљу снижавања трошкова рада, повећања страних инвестиција и подстицања запошљавања. То су били и основни циљеви последње новеле Закона о раду, која је усвојена јула 2014. године, нажалост, без озбиљније дебате о новој концепцији радног законодавства, будући да синдикати и друге заинтересоване друштвене групе нису били у довољној мери или уопште консултовани приликом писања нових радноправних норми. Овом новелом унете су бројне измене и допуне у српско радно законодавство, укључујући и нова решења у области дисциплинске одговорности.

2.1. Индикативни каталог повреда радних обавеза

Најопштије посматрано, повреда радне обавезе подразумева сваку радњу чињења или нечињења којом се повређују обавезе које запослени има у вези са правилним обављањем посла и радних задатака које му је поверио послодавац. Један од моћних механизма за ограничавање дисциплинске власти послодавца представља *начело правне одређености повреда радних обавеза*. Оно, међутим, не претпоставља исцрпно утврђивање ових повреда, будући да су, због специфичности делатности различитих послодавца и особености организовања и управљања радом запослених, оне толико разноврсне да не би било корисно, а, сва је прилика, ни могуће, законом утврдити њихов *numerus clausus*. То не значи, међутим, да се повреде радних обавеза могу одређивати произвољно и *ad hoc*.

Иако се неки законодавци одлучују за флексибилну дефиницију повреде радне обавезе, уз индикативно набрајање недопуштених понашања, у већини држава је препуштено социјалним партнерима да у изворима аутономног радног права прецизирају појам повреде радне обавезе. За сличан приступ одлучио се и српски законодавац, утврдивши да послодавац може да примени отказни разлог који се састоји у повреди радне обавезе само ако је одређена повреда претходно утврђена као кажњиво понашање уговором о раду или колективним уговором, односно правилником о раду. После ступања на снагу новеле од 2014. године, у Закон о раду је унет и индикативни списак повреда радних обавеза

због којих послодавац може дати запосленом отказ,²² док је социјалним партнерима омогућено да, у аутономним актима, прецизирају повреде радних обавеза, у зависности од специфичности послодавчеве делатности и особености одређене радне средине.

Отказном разлогу који се састоји у повреди радне обавезе посебно је близак отказни разлог који се тиче *непоштовања радне дисциплине*. Он представља противправну скривљену повреду било које (главне или споредне) обавезе коју запослени има на раду или у вези са радом, с тим што она, за разлику од повреде радне обавезе, не мора бити утврђена као кажњиво понашање уговором о раду или колективним уговором, односно правилником о раду. Уместо тога, за постојање овог отказног разлога биће довољно да се запослени не понаша у складу са захтевима из ма ког послодавчевог акта, јер свако непоштовање дисциплине може да доведе до отказа, ако је понашање запосленог такво да не може да настави рад код послодавца, с обзиром на процес рада и све околности случаја.²³ Потоњи услов уноси, међутим, извесну противречност у овај отказни разлог, будући да, и у случају непоштовања радне дисциплине, послодавац може, али не мора, да откаже запосленом уговор о раду, што је тешко објаснити ако је понашање запосленог „такво да не може да настави рад код послодавца“.²⁴

И, најзад, ваља уочити и то да српски законодавац уводи разлику између лакших и тежих повреда радних обавеза само у посебном режиму радних односа, док у општем режиму такве разлике нема, макар не изричите. Ипак, на трагу овог решења налази се правило о могућности послодавца да изрекне меру удаљења са рада без накнаде зараде, новчану казну или опомену са најавом отказа „ако сматра да постоје олакшавајуће околности или да повреда радне обавезе, односно непоштовање радне дисциплине, није такве природе да запосленом треба да престане радни однос“.²⁵ Исто вреди и за отказни разлог који је законодавац дефинисао као непоштовање радне дисциплине прописане актом послодавца, односно као понашање које је такво да запослени не може да настави рад код послодавца. Тиме се врши својеврсна *градација понашања запо-*

²² Закон о раду (Службени гласник РС, бр. 24/05, 61/05, 54/09, 32/13 и 75/14), члан 179, ст. 2–3.

²³ Одлука Врховног суда Србије Рев. 2406, од 13. јула 2006. године, нав. према: С. Андрејевић, „Пракса Врховног суда Србије у споровима из радних односа“, *Радно и социјално право*, број 1/2008, стр. 143–144.

²⁴ Тако З. Ивошевић, *Радно право*, четврто измењено и допуњено издање, Службени гласник / Правни факултет Универзитета „Унион“, Београд, 2009, стр. 256.

²⁵ Закон о раду (Службени гласник РС, бр. 24/05, 61/05, 54/09, 32/13 и 75/14), члан 179а.

сленог тако што се у сваком конкретном случају мора утврдити да ли је понашање такво да запослени може да настави рад код послодавца или не. “Из те одредбе произлази да није свако непоштовање дисциплине рада отказни разлог већ само оно које се не може толерисати зато што је по разумној оцени неподношљиво”.²⁶ То, коначно, значи да се најтежа дисциплинска мера примењује само у случају повреде радних обавеза и непоштовања радне дисциплине које су *такве тежине и са таквим последицама* да оправдавају престанак радног односа, нпр. зато што онемогућавају или битно отежавају рад других запослених или утичу на настанак штете већег обима. Озбиљност сваке повреде радне обавезе се, притом, процењује *in concreto*, тј. у светлу свих околности одређеног случаја, будући да иста повреда радне обавезе у различитим околностима може произвести и различите последице у односу на вршење поверених радних задатака, рад других запослених или процес рада.²⁷

2.2. Исцрпни списак дисциплинских мера

Поред правне одређености повреда радних обавеза, спречавању злоупотреба послодавчеве дисциплинске власти доприноси и *начело одређености дисциплинских мера*. Оно редовно подразумева екстензивну дефиницију и шири каталог дисциплинских мера, не би ли се послодавцима омогућило да утичу на понашање и рад запослених већ и самим прописивањем ових мера, а затим и да би се створили услови за делотворну примену *начела прогресивног кажњавања и индивидуализације дисциплинске мере*.²⁸ Премда у упоредном праву има и примера законског утврђивања исцрпног каталога дисциплинских мера, нису ретки ни примери законског навођења одређених врста дисциплинских мера, уз овлашћење социјалних партнера да утврде и друге мере, под условом да оне не повређују основна права запослених, као ни законску забрану примене понижавајућих дисциплинских мера (пре свега, мере јавне опомене). Исто вреди и за евентуална ограничења, па, и забрану изрицања новчане казне, која постоји у немалом броју држава, због алиментационог карактера зараде и начела да се за обављени рад има исплатити

²⁶ Пресуда Врховног касационог суда, Рев2. 709/2013, од 30. октобра 2013. године, нав. према: З. Лазић et al., *Водич за примену Закона о раду*, друго издање, Параграф Со/Параграф Lex, Београд – Нови Сад, 2014, стр. 82.

²⁷ З. Ивошевић, *Заснивање и престанак радног односа у удруженом раду: кроз коментаре и судску праксу*, Правно-економски центар, Београд, 1986, стр. 238.

²⁸ Б. Лубарда, „Дисциплинска одговорност и хармонизација права”, *Право и привреда*, бр. 5–8/2001, стр. 249.

зарада.²⁹ Дисциплинске мере, притом, немају одштетни (репараторни) циљ, већ су усмерене на кажњавање запосленог и корекцију његовог понашања, односно на његово одвраћање од понављања учињених повреда, а, у случају најтежих повреда, и на отпуштање запосленог који својим понашањем угрожава опстанак и добро функционисање радне средине. Стога се дисциплинске мере састоје, по правилу, у ограничавању одређених права из радног односа, тј. у непосредном или посредном утицају на напредовање запосленог.

У позитивном праву Републике Србије, дисциплинске мере („мере за непоштовање радне дисциплине, односно повреду радних обавеза“) уређене су у делу Закона који је посвећен престанку радног односа, и то, као мере које се могу изрећи за учињену повреду радне обавезе или непоштовање радне дисциплине, уместо отказа уговора о раду. Примена тих мера је, наиме, везана за постојање одређених олакшавајућих околности, као и за ситуације у којима је природа учињене повреде таква да запосленом не треба да престане радни однос.

Прва таква мера је *удаљење запосленог са рада без накнаде зараде*, у трајању од једног до 15 дана. Њен казни карактер огледа се у чињеници да води једностраној суспензији уговора о раду, услед које се запослени „искључује“ из радне средине, односно лишава могућност да ради и зарађује. Овим решењем отклоњена је примедба која је важила за раније правило да је удаљење без накнаде зараде могло трајати најдуже три дана, што га је претварало у једну симболичну меру, која није могла значајније да допринесе остваривању жељених циљева. Истовремено,

²⁹ С. Ковачевић-Перић, Г. Обрадовић, „Легитимност новчане казне као дисциплинске санкције“, *Право и привреда*, бр. 10-12/2014, стр. 15. С тим у вези, ваља имати у виду да се и у државама које забрањују новчану казну, у судској пракси допушта примена тзв. посредних новчаних казни (фр. *sanctions pécuniaires indirectes*). Тако је, примера ради, у француском радном праву, новчана казна забрањена још 1932. године (*Loi du 5 février 1932 relative aux amendes punissant les manquements aux règlements d'atelier*) и та забрана је потврђена и у Законику о раду (*Code du travail*, члан L. 1331-2). Ипак, премештај запосленог на ниже радно место, по оцени француског Касационог суда, представља допуштену казну, чак и ако се за нови посао остварује зарада која је нижа од дотадашње зараде запосленог. Ово стога што такво умањење зараде не представља новчану казну, већ последицу примене законите мере премештаја запосленог на нижи посао (*Arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 7 juillet 2004, Bulletin des arrêts des Chambres civiles de la Cour de cassation*, V, n° 193). Исто вреди и за примену мере удаљења запосленог са рада са накнадом зараде, када се умањење примања запосленог не може сматрати новчаном казном која је изречена против њега. Ипак, допуштеност посредних новчаних казни није апсолутна, већ се, по оцени истог суда, скраћивање радног времена у циљу кажњавања запосленог може квалификовати као забрањена новчана казна, будући да не одговара премештају запосленог на други посао (*Arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 24 octobre 1991, Revue de jurisprudence sociale*, 12/91, n° 1314). Нав. према: J. Pélissier, G. Auzero, E. Dockès, *Droit du travail*, 27^e édition, Dalloz, Paris, 2013, стр. 767–768.

ваља имати у виду да се предметна мера разликује од (обавезног и факултативног) удаљења са рада са накнадом зараде, која се не може квалификовати као дисциплинска мера, већ као привремена мера која се изриче док још није утврђена одговорност запосленог.³⁰

Последњом новелом Закона о раду у општи режим радних односа враћена је и *новчана казна*, која се може изрећи у висини до 20% основне зараде запосленог за месец у коме је казна изречена.³¹ Предметна мера се извршава обуставом од зараде, на основу решења послодавца о изреченој мери, а може трајати до три месеца. Законодавац је, међутим, пропустио да уреди питање намене ових средстава, иако у теорији радног права, као и у правним системима који познају ову врсту казне, преовлађује решење да средства добијена обуставом од зараде не смеју имати за последицу финансијску корист за послодавца.³² Стога постоји могућност да социјални партнери утврде намену средстава добијених изрицањем новчаних казни против запослених, а коју би требало везати преваходно за унапређење услова рада, односно за побољшање положаја запослених.³³

И, најзад, послодавац може запосленом изрећи *опомену са најавом отказа*, у којој се наводи да ће послодавац запосленом отказати уговор о

³⁰ Вид. С. Ковачевић-Перић, „Удаљење са рада – појам, сврха и карактеристике“, *Радно и социјално право*, бр. 1/20145, стр. 173–194.

³¹ Закон о раду (Службени гласник РС, бр. 24/05, 61/05, 54/09, 32/13 и 75/14), члан 179а, тачка 2.

³² Б. Лубарда, *Радно право: расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2011, стр. 650.

³³ Интересантно је уочити да у коначну верзију текста Конвенције Међународне организације рада број 95 о заштити зарада нису унете одредбе о новчаној дисциплинској мери као виду допуштеног умањења зараде. У Нацрту конвенције је, наиме, било предложено решење да умањење зараде посредством примене новчане казне може бити допуштено само ако су испуњена три услова: да је радник повредио правила о раду (правила о заштити безбедности и здравља на раду и сл.) и да је та повреда утврђена у поступку који је одобрило надлежно тело; да је раднику или представницима радника омогућено да се изјасне о наводима који се раднику стављају на терет; да приходи од дисциплинске мере не увећавају финансијску добит послодавца. На првом од два узастопна заседања (у оквиру двократне дискусије) Опште конференције рада, предложено решење је оштро критиковано, те и није нашло место у тексту Конвенције. Ово посебно стога што је новчана казна изричито забрањена у многим државама чланицама Међународне организације рада, због чега би усвајање одговарајућег међународног стандарда могло произвести негативне ефекте. С тим у вези, ваља имати у виду и то да је у државама у којима ова дисциплинска мера постоји, њено изрицање условљено обезбеђивањем одређених процесних гаранција у циљу заштите запослених, попут утврђивања послодавчеве обавезе да писаним путем упозори запосленог на постојање повреде и да му омогући да се изјасни о наводима који му се стављају на терет, а, исто вреди и за признавање права запосленог на приговор. International Labour Conference, 91st Session, *General survey of the reports concerning the Protection of Wages Convention (No. 95) and the Protection of Wages Recommendation (No. 85), 1949*, International Labour Office, Geneva, 2003, стр. 241–246.

раду без поновног упозорења. Ово дисциплинском мером је “замењена” ранија мера “упозорења”, у којем је, због постојања олакшавајућих околности, послодавац могао да најави запосленом да ће му дати отказ без новог упозорења, ако опет учини исту или сличну повреду. Такво решење је, међутим, било проблематично због чињенице да је послодавац морао да цени да ли постоје олакшавајуће околности и пре изјашњавања запосленог о наводима који му се стављају на терет, због чега није постојала могућност да се уваже и оне олакшавајуће околности које би запослени изнео остварујући своје право на одбрану.³⁴ Примену ове мере додатно је отежавала чињеница да Законом није био опредељен период важења “најаве отказа”, а што је надомештено законском новелом од 2014. године, према којој послодавац може да запосленом да отказ само ако он учини исту повреду радне обавезе или непоштовање радне дисциплине у наредном року од шест месеци.

2.3. Дисциплински поступак и начело правичног и поштеног поступка

Како самосталност послодавца у уређивању радне дисциплине није апсолутна, у стручној и научној литератури се, с правом, критикују законодавци који не омеђују вршење послодавчевих дисциплинских овлашћења, тј. пропуштају да предвиде ограничења која постоје у вези са признавањем права на контролу и кажњавање у другим друштвеним односима. То, нарочито вреди за уређивање поступка за утврђивање дисциплинске одговорности, будући да се повреда радне обавезе и кривица запосленог не могу претпостављати. Премда, упоредноправно посматрано, једну од основних тенденција у уређивању дисциплинског поступка чини тенденција његовог поједностављивања, законодавци настоје да заштите основна права запослених, не би ли се, барем формално, обезбедила равноправност процесних странака. Тај минимум заштите, најпре, укључује обавезу послодавца да упозна запослене са правилима дисциплинског поступка (нпр. објављивањем правила у просторијама послодавца или достављањем њиховог текста сваком запосленом), док се остала процесна правила односе на поступак који се спроводи пре и у току изрицања дисциплинске мере, као и на остваривање права на приговор и жалбу.³⁵ Ниједно од ових права није потврђено српским Законом о раду, будући да се законодавац није упустио у уређивање дисциплинског по-

³⁴ З. Лазић et al., op. cit., стр. 81.

³⁵ International Labour Conference, 67th Session, *Report VIII (1). Termination of employment at the initiative of the employer*, International Labour Office, Geneva, 1981, стр. 31

ступка. То, свакако, представља значајан пропуст, који би социјални партнери могли да надоместе обезбеђивањем равноправног учешћа странака у расправљању о повреди радне обавезе и дисциплинској одговорности.³⁶

Тачном утврђивању и подробној оцени чињеничног стања, као и доношењу правилне одлуке о дисциплинској одговорности може допринети и достављање упозорења синдикату у који је запослени учлањен и/или инспекцији рада, ради давања мишљења. Законодавац је, међутим, из текста Закона о раду изоставио послодавчеву *обавезу* да синдикату чији је запослени члан достави на мишљење упозорење о постојању разлога за отказ уговора о раду. Уместо тога, потврђено је ново правило да “запослени уз изјашњење може да приложи мишљење синдиката чији је члан”.³⁷ Ако је мишљење синдиката приложено, послодавац је дужан да га размотри, што је важно, будући да и сама ова обавеза може представљати какву-такву брану отпуштању запослених без ваљаног одказног разлога.³⁸

И, коначно, заштити од послодавчеве самовоље доприноси и гаранција *права на приговор*, као и утврђивање *кратких рокова* за покретање и вођење дисциплинског поступка и изрицање дисциплинских мера.³⁹

³⁶ “Дисциплински поступци су засновани на идеји да санкција дисциплинског отказа не треба да буде примењена ако није праћена поступком који треба да осигура то да радник има право да се брани и да санкција буде сразмерна његовом понашању”. International Labour Conference, 82nd Session, *Protection against unjustified dismissal*, International Labour Office, Geneva, 1995, став 152.

³⁷ Закон о раду (Службени гласник РС, бр. 24/05, 61/05, 54/09, 32/13 и 75/14), члан 181.

³⁸ Такво решење је усаглашено са Препоруком Међународне организације рада број 166 (Recommendation concerning Termination of Employment at the Initiative of the Employer), став 11. С тим у вези, ваља уочити да је у судској пракси домаћих судова афирмисан став да не треба поништавати решење о отказу због чињенице је послодавац пропустио да достави упозорење на мишљење синдикату. Ово стога што мишљење синдиката не обавезује послодавца, због чега ни такав пропуст „не утиче на пуноважност и законитост отказа уговора о раду“ (Пресуда Врховног касационог суда, Рев2. 1044/2012, од 6. новембра 2013. године, нав. према З. Лазић et al., op. cit., стр. 86). У старијој судској пракси је, међутим, био заступљен другачији резон, те је пропуст послодавца да затражи мишљење синдиката сматран ирелевантним за пуноважност и законитост отказа само у појединим случајевима: „повреда прописа који обавезују да се затражи мишљење синдиката нема апсолутни карактер. Ако се може закључити да синдикат, с обзиром на програмске циљеве за које се залаже, не би дао подршку запосленом коме је престао радни однос, онда му ни одсуство мишљења синдиката не може користити. Пошто је у конкретном случају реч о противправном присвајању средстава предузећа било би илузорно очекивати подршку синдиката тужиоцу. Самим тим, ни пропуст да се затражи мишљење синдиката не може бити довољан основ за поништај акта о престанку радног односа тужиоцу“. Одлука Врховног суда Србије, Рев. 1998/93, нав. према Д. Симоновић, *Радноправна читанка. Друга књига*, Службени гласник, Београд, 2009, стр. 41.

³⁹ R. de Quenaudon, „L'exercice du pouvoir disciplinaire dans l'entreprise et écoulement du temps“, *Droit social*, број 3/1984, стр. 173–179.

Правила о дисциплинском поступку успостављају, дакле, снажну брану злоупотреби дисциплинске власти, због чега се *начело правичног и поштеног поступка* може сматрати процесним стандардом који треба применити и у погледу дисциплинског поступка. С тим у вези, намеће се, међутим, и питање да ли се на дисциплински поступак имају примењивати одређени аспекти гаранције права на правично суђење или не. На то упозорава, између осталог, и судска пракса британских судова који су били у прилици да се изјасне о томе да ли се гаранција права на правично суђење из члана 6 Европске конвенције за заштиту људских права примењује и на дисциплински поступак који послодавац може покренути против запосленог, посебно када је реч о праву на одбрану путем браниоца (иако је оно у Конвенцији изричито потврђено само у односу на кривични поступак)⁴⁰ и праву на “правичну и јавну расправу у разумном року пред независним и непристрасним судом”. У овој држави је, наиме, више запослених против којих је вођен дисциплински поступак истицало да имају право на одбрану путем браниоца, као и право да о наводима који им се стављају на терет, уместо послодавца, одлучује трећи, независни субјект. Њихови послодавци су одбацили ове захтеве, упозоривши да би њихово прихватање у првом случају било скопчано са немалим додатним трошковима, док би у другом случају била посве измењена природа дисциплинског поступка, будући да би послодавац морао да прене-се овлашћење за утврђивање дисциплинске одговорности на трећа лица. Ово тим пре што би прихватањем захтева за обезбеђивањем права запосленог на правну одбрану и расправу пред независним и непристрасним субјектом, додатно формализовало дисциплински поступак, што је супротно настојањима британског законодавца да поједностави и учини мање формалним ову врсту поступка. Премда је у неколико пресуда Апелациони суд (*Court of Appeal*) закључио да би се гаранција из члана 6 Европске конвенције “могла односити и на дисциплински поступак против запосленог”,⁴¹ Врховни суд (*Supreme Court*) је заузео супротно

⁴⁰ Са друге стране, ваља имати у виду да је Препоруком Међународне организације рада број 166 потврђено да „радник треба да има право на помоћ другог лица када се буде бранио [...] од навода који се тичу његовог понашања или рада, а који могу да имају за последицу престанак његовог радног односа“ (став 9). Примена овог међународног радног стандарда у државама чланицама Међународне организације рада подразумева право запосленог на помоћ синдикалног или другог радничког представника или другог лица које се бира из реда запослених код послодавца, док у појединим државама то укључује и право на помоћ саветника који није запослен у истој радној средини. International Labour Conference, *Protection against unjustified dismissal, op. cit.*, став 157.

⁴¹ Реч је о пресуди у предмету *Kulkarni v. Milton Keynes NHS Foundation Trust* [(2009) EWCA Civ 789, (2010) ICR 101], и пресуди у предмету *R (G)* (2010) EWCA Civ 1, (2010) 1 WLR 2218. У првом предмету, дисциплински поступак је био покренут против лекара који је непримерено

становиште, нашавши да се наведена одредба не примењује на дисциплинске поступке и да се, последично, не може захтевати од послодавца да повери утврђивање одговорности за повреду радне обавезе трећем лицу које није запослено код њега.⁴² Када је, пак, реч о судској пракси Европског суда за људска права, ваља имати у виду да се, у смислу одредбе члана 6 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, гаранција права на правично суђење односи на одлучивање о грађанским правима и обавезама појединца, или о кривичној оптужби против њега.⁴³ Притом је у литератури афирмисан став да је, у погледу грађанских права и обавеза, примена ове одредбе условљена следећим захтевима: да постоји спор, да се спор заснива на вероватним основама; да се води поступак у коме се доноси одлука; да се одлука односи на грађанска права и обавезе; да је реч о правима и обавезама која су призната домаћим правом.⁴⁴ Реч је, дакле, о захтевима за које се може сматрати да су испуњени и у погледу дисциплинских поступака, у случају када запослени поднесе лек против одлуке којом је утврђена његова дисциплинска одговорност. То нарочито вреди за поступак који је запослени покренуо против послодавца који му је дао отказ због скривљене повреде радне обавезе, будући да се у овом поступку доноси одлука која се тиче законског права запосленог на заштиту од неоправданог отказа.⁴⁵

додиривао пацијента, док је у другом случају, дисциплински поступак био покренут против сарадника у настави јер је постојала сумња да је имао однос са петнаестогодишњим дечаком у школским просторијама. У оба случаја, чињенице које су биле стављене на терет запосленима биле су толико озбиљне да би, у случају утврђивања њихове одговорности у дисциплинском и, евентуално, и неком другом поступку, престала могућност за њихов даљи рад у занимању за које су стекли стручну спрему. У овим предметима, судије су закључиле да би примена члана 6 Европске конвенције могла бити могућа и у погледу дисциплинског поступка, ако су оптужбе са којима се запослени суочава толико озбиљне да би, поред губитка постојећег посла, запослени могао бити лишен могућности да се уопште бави својим занимањем у Великој Британији. Реч је, дакле, о случајевима у којима су последице са којима ће се запослени суочити уколико буде била утврђена његова одговорност веома озбиљне, што их чини сличним учињеном кривичном делу. То су, по оцени судија, били довољни разлози да се запосленима призна право на помоћ адвоката у дисциплинском поступку. Нав. према: A. Sanders, „Does article 6 of the European Convention on Human Rights apply to disciplinary procedures in the workplace?“, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 33, број 4/2013, стр. 794–799.

⁴² *R (on the application of G) v. Governors of X School* (2011) UKSC 30, (2012) 1 AC 167, нав. према A. Sanders, *op. cit.*, стр. 794.

⁴³ Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода (Службени лист СЦГ - Међународни уговори, број 9/2003), члан 6, став 1.

⁴⁴ Нав. према: A. Sanders, *op. cit.*, стр. 803.

⁴⁵ То је, примера ради, било потврђено у пресуди у предмету Дарнел (*Darnell*) против Велике Британије, где је Европски суд за људска права закључио да спор постоји (а разумни рок за суђење почиње да тече), у смислу одредаба Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, од оног тренутка када запослени поднесе лек против одлуке којом је

Премда ово може бити значајно за запослене, посебно због признавања права на правну помоћ (наравно, ако себи могу да приуште трошкове те врсте), чини се да су у праву аутори који упозоравају да је од евентуалне примене одредбе члана 6 Конвенције на дисциплински поступак – много значајније то да државе обезбеде услове за одговарајућу и делотворну заштиту запослених од неоправданог отказа.⁴⁶

ЗАКЉУЧАК

Последњих тринаест година, српски законодавац не уређује непосредно и целовито питање дисциплинске одговорности запослених, већ то чини само у оквиру института престанка радног односа. Овакво особено номотехничко и концепцијско решење различито је тумачено, те је једна група аутора држала да закони о раду од 2001. и 2005. године уопште не познају дисциплинску одговорност као посебну врсту правне одговорности запослених, док је друго тумачење почивало на уверењу да је социјалним партнерима допуштено да изворима аутономног права уређују дисциплинско кажњавање запослених. Новелом Закона о раду од 2014. године ова дилема је „разрешена“ у корист става о постојању дисциплинске одговорности као посебне врсте правне одговорности запосленог, уз увођење новчане казне и опомене са најавом отказа, као нових дисциплинских мера. Потоње решење је значајно због стварања услова за делотворну примену начела прогресивног кажњавања запослених за повреде радних обавеза, али и због потребе да се послодавцима омогући да, поред престанка радног односа и мере удаљења са рада без накнаде зараде, изричу и друге мере које могу допринети обезбеђивању доброг функционисања предузећа. Стога је важно да најтежа дисципли-

послодавац у дисциплинском поступку изрекао запосленом најтежу дисциплинску меру – престанак радног односа. Сматра се, наиме, да је од тог тренутка настао поступак о „законитости или оправданости отказа“ (пресуда од 26. октобра 1993. године, представка број 15058/89). То, даље, значи да се у овом поступку доноси одлука која се тиче права запосленог да не буде отпуштен без оправданог разлога (право на заштиту од неоправданог отказа), тим пре што у случајевима отказа због повреде радне обавезе, одлука коју послодавац донесе у дисциплинском поступку значајно утиче на судску одлуку о законитости отказа због овог отказног разлога. Тако је, примера ради, у пресуди у предмету *Buchholz* против Немачке закључено да се одредбе члана 6 Конвенције примењују најмање на правне поступке који се односе на оправданост или законитост отказа (пресуда од 6. маја 1981. године, представка број 7759/77, став 46). A. Sanders, *op. cit.*, стр. 804–807. Уп. са П. Трифуновић, „Правично суђење у радно-социјалним споровима“, *Билтен Врховног касационог суда*, број 1/2013, стр. 287–302.

⁴⁶ A. Sanders, *op. cit.*, стр. 819.

плинска мера буде „резервисана“ само за повреде радних обавеза које су такве тежине и са таквим последицама да оправдавају искључење запосленог из радне средине. Ово тим пре што се, због велике незапослености и других проблема који оптерећују свет рада, неки послодавци не устежу да врше много већи фактички утицај на запослене него што их право на то овлашћује.

Иако су уређивањем дисциплинске одговорности у оквиру института престанка радног односа, одређене процесне гаранције обезбеђене у корист запослених у случају утврђивања њихове одговорности за теже повреде радних обавеза, не сме се губити из вида неопходност заштите основних права запослених и у погледу утврђивања њихове одговорности за лакше повреде радних обавеза. Без тога није могуће обезбедити, макар, и само формалну, равноправност странака, будући да се ни лакше повреде радних обавеза и кривица запосленог за те повреде не могу претпостављати. Ово тим пре што је начело правичног и поштедног поступка процесни стандард који мора бити примењен и у поступку утврђивања дисциплинске одговорности. То нарочито подразумева потврђивање послодавчеве обавезе да упозна запослене са правилима поступка, да створи услове за делотворно остваривање њиховог права на одбрану и приговор, као и да утврди кратке рокове за покретање и вођење поступка и изрицање дисциплинских мера. Осим тога, постоји и потреба да се изворима аутономног права одреди намена средстава остварених применом новчане казне, а коју би требало везати преваходно за унапређење услова рада, односно за побољшање положаја запослених.

Ljubinka Kovačević, Ph.D.

Assistant Professor, University of Belgrade Faculty of Law

REGULATING THE DISCIPLINARY LIABILITY WITHIN THE INSTITUTE OF DISMISSAL: A UNIQUE NOMOTECHNICAL AND/OR CONCEPTUAL SOLUTION BY THE SERBIAN LEGISLATOR?

Summary

In modern legal systems, disciplinary liability has traditionally been regulated as one of the fundamental forms of legal liability, although the rules on disciplinary liability of employees in private sector didn't have to be regulated in detail. Most legislators, therefore, only regulate the liability conditions and basic principles of the disciplinary procedure, while all other aspects of this institute are regulated by sources of autonomous law. However, some authors advocate the retention of disciplinary liability as a special kind of liability for civil servants only, while in the general regime of employment relationship, in accordance with the contractual concept of employment relationship, disciplinary liability is regulated only in the segment that deals with breaches of work obligation as cause of dismissal. However, such an approach does not enjoy support in comparative law, including the legal systems that consistently apply the contractual concept of employment relationship.

The last thirteen years, Serbian legislator didn't directly or completely regulate issues of disciplinary liability and did it only through the institute of dismissal. This unique nomotechnical and conceptual solution was interpreted differently. One group of authors held the position that the labour laws from 2001 and 2005 do not recognize disciplinary liability as a special kind of liability of employees, while another interpretation was based on the belief that social partners are allowed to use sources of autonomous law to set disciplinary procedure and sanctions. The Amendments to the Labour law from 2014 have „resolved“ this dilemma in favour of the position of disciplinary liability as a kind of legal liability of employees, by introducing fines and warnings before dismissal as new disciplinary measures. The latter is important

in creating conditions for effective implementation of principle of progressive sanctions, as well as in providing employers the opportunity to impose different measures that may contribute to ensuring a good functioning of the company.

Although by regulating the disciplinary liability within the institute of dismissal, certain procedural guarantees are ensured for employees who are found liable for major disciplinary offences, we must not lose sight of the necessity to protect the fundamental rights of employees regarding their liability for minor disciplinary offences. Without it, it's impossible to achieve even a formal equality between parties, considering that neither the minor breaches of work obligation, nor employee culpability can be presumed. Especially because the principles of just and fair procedure must be implemented when establishing disciplinary liability. This involves reaffirming employers' obligation to inform employees about the rules of procedure, to create conditions for effective exercise of their rights to a defence as well as an appeal, and to establish short deadlines to initiate and conduct a disciplinary procedure and impose disciplinary measures. In addition, there is a need to determine, through sources of the autonomous law, the purpose for the money generated by fines, which should be primarily connected to improvement of working conditions.

Key words: *Republic of Serbia; general regime of employment relationship; disciplinary liability; disciplinary sanctions; disciplinary procedure; termination of employment; normative prerogatives of social partners.*

NAČELO I PRAVO PARTICIPACIJE (SUODLUČIVANJA) RADNIKA S POSLODAVCEM U PODUZEĆU

Prof. dr sc. Marinko Đ. Učur*

***Apstrakt:** Ustavi suvremenih demokratskih država i univerzalna vrela prava osnov su za utvrđivanje, ostvarivanje i zaštitu slobode i prava radnika na sudjelovanje u odlučivanju s poslodavcem o pitanjima važnim za njihov gospodarski i socijalni položaj. Ta osnova je i u vrelima pravne stečevine EU. Uređuje se heteronomnim i autonomnim propisima u oblasti rada i radnih odnosa.*

Realizira se u različitim oblicima organiziranja poslodavca u gospodarskim i drugim djelatnostima, osim u državnoj upravi, u oblicima (institucijama) kako ih prvenstveno zakon određuje (radnička vijeća, skupovi radnika, članstvo u tijelima upravljanja i dr.), savjetovanjem, suodlučivanjem i odlučivanjem u organu poslodavca.

Pravo participiranja ima sve više opravdanja u složenim radnopravnim i socijalnopravnim odnosima.

Ključne riječi: radnik, poslodavac, pravo, participacija, odlučivanje

1. UVOD

Ustavi suvremenih država (kao najviši pravni akt) u skladu s univerzalnim (međunarodnim) i vrelima prava EU i Vijeća Europe (kao pravne stečevine) te zakoni i druga vrela radnog prava, osnova su utvrđivanja, realiziranja i zaštite slobode i prava radnika na sudjelovanje u odlučivanju s (ili kod) poslodavcem.

Odredbe Ustava, pored drugih sloboda i prava, sadrže i mogućnost sudjelovanja radnika, u skladu sa zakonom u odlučivanju u poduzeću. To je i

* Дипл. правник, знанствени савјетник, свеучилишни професор у трајном звању из Ријеке

zahtjev vremena i napretka u organiziranom društvu (državi) bez obzira na naglašenu tržišnu orijentaciju i kretanje na temelju toga. Radni odnosi su dio društvenih, gospodarskih i drugih odnosa u međuodnosima demokratskih procesa. To je složeno pitanje i područje ljudskih prava i sloboda i jedno od najznačajnijih pitanja unutrašnje politike svake države. Slobode i prava ne kolidiraju međusobno niti s drugim sadržajima društvenih i pravnih odnosa. Njihov sadržaj može biti samo bogatiji, potpuniji i životniji.

To se odnosi i na radni odnos, slobode i prava subjekata u tome posebnom pravnom odnosu u fazi reguliranja (uređivanja), realiziranja (ostvarivanja), nadzora i zaštite, bez obzira na „klasifikacije“ tih odnosa (ugovorni ili statusni); s više ili manje javnopravnih obilježja; trajanje odmora i dopusta; zaštite zdravlja i zaštite na radu; kolektivnog pregovaranja i zaključivanja kolektivnih ugovora; heteronomnog i autonomnog uređivanja; otkaza; naknade štete; odgovornosti (svih oblika i sadržaja i dr.).

To se ne može i ne treba objašnjavati samo po metodu pisanog prava. Radi se o interdisciplinarnom i multidisciplinarnom pitanju i odnosu. Zbog toga treba koristiti metode i sadržaje: sociologije rada, psihologije rada, ergonomije, medicine rada, ekonomske rada, industrijske psihologije i drugih disciplina. Na taj način će slobode i prava koje se odnose na rad u radnom odnosu u pravnim normama (svih kategorija) biti adekvatnije uređeni (konkretnije i provedbenije).

Oni su dio vladavine prava kojim se jamče: zakonitost, istinitost i pravičnost u ostvarivanju i zaštiti, s dostignutim standardima tekovine civilizacije pravne zaštite svojstvene pravnoj državi i njezine diobe vlasti (zakonodavna, upravna i sudbena).

Jedno od temeljnih pitanja je odnos rada i kapitala. Naglašava se apsolutnost vlasništva ali treba naglasiti i apsolutnost rada, slobodu i pravo čovjeka da radi pa i u radnom odnosu, ali ne daje sebe već svoje sposobnosti (radne, stručne i druge), ne prodaje sebe i radnu snagu svoju jer rad nije roba. Poslodavac ima pravo da odluči da li će i s kim će sklopiti ugovor o radu, ali to pravo ima i radnik. Njihove volje determinirane su objektivnim faktorima, ali to ne znači da nisu slobodne. Pravo vlasništva i pravo rada temeljna su ljudska prava. Samo ako ih ravnopravno analiziramo ova prava se međusobno nadopunjuju i ne ograničavaju se niti ugrožavaju društveni sustav. Volja je ograničena drugim slobodama i pravima u skladu s Ustavom i zakonom. Radni odnosi treba da se „oslobađaju“ odgovornosti za socijalnu sigurnost i socijalni (odnosno politički) mir, ali od toga ne mogu biti slobodni jer su dio cjelokupnih odnosa u društvu u kome nestaju i prestaju.

Posloprimci ne sudjeluju u utvrđivanju organizacije rada kod poslodavca, njegove djelatnosti, investicija i poslovne politike, ali moraju odlučivati „o pitanjima u vezi s njihovim gospodarskim i socijalnim pravima i interesima“. Granice među navedenim pitanjima zapravo nema, u krajnjoj mjeri.

Nova sredstva u radu i nove tehnologije zahtijevaju nova znanja i sposobnosti radnika. Automatizirani proizvodni sustavi (mikroelektronika, roboti, univerzalna računala i brojne inovacije) uvjetuju promjene u industrijskoj proizvodnji (strukтури) i drugim procesima rada. Mijenja se organizacija rada. Zahtijevaju se polivalentna znanja. Nužno je prilagođavanje radnog vremena, odmora i dopusta i drugih prava u zaštiti zdravlja i rada; rad će biti intenzivniji a iskorištenost veća. Budućnost gradi tvornice „bez ljudi“. Novi radnici zapošljavat će se samo ako poslodavac utvrdi da mu je to potrebno. Pristupat će se prekvalifikacijama i dokvalifikacijama. Moderni rad sve više zamara. Mijenja se odnos prema radu u cjelini. Permanentno učenje postaje nužnost.

To i drugo treba da prati sloboda i pravo radnika (i poslodavca) na udruživanje (koaliciju), kolektivno pregovaranje i zaključivanje kolektivnih ugovora, a posebno pravo radnika na upravljanje kod poslodavca i drugo.

2. DETERMINATE PRAVA NA RADU

„Sindikalna scena“ je heterogena. Poslodavci su nedovoljno organizirani. Država je i dalje veliki poslodavac: za državne službenike, policiju, vojku, javna poduzeća, javne službe i druge djelatnosti. Prisutna je koji put i neoljalna sindikalna utakmica. Kolektivni radni odnosi, posebno u kolektivnom pregovaranju i zaključivanju kolektivnih ugovora, zapostavljeni su. Socijalni dijalog često je neučinkovit (neefikasan). Na drugu stranu, traži se ekonomska autonomija, dugo traje tranzicija; pretvorba i privatizacija su neadekvatno izvedene a globalizacija uzima svoj danak.

U suvremenom radnom pravu traži se mjesto za uređivanje, realiziranje i zaštitu principa (načela) participacije (suodlučivanja) radnika u upravljanju poduzećem (kod poslodavca). U tržištu rada, koje je neizgrađeno, pokušava se razvijati konkurencija znanja i sposobnosti, kreativnosti, inventivnost i racionalizacija na svim razinama.

Rješenje ne treba izmišljati. Mora se uvažavati pravna civilizacija, njeni standardi, sustavnost i profesionalnost, uz maksimalno poštivanje sloboda i prava u što većoj stabilnosti i pravnoj sigurnosti.

Od posebnog interesa je suodlučivanje (suupravljanje, participacija u upravljanju) radnika na svim razinama: od radnog mjesta, tvornica, trgovačkih društava i drugih organiziranih subjekata–poslodavaca u državi, izvan državne uprave. To su radnička vijeća, članstva u upravnim i nadzornim odborima. Suodlučivanje radnika treba da čini temelj organiziranog sustava poduzetništva.

Bitni su segmenti koji čine uvjete rada, kao bitnog faktora životnog standarda radnika i socijalnog mira. Pravo na suodlučivanje radnika je pravo na sudjelovanje u donošenju odluka koje se odnose na rad i radnu okolinu, na informiranje i odlučivanje, pravo na pojedinačno i zajedničko ulaganje pravnih sredstava, u interesu zaštite zdravlja i života zaposlenih i osiguravanja buđućnosti rada.

Suodlučivanje utječe na oblikovanje trgovačkih društava i drugih poduzetnika–poslodavaca. Aktivniji je položaj i uloga radnika u upravljanju (participaciji) u poduzeću, pa neki autori taj oblik „projektirane i uvedene participacije u poduzećima naziva participativnom organizacijom“. Time se ne narušava „tradicionalna“ organizacija poduzeća –piramidno-hijerarhijski oblik organizacije, vlasništvo na sredstvima proizvodnje niti autoritet i odgovornost menadžmenta, sve u cilju veće produktivnosti rada. Radnici utječu na donošenje poslovnih odluka.¹

Kvaliteta participacije mjeri se: kvalitetom informiranja radnika, zajedničkim savjetovanjem u donošenju odluka gdje na kraju „glavnu riječ“ ima poslodavac. Ona je determinanta odnosa kapital–rad. Konačni cilj (za poslodavca) je dobit, ekonomsko ali i socijalno bogatstvo te formiranje motiva ali i poticanje radnika za rad (osjećaj sigurnosti za rad, radni odnos i njegov sadržaj, samopouzdanje i socijalna prava).

Minimalne standarde mora postaviti zakon, da to ne biva „na volju“ poslodavca, a naročito kada se radi o: uvođenju i primjeni nove tehnologije, što bi imalo za posljedicu viškove radnika i otkaza ugovora o radu, problem zarada (plaća) i drugo; skraćivanje ili povećanje radnog vremena; sigurnost starijih radnika; radna i socijalna zaštita; zaštita na radu i sl.

2.1. Radnički predstavnici kao oblik samoodlučivanja

„Radnički predstavnici“ mogu biti individualni i kolektivni (radnička vijeća, savjeti radnika, predstavnici radnika u zaštiti na radu, razni odbori).

¹ Učur, Marinko, *Vrela radnog prava i promjene u radnim odnosima*, Pravni fakultet Rijeka, 1996, str. 47 i dr.

Oni nisu sindikalni već radnički predstavnici i rade bez obzira na to da li je kod poslodavca organiziran (ili nije) sindikat.

„Radničkog povjerenika“ biraju radnici sa zadatkom da štiti gospodarske, socijalne, kulturne i druge interese radnika; „utječe“ na održavanje dobrih odnosa poslodavac–radnici; posreduje u sporovima među navedenim subjektima; pridržavanje propisa o radu i njihovog sadržaja; održava red i disciplinu; poštiva pravila zaštite na radu; surađuje s poslodavcem ali i sa subjektima izvan poslodavca, sve u interesu radnika i zaštititi već utvrđenih prava.

2.2. Neka međunarodna iskustva

Ozakonjen je socijalni dijalog između poslodavca i radnika. Širi se ekonomska i socijalna demokratizacija i garancija da će se prava radnika potpuno realizirati. To se odnosi na: politiku zapošljavanja; obrazovanja i usavršavanja; uvjeta rada (u najširem smislu riječi); širenje i jačanje participacije na svim razinama i u svim oblicima.

U radu i organizaciji rada u proizvodnji daje pravilno i što potpunije korištenje ljudskih sposobnosti, ali to ne znači „cijedenje znoja“ već uključivanje radnika u cjelinu odnosa u tehnologiji rada, kulturi rada, sociologiji rada, u radnim i životnim uvjetima u najširem smislu riječi.

Participacija ne znači i poistovjeđivane sa sindikatom i sindikalnim organiziranjem i aktivnostima. To je drugi odnos bez obzira na jedinstvo interesa sindikalno organiziranih i neorganiziranih radnika.

Participacija je razvijena u Engleskoj (Joint Consultation Committees) razvijanjem različitih oblika paritetne suradnje; u Njemačkoj (vijeća, savjeti) organiziraju se savjetodavni organi; u Francuskoj (odbori s predstavnicima radnika itd.). Radi se o savjetodavnim pravima, ali ne i o pravima na upravljanje. Suodlučivanje znači i pravo na djelomično upravljanje (participaciju). „Industrijska demokracija“ je savjetovanje, davanje preporuke i favoriziranje sporazumijevanja, bez prava na samostalno odlučivanje, bez kolektivnog pregovaranja i sklapanja kolektivnih ugovora.²

2.2.1. Međunarodna organizacija rada i suodlučivanje

„...obveza je MOR-a (ILO)... da razvija suradnju poslodavaca i radnika za trajno poboljšanje organizacije proizvodnje kao i suradnje radnika i poslo-

² U Jugoslaviji se preko 40 godina razvijao sustav samoupravljanja koji nije bio eksperiment već sustav koji je funkcionirao. Imao je ustavnu (zakonsku) osnovu, realizaciju i zaštitu.

davca u izradi i primjeni socijalne i ekonomske politike“ (Filadelfijska deklaracija, 10.5.1944, o svrsi i ciljevima MOR-a).

Preporukom br. 129 o odnosima između radnika i poslodavca (uprave i radnika u poduzeću) 1967, „pozivaju se poslodavci i posloprimci da stvaraju odnose uzajamnog razumijevanja i povjerenja koje povoljno utječe i na uspjeh poduzeća i na zahtjeve radnika; potpunije informiranje radnika; konzultacije uprave i radnika; razmjenu mišljenja o sadržaju kolektivnih i individualnih radnih odnosa...“.

To nadopunjuje Preporuka MOR-a (ILO) br. 130 o razmatranju žalbi i prigovora u poduzeću s ciljem njihovog rješavanja (1967), i to: „svaki radnik bilo da se žali pojedinačno ili zajednički sa drugim radnicima, koji smatra da ima razloga za žalbu treba da ima pravo da podnosi žalbu bez štete za njih i da se žalba razmatra shodno odgovarajućem postupku“.

Konvencija MOR-a br. 135 o radničkim predstavnicima (1971) i Preporuka MOR-a broj 143 (istog naziva) utvrđuje efikasnu zaštitu radničkih predstavnika „od svakog postupka koji je štetan po njih, uključujući i otpuštanje“, a treba im pružiti „one olakšice koje mogu biti potrebne da im se omogući da izvršavaju svoje zadatke...“.

Puno je zastoja u odnosima poslodavac–radnici. Njih se može ublažavati koristeći metode u različitim disciplinama i demokratskoj praksi. Problemi se ne mogu objašnjavati samo sa sociološkog ili psihološkog gledišta (manje ili više dobre suradnje, stvaranje određene „socijalne klime“, socijalnog mira, lojalnost radnika poslodavcu i sl.).

Položaj i funkcije radnika u procesu rada su nezamjenjivi i sveprisutni.

2.2.2. Jedinstvo vrela prava na participaciju

Tržište rada, robe i kapitala stavlja radnike u novi položaj, u kojima su direktno ovisni o poslodavcima, koji sada, u toj tržišnoj utakmici, određuju uvjete rada, kupuju, održavaju i zamjenjuju sredstva rada, ali i gospodare rezultatima rada. To donekle miri pravo participacije, pored radnozaštitnog zakonodavstva, socijalne funkcije država, sve u cilju što adekvatnijeg „oslobađanja rada“.

Na to upućuju brojni univerzalni izvori prava: Povelja UN (1945): socijalni napredak i poboljšanje životnih uvjeta... pomaganje ostvarivanja prava čovjeka i osnovnih sloboda za sve...“; Opća deklaracija o pravima čovjeka (1948) „dostojanstvo i vrijednost čovjeka... Svatko ima pravo na socijalno osiguranje... na pravične i zadovoljavajuće uvjete rada“; Međunarodni pakt

o građanskim i političkim pravima (1966), „ stvaranje uvjeta prema kojima svatko može uživati svoja građanska i politička prava jednako kao i svoja ekonomska, socijalna i kulturna prava...“; Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima (1966) „...pravo svakog da uživa pravedne i povoljne uvjete rada, koji napose osiguravaju... sigurne i zdrave uvjete rada“; Deklaracija UN o pravima na razvoj (1968) „priznaje da je čovjek centralni subjekt u procesu razvoja i da razvojna politika mora uzeti u obzir čovjeka pojedinca kao glavnog sudionika i korisnika“.

Pravo participacije (suodlučivanja) jedno je od osnovnih načela radnog prava. Normativno to i nije sporno. To je oblik „ograničavanja vlasti poslodavca“.³

Obavješćivanje, komunikacija socijalnih partnera, na raznim razinama, ostvarena je i u okviru Vijeća Europe i EU (uvođenje Europskog radničkog vijeća i dr.).⁴

Sadržaji univerzalnih vrela prava i pravna stečevina EU u području rada i radnih odnosa pa i načela sudjelovanja radnika u odlučivanju moraju se jedinstveno tumačiti.⁵

„Načelo ima tri osnovna obilježja: normativno, logičko i metafizičko ili objektivno“. Normativno obilježje načela i prava participacije u odlučivanju radnika je pravilo „općeg ponašanja“ poslodavca i radnika u suupravljanju organizacijom poslodavca... „kao osnovno pravilo... i sadrži opće i usmjeravajuće odredbe“. Uvjetovano je „društvenim poretkom“ i ostvaruje se kroz određene pravne norme, što čini logiku pravne sigurnosti. Objektivno značenje je i u činjenici da načelo ima svoju praktičnu vrijednost, pa i u slučaju da se javi individualni ili kolektivni radni spor, a za njegovo rješavanje nema ili nema dovoljno pravnih normi.⁶

³ Tintić, Nikola, *Radno i socijalno pravo*, knjiga prva: Radni odnos (I), NN, Zagreb, 1969, str. 81.

⁴ Gotovac, Viktor, „Sudjelovanje radnika u odlučivanju“ u *Radni odnosi u RH*, urednik Ž. Potočnjak, Pravni fakultet Zagreb i Organizator, Zagreb, 2007, str. 603 i dr.; Europska socijalna povelja NN u 15/02 i 8/03; Povelja EZ (EU) o osnovnim socijalnim pravima radnika NN 37/91.

⁵ Povelja UN potpisana u San Francisku 26.6.1945, NN-M.U. 15/93, 7/94; Ustav MOR-a, 1919 NN 53/91; Konvencija MOR-a, s kom. u knjizi Učur, Marinko, Laleta, Sandra, Pravni fakultet, Rijeka. Tim press Zagreb, 2007; Međ. pakt o pol. i građ. pravima i Međ. pakt o ekonom., socijal. i kulturnim pravima, u knjizi: Učur, Marinko, *Radnopravni status pomoraca*, Pravni fakultet, Rijeka 2003.

⁶ Tintić, N., cit., str. 58, 59 i dr.

3. ZAKONSKA RJEŠENJA U HRVATSKOJ

Zakon o radu u RH, u glavi III, „Sudjelovanje radnika u odlučivanju“ (čl. 140–164) uređuje pitanje: radničkog vijeća (pravo na sudjelovanje u odlučivanju; pravo na izbor radničkog vijeća; broj članova radničkog vijeća; glavno radničko vijeće; izborno razdoblje; biračko pravo; lista kandidata; utvrđivanje rezultata izbora; temeljna ovlaštenja radničkog vijeća; obveza obavješćivanja; obveza savjetovanja prije donošenja odluke; suodlučivanje; obveze obavješćivanja radnika; odnos sa sindikatом; uvjeti za rad radničkog vijeća; zabrana nejednakog postupanja prema članovima radničkog vijeća; zabrana nejednakog postupanja radničkog vijeća prema radnicima; čuvanje poslovne tajne; sporazum radničkog vijeća s poslodavcem; povećanje broja članova i ovlaštenja radničkog vijeća; poništenje izbora, raspuštanje radničkog vijeća i isključivanje njegovih člana; skupova radnika; predstavnika radnika u organu poslodavca.

Svojstvo člana radničkog vijeća veže se uz svojstvo radnika kod određenog poslodavca. Broj članova radničkog vijeća veže se za broj zaposlenih radnika kod poslodavca. Radničko vijeće pazi na poštivanje heteronomnih i autonomnih akata o pravima na radu i u vezi s radom. Ne smije sudjelovati u pripremanju i organiziranju štrajka. Posebno se naglašava: obveza obavješćivanja; obveza savjetovanja prije donošenja odluka; suodlučivanje i obveza obavješćivanja radnika.

Naglašava se proaktivno djelovanje konstruktivne suradnje radnika s poslodavcem i gradi sustav nadzora. Pravo suodlučivanja daje radnicima mogućnost saznavanja, savjetovanja i donošenja odluka o pitanjima koja ih izravno pogađaju i o poslovnim odlukama koje svojim učincima mogu uvjetovati sadržaj radnih odnosa.⁷

Tri su osnovna prava radničkog vijeća: pravo da bude obaviješteno, pravo da bude savjetovano i pravo suodlučivanja u užem smislu.

Povrede odredaba Zakona o radu koje se odnose na sudjelovanje radnika u odlučivanju teži su prekršaji poslodavca.⁸

Zakon o radu u odredbama čl. 150 propisuje „obvezu savjetovanja prije donošenja odluka“ važne za položaj radnika. U točno određenim slučajevima poslodavac se mora savjetovati s radničkim vijećem „o namjeravanoj odluci“, te „mora radničkom vijeću dostaviti podatke važne za donošenje odluke i sa-

⁷ Direktiva EU i Vijeća (2002) ustrajava opći okvir za obavješćivanje i savjetovanje radnika.

⁸ Zakon o radu – cit. čl. 228.

gledavanje njezinog utjecaja na položaj radnika“. Nadalje, poslodavac mora prije konačnog očitovanja o namjeravanoj odluci, na zahtjev radničkog vijeća omogućiti održavanje sastanaka radi dodatnih odgovora i obrazloženja na njegovo izneseno mišljenje.

U važne odluke za radnike treba ubrajati i odluke organa trgovačkog društva o statusnim promjenama.⁹

„Odluka poslodavca donesena protivno odredbama ovoga Zakona o obvezi savjetovanja s radničkim vijećem ništetna je.“¹⁰

Navedeno upućuje na sve veću integraciju (spajanje ljudskih potencijala) u poduzeću (zajednički timovi, poslovi, projekti, donošenje akata i odluka).¹¹

To je bitno pitanje industrijske demokracije. Osobita se pozornost pridaje socijalnom dijalogu koji uključuje „sve oblike pregovora, konzultiranja ili jednostavno razmjene informacija... u vezi s gospodarskim i socijalnim pitanjima“.

Radno zakonodavstvo u RH nije kodificirano ali uređuje temeljna načela suvremenog i demokratskog radnog prava (pravo koalicije, pravo na određeno radno vrijeme, odmore i dopuste; pravo na plaću i naknade; zaštitu osobe na radu; zaštitu prava na radu i u vezi s radom, kao i pravo participacije).

Središnja kategorija je rad radnika u radnom odnosu; slobodan rad; rad za drugoga i u službi drugoga; nesamostalan rad na tuđim sredstvima rada; subordinirani rad s *oneroznim titulom*, uređen brojnim heteronomnim i autonomnim propisima.

4. ZAKON O RADU REPUBLIKE SRPSKE

U odredbama čl. 205 Zakona o radu Republike Srpske („Sl. glasnik R5“ br. 24/05; 61/05; 54/09; 32/13 i 75/14) propisan je „savet zaposlenih“ koji mogu „obrazovati... zaposleni kod poslodavca koji ima više od 50 zaposlenih... u skladu sa zakonom“.

Određuje se kao pravo i to kod poslodavca koji ima više od 50 zaposlenih, a propisuje se i temeljna njegova zadaća: „Savet zaposlenih daje mišlje-

⁹ Barbić, Jakša, *Ništetnost odluka...* u d.o.o., Zbornik 53. susreta pravnika, Opatija '15, HSUP u gosp. str. 31–33.

¹⁰ Zakon o radu, cit. čl. 150 st. 12.

¹¹ Buklijaš, Boris, *Kolektivno radno pravo*, Split, 2012, str. 173.

nje i učestvuje u odlučivanju o ekonomskim i socijalnim pravima zaposlenih na način i pod uslovima utvrđenim zakonom i opštim aktom“.

5. PRAVNI OKVIR I REALIZACIJA PARTICIPACIJE

Sudjelovanje radnika u odlučivanju je proces koji treba pratiti i analizirati u vremenu (u prvoj polovici XX stoljeća), kako je nastajalo a posebno danas, kao „izraz neposredne industrijske demokracije“. Ono se razvija u novim odnosima tehnoloških revolucija i općih kulturnih dostignuća, prilagođavanja hijerarhije odnosa (nadređenosti i podređenosti) odnosima približavanja aktivnih i pasivnih subjekata kolektivnih (i individualnih) radnih odnosa (poslodavca i radnika).¹²

Radni uvjeti i rezultati rada moraju se nadopunjavati. O tome treba da suodlučuju i radnici legalno i legitimno, ali s poslodavcima kao vlasnicima sredstava za proizvodnju, organizatorima i „davateljima“ rada.

Radni uvjeti i rezultati rada moraju se nadopunjavati. O tome treba da suodlučuju i radnici legalno i legitimno, ali sa poslodavcima kao vlasnicima sredstava za proizvodnju, organizatorima i „davateljima“ rada.

Načelo participacije ima osnova u univerzalnim vrelima prava (posebno u Ustavu i konvencijama i preporukama MOR-a, ILO), u dokumentima koji čine pravnu stečevinu (acquis communautaire) EU, u ustavima demokratskih država, zakonima i autonomnim općim aktima poslodavaca i sindikata.¹³

Sudjelovanje radnika u odlučivanju, pored drugih faktora, važno je jer ono utječe na konkurentnost gospodarstva.

Utemeljenje radničkog vijeća kod poslodavca je pravo radnika i samo od njih zavisi da li će to koristiti ili ne. Poslodavac je dužan da im to omogući.

Pravo sudjelovanja u odlučivanju nemaju radnici zaposleni u tijelima državne uprave, a otvaranjem stečajnog postupka prestaju prava radnika na suodlučivanje u poduzeću.¹⁴

¹² Participare – lat. biti dionik, sudionik, učesnik, imati udjela u nečemu (Klaić, B., *Rječnik...*, Zagreb, 1962, str. 1097).

¹³ Societas Europea: Direktiva 2009/38/EZ o uspostavi Europskog radničkog vijeća ili uvođenjem postupka obavješćivanja i savjetovanja radnika... (SL.L., 122 od 16.05.2009); Direktiva Vijeća 2001/86/EEZ o dopuni statuta Europskog društva u pogledu sudjelovanja radnika (SL.L.294 od 1.11.2001).

¹⁴ Zakon o radu, cit. čl. 140; Stečajni zakon, NN 44/96 – 45/1.

Članove radničkog vijeća radnici biraju na slobodnim i neposrednim izborima, vodeći računa o zastupljenosti svih organizacijskih jedinica poslodavca.

Zakon propisuje „temeljna ovlaštenja radničkog vijeća“, ali to je i njegova obveza da: štiti i promiče interese radnika zaposlenih kod određenog poslodavca, savjetovanjem, suodlučivanjem ili pregovorima s poslodavcem „o pitanjima važnim za položaj radnika“. Bitna je i zadaća radničkog vijeća da pazi na poštivanje propisa o radu i izvršavanje obveze poslodavca o plaćanju dužnih doprinosa.

Poslodavac informiranjem omogućava kvalitetan rad radničkog vijeća. Veće od obavješćivanja je pravo na savjetovanje kod donošenja odluka važnih za položaj radnika, za njihov gospodarski i socijalni položaj.

Poslodavac obavještava radničko vijeće pravodobno, istinito i cjelovito. To se posebno odnosi na odluke koje on može donijeti „samo uz prethodnu suglasnost radničkog vijeća“.

Teško je „pobrojati“ gospodarska i socijalna prava i interese radnika, odnosno „pitanja“ koja čine sadržaj tih prava, pa je pravilno tumačiti o čemu to radnici ne mogu suodlučivati kad su u pitanju njihova prava i interesi u radu i radnom odnosu.

To se zaključuje iz odredaba Zakona o radu u RH čl. 149 o „obvezi poslodavca... da najmanje svaka tri mjeseca obavijesti radničko vijeće o...“ i onda se u deset točaka to navodi ali i u „drugim pitanjima osobito važnim za gospodarski i socijalni položaj radnika“ (poslovanje; organizacija rada, razvoj poslovnih aktivnosti i njihov utjecaj na gospodarski i socijalni položaj radnika; o plaćama; rasporedu radnog vremena; struktura zaposlenih; zaštita zdravlja i zaštita na radu i dr.).

Jednako važi i za „obvezu savjetovanja prije donošenja odluke“ (čl. 150) „važne za položaj radnika“ i „sagledavanja njezina utjecaja na položaj radnika“. Zatim u deset (10) točaka propisuje „osobito“ (a to onda znači ne taksativno) koje su to odluke.

To se onda taksativno određuje u čl. 151 o suodlučivanju u 8 (osam) točaka, u točno propisanom postupku.

6. ZAKLJUČAK

6.1.

Radničko vijeće reprezentant je svih radnika, a sindikat radnika svojih članova. Oni surađuju „u punom povjerenju“. Imaju aktivnu i pasivnu legitimaciju u radnim sporovima. I jednima i drugima poslodavac mora osigurati uvjete za rad. Zabranjeno je nejednako postupanje prema njihovim članovima i radnicima, a obvezni su čuvati poslovnu tajnu koju su „saznali u obavljanju ovlaštenja danih im Zakonom o radu“.

Odnosi poslodavca i sindikata, pored heteronomnih propisa, uređuju se samo njihovim statutima odnosno drugim aktima, a odnosi poslodavca i radničkog vijeća sporazumom radničkog vijeća s posloдавцем te drugim heteronomnim i autonomnim aktima.

6.2.

Poseban oblik participacije radnika su skupovi radnika „radi sveobuhvatnog obavješćivanja i rasprave o stanju i razvoju poslodavca... „koji se drže najmanje dva puta godišnje... kod određenog poslodavca“.

6.3.

Specifičnost je (poseban) status predstavnika radnika u organu poslodavca po „posebnom propisu“ kao što su: nadzorni odbor, upravni odbor, drugo odgovarajuće tijelo sa „istim pravnim položajem kao i drugi imenovani članovi toga organa“ (čl. 164 Zakona o radu).

6.4.

Sve to treba razvijati i uvažavati.

Conclusion

Work councils is the representative body of workers, while the trade union is the representative body of its members. They cooperate „with full commitment“. They have active and passive legitimacy in labour disputes. Employer must provide work condition to both. It is forbidden to act in a discriminative way towards their members and workers, furthermore they are in obligation to keep as a professional secret „anything heard or get known in the performance of their powers according the Labour Act“.

The relationship between employers and workers, except for heteronorm sources are regulated by their statutes or other acts, while the relationship between employer and work council is regulated by the agreement of the work council with the employer, along with other heteronorm and autonomous sources.

Special forms of workers participation is General workers' assembly „to inform workers and allow discussions on the situation and development of the company“... which are being held at least twice a year... at a particular employer.

The specificity is the (special) status of workers representative in the employers bodies (boards) according to the „special act“ such as: advisory board, executive board, other board with „the same legal status as other members of that board“ (Art. 164 of the Labour Act).

All this should be developed and respected.

**Prof. dr. Marinko Đ. Učur, dipl. iur.,
senior research scientist, University of Rijeka, Croatia**

**THE PRINCIPLE AND THE RIGHT TO PARTICIPATE
(PARTICIPATION IN DECISIONS) OF WORKERS WITH THEIR
EMPLOYERS IN THE COMPANY**

Summary

Constitutions of modern democratic countries and the universal source of rights are the foundation for establishing, accomplishing, achievement and protection of freedom and right of workers to participate in a decision-making process, together with their employers, regarding issues important for their economic and social position. Those bases are also found in the source of legal acquirements of EU. It is regulated by heteronomous and autonomous regulations from domain of work and work relations.

It has been implemented through various forms of employers organisations from domain of economy and other activities, except in state administration, in forms (institutes) as they were, primarily, defined by the Law (workers councils, workers collectives, membership in governing bodies, etc.), by co-unselling, co-deciding and making decisions within employers' institutions.

Right to participate is getting more justified within complex working and social relations.

Keywords: *worker, employer, law, participation, decision-making*

СОЦИЈАЛНО ПРЕДУЗЕТНИШТВО, ТРЕНУТНО СТАЊЕ И МОГУЋНОСТИ РАЗВОЈА У СРБИЈИ И ПОЈЕДИНИМ ЗЕМЉАМА БИВШЕ ЈУГОСЛАВИЈЕ

Радоје Брковић*

Апстракт: У раду аутор врши анализу социјалног предузетништва и социјалних предузећа у Србији, уз посебан осврт на Хрватску, Босну и Херцеговину и Црну Гору.

На почетку се врши појмовно дефинисање социјалног предузетништва и социјалног предузећа. Свако одређење ових појмова је неуниверзално и зависи од правне регулативе сваке државе, што је посебан изазов за претходно поменуте земље, с обзиром на то да оне нису још увек правно регулисале област социјалног предузетништва и социјалних предузећа.

Након тога се анализира постојеће стање у области социјалног предузетништва и социјалних предузећа у Србији, Хрватској, Босни и Херцеговини и Црној Гори. Указује се на проблеме који прате пун развој ових појава и перспективе које оне нуде. Социјално предузетништво и социјална предузећа препознају се као један од метода за решавање бројних друштвених проблема у овим земљама.

На крају, аутор даје одређене предлоге, чијом реализацијом би социјално предузетништво и социјална предузећа доживела пуну афирмацију у претходно наведеним земљама.

Кључне речи: социјално предузетништво, социјално предузеће, друштвени проблеми, угрожене категорије становништва, правна регулатива.

* Редовни професор на Правном факултету Универзитета у Крагујевцу

Увод

Република Србија, услед неповољних економских и уопште друштвених услова, суочава се већ дуги низ година са високом стопом незапослености и неактивности становништва, а тиме нужно и са повећањем сиромаштва и броја корисника различитих облика социјалне заштите.

Појава социјалног предузетништва и социјалних предузећа изазвала је велико интересовање у многим земљама. За кратко време, од тек неколико деценија, они су постали у великој мери актуелни и често помињани појмови. Разлог је тај што се посматрају као један од флексибилних облика рада за решавање многобројних социјалних проблема.

Предност социјалних предузећа је њихова могућа ширина активности и области у којима могу да послују, али њихов утицај у правој мери може бити остварен једино уколико су део системског приступа социјалној инклузији, трансформацији тржишта рада, социоекономском развоју и стратегијама за спровођење других јавних политика. За развој социјалног предузетништва потребно је партнерство и подизање свести свих сектора (приватног, јавног, невладиног), уз јачање капацитета кроз пренос знања и најбоље праксе, пре свега из европског окружења, као и постојање адекватног правног и институционалног оквира. Остварење свих тих предуслова заједно води подржавању и употребљавању социјалних, економских, инклузивних, иновативних и развојних капацитета овог сектора.

У свету постоје бројна схватања о социјалном предузетништву и социјалном предузећу.

У појединим земљама чак постоје посебне правне форме за социјална предузећа. Методи и начела на којима она почивају актуелни су у јавности јер су се показали као делотворни за решавање бројних, пре свега, социјалних проблема у друштву. Тешко је дефинисати их на један универзални начин, јер то зависи од нормативних оквира сваке земље.

У Србији, Хрватској, Босни и Херцеговини и Црној Гори још увек није донет закон о социјалном предузетништву, што додатно отежава њихово појмовно одређење, али несумњива је потреба за развојем социјалног предузетништва и социјалних предузећа.

Појам социјалног предузетништва и социјалног предузећа

У Републици Србији незапосленост и сиромаштво су неки од најакутнијих друштвених проблема. Међу незапосленима, најбројнији су сиромашни, појединци са основном и средњом стручном спремом, старије особе као и особе са посебним потребама.¹

Највећи проценат корисника социјалне помоћи чини радноспособни део становништва. Ради се о лицима која се налазе у таквом стању, које је производ одређених социјалних ризика или хендикепираности, а које угрожава њихове радне способности и услове за живот, а које ови субјекти сами не могу отклонити.

Неолиберализам није успео у пуној мери да одговори на изазове модерног друштва, а индивидуализам као идеја водиља многобројних друштвених система показао се као недорастао систем за решавање нараслог броја друштвених проблема.

У основи сваког хуманог друштва и државе благостања је брига о најугроженијим и најрањивијим слојевима становништва. Многобројни су предлози решења која треба да омогуће решавање нагомиланих друштвених проблема. Грађанска друштва у земљама Европе одговорила су на њих успостављањем многобројних организација са социјалном оријентацијом и све већим мешањем у привредне активности.² Социјално предузетништво може бити један од метода за решавање проблема незапослености и сиромаштва и у нашој земљи и земљама региона.

Постоје разне дефиниције социјалног предузетништва и социјалног предузећа, при чему конкретна дефиниција зависи од позитивноправних прописа сваке државе, као и од појавних облика социјалних предузећа у конкретној држави. Први покушаји дефинисања ова два појма настали су у Италији током последње две деценије XX века.

Многобројне организације, које за свој превасходни циљ имају решавање мноштва друштвених проблема, кроз обављање одређене привредне делатности, у виду производње одређених добара или пружања услуга, а не стицање профита, означавају се појмом социјална предузећа а начин привређивања карактеристичан за њихов рад социјалним предузетнишвом. Социјално предузеће настоји да произведе позитивне

¹ Р. Брковић, *Социјално предузетништво – могућности и перспективе*, Радно и социјално право, бр. 1/2014, стр. 144.

² Ј. Ћуран, *Социјално предузетништво у земљама Европске уније и могућности социјалног предузетништва у Републици Србији*, Пословна економија, Година VI, број I, стр. 219.

социјалне ефекте који могу бити економски, социолошки, културни, институционални, еколошки или технолошки.³ Социјално предузетништво се пак често одређује и као „бизнис по мери човека“.⁴

Дефинисање социјалног предузетништва и социјалних предузећа је веома разнолико, како у Републици Србији тако и у свету, међутим оно што повезује све дефиниције јесу одређени заједнички именитељи, као што су непрофитни циљеви, лимитирана дистрибуција профита, континуирана продаја добара и услуга, начело солидарности и друштвене одговорности.

Социјално предузетништво налази се између јавног и приватног сектора, представља организовану делатност чији је првенствени циљ помоћ и подршка за самосталан и продуктиван живот теже запошљивим лицима, јачање њихове друштвене инклузије која води спречавању настајања и отклањању последица њихове социјалне искључености. Социјално предузетништво део је социјалне економије, када се социјални проблеми решавају употребом предузетничких принципа. Оно је иновативни начин да људи реше различите економске, образовне, здравствене и еколошке проблеме у својој заједници кроз свој рад – удруживањем и коришћењем одрживих бизнис модела.

Углавном, сваки појам социјалних предузећа одређује се на основу његових обележја.

Карактерише их демократичност у управљању, настојање да се оствари социјални учинак за друштво или угрожену друштвену групу кроз делатност социјалног предузећа, запошљавање припадника маргинализованих група, аутономност у односу на државу или привредно друштво које послује по чисто тржишним и економским принципима, и оно што је најважније, циљ социјалног предузећа није максимализација профита.

За социјално предузеће, интерес се не налази на пољу стицања профита, већ у испуњењу претходно пројектоване социјалне мисије. Социјално предузеће користи остварени профит за решавање одређеног друштвеног проблема. Кроз привредну делатност стиче новчана средства и на тај начин постаје независно у односу на донаторе, при чему се често наводи да ће ови ентитети бити ефикаснији у постизању њихове

³ G. Manetti, *The Role of Blended Value Accounting in the Evaluation of Socio-Economic Impact of Social Enterprises*, International Society for Third-sector Research, Vol. 1., стр. 449.

⁴ Група 484, *Социјално предузетништво*, Електронски билтен о социјалном предузетништву, бр. 1/2010, стр. 3.

социјалне мисије од традиционалних непрофитних организација (невладиних организација).⁵

Социјална предузећа могу егзистирати кроз бројне правне форме, као друштва са ограниченом одговорношћу, задруге, удружења грађана, предузетничке радње... У појединим земљама постоји посебна правна форма за социјална предузећа, а што у Србији, Хрватској, Босни и Херцеговини и Црној Гори није случај.⁶ Социјално предузеће, без обзира на форму организовања, карактерише широка аутономија воље његових корисника на свим нивоима одлучивања.

Социјално предузетништво и социјална предузећа у Србији

Србија није законски уредила област социјалног предузетништва. Не постоји ни посебна правна форма у оквиру које би егзистирала социјална предузећа. Правне форме у оквиру којих препознајемо социјална предузећа у Србији су бројне и различите и крећу се од удружења грађана, задруга, предузећа за запошљавање особа са инвалидитетом, друштва са ограниченом одговорношћу, агенција за развој малих и средњих предузећа и пословних инкубатора, при чему је највећи број социјалних предузећа организован виду задруга.⁷

Код законске регулативе социјалног предузетништва и предузећа стало се на предлогу Закона о социјалном предузетништву и запошљавању у социјалним предузећима⁸, коме се замера да ова два феномена посматра само са аспекта запошљавања, те га представници стручне јавности означавају пре као закон о социјалном запошљавању.⁹

⁵ A. Page, R. Katz, *Is Social Enterprise the New Corporate Social Responsibility?*, Seattle University Law Review Vol. 34, стр. 1375.

⁶ У земљама у којима је предвиђена посебна правна форма за социјална предузећа (Италија, Белгија, Пољска, Шпанија Шведска), тај облик организовања и унутрашњег уређења је најсличнији задругама. Види више: З. Павловић, В. Раичевић, Р. Гломазић, *Правни оквир за социјална предузећа у Европи*, Пословна економија, бр. I, Година VI, стр. 203–221.

⁷ В. Раичевић, Р. Гломачић, *Значење и облици социјалног предузетништва*, Београд, 2012, FRIEDRICH EBERT STIFTUNG, стр. 95.

⁸ Предлог закон о социјалном предузетништву и запошљавању у социјалним предузећима. Презето са: http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/lat/pdf/predlozi_zakona/1688-13Lat.pdf.

⁹ Више о замеркама упућеним на предлог Закона о социјалном предузетништву у: Република Србија Народна скупштина, Одбор за рад, социјална питања, друштвену укљученост и смањење сиромаштва, *Информација о јавном слушању одбора за рад, социјална питања, друштвену укљученост и смањење сиромаштва, одржаном 19. јуна 2013. године*, Београд, 17. Бр: 06-2/231-13, 25. јун 2013. године.

Ради детаљног одређивања појмова социјалног предузетништва, и социјалног предузећа, неопходно је донети наведени закон.

Ради потпунијег разумевања стања социјалног предузетништва и социјалних предузећа, анализираћемо претходно наведени предлог закона.

Према члану 2 предлога Закона о социјалном предузетништву и запошљавању у социјалним предузећима, социјално предузетништво је: организована друштвена делатност од јавног интереса која се врши ради стварања нових могућности за решавање социјалних, економских и других проблема теже запошљивих лица и њихових заједница, спречавања настајања и отклањања последица социјалне искључености и јачања друштвене солидарности и кохезије.

Под теже запошљивим лицима, у складу са чланом 2 и 4 Предлога Закона о социјалном предузетништву и запошљавању у социјалним предузећима Републике Србије, подразумевају се лица која остварују право на новчану социјалну помоћ или помоћ за оспособљавање, односно новчану накнаду за случај незапослености, дугорочно незапослена лица старија од 50 година, припадници етничких заједница код којих је утврђена стопа незапослености на територији јединице локалне самоуправе виша у односу на просечну стопу незапослености у Републици Србији, особе са инвалидитетом, интерно расељена и избегла лица, самохрани родитељи или супружници из породице у којој су оба супружника незапослена, повратници по основу споразума о реадмисији, лица која су била на издржавању казне затвора, жртве трговине људима, злостављања, занемаривања, насиља или експлоатације, лица која се суочавају са егзистенцијалним тешкоћама због зависности од алкохола, дрога или других опојних средстава, после завршетка програма одвикавања и друга теже запошљива лица у складу са прописима о запошљавању, односно други корисници у складу са прописима из области социјалне заштите.

У складу са члановима 5, 6, и 7 Предлога Закона о социјалном предузетништву и запошљавању у социјалним предузећима Републике Србије, социјална предузећа могу бити организована у различитим правним формама. Социјално предузеће може бити основано у форми привредног друштва, предузетништва, удружења грађана, задруге, али и других форми ако то није супротно циљу његовог оснивања. Социјална предузећа карактерише висок степен аутономије, одлучивање које није засновано на поседовању капитала, учешће корисника у доношењу одлу-

ка и управљању, као и јасна правила и пракса ограничене дистрибуције профита. Делатност ових предузећа састоји се из послова у области производње добара и пружања различитих услуга, посебно услуга у области социјалне и дечје заштите, као и заштите особа са инвалидитетом; заштите и унапређења здравља, науке, образовања и васпитања, културе и уметности; очувања природе, заштите животне средине, комуналној делатности сакупљања секундарних сировина и рециклаже; коришћења алтернативних извора енергије; пољопривреде, угоститељства, туризма; занатства и посебно промоције и обнове старих заната и домаће радиности и другим областима.

Према члану 9 Предлога Закона, највећи број запослених чине управо сами корисници (тешко запошљиве категорије становништва). Такође, предвиђено је да зарада запослених корисника не сме прећи износ просечне зараде по запосленом у Републици Србији, а половина средстава од остварене добити, након опорезивања, улаже се у очување, повећање броја и отварање нових радних места, унапређење услова рада, оспособљавање и усавршавање, задовољење потреба запослених и других корисника, односно заједница којима корисници припадају, а друга половина у буџетски фонд за подстицање развоја социјалног предузетништва.

Претходно решење из Предлога Закона је најдискутабилније, поред претходно поменутих замерки које се односе на дефинисање социјалног предузетништва и предузећа, упућених током јавног слушања Предлога Закона. На основу члана 9 претходно поменутог предлога, а и уопште на основу целог Предлога Закона, стиче се утисак да је предлагач остваривање социјалног предузетништва ставио на терет државе, уз ограничење предузетничких активности у виду омеђавања зарада, обавезе уплате одређеног дела зараде у буџет и сл. То ће за последицу имати увећање државне и локалне администрације, нове буџетске издатке из државног и буџета локалних самоуправа, што свакако није повезано са идејом социјалног предузетништва која лежи на приватној предузетничкој иницијативи.¹⁰

Данас бројна привредна друштва, кроз принцип друштвено одговорног пословања, желе одређени износ профита да врате заједници.¹¹ У

¹⁰ Б. Урдаревић, *Социјално предузетништво као облик помоћи угроженим друштвеним групама*, у: Миодраг Мићовић (уредник), XXI век, век услуга и услужног права, књига 3, Крагујевац, 2013, Правни факултет у Крагујевцу, стр. 260.

¹¹ D. Brakman Reiser, S. Dea, *Hybrid Financial Instrument for Social Enterprise*, Boston College Law Review, Vol. 54, Iss. 1/2013, стр. 1499.

Србији концепт друштвено одговорног пословања неколико последњих година добија на актуелности. Уједно, упоредо са њим, развија се и социјално предузетништво.

Такође, у Србији постоје организације које поспешују развој ове врсте привредне активности.¹² Међутим, ради потпуног развоја и искоришћења пуног капацитета овог модела привредне активности и предузећа, неопходно би било њихово нормирање, кроз доношење посебног закона.

Социјално предузетништво и социјална предузећа у Хрватској, Босни и Херцеговини и Црној Гори

У погледу социјалног предузетништва, претходно поменуте земље и Србија у начелу деле исте перспективе и проблеме. Тешка економска ситуација у овим земљама плодно је тле за развој овог облика привређивања и привредних друштава.

У Хрватској не постоји посебан закон који за свој предмет регулисања има материју социјалног предузетништва и социјалних предузећа. Међутим, Влада је 2015. године израдила Нацрт Стратегија развоја друштвеног предузетништва у Републици Хрватској за раздобље од 2015. до 2020. године¹³. Као општи циљ Стратегије наводи се: „успостава потицајног окружења за промицање и развој друштвеног предузетништва у Републици Хрватској како би се смањиле регионалне разлике и осигурало повећање разине запослености, те праведнија расподјела и управљање друштвеним богатством“.¹⁴ Уједно држава одваја и подстицајна средства ради запошљавања тешко запошљивих категорија лица путем јавних радова у социјалним предузећима.¹⁵ Социјално предузетништво постаје све актуелније у овој земљи, при чему се ова привредна активност одвија у оквиру постојећих правних форми (удружења грађана, задруге, фирме за запошљавања особа са инвалидитетом...), међу којима доминирају удружења грађана, која као своју допунску де-

¹² На пример, Коалиција за развој социјалног предузетништва (сајт: <http://www.sens.rs/korsp>), Градски центар за социјално предузетништво Београда (сајт: <http://www.gradskicentar.rs/web/>).

¹³ Преузето са: <https://vlada.gov.hr/UserDocsImages/Sjednice/2015/226%20sjednica%20Vlade/226%20-%207.pdf>

¹⁴ Преузето са: <https://vlada.gov.hr/UserDocsImages/Sjednice/2015/226%20sjednica%20Vlade/226%20-%207.pdf>, стр. 20.

¹⁵ Види: Конкурсе Хрватског завода за запошљавање, за запошљавање тешко запошљивих категорија становништва у социјалним предузећима: <http://www.hzz.hr/default.aspx?id=14344>

латност пружају услуге или производе одређену робу, при чему је циљ ових активности помоћ члановима удружења.¹⁶

Социјално предузетништво у Босни и Херцеговини такође није правно нормирано посебним законом. Велика незапосленост, дуготрајна економска криза и смањена привредна делатност, створили су велики број лица којима је неопходна помоћ друштва ради задовољења њихових основних животних потреба. У датим условима социјално предузетништво ствара велике могућности за превазилажење или ублажавање тренутних проблема, као и за радни ангажман великог броја незапослених и социјално угрожених и побољшање друштвеног и материјалног статуса појединаца и шире заједнице.¹⁷ Активности социјалног предузетништва одвијају се у оквиру постојећих правних форми за правна лица. За разлику од Хрватске, у Босни и Херцеговини делатност социјалног предузетништва одвија се већински у оквиру задруга.¹⁸ Упркос потенцијалу који поседује, социјално предузетништво и даље није развијено у одговарајућој мери. Разлози су недовољно познавање концепта и могућности који се отварају путем социјалног предузетништва, непостојање адекватног институционалног и законског оквира који би регулисао и потицао активности социјалног предузетништва, спорадични програми и иницијативе за запошљавање путем социјалног предузетништва, недостатак почетног капитала, недостатак потребних знања и вјештина и друго...¹⁹

Што се тиче Црне Горе, ситуација на пољу правног регулисања социјалног предузетништва и социјалних предузећа је иста као у Хрватској и Босни и Херцеговини. Влада је 2013. године усвојила Стратегију развоја невладиног сектора у Црној Гори за период од 2014. године до 2016. године, у којој се између осталог помиње и социјално предузетништво.²⁰ Као један од циљева коме социјално предузетништво треба да допринесе, у наведеној стратегији наводи се и „упошљавање

¹⁶ М. Шкртић, М. Микић, *О социјалном предузетништву у свијету и Републици Хрватској*, Зборник Економског факултета у Загребу, година 5/ 2007, стр. 155.

¹⁷ С. Душанић-Гачић, В. Шушњар-Чанковић, *Перспективе за развој социјалног предузетништва у Босни и Херцеговини*, Зборник радова: Социјално предузетништво, модел за samozapoшљавање у будућности, (ур. Младен Миросављевић), Бања Лука, 2014, стр. 151.

¹⁸ Р. Мацура, *Социјално предузетништво у функцији решавања проблема незапослености*, Зборник радова: Социјално предузетништво, модел за samozapoшљавање у будућности, (ур. Младен Миросављевић), Бања Лука, 2014, стр. 35.

¹⁹ Р. Нинковић-Папић, *Извјештај о процјени социјалног предузетништва у Босни и Херцеговини*, Фондација за социјално укључивање у Босни и Херцеговини, Сарајево, 2012, стр. 14.

²⁰ Преузето са: <http://media.cgo-cce.org/2013/03/prijedlog-strategije-razvoja-NVO-u-Crnoj-Gori-2014-2016-sa-Akcionim-planom.pdf>

теже запошљивих друштвених група и социјална инклузија маргинализованих друштвених група²¹. Као и у претходно две поменуте земље, ни у Црној Гори није предвиђена посебна правна форма за социјална предузећа. Идентично као и у Хрватској, социјалним предузетништвом као допунском делатношћу баве се већински удружења грађана.²²

У свим претходно наведеним земљама не постоји посебан пропис који регулише социјално предузетништво и социјално предузеће. Такође, не постоји ни посебна правна форма предвиђена за социјална предузећа. Приметан је различит тренд развоја социјалног предузетништва у свим земљама, при чему потенцијал који оно поседује и даље није искоришћен у одговарајућој мери. Ради настављања и убрзавања даљег развоја социјалног предузетништва и социјалних предузећа у овим земљама, поред помоћи државе, неопходно је и популарисање ових појмова у јавности, тј. бенефита који они имају за друштво, образовање појединаца који би се бавили овом делатношћу и веће ангажовање научне и стручне јавности на истраживању ових феномена.

Закључак

Социјално предузетништво је модел помоћу кога се могу запослити и економски рањиве категорије грађана и решити бројни нагомилани социјални проблеми. Помоћу социјалног предузетништва, тешко запошљива лица могу се укључити у друштвено користан рад, како би од тога рада могла да живе, чиме би се смањио притисак на државу у погледу социјалних давања.

Социјално предузеће треба да функционише уз што мање субвенције државе, треба да ствара добит, али та добит мора бити искоришћена у одређене социјалне сврхе.

У Србији и посматраним земљама бивше Југославије још увек није успостављен концепт социјалног предузетништва због недовољне правне регулативе о социјалним предузећима и предузетништву, те је неопходно донети посебан закон које ће регулисати социјално предузетништво, социјална предузећа и запошљавање у социјалним предузећима.

²¹ Преузето са: <http://media.cgo-cce.org/2013/03/prijedlog-strategije-razvoja-NVO-u-Crnoj-Gori-2014-2016-sa-Akcionim-planom.pdf>, стр. 26.

²² Б. Стешевић, *Социјална економија у Црној Гори*, Агенција за локалну демократију, Никшић, 2014, стр. 7–11.

Да би се у пракси спровео концепт социјалног предузетништва социјалних предузећа у Србији, Хрватској, Босни и Херцеговини и Црној Гори, неопходно је законски одредити облике социјалних предузећа, начин функционисања социјалних предузећа, материјална средства за рад социјалних предузећа, подићи свест и културу грађана и привреде о солидарности са теже запошљивим друштвеним групама и прецизније регулисати улогу волонтера у пружању услуга рањивим групама грађана. Такође, треба омогућити стабилан извор финансирања социјалних предузећа, уз минимално учешће државе у субвенционисању њиховог рада, како рад социјалних предузећа не би представљао терет за буџет. Стабилно финансирање социјалних предузећа треба обезбедити кроз производе и услуге које она врше.

Социјално предузетништво треба развијати тако да социјална предузећа буду центри за развој социјалног предузетништва, а не мера активне политике запошљавања социјално угрожених група. Међутим, несумњиво је да се у оквиру социјалних предузећа олакшано могу запослити рањиве категорије у друштву, па између осталих и млади, и решити многобројни друштвени проблеми.

Conclusion

Social entrepreneurship is a model by which can recruit and economically vulnerable citizens and solve numerous accumulated social problems. Using social entrepreneurship, hard -to-employ persons may be involved in community service, in order of this work could live, which would reduce the pressure on the country in terms of social benefits.

Social enterprise need to operate with as little government subsidies, should generate profits, but the profits must be used in a particular social purpose.

In Serbia and observed state of the former Yugoslavia, has not yet established the concept of social entrepreneurship because of the lack of legal regulations concerning social enterprises and entrepreneurship, and it is necessary to adopt a special law that would regulate social entrepreneurship, social enterprises and employment in social enterprises.

In order to carry out in practice the concept of social entrepreneurship, social enterprises in Serbia, Croatia, Bosnia and Herzegovina and Montenegro,

it is necessary to determine the legal form of social enterprises, the manner of functioning of social enterprises, financial resources for the operation of social enterprises to raise awareness and culture of citizens and businesses solidarity with the employability of social groups and precisely regulate the role of volunteers in providing services to vulnerable groups of citizens. Also, it should provide a stable source of financing for social enterprises, with minimal state involvement in subsidizing their work, how the work of social enterprises, would not be a burden for the budget. Stable funding social enterprises should be ensured, through the products and services they perform

Social entrepreneurship should be developed so that social enterprises, be centers for development of social entrepreneurship and not measures of active employment policy socially disadvantaged groups. However, it is assured that within the framework of social enterprises, facilitated can employ vulnerable groups in society, including among others, young and solve many social problems .

ЛИТЕРАТУРА

- Б. Стешевић, *Социјална економија у Црној Гори*, Никшић, 2014, Агенција за локалну демократију, Никшић.
- Б. Урдаревић, *Социјално предузетништво као облик помоћи угроженим друштвеним групама*, у: Миодраг Мићовић (уредник), XXI век, век услуга и услужног права, књига 3, Крагујевац, 2013, Правни факултет у Крагујевцу, стр. 255–265.
- В Raičević, Р. Glomačić, *Značenje i oblici socijalnog preduzetništva*, Beograd, 2012, Fridrich Ebert Stiftung.
- Група 484, *Социјално предузетништво*, Електронски билтен о социјалном предузетништву, бр. 1/2010, стр. 1–13.
- G. Manetti, *The Role of Blended Value Accounting in the Evaluation of Socio-Economic Impact of Social Enterprises*, International Society for Third-sector Research, Vol. 2014, стр. 443–464.
- D. Brakman Reiser, S. Dea. *Hybrid Financial Instrument for Social Enterprise*, Boston College Law Review, Vol. 54, Iss. 1/2013, стр. 1495–1544.
- З. Павловић, В. Раичевић, Р. Гломазић, *Правни оквир за социјална предузећа у Европи*, Пословна економија, бр. I, Година VI, стр.

203–221.

- Ј. Туран, *Социјално предузетништво у земљама Европске уније и могућности социјалног предузетништва у Републици Србији*, Пословна економија, Година VI, број I, стр. 217–238.
- М. Шкртић, М. Микић, *О социјалном предузетништву у свијету и Републици Хрватској*, Зборник Економског факултета у Загребу, година 5, 2007, стр. 153–163.
- Page, R. Katz, *Is Social Enterprise the New Corporate Social Responsibility?*, Seattle University Law Review Vol. 34, 2011, стр. 1351–1384.
- Р. Брковић, *Социјално предузетништво – могућности и перспективе*, Радно и социјално право, бр. 1/2014, стр. 143–152.
- Р. Мацура, *Социјално предузетништво у функцији решавања проблема незапослености*, Зборник радова: Социјално предузетништво, модел за samozapoшљавање у будућности, (ур. Младен Миросављевић), Бања Лука, 2014, стр. 25–39.
- Р. Нинковић-Папић, *Извјештај о процјени социјалног предузетништва у Босни и Херцеговини*, Сарајево, 2012, Фондација за социјално укључивање у Босни и Херцеговини.
- С. Душанић-Гачић, В. Шушњар-Чанковић, *Перспективе за развој социјалног предузетништва у Босни и Херцеговини*, Зборник радова: Социјално предузетништво, модел за samozapoшљавање у будућности, (ур. Младен Миросављевић), Бања Лука, 2014, стр. 141–161.
- Информација о јавном слушању одбора за рад, социјална питања, друштвену укљученост и смањење сиромаштва, одржаном 19. јуна 2013. године, Београд, 17. Бр: 06-2/231-13, 25. јун. 2013. године.
- Предлог закон о социјалном предузетништву и запошљавању у социјалним предузећима: http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/lat/pdf/predlozi_zakona/1688-13Lat.pdf
- <http://www.sens.rs/korsp>
- <http://www.gradskicentar.rs/web>
- Нацрт Стратегије развоја друштвеног предузетништва у Републици Хрватској за раздобље од 2015. до 2020. године: <https://vlada.gov.hr/UserDocsImages/Sjednice/2015/226%20sjednica%20Vlade/226%20-%207.pdf>
- <http://www.hzz.hr/default.aspx?id=14344>

- <http://media.cgo-cce.org/2013/03/prijedlog-strategije-razvoja-NVO-u-Crnoj-Gori-2014-2016-sa-Akcionim-planom.pdf>

Radoje Brković

Full Professor at the Faculty of Law in Kragujevac

SOCIAL ENTREPRENEURSHIP, CURRENT SITUATION AND POSSIBILITIES FOR DEVELOPMENT IN SERBIA AND SOME OF THE OTHER FORMER YUGOSLAV COUNTIES

Summary

In the paper, the author makes an analysis of social entrepreneurship and social enterprises in Serbia, with special attention given to Croatia, Bosnia and Herzegovina, and Montenegro.

The paper begins with definitions of terms social entrepreneurship and social enterprises. Any attempt at defining these terms is non-universal and depends on legal regulations of each of the country, which is a challenge for the abovementioned countries, taking in consideration that they still haven't regulated the domain of social entrepreneurship and social enterprise.

Then follows the analysis of the current situation in domain of social entrepreneurship and social enterprises in Serbia, Croatia, Bosnia and Herzegovina and Montenegro. It indicates problems which accompany full development of these instances and perspectives they are offering. Social entrepreneurship and social enterprises are recognised as one of the methods for solving numerous social problems in those countries.

In the end, the author gives certain suggestions, the implementation of which would bring full affirmation to social entrepreneurship and social enterprises in the aforementioned countries.

Keywords: *Social entrepreneurship, social enterprise, social problems, endangered social categories, legal regulations.*

УНАПРЕЂЕЊЕ РАДА ВАН РАДНОГ ОДНОСА У СИСТЕМУ РАДА РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ

Доц. др Рајко Кличковић*

***Апстракт:** У систему рада Републике Српске, поред рада у радном односу, као најчешћем начину ангажовања рада, присутан је и рад ван радног односа. Обје врсте рада уређују се уговорима које добровољно закључују послодавац и радник. Радом у оба облика рада извршиоци стичу одређени статус, који им обезбјеђује права и обавезе. Евидентно је да између рада у радном односу и рада ван радног односа постоје одређене разлике и сличности. Те разлике доводе и до различитих права и различитог положаја у систему рада чиме се извршиоци у рад ван радног односа стављају у неравноправан положај. Због те неравноправности неопходно је извршити унапређивање режима рада ван радног односа. Социјални партнери до сада нису водили разговоре како да унапреде режим рад ван радног односа који свакако има своју економску и социјалну оправданост. Унапређивања режима рада ван радног односа нема без измјена Закона о раду за што треба обезбиједити консензус социјалних партнера.*

***Кључне ријечи:** радни однос, рад ван радног односа, унапређивање рада ван радног односа, консензус социјалних партнера.*

УВОД

У посљедње вријеме у Републици Српској и Босни и Херцеговини, као и ближем окружењу, у току су активности везане за промјене Закона о раду. Том проблему социјални партнери прилазе са различитих аспе-

* Универзитет за пословне студије, Факултет правних наука, Бања Лука

ката, водећи рачуна о својим интересима. О промјенама Закона о раду, макар кад је ријеч о Републици Српској, није било озбиљнијих разговора заједничких партнера и углавном се све активности своде на планске задатке надлежних органа да ће се радити на промјенама тог закона, захтјева послодаваца да се морају извршити промјене и став синдиката да се не треба мијењати постојећи Закон о раду и да ће важећи закон синдиката бранити свим дозвољеним мјерама синдикалне борбе. Када се сагледају ставови послодаваца и синдиката, може се јасно закључити да послодавци траже да се промјенама Закона о раду обезбиједи што више флексибилних и других облика рада и створе услови за лакше привређивање док синдикат „страхује“ од увођења флексибилних облика рада губитка стечених права, посебно права остварених у процесу колективног преговарања и губитка уговора о раду на неодређено вријеме.

Социјални партнери нису се упустили у детаљнију анализу важећег закона са аспекта постојећих флексибилних облика рада и облика рада ван радног односа садржаних у Закону о раду и уређених у складу са међународним стандардима који су присутни у пракси али се у великој мјери злоупотребљавају. Посебне реакције синдиката су на режим рада ван радног односа, при чему се не води рачуна да радник може да ради и кад није у радном односу. Он и тада стиче радноправни статус, који му обезбјеђује одређена права и обавезе. Зато и такав рад припада радном праву. Он је флексибилан, па се лакше успоставља и прекида, што не даје право уговорним странама да га злоупотребљавају.

У нашем систему рада, поред рада у радном односу, као најчешћем начину ангажовања рада, присутан је и рад ван радног односа. Обје врсте рада уређују се уговорима које добровољно закључују послодавца и радник. Радом у радном односу и радом ван радног односа извршилац стиче радноправни статус, који му обезбјеђује одређена права и обавезе. Између рада у радном односу и рада ван радног односа постоје одређене разлике и сличности. Социјални партнери до сада нису водили разговоре како да унаприједи режим рад без радног односа, који свакако има своју економску и социјалну оправданост и о томе имамо намјеру говорити у овом раду.

І РАД ВАН РАДНОГ ОДНОСА У СИСТЕМУ РАДА РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ

Закон о раду¹ Републике Српске уређује три облика рада ван радног односа. Сваки од њих успоставља се уговором, који закључују онај ко обавља послове (извршилац) и онај за кога се обављају послови (послодавац). Ти облици рада су: 1) уговор о обављању привремених и повремених послова; 2) уговор о обављању послова директора без заснивања радног односа и 3) уговор о допунском раду.

У формулацији одредбе ових послова каже се да су то „одређени послови за које се не заснива радни однос. Формулација одређени послови се употребљава у овом и сличним значењима, али није довољно одређена.“²

Заједничко је за наведене уговоре то да се закључују у писаном облику и да садрже нарочито: врсту, начин и рок извршења посла, као и начин утврђивања накнаде за рад, ако законом није друкчије одређено. Послодавац је дужан да води евиденцију о свим уговорима које закључи на основу правила садржаних у одредбама закона.

Неспорна је чињеница да се наша правна теорија није детаљније и интензивније бавила феноменом правних основа ангажовања рада ван радног односа, али без обзира на позитивна и постојећа законодавна рјешења, аутор сматра да ови и остали институти флексибилног запошљавања имају будућност и значај у повећању запослености и да је иницирање њихове даље актуелизације и практичног остваривања потпуно оправдано. Међутим, у садашњем тренутку мора се имати у виду и социјална димензија ових облика ангажовања рада, тренутна економска криза и утицај социјалних партнера на креирање и законско уређење система рада код нас и у окружењу.

1. Уговор о привременим и повременим пословима

Рад који се може обављати без заснивања радног односа обавља се путем уговора о привременим и повременим пословима. Законом о раду³ прописани су прецизни услови под којима се може закључити уговор о привременим и повременим пословима.

¹ Закон о раду – Пречишћени текст, „Службени гласник Републике Српске“ број 55/07

² Др Влајко Брајић, *Радно право*, шесто измењено издање, „Савремена администрација“, Београд, 2001. година, стр. 450.

³ Члан 34 Закона о раду – Пречишћени текст („Службени гласник Републике Српске“, бр. 55/07).

Привремени послови су послови који трају једно одређено вријеме, трају кратко и морају да се врше континуирано, за разлику од повремених послова који се јављају с времена на вријеме.

Законски прописи не систематизују врсте послова због којих би се могао закључити уговор о привременим и повременим пословима, али прописује да се ради о пословима који не представљају послове за које закључује уговор о раду и временски их ограничава на период до 60 дана.

Радник тј. извршилац посла има право на накнаду за извршени посао, а рад на основу овог уговор би требало да утиче на повећање стопе запослености, веће покретљивости радне снаге у случају наступања неких промјењивих услова код послодавца или пак неких других услова који имају директан утицај на послодавца. Закон не регулише садржај овог уговора.

Овај облик рада се често злоупотребљава, о чему свједочи и Извјештај инспекције рада Републике Српске за 2014. годину. Према том извјештају, уговор о обављању повремених и привремених послова, као вид запошљавања односно ангажовања радника, највише се злоупотребљава код послодаваца који обављају привредну дјелатност.⁴ Наиме, Законом о раду (члан 34) дозвољен је овакав вид радног ангажовања, али се може проводити само одређен број сати годишње (не дуже од 60 дана у току календарске године). У пракси се овај вид запошљавања злоупотребљава, при чему радници раде код послодавца и по неколико година по основу оваквог уговора о раду, доприноси који се уплаћују не одговарају стварном стању на терену, те су фондови и радници директно оштећени по основу уплата доприноса. Главни разлог закључивања оваквих уговора и начина радног ангажовања је избјегавање обавеза послодавца према раднику у случају отказа/прекида радног односа, јер по основу овог начина радног ангажовања не проистичу обавезе послодавца према раднику у случајевима прекида радног односа.

2. Уговор о допунском раду

У Републици Српској овај облик рада је уведен у радно право и утврђен као могући облик радног ангажовања измјенама Закона о раду

⁴ Извјештај о раду и ефектима рада Инспекције рада у периоду јануар–децембар 2014. године, Бања Лука, фебруар 2105, стр. 4.

2007. године, али без посебног одређења да се ради о уговору о раду ван радног односа.

Институт допунског рада правно је био уређен савезним и претходним републичким законима, док га и важећи закон предвиђа као могући облик ангажовања рада у дијелу који се односи на рад ван радног односа.⁵

По важећем закону, радник са пуним радним временом може, без сагласности послодавца (према ранијим законима сагласност послодавца је била потребна), да ради највише до једне половине пуног радног времена. Сматрамо да је боље садашње рјешење, уколико није уговорена клаузула конкуренције из члана 113 Закона о раду. Ако је та клаузула уговорена за закључивање уговора о допунском раду, потребно је прибавити сагласност послодавца, како би се избјегле санкције. Ван овог изузетка, допунски рад је могућ увијек, и то без обзира на послове који ће се у том режиму рада обављати.

Рестриktivну примјену допунског рада условљава дефиниција наведеног члана закона из које произилази да се за допунски рад не може ангажовати незапослено лице, лице које код другог послодавца ради са непуним радним временом, запослени који пуно радно вријеме остварује код два послодавца, као ни пензионисано лице. У теорији се поставља оправдана примједба да „није било разлога да се допунски рад нормативно не учини доступним и запосленом, који је у радном односу код два или више послодаваца да би на тај начин остварио пуно радно вријеме“.⁶

Законодавац спречава претјерано коришћење допунског рада, уређујући га на начин да запослени који већ ради пуно радно вријеме може да ради у допунском раду још само код једног послодавца, а не и код више њих.

Горња граница временског трајања допунског рада је једна половина пуног радног времена, па је и таквим одређењем законодавац јасно омеђио простор дјеловања учесника овог односа поводом рада.⁷

За законито ангажовање лица које је већ запослено, допунски рад је најоптималнији, и готово једини правни основ.

⁵ Члан 53 Закона о раду.

⁶ Др Драгољуб Драшковић, *Допунски рад*, Зборник радова са савјетовања правника 5–9. јун 2000, Будва, Београд, 2000, Будвански правнички дани, стр. 363.

⁷ У Србији је горња граница временског трајања допунског рада једна трећина пуног радног времена, уз обавезну сагласност послодавца ако се обављају послови који су конкурентни послодавцу и уз услов да се радно вријеме не поклапа.

Допунски рад користи послодавцу, јер његовим коришћењем може ријешити одређене кадровске и стручне проблеме које не може ријешити посредовањем тржишта рада, када се ради о дефицитарним струкама.

Могућа је злоупотреба допунског рада у случајевима када послодавац има интерес да, коришћењем овог правног основа, ангажује конкретног извршиоца, запослено лице, а такав стручни кадар је, објективно, могуће осигурати и посредовањем тржишта рада, поготово у ситуацији када су многи стручни кадрови без запослења, због престанка рада њихових послодаваца, из различитих разлога, нарочито због поремећаја на тржишту и сложених услова пословања.

Уговор о допунском раду закључује се у писменој форми. Њиме се утврђују: врста посла коју посленик треба да обавља, начин и вријеме обављања рада, накнада за рад и други услови рада.

Што се послова тиче, то могу бити сви послови из дјелатности послодавца, али, практично, они су ограничени потребом послодавца и дефицитарношћу појединих занимања на тржишту рада.

Накнада за рад се уговара одређивањем износа који се исплаћује извршиоцу, уз обавезу послодавца у погледу законом утврђених доприноса.

Уговором се може утврдити накнада за превоз на посао и са посла, а евентуално и друга права. Извршилац има право и на осигурање за случај повреде на раду и професионалног обољења.

3. Уговор о правима и обавезама директора без заснивања радног односа

Овај уговор се налази међу одредбама Закона о раду којима се уређује уговор о раду којим се заснива радни однос. Члан 39 Закона о раду Републике Српске садржи одредбу када је у питању уговор о обављању послова директора без заснивања радног односа. У ставу 4 истог члана предвиђено је да лице које обавља послове директора без заснивања радног односа има право на накнаду за рад која има карактер плате и друга права, обавезе и одговорности у складу са уговором.

Друга права и обавезе утврђују се уговором. У овом случају, лицу које обавља послове директора треба обезбиједити и друга права по основу рада, као што су: радно вријеме, одмори, одсуства, заштита на раду и др. Нема, дакле, сметњи да се уговором са директором који није у рад-

ном односу предвиде и права која се остварују у радном односу. Тим уговором се обезбјеђују и права из обавезног социјалног осигурања.

Директор обавља послове пословођења. Они су систематизовани као руководећи послови. Пошто директори спадају у руководећи кадар, неопходно је да прије закључивања уговора надлежни орган послодавца донесе одлуку о именовану и одређеном лицу повјери мандат пословодног органа у трајању одређеном статутом послодавца. Оно што је определијелило законодавца у Републици Српској да утврди овакву могућност, јесте чињеница да је регулисање овог питања веома значајно не само са аспекта права и обавеза директора код послодавца и његовог радног статуса, већ и са аспекта његових овлаштења када су у питању права осталих запослених радника код тог послодавца.

Уређивање овог питања такође је значајно и за инспекцију рада када врши надзор над таквим радом и остваривање права и обавеза директора и запослених радника.

Уговор са директором закључује у име послодавца управни одбор или други орган одређен статутом послодавца ако управни одбор није организован.

Слична рјешења постоје и у законодавствима земаља насталих на подручју бивше заједничке државе. У пракси, за овај уговор често се користи и назив уговор о менаџменту. У Хрватској се користи назив менаџерски уговор, о чему свједочи овај исказ: „Под појмом менаџерског уговора у нас се, једнако као и у упоредноправним суставима, не мисли само на уговор члана управе о обављању послова у управи друштва капитала већ и на уговор надређеног водећег радника“.⁸

Званичан назив овог уговора у Србији је – уговор о правима и обавезама директора. Важећи Закон о раду познаје уговор о раду којим директор заснива радни однос и уговор о међусобним правима, обавезама директора и послодавца којим директор не заснива радни однос.

4. Значај и утицај уговора о раду којима се не заснива радни однос на унапређење запослености

Иако је радни однос примарни облик радног ангажовања и запошљавања и по значају важнији од рада ван радног односа, не може се занемарити утицај рада ван радног односа на укупну запосленост

⁸ Ивана Гргулев, *Правна природа и садржај менаџерских уговора*, монографија, Радно право, Загреб, 2011, стр. 5.

и економску стабилност у нашој држави и окружењу. Рад ван радног односа је секундарни (допунски) вид запошљавања, али и такав може значајно допринијети унапређењу стања у тој области. То зависи од учесталости примјене рада ван радног односа и степена утицаја на укупно стање запослености у земљи.

Укључивање радника у флексибилне облике рада путем уговора којим се не заснива радни однос знатно је порасло али су се увећали случајеви злоупотребе ових облика.

Злоупотребе се, углавном, врше у циљу избјегавања доприноса, пореза и осталих обавеза, што има за посљедицу „рад на црно“, избјегавање заснивања радног односа и када услови за његово заснивање постоје.

Избјегавање плаћања доприноса, пореза и осталих обавеза од стране послодавца је негативна друштвена појава која за посљедицу има неријешен социјални статус запосленог и губитак тренутних и будућих права. До ове појаве долази када послодавац за незапослено лице не уплаћује или нередовно уплаћује доприносе за социјално осигурање и када не уплаћује или нередовно уплаћује порезе на зараду и остале обавезе, како за запослене који су у радном односу, тако и за лица ангажована по уговорима којима се не заснива радни однос.

Ангажовање запослених на основу уговора којима се не заснива радни однос догађа се и када код послодавца постоје услови за заснивање радног односа. Ова појава је више изражена кроз закључивање уговора којима се не заснива радни однос а обавља посао из дјелатности послодавца. Коришћење рада ван радног односа било је више актуелно у вријеме када се за овакав рад нису плаћали доприноси за социјално осигурање, јер је такав рад био економски исплативији за послодавца.

Уговори којима се не заснива радни однос присутни су у систему рада и имају утицај на повећање запослености. Регулисањем ових уговора у Закону о раду и утврђивањем обавезе плаћања доприноса за социјално осигурање за извршиоце таквог рада, створени су предуслови њиховог утицаја на повећање запослености.

За извршиоце код већине уговора ангажују се незапослена лица, која се, за вријеме док раде и док су пријављена на осигурање, не налазе на евиденцији незапослених. Та лица оваквим радом стичу одређено искуство, вјештине и додатна знања и повјерење послодавца да таквог радника прими у радни однос када се укаже потреба. Када се то деси, ријеч је о директном утицају и доприносу порасту запослености.

Имајући у виду стање на тржишту рада, на коме је и код нас „потражња слободних радних мјеста, као облика капитала, у већини земаља већа од понуде“,⁹ и гдје су сви облици ангажовања рада и запошлености, радни однос и рад ван радног односа, на одређени начин и у одређеном степену релевантни су за раст запошљавања.

II ЗАШТИТА ПРАВА ПО ОСНОВУ РАДА ВАН РАДНОГ ОДНОСА

Радник може да ради и кад није у радном односу. Он и тада стиже радноправни статус, који му обезбјеђује одређена права и обавезе. Зато и такав рад припада радном праву. Он је флексибилан, па се лакше успоставља и прекида.

У раду ван радног односа, такође, долази до повреде права извршилаца од стране послодавца односно наручиоца посла.

У случају повреде ових права, радник долази у стање потребе да их заштити. Али, тада се суочава са истином да су му могућности мање него код повреде права из радног односа. Радници који раде ван радног односа немају статус запосленог, јер је по члану 2 Закона о раду тај статус резервисан само за физичка лица која су запослена на основу уговора о раду. Отуда они остварују индивидуална али не и колективна права. Кад су им права по основу рада повријеђена, остварују само судску заштиту. „Споразумну и арбитражну заштиту не остварују, јер њу уживају само лица у радном односу“¹⁰.

С обзиром на то да се не ради о радном односу већ о раду ван радног односа, спорови који настану између послодавца и извршилаца су спорови из рада ван радног односа и третирају се као грађанскоправни (нерадни) спорови.

Према члану 30 тачка б) Закона о судовима Републике Српске¹¹, основни суд надлежан је да суди у првом степену у свим грађанским предметима, док је стварна надлежност окружног суда да суди у другом степену, одлучујући по жалбама против одлука основних судова, прописана ставом 2 члана 31 истог закона.

Спорови настали у вези с радом ван радног односа рјешавају се примјеном општих одредаба Закона о парничном поступку. Посебне

⁹ Боривоје М. Шундерић, *Право Међународне организације рада*, оп. cit., стр. 221.

¹⁰ Др Зоран Ивошевић, *Уговорени рад без радног односа и заштита права*, „Заштита права у области рада“, Зборник радова, ИП „Глосаријум“, Београд, 2012, стр. 276.

¹¹ Закон о судовима Републике Српске (“Службени гласник Републике Српске“, број: 37/12).

одредбе за спорове из радног односа не важе, јер тај однос овдје није успостављен.

Када се анализира заштита права по основу рада ван радног односа, видљиво је да лица која раде ван радног односа имају далеко мању заштиту права од запослених у радном односу, због самог статуса који имају у таквом раду.

III РАД У РАДНОМ ОДНОСУ И РАД ВАН РАДНОГ ОДНОСА

Како смо већ истакли, у нашем систему рада, поред рада у радном односу, као најчешћем начину ангажовања рада, присутан је и рад ван радног односа. Обје врсте рада уређују се уговорима које добровољно закључују послодавац и радник. Радом у радном односу и радом ван радног односа извршилац стиче радноправни статус, који му обезбјеђује одређена права и обавезе. Између рада у радном односу и рада ван радног односа постоје одређене разлике и сличности.

Да бисмо дошли до одговора на питање какве разлике и сличности постоје између рада у радном односу и рада ван радног односа, морамо сагледати у том оквиру правну природу основа којима се уређују, затим статус, права, обавезе и одговорности учесника оба облика рада.

1. Разлике између рада у радном односу и рада ван радног односа

Разлике између рада у радном односу и рада ван радног односа произилазе из самог садржаја тих односа. Полазећи од тога да садржину сваког правног односа чине права, обавезе и одговорности учесника, сагледаћемо садржину радног односа и рада ван радног односа кроз те чињенице.

Радни однос је сложен друштвено-економски и правни однос који се манифестује великим бројем фактичких и правних радњи његових учесника. Радни однос се уређује Законом о раду, колективним уговором и уговором о раду.

Садржину радног односа чине сва питања која производи установљење овог односа, начини и облици реализовања ових питања по претходно створеним претпоставкама, које, такође, чине садржину радног односа.

Садржину радног односа чине права, обавезе и одговорности запосленог и послодавца. Они могу бити индивидуални или колективни.

У члану 1 Закона о раду предвиђено је да се права, обавезе и одговорности из радног односа и по основу рада уређују законом. Када је у питању рад ван радног односа, Закон о раду је у неколико одредаба (чл. 34, 39 ст. 3 и 53) предвидио уговоре којима се обавља такав рад. Међутим, закон није прописао садржину тих уговора, као што је случај код уговора о раду којим се заснива радни однос. То значи да садржину рада ван радног односа не утврђује Закон, већ се она утврђује уговорима којима се обавља такав рад.

У раду ван радног односа извршилац рада остварује само нека од индивидуалних права сличних правима која остварују радници у радном односу.

Међутим, кад је ријеч о колективним правима, лица која обављају рад ван радног односа не остварују та права, јер су та права, с обзиром на њихов карактер и садржину, својствена само лицима у радном односу.

Када се сагледа садржина рада у радном односу и рада ван радног односа, видљиво је да лица у радном односу остварују пуни капацитет права по основу таквог рада, док лица која раде ван радног односа имају ограничен капацитет права, што представља значајну разлику између ова два облика рада и доводи у питање поштивање уставног начела једнакости права на рад и слободе рада.

Разлике између рада у радном односу и рада ван радног односа огледају се у трајању таквог рада. Рад у радном односу по правилу траје неодређено вријеме, а одређено вријеме само у случајевима утврђеним законом. За разлику од рада у радном односу, рад ван радног односа по правилу траје одређено вријеме, било да је то трајање одређено Законом, природом посла који се обавља или уговором којим се уређује обављање рада ван радног односа.

Разлике између рада у радном односу и рада ван радног односа постоје кад је у питању заштита права лица у радном односу и лица која обављају рад ван радног односа.

Заштита права лица у радном односу односи се на заштиту како индивидуалних, тако и колективних права. Полазећи од тога да се индивидуална права остварују у радној средини, она се штите у поступку споразумне заштите и судске заштите. Колективна права се остварују и у радној средини и у одређеној сфери рада, а штите у поступку споразумне заштите, арбитражне заштите и судске заштите.

Заштита права лица која раде ван радног односа односи се само на заштиту индивидуалних права уређених уговором и остварује се у грађанској парници пред судом.

2. Сличности између рада у радном односу и рада ван радног односа

Када говоримо о сличностима између рада у радном односу и рада ван радног односа, првенствено мислимо на сличности у самом карактеру односа, правима и обавезама учесника радног односа и рада ван радног односа.

Сличности између рада у радном односу и рада ван радног односа огледају се у њиховим основним карактеристикама: 1) однос код обје врсте рада добровољно се успоставља; 2) оба односа се успостављају као правни односи; 3) оба односа имају субјекте: послодавац и извршилац; 4) садржину оба односа испуњавају њихова права, обавезе и одговорности; 5) права, обавезе и одговорности из радног односа уређени су законом и другим прописима.

Код рада у радном односу и рада ван радног односа одређене су сличности у карактеристикама односа, правима, обавезама и одговорностима лица у радном односу и лица на раду ван радног односа. Сличности се посебно манифестује кроз институт добровољности; субординације; личне, радноправне и функционалне везе између запосленог и послодавца; плаћености; радног времена; одговорности и заштите на раду.

3. Сличности код права на социјално осигурање

Ово право није више само право лица у радном односу, по коме је овај однос препознатљив и посебан у односу на друге облике ангажовања рада, већ и право лица која раде ван радног односа, у чему се ова два облика рада слична. Што се тиче права на социјално осигурање лица која су ангажована у раду ван радног односа, обавезно су осигурана на пензијско и инвалидско и здравствено осигурање. Право на социјално осигурање уређује Закон о доприносима за обавезно социјално осигурање.

Законом о пензијском и инвалидском осигурању утврђује се статус осигураника. Према том закону, лица која обављају привремене и повремене послове и лица која обављају послове директора без заснивања радног односа имају статус осигураника по основу радног односа ако

нису осигурана по другом основу. Лица која су закључила уговор о допунском раду имају статус осигураника у одређеним околностима.

На овај начин обезбијеђена су права за случај инвалидности и тјелесног оштећења проузрокованог повредом на раду или професионалном болешћу.¹² Обавезник уплате доприноса за овај вид осигурања је послодавац.

Обезбјеђењем овог права за лица која раде ван радног односа, наведени основи ангажовања рада добијају изражене карактеристике радног односа.

IV УНАПРЕЂИВАЊЕ РЕЖИМА РАДА ВАН РАДНОГ ОДНОСА

Иако Устав Републике Српске у члану 39 гарантује право на рад, у складу са законом, и право на слободан избор рада, режим рада у радном односу и режим рада ван радног односа значајно се разликују. Те разлике се огледају у различитом правном положају и правима радника у радном односу и лица у раду ван радног односа. Према томе, значи да та лица немају исти правни положај без обзира на то што једни и други раде и остварују права по основу свог рада.

Радник у радном односу остварује већи обим права и бољу заштиту својих права од лица која обављају рад ван радног односа, што је видљиво из самог Закона о раду којим су уређени радни однос и рад ван радног односа, међусобна права, обавезе и одговорности учесника тих односа.

Разлике у положају и правима запослених у радном односу и извршилаца ван радног односа заснивају се на самој дефиницији појмова радник и извршилац, који одређују и опредјељују њихова права и положај у Закону о раду.

Велике разлике у положају лица која раде у радном односу и ван њега упозоравају да прописи о раду још нису усклађени са чланом 5 Устава који уставно уређење темељи на социјалној правди.

Међутим, и наша правна теорија почела се озбиљније бавити радом ван радног односа и заштитом права по основу таквог рада у циљу изједначавања правног положаја радника у радном односу и лица која

¹² Члан 17 Закона о здравственом осигурању (“Службени гласник Републике Српске” број 18/99, 51/01, 70/01, 51/03, 57/03, 17/08, 01/09, 106/09); и чл. 11, 12 и 17 Закона о пензијском и инвалидском осигурању (“Службени гласник Републике Српске” број 134/11).

раде у раду ван радног односа, што би за резултат имало унапређење правног режима рада ван радног односа.

Унапређења овог режима рада нема без промјена Закона о раду. У Републици Српској се у неколико посљедњих година говори о потреби промјена Закона о раду,¹³ што значи да би требало у тим измјенама мјесто да нађе и унапређење рада ван радног односа. Уколико би се постигла сагласност социјалних партнера за унапређење рада ван радног односа, могућа унапређења би се односила на: „проширење појма радник; приступ радника који раде ван радног односа синдикату; њихово укључивање у механизме колективног преговарања, социјалног дијалога и заштите права која сада важе само за запослене у радном односу. Овакве и сличне приједлоге за унапређивање рада у Србији у којој постоји далеко више облика рада ван радног односа даје и заступа професор Ивошевић, који се једини у региону озбиљно бави унапређивањем рада ван радног односа.“¹⁴

1. Проширење појма радник односило би се на измјену члана 2 Закона о раду. Према тој одредби радник у смислу тог закона је „је лице које је запослено на основу уговора о раду“. Међутим, Закон о раду садржи одредбе о раду ван радног односа, што значи да би појам радник требало проширити и на извршиоце који обављају послове на основу уговора о обављању привремених и повремених послова и уговора о допунском раду.

Проширењем појма радник и на лица која раде ван радног односа, унаприједио би се њихов положај и у сфери заштите права, па би им се отворили путеви једнаке споразумне и судске заштите. Такође, тим лицима би постала доступна и колективна права по основу рада, која лица у радном односу већ имају.

2. Синдикално организовање у раду ван радног односа. Проширење појма радник, како је предложено, имало би за посљедицу аутоматски приступ радника који раде ван радног односа у организације синдиката јер члан 6 Закона о раду прописује да право на синдикално организовање имају радници. Тако би се проширењем појма радник омогућио радницима који обављају рад ван радног односа и приступ синдикату.

3. Укључивање рада ван радног односа у систем колективног преговарања и социјалног дијалога. Проширење појма радник и при-

¹³ У вријеме припреме овог рада у току су усаглашавања ставова социјалних партнера везано за измјене Закона о раду.

¹⁴ Др Зоран Ивишевић, *Шта још ваља мијењати у Закону о раду*, „Избор из судске праксе“, Научни, стручни и информативни часопис, ИП „Глосаријум“, Београд, 2012, број 12.

ступ синдикату значио би и укључивање радника који раде ван радног односа у систем колективног преговарања и социјалног дијалога, што би значајно унаприједило њихов положај, јер би тада и они били у прилици да артикулишу, обликују и усаглашавају властите колективне интересе, у сучељавању са колективним интересима послодавца.

4. Јединствен режим заштите права из области рада. Проширење појма радник, приступ синдикату и укључивање у систем колективног преговарања и социјалног дијалога морао би да уведе раднике који раде ван радног односа и у режим посебне заштите права, који сада важи само за раднике у радном односу. До сада су заштиту предвиђену посебним одредбама уживали једино радници у радном односу. Ваљало би да је уживају радници који раде ван радног односа. Они сада заштиту остварују у грађанскоправним споровима (примјеном општих правила парничног поступка) а не у радним споровима. Како је предложио професор Ивошевић, „сви спорови из сфере рада требало би да се рјешавају по истим правилима поступка у радном спору“.

Унапређивања рада ван радног односа у Републици Српској нема без измјена и допуна Закона о раду, о чему треба постићи консензус социјалних партнера о свим сегментима измјена које укључују и важеће одредбе о раду ван радног односа.

Rajko Kličkovć, PhD, Assistant Professor
The University of Business Studies
Faculty of Legal Sciences
Banja Luka

IMPROVEMENT OF WORKING CONDITIONS OUT OF EMPLOYMENT STATUS WITHIN THE EMPLOYMENT SYSTEM OF REPUBLIC OF SRPSKA

Summary

The labour system of the Republic of Srpska recognizes, besides the work in the employment status, as the most common way of employment, also the work out of the employment status. Both types of work are regulated by

the contracts voluntarily concluded between the employer and the employee. Both types provide employees with certain status in terms of certain rights and obligations. It has been recorded that the work out of the employment status and the work in the employment status have certain differences and similarities. Those differences lead to different rights and a position in the labour system, which puts workers out of the employment status in an unequal position. It is due to that inequality that it is necessary to improve the work regime out of the employment status. Social partners have not had discussions up to now on how to improve the work regime out of the employment status, which certainly has its economic and social justification. This improvement cannot be done without amending the Labour Law, which requires the consensus of social partners.

Key words: *employment, work out of the employment status, improvement of the work out of the employment status, consensus of social partners.*

МЕХАНИЗМИ И ПОСТУПЦИ РЈЕШАВАЊА ИНДИВИДУАЛНИХ РАДНИХ СПОРОВА У РЕПУБЛИЦИ СРПСКОЈ – ЕФИКАСНОСТ И УСКЛАЂЕНОСТ

Др Борислав Радић*

Увод

Република Српска, односно унутрашња структура Босне и Херцеговине модификована је и као таква успостављена Општим оквирним споразумом за мир у Босну и Херцеговину. Та, модификована структура Дејтонским споразумом (Општи оквирни споразум за мир у Босни и Херцеговини) за овај рад је од значаја само у сегменту утврђивања надлежности за одређене области, па самим тим и регулисања механизма за заштиту повријеђених права радника.

Најзначајнији дио Споразума је Анекс IV – Устав Босне и Херцеговине, тачније одредбе којима су прописане надлежности Парламентарне скупштине Босне и Херцеговине (двodomно представничко тијело), односно надлежности парламената у ентитетима у Босни и Херцеговини – Републици Српској и Федерацији Босне и Херцеговине. Устав Босне и Херцеговине уређује основну организацију власти само на нивоу Босне и Херцеговине, као државе. Организација власти како на нивоу ентитета те Брчко Дистрикту Босне и Херцеговине, тако и у локалним заједницама, није обухваћена Уставом Босне и Херцеговине. Ентитети и Брчко Дистрикт Босне и Херцеговине имају право да самостално уреде свој модел организације власти и управљања, тако да се институције и облици унутрашње организације власти између два ентитета у Босни и Херцеговини у великој мјери разликују.

За одређене области Босна и Херцеговина и њене институције Уста-

* Директор ЈУ „Агенција за мирно рјешавање радних спорова Републике Српске“.

вом су добили системом позитивне енумерације утврђене надлежности (члан III тачка 1), док су функције и овлашћења ентитета утврђени генералном клаузулом (општом надлежношћу). Таквом подјелом надлежности, ентитети имају претежну власт, па самим тим Република Српска има искључиву надлежност за област рада и запошљавања, а самим тим и приликом утврђивања и регулисања механизма за заштиту права из радног односа.

1. Релевантни прописи

Устав Републике Српске представља акт са највећом правном снагом. Утврђује основна начела друштвено-економског и политичког устројства ентитета, те гаранције слобода човјека и грађанина у друштву, па из тог произилази и чињеница да он у својој структури укључује и норме које се односе на рад и радне односе. Устав садржи већи број норми посвећених овој области. Тако, гарантује се право на рад и слободу рада у складу са законом и колективним уговором (члан 39), зајамчена је слобода синдикалног организовања и дјеловања (члан 41), запослени имају право на штрајк под условима утврђеним законом (члан 42), право запослених и чланова њихових породица на социјалну сигурности и социјално осигурање утврђује се законом и колективним уговором (члан 43 став 1) те члан 65 који прописује да запослени имају право учешћа у управљању предузећем, у складу са законом. Уставом се одређује и надлежност органа у доношењу појединих аката у области радног права, као и врсте акта који ће се као извор права користити у тој области. Начелно, Уставом се одређују и механизми остваривања и заштите права из радног односа. Другим ријечима, устав као акт највише правне снаге садржи основне принципе на којима се гради систем права, обавеза и одговорности из радног односа. Ти принципи (уставна начела) даље се путем закона и других аката разрађују и претачу у низ субјективних права и обавеза чинећи структуру радних односа и укупног положаја странака у радном односу.

Уставни основ за доношење прописа којима се уређују и обезбјеђују радни односи, заштита на раду и запошљавање, садржан је у Амандману XXXII тачка 12 на Устав Републике Српске¹.

¹ „Службени гласник Републике Српске“ број: 21/92.

Закон о раду Републике Српске² представља основни (системски) закон који у првом реду регулише цјелину материје радних односа између субјеката у радноправном односу (радника и послодавца). Примјењује се на све раднике и послодавце без обзира на врсту радног односа и облик организовања послодавца, осим ако поједина питања из радног односа (због своје специфичности или потребе) неким другим посебним законом (*lex specialis*) нису другачије уређена. Тамо гдје других (посебних – *lex specialis*) закона има примјењује се ти прописи, а Закон о раду само дјелимично и супсидијарно (*lex specialis derogat legi generali*). Дјелимично зато што овај пропис увијек регулише и питања која нису регулисана посебним законом, а супсидијарно зато што може бити примијењен само онда када други (посебан) пропис поједино питање није регулисао. Ти други закони регулишу нека друга питања (нпр. услове, организацију и функционисање многобројних дјелатности, органа, служби и установа). Постоји већи број посебних прописа који садрже норме којима се регулишу нека питања (сегменти) радног односа и који се примарно примјењују у области у којој су донесени у односу на основни (системски) закон.

Најзначајнији међу њима су Закон о државним службеницима³ и Закон о локалној самоуправи⁴ из разлога што ова два закона прописује одређене механизме за заштиту права службеника (државних и локалних службеника). Заштита се остварује у поступку код послодавца а након тога у поступку код одбора за жалбе који одлучује у другом степену и доноси коначне одлуке. Против коначних одлука одбора могуће је тужбом покренути одређене судске механизме заштите права (радних или управних спор). Остали запослени у државним органима и органима јединица локалне самоуправе (чији је радни однос регулисан уговором о раду) заштиту права остварују на начин и по поступку који је прописан Законом о раду и другим прописима.

Поједина питања из области рада уређују се подзаконским актима (правилници, одлуке) те великим бројем аутономних акта као што су колективни уговори (општи, посебни/грански и колективни уговор код послодавца), затим општим актима послодавца (статут, правилници) те уговор о раду. Међутим, поступак заштите повријеђених права, односно регулисање одређених механизма или жалбених процедура за заштиту индивидуалних права радника, поменути прописи не регулишу.

² „Службени гласник Републике Српске“, број: 55/07.

³ „Службени гласник Републике Српске“, број: 118/08.

⁴ „Службени гласник Републике Српске“ број: 101/04, 42/05, 118/05 и 98/13.

2. Индивидуални радни спор – појам и предмет

У Републици Српској постоји већи број прописа који се односе на област рада и запошљавања (неки су и поменути). Без обзира на број прописа (закона и колективних уговора свих нивоа) не постоји дефиниција или законско одређење појма „индивидуални радни спор“. Овај појам у пракси се изузетно широко схвата, тако да се као индивидуални радни спор подразумевају сви спорови (који могу настати због међусобног сукоба, различитих захтјева, тумачења, других видова незадовољства, затим спорови у вези са признавањем, оспоравањем или утврђивањем прописаних права, и слично) између радника (без обзира на врсту радног односа или режим регулисања истог) и послодавца (без обзира на облик организовања, начин оснивања или величину послодавца) као основних субјеката радноправног односа.

Код одређивања појма индивидуални радни спор неопходно је указати на Закон о мирном рјешавању радних спорова у Републици Српској⁵. Закон не дефинише сам појам, већ настоји одредити спорове који се могу сматрати индивидуалним и рјешавати у поступку мирења или арбитраже. То су спорови поводом престанка радног односа, понуде и закључивања уговора о раду под измијењеним околностима, неисплаћивања плата, неисплаћивања накнада (превоз, топли оброк, регрес, отпремнине приликом одласка радника у пензију), накнаду штете и отпремнину поводом отказа уговора о раду.

Према томе, нема законске дефиниције индивидуалног радног спора у правном поретку Републике Српске. Посматрајући прописе којима се регулишу области рада и запошљавања, те водећи рачуна о правном поретку у овом ентитету, индивидуални радни спор можемо одредити као спор који настаје између радника, односно службеника и намјештеника (запослених у државним органима и органима јединица локалне самоуправе) и послодавца (физичког или правног лица), поводом повреде права признатих општим актима хетерономног (закон, уредбе или други нормативни акти) и/или аутономног права (колективни уговор, правилник о раду), као и појединачним актом (уговор о раду, рјешење државног органа или органа јединице локалне самоуправе), за чије рјешавање је надлежан суд или други орган.

Предмет индивидуалног радног спора може бити било која повреда права из радног односа или нека друга ситуација (ситуација која

⁵ “Службени гласник Републике Српске“, број 71/09 и 100/11.

радника или лице које тражи запослење ставља у неповољнији положај) а проистиче из међусобног односа радника и послодавца. Посебних ограничења у погледу заштите права нема, нити је потребна било каква претходна сагласност или пристанак неке од стране за коришћење (покретање поступка) могућих механизма заштите.

3. Механизми и поступци рјешавања индивидуалних радних спорова

У Републици Српској постоје различити механизми и поступци које се могу користити с циљем заштите повријеђеног права. Самим тим, постоје и различите институције, с тим што централну улогу у заштити повријеђених права радника имају правосудне институције, а што је и главна карактеристика европскоконтиненталних правних система. Према том систему, сваки поступак заштите мора бити прописан законом.

С тим у вези, а ради заштите индивидуалних права, неопходно је обратити пажњу на поступак заштите повријеђеног права радника код послодавца, затим заштиту у поступку путем надлежних инспектора рада, на поступак рјешавања индивидуалних радних спорова који води ЈУ “Агенција за мирно рјешавање радних спорова”, на поступак по жалби службеника код одбора за жалбе државних службеника односно одбора за жалбе службеника у јединицама локалне самоуправе, те поступак за судску заштиту коју обезбјеђују судови у радном спору или управном спору примјеном правила парничног или управног поступка. Такође, у одређеној мјери (путем препорука) заштита може бити пружена и у поступку код Омбудсмана за људска права Босне и Херцеговине.

Посебна тијела која би чинили социјални партнери (репрезентативне организације радника и послодавца), а која би била од користи за превентивно рјешавање радних спорова на радном мјесту, на било ком ниво власти у Босне и Херцеговине, не постоје. Посебни превентивни поступци с циљем да се индивидуални радни спор избјегне, нису прописани. Стога радник који сматра да му је право повријеђено од стране послодавца или ускраћено на други начин користи један од поменутих механизма заштите.

3.1. Поступак заштите права код послодавца

Према одредбама поменутих прописа о правима и обавезама радника одлучује послодавац односно руководиоца органа, односно тијела јавне управе. Стога, радник који сматра да му је послодавац повриједио право из радног односа, подноси захтјев послодавцу с циљем да му се обезбиједи остваривање тог права. У поступку заштите права код послодавца, захтјев радника може се односити на било које право по основу радног односа. Права морају бити прописана и утврђена законом или другим прописом.

Радник има право да у субјективном року од 30 дана или најдаље у року од три мјесеца (објективни рок) поднесе послодавцу захтјев за заштиту повријеђеног права. Захтјев радник може поднијети писмено или усмено. Послодавац је у обавези да по захтјеву радника одлучи без одлагања, а најкасније у року до 30 дана од дана постављања захтјева радника. У случају да послодавац не одлучи (ћути), закони који регулишу овај поступак заштите индивидуалних права радника прописује да се има сматрати да је захтјев радника прихваћен.

Осим чињенице, тј. тврдње радника да му је послодавац повриједио (онемогућио остварење) права, други процедурални захтјеви нису предвиђени. Значајнија улога администрације рада (министарства надлежног за област рада) када је у питању описани поступак заштите права код послодавца, није предвиђена. Улога администрације рада (министарства или одјељења надлежних за област рада) сведена је на консултативну улогу кроз тумачења (мишљења) појединих норми на захтјев заинтересоване стране (најчешће радника). Мишљења правно не обавезују и немају велики значај за било који поступак заштите индивидуалних права радника. Оно може бити коришћено (дато на увид у самом поступку заштите права) као неки вид смјернице/инструкције/сугестије али без доказног значаја. Према томе, мишљење није доказно средство нити је послодавац/инспектор/суд дужан да га узме у обзир. Ако се мишљење уважи (прихвати) од самих страна у спору, у том смислу, оно може имати превентиван значај и допринијети превенцији индивидуалних радних спорова.

3.2. Поступак заштите права путем инспектора

Без обзира на чињеницу да ли је радник покренуо поступак заштите права код послодавца или надлежног суда, заштиту права може истов-

ремено тражити и код надлежног инспектора за рад. Поступак заштите путем надлежних инспектора мора бити посматран и тумачен кроз опште и посебне режиме регулисања радних односа, па стога и кроз саму надлежност инспектора за контролу и надзор над примјеном тих прописа. Тако надзор над примјеном општих прописа о раду врше инспектори рада, док надзор над прописима који регулишу радни однос државних службеника и службеника у јединицама локалне самоуправе (посебан режим регулисања радног односа) врше управни инспектори. Предмет инспекцијског надзора су сва питања која се односе на придржавање прописа из области рада, запошљавања, безбједности и здравља на раду и друге области одређене прописима.

Права и дужности инспектора рада као и поступак заштите права радника у инспекцијском надзору (поступку) прописана су посебним законима⁶ којима се регулише рад инспектора као посебне републичке управе.

Без обзира на то који закон или рад инспектора посматрали и анализирали, овлашћења инспектора и сам поступак заштите су идентични. Инспекцијски надзор покреће се и води по службеној дужности. Сваки радник који сматра да му је послодавац повриједио право има право да поднесе захтјев инспекторима за заштиту тог права. Инспекцијски преглед врши се непосредним увидом у опште и појединачне акте послодавца, затим услове и начин рада и поступања у погледу придржавања прописа. О извршеном инспекцијском прегледу саставља се записник, који садржи утврђено чињенично стање, друге неправилности и недостатке у раду. У односу на повреду права и спремност субјеката, инспектори у границама својих могућности могу дјеловати и превентивно на начин да дају савјет, препоруку, мишљење којима се субјект надзора упознаје са потребама предузимања одређених мјера и радњи с циљем остваривања права.

Поред превентивне улоге, инспектори предузимају и друге управне мјере ако утврде да је пропис повријеђен. Те управне мјера крећу се од одређених налога, затим забрана, изрицања прекршајних налога, па до подношења захтјева за покретање прекршајног поступка или самих пријава за учињено кривично дјело. Мјере инспектори изричу рјешењем, против којих је дозвољена жалба (жалба не одлаже извршење

⁶ Законом о инспекцијама у Републици Српској (“Службени гласник Републике Српске” број: 74/10, 109/12 и 117/12) и Законом о управној инспекцији („Службени гласник Републике Српске” број: 1/09).

рјешења) министарству надлежном за област рада. Против другостепеног рјешења министарства може се тужбом покренути управни спор код надлежног суда.

3.3. Поступак заштите права службеника и намјештеника (одбор за жалбе)

У погледу механизма и поступка заштите права државних службеника и осталих запослених (намјештеника), те заштите права службеника у јединицама локалне самоуправе, неопходно је указати на поступак заштите права код одбора за жалбе службеника.

О правима и дужностима државних службеника (у првом степену), одлучује руководилац/старјешина органа (за службенике у локалним заједницама – начелник општине односно градоначелник). Против акта (рјешења) којима је одлучивано о правима и обавезама (дужностима) службеника, осталих запослених као и учесника јавног конкурса, у другом степену одлучује одбор за жалбе државних службеника односно одбор за жалбе у јединицама локалне самоуправе. Одбори су самостална тијела именована од стране Владе Републике Српске односно скупштина јединица локалне самоуправе наконведеног поступка јавног конкурса на мандатни период од четири године.

Поступак заштите због повреде права (неостваривање прописаних права запослених) или због нерјешавања приговора који је поднесен против акта послодавца, покреће се жалбом. Посебан пристанак страна или други додатни услови нису прописани. Жалбу запослени доставља органу који је одлучивао у првом степену (руководиоцу органа) који је дужан да утврди да ли је жалба допуштена, благовремена и изјављена од овлашћеног лица. Првостепени орган не рјешава жалбу, већ се бави процесним питањима у погледу саме жалбе, подносиоца жалбе и других жалбених навода, с циљем да олакша (а што ради рјешавајући процесне претпоставке) другостепеном органу да што лакше и брже донесе мериторну одлуку у погледу повријеђеног материјалног права (предмета жалбе).

Ако првостепени орган утврди да је жалба допуштена, благовремена и изјављена од овлашћеног лица, доставља је са свим списима предмета и својим изјашњењем одбору за жалбе. Достављањем списка почиње поступак пред одбором, који у поступку одлучивања по жалби примјењује правила општег управног поступка.

Рјешавајући у поступку по жалби, сходно правилима која прописују закони о општем управном поступку⁷, одбор за жалбе може жалбу одбацили својим закључком. Одбациће је ако је жалба недопуштена, неблагоприятна и ако је изјављена од стране неовлашћеног лица. Ако је жалба допуштена, благоприятна и ако је изјављена од стране овлашћеног лица, одбор, рјешавајући жалбу, може донијети рјешење којим се жалба одбија и потврђује првостепено рјешење, ако нађе да је поступак правилно спроведен и да је донесено рјешење правилно и на закону основано, односно да су недостаци такве природе да не могу утицати на коначно рјешење.

Одбор, у поступку рјешавања, може усвојити жалбу и првостепено рјешење поништити у цјелини или дјелимично и вратити предмет на поновни поступак, ако утврди да због погрешно и непотпуно утврђеног чињеничног стања треба спровести поновни поступак, да се у поступку није водило рачуна о правилима поступка која би била од утицаја на рјешење или да је диспозитив рјешења нејасан или у противрјечности са образложењем. Жалба може бити и уважена ако је првостепени орган погрешно оцијенио изведене доказе, тј. ако је из утврђених чињеница изведен погрешан закључак у погледу чињеничног стања, односно ако је погрешно примијењен материјални пропис или ако нађе да је на основу слободне оцјене доказа требало донијети другачије рјешење.

Након што одбор донесе одлуку по жалби (закључак или рјешење), дужан је да путем првостепеног органа достави одлуку подносиоцу жалбе у року од осам дана од дана доношења. Одлуке овог другостепеног органа су коначне, а незадовољна страна има право да тужбом од стране надлежног суда захтијева њихово преиспитивање у радном или управном спору.

3.4. Поступак заштите права путем мирења и арбитраже

За разлику од других нивоа власти у Босни и Херцеговини, за Републику Српску карактеристичан је и алтернативни начин рјешавања индивидуалних радних спорова. Законом о мирном рјешавању радних спорова⁸ регулисан је начин и поступак мирног рјешавања индивидуалних и колективних радних спорова, избор, права и обавезе миритеља и арбитра, те начин оснивања тијела за мирно рјешавање радних спорова. За-

⁷ „Службени гласник Републике Српске” број: 13/02, 87/07 и 50/10.

⁸ Ibid. footnote 6.

коном су регулисана и друга питања од значаја за мирно рјешавање радних спорова. Према поменутом закону формирана је и „Агенција за мирно рјешавање радних спорова“, чиме је за Републику Српску извршена институционализација алтернативних метода рјешавања радних спорова.

Метода мирења и метода арбитражног рјешавања радних спорова представљају двије алтернативне методе рјешавања индивидуалних спорова између радника и послодавца у Републици Српској.

Када је у питању мирење као метод рјешавања спорова у Републици Српској, с пуним правом се може рећи да представља комбинацију методе мирења и методе посредовања. Метода посредовања као метода рјешавања спорова (не само радних већ уопште свих спорова, изузев кривичних) предвиђена је одредбама Закона о медијацији у Босни и Херцеговини. Миритељ је трећи субјекат (неутралан) у односу на стране и предмет спора. Он није учесник у спору, већ само учествује у поступку рјешавања индивидуалног спора, да ли самостално или као члан мировног вијећа и има активну улогу и руководи поступком, уз залагање да се настали спор између страна ријеши. У том смислу има апсолутну слободу и може да даје приједлоге и препоруке са циљем закључивања споразума о рјешавању спора, може да указује странама у спору на могућа рјешења спора или да пружа стручну помоћ. У току цијелог поступка мора бити непристрасан.

Посредник (медијатор) у смислу поменутог Закона о медијацији је трећи неутрални субјект, који посебним вјештинама и техникама покушава странке охрабрити да саме пронађу рјешење. Посредник нема право да даје било какве приједлоге с циљем окончања спора, јер је више усмјерен ка странкама с циљем да их усмјери на дијалог и да саме пронађу компромисно рјешење, а не на сам предмет спора.

Арбитража као метод рјешавања радних спорова јавља се као наставак започетог поступка мирења. Према Закона о мирном рјешавању радних спорова, ако стране у радном спору не ријеше радни спор у поступку мирења, могу након окончања поступка мирења упутити спор на арбитражу. Арбитражну комисију чине три члана, од чега стране у спору имају обавезу да из Именика миритеља и арбитра изаберу свог арбитра који ће их заступати, а трећег арбитра бира директор Агенције, након чега доноси акт о оснивању арбитраже. Арбитар којег именује директор Агенције обавља послове предсједавајућег арбитраже. Закон не прописује посебна правила која се тичу рада и одлучивања арбитражне

комисије. Неопходно би било да се, одмах по конституисању, чланови комисије договоре и усагласе око питања који су од утицаја на поступак, односно да се договоре око начина рада и да сва спорна питања (која постоје или се могу јавити у току поступка) ријеше прије предузимања првих радњи у поступку.

Споразум о мирном рјешавању спора или одлука арбитражне комисије имају снагу извршне исправе. Извршна исправа представља појединачан правни акт којим се на ауторитативан и вјеродостојан начин утврђује постојање потраживања, његова доспјелост и легитимација страна у извршном поступку. Да би евентуално и биле принудно извршене, извршне исправе морају испуњавати и одређене материјалноправне услове који се односе на подобност за извршење. Извршна исправа је подобна за извршење ако су у њој одређени извршни повјерилац, извршни дужник, те предмет, врста, обим и вријеме испуњења обавезе.

Поступак рјешавања одвија се посредством миритеља односно арбитра као треће неутралне стране. Два најзначајнија начела везана за поступак мирног рјешавања индивидуалних радних спорова је начело хитности и добровољности.

Начело хитности је карактеристично и за редован, судски вид заштите. Конкретно, то значи да све радње које се предузимају од самих странака или радње које се предузимају према странкама, морају бити предузете у најкраћем року, по правилу без одлагања, а најдуже у року од 30 дана од дана покретања поступка за рјешавање индивидуалног радног спора. Начело се једнако односи и на стране у спору и на миритеље односно арбитра. Поступак мирног рјешавања радних спорова може се покренути и водити уколико о истом није одлучено правоснажном одлуком суда или другог органа у складу са прописима о раду. Ово значи да стране у индивидуалном и колективном радном спору, без обзира на започете судске поступке, поступке у којима постоји првостепена пресуда али који још није правоснажно окончан, имају могућност да поднесу приједлог и мирним путем окончају радни спор. Осим наведеног ограничења (*res iudicata* ствар) других ограничења нема, и свако онај ко сматра да му је повријеђено право може да иницира својим приједлогом поступак мирног рјешавања спора.

Друга карактеристика која код овог поступка долази до изражаја везана је за начело добровољности. Поступак се покреће добровољно – подношењем Агенцији приједлога за мирно рјешавање радног спора од стране радника и/или послодаваца. Да би Агенција започела са

поступком мирног рјешавања индивидуалног радног спора, приједлог мора садржавати податке који се односе на стране у спору (име, презиме и адресу, односно назив и сједиште страна у спору) те податке везане за врсту и предмет спора. Уз приједлог, странке су дужне да доставе и релевантну документацију у вези са предметом спора, те имена свједока, ако их имају. По пријему приједлога Агенција спроводи претходни поступак и испитује основаност приједлога. Провјеравају се подаци који се односе на учеснике у спору, предмет и врсту спора, прикупљају други докази и чињенице од значаја за предмет спора. Ако утврди да се поднесени приједлог не односи на радне спорове у смислу одредаба Закона, Агенција ће одбацити приједлог и о томе обавијестити подносиоца, против којег подносилац приједлога има право да уложи посебну жалбу. У ситуацији када је утврђено да се поднесени приједлог односи на радни спор који спада у надлежност ове институције, и ако је поднесен (а најчешће и јесте) од стране само једне од страна у спору, Агенција одмах по пријему приједлога доставља исти заједно са документацијом другој страни у спору и позива је да се у року од 15 дана од дана пријема изјасни да ли прихвата мирно рјешавање радног спора.

Оно што је посебно интересантно и специфично законско рјешење у радном законодавству Републике Српске, а везано је за начело добровољности и са којим је у директној супротности, јесте обавеза директора Агенције да одређује миритеља у циљу мирног рјешавања радног спора, без обзира да ли је друга страна прихватила поступак у року од 15 дана од дана пријема позива. Нелогично је да у ситуацији када странке не желе ријешити радни спор мирним путем, постоји императивна обавеза да се миритељ одреди. За ово законско рјешење се може наћи оправдање, с обзиром на то да миритељи или арбитри, који су одређени да поступају у конкретним индивидуалним радним споровима, на крају кроз своје извјештаје дају препоруку у погледу основаности или неоснованости предмета спора, што свакако може бити од користи за било који други поступак, па и судски.

Начело добровољности изражено је и у погледу избора миритеља и арбитра који учествују и помажу странама у спору да мирно ријеше радни спор. Стране имају могућност да миритеља односно арбитра споразумно одреде са списка миритеља и арбитра који се води у Именику, својим заједничком приједлогом или у року од 15 дана од дана прихватања појединачног приједлога.

Без обзира на то да ли су странке добровољно одредиле миритеља односно арбитра, или да миритеља односно арбитра одређује Агенција, по сваком појединачном приједлогу за мирно рјешавање радног спора доноси се рјешење о именовању миритеља односно арбитра. Рјешење, поред података о миритељу односно арбитра, садржи и податке у вези са конкретним предметом спора и учесницима у поступку мирног рјешавања радног спора, и доставља се свим учесницима у поступку. Уз рјешење миритељу/арбитра, доставља се приједлог и документација у вези са самим спором. Овим рјешењем извршена је конкретизација предмета спора, учесника у поступку као и само именовање миритеља односно арбитра који имају мандат да рјешавају спор и пружају помоћ учесницима у поступку.

Неопходно је напоменути да Закон прави разлику између улоге миритеља и арбитра, мировних вијећа и арбитражних комисија као тијело или орган који учествују у поступку рјешавања индивидуалних и колективних радних спорова. У односу на предмет спора и улогу миритеља или арбитра могуће је говорити о различитим поступцима, као и различитим врстама поступка у односу на повријеђено право или угрожене интересе, ниво на којем настају, стране у спору и друге критеријуме. Без обзира на различите улоге, циљ поступка је исти – ријешити индивидуални радни спор.

3.5. Поступак заштите права путем надлежних судова

Рјешавање радних спорова те заштита која се остварује путем надлежних судова представља традиционалне механизме заштите индивидуалних права радника. С обзиром на то да индивидуална права из рада могу бити повријеђена и раднику и послодавцу, грађанскоправну заштиту пред стварно и мјесно надлежним судом могу да иницирају оба правна субјекта. Радни спор настаје због повреде права радника. Стога, кад заштиту тражи радник, заштита се остварује у радном спору који представља спор између радника и послодавца у вези са предметом (извршења) индивидуалног уговора о раду, а састоји се у изрицању контрадикторних захтјева странака, које настоје да заштите право које сматрају повријеђеним. Заштиту повријеђених права послодавац може да остварује у спору из радног односа. Спор из радног односа има шире значење, јер обухвата и спор по тужби послодавца против радника али и спор по тужби радника против послодавца. Сви спорови из радног одно-

са рјешавају се у парници за коју важе посебна правила поступка, чији је циљ да поступак рјешавања учине бржим и једноставнијим, због карактера права која се штите у овим поступцима.

Посебна правила поступка прописана су Законом о парничном поступку Републике Српске⁹.

Поступак заштите покреће се тужбом радника који сматра да му је послодавац повриједио право из радног односа. Без тужбе као једностране парничне радње радника као тужиоца, судски поступак заштите се не може засновати. Право на подношење тужбе није условљено претходним обраћањем радника послодавцу за заштиту права, или некој другој поменутој институцији. Обавезан претходни поступак, поступак који би претходио овом виду заштите права, није прописан.

Тужба за заштиту права подноси се основном суду, према сједишту туженог (послодавца), или суду на чијем подручју се рад обавља или се обављао, односно суду на чијем се подручју рад морао обављати, као и суду на чијем је подручју заснован радни однос. Избор суда врши се подношењем тужбе једном од наведених судова.

Странке у радном спору су по правилу физичко лице као радник (тужилац) и правно лице као његов послодавац (тужени). Радње у поступку могу предузимати самостално, или путем заступника (у законом предвиђеним ситуацијама), односно пуномоћника (најчешће адвокат, адвокатско друштво или запослени код службе за бесплатну правну помоћ, а за правна лица – лица одређена статутом или одлуком о оснивању, односно запослени код тог правног лица). Парничне радње које предузима заступник у границама одређеним законом, односно радње које пуномоћник предузима у границама пуномоћја, као и оне које су предузете према њему, имају дејство као да их је предузела сама странка, односно као да су предузете непосредно према њој.

Мотив за подношење тужбе у индивидуалном радном спору лежи у тврдњи радника да му је послодавац повриједио неко субјективно право. Право на тужбу (судску заштиту због повријеђеног права) не зависи од дугих услова, већ искључиво од правног интереса тужиоца да оствари повријеђено право.

Предмет индивидуалног радног спора може бити захтјев радника да се поништи одређена одлука, споразум или други појединачни акт (конститутивна тужба). Тужбом се може тражити и осуда на новчану

⁹ „Службени гласник Републике Српске“, број 58/03, 85/03, 74/05, 63/07 и 49/09.

обавезу (исплата плате, накнаде и других примања, накнада штете) или неновчану обавезу (враћање радника на рад, евидентирање стажа у радну књижицу, враћање радне књижице, уплата доприноса за обавезне видове социјалног осигурања) – кондемнаторна тужба. Такође, тужбом се може тражити и утврђивање неког права или правног односа (нпр. право на годишњи одмор или да је радни однос са одређеног времена прерастао у радни однос на неодређено вријеме) – декларативна тужба. Могуће је и комбиновање захтјева.

Тужба се обично подноси против одлуке (писаног акта) послодавца, мада не смијемо искључити и ситуацију да права могу бити повријеђена и фактичком радњом послодавца (одређеним радњама чињења или нечињења). Ако је повреда права радника учињена актом послодавца, предмет спора је захтјев тужиоца – радника да се тај акт поништи. Ако је повреда учињена фактичном радњом послодавца, предмет спора је захтјев радника да му послодавац испуни одређене обавезе, да послодавац предузме одређене радње или да се уздржи од одређеног понашања и на тај начин омогући остваривање одређеног права. Уз тужбени захтјев радник обично поставља и адхезионе захтјеве да се успостави раније стање (уз захтјев за враћање на рад због незаконитог отказа, радник тражи и накнаду штете која му је проузрокована).

Тужбу за заштиту права радник може поднијети у року од *једне године* од дана сазнања за повреду права, а најдаље у року од *три године* од дана учињене повреде (члан 118 став 2 Закона о раду).

Индивидуалне радне спорове према карактеру права које је повријеђено можемо подијелити на:

а) спорове поводом заснивања радног односа (онемогућавање радника који је закључио уговор о раду да ступи на рад код послодавца; рад на црно; неступање на рад оног дана који је одређен уговором о раду; рад по уговора о раду без одреднице о његовом трајању; повреде права приоритета у запошљавању; повреде права учесника јавног конкурса, и др.);

б) спорове поводом постојања радног односа (преображај радног односа на одређено вријеме у радни однос на неодређено вријеме; постојање радног односа на неодређено када је он закључен противно прописима о одређеном радном времену; пробни рад и приправнички рад који формално није окончан; онемогућавање повратка на рад раднику којем су мировала права из радног односа; неприхватање преноса

уговора о раду на новог послодавца; онемогућавање запосленог да ради и остварује права из радног односа);

в) спорове поводом престанка радног односа (сви законом прописани начини престанка рада радника код послодавца);

г) спорове поводом повреде појединих права, обавеза и одговорности из радног односа (пуноважност појединих одредаба уговора о раду; заштита личних података о раднику; плата и друга лична примања; вишак радник; повреда клаузуле о забрани конкуренције послодавцу; накнада штете проузроковане на раду или у вези са радом; упућивање радника на рад у страну земљу; због повреде других прописа којима се уређује рад и других права радника из рада и по основу рада).

Како врста спора директно одређује тужбу и њен карактер, тако и тужба (тј. тужбени захтјев) директно одређује карактер пресуде. Тако конститутивној (преображајној) тужби одговара конститутивна пресуда. Овом пресудом најчешће се поништавају појединачни акти послодавца (рјешења о отказу уговора о раду), који су предмет тужбеног захтјева. Конститутивном пресудом успоставља се стање другачије од оног које је настало појединачним актом послодавца. Кондемпнаторној тужби (тужба за осуду на чинидбу) одговара кондемпнаторна пресуда. Пресудом се послодавцу налаже извршење новчане (исплата плате, накнаде плате, другог примања или накнада штете) или неновчане обавезе (враћање на рад, уплата доприноса за обавезно осигурање). За све ове кондемпнације мора постојати прецизно одређен захтјев(и) радника. Декларативној тужби одговара декларативна пресуда. Овом пресудом суд утврђује постојање неког права (право на годишњи одмор, право на рад са скраћеним радним временом) или постојање неког правног односа (преображај радног односа са одређеног на неодређено трајање). Комбинованом тужбеном захтјеву одговара пресуда са комбинованом изреком. То су пресуде којима се нпр. поништава акт о престанку радног односа и послодавац се обавезује да раднику исплати накнаду штете у висини изосталих плата и других примања, поништава акт о престанку радног односа, одређује враћање радника на рад и налаже послодавцу да раднику надокнади штету у висини изосталих плата.

Пресуде постају правноснажне када се више не могу побијати жалбом. Правноснажност настаје у првом степену ако се странке одрекну права на жалбу или ако пропусте рок за жалбу, а правноснажност у другом степену настаје када суд одбије жалбу и потврди првостепену пресуду. У осуђујућим пресудама одређује се рок за добровољно извршење (парациони рок).

Када су у питању спорови из радног односа, односно спорови који настају по основу тужбе послодавца против радника, неопходно је истаћи да ти спорови нису честа појава. Ово посебно због саме природе радног односа и из разлога што послодавац одлучује о правима, обавезама и одговорностима из радног односа. У ову врсту спорова могу се убрајају спорови који се тичу: савјесног и одговорног рада, некоришћења одговарајућих средстава заштите на раду, необавјештавања послодавца о неисправности на објектима и на средствима рада, затим забране конкуренције, стручног оспособљавања и усавршавања, проузроковања штете послодавцу на раду и у вези са радом, непоштовања прописа о заштити на раду и тако даље. Сви закони о раду у Босни и Херцеговини садрже одредбе о заштити поводом повреде права послодавца (споровима из радног односа).

Законима о парничним поступцима прописана су и нека посебна правила за рјешавање индивидуалних радних спорова. Та правила односе се на хитно рјешавање радних спорова, парациони рок и рок за жалбу на пресуду.

Хитност поступања условљена је социјалним карактером права из радног односа, који не трпи отезање поступка, пролонгирање парничних радњи, тромост у доказивању и сваку другу процесну спорост. Општи рок за добровољно извршење чинидбе (парициони рок) наложен правноснажном пресудом у парничном поступку износи 30 дана. Због потреба да се радни спорови рјешавају брже од осталих, посебно због својих социјалних карактеристика, закон за радне спорове овај парициони рок скраћује на 15 дана.

Рок за жалбу на пресуду односно рјешење из радних односа износи 15 дана. Скраћивањем рока за жалбу (општи рок за жалбу је 30 дана) доводи се до убрзавања парничног поступка, па самим тим и заштите права.

Посебна правила у погледу пребацивања терета доказивања са тужиоца (радника) на туженог (послодавца) нису прописана, што значи да је терет доказивања на ономе ко тужи. Изузетак су једино спорови због дискриминације и мобинга у којима долази до пребацивања терета доказивања са тужиоца на туженог (члан 112 Закона о раду).

Циљ прописивања ових посебних правила је да се направи разлика у односу на општа правила Закона о парничном поступку и друге грађанске спорове и самим тим да се да већи значај заштити права рад-

ника путем суда. Међутим, због великог броја радних спорова у ранијим годинама, малог броја судија, недостатка других материјално-техничких претпоставки за ефикаснији рад судова, посебна правила и нису имала велики значај и нису остаривала своју функцију – брже рјешавање радних спорова.

Пресуде се извршавају када постану правноснажне. Конститутивне и декларативне пресуде нису подесне за извршење, из разлога што њима суд само поништава одређене акте односно утврђује постојање одређених права или правног односа. Извршива је само кондемпнаторна пресуда која садржи осуду на неку новчану или неновчану обавезу. Идеална је ситуација ако се извршава добровољно од стране послодавца у парижном року.

Међутим, ако парижни рок (рок за добровољно извршење правноснажне судске пресуде) протекне, а послодавац пресуду не изврши, радник ће приједлогом покренути поступак принудног извршења. Поступак принудног извршења спроводи извршни суд према одредбама Закона о извршном поступку.

Уз приједлог за принудно извршење подноси се и извршна исправа, која представља појединачан правни акт који потиче од суда или другог органа, којим је утврђено потраживање. Под извршном исправом која потиче од другог органа подразумијева се и споразум о мирном рјешавању радног спора закључен код Агенције за мирно рјешавање радних спорова Републике Српске.

Основни циљ извршеног поступка јесте да се постигне остварење субјективног права извршног повјериоца, које извршни дужник није извршио добровољно у остављеном парижном року. Битна карактеристика судског извршног поступка је и примјена непосредне или посредне принуде према имовинским добрима дужнику који се не понаша у складу са правноснажном одлуком.

Приједлог за извршење подноси се мјесно надлежном основном суду. Извршење се дозвољава рјешењем о извршењу које доноси извршни судија, које се може побијати приговором или жалбом. Извршење се спроводи по општим правилима извршног поступка, односно посебним правилима када је у питању враћање радника на рад.

3.6. Поступак заштите права путем Омбудсмана за људска права

Од специјализованих институција тј. тијела која се баве заштитом људским права неопходно је указати на институцију Омбудсмана за људска права за Босну и Херцеговину¹⁰. Посебна ограничења и посебан поступак (сагласности) обраћања овој институцији (као и код других поступака) с циљем заштите повријеђених права, не постоје. Сваки грађанин који тврди да има легитиман интерес има право да се обрати овој институцији без било каквих ограничења. Грађани пред овом институцијом поступак започињу својом жалбом, а сама институција води поступак, прикупља информације, врши друге радње у поступку истраге, врши увид у релевантну документацију. О уоченим неправилностима и повредама права, Омбудсман доноси препоруку у којој се предлажу мјере и рокови у којима је неправилност неопходно отклонити. У случају неизвршавања препоруке, Омбудсман има право да иницира одређени дисциплински поступак против одговорног службеника или, тамо гдје је то потребно, да покрене кривични поступак пред судом.

Других институционалних механизма заштите права радника нема, као што нема ни приватних служби и фирми (самим тим не постоје не приватни миритељи и арбитри) које би се превентивно укључиле у спречавање или рјешавање индивидуалних радних спорова у Републици Српској.

4. Ефикасност механизма и поступака у заштити права радника и приликом рјешавања радних спорова

Због високе стопе незапослености становништва (посебно младих), недовољне синдикалне организованости на једној страни односно ерозије синдикалног чланства на другој страни, недостатка нових радних мјеста (радници по сваку цијену желе да сачувају своје мјесто рада занемарујући услове рада и поједина права), изразито високог процента заступљеног рада у сивој зони, корупције, непотизма, компликоване политичке ситуације и процеса одлучивања, разорене привреде, неадекватног образовног система који није усклађен са потребама тржишта рада,

¹⁰ Закон о Омбудсману за људска права за Босну и Херцеговину ("Службени гласник Босне и Херцеговине", бр. 32/00, 35/04 и 32/06).

лоше приватизације државног капитала, коришћење било којег механизма и процеса заштите за раднике представља ризик, те се стога било који механизам за заштиту права користи тек као крајње средство. Ризик можемо посматрати кроз двије чињенице. Прва је могући реваншизам доносиоца одлука односно одређено шиканирање подносиоца захтјева и слично (отказ), док је друга узрокована дужином (роковима) поступака за заштиту права. Процес судског рјешавања радног спора односно заштите повријеђеног права траје изузетно дуго (од 2 до 4 године у просјеку). У одређеној мјери и други поступци заштите нису се показали довољно и увијек адекватни у заштити права радника.

С пуним правом се може закључити да се било који механизам заштите права активира сувише касно и обично када међусобни односи буду тешко и трајно поремећени. Нажалост, протек времена проузрокује застару права на заштиту и радници обично остају ускраћени за своја права.

С обзиром на претходно назначене механизме заштите права радника у Републици Српској, најнеефикаснија је она заштита која се остварује у поступку код послодавца, посебно у приватном сектору. Ово посебно долази до изражаја код послодаваца мале и средње величине. Механизми заштите права код послодавца (посебно је ово карактеристично за приватни сектор) нису адекватни из разлога што послодавци обично не реагују на захтјеве радника и не рјешавају њихове приговоре. Претпоставка прописана законом (*да је захтјев радника усвојен*) је безначајна, јер радник поново не остварује то право већ је приморан да користи друге могуће процесе и механизме за заштиту права. Ти други механизми заштите (за приватни сектор) тичу се инспекцијских служби, других институција те судску заштиту.

Ситуација је донекле различита код послодаваца који запошљавају већи број радника, различитог образовног профила и који су синдикално организовани. Општа оцјена је да је степен заштите права радника већи код оних привредних субјеката у којима су радници синдикално организовани и код којих је дошло до закључивања колективног уговора или на које се односи колективни уговор хијерархијски вишег нивоа. С обзиром на ту чињеницу, примјетна је активност предсједника синдикалне организације у тим привредним субјектима и на пољу заштите права радника. О било каквој улози или активности савјета радника немогуће је говорити, с обзиром на то да ентитетски закони о савјетима радника нису заживјели у пракси. Број основаних савјета радника, према распо-

ложивим информацијама, јесте два, од којих је један престао да постоји. Улога савјета радника је нормативно и стварно раздвојена од улоге синдикалне организације, из разлога што савјет радника нема никакву улогу у погледу заштите права радника.

Када су у питању механизми заштите права државних и локалних службеника, ситуација је другачија из разлога што о жалбама службеника одлучују посебна управа тијела – одбори за жалбе. Так након што одбор одлучи о жалби службеника, могуће је да се активирају други механизми заштите. У случају да одбор не одлучи (ћути), могуће је покренути и водити судски поступак.

У погледу предмета заштите у индивидуалном радном спору могуће је правити разлику у односу на предмет заштите запослених у приватном у односу на јавни сектор. У приватном сектору доминантан предмет заштите (у било ком процесу) су плате (брето), накнаде и престанак радног односа (откази), за разлику од јавног сектора у којем се најчешће као предмет спора јавља повреда права учесника јавног конкурса, оцјењивање службеника, распоред на друге послове, повреде правила дисциплинског поступка односно изрицање дисциплинских мјера.

У погледу трошкова било ког поступка они су искључени и не постоје на страни радника (осим евентуално трошкова адвоката који се готово увијек јављају на страни парничних странака – странке радни спор пред судом најчешће воде уз судјеловање адвоката). Просјечно вријеме проведено по захтјевима за заштиту права је различито, од неколико дана (код послодавца) до неколико година (суд).

Дужина судских поступака који трају по неколико година проузроковала је одређено неповјерење у суд, судије, у правосудне институције уопште. Специјализованих радних судова на подручју Републике Српске нема, нема ни посебних специјализованих одјељења у судовима који би рјешавали радне спорове. Посебна судска вијећа за радне спорове не постоје, већ се радни спорови и спорови из радног односа пресуђују од стране судија цивилиста. Дужина судског поступка је проузроковала неповјерење и из разлога што и поред правоснажно окончане ствари у корист радника, често се дешава да се судском пресудом досуђено право у пракси не реализује. Дужина поступка проузрокује ситуацију да поједини привредни субјекти у том периоду пропадају и проводе поступке стечаја или ликвидације, или је сама имовина привредног субјекта толико мала да се ни трошкови поступка не могу подмити, а камоли главни тужбени захтјев радника. Тако и поред досуђеног и утврђеног

права, степен реализације (извршења) у пракси је низак (у распору 35–60% у односу на поједине судове).

Дужина судских поступака је дјелимично допринијела и утицала на формирање ЈУ “Агенције за мирно рјешавање радних спорова” Републике Српске. Као и у другим поступцима, тако је и поступак код ове институције бесплатан за раднике и послодавце, а могућа дужина трајања поступка ограничена је на 30 дана. Споразум о мирном рјешавању радног спора има снагу извршне исправе. Посматрајући период од оснивања (институција је почела рад средином 2010. године) па до данас, број индивидуалних радних спорова који се рјешавају посредством ове институције те број закључених споразума имају тенденцију раста. Број запримљених захтјева из године у годину је у порасту, као и број ријешених индивидуалних радних спорова споразумом радника и послодавца.

5. Комплементарност механизма и поступака у заштити права радника и приликом рјешавања радних спорова

Обраћање било којој институцији или коришћење неког од механизма заштите као услов да би био коришћен неки други механизам за запослене раднике у приватном сектору није предвиђен. То значи да радници који раде у општем режиму регулисања радног односа и без обзира на врсту уговора о раду, имају право и могућност да користе било који механизам заштите права, онај који сматрају да је најефикаснији и најбржи. Механизми и процеси заштите права могу бити и истовремено коришћени. Изузетак су запослени у јавном сектору (државни или локални службеници) који, да би активирали судски механизам заштите права (да ли у радном или управном спору), претходно морају исцрпити друге правне могућности (мислим на поступак заштите права у поступку код одбора за жалбе, као другостепеног органа).

Запослени у јавном и приватном сектору без посебних ограничења имају право да траже заштиту права и путем надлежних инспекцијских органа, те да покрену поступак заштите који је прописан Законом о мирном рјешавању радних спорова.

Посебних ограничења у погледу избора механизма за заштиту индивидуалних права нема (коришћење једног механизма заштите није ус-

лов да би се користио неки други механизам) те је тешко заузети став који механизам је најефикаснији. За било који од описаних механизма могу се наћи добре и лоше карактеристике, зато што ефикасност механизма за заштиту индивидуалних права радника у било којој држави па тако и у Републици Српској зависи од великог броја фактора – субјективне и објективне природе.

Честе су ситуације да одређене радње или докази који су коришћени, изведени или утврђени у једном поступку буду коришћени као вјеродостојни у другом. Те је, стога, висок степен интеракције између институција развијен. Често се нпр. у поступку рјешавања радних спорова код Агенције, одбора или у судском поступку, као доказна средства користе налази и утврђено чињенично стање од инспектора. Такође, с циљем утврђивања одређених чињеница, а на захтјев Агенције за мирно рјешавање радних спорова, сами инспектори врше провјере и утврђују чињенице које су од значаја за поступак и исте достављају овој институцији. Чињенице које се утврде у поступку мирног рјешавања радног спора бивају коришћене у судском поступку, а често и од стране самих инспектора.

У правном поретку Републике Српске примарна дужност инспектора за рад односи се на контролу примјене прописа. Било каква друга функција (изабрана или именована), чланство у политичким и сличним организацијама, неспојива је са обављањем послова инспектора. Инспектори осигуравају примјену закона, и од свих поменутих институција и механизма заштите права, једино инспектори имају на располагању превентивне и савјетодавне мјере. Са дужностима инспектора неспојива је и дужност миритеља и арбитра и они немају право ни могућност да буду именовани у том својству. Није логично да инспектори који на располагању имају палету мјера (од савјетованих до прекршајних) буду и лица која би закључивала споразум о мирном рјешавању индивидуалног радног спора. Оправдање за ову констатацију можемо наћи и на примјеру незаконитог отказа и сличних повреда прописа, односно ситуације када инспектор мора поништити незаконито рјешење и радника врати на рад. Било какав поступак мирног рјешавања спора који би инспектори проводили није спојив са основом улогом и надлежностима инспектора.

Сарадња између инспектора за рад или управних инспектора и миритеља и арбитра (својствено за Републику Српску) је развијена и функционише на завидном нивоу. С обзиром на улогу миритеља у поступ-

ку рјешавања радних спорова, сарадња се инспекторима манифестује се кроз размјену информација, заједничке састанке, обуке, поступања по одређеним захтјевима, вршење контрола, и слично.

Кад протекне рок у којем радник може тражити заштиту својих права у поступку код инспектора надлежних за област рада или управних инспектора, односно када већ говоримо о радном спору да ли пред Агенцијом, одбором или судом, улога инспекције рада своди се на претходно описану улогу (евентуално размјену информација, савјете, мишљење или слично). Можемо закључити да инспектори за рад и управни инспектор имају значајну улогу кад говоримо о спору у настајању, међутим кад спор настане њихова улога у поступку рјешавања индивидуалног радног спора опада.

Без обзира на механизме и могуће процесе, оно што је чињеница јесте да су доминантни судски механизми заштите права радника и рјешавања индивидуалних радних спорова, без обзира на дужину и трошкове поступка. Ову чињеницу можемо правдати традицијом и обичајима, односно чињеницом да се други механизми заштите или нису показали довољно адекватним и ефикасним или чињеницом да се ради о новим институтима у радном праву чија примјена још увијек није на адекватном нивоу, који нису задобили повјерење социјалних партнера.

Закључак

Значајнији реформски процеси у области радног законодавства, а који би били у вези са механизмима и поступцима превенције и заштите права на подручју Републике Српске, нису забиљежену у посљедњих неколико година. Позитивне тенденције започете 2000. године доношењем Закона о раду и преласком на уговорни концепт као и јачање аутономних извора права заустављени су са почетком Свјетске економске кризе (2008. године) а чије реперкусије су се осјетиле (и још увијек се осјећају) и по пословну заједницу Републике Српске. У овом периоду и социјални дијалог на ентитетским нивоима пролази кроз својеврсну кризу, међусобна сукобљавања и неразумијевања.

Синдикалне организације су у одређеној мјери своју активност усмјериле на очување достигнутог нивоа права радника, био тај

ниво прописан законом или колективним уговором. На другој страни, захтјеви послодаваца су јасни и односе се на редукцију права или обима појединих права. Због ставова поменутих страна већ неколико година Влада пролонгира значајније активности на пољу израде нових прописа из ове области. Пролонгирање активности на изради модернијих прописа (али и предузимања других реформских мјера) условљено је страхом од колективних акција радника али и процјенама носиоца политичке власти. Процјена (можда је боље рећи политичке калкулације) директно су везане и за изборне (предизборне) циклусе, који се одржавају сваке друге године (локални и републички). Трећа страна – Влада, не показује значајније активности на пољу заштите права радника и послодаваца, нити интерес да се бави питањима из области рада и запошљавања. Стога тренутно улогу извршне власти можемо одредити као неутралну или превише пасивну, с обзиром на проблеме на тржишту рада. Проблеме најбоље осликавају незапослени, радници који раде без уговора о раду (на црно), радници који раде а мјесецима (па и годинама) не примају зарађену плату, неплаћање доприноса за обавезне видове осигурања, дужина поступака и начини функционисања механизма за заштиту права, и друго.

Због оснивања и рада Агенције за мирно рјешавање радних спорова у Републици Српској, ситуација је донекле другачија. Број радних спорова који се рјешавају посредством ове институције је у порасту, број странака (радника и послодаваца) које траже помоћ код ове институције је у порасту, док пред правосудним институцијама на територији Републике Српске постоји евидентан пад броја радних спорова.

У погледу других тенденција везаних за механизме и поступке заштите повријеђених права, можемо их посматрати кроз врсту и предмет индивидуалног радног спора. У приватном сектору у ранијем периоду предмет спора најчешће се тичао погрешно обрачунате плате, исплате умањење плате, закључивања уговора о раду због измијењених услова рада, погрешно утврђених износа отпремнине и других накнада (превоз, јубиларна награда) и слично. Данас у приватном сектору, предмет индивидуалних спора је промијењен и односи се на неисплату плате (кашњења), неостваривање права на накнаде (све врсте), отказе због економских или организационих разлога, измјене уговора о раду (рад с непуним радним временом, измјена других услова рада), уплата доприноса за обавезне видове осигурања. Када је у питању јавни сектор, предмет спора се и даље најчешће тиче повреде права учесника јавног кон-

курса (непотизам и везе приликом запошљавања), оцјењивања, повреда правила дисциплинског поступка у којој је утврђивана одговорност службеника због повреде радне дужности (лакше или теже) те спорова у вези са мобингом.

Исто тако, неопходно је напоменути да у посљедње вријеме (период у посљедње двије године) примјетан је значајан број спорова у јавном сектору (посебно сектору здравства, образовања, правосуђа) који се односи на уплату доприноса, немогућности остваривања права на старосну пензију, исплату регреса, јубиларних награда, трошкова превоза, и других накнада.

Полазећи од наведеног, лако је закључити да ће се власти у Републици Српској у наредном периоду наћи пред великим изазовом. Ионако лоша економско-социјална ситуација ће се додатно погоршати. Очекивати је даље економски пад и смањење броја запослених на једној страни, а на другој повећање броја радника у неформалној економији. Због недостатка адекватних политика и активних мјера (економских, социјалних, развојних) политичког не/слагања, недостатка инвестиција и страних улагања, капитала, нових радних мјеста и запошљавања, проблеми на тржишту рада још више ће се усложнити. Овоме свакако морамо придружити и директне захтјеве ММФ-а, у погледу израде нових закона о раду, с којим је Босни и Херцеговина у директном ангажману и чији буџети зависи од финансијских трансита (кредитних средстава) ове институције. Захтјеви ММФ-а усмјерени су на редукцију и укидање појединих права радника, смањење обима права, продужење рада на одређено вријеме, лакше отпуштање радника с рада, смањење или укидање права на отказни рок, отпремнину, и слично. Захтјеви за флексибилизацијом и дерегулацијом правдају се тезом да ће се на овај начин привући инвеститори, да ће доћи до отварања нових радних мјеста и новог запошљавања, до повећања плата радника, бољих услова рада и саме заштите на раду, бољег пословног амбијента, односно доћи ће до економског опоравка и развоја земље те општег благостања грађана. Без одговора остаје питање: Како флексибилизација или дерегулација тржишта рада и евентуално лизинг радне снаге кроз оснивање посебних агенција може допринијети сигурности на раду и радних мјеста уопште? Међутим, захтјеви за флексибилизацијом и дерегулацијом тржишта рада и радног законодавства на једној страни, односно синдикалне активности на другој страни (које ће бити нужне с циљем очувања постојећих права или постојећег нивоа права радника), само ће проузроковати даљи пад свих економско-социјалних показатеља у Републици Српској.

Према томе, због одређених захтјева кредитора, лоших услова пословања и привредног амбијента, недостатка инвестиција, оптерећености послодаваца високим фискалним и парафискалним наметима, кредитима и слично, односно због повреде прописаних права запослених (неисплата плата и накнада, откази, неуплата доприноса, итд.) очекивати је повећање броја индивидуалних радних спорова (правног и интересног карактера). На другој страни, институције односно механизми и процеси за рјешавање индивидуалних радних спорова ће се наћи у тешкој ситуацији, узрокованој ограниченим буџетским средствима и начином расподјеле истих (извршењима буџета).

Conclusion

Significant reform processes in the field of labor law, which would be related to the mechanisms and procedures for prevention and protection of the rights in Republic of Srpska, haven't been found in the last few years. The positive trends, started in 2000 with the passing of the Law on Labour and the transition to a contractual concept as well as the strengthening of autonomous sources of law, were stopped with the global financial crisis (2008) and whose effects are still present in the Republic of Srpska business community. Also, in this period, the social dialogue on the entity level goes through a kind of crisis, mutual conflicts and misunderstandings.

Trade union organizations, to a certain extent, have focused their activities on the preservation of the achieved level of workers' rights, regardless whether they are prescribed by law or collective agreement. On the other hand, the requirements of employers are clear and refer to the reduction of the rights or the scope of individual rights. Because of mentioned attitudes of the parties, for several years the government has been postponing major activities in the field of drafting new legislation in this area, especially the Labour Law and update of the same. A continuation of activities on the development of modern regulations (as well as taking other reform measures) is conditioned by the fear of the collective action of workers but also estimation of the holder of political power. Estimates (perhaps one should say the political calculations) are directly related to the election (pre-election) cycle, which are held every two years (local and republican). Third party - the Government, has not shown significant activities in the field of protection of the rights of workers and employers. Therefore, the current role of executive authority can

be defined as neutral or too passive, given the problems in the labor market in the Republic of Srpska.

Problems are best reflected in the unemployment, workers who work without a contract (unregistered work), workers who work and for months (or even years) do not receive earned salaries, non-payment of contributions for compulsory forms of insurance, length of procedures and ways of functioning mechanisms for the protection of rights, workers seeking to leave Bosnia and Herzegovina (eg, Tuzla Canton), and more.

Due to the establishment and work of the Agency for the Peaceful Settlement of Labor Disputes in the Republic of Srpska, the situation is somewhat different. The number of labor disputes to be resolved through this institution is increasing, the number of parties (workers and employers) who seek help at this institutions is increasing, while there is an evident decrease in the number of labor disputes before the judicial institutions in the territory of the Republic of Srpska.

In terms of other tendencies related to labor disputes we can analyze them in a certain way through the nature and objects of disputes. In the private sector, the subject of the dispute has previously most often been concerned with erroneously calculated salaries, payment of reduced salaries, conclusion of the employment contract due to changed working conditions, incorrectly determined amount of severance and other charges (transport, jubilee awards) and the like. Today, in the private sector, subject of individual disputes has changed and refers to the failure to pay salaries (delay), non-realization of the right to compensation (all kinds), dismissals for economic or organizational reasons, changes to the contract of employment, the payment of contributions for compulsory forms of insurance.

When it comes to the public sector, the most often subjects of the dispute are infringement of rights of public competition (nepotism and ties in employment procedure), performance assessment, breach of rules of disciplinary proceedings and disputes connected with mobbing.

Also, it is worth noting that lately (the period of the last two years) there has been a significant number of disputes in the public sector (especially the health sector) relating to the payment of contributions, and the impossibility of exercising the right to retire. When it comes to disputes related to mobbing, it is possible to distinguish public and private sectors. Jurisprudence and processes against other institutions related to the public sector recorded cases in which the subject matter is mobbing. Unlike the public sector, private sector disputes regarding mobbing usually represent additional request to the main

claim. However, the number of disputes regarding mobbing in the public and private sectors is extremely small.

Moving from the above, it is easy to conclude that the authorities of Republic of Srpska in the coming period will find themselves in a great challenge. The already poor economic and social situation will deteriorate further. We expect even larger economic decline and reducing of the number of employees on the one hand, and on the other, increase of the number of workers in the informal economy. Due to the lack of adequate policies and active measures on all levels (economic, social, development policies), political dis/agreement, lack of investment and foreign investment, capital, jobs and employment problems in the labor market will be even more complicated. We certainly need to link with this the direct request of the IMF regarding the development of new labor legislation, with which Bosnia and Herzegovina is in direct relations and whose budget depends on its tranches. Requirements of the International Monetary Fund are focused on the reduction and elimination of certain workers' rights, reducing the scope of rights, the extension of temporary work, the easier firing of workers, reduction or elimination of the rights of the notice period, severance pay, and the like. The requirements for flexibility and deregulation are justified with the thesis, in this way, will attract investors to come and that with the opening of new jobs and new employment, there will be an increase in workers' salaries, better working conditions, in other words there will be economic recovery which will generate better welfare for the citizens. The answer to the question remains: How flexibilization or deregulation of the labor market and possibly leasing of workforce through the establishment of special agencies can contribute to safety of jobs at all? However, the requirements for flexibility and deregulation of the labor market and labor legislation on the one hand, or union activity on the other side (which will be necessary in order to preserve existing rights or existing level of workers' rights), will cause a further decline in all economic and social indicators in Bosnia and Herzegovina.

Therefore, due to certain requirements, poor business conditions and the economic environment, lack of investments, high fiscal burden for employers and para-fiscal taxes, loans and the like, or due to the violation of the rights of employees (non-payment of salaries and benefits, layoffs, etc.) there can be an increase of the number of individual labor disputes (of legal and interest character). On the other hand, institutions or mechanisms and processes for resolving individual labor disputes will be in a difficult situation, caused by limited budgetary resources and allocation of those (budget execution).

УТИЦАЈ МЕРИТ СИСТЕМА НА РАДНОПРАВНИ ПОЛОЖАЈ ДРЖАВНИХ СЛУЖБЕНИКА У СВЕТЛУ СЛУЖБЕНИЧКЕ ПОЛИТИКЕ У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ

Александар Антић*

Апстракт: Мерит систем у службеничку политику Републике Србије уведен је 2006. године. Примена овог система при спровођењу службеничке политике у државним органима Републике Србије за последицу треба да има изградњу професионалног, деполитизованог, економичног и ефикасног службеничког система што у највећој мери утиче на радноправни положај државних службеника. Службеничка политика и радноправни положај државних службеника су тесно и нераскидиво повезани, зато што она обухвата, између осталих активности, и пријем, распоређивање, напредовање и стварање услова за рад државних службеника. Аутор у раду одређује службеничку политику у Републици Србији на основу позитивноправних прописа. Потом обрађује настанак, појам и ограничења од примене мерит система, као и систем поделе плена који је претходио мерит систему у Сједињеним Америчким Државама. Такође, у раду је приказан правни оквир неопходан за примену мерит система, као и постојеће стање везано за његову имплементацију у службеничкој политици државних органа Републике Србије. Уз поједине примере из правних система других земаља, као и с обзиром на постојеће стање у вези са применом овог система у службеничкој политици државних органа Републике Србије, врши се одређење места и улоге мерит система у Републици Србији.

Кључне речи: мерит систем, службеничка политика, службенички систем, систем поделе плена, радноправни положај државних службеника.

* Сарадник у настави и докторанд на Правном факултету Универзитета у Крагујевцу

Уводна разматрања

Проблем управљања државним службеницима у државним органима Републике Србије, оличен у активностима које чине службеничку политику, закупа општу и стручну јавност, пре свега због утицаја структуре и квалитета државних службеника на трошкове рада државних органа, њихову ефикасност, ефективност, задовољство грађана њиховим радом и на крају и на радноправни положај државних службеника.

Методи и начела на којима се заснива службеничка политика изашли су из субјективне сфере руководиоца државних органа. Они више нису субјективни, услед тога што се показало да не доприносе остварењу њихових циљева.

Ако као циљ државног органа одредимо задовољење општег интереса у друштву кроз механизам вршења власти и пружање услуга (у новије време), активности везане за спровођење службеничке политике које се предузимају на основу субјективних метода и начела не дају одговарајуће резултате. Оне не доводе до задовољења општих интереса и до задовољавајућег квалитета услуга које пружају државни органи грађанима и осталим правним субјектима.

Услед тога што су људи несавршени и склони нерационалном понашању, решење везано за остваривање циља државних органа преко службеничке политике састоји се у примени објективних метода и начела приликом предузимања активности, из којих се она састоји. У Републици Србији правне претпоставке за увођење мерит система створене су доношењем Закона о државним службеницима.¹

1. Појам службеничке политике у Републици Србији

Службеничка политика у државним органима Републике Србије састоји се у предузимању бројних активности усмерених на управљање државним службеницима. Државни службеници су „органи државе и извршне власти”.² Они врше службу држави, а она значи „подређење извесној вољи у овом случају вољи извршне власти”.³

¹ Закон о државним службеницима, “Сл. гласник РС”, бр. 79/2005... 99/2014.

² Р. Ђермановић, *Одбрана Алфреда Шпица*, Планета, Београд, 1935, стр. 59.

³ Ibid, стр. 58.

У члану 2 Закона о државним службеницима Републике Србије наводи се да је државни службеник лице које је запослено у државним органима и чије се радно место састоји од послова из делокруга државних органа или с њима повезаних општих правних, информатичких, материјално-финансијских, рачуноводствених и административних послова.

Системска делатност око попуњавања радних места у државним органима службеницима и стварање одговарајућих услова рада за њих са двоструким циљем постизања максималне ефикасности организације оптималног развоја и личног задовољења људи који раде у њој, називамо кадровском политиком.⁴ Кадровска политика је системска делатност која се састоји од мноштва активности, метода и начела којима се утврђују основи за планирање, пријем, распоред и развој кадрова у организацији.⁵ “Богатство земље овиси о нивоу развоја кадрова, што се најбоље очитује у развијеним земљама.”⁶

У складу са претходно наведеним и сходно Закону о државним службеницима, Закону о платама државних службеника⁷, Уредби о оцењивању државних службеника⁸ и Уредби о разврставању радних места и мерилима за опис радних места државних службеника⁹, сматрамо да се службеничка политика у државним органима Републике Србије састоји од следећих активности: пријема државних службеника; оцењивања и напредовања државних службеника; распоређивања државних службеника; образовања, стручног оспособљавања и усавршавања државних службеника и стварања одговарајућих услова за њихов рад.

Службеничка политика састоји се од претходно наведених активности у државним органима, али и у начелима и методима на основу којих се оне предузимају. Услед тога што се службеничка политика састоји од мноштва радњи, метода и начела, свака подела активности које је чине условна је и неуниверзална.

Сматрамо да је службеничка политика ужи појам од кадровске политике. Она обухвата активности везане за управљање државним служ-

⁴ Е. Пусић, *Наука о управи*, Школска књига, Загреб, 2002, 198.

⁵ Д. Кавран, С. Ђамиловић, *Систем праћења и развоја кадрова*, Привредна штампа, Београд, 1981, стр. 3.

⁶ Ј. Брекић, *Увод у кадровологију – науку о кадровима*, Светозар Марковић, Београд, 1983, 57.

⁷ Закон о платама државних службеника и намештеника, “Сл. гласник РС”, бр. 62/2006... 99/2014.

⁸ Уредба о оцењивању државних службеника, “Сл. гласник РС”, бр. 11/2006, 109/2009.

⁹ Уредба о разврставању радних места и мерилима за опис радних места државних службеника, “Сл. гласник РС”, бр. 117/2005... 84/2014.

беницима у државним органима, за разлику од кадровске политике која подразумева активности које се предузимају ради управљања свим кадровима у било којој организацији.

2. Настанак, појам и ограничења у примени мерит система

Мерит систем (енг. *merit system* – систем вредности) настао је у Сједињеним Америчким Државама. Пре мерит система, службенички систем Сједињених Америчких Држава заснивао се на систему поделе плена (*spoils system*). Овај службенички систем почивао је на субјективним методима и начелима при предузимању активности везаних за пријем, напредовање и награђивање државних службеника, тј. на непотизму, партократији, полтронству и осталим негативним појавама.¹⁰

Политичка странка из чијих би редова био председник Сједињених Америчких Држава попуњавала је места у државним органима, на федералном, републичком и општинском нивоу. “Најчешће, оданост политичкој партији, приказана кроз служење њој и њеним вођама, била је главни критеријум за обезбеђивање службе у државним органима.”¹¹ Мандат државних службеника трајао је док је трајао и мандат председника. Радна места у државној служби сматрана су “пленом” који се дели између припадника партије која је победила на изборима, а нови председник је био тај који је делио “плен” између својих сарадника, с обзиром на то да је победничка партија добијала све послове у државној администрацији.¹² Такође, државни службеници били су лаици јер се сматрало да за обављање посла у државној служби нису потребна нека посебна знања.

Систем поделе плена почео је око 1840. године, за време владавине председника Ендрјуа Џексона (*Andrew Jackson*). Овај систем са одређеним изменама трајао је све до краја XIX века, када је постало јасно да растући државни апарат треба професионализовати и учинити ефикаснијим и економичнијим. Са повећањем активности федерал-

¹⁰ E. Wheeler, *The Rise and Progress of the Merit System*, Political Science Quarterly, Vol. 34, No. 3, The Academy of Political Science, New York, 1919, стр. 486–489.

¹¹ A. Ruhil, P. Camoes, *What Lies beneath: The Political Roots of State Merit Systems*, Journal of Public Administration Research and Theory, Vol. 13, no. 1, Public Management Research Association, Oxford, 2003, стр. 28.

¹² З. Јовановић, *Нови јавни менаџмент и реформа државне управе у Србији*, докторска дисертација, Универзитет у Крагујевцу, Правни факултет, Крагујевац, 2012, стр. 120.

не Владе након грађанског рата, порасли су и трошкови њеног рада, због чега је растао притисак на политичаре да учине рад јавног сектора ефикаснијим и економичнијим.¹³ Такође, на увођење мерит система утицале су и промењене друштвене и економске околности. Због тога се већ шездесетих и седамдесетих година XIX века почела развијати администрација заснована на систему “вредности”, при чему је овај систем 1883. године уобличен у форму закона (тзв. Пендлетонов закон – *Pendleton Act*) који је остао на снази све до реформског закона из 1978. године (*Civil Service Reform Act* из 1978).¹⁴

Систем службеничке политике заснован на објективним начелима и методима везаним за активности на основу којих се спроводи службеничка политика, од тог времена у Сједињеним Америчким Државама назива се мерит систем. Овај систем у Сједињеним Америчким Државама и даље се примењује, наравно уз измене у складу са напретком друштва, технологије и знања.¹⁵

Активности везане за службеничку политику предузимане са субјективног становишта руководиоца, временом стварају све већи број проблема у вези са функционисањем државних органа и државе. То за последицу има онемогућавање напретка и развоја државе и друштва, јер „службенички радни однос заснива се поводом вршења власти и због тога има много већи значај за друштво у целини”¹⁶.

Коришћење овог система приликом спровођења службеничке политике за своју последицу треба да има избор најбоље особе за конкретно радно место, која ће омогућити најбољи квалитет услуга јавности.¹⁷

Мерит систем треба да елиминише спровођење службеничке политике на основу страначке припадности, порекла, вероисповести, непотизма и других сличних метода који су засновани на субјективности. Елиминисање службеничке политике вођене на овај начин неопходно је услед тога што се руководиоци у јавном сектору данас суочавају

¹³ R. Jonson, *Federal Civil Service System and The Problem of Bureaucracy*, University of Chicago Press, Chicago, 1994, стр. 37.

¹⁴ З. Јовановић, *op. cit.*, стр. 122.

¹⁵ <http://www.u-s-history.com/pages/h965.html>, приступљено 4.6.2015. год.

¹⁶ Р. Брковић, Б. Урдаревић, *Нови службенички систем Србије*, у: Радни однос државних службеника, (ур. Р. Брковић), Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Бања Врујци, 2006, стр. 22.

¹⁷ W. McCourt, *Public Appointments: From Patronage to Merit*, Human Resources in Development Working Paper no. 9 Institute for Development Policy and Management University of Manchester, Manchester, 2000, стр. 5.

са потребом за постојањем професионалног службеничког апарата, као услова за повећањем продуктивности јавних организација којима руководе.¹⁸

Циљ мерит система јесте изградња професионалне, одговорне, способне и квалитетне јавне управе, која ће повећати задовољство грађана и омогућити ефикасније и економичније функционисање државе. Функције које врше државни службеници морају служити „за постизање широког јавног интереса и не би требало да служе уским страначким интересима”¹⁹.

Циљеви, методи и начела мерит система, установљени у Сједињеним Америчким Државама, постали су циљеви, методи и начела мерит система у свим осталим државама које су прихватиле овај систем за вођење службеничке политике. У *Civil Service Reform Act* из 1978. год. наводи се да ради “обезбеђивања грађанима Сједињених Америчких Држава способне, искрене и продуктивне радне снаге у јавном сектору... и ради побољшања квалитета јавних услуга, федерално управљање кадровима треба да буде засновано у складу са принципима мерит система.”²⁰

Сходно томе, сматрамо да је мерит систем, систем састављен од објективних метода и начела на основу којих се спроводе активности службеничке политике – примање, распоређивање, напредовање и стручно усавршавање државних службеника, као и стварање одговарајућих услова у државном органу неопходних за њихов рад.

Мерит систем има неколико ограничења која се односе на његову примену на кадрове у јавном сектору. Овај систем се не примењује на политички слој у управним организацијама. Он се такође не примењује ни на пратеће и помоћне раднике – намештенике.²¹

Неопходно је да у управним организацијама постоји један део политички изабраних лица која треба да ускладе рад управне организације са тренутном политиком владе.²² Због тога се овај систем не примењује на политички изабрана лица у државним органима.

¹⁸ J. E. Lane, *The public sector – Concepts, Models and Approaches*, SAGE, London – Thousand Oaks – New Delhi, 2000, стр. 179.

¹⁹ З. Јовановић, Д. Јанковић, *Права и дужности државних службеника у Републици Србији*, у: Зборник радова Правног факултета у Нишу, (ур. М. Петровић), Правни факултет у Нишу, Ниш, 2010, стр. 219.

²⁰ <http://www.opm.gov/policy-data-oversight/performance-management/reference-materials/more-topics/merit-system-principles-and-performance-management/>, приступљено 04.06.2015. године.

²¹ М. Влатковић, Р. Брковић, Б. Урдаревић, *Службеничко право*, Досије, Београд, 2013, стр. 109–110.

²² Ibid, стр. 110.

Рад који намештеници обављају није повезан за вршењем власти, нити са општим интересом друштва и државе, у мери у којој је то случај са државним службеницима. За обављање њиховог посла пресудна су нека техничка знања и вештине. Такође, наводи се и “да би цена поступка провере при пријему на послове била далеко већа него што та групација запослених може извршити или вршити утицај на рад и усмерење службе”²³.

Још једно од ограничења везано је и за такозвани „систем квота”. Многе државе, укључујући Сједињене Америчке Државе, Кипар и Малезију, користе систем квота како би обезбедили одређени број радних места у јавном сектору за припаднике угрожених група у земљама које овај систем примењују, као што су жене и националне мањине.²⁴ Припадници угрожених група због лошијег положаја у друштву у односу на већинско становништво, кроз систем квота добијају олакшани приступ пословима у државним органима. Квотни систем представља позитивну дискриминацију припадника ових група, која треба да омогући њихову заштиту и олакшану интеграцију у друштво.

3. Мерит систем у службеничком систему Републике Србије

Законом о државним службеницима 2006. године уведена су начела и методи на којима почива мерит систем. Правила која се примењују при пријему државних службеника на основу Закона о државним службеницима прописана су “на начин који је у интересу државних органа, државних службеника и друштва у целини. У основи, такав приступ негује се у свим савременим друштвима.”²⁵

Законом о државним службеницима Републике Србије, попуњавање слободних радних места пре оглашавања интерног или јавног конкурса врши се премештајем у оквиру истог државног органа. Ако се упражњено радно место не може поунити премештајем, онда се прелази на могућност преузимања државног службеника из другог државног органа. Тек уколико се упражњено радно место не може поунити ни премештајем ни преузимањем, расписује се интерни конкурс. Ако ин-

²³ Ibid.

²⁴ (Турска национална мањина на Кипру и припадници урођеничких заједница у Малезији, на пример), W. McCourt, op. cit., стр. 5.

²⁵ Ж. Кулић, *Службеничко право*, Мегатренд Универзитет Београд, Београд, 2009, стр. 117.

терни конкурс није спроведен или је неуспешан, спроводи се јавни конкурс ради попуњавања слободног радног места.²⁶

Претходно наведен редослед начина за пријем државних службеника наводи нас на закључак да је законодавац прописивањем овог редоследа желео да примање новог радника у радни однос у државним органима буде изузетак.

Органи државне управе су “особита врста државних органа образована за вршење управе, односно управне функције или управне делатности, као своје основне и редовне делатности”²⁷. Монопол физичке принуде којим располаже држава најочигледније се манифестује у раду ових органа. Такође, несумњив је и значај активности осталих државних органа по функционисање друштва и државе. Како би њихове активности представљале што мањи терет по буџет, неопходно је да њихов рад буде што економичнији. Редослед начина за пријем државних службеника прописан у Закону о државним службеницима треба да допринесе економичности рада државних органа.

Уколико се пријем нових државних службеника у државним органима врши преко јавног конкурса, саставља се списак кандидата који су испунили услове за пријем у радни однос у државни орган. “За конкурс се сматра да је најмање неприкладан начин за избор.”²⁸ На основу списка кандидата конкурсна комисија спроводи изборни поступак међу кандидатима са листе оцењивањем стручне оспособљености, знања и вештина, након чега се утврђује предлог кандидата према мерилима прописаним за избор. Изборни поступак може да се спроведе у више делова, писменом провером, усменим разговором или на други одговарајући начин. Кандидате који су са најбољим резултатом испунили мерила прописана за избор конкурсна комисија ће уврстити на листу за избор, након чега је доставља руководиоцу. Руководилац је дужан да изабере кандидата са листе за избор ради пријема у радни однос у конкретни државни орган.²⁹

Применом конкурсног система бирају се и државни службеници у Републици Француској, при чему овај систем има различите модалитете.³⁰ Запошљавање државних службеника и у осталим земљама Европске

²⁶ Члан 49 Закона о државним службеницима, “Сл. гласник РС”, бр. 79/2005... 99/2014.

²⁷ Н. Бачанин, *Управно право – Књига 1 – Уводна и организациона питања*, Правни факултет у Крагујевцу, Крагујевац, 2011, стр. 117.

²⁸ Г. Бребан, *Административно право Француске*, ЈП Службени лист СРЈ – СИД Подгорица, Београд – Подгорица, 2002, стр. 302.

²⁹ Закон о државним службеницима, “Сл. гласник РС”, бр. 79/2005... 99/2014, чл. 54–57.

³⁰ Г. Бребан, *op. cit.*, 303–307.

уније врши се уз примену система конкурса, при чему службеници националних администрација могу конкурисати на радна места у управама других земаља чланица Европске уније, уз извесне изузетке.³¹

Приликом пријема државних службеника преко конкурса посебно треба обратити пажњу на састав конкурсне комисије. Неопходно је мењати конкурсну комисију, јер понављање питања, начин постављања питања и оцењивања доводи до понављања једног постојећег модела државних службеника које бира конкурсна комисија

Ови начини избора државних службеника засновани на методима и начелима мерит система треба да омогуће њихову ефикасност и професионализацију. Квалитетни државни службеници неопходни су данашњим државама, јер држава чију су они главни репрезенти “пружа услуге и обезбеђује добра која су од општег интереса за нацију или заједницу”³².

Један од елемената мерит система примењеног у службеничком систему Републике Србије представља и оцењивање рада државних службеника у органима државне управе на основу објективних мерила везаних за њихов рад.³³

Оцењивање рада државних службеника у службеничком систему државних органа Републике Србије врши се на основу објективних мерила, при чему се вреднују резултати постигнути у извршавању послова радног места и постављених циљева, самосталност, стваралачка способност, предузимљивост, прецизност и савесност, сарадња са другим државним службеницима и остале способности које захтева радно место. Државни службеник се оцењује једном годишње, с тим што се резултати постигнути у извршавању послова радног места и постављених циљева вреднују квартално. Оцењивање врши руководилац решењем.³⁴

³¹ Изузеци се односе на послове у државним органима везаним за безбедност земље, спољне послове и слично. – Љ. Данпевић – Марковић, *Европски стандарди у раду Полиције*, докторска дисертација, Универзитет у Београду, Правни факултет, Београд, 2008, стр. 70.

³² Ж. Е. Лејн, *Државно управљање*, ЈП Службени гласник, Београд, 2012, стр. 16.

³³ Стратегија реформе јавне управе као један од циљева чије остварење треба да доведе до реформе јавне управе, наводи и успостављање усклађеног јавно-службеничког система заснованог на заслугама и унапређење управљања људским ресурсима, Стратегија реформе јавне управе. “Сл. гласник”, бр. 9/2014 и 42/2014 – испр.

³⁴ За период од 2012. до 2013. године поднето је 130 жалби Жалбеној комисији Владе на решења о оцењивању. Број поднетих жалби за период од 2013. године до 2014. године незнатно се смањило и износи 112 жалби. У надлежности ове комисије налази се око 70.000 државних службеника. – Извештај о раду жалбене комисије Владе за период од 1.9.2012 до 31.8.2013. године и Извештај о раду жалбене комисије Владе за период од 1.9.2013 до 31.8.2014. године, преузето са: http://suk.gov.rs/rs_latino_nama/izvestaj-o-radu.dot, приступљено: 29.5.2015. године.

Уколико је рад државних службеника добро оцењен, за последицу има напредовање државног службеника на непосредно више извршилачко радно место или до постављења на положај или виши положај, у истом или другом државном органу.³⁵ Државни службеник може да напредује и преласком у виши платни разред.³⁶

Ради обезбеђивања квалитетног, стручног и професионализованог службеничког кадра у оквиру нашег службеничког система предвиђено је и усавршавање државних службеника у државним органима. Циљ стручног усавршавања државних службеника јесте стицање знања и вештина односно способности неопходних за извршавање послова радног места у складу са потребама државног органа.³⁷

Објективност метода и начела на којима почивају активности службеничке политике у Републици Србији, додатно је појачана и начинима и начелима на којима почива разврставање радних места државних службеника. Радна места државних службеника разврстана су на положајна и извршилачка радна места. Положајна се разврставају у групе, а извршилачка у звања. Ово разврставање врши се на основу објективних мерила: сложености посла, самосталности у раду, обима одговорности и овлашћења, пословне комуникације и компетентности државних службеника.³⁸

4. Досадашња искуства у вези са применом мерит система у службеничком систему Републике Србије

Иако је мерит систем у правни поредак Републике Србије уведен 2006. године, још увек има доста простора за усклађивање службеничке политике са овим системом, због тога што он није у потпуности примењен.

Примање, распоређивање, напредовање и стручно усавршавање државних службеника у органима државне управе Републике Србије,

³⁵ Члан 82–84 Закона о државним службеницима, “Сл. гласник РС”, бр. 79/2005...99/2014, и Члан 2–17. Уредбе о оцењивању државних службеника, “Сл. гласник РС”, бр. 11/2006, 109/2009.

³⁶ Члан 87–89 Закона о државним службеницима, “Сл. гласник РС”, бр. 79/2005...99/2014 и члан 13–16. Закона о платама државних службеника, “Сл. гласник РС”, бр. 62/2006...99/2014.

³⁷ Члан 96–97а Закона о државним службеницима, “Сл. гласник РС”, бр. 79/2005...99/2014 и Стратегија стручног усавршавања државних службеника у Републици Србији, “Сл. гласник РС”, бр. 56/2011 и 51/2013.

³⁸ Члан 2–9 Уредбе о разврставању радних места и мерилима за опис радних места државних службеника, “Сл. гласник РС”, бр. 117/2005... 84/2014.

требало би да се врши на основу начела и мерила својствених мерит систему који почивају на објективности. Међутим, у пракси већине органа ситуација често није таква.³⁹

Несумњиво је да је примена мерит система у оквиру службеничке политике у државним органима поправила затечено стање везано за квалитет и структуру државних службеника у њима.

Ситуација везана за државне службенике пре доношења Закона о државним службеницима није била задовољавајућа. Године међународних санкција, изолације, лоше економске ситуације, ратних сукоба и деградирања свих друштвених вредности и моралних норми оставиле су негативне последице на државне службенике. Без довољно стручних, искусних, младих и образованих државних службеника као и без државних службеника мотивисаних за рад у државној управи дошло је до пада њиховог угледа у друштву, што није последица само недовољног квалитета услуга, већ и ширења негативне слике о управи као паразитском делу друштва који не ствара, већ само троши национални доходак.⁴⁰

Део државних службеника понашао се на начин који није достојан државне службе. „Били су у стању да учине многе нечасне радње како би се задржали на своме ‘положају’, при чему су најчешће водили рачуна да задовоље укус и вољу моћника, који су их довели на такав ‘пиједестал власти’”.⁴¹ Наравно, и тада је велики број државних службеника својим радом и понашањем чувао част професије.

Од доношења Закона о државним службеницима стање је знатно побољшано. Схватање о вршењу државне службе као обавезе према грађанима и у општем интересу, усађено је у службенички систем и свест државних службеника. Државни службеници у органима државне управе у односу на ранији период знатно су професионалнији, стручнији и квалитетнији, при чему је то последица доношења Закона о државним службеницима, који је увео службенички систем заснован на принципима деполитизације, професионализације и моделу напредовања и награђивања у складу са мерит системом.⁴²

³⁹ Види више: Пресуда ВСС бр. У.6516/07 од 29.1.2009. године и Пресуда ВСС У.1688/08 од 12.6.2008. године, Пресуда Управног суда РС – одељење у Крагујевцу бр. И-2 У 18656/10, Пресуда Управног суда РС бр. 9 У 18487/10.

⁴⁰ Стратегија реформе државне управе у Републици Србији 2004, <http://www.prsp.rs> приступљено 4.6.2015. год.

⁴¹ Б. Марковић, *Наука о управљању*, Правни факултет у Крагујевцу, Крагујевац, 2003, стр. 127.

⁴² Стратегија реформе јавне управе, “Сл. гласник”, бр. 9/2014 и 42/2014 – испр.

Неодговарајући рад државног службеника, његова нестручност и несавесност, доводе до престанка радног односа у бројним ситуацијама.⁴³ Државни органи, односно држава као послодавац државних службеника, води рачуна да на „упражњеним радним местима запосли лица за која сматра да ће конкретан посао обављати квалитетније, управо због поседовања додатних знања и вештина”⁴⁴.

Међутим, ни данас службенички систем није у потпуности реформисан и усклађен са мерит системом. Упошљавање државних службеника и даље се често врши на основу политичке припадности, порекла, познанстава и других метода који нису у складу са мерит системом. Ова ситуација посебно се погоршала након појаве светске економске кризе 2008. године. Опадање привредне производње као и гашење многих привредних друштава оставило је без посла велики број људи, те се услед тога појачао притисак за запошљавањем нових државних службеника у органима државне управе.

Ново запошљавање у јавном сектору покушано је да се спречи доношењем Уредбе о поступку за прибављање сагласности за ново запошљавање и додатно радно ангажовање код корисника јавних средстава⁴⁵. Међутим, ситуација није значајно поправљена, при чему је неизвесна уставност претходно наведене уредбе, услед тога што се поставља питање да ли је она у супротности са правом на рад које је одређено Уставом Републике Србије.⁴⁶

Нажалост, ситуација је слична и у осталим балканским земљама. У Федерацији Босне и Херцеговине и Републици Хрватској службеничка политика у државним органима, на основу Закона о државној служби у институцијама Босне и Херцеговине⁴⁷ и Закона о државним службеницима Републике Хрватске⁴⁸ треба да се спроводи на основу начела и метода мерит система. Међутим, ситуација у пракси већине органа и даље није усклађена са претходно наведеним законима. Јавна управа је исполитизована, непрофесионална, неефикасна и неекономична. За то је у великој мери крива службеничка политика, коју карактерише партократија и не-

⁴³ Види више: Пресуда Управног суда, бр. 9 У. 18487/10, од 30.8.2011.

⁴⁴ Одлука УС, бр. – УЖ-3152/2010, од 24.07.2013, “Сл. гласник”, бр. 64/2013.

⁴⁵ Уредба о поступку за прибављање сагласности за ново запошљавање и додатно радно ангажовање код корисника јавних средстава, „Сл. гласник РС”, бр. 113/2013 и 21/2014.

⁴⁶ Члан 60 Устава Републике Србије, „Сл. гласник РС”, бр. 98/2006.

⁴⁷ Закон о државној служби у институцијама Босне и Херцеговине “Службени гласник БиХ”, бр. 19/02...4 0/12

⁴⁸ Закон о државним службеницима, „Народне новине”, бр. 92/05... 38/13.

потизам. Ситуација је посебно лоша у Федерацији Босне и Херцеговине.⁴⁹

Закључак

Службеничка политика у органима државне управе обухвата велики број активности чије предузимање треба да омогући остварење циља државних органа, а који се састоји у задовољењу јавног интереса. Уједно, она у највећој мери утиче и на радноправни положај државних службеника. Активности везане за спровођење службеничке политике треба да се предузимају на основу објективних метода и начела која су повезане са мерит системом, а не на основу непотизма, политичке припадности, неадекватне слободне процене руководиоца, полтронства, бројних криминалних радњи и осталих метода који карактеришу искривљени систем вредности и економски неразвијене државе.

Мерит систем у Републици Србији уведен је 2006. године доношењем Закона о државним службеницима. На основу овог закона донети су остали закони и подзаконски акти који га регулишу. Осим тога, донети су и бројни стратегијски документи од стране владе којима се констатује постојеће стање у службеничком систему и предлажу мере за његово унапређење.

Постојеће стање у службеничком систему Републике Србије може се поправити само пуном применом мерит система и потпуном променом свести грађана и државних службеника о државној служби као обавези служења јавном интересу, а не привилегији. То би довело до рада државних службеника који би био професионалан, економичан и ефикасан, као и до повећање поверења и угледа код грађана, што би побољшало и њихов радноправни положај.

Ситуација би се знатно побољшала и исплатом награда оним државним службеницима који постижу изванредне резултате у раду.

Посебно бисмо нагласили да је неопходна примена одговарајућих објективнијих метода при предузимању активности у државним органима, везаних за примање нових државних службеника. При овоме мисли-

⁴⁹ Т. Бегич, *Позив на одговорну и професионалну службу у Босни и Херцеговини*, Фонд за отворено друштво БиХ, Сарајево 2007, стр. 11–16, и Г. Марчетић, Е. Муса, *Еутеризација службеничког права – Усклађивање хрватског законодавства са еуропским стандардима*, Зборник радова Правног факултета у Сплиту, бр. 3/2013, стр. 737–746.

мо пре свега на тестирање нових државних службеника путем писаних тестова и усменог интервјуа, при чему помоћу ових тестова треба да се проверавају стручна знања која су неопходна кандидату за обављање послова на радном месту за које конкурише. Циљ наведених тестова треба да буде објективна провера стечених практичних и теоретских знања. Запошљавања нових државних службеника треба вршити предузимањем ових активности, при чему ће бити примљен онај кандидат који је најквалификованији за наведено радно место. Притом, његово формално образовање мора одговарати теоретским и практичним знањима неопходним за вршење послова повезаних са конкретним радним местом у органу државне управе.

Треба укинути праксу по којој се при пријему нових државних службеника проверава само испуњеност услова везаних за одговарајући степен образовања подношењем одговарајућих доказа (диплома и уверења), при чему се не врши ни усмено, ни писмено тестирање кандидата. Наравно, одговарајућим системом бодовања треба уважити и успех остварен током школовања али неопходно је да систем бодовања уважи и резултате постигнуте на тестирању. Укупна оцена сваког кандидата на конкурс за пријем у радни однос код конкретног органа државне управе треба да зависи од комбинације успеха оствареног током образовања и резултата усменог и писменог тестирања.

ЛИТЕРАТУРА И ИЗВОРИ

1. Бачанин Н., (2011), *Управно право – Књига 1 – Уводна и организациона питања*, Крагујевац, Правни факултет у Крагујевцу;
2. Бегич Т. (2007), *Позив на одговорну и професионалну службу у Босни и Херцеговини*, Сарајево, Фонд за отворено друштво БиХ;
3. Брковић Р., Урдаревић Б. (2006), *Нови службенички систем Србије*, у: Радни однос државних службеника, (ур. Брковић Радоје), Бања Врујци, Правни факултет у Крагујевцу стр. 21–35;
4. Брекић Ј., (1983), *Увод у кадровологију – науку о кадровима*, Београд, Светозар Марковић;
5. Бребан Г., *Административно право Француске*, ЈП Службени лист СРЈ – СИД Подгорица, Београд – Подгорица, 2002
6. Влатковић М., Брковић Р., Урдаревић Б., (2013), *Службеничко право*, Београд, Досије студио;

7. Данпевић – Марковић Љ., (2008), Београд, *Европски стандарди у раду Полиције*, докторска дисертација, Универзитет у Београду, Правни факултет;
8. Ђермановић Р., (1935), *Одбрана Алфреда Шпица*, Београд, Планета;
9. Јовановић З., Јанковић Д., (2010), *Права и дужности државних службеника у Републици Србији*, у: Зборник радова Правног факултета у Нишу, (ур М. Петровић), Ниш, Правни факултет у Нишу, стр. 217–231;
10. Јовановић З., (2012), докторска дисертација, *Нови јавни менаџмент и реформа државне управе у Србији*, Крагујевац, Универзитет у Крагујевцу, Правни факултет,
11. Johnson R., (1994), *Federal Civil Service System and The Problem of Bureaucrasy*, Chicago, University of Chicago Press;
12. Кавран Д., Тамиловић С., (1981), *Систем праћења и развоја кадрова*, Београд, Привредна штампа;
13. Кулић Ж., (2009), *Службеничко право*, Београд, Мегатренд универзитет Београд;
14. Лејн Ж. Е., (2012), *Државно управљање*, Београд, ЈП Службени гласник;
15. Lane J. E., (2000), *The public sector – Concepts, Models and Approaches*, London – Thousand Oaks – New Delhi, SAGE;
16. Марковић Б., (2003), *Наука о управљању*, Крагујевац, Правни факултет у Крагујевцу;
17. Марчетић М., Муса А., (2013), *Еуропеизација службеничког права – Усклађивање хрватског законодавства са еуропским стандардима*, Зборник радова Правног факултета у Сплиту, бр. 3, Сплит, Правни факултет у Сплиту стр. 725–756;
18. McCourt W., (2000), *Public Appointments: From Patronage to Merit*, Human Resources in Development Working Paper no. 9, Manchester, Institute for Development Policy and Management University of Manchester ;
19. McCourt W., (2007), Manchester, *The merit system and integrity in the public service*, Development Economics and Public Policy, Working Paper no. 20 Institute for Development Policy and Management University of Manchester;
20. Пусић Е., (2002), *Наука о управи*, Загреб, Школска књига;

21. Ruhil A., Camoes P., (2003), Oxford, *What Lies beneath: The Political Roots of State Merit Systems*, *Jurnal of Public Administration Research and Theory*, Vol. 13, no. 1, Public Management Research Association, стр. 27–42;
22. Wheeler E., (1919), *The Rise and Progress of the Merit System*, *Political Science Quarterly*, Vol. 34, No. 3, New York, The Academy of Political Science, стр. 486–492.
23. Устав Републике Србије, „Сл. гласник РС”, бр. 98/2006;
24. Закон о државним службеницима, “Сл. гласник РС”, бр. 79/2005... 99/2014;
25. Закон о платама државних службеника и намештеника, “Сл. гласник РС”, бр. 62/2006... 99/2014;
26. Уредба о оцењивању државних службеника, “Сл. гласник РС”, бр. 11/2006, 109/2009;
27. Уредба о поступку за прибављање сагласности за ново запошљавање и додатно радно ангажовање код корисника јавних средстава, „Сл. гласник РС”, бр. 113/2013 и 21/2014;
28. Уредба о разврставању радних места и мерилима за опис радних места државних службеника, “Сл. гласник РС”, бр. 117/2005... 84/2014;
29. Стратегија реформе јавне управе, „Сл. гласник“, бр. 9/2014 и 42/2014 – испр.;
30. Стратегија стручног усавршавања државних службеника у Републици Србији, “Сл. гласник РС”, бр. 56/2011 и 51/2013;
31. Закон о државној служби у институцијама Босне и Херцеговине, “Службени гласник БиХ”, бр. 19/02.. 40/12;
32. Закон о државним службеницима, „Народне новине”, бр. 92/05... 38/13;
33. Одлука УС, бр. УЖ-3152/2010, од 24.07.2013, Сл. гласник, бр. 64/2013;
34. Пресуда ВСС бр. У.6516/07 од 29.1.2009. године
35. Пресуда ВСС У.1688/08 од 12.6.2008. године,
36. Пресуда Управног суда, бр. 9 У. 18487/10, од 30.08.2011, Билтен Управног суда, бр. 3/2012;
37. Пресуда Управног суда РС - одељење у Крагујевцу бр. И-2 У 18656/10,

38. Пресуда Управног суда РС БР. 9 У 18487/10.
39. <http://www.opm.gov/policy-data-oversight/performance-management/reference-materials/more-topics/merit-system-principles-and-performance-management/>, приступљено 4.6.2015;
40. <http://www.prsp.sr> – Стратегија реформе државне управе у Републици Србији 2004, приступљено 04.06.2015;
41. <http://www.u-s-history.com/pages/h965.html>, приступљено 4.6.2015;
42. http://suk.gov.rs/sr_latino_nama/izvestaj-o-radu.dot, приступљено: 29.5.2015;

Conclusion

Clerical policy in state administration includes a number of activities which should be undertaken to enable the achievement of the objective of state authorities, which consists in satisfying public interest. Activities related to the implementation of civil service policy should be undertaken on the basis of objective methods and principles that are associated with the merit system and not on the basis of nepotism, political affiliation, inadequate appreciation manager, wholeheartedly, many crimes and other methods that characterize the distorted value system and economically underdeveloped countries.

Merit system in the Republic of Serbia was introduced in 2006 with the adoption of the Law on Civil Servants. On the basis of this law were enacted other laws and bylaws that regulate this system. In addition, they bring numerous strategic documents of the government which finds the current situation in the civil service system and propose measures for its improvement.

The current state of the civil service system of the Republic of Serbia can be repaired only by making full use of the merit system. Its implementation will result in a professional, cost-effective and efficient work of state bodies, as well as increasing trust and respect among the citizens.

The situation would be considerably improved and the payment of awards to those civil servants who achieve outstanding results in their work.

Particularly to emphasize that it is necessary to apply relevant more objective method of activities undertaken in the state bodies, related to the admission of new civil servants. For this we mean primarily to test new civil servants through written tests and oral interviews, with the means of these tests

should be checked expert knowledge required of candidates for a job in the workplace that apply. The aim of these tests should be objective verification of acquired practical and theoretical knowledge. Hiring new civil servants should carry out those activities, where he will be granted the candidate who is most qualified for concretely workplace. In doing so, his formal education must correspond to the theoretical and practical knowledge necessary to perform the tasks associated with a given job in the Civil Service .

It should abandon the practice by which, when the admission of new civil servants only checks the fulfillment of requirements related to certain degree by submitting the appropriate evidence (diplomas and certificates), and it is not done either orally, not written examination. Of course, the appropriate scoring system should take into account the success achieved during training but it is necessary to take into account the points system and the results achieved during testing. The total score of each candidate in the competition for admission to employment in specific organs of state administration should depend on the success achieved during a combination of education and the results of written and oral tests.

Keywords: *Merit system, clerical policy, clerical system, system of distribution of confiscated goods, equal treatment of civil servants.*

УПУТСТВО АУТОРИМА

Часопис „Правна ријеч“ објављује оригиналне радове и друге прилоге из правне теорије и праксе, који својим садржајем одговарају основним тематским одређењима. Радови који су већ објављени у некој другој публикацији не могу бити прихваћени и објављени у овом часопису. Радови у часопису подлијежу рецензији. Радови се категоришу у сљедеће врсте: изворни научни чланци, стручни радови из свих области права, излагања са научних и стручних скупова, прикази, искуства из судске и управне праксе и преводи.

Радови и прилози треба да испуњавају сљедеће услове:

- радови треба да буду откуцани у фонту Times New Roman, величином од 11 pt, изабрано на икони за језике Serbian (cyrilic или latin) или Croatian, одштампани у једном примјерку и уз прилог одговарајуће дискете;
- аутори треба да куцају текст писмом којим желе да се рад објави;
- рукопис треба да буде коректан у погледу граматике и стила;
- радови се не враћају;
- структура рада треба да садржи: име и презиме аутора, звање, назив установе у којој ради, наслов рада, кратак апстракт (до петнаестак редова), кључне ријечи (до десет ријечи), излагање суштине рада и закључак (до једне странице). Извори (литература) се наводе у фуснотама;
- обим рукописа је ограничен до једног ауторског табака, односно 16 картица (картица – 30 редова, 65 словних знакова);
- часопис излази два пута годишње у два или више бројева.

Рукописи за објављивање могу се достављати поштом, електронском поштом или непосредно на адресу: Редакција часописа “Правна ријеч”, Булевар Степе Степановића 77, 78000 Бања Лука.

Удружење правника Републике Српске
Веселина Маслеше 28/1
78000 Бања Лука
Телефон/факс: 051/212-320
e-mail: info@ud-pr.org

Издавач:
Удружење правника Републике Српске

За издавача:
Академик проф. др Рајко Кузмановић

Лектор и коректор:
Татјана Атлагић Остојић

Припрема за штампу:
Нада Вуга
Александар Спасојевић

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.